



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y TRABAJO SOCIAL**

**TESIS DOCTORAL**

**LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS  
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS  
TRABAJADORES EN COLOMBIA**

**Sandra Paola Moreno Flórez**

**Director: Dr. D. Wilfredo Sanguineti Raymond**

**Salamanca, 2015**

## TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS.....

ABREVIATURAS.....

INTRODUCCIÓN .....

**CAPÍTULO 1. LA ESPECIAL EFICACIA DE LA  
CONSTITUCIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO EN  
COLOMBIA .....**

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO
2. LA ESPECIAL INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA REDEFINICIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN COLOMBIA
  - 2.1. Aspectos generales .....
  - 2.2. Las dificultades específicas que comporta la constitucionalización del orden laboral en Colombia
    - 2.2.1. Las peculiaridades del sistema jurídico-político de Colombia
    - 2.2.2. Las peculiaridades del sistema socio-económico y cultural de Colombia.....
  - 2.3. La redefinición del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia constitucional.....
3. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES
  - 3.1. El origen laboralista de la teoría de la *Drittwirkung* y la vocación antidiscriminatoria de la misma .....
  - 3.2. La eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del poder empresarial.....

**CAPÍTULO 2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS  
RELACIONES LABORALES EN COLOMBIA**

1. LA EFICACIA DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA EMPRESA
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SUSCEPTIBLES DE SER EJERCIDOS EN EL ÁMBITO LABORAL

2.1.	Ámbito y alcance del derecho protegido	
2.2.	Los derechos fundamentales susceptibles de tutela en la empresa. El problema de la aplicación directa de la Constitución.....	
2.3.	Los derechos fundamentales inespecíficos. El problema de la indefinición legal de sus efectos jurídicos en el ámbito empresarial.....	
2.3.1.	La libertad de conciencia, religión y de cultos.....	
2.3.2.	Libertad de cátedra de los docentes .....	
2.3.3.	La libertad de expresión .....	
2.3.4.	El derecho fundamental al debido proceso .....	
2.4.	El derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas. El problema de su hiperelasticidad.....	
2.4.1.	El derecho a la vida y la integridad física .....	
2.4.2.	El Derecho a la salud y a la seguridad social.....	
2.4.3.	El derecho a la integridad psíquica o sexual.....	
2.4.4.	Los derechos a la dignidad, honra, imagen y buen nombre .....	
2.4.5.	El derecho a la intimidad .....	
2.4.6.	El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la imagen.....	
2.4.7.	Los derechos a los beneficios laborales mínimos.....	
2.4.8.	Los derechos a los beneficios laborales mínimos.....	
2.4.9.	El derecho a los descansos obligatorios .....	
2.4.10.	El derecho a la educación .....	
2.4.11.	El derecho de petición .....	
2.4.12.	El derecho a la ocupación efectiva.....	
2.4.13.	Derecho a ejercer los derechos derivados de la asociación sindical	
2.4.14.	El derecho la protección frente al hostigamiento sindical	
2.4.15.	El derecho a la igualdad de trato y a no sufrir discriminaciones	
2.4.16.	El derecho a la estabilidad en el empleo.....	
2.5.	Derechos derivados del bloque de constitucionalidad. El problema de su implementación en el Derecho interno.....	
3.	<b>DERECHOS FUNDAMENTALES DE CREACIÓN JURISPRUDENCIAL .....</b>	
3.1.	El derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada por razón de maternidad.....	
3.2.	El derecho a la estabilidad reforzada a favor de los trabajadores vulnerables, por razón de enfermedad y discapacidad.....	

- 3.3. El derecho a la estabilidad laboral reforzada de los miembros aforados del sindicato.....
- 3.4. El derecho fundamental al mínimo vital de las personas trabajadoras, jubiladas y pensionistas .....
- 3.5. Los derechos fundamentales por conexidad a la negociación colectiva, al fuero sindical y la huelga

**CAPÍTULO 3. LA CLÁUSULA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA .....**

- 1. SENTIDO Y ALCANCE DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL
  - 1.1. La igualdad como valor del orden jurídico y principio fundamental.....
  - 1.2. La igualdad constitucional: principio y derecho fundamental.....
- 2. EL MANDATO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN FRENTE A LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO
  - 2.1. La igualdad frente al órgano Legislativo
  - 2.2. La igualdad frente a la Justicia y la Administración
- 3. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD MATERIAL Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN COLOMBIA
  - 3.1. De la igualdad formal a la igualdad real y efectiva
  - 3.2. El derecho fundamental a la no discriminación y a la protección especial de los grupos vulnerables
- 4. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS MUJERES A NO SER DISCRIMINADAS EN EL EMPLEO. PROTECCIÓN ESPECIAL POR RAZÓN DE MATERNIDAD
  - 4.1. La construcción de una jurisprudencia constitucional feminista
  - 4.2. La construcción jurisprudencial del derecho a la no discriminación por razón de género en el empleo
    - 4.2.1. El derecho a acceder a un puesto de trabajo en igualdad de condiciones que los aspirantes del sexo masculino.
    - 4.2.2. El derecho a acceder a empleos considerados tradicionalmente masculinos.....
    - 4.2.3. El derecho a la igualdad salarial. ....
    - 4.2.4. La especial protección de las trabajadoras por razón de maternidad

- 4.3. La igualdad en las relaciones laborales.....
  - 4.3.1. Derecho fundamental a la igualdad de trato en el seno de la empresa.....
  - 4.3.2. La protección del derecho a la igualdad de trato y oportunidades
  - 4.3.3. Las expresiones del derecho a la igualdad de trato en la empresa.....
  - 4.3.4. Mandatos al empleador derivados del la igualdad de trato

**CAPÍTULO 4. LA COLISIÓN DE DERECHOS EN EL SENO DE LA EMPRESA Y SU SOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.....**

- 1. LA EXIGENCIA DE QUE LA MEDIDA RESTRICTIVA SEA LEGÍTIMA.....
- 2. LA NO AFECTACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL.....
- 3. LA TÉCNICA DE LA PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS EN CONFLICTO.....
  - 3.1. Principio de idoneidad o adecuación .....
  - 3.2. Principio de indispensabilidad .....
  - 3.3. Principio de proporcionalidad en sentido estricto .....

**CAPÍTULO 5. LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL**

- 1. ASPECTOS GENERALES DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA.....
  - 1.1. Mecanismo de participación democrática y de límite al ejercicio del poder.....
  - 1.2. Prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal
- 2. CUESTIONES PROCESALES REFERIDAS A LA ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA.....
  - 2.1. Características de la acción de tutela
    - 2.1.1. Carácter judicial:.....
    - 2.1.2. Excepcional eficacia .....
    - 2.1.3. Informalidad .....
    - 2.1.4. Inmediatez: .....
    - 2.1.5. Prioridad del fallo de tutela: .....
    - 2.1.6. Subsidiariedad:.....
    - 2.1.7. Posibilidad de interponerla como mecanismo transitorio:

2.1.8. Proceso sujeto a la doble Instancia.....	
2.2. Autoridades competentes en materia de tutela .....	
2.3. Contenido y sentido del fallo de tutela: alcances en materia laboral.....	
3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO .....	
3.1. La protección de los derechos fundamentales en Colombia .....	
3.2. Procedencia de la tutela en el ámbito de las relaciones de trabajo.....	
4. LA COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE TUTELA (LA REVISIÓN EVENTUAL)	
4.1. Carácter eventual de la revisión de sentencias de tutela	
4.2. Carácter discrecional de la selección de sentencias	
4.3. Dimensiones subjetiva y objetiva de la revisión de tutela.....	
4.3.1. Carácter subjetivo de la revisión .....	
4.3.2. Carácter objetivo de la revisión .....	
4.4. Pronunciamiento, irrecurribilidad y consecuencias del fallo	
5. VALOR Y ALCANCES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE TUTELA Y EL PROBLEMA DE SU ESCASA RECEPCIÓN	
5.1. El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional	
5.2. El problema de la escasa recepción de la jurisprudencia constitucional.....	

**CONCLUSIONES .....**

**BIBLIOGRAFÍA .....**

**ANEXO 1. JURISPRUDENCIA CITADA EN ESTA TESIS.....**

**ANEXO 2. ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN  
COLOMBIANA CITADOS EN ESTA TESIS .....**

## INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó por primera vez en Colombia lo que podemos considerar un Estado constitucional democrático de derecho pretendidamente genuino, al consagrándose en su texto los tenidos por elementos tipificadores del mismo, cuales son: la atribución a la Constitución de texto supremo y rígido con valor normativo (art. 4); la proclamación del carácter democrático y social del Estado (art. 1); el reconocimiento de los principios de la dignidad humana e igualdad constitucional (arts. 1 y 13); la consagración de derechos con el carácter de fundamental, susceptibles de ser aplicados directamente (arts. 6, 11-40, 85); la implantación de garantías eficaces para su ejercicio (art. 86); y, el establecimiento de un tribunal especializado, al que se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y al que se le confiere la atribución de ser su intérprete más autorizada, la Corte Constitucional (art. 241).

De todos estos elementos, para un país que hasta entonces carecía de una auténtica Constitución y, por ello, de una verdadera cultura democrática y de respeto por los derechos, el reconocimiento del valor normativo y el carácter de *norma normarum* de la Constitución, es, sin duda, el más relevante, al hacer de ésta un texto vinculante con efectos *erga omnes*; cuya vinculación no se limita a las relaciones trabadas frente a las autoridades, sino que se extiende a las relaciones entre sujetos privados, reconociéndose expresamente en la Constitución (arts. 4 y 6).

Además, el reconocimiento de la eficacia directa en las relaciones privadas en Colombia resulta reforzado por la consagración en la Constitución de una norma que reconoce la aplicación inmediata de la gran mayoría de los derechos fundamentales contenidos con ésta, sin necesidad de mediación legislativa (art. 85). Y, lo que es más importante, por el establecimiento de la tutela, una acción de extraordinaria eficacia y al alcance de cualquier persona, donde se señala de forma expresa la procedencia de la misma para la protección de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, entre las que se incluye de manera expresa, las relaciones laborales (art. 86).

Partiendo de esta premisas, se puede afirmar que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, y la postura garantista que suele adoptar la Corte Constitucional en la interpretación de la normas supremas referidas a este ámbito, la Constitución se ha erigido como el más importante y vigoroso garante del equilibrio que debe existir en las relaciones entre empleadores y trabajadores, amparando de forma efectiva los derechos de estos últimos. Produciéndose la constitucionalización progresiva del orden jurídico laboral, propiciando la redefinición de las leyes y la construcción de un nuevo Derecho del Trabajo, el que reconoce derechos fundamentales a favor de los trabajadores en el ámbito de la empresa.

Derechos que, debido a la falta de regulación legal, han sido construidos por la jurisprudencia constitucional, dotándolos del contenido, sentido y alcance que la ley aún no les ha conferido; y respecto de los cuales se hace necesario fijar límites específicos, al ser ejercidos en el marco de una relación regida por el contrato de trabajo, donde la eficacia de tales derechos está íntimamente conectada a los límites propios de la subordinación laboral. Por lo que en esta investigación se habrá de determinar cómo y en qué medida los derechos fundamentales de los trabajadores despliegan su eficacia directa en el ámbito de la relación laboral; cuál es el alcance de la tutela constitucional reconocida a los trabajadores; y cuáles son los límites a las facultades reconocidas a los empleadores cuando entran en juego los derechos de los trabajadores.

Para el tratamiento de estos problemas se requiere de un trabajo de sistematización de la jurisprudencia constitucional y del consecuente planteamiento de propuestas para su resolución; objetivos a los que va dirigido la presente tesis doctoral.

A efectos de alcanzar dichos objetivos, se profundizará en la jurisprudencia constitucional y en la normativa vigente aplicable en esta materia, enfocando la atención en el estudio de los aspectos clave de la teoría de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. Igualmente, se acudirá a la doctrina académica y judicial, principalmente española y colombiana, tanto para dotar al estudio del necesario respaldo científico, como para realizar, cuando sea preciso, análisis comparativos del asunto estudiado. Para tal efecto, se abordará la cuestión situándose en el contexto de la realidad

normativa como de la no normativa del país, de modo que se pueda apreciar la conexión, o la desconexión, existente entre el Derecho construido en la jurisprudencia a partir de la Constitución y la realidad constitucional en la que éste ha de aplicarse. Teniendo en cuenta este planteamiento, el presente trabajo se organizará de la siguiente manera:

En el capítulo primero, se abordará el tema de eficacia de la Constitución en el Derecho del Trabajo en Colombia, para lo cual se explicará el proceso de constitucionalización que ha experimentado el Derecho del Trabajo, la redefinición que se ha hecho del mismo durante la vigencia de la actual Constitución, y la eficacia que han ido desplegando los derechos fundamentales en el ámbito laboral. En suma, en este capítulo se mostrará cómo, a partir de la eficacia directa de la Constitución, se ha ido transformando el Derecho del Trabajo en Colombia durante los últimos veinticinco años, propiciando un proceso de depuración constante de las leyes laborales y también de la normativa y la praxis empresarial; evidenciando el complicado y lento; pero inevitable ingreso de la Constitución en la empresa.

El capítulo segundo versará sobre los derechos fundamentales en las relaciones laborales en Colombia. Para lo cual se explicará, por un lado, cómo se concreta en la práctica la eficacia directa de los mismos y cuáles son los problemas que ésta comporta. Y, por otro, qué son y cuáles los derechos fundamentales susceptibles de ser ejercidos en el ámbito laboral, y cómo son protegidos. En este capítulo se centrará la atención en la construcción que hace la Corte de ciertos derechos fundamentales de cuño jurisprudencial, y cómo ha ido evolucionando la jurisprudencia a este respecto.

El capítulo tercero versará sobre el principio de igualdad constitucional y se abordarán las cuestiones más relevantes referentes a dicho principio en el marco de las relaciones laborales en Colombia. Para lo cual se centrará la atención en la extraordinaria importancia que le confiere la Corte en la construcción de los derechos fundamentales de los trabajadores y la procedencia de su protección en el marco de las relaciones laborales; especialmente cuando se trata de trabajadores a los que se sitúa en la categoría de sujetos de especial protección constitucional, entre los que destacan las mujeres, a quienes se les ha reconocido garantías específicas.

El capítulo cuarto tratará sobre la colisión de derechos en el seno de la empresa y su solución en la jurisprudencia constitucional. Para lo cual se abordará los requisitos exigidos por la Corte en la solución de los conflictos suscitados por el ejercicio de los derechos fundamentales en la empresa y la técnica empleada al respecto.

Finalmente, en el capítulo quinto se realizará un estudio más o menos exhaustivo de los aspectos procedimentales de la tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, en el que se revisará la competencia de la Corte Constitucional en esta materia y se examinará el valor, alcance y recepción de la jurisprudencia constitucional frente a los obligados a acatarla, ya se trate de autoridades o de particulares. A través de este capítulo se demostrará cómo y en qué medida, a través del litigio constitucional, se han ido construyendo los derechos fundamentales de los trabajadores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana; y cómo, a través de las sentencias de tutela, ha ido ingresando la Constitución en las empresas.

## RESUMEN Y CONCLUSIONES

Considerando que la Constitución de Colombia fue concebida como una especie de pacto político tendente a lograr la paz, en pleno auge de la era poscomunista, la Constituyente quiso que el trabajo fuera uno de los valores esenciales del Estado social de derecho que se instituía a partir de 1991. Para lo cual, en el Texto Supremo se sentaron las bases de la organización jurídico-política que han de regir las relaciones laborales; se impusieron límites específicos a las facultades empresariales y se reconocieron derechos fundamentales y garantías a los trabajadores, protegiéndose de forma especial a los más vulnerables. Derechos que, debido a la falta de regulación legal y de desarrollo doctrinal, han sido construidos por la jurisprudencia constitucional, dotándolos del contenido, sentido y alcance que la ley aún no les ha conferido.

La investigación objeto de esta tesis doctoral versa sobre estos derechos fundamentales de construcción jurisprudencial. Y, en el abordaje de los mismos, nos hemos dado a la tarea de sistematizar y analizar críticamente la jurisprudencia de la Corte en esta materia, intentando explicando qué son y cuáles los derechos fundamentales de los trabajadores; cuál es su ámbito de protección; cuál es el sentido, alcance y los límites de los mismos; cuál es la incidencia del principio de igualdad constitucional en las relaciones laborales; así como cuáles son las condiciones y garantías para el ejercicio de dichos derechos y las técnicas empleadas en caso de colisión; abordando también el estudio de las cuestiones más relevantes referentes la acción concebida para su protección. A efectos de lograr estos cometidos, se ha buscado apoyo en la normativa, la jurisprudencia y la doctrina, tanto colombiana como española.

Precisamente, debido a las carencias legislativas y doctrinales de las que adolecen los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en Colombia, con este trabajo se ha pretendido hacer un aporte científico al desarrollo de la doctrina laboral, indagando en las cuestiones clave en esta materia; detectando los problemas que plantea; proponiendo las posibles soluciones a los mismos; y, en suma, mostrando las diversas vías que se abren en este abonado, pero aún sin cultivar campo de investigación jurídica, que es el Derecho Laboral colombiano surgido de la Constitución.

En los párrafos que siguen se expondrán las conclusiones más relevantes de esta investigación.

PRIMERA: SOBRE LA ESPECIAL EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO EN COLOMBIA

1) A partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, se inició el progresivo proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, institucionalizándose por primera vez en Colombia un Estado constitucional democrático de derecho pretendidamente genuino. Entre todos sus elementos tipificadores, se distingue en el abordaje de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y la eficacia directa de los mismos en el ámbito del trabajo, el valor normativo y el carácter de *norma normarum* de la Constitución.

El reconocimiento de este carácter significa que la Constitución es una auténtica norma jurídica, integrada en el orden jurídico, con preeminencia sobre todas las demás, con tal fuerza vinculante que no sólo resulta susceptible de ser aplicada directamente; pudiéndose invocar de forma directa a través de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales (art. 86). Sino que, además, condiciona la validez de todas las de inferior jerarquía que les resulten contrarias (art. 4). Por lo que, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y las leyes u otras normas o decisiones, se aplicarán las normas constitucionales, dando lugar a la expulsión o inaplicación de las que resulten contrarias a ésta, ya sea con efectos *erga omnes*, a través de la acción de inconstitucionalidad; o, por vía de la excepción de inconstitucionalidad, en virtud del cual se autoriza a las autoridades judiciales y administrativas competentes a inaplicar la norma viciada, con efectos *inter partes*.

En desarrollo de este proceso constante de depuración del orden jurídico, a través del litigio constitucional, las leyes laborales y también la normativa y la praxis empresarial han ido experimentando un notable proceso de transformación, constitucionalizándose de forma progresiva; propiciando el complicado ingreso de la Constitución en la empresa y adecuando las condiciones para limitar la libertad empresarial y garantizar, así sea aún discretamente, los derechos de las personas trabajadoras. Situación que ha dado lugar, en buena medida, a las redefinición de las normas laborales.

2) En efecto, a partir del reconocimiento del carácter normativo de la Constitución y de la eficacia directa de sus normas, con efectos *erga omnes*, se ha producido en Colombia la instauración de un nuevo orden jurídico; que ha dado lugar, como efecto general, a la constitucionalización del ordenamiento. Y, como efecto particular, a la constitucionalización del orden laboral, redefiniéndolo e, incluso, transformándolo en uno nuevo: *el Derecho del Trabajo constitucionalizado*. Nuevo Derecho del Trabajo que, por lo demás, se enmarca en las nuevas tendencias de concepción y aplicación del Derecho, esto es, la del “*neoconstitucionalismo*” o el “*nuevo Derecho Constitucional*”.

Ahora bien, no obstante la importancia que ha tenido la Constitución en la configuración de este nuevo Derecho del Trabajo, así como en la construcción de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, debido a la falta de regulación legal y la carencia de interés por parte de algunos de los actores concernidos –señaladamente, el legislativo, el Gobierno y las empresas– aunque importante, lo cierto es que la Constitución ha tenido un impacto limitado en esta disciplina. Aserción que podemos demostrar al apreciar la disociación existente en el Derecho del Trabajo en dos, el antiguo y el nuevo.

El antiguo, de origen legal, anterior a la actual Constitución, y que se aplica de forma predominante por parte de los operadores jurídicos y las empresas; donde los pocos derechos reconocidos a los asalariados carecen del carácter de fundamental y de mecanismos efectivos de protección, y cuyo ejercicio se halla condicionado básicamente por la ley de la empresa, a la que la normativa laboral confiere amplísimas facultades de autorregulación, y donde los conflictos son solucionados principalmente por la autoridad del patrón.

Y el nuevo, construido por la jurisprudencia de la Corte a partir de la Constitución; donde por primera vez se reconoce a los trabajadores, de forma efectiva, tanto la titularidad de derechos fundamentales, como el mecanismo eficaz para su protección, imponiéndose límites concretos a las facultades del empleador. Límites que empiezan por la implantación de un método de solución de conflictos, donde se ponen equilibrios y limitaciones recíprocos a los extremos del vínculo laboral, basado en la técnica de la ponderación.

3) Esta disociación jurídica que presenta el Derecho del Trabajo en Colombia plantea múltiples problemas; pero sin duda el más relevante es el

que los derechos y garantías constitucionales que se reconocen a las personas trabajadoras, a efectos prácticos y por lo general, no actúan con la eficacia directa que le atribuye la Constitución; sino más bien de forma reactiva, cuando surge un conflicto y el caso es planteado ante la justicia constitucional.

En este sentido, hemos podido comprobar a través del análisis sistemático y crítico de la jurisprudencia constitucional que, en Colombia, por lo general, el surgido de la Constitución es un Derecho del Trabajo de alcance limitado, pues los derechos fundamentales cuya titularidad ha sido reconocida a las personas trabajadoras suelen operar sólo, o prevalentemente, en los casos de aquellas asalariados que han demandado la tutela judicial de sus derechos ante la jurisdicción constitucional y han obtenido el amparo de los mismos. La mayoría de las veces, cuando ya se ha producido el despido.

De todo lo anterior, podemos deducir el verdadero alcance de la Constitución en las relaciones laborales, cuya concreción y eficacia práctica a este respecto parece lograrse sólo a golpe de sentencia de tutela, sobre todo, cuando ésta proviene de la Corte Constitucional; evidenciándose la judicialización a nivel constitucional del Derecho del Trabajo. Lo que a su vez demuestra, a efectos prácticos, que la Constitución en Colombia entra y produce efectos en las empresas, no a través de sus normas; sino más bien de las sentencias de tutela o de constitucionalidad.

Partiendo de estas premisas, podemos concluir la eficacia limitada que, a efectos prácticos, tiene la Constitución en esta disciplina, pues afecta principalmente a las personas trabajadoras que demandan judicialmente la tutela de sus derechos por la vía constitucional, ya sea a través de la acción de tutela, o de la de inconstitucionalidad. Lo que parece indicar que los demás asalariados, al menos en una proporción importante, quedan al margen de la cobertura constitucional, sujetos a la ley de la empresa y a las escasas normas legales que apenas reconocen garantías para la población trabajadora.

## SEGUNDA: SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES EN COLOMBIA

1) El reconocimiento del carácter normativo y la eficacia directa que se le atribuye a la Constitución, da lugar a que sus normas sean susceptibles de ser

aplicadas directamente. Y, de hecho, debido a la falta de actividad legislativa en materia de derechos fundamentales, y a que la Constitución así lo prevé (art. 85), la Corte Constitucional admite la eficacia directa de la inmensa mayoría de dichos derechos, sin que para su ejercicio sea necesario mediación legislativa. Así, en virtud del principio de eficacia directa de la Constitución (art. 6), las personas trabajadoras pueden demandar judicialmente la protección de sus derechos fundamentales frente a sus empleadores, pues la Constitución reconoce de forma expresa la procedencia de la acción de tutela en las relaciones donde exista subordinación, como ocurre con las laborales (art. 86).

2) En este orden de cosas, por estar reconocidos directamente en la Constitución, y haber sido objeto de decisión expresa por parte de la Corte Constitucional, en Colombia se considera que, salvo los derechos que por su naturaleza sólo sean susceptibles de ser ejercidos frente a los órganos del poder público, cualquier derecho fundamental es susceptible de ser invocado por las personas trabajadoras en el ámbito laboral, ya se trate de los derechos fundamentales específicos de los trabajadores; o de los derechos inespecíficos, es decir, aquellos derechos inalienables de los que las personas trabajadoras son titulares en su condición de individuos de la especie humana.

3) Ahora bien, y aun cuando de lo dicho pareciera desprenderse la conclusión que en Colombia es cosa consolidada y pacífica la efectividad de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, lo cierto es que debido a la dificultad que supone implementar la vigencia de la Constitución en el interior de la empresas, aunado a las peculiaridades del sistema jurídico-político, socio-económico y productivo de Colombia (entre las que destacan: la falta de actividad legislativa cuando se trata de garantizar derechos formales, señaladamente en el ámbito del trabajo; el aparente escaso interés por parte de la justicia ordinaria para protegerlos; la ineficacia de los controles de la Administración para garantizarlos; las escasas aportaciones provenientes de la doctrina laboral; así como a la falta de una actitud reivindicativa por parte de los trabajadores, derivada de la escasez de empleo formal y de la rigidez de la estructura laboral colombiana), el reconocimiento de derechos fundamentales a favor de los trabajadores, y muy particularmente,

cuando se trata de los derechos inespecíficos, en la práctica, no ha logrado penetrar en la cultura empresarial, por lo que resulta difícil su ejercicio.

4) De esta manera, las garantías constitucionales reconocidas a las personas trabajadoras, en general, a efectos prácticos, tienen un alcance más bien discreto. Y, en algunos casos, incluso impreciso y hasta algo confuso, tanto respecto de la población a la que se dirige, como a la clase de derechos protegidos, y el sentido y la eficacia de éstos. Dificultades que resultan agravadas, debido a las inconsistencias e imprecisiones que afectan a algunas cuestiones relevantes de la jurisprudencia constitucional en esta materia, y cuya principal manifestación la hallamos en materia de despidos. Por lo que, salvo lo que respecta a los trabajadores ubicados en la categoría de sujetos de especial protección constitucional, y según la clase de derecho de que se trate y las circunstancias específicas del caso en cuestión, no siempre resulta fácil determinar cuál es el sentido y alcance de la protección dispensada por la Corte cuando de lo que se trata es del ejercicio de derechos fundamentales en el ámbito de la empresa. Esto es así por tres razones muy concretas:

(i) En primer lugar porque, debido a la falta de concreción legislativa y al sentido *desfundamentador* del que adolecen algunas leyes laborales, el alto tribunal suele optar por aplicar directamente las normas supremas, definiendo en sus sentencias su sentido y alcance. Lo que ha determinado que éste sea percibido como un *señor de los derechos fundamentales*, que todo, o casi todo lo regula; pero que no logra imponer su criterio con todas sus consecuencias.

Por un lado, porque, según la interpretación realizada por la Corte en su jurisprudencia sobre los derechos dotados de fundamentalidad constitucional, el listado de derechos, y las condiciones para su ejercicio, llegan a ser tan prolijos, y la jurisprudencia de la Corte resulta en ocasiones tan difusa, que no siempre resulta fácil mensurar la eficacia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, ni cuándo es la acción de tutela el mecanismo más adecuado para su protección, ya sea que se interponga de forma definitiva o transitoria; especialmente, cuando se ha producido el despido. Circunstancias estas que propician que la jurisprudencia de la Corte Constitucional no siempre resulte clara ni consistente. Y, por otro lado, porque debido a estas inconsistencias y a la carencia de una cultura de sumisión a la ley por parte de

autoridades y particulares, el criterio de la Corte sigue sin ser percibido como algo vinculante; propiciando que no siempre sea acatada por los operadores jurídicos y los demás obligados a cumplirla. En este sentido, la prolijidad del listado de derechos se deriva de la heterogeneidad de sus fuentes, pues en Colombia se tienen por tales no sólo a los que la Constitución le ha otorgado tal carácter, al ubicarlo en el capítulo correspondiente. Sino que, basándose en varias normas constitucionales, la Corte amplía el catálogo e incluye en el mismo a otros derechos que técnicamente carecen de fundamentalidad, entre los que se hallan: los derechos de las personas trabajadoras del art. 53, al que le otorga tal carácter, aunque, en puridad, se trate de derechos sociales económicos y culturales; los derechos fundamentales de creación jurisprudencial a favor de algunos grupos vulnerables; y, los derechos fundamentales derivados del bloque de constitucionalidad.

(ii) En segundo lugar porque, en muchas de sus sentencias, la Corte ha incardinado la protección constitucional dispensada en el amplísimo concepto de lo que considera forma parte del núcleo esencial del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. Convirtiendo, en la práctica, al derecho del art. 25 en una especie de *superderecho*, con tendencia a absorber a los demás. Con el inconveniente de que, en algunos casos, con el reforzamiento del derecho al trabajo, se diluye la relevancia autónoma que de suyo porta cada uno de dichos derechos, dificultando la comprensión de sus efectos jurídicos y el alcance de los demás derechos fundamentales susceptibles de ser ejercidos en la empresa.

(iii) Y, en tercer lugar, porque, al tratarse muy buena parte de los casos de tutela de situaciones que afectan a los sujetos beneficiados con garantías especiales de protección derivadas de los arts. 1 y 13 (dignidad e igualdad) y de los derechos derivados de la asociación sindical (art. 39), la Corte suele abordar la cuestión a partir de las garantías específicas de los titulares de esta especial protección constitucional derivada de estos derechos. Lo que da lugar a que, en algunos casos, quede sin resolverse, con carácter general, la cuestión relativa al sentido, alcance y límites del ejercicio de otros derechos fundamentales en el ámbito de la empresa.

5) Todas estas circunstancias inciden en la construcción del contenido y alcance de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, haciendo

de éstos una cuestión compleja, ciertamente, difícil de abordar. Por lo que se hace preciso que los órganos del poder público cumplan de forma adecuada y suficiente las funciones constitucionales que le son propias.

(i) El Legislativo, que regule en la ley los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, definiendo su contenido, alcance y límites. Algunos de los cuales han sido elevados por la jurisprudencia constitucional a la categoría de derechos fundamentales susceptibles de ser ejercidos directamente en la empresa, sin necesidad de mediación legislativa, y amparables a través de la tutela, tales como: el derecho a la estabilidad reforzada por razón de maternidad, de enfermedad o discapacidad y por pertenencia a un sindicato y el derecho al mínimo vital de las personas trabajadoras o jubiladas.

Precisamente, a efectos de propiciar la integración entre las normas constitucionales y las legales, haciendo que éstas se impregnen de aquéllas, y que la Constitución produzca el efecto jurídico que le es propio, sin necesidad de acudir a la jurisdicción constitucional, se estima preciso que sea también la ley, y no sólo la Constitución, la que regule los derechos fundamentales reconocidos en ésta, definiendo el contenido, sentido y alcance de los mismos; así como los límites a las facultades empresariales.

Y es importante incidir en la relevancia de legislar de forma específica sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, ya sea a través de la elaboración del Estatuto de los Trabajadores que ordena la Constitución, o bien de reformas expresas al Código Sustantivo del Trabajo, no sólo porque éste constituya un mandato de las normas supremas (art. 53); sino también porque constituye uno de los compromisos adoptados por el Estado colombiano en el cumplimiento de los objetivos del *trabajo decente* de la OIT, entre los que se hallan el regular y garantizar la protección de los derechos fundamentales, dignificando las condiciones de trabajo. A la final, como es bien sabido, el reconocimiento de derechos a favor de las personas es lo que hace que éstas se conviertan en trabajadoras, y no en siervas.

(ii) El Gobierno, que ejerza de forma adecuada la función reglamentaria que le es propia, en la implementación de normas, procedimientos y demás mecanismos tendentes a favorecer el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa. Y, lo que es muy importante, que sea capaz de

mejorar la organización y funcionamiento de las Inspecciones de Trabajo, cuya reestructuración y reglamentación se ha impuesto como una necesidad imperiosa en la adecuación de condiciones para garantizar en Colombia las exigencias mínimas de lo que debe ser el trabajo decente y el ejercicio de los derechos fundamentales en la empresa. Igualmente, que se fortalezca la función de los sindicatos, se proteja mejor a sus líderes y miembros y se adopten medidas para garantizar de forma adecuada el ejercicio de sus derechos. Medidas que habrán de partir del robustecimiento de su papel en la negociación de los convenios colectivos, fuente cardinal de esta disciplina.

(iii) La Corte Constitucional, que acometa la labor de fijar y desarrollar en su jurisprudencia de forma coherente y consistente el sentido y alcance de los derechos fundamentales; así como los efectos jurídicos derivados de la *Drittwirkung* en el ámbito de las relaciones de trabajo, indicando de forma clara y precisa el sentido y alcance de su jurisprudencia, especialmente cuando de lo que se trata es de los derechos fundamentales inespecíficos y los efectos de los despidos derivados del ejercicio de los derechos fundamentales. El cumplimiento de este cometido adecuaría las condiciones para que los demás jueces que integran la denominada jurisdicción constitucional y los jueces laborales tengan mejor disposición a recepcionar su jurisprudencia, y se avengan al cumplimiento de los deberes constitucionales que les son propios.

6) En este contexto, también resulta importante que la doctrina laboral se dé a la tarea de analizar de forma crítica y sistemática la jurisprudencia constitucional, construyendo una dogmática de los derechos fundamentales en esta materia y la teoría del Derecho del Trabajo surgido de la Constitución, decepcionando las teorías y los debates que sobre esta disciplina se han ido gestando en los países prestigiosos en producción jurídica. De manera que la doctrina laboral no sólo sea una fuente de referencia para la máxima intérprete de la Constitución; sino que también actúe como fuerza de convicción para el Legislativo, las autoridades judiciales, los agentes sociales y los demás destinatarios del Derecho. Estudios a los que habría que incorporarse la perspectiva de género, de modo que en su abordaje se tengan en cuenta los planteamientos teóricos y metodológicos de esta categoría analítica, a efectos de adoptar medidas eficaces para combatir las discriminaciones que afectan a

las mujeres en el trabajo; adecuándose las condiciones para que la otra mitad de la población pueda disfrutar en igualdad de condiciones de los derechos y libertades reconocidos a las personas trabajadoras. A fin de cuentas, como es bien sabido desde que Savigny pusiera en valor la importante labor de los juristas, es a través del trabajo de los expertos académicos cómo se suele aprender a conocer, interpretar y aplicar el Derecho. Por ello, se ha de insistir en este cometido, ya que la labor académica de quienes enriquecen el Derecho con la doctrina es la que facilita que el Derecho del Trabajo construido por la jurisprudencia constitucional trascienda de los altos despachos judiciales, y llegue a los juzgados, las inspecciones del trabajo y las demás instituciones públicas y privadas; en especial, a las universidades, donde se forman los futuros juristas, que habrán de recoger el testigo para vigorizar el Derecho.

#### TERCERA: SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE CREACIÓN JURISPRUDENCIAL

1) En este contexto en el que la Corte Constitucional ha reconocido la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, ha invocado el carácter social del Estado de derecho reconocido en la Carta (art. 1), para justificar el cierto activismo judicial progresista que desde el principio ha ejercitado en procura del desarrollo de la Constitución, la consolidación de la democracia y la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Derechos entre los que destaca de manera especial el principio de dignidad humana (art. 1), el derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas y los principios que le son inherentes (arts. 25 y 53) y, sobre todo, la igualdad (art. 13). Cláusula esta última que la Corte ha vinculado de forma directa con los derechos sociales, económicos y culturales consagrados en la Constitución y que concibe como un auténtico mandato de transformación social, que propende por garantizarle a las personas condiciones de vida dignas, tanto frente al Estado, como en las relaciones privadas, en especial, en las laborales, donde mejor se puede apreciar la expresión del poder privado.

2) Con base en la definición que la Corte elabora en torno a la igualdad, se puede afirmar que las características singulares que le atribuye configuran lo que puede considerarse un moderno *ius gentium* en Colombia, que la Corte ha elevado a la categoría de norma *ius cogens*, es decir, normas imperativas e

inderogables con efectos *erga omnes*, cuya eficacia despliega plenos efectos tanto frente a los órganos del poder público, como entre los particulares.

En este sentido, la Corte le atribuye a la igualdad el carácter de derecho subjetivo, dotado de fundamentalidad constitucional y cuyo contenido radica justamente en la prohibición de discriminación. Considerando que se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata, con carácter *erga omnes*, susceptible de ser invocado directamente frente a los operadores jurídicos y los particulares, en cuyo eje central se sitúa a la dignidad, único atributo que en efecto hace a las personas iguales. Y cuya concreción en el ámbito laboral se expresa, de manera general, en el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, del que se derivan otros derechos reconocidos por la Corte; entre los que destacan el derecho específico a la no discriminación de las mujeres (arts. 43 y 53). Y, en particular, en los derechos fundamentales de cuño jurisprudencial a favor de los trabajadores que encajen en la clasificación de grupos vulnerables, al considerar que su protección constituye “*un mandato imperioso derivado del principio de igualdad material*” (ST-180/2012).

3) En efecto, con base en la preeminencia que se reconoce al derecho fundamental a la igualdad constitucional, la Corte ha otorgado un *plus* de protección a cierta clase de trabajadores, a los que ha situado en la categoría de *sujetos de especial protección constitucional*, entre los que se incluyen: las niñas y niños; las mujeres, y muy especialmente las embarazadas, las que acaban de ser madres y las madres cabeza de familia; los mayores adultos; las personas que sufren enfermedades y discapacidades; las minorías étnicas, especialmente a los amerindios y afrodescendientes; las minorías sexuales (lesbianas, gays, transexuales e intersexuales); las personas desempleadas, sin alternativa económica; las personas privadas de su libertad, las que han sufrido el desplazamiento forzado por el conflicto interno; los indigentes y las trabajadoras sexuales; dejando abierta la puerta para incluir en esta categoría a otros grupos que por sus circunstancias personales ameriten la especial protección del Estado. Reconocimiento que ha propiciado el desarrollo de lo que se ha denominado en Colombia el derecho fundamental a la especial protección de los grupos vulnerables, conocido también como el *Constitucionalismo de la pobreza*.

4) En desarrollo del mandato de igualdad material previsto en la Constitución que rige en las relaciones laborales, la Corte ha reconocido a favor de algunos de los *sujetos de especial protección constitucional*, derechos fundamentales específicos de creación jurisprudencial y prelación en materia de tutela, con importantes repercusiones en el mundo laboral. Entre estos derechos destaca, por un lado, los reconocidos a las trabajadoras encinta o que han sido madres y a las personas con enfermedades y discapacidades, a quienes la Corte considera vulnerables, reconociendo en su favor como medida de acción positiva el derecho fundamental de creación jurisprudencial a la estabilidad laboral reforzada. Y, por otro, el derecho fundamental al mínimo vital, reconocido a favor de las personas trabajadoras o jubiladas, a cuyo favor ha reconocido el derecho a que se le paguen de forma oportuna los salarios y prestaciones, necesarios para satisfacer sus compromisos básicos.

5) De igual forma, en cumplimiento del mandato constitucional de la igualdad material, la Corte ha reforzado el nivel de protección a otorgar en los procesos constitucionales, según sean las circunstancias personales que concurren en la persona interesada. De manera que, cuanto más vulnerable sea la accionante de tutela a quien le conculcan o amenazan sus derechos fundamentales, o más desfavorable sea su situación frente a quien se invoca el amparo, mayor habrá de ser el nivel de protección constitucional. Esta graduación de la protección constitucional realizada por la Corte, según sean las circunstancias de las personas, tiene importantes repercusiones en el ámbito laboral, dado que es en terreno donde se hace más evidente la desigualdad económica y jurídica de los sujetos que la integran; y, por ende, donde se hace más patente la necesidad de procurar la protección efectiva de sus derechos fundamentales, al hallarse las personas trabajadoras en una posición de inferioridad fáctica y jurídica, tanto si se le considera de forma individual, como si forman parte de una asociación sindical.

En este contexto, consideramos que la graduación de la protección constitucional, según sean las circunstancias de la persona afectada, debe concretarse de forma especial en materia de despidos. Por lo que estimamos que debe tenerse por persona en estado de vulnerabilidad; y, por tanto, sujeto de especial protección constitucional, las que han sido despedidas con

violación de sus derechos fundamentales, o por el ejercicio de los mismos; incluidos los despidos discriminatorios. En cuyo caso, la protección constitucional en los procesos de tutela debería consistir, con carácter general –y no como ocurre actualmente, de forma excepcional– en el reintegro al puesto de trabajo en que se hallaba al momento de la violación del derecho, tal y como señala la normativa referente a la tutela al decir que *“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”* (art. 23 DE. 2591/1991), es decir, retornar al puesto de trabajo en las mismas condiciones previas al despido. Y, a efectos de reforzar las garantías, que se reconozca en la ley y la jurisprudencia constitucional el derecho a la indemnidad frente a represalias por el ejercicio de los derechos fundamentales; así como la inversión de la carga de la prueba siempre que nos hallemos en situaciones de discriminación o de violación de derechos fundamentales.

#### CUARTA: SOBRE LA COLISIÓN DE DERECHOS EN EL SENO DE LA EMPRESA Y SU SOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1) Partiendo de las premisas de que los derechos fundamentales de las personas son susceptibles de ser invocados directamente en las relaciones laborales, en la mayor parte de los casos, sin necesidad de desarrollo legislativo (arts. 25 y 53); y de que la Constitución también garantiza al empleador los derechos constitucionales de propiedad (art. 58) y libertad de empresa (art. 333), la jurisprudencia de la Corte ha reconocido la legitimidad que le asiste a los dos extremos del vínculo laboral para demandar del Estado la protección de sus derechos.

En este contexto, en el que los derechos fundamentales de los que están sujetos a la subordinación laboral resultan afectados por las reglas derivadas de este vínculo contractual, los principales problemas que se deben resolver consisten en determinar, por un lado, cómo y en qué medida los derechos fundamentales de los trabajadores despliegan su eficacia directa en el ámbito de la relación laboral. ¿Cuál es el alcance de la tutela constitucional reconocida a las personas vinculadas legalmente por un contrato de trabajo? Y, por otro, ¿cuál es el alcance de las facultades reconocidas al empleador cuando entran

en juego los derechos fundamentales de los trabajadores? Este es el denominado por la doctrina “*problema de colisión*” de derechos.

2) A efectos de resolver esta cuestión, se debe tener presente que, en Colombia, la Constitución no sólo reconoce de forma expresa la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones laborales; sino que, además, consagra en su texto un mecanismo procesal de extraordinaria eficacia para su protección efectiva (art. 86). Lo que viene a significar que es en la Constitución donde se halla el primero y el más importante de los límites a las facultades empresariales. Por lo que, como bien señala la Corte, son los derechos fundamentales reconocidos en ésta, los que constituyen un límite a las facultades del empleador; y no lo contrario; debiéndose interpretar las normas, decisiones y prácticas empresariales a la luz de la Constitución y de los derechos, valores y principios reconocidos en ésta (SC-397/2006). Lo anterior, sin perjuicio de otorgar al empleador las garantías necesarias para el legítimo ejercicio de las facultades inherentes a su actividad empresarial, en la que los derechos de aquéllos pueden sufrir limitaciones.

3) La dilucidación de estas cuestiones plantea diversos problemas, difíciles de resolver de forma apriorística, para lo que se hace necesario implementar una técnica normativa a través de la cual se pueda lograr el equilibrio de dichos derechos, abordándose su solución caso por caso. En desarrollo de esta tarea, su máxima intérprete se ha valido del empleo de teorías y técnicas de interpretación, prevaleciendo entre ellas la técnica de la ponderación de derechos, de origen europeo. Técnica que, en el terreno laboral, supone forzosamente la colisión entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los derechos constitucionales derivados de la libertad de empresa y el derecho a la propiedad del empleador (arts. 333 y 58 Const.). Y, precisamente, para que se pueda hablar de conflicto de derechos en el ámbito laboral, resulta indispensable que la conducta de ambas partes sea, *prima facie*, legítima, esto es, que una y otra tengan aptitud jurídica para hacer valer su derecho, demandando la tutela judicial de los mismos y pretendiendo que al suyo se le otorgue más peso frente al del otro.

En este sentido, para que las limitaciones de los derechos fundamentales de los trabajadores por parte del empleador se consideren ajustadas a la

Constitución la jurisprudencia constitucional exige: que la medida restrictiva sea legítima; que no afecte el núcleo esencial del derecho; y que supere el juicio de proporcionalidad.

4) En la jurisprudencia constitucional se consideran medidas restrictivas legítimas aquellas que tienen fundamento normativo y son respetuosas con los derechos y principios constitucionales. Principios entre los que se halla el de la buena fe; que, en Colombia, sobre todo, es exigible al empleador; erigiéndose más bien en un límite a las facultades de control empresarial, y no tanto como un límite decisivo al ejercicio de los derechos de los trabajadores. Siendo exigible, además, que el empleador se avenga al deber constitucional de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (art. 95.1).

En este sentido, se entiende que los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa deben ser entendidos prevalentemente como límites al ejercicio del poder empresarial; y no como derechos limitables *per se* por éste. Y no porque se traten de derechos que no se puedan limitar, pues, el ámbito en el que habrán de ser ejercidos hace de éstos derechos que por su propia realidad resultan susceptibles de limitación, al ejercerse en el contexto de la dinámica empresarial y las reglas del contrato de trabajo y el reglamento interno. Sino, porque la limitación de los mismos está determinada por ciertas garantías constitucionales que el empleador no puede soslayar.

Y es en este sentido como, en la práctica, la Corte aplica la exigencia de la buena fe en la conducta empresarial, al señalar que, en el actual marco constitucional, las conductas, decisiones, normas internas y prácticas del empleador, aun las legalmente autorizadas, son susceptibles de tornarse ilegítimas si suponen abuso del derecho. En cuyo caso, por tratarse ya no del ejercicio de una facultad jurídica, sino del abuso de la misma, se estaría en presencia del ejercicio ilegítimo de un derecho que, desde luego, la despojaría de cualquier garantía estatal, haciendo improcedente la restricción del derecho fundamental del trabajador. Lo que viene a suponer que el abordaje constitucional de la actuación empresarial deberá analizarse en consonancia con la especial naturaleza de relación jurídica trabada entre los extremos del vínculo laboral y las garantías reconocidas en la Constitución, tanto para proteger las condiciones dignas y justas que deben regir en las relaciones

laborales; como para asegurar la protección de los intereses económicos y jurídicos del empleador, procurando el equilibrio entre los derechos de unos y otros, tal y como dice el art. 1º CST.

5) Respecto de la exigencia jurisprudencial de que la medida restrictiva no afecte el contenido esencial del derecho fundamental del trabajador, se exige que la norma, decisión o práctica empresarial limitadora del derecho no afecte la parte del derecho que resulta indisponible, pues es a ella a la que va dirigida la protección de la acción de tutela. En estos casos, tal afectación supondría *per se* la violación del derecho, descartando la situación de conflicto y dando lugar a su protección directa del derecho, cuyo núcleo esencial ha sido vulnerado. Por el contrario, si la afectación del derecho no resulta patente, es decir, si existen dudas sobre si la medida empresarial afecta el núcleo, o sólo una parte del derecho que resulta disponible, entonces habría lugar al conflicto, y para la solución del mismo habría que emplear la ponderación de derechos.

De esta manera, las facultades directivas y disciplinarias reconocidas al empleador tendentes a lograr sus fines podrán ser ejercidas, siempre que no se conculque el núcleo esencial de los derechos cuya titularidad se reconoce a los trabajadores, para lo que se hace imperioso que el empleador justifique debidamente la medida restrictiva. Así, si la restricción del derecho de los trabajadores resulta más próxima al contenido esencial del mismo, mayor deberá ser la relevancia del interés empresarial que pretende prevalecer. Y, por ende, mayor deberá ser el control ejercido por los jueces constitucionales en los procesos de tutela por violación de los derechos fundamentales de los trabajadores. Lo anterior, por cuanto la Corte ha acogido en su jurisprudencia la *teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales*, donde la protección del núcleo esencial del derecho fundamental lesionado excluye la posibilidad de realizar la ponderación, es decir, en caso de producirse la vulneración patente del derecho, habría lugar a la protección del mismo.

6) A efectos de solucionar los conflictos entre derechos, la Corte ha ido construyendo en su jurisprudencia la técnica de la ponderación, abordándola no sólo desde el Derecho Constitucional, sino también desde el Derecho del Trabajo, teniendo en cuenta las peculiaridades de esta disciplina, al menos, en muy buena parte de los casos. Por ello, en la decisión de los procesos ante la

Corte no sólo es relevante considerar el carácter tuitivo que le es ínsito y el principio de favorabilidad que rige en materia laboral (art. 53 Const.); sino también el carácter subordinante de esta modalidad contractual.

De esta manera, al resolver las sentencias de tutela seleccionadas para su revisión, la Corte analiza si las medidas adoptadas por la empresa, restrictivas del ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores superan el *test de proporcionalidad*, es decir, si éstas resultan idóneas, indispensables y proporcionadas en sentido estricto. Procedimiento de ponderación que, además, habrá de realizarse, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes del caso en concreto, la clase de derecho afectado con la medida y hasta las circunstancias de quien demanda el amparo, de modo que se pueda aplicar la denominada ley de la ponderación, que tiene en cuenta el mayor peso que habrá de darse al derecho de que se trate, según la importancia de los derechos en liza.

(i) Las medidas empresariales que limiten los derechos de los trabajadores se tendrán por *idóneas* sólo si se concilian con los principios, derechos y valores constitucionales, para lo que habrá de tenerse en cuenta la primacía que la misma Constitución le atribuye a los derechos constitucionales fundamentales (art. 5), frente a los demás derechos constitucionales no fundamentales, como son los derechos patrimoniales del empleador. Debiendo guardar la medida restrictiva relación directa con los objetivos perseguidos por la misma, de tal suerte que propicie su realización de forma efectiva y evidente.

(ii) En lo que respecta a la *indispensabilidad* o *necesidad* de la medida, las restricciones a los derechos fundamentales de los trabajadores deben resultar estrictamente indispensables para la consecución legítima de los objetivos empresariales que ésta persigue, sin que se pueda afectar el núcleo esencial del derecho en cuestión. Así, toda medida restrictiva de un derecho fundamental debe ser la más benigna entre todas las que revistan al menos la misma idoneidad para el logro de los objetivos propuestos; cuya comprobación habrá de surtirse comparando dicha medida restrictiva con los otros medios alternativos. Para lo cual será necesario que el empleador demuestre suficientemente lo imprescindible de la medida, es decir, que acredite que sólo es posible lograr la satisfacción del interés empresarial con la imposición de la

medida restrictiva. De ahí que este paso suponga la comparación entre la medida restrictiva del derecho y los otros medios alternativos de los que podría valerse el empleador para satisfacer su interés.

(iii) Una vez se ha considerado que la decisión empresarial satisface las exigencias de los subprincipios previos, el tercer y fundamental escalón del razonamiento ponderativo es el de la *proporcionalidad en sentido estricto*, en virtud del cual se exige que toda medida limitadora de un derecho fundamental debe resultar equilibrada, por proporcionar más utilidades y ventajas que perjuicios sobre otros derechos o bienes en conflicto, propendiendo por el logro de la justicia material del caso en concreto.

De esta manera, la medida empresarial se considerará proporcionada si los beneficios derivados de la restricción de los derechos afectados superan el daño ocasionado. Lo que viene a significar que cuanto más grave sea la afectación que se ocasione a los derechos fundamentales de los trabajadores, mayor será el peso específico o entidad de la finalidad empresarial que se trata de satisfacer con la decisión o normativa restrictiva, de suerte que se habrá de tener por desproporcionado el gravamen que carece de un razonable equilibrio.

7) En este contexto, debemos señalar que, de manera general, la Corte Constitucional aborda el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto a través del desarrollo de tres etapas:

- La naturaleza del derecho sacrificado, esto es la importancia material que es posible atribuir a cada derecho en función de su conexión con valores nucleares del mismo; el denominado por la doctrina 'peso abstracto' de cada derecho fundamental.
- La determinación del grado de relevancia o el nivel de satisfacción del otro derecho o bien constitucional en conflicto, es decir, el denominado por la doctrina el "*peso concreto de derecho*". Así, al tener el principio de proporcionalidad la naturaleza de principio consustancial al Estado de derecho, e inmanente al ideal de justicia material por el que propende la Constitución, su adopción por parte de la jurisprudencia constituye la interdicción del exceso en la implementación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales, ya sean adoptadas por parte del Legislativo, o

cualesquiera otra autoridad; o bien, por parte de los particulares; constituyéndose el principio de proporcionalidad como un instrumento de control del poder, ya sea éste público o privado.

8) En caso de que las medidas o normas empresariales no superen el juicio de ponderación, se considerará incompatible con la Constitución. Así, en virtud de la eficacia directa de los derechos fundamentales, se considera contraria a la Constitución y, por tanto, nulos, los contratos, actos jurídicos unilaterales y las acciones y omisiones que vulneren los derechos fundamentales; entre los que se deben incluir también los usos y costumbres contrarios a la Constitución, por muy arraigados que estén en un determinado sector de la producción.

En este sentido, en materia de tutela en el ámbito de la empresa, se valorarán también otras circunstancias específicas del sistema constitucional colombiano que deben ser consideradas en su juicio de proporcionalidad:

- La relevancia que la Constitución le otorga al derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas, así como a la naturaleza tuitiva de los derechos de los trabajadores y el principio de favorabilidad que rige en materia laboral, previstos en los art. 25 y 53 Const.

- La situación personal “*de quien promueve la acción de tutela*”, al tenerse a éste, según vimos en el apartado de la igualdad, como uno de los criterios de los que debe valerse la autoridad judicial para “*determinar el nivel de intensidad del amparo*” a otorgarse y las medidas especiales de protección que resulten procedentes (ST-262/2009).

- Y la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas y la procedencia de la tutela en materia laboral, en virtud de la cual “*la Carta penetra las relaciones de trabajo*”, y “*vincula tanto a los órganos públicos que intervienen en este campo, como a los sujetos privados –empleadores y trabajadores– con el cumplimiento de un conjunto de principios y reglas constitucionales que tienden a su protección*” (ST-362/1995).

9) Es tal la importancia que el alto tribunal le atribuye al principio de proporcionalidad en esta materia que éste no sólo es aplicado cuando se trata de justificar los límites que deben soportar los derechos fundamentales de los

trabajadores; sino que también es susceptible de ser aplicable al ejercicio mismo de tales derechos en el ámbito de la empresa. Esto es lo que la Corte Constitucional denomina el *principio de las cargas soportables*, en virtud del cual el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa por parte de los trabajadores se garantizará en la medida de lo posible, esto es, en función de las posibilidades fácticas y jurídicas del empleador.

Es por esta razón, según se desprende del análisis de la jurisprudencia constitucional, que al tratarse en su mayoría de situaciones donde lo que existe es una decisión o norma empresarial que conculca o amenaza los derechos fundamentales de los trabajadores, y no de un auténtico conflicto de derechos con rango constitucional entre los extremos del vínculo laboral, en la mayoría de los casos de tutela en materia laboral que son revisados por la Corte, los trabajadores invocan la aplicación de los derechos fundamentales que proporcionan mayores niveles de garantías frente a su vulneración en el trabajo, y casi siempre cuando se ha efectuado el despido: la cláusula de igualdad y no discriminación (art. 13), la protección frente a tratos contrarios a las condiciones dignas y justas que deben prevalecer en las relaciones laborales, especialmente cuando afecta el derecho al mínimo vital (arts. 10, 25, 53); y la libertad de asociación y demás derechos inherentes (art. 38, 39, 55). De ahí que, en Colombia, son relativamente pocos los casos en los que ha habido auténticos conflictos entre los derechos de los trabajadores sin protección especial y la libertad de empresa.

10) Con todo, y aunque en los últimos años se han evidenciado notables esfuerzos por parte del alto tribunal en su empeño por consolidar la técnica de ponderación de derechos, del análisis de su jurisprudencia podemos apreciar que la Corte no siempre aplica esta técnica de forma sistemática y coherente; particularmente cuando aborda los procesos de protección de los derechos fundamentales. Posiblemente porque, en muchos casos que llegan a la Corte, más que de conflictos de derechos, deberíamos hablar de conculcación de los derechos de los trabajadores por parte del empleador; y casi siempre referidos a trabajadores considerados sujetos de especial protección constitucional para quienes se prevé las garantías específicas ya referidas anteriormente.

QUINTA: SOBRE LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL

1) En la norma contentiva de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales (art. 86 Const.) se han consagrado diversas garantías a favor de los demandantes, entre las que destacan: la suma inmediatez, la extraordinaria eficacia, la informalidad y la posibilidad de invocarla en las relaciones privadas; incluso, en las laborales. La acción se ha de tramitar ante cualquier autoridad judicial, en cualquier momento, a través de un trámite expedito, y siempre que la persona afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la tutela se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2) A partir del reconocimiento legal de la procedencia de la tutela para la protección de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, la Corte ha considerado que la subordinación laboral y la libertad de empresa reconocida en la Constitución (art. 333), en modo alguno suponen una excepción a la vigencia de estos derechos. Considerando que el derecho constitucional a la libertad empresarial que autoriza al dador de empleo a darse sus propias normas y procedimientos, en ejercicio de sus facultades directivas y disciplinarias, halla límites en los derechos fundamentales de los trabajadores; a quienes se inviste de legitimidad para invocar protección frente a la violación o amenaza de los mismos por parte de su empleador.

No obstante la trascendencia que supone que la Constitución reconozca de forma expresa la eficacia directa de los derechos fundamentales en la empresa y la procedencia de la acción de tutela en este ámbito, lo cierto es que el reconocimiento de derechos fundamentales a favor de los trabajadores previsto en la Constitución, y ampliamente respaldado por la Corte, en la práctica, no ha logrado penetrar en la cultura empresarial. Por lo que, pese a las garantías normativas, no resulta fácil el ejercicio de los mismos. En este sentido, y al margen de las dificultades que suponen implementar la vigencia de la Constitución en el interior de las empresas, las peculiaridades del sistema jurídico-político, socio-económico y productivo de Colombia (entre los que destaca la carencia de empleo formal y la rigidez jerárquica al interior de las

empresas) hacen que el terreno laboral no sea precisamente el escenario más propicio para que las personas se pongan reivindicativas.

Es por ello, que del análisis de las sentencias de tutela proferidas por la Corte se desprende que, en la mayoría de los casos, la pretensión de obtener amparo constitucional de los derechos fundamentales de las mujeres y los hombres trabajadores se plantea cuando lo que está en juego son las garantías mínimas que comprometen su subsistencia, ya sea por razón del pago de sus salarios, prestaciones o pensiones; cuando se compromete de forma seria la asistencia sanitaria a que tienen derecho; cuando se produce una vulneración grave del ejercicio de los derechos laborales colectivos; o cuando la conducta empresarial atenta contra las garantías de los trabajadores que encajen en la clasificación de grupos vulnerables, sujetos de especial protección constitucional; pues en estos dos últimos casos, la pertenencia a estas categorías jurídicas, de hecho, proporciona un mayor nivel de protección frente a la arbitrariedad empresarial.

De ahí que, pese a los importantes avances que ha habido en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, principalmente en el plano teórico, aún sean relativamente escasos los casos de invocación por parte de los trabajadores del ejercicio efectivo de los denominados derechos fundamentales inespecíficos que la Constitución les reconoce. Situación que pone de manifiesto la escasa impregnación de las normas supremas en el seno de la empresa, y con ello el denominado *constitucionalismo de la pobreza*.

3) Ahora bien, en Colombia, en materia de protección de derechos fundamentales a través de la acción de tutela, todas las autoridades judiciales de Colombia son reconocidas como jueces de tutela, conformando la denominada *jurisdicción constitucional*, integrada por la Corte Constitucional, a la cabeza, y por todos los demás jueces y tribunales del país, incluidas las altas corporaciones de justicia. Esto significa que cualquier juez, de cualquier instancia, es competente para resolver asuntos de tutela sin consideración a su jerarquía ni especialidad, papel que ha sido avalado por la Corte Constitucional al reconocer el protagonismo que han de tener los jueces en esta materia.

Esta situación ha traído no pocos problemas: debido al amplio margen de discrecionalidad que ejercen las autoridades judiciales en Colombia —e incluso,

que llegan a detentar en algunas ocasiones—, puede decirse que prácticamente se les ha autorizado para convertirse en *señores de los derechos fundamentales*. Prerrogativa que, en ocasiones, ha sido ejercida de forma poco responsable por parte de algunos jueces, incluso en el seno de la Corte Constitucional. Esta situación, lejos de contribuir a la seguridad jurídica y pacificación social que está llamada a proporcionar la jurisprudencia constitucional, en ocasiones, genera incertidumbre, conflictos institucionales y exagera el clima de tensión que se respira en el país. Poniendo de manifiesto no sólo los inconvenientes que puede suponer el reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, señaladamente en las laborales; sino también las dificultades que plantea la recepción de la jurisprudencia de la Corte, tanto frente a las demás autoridades públicas, como de los particulares obligados a acatar los fallos de tutela.

De ahí, la gran importancia de que la Corte adopte una jurisprudencia consistente, con carácter vinculante para el resto de los jueces constitucionales y demás obligados a cumplir los fallos de tutela. No siendo menos relevante que quienes integran la jurisdicción constitucional estén debidamente formados y concienciados de la gran responsabilidad que supone ser juez de los derechos fundamentales y poder aplicar directamente las normas supremas. Y, sobre todo, que cuenten con la instrucción necesaria que les permita ponderar debidamente la prevalencia de los derechos en conflicto, especialmente frente a los denominados casos difíciles, o cuando se trate de la procedencia de la tutela en las relaciones privadas, teniendo en cuenta las peculiaridades propias de cada área del Derecho. Y ésta es una de las cuestiones más problemática que plantea la *Drittwirkung* pues, aunque el análisis haya de hacerse a la luz de la Constitución, forzosamente también habrá de abordarse en función de la disciplina del Derecho de que se trate.

4) Al margen de las anteriores consideraciones, dado que en Colombia los de instancia son los principales jueces en materia de protección de los derechos fundamentales, la actuación procesal del máximo tribunal no procede por instauración directa de la acción de tutela, ni por interposición de ningún recurso ante éste. Sino que a la Corte Constitucional le compete la revisión eventual de los fallos de tutelas proferidos en las instancias (arts. 86 y 241.9),

como órgano de cierre de esta jurisdicción. Esta revisión eventual no constituye una tercera instancia, ni tampoco recurso extraordinario alguno. Tampoco se trata de una etapa obligatoria del proceso de tutela, sino que se surte de forma circunstancial cuando quiera que, según el saber y entender de la Corte, ésta estime necesario seleccionar una determinada sentencia de tutela proferida por los juzgadores de instancia. Este trámite de selección es siempre discrecional, dependiendo del criterio de los miembros de la Corte a quienes corresponda el turno pertinente en la sala de selección de tutela. Este criterio de selección se basa en la doble dimensión, subjetiva y objetiva de la acción. En la dimensión subjetiva, básicamente, para lograr justicia en el caso en concreto; y, en la objetiva, para unificar la jurisprudencia constitucional.

5) Precisamente, una de las cuestiones que ha generado más incertidumbre y controversia en el panorama jurídico colombiano ha sido la referida al sentido y alcance de la jurisprudencia constitucional, señaladamente, la derivada de la revisión de sentencias de tutela, dificultando su recepción. Aunque en los últimos años la Constitucional ha intentado hacer importantes esfuerzos para dilucidar el sentido y alcance de su jurisprudencia en materia de revisión de tutela, confiriéndole carácter vinculante, la ambigüedad, inconsistencia e indecisión que han afectado a algunas de las posiciones de la Corte ha propiciado que para los jueces ordinarios y de tutela, las autoridades públicas, los sujetos privados, así como estudiosos en la materia, no haya sido fácil establecer con certeza el sentido de la jurisprudencia constitucional.

Problemática que en el caso colombiano se ve condicionada tanto por las peculiaridades político-jurídicas, socio-económicas y culturales del país mencionadas en esta investigación, especialmente, las relativas a la falta de una cultura de sumisión a la normatividad por parte de autoridades y particulares; por las resistencias que siguen poniendo algunas de las altas autoridades a aceptar con todas sus consecuencias el carácter social y democrático del Estado; por el uso en ocasiones abusivo que los justiciables hacen de este mecanismo de protección constitucional; y, cómo no, por la cuestionada posición de superioridad que algunos órganos del Estado le reprochan a la Corte Constitucional, al constituirse ésta en una *superCorte*, cuyo criterio prevalece frente al de los demás. Esta situación resulta

especialmente problemática cuando se trata de desencuentros entre la Corte Constitucional y las otras altas corporaciones de justicia que se resisten a admitir la superioridad de la Corte Constitucional, tanto cuando ejerce su función a través de las sentencias de inconstitucionalidad, como de tutela, especialmente si éstas tiene como objeto de decisión providencias proferidas por otras autoridades judiciales.

6) Así las cosas, y teniendo en cuenta de que, debido a la falta de actividad legislativa, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución son derechos cuyo contenido y alcance han sido construidos jurisprudencialmente, se hace necesario que la Corte Constitucional acometa la labor de adoptar una línea interpretativa en su jurisprudencia que resulte más consistente. Tarea cuyo abordaje debería tener como punto de partida el que se defina de forma clara y reconocible el valor y alcance de la jurisprudencia constitucional y la obligatoriedad de su criterio interpretativo. De no hacerlo así, el alto tribunal corre el riesgo de degenerar en una tercera instancia, ahogada en un mar de confirmaciones de sentencias que sólo, o predominantemente, son acatadas por los que resultan condenados en el proceso constitucional de tutela. Situación que desvirtuaría el carácter unificador de la jurisprudencia, pues ya estaríamos hablando de sentencias con meros efectos *inter partes*, sin mayor trascendencia en el universo jurídico.

De ahí que antes señaláramos que, pese a la eficacia directa de la Constitución en las relaciones laborales, a efectos prácticos, ésta ha tenido un impacto más bien limitado en esta disciplina; cuya manifestación más elocuente se concreta en el hecho de que en Colombia, a efectos prácticos, más que las normas, lo que ingresa en las empresas son las sentencias de tutela, obligando sólo, o principalmente, a los condenados directamente con los fallos de tutela.

Con el agravante que esta situación redunda, igualmente, en detrimento de la democracia que pretende construirse en Colombia, al desvirtuarse la labor de pacificación que está llamada a desempeñar la Corte Constitucional toda vez que, en lugar de resolver conflictos y sentar las bases para precaverlos, las sentencias inconsistentes de la Corte, los propician y avivan, al generar confusión e inseguridad jurídica. Afectando con ello hasta la misma función que le han encomendado las normas supremas, pues sin una Corte Constitucional

fuerte, cuyo criterio sea respetado y acatado por todos, no podríamos hablar de la máxima intérprete y guardiana de un texto que sólo adquiere supremacía cuando una sentencia de tutela se la otorga para el caso en concreto.

Por estas razones, estimamos oportuno insistir en la necesidad de que la Corte Constitucional adopte una jurisprudencia consistente, clara y con efecto vinculante de la interpretación que habrá de hacerse de las normas supremas, pues si hay algo que podemos considerar como inherente a la letra de la Constitución es precisamente la voz de quien ha sido instituida para interpretarla y guardarla. Voz que, en el mundo del Derecho, se materializa en forma de jurisprudencia y que precisa que ésta sea consistente y vinculante.

En cualquier caso, y al margen de las anteriores consideraciones, hemos de reconocer la valiosa y extraordinaria labor realizada por la Corte Constitucional en estos casi cinco lustros, sin cuyo trabajo en pro de los derechos y libertades de la población, sería imposible explicar la importante, aunque aún lenta, transformación que ha ido experimentando el Derecho, los derechos y hasta la misma sociedad colombiana desde 1991.

En este contexto, y sin olvidarnos ni por un solo instante de los inquietantes retos que plantea la era posindustrial en la que nos hallamos, ni de la crisis –esa inseparable *compañera de viaje histórica del Derecho del Trabajo*–, hoy en día, y más que nunca, adquiere vigencia el discurso a favor del reconocimiento real y efectivo de los derechos de las mujeres y de los hombres trabajadores, por el que abogamos en esta tesis, al constituir el trabajo digno y los derechos de los trabajadores presupuesto de la paz y de la justicia social que tanto anhela la población de Colombia. Al final, en este mundo globalizado, donde son los mercados los que parecen gobernar a los pueblos y a los gobernantes, se hace más imperiosa que nunca la necesidad de proteger normativamente a los trabajadores, habida cuenta de que siguen hallándose en la posición más débil de la relación. Y es que, como es bien sabido, el Derecho ha sido concebido para proteger a los vulnerables, en este caso, a las mujeres y a los hombres trabajadores; y no a las grandes empresas, que con su poder y dinero ya influyen bastante en quienes toman las decisiones, y para quienes el Derecho apenas actúa como un mecanismo racionalizador del gran poder fáctico que detentan.