Sentencia C-005/17

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A PAREJA DE MUJER EMBARAZADA O LACTANTE NO TRABAJADORA-Protección del interés superior del menor recién nacido y del que está por nacer/ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA O GESTANTE-Extensión al cónyuge, compañero permanente o pareja trabajadora de la mujer carente de vínculo laboral

Esta Corporación ha admitido, con fundamento en el principio democrático, que cuando se encuentra ante una omisión legislativa relativa "es competente para incorporar un significado ajustado a los mandatos constitucionales por medio de una sentencia integradora en la que se declare la exequibilidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que éste debe además comprender aquellos supuestos que fueron indebidamente excluidos por el Legislador". En consecuencia, para remediar la inconstitucionalidad advertida la Corte declara la exequibilidad condicionada del numeral primero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y del numeral primero del artículo 240 del mismo estatuto, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la). Acogiendo una sugerencia de algunos de los intervinientes, la protección se concederá teniendo en cuenta la condición de beneficiaria de la mujer gestante o lactante, del sistema de seguridad social al que se encuentre afiliado el trabajador o trabajadora a la cual se extiende la protección laboral reforzada. Ello, con el propósito de ajustar la protección a los fundamentos constitucionales que le proveen sustento jurídico, esto es, la protección de la unidad familiar, la atención y asistencia al estado de maternidad y el interés prevalente de los niños y niñas.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación del principio pro actione

PROTECCION CONSTITUCIONAL A LA MATERNIDAD-Fundamentos y alcance

FUERO DE MATERNIDAD-Fundamento constitucional

DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA Y DESPUES DEL PARTO-Especial asistencia y protección del Estado

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Jurisprudencia constitucional

PROTECCION REFORZADA A LA MATERNIDAD-Instrumentos internacionales

PROTECCION LABORAL REFORZADA DE MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA O EN LACTANCIA-Fuerza vinculante con instrumentos internacionales

PROTECCION REFORZADA A LA MATERNIDAD-Criterios jurisprudenciales

PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Recomendaciones de la OIT

DERECHO AL TRABAJO-Derecho inalienable de todo ser humano

MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO-Protección constitucional como gestadora de vida

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Alcance

DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA-Modalidades de protección efectiva del fuero de maternidad

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Casos especiales

IGUALDAD ENTRE HOMBRE Y MUJER-Necesidad de modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia contenida en la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer/IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO ENTRE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES-Instrumentos internacionales/TRABAJADORES CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES-Recomendaciones de la OIT

DERECHO AL TRABAJO-Medidas orientadas a promover la conciliación de trabajo y vida familiar íntimamente relacionadas con la expansión del principio de igualdad de trato y de no discriminación, y con la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres/INTEGRACION EQUITATIVA DE LA MUJER EN EL CAMPO LABORAL-Fases según la doctrina/MUJER-Roles como trabajadora y madre/TRABAJO Y FAMILIA-Armonización/DERECHO AL TRABAJO-Titularidad indiferenciada de los derechos de conciliación/LEGISLACION LABORAL-Reconoce que los derechos de conciliación destinados al cuidado y atención de

hijos y familiares son derechos individuales de los trabajadores, ya sean estos hombres o mujeres/PROTECCION LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Premisas/PROCESO DE CONCILIACION Y ARMONIZACION ENTRE LOS AMBITOS FAMILIAR Y LABORAL-Jurisprudencia constitucional

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A PADRES CABEZA DE FAMILIA-Jurisprudencia constitucional

LICENCIA DE PATERNIDAD-Jurisprudencia constitucional/LICENCIA DE PATERNIDAD-Origen y justificación

PROCESO DE CONCILIACION DEL TRABAJO CON LA VIDA FAMILIAR-Jurisprudencia constitucional/PATERNIDAD-Significado e importancia para el desarrollo de los niños o niñas

DERECHO A LA IGUALDAD EN EL MARCO DE RELACIONES FAMILIARES-Contenido y alcance

IGUALDAD ENTRE LOS MIEMBROS DE LA PAREJA Y RESPECTO DE SUS DEBERES Y OBLIGACIONES COMO PADRES-Alcance

CONCILIACION DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR-No incumbe únicamente a hombres y mujeres, sino a toda la sociedad

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Requisitos/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Reglas jurisprudenciales

La jurisprudencia constitucional ha determinado los siguientes requisitos para determinar si es procedente el control constitucional de una norma por omisión legislativa relativa, estos son: “(a) la existencia de una norma respecto de la cual se pueda predicar necesariamente el cargo por inconstitucionalidad; (b) la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma de aquellos casos o situaciones análogas a las reguladas por la norma, que por ser asimilables, debían de estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o la omisión en el precepto demandado de un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (c) la inexistencia de un principio de razón suficiente que justifica la exclusión de los casos, situaciones, condiciones o ingredientes que debían estar regulados por el precepto en cuestión; (d) la generación de

una desigualdad negativa para los casos o situaciones excluidas de la regulación legal acusada, frente a los casos y situaciones que se encuentran regulados por la norma y amparados por las consecuencias de la misma, y en consecuencia la vulneración del principio de igualdad, en razón a la falta de justificación y objetividad del trato desigual; y (e) la existencia de un deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al legislador para regular una materia frente a sujetos y situaciones determinadas, y por consiguiente la configuración de un incumplimiento, de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador". Además de los (5) cinco requisitos anteriores, la sentencia C-833 de 013 señaló que también se deben tener en cuenta (2) dos más: "vi) si la supuesta omisión emerge a primera vista de la norma propuesta, o (vii) si se está más bien, ante normas completas, coherentes y suficientes, que regulan situaciones distintas.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Competencia de la Corte Constitucional

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Configuración

SENTENCIA INTEGRADORA POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Procedencia

Esta Corporación ha admitido, con fundamento en el principio democrático, que cuando se encuentra ante una omisión legislativa relativa "es competente para incorporar un significado ajustado a los mandatos constitucionales por medio de una sentencia integradora en la que se declare la exequibilidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que éste debe además comprender aquellos supuestos que fueron indebidamente excluidos por el Legislador". La sentencia C-584 de 2015 reiteró lo afirmado por esta Corporación en la C-619 de 2011, que indicó: "[p]or regla general, cuando se trata de una omisión legislativa relativa, el remedio para la inconstitucionalidad advertida no es la declaratoria de inexequibilidad de la disposición que dejó por fuera de sus efectos jurídicos el elemento que se echa de menos, sino neutralizar dicho efecto contrario a la Constitución mediante la incorporación de un significado ajustado a los mandatos constitucionales.

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Concepto/OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Eventos en que se configura/CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Exigencias

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA POR VIOLACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD-Criterios para determinar la transgresión constitucional/TERTIUM COMPARATIONIS-Significado/JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Trato igual a los iguales y desigual a los desiguales/PRINCIPIO DE IGUALDAD-Carácter relacional

FUERO DE MATERNIDAD-Alcance

Referencia: Expediente D-11474

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del artículo 239 y el numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo).

Actor: Wadys Tejada Flórez

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial la prevista en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, una vez cumplidos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Wadys Tejada Flórez, solicita a la Corte Constitucional que declare la constitucionalidad condicionada del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo).

Además, invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), a la Defensoría del Pueblo, al Departamento Nacional de Planeación, a la Confederación General del Trabajo, a la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia, a la Confederación de Trabajadores de Colombia, a la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), a la Federación Nacional de Comerciantes (Fenalco) y a las Facultades de Derecho de las Universidades de los Andes, de Antioquia, del Atlántico, Eafit de Medellín, Externado de Colombia, de Ibagué, Icesi de Cali, Industrial de Santander, Javeriana, Libre, Nacional de Colombia y del Rosario; para que intervinieran dentro del proceso, con la finalidad de rendir concepto sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma con los apartes demandados subrayados.

“CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO1

(…)

PRIMERA PARTE

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO.

(…)

TITULO VIII.

PRESTACIONES PATRONALES COMUNES.

(…)

CAPITULO V.

PROTECCION A LA MATERNIDAD Y PROTECCION DE MENORES

(…)

ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

(…)

ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. (…)".

III. LA DEMANDA

El demandante sostiene que el numeral 1 del artículo 239 y el numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo) vulneran los artículos 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 de la Constitución Política y el numeral 2 del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Ello en razón a que las normas acusadas garantizan la asistencia y protección solo para la mujer embarazada trabajadora, al prohibir su despido durante el período de embarazo o lactancia, y exigir un permiso para su despido, pero esta protección no está garantizada para la mujer no trabajadora que depende económicamente de su pareja que sí se encuentra vinculada laboralmente. Para el actor, los preceptos acusados no incluyen todo el universo de situaciones que deberían comprender.

Sostiene que la protección constitucional que se brinda a la mujer deriva no solamente de su condición de tal (Art. 43 C.P.), sino por ser portadora de vida (Art. 11 C.P.); por ser integrante

de la familia (At. 42 C.P.); y por ser quien protege y asiste al niño o niña que está por nacer o que acaba de nacer (Art. 42 C.P.). “la trascendencia de estos derechos constitucionales permean también la esfera del campo laboral al consagrar para todas las mujeres, la protección de su seguridad social (Art. 53) (…)”.

Afirma que “tal situación obliga al Estado a brindar asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y en la lactancia, sin que pueda exigir para el goce de este derecho requisito alguno, lo que (conduce a afirmar) que el Estado tiene la obligación de brindar la asistencia y la protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo como también, a la mujer embarazada no trabajadora que depende económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a)”.

Refiere a los fundamentos que la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha proveído a la protección reforzada de la mujer gestante o lactante, así:

i. El Estado tiene la obligación de proteger a la mujer en estado de embarazo y durante la etapa de lactancia (Art. 43 C.P.), dicha protección aplica sin distinción y no depende de requisito alguno, tal como el que la mujer trabaje o no;

ii. El fin de la protección es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embrazo o la lactancia;

iii. La protección especial a la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional (Arts. 11 y 44 C.P.);

iv. El especial cuidado a la mujer gestante y a la maternidad se justifica por la particular relevancia de la familia en el orden constitucional colombiano (Arts. 5º y 42 C.P.).

Las disposiciones acusadas no protegen a las mujeres no trabajadoras que dependen económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) –lo que afectaría el sustento y acceso a la seguridad social de la mujer embarazada y del menor por nacer, o de la mujer lactante y de su hijo-; razón por la que (iv) la protección debe hacerse extensiva

a la mujer embarazada no trabajadora que dependa económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a). En ese sentido, señala que:

"Si bien el espíritu del numeral 1 de (sic) artículo 239 y el numeral 1 del artículo 240 del Código Sustantivo de (sic) Trabajo buscan la estabilidad reforzada para la protección del derecho al trabajo de la mujer embarazada, su mayor fin es la protección de la vida de la mujer y el niño o niña que está por nacer o que acaba de nacer (…) y por tal motivo, es necesario que las garantías con que cuentan (sic) la mujer embarazada trabajadora se extiendan a la mujer no trabajadora que depende económicamente a través (sic) de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) para que sus derechos estén garantizados"2.

En consecuencia, el demandante solicita la exequibilidad condicionada de las disposiciones acusadas, en el entendido que la estabilidad laboral reforzada también se aplique para el (la) cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) de la mujer embarazada no trabajadora, razón por la que no puede ser despedido(a) durante el periodo de embarazo o lactancia, salvo que se cuente con la correspondiente autorización del inspector de trabajo.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervenciones oficiales

1.1. Ministerio del Trabajo

Luis Nelson Fontalvo Prieto, en su calidad de jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo, interviene en el proceso de la referencia para solicitar que se declare la exequibilidad de las disposiciones acusadas, en tanto no vulneran norma o mandato constitucional alguno.

Sustenta su solicitud indicando que la protección es para la trabajadora en estado de embarazo o en periodo de lactancia. De esta manera, considera que la normatividad laboral establece taxativamente la prohibición de despedirla sin justa causa, por lo que en ningún momento el Código Sustantivo de Trabajo crea la misma figura en favor del cónyuge o padre, como lo pretende el demandante. Así las cosas, sostiene que por analogía no podría crearse un fuero de paternidad. Aunado a lo anterior, determina que en su lugar, la Ley 1468 de 2011

consagró la licencia remunerada de paternidad.

Asimismo, indica que extender la estabilidad laboral reforzada para los casos indicados por el demandante, podría afectar las finanzas de las empresas públicas y privadas, requiriéndose como mínimo una ley con estudio de impacto económico e incluso de una reforma constitucional para ampliar o modificar el artículo 53 de la Constitución Política3.

1.2. Departamento Nacional de Planeación

Luis Carlos Vergel Hernández, actuando como apoderado especial del Departamento Nacional de Planeación, solicita que la Corte Constitucional se inhiba para conocer de los cargos. De manera subsidiaria, solicita que se declare la exequibilidad de las disposiciones acusadas en tanto no contrarían ningún mandato constitucional.

Para fundamentar su solicitud principal, el interviniente indica que el planteamiento del demandante no permite realizar con nitidez un análisis de los cargos en relación con el texto constitucional, comoquiera que se basa en percepciones o consideraciones de carácter subjetivo sin expresar la forma en que se presenta esa violación. Agrega que la acusación es por lo tanto indirecta o mediata, de manera que no es posible debatirla en el marco constitucional, así en la impugnación se utilicen referencias constitucionales y con ello se pretenda persuadir sobre la falta de correspondencia de las normas demandadas con la Constitución.

En torno a la solicitud subsidiaria, afirma que el fin de la protección del fuero de maternidad es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia.

Sostiene que “de acuerdo con la Constitución, el Estado debe garantizarle a la mujer gestante una protección especial por el hecho de ser mujer y por su característica de ser gestadora (sic) de la vida, no por depender de otra persona”4.

Agrega que el riesgo de no acceder a los servicios de salud cuando el cotizante pierde el empleo, no se puede limitar a la situación en la que la mujer gestante es beneficiaria de su cónyuge, toda vez que conforme al artículo 218 de la Ley 1753 de 2015, pueden presentarse muchas otras situaciones en las que una mujer gestante es beneficiaria de un cotizante

diferente, que puede llegar hasta el tercer grado de consanguinidad.

Señala que la normatividad contempla mecanismos de protección del trabajador cesante. En este sentido menciona la Ley 1636 de 2013, y el capítulo 1, del título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, normas que benefician tanto al cotizante como a su núcleo familiar. Igualmente, refiere, el artículo 2.1.8.1 del Decreto 780 de 2016 establece un período de protección laboral que le permite a los trabajadores y a su núcleo familiar acceder a los servicios de salud hasta por un período de entre 1 y 3 meses una vez terminada la vinculación, de acuerdo a la duración previa de la afiliación.

Indica que "existen otras posibilidades de afiliación para las mujeres gestantes cuando pierden la calidad de beneficiarias de un cotizante. Por un lado se pueden afiliar ellas mismas como cotizantes independientes, o lo puede hacer el cotizante del cual son beneficiarias, si tienen la capacidad de pago para hacerlo. Por otro lado, pueden afiliarse como beneficiarias de sus padres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2018 (sic) de la Ley 1753".

En adición, señala que "en caso de no poder seguir afiliadas al régimen contributivo, pueden solicitar la afiliación al régimen subsidiado en salud, si cumplen con el puntaje de Sisbén establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social. En última instancia, pueden acudir a la red pública de servicios de salud para solicitar su atención como población pobre no vinculada, lo cual garantiza en últimas su atención por parte del Estado".

2. Intervenciones institucionales

2.1. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)

Alberto Echavarría Saldarriaga, actuando en su calidad de vicepresidente de asuntos jurídicos de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), mediante escrito radicado en la Secretaría General el 12 de julio de 2016, solicita que se declare la exequibilidad pura y simple de las disposiciones acusadas.

Lo anterior, por cuanto considera que el fuero de maternidad sólo procede en los casos en los que existe una auténtica relación laboral, por lo que dicha protección no podría extenderse al (a la) cónyuge o compañero(a) permanente de la mujer en estado de embarazo. Ello es así,

por cuanto lo que se busca es evitar la discriminación que sufren estas mujeres, pues una de sus manifestaciones más claras es el despido injustificado debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas.

Así las cosas, arguye que "extender el fuero de maternidad en consideración a hechos diferentes al embarazo y al parto es crear un nuevo fuero laboral, y ello corresponde exclusivamente al legislador". A continuación indica que "el legislador nada ha dicho en relación con la dependencia económica de la mujer que está en embarazo o que dio a luz respecto de un tercero. Hay, por tanto, una omisión legislativa absoluta"6.

2.2. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Miguel Pérez García, en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, interviene en el proceso de la referencia para solicitar a la Corporación que se declaren exequibles las disposiciones acusadas7.

Refiere que el derecho a la igualdad no es un derecho absoluto en tanto la igualdad no se puede predicar de sujetos o situaciones disímiles8, razón por la que no se puede equiparar a una mujer embarazada con contrato de trabajo con una que no tiene una relación laboral, en especial por cuanto respecto de éstas la Constitución ha consagrado un subsidio alimentario (artículo 43). Aunado a lo anterior, sostiene que el derecho a la seguridad social de las mujeres embarazadas que no tienen una relación laboral y dependen de un tercero, se garantiza mediante el régimen subsidiado en salud.

En virtud de las anteriores consideraciones, indica que las disposiciones acusadas no desconocen ninguna norma constitucional.

2.3. Universidad del Rosario

Para fundamentar su posición –además de compartir los planteamientos del demandante-, sostiene que "se debería propender por una completa igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito familiar y laboral. De manera que el hombre pueda disfrutar de garantías familiares autónomas y no derivadas de las que posee la mujer, con una completa armonía entre lo laboral y lo familiar, y en donde se permita a la mujer el total disfrute de lo laboral y al hombre el total disfrute de lo familiar"9. Con fundamento en lo anterior, indica que "la

declaratoria de constitucionalidad condicionada es apenas un paso en la búsqueda de conciliar los ámbitos laboral y familiar (…) entre hombres y mujeres. (…) Los hombres tienen la misma potencialidad de hacer familia, por tanto de acceder a la estabilidad laboral reforzada; de ésta manera con la exequibilidad condicionada que se propone se ataca la discriminación al momento de contratar un hombre en lugar de una mujer"10.

Adicionalmente, señala que "si la Corte concede las pretensiones (…), debería hacerlo utilizando el criterio del beneficiario [que trae el Sistema General de Seguridad Social en Salud –i.e. artículo 163 de la Ley 100 de 1993-] (…) en ese orden de ideas sería imperativo que la mujer que no trabaja y está embarazada tiene que ser beneficiaria de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) que ostente la calidad de cotizante al SGSSS, en lugar de utilizar el criterio de dependencia económica"11.

El interviniente concluye solicitando que la estabilidad laboral reforzada para la mujer embarazada trabajadora, comprenda al (a la) cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) de la mujer embarazada no trabajadora siempre y cuando éste(a) ostente el estatus de cotizante al SGSSS y aquel(la) la calidad de beneficiaria.

2.4. Universidad de Antioquia

Clemencia Uribe Restrepo, en su calidad de decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, se adhiere a la petición del demandante en los términos por él solicitados.

Al respecto, manifiesta que la estabilidad laboral no sólo protege el trabajo en sí, sino que en el caso de las mujeres gestantes, lactantes o adoptantes se ve reforzada en procura no sólo de sus derechos sino también del interés superior del que está por nacer, o del niño o niña en sus primeros meses de vida12. Así las cosas, las disposiciones acusadas deben ser analizadas teniendo en cuenta las situaciones en las que es el padre el que trabaja y de cuyo ingreso laboral depende toda su familia.

2.5. Universidad Externado de Colombia

Jorge Eliécer Manrique y Jorge Mario Benítez Pinedo, director y docente del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia, respectivamente, intervienen en

el proceso de la referencia, solicitando a la Corte que declare exequibles las disposiciones acusadas.

En efecto, refieren que para tener derecho a la estabilidad laboral reforzada, es requisito sine qua non encontrarse inmerso en una relación de trabajo, pues de lo contrario sería imposible garantizar dicho derecho a una persona que no se encuentre trabajando13. En ese sentido, alegan que aunque el demandante no lo indica explícitamente, se plantea la existencia de una omisión legislativa relativa, debido a que el legislador habría excluido de la regulación a un grupo de personas que debieron incluirse como beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada14. Sin embargo, indican que pese a que existe una norma (lo que desvirtúa la existencia de una omisión legislativa absoluta), ésta no excluye supuesto de hecho idénticos o análogos a los regulados, razón por la que no se contraría el principio de igualdad.

Finalmente, indican que no extender el derecho a la estabilidad laboral reforzada al (a la) cónyuge o compañero(a) permanente de la mujer embarazada, no implica que a esta se le desconozcan otros beneficios que el texto constitucional consagra en su favor.

2.6. Universidad de Ibagué

Omar Mejía Patiño, como decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué, presentó escrito de intervención15 en el que adhiere a los planteamientos de la demanda. En ese sentido señala que debe extenderse la garantía del fuero de maternidad al cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) de la mujer embarazada no trabajadora gestante o lactante.

Destaca que el Estado Social de Derecho valora el papel de la mujer en la sociedad y protege sus derechos fundamentales generando espacios de protección durante y después del embarazo, en protección a la vida y el goce efectivo de otros derechos como la salud, la dignidad humana, el mínimo vital, los derechos de los niños al cuidado, al amor, a la alimentación. Señala que esta obligación impuesta al Estado por la Constitución se salvaguarda a través del fondo de solidaridad (Art. 27 de la Ley 100 de 1993) “ente que asume el pago de esta prestación (licencia de maternidad), tratándose del régimen contributivo, mediante la subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las Unidades de Pago por Capitación UPC”.

2.7. Universidad Industrial de Santander

Javier Alejandro Acevedo Guerrero, Clara Inés Tapias, Ernesto Rueda Puyana y Dolly Andrea Lugo Cortés, obrando en calidad de integrantes del grupo de Litigio Estratégico de la Universidad Industrial de Santander, presentaron escrito de intervención en el que respaldan la demanda.

Luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial16sobre la protección laboral reforzada a la mujer gestante y lactante señalan que la Corte, en los supuestos a que refiere la jurisprudencia ha protegido económicamente a la mujer trabajadora en estado de embarazo y a su hijo, pero existe un vacío sobre la protección que recibirá la mujer embarazada que no cuenta con un empleo, depende de su cónyuge o compañero permanente y éste es despedido, por lo que, en su opinión, resulta necesaria la declaratoria de exequibilidad condicionada de las normas acusadas.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, emitió el Concepto 6147 de 05 de agosto de 2016, por medio del cual solicita que se declaren exequibles las disposiciones acusadas y se exhorte al Congreso de la República para que legisle en favor de las mujeres no trabajadoras que se encuentren en estado de embarazo o lactando, así como de los niños y las niñas por nacer o recién nacidos y que sean hijos de mujeres no trabajadoras.

La Procuraduría sostiene que el problema jurídico que se debe resolver es el de si las disposiciones demandadas vulneran los artículos 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 de la Constitución Política al excluir de la estabilidad laboral reforzada a las mujeres en estado de embarazo o lactantes no trabajadoras dependientes económicamente de su cónyuge o compañero permanente17.

En su criterio, para resolver el problema jurídico se debe (i) analizar el contenido y alcance del fuero de maternidad, y (ii) determinar si se configura una omisión legislativa relativa.

En relación con el primer tema, la Procuraduría sostiene que el objetivo del fuero de maternidad es proteger a la mujer en estado de gravidez, así como a las niñas y a los niños

que están por nacer y recién nacidos y a la familia, prohibiendo que la madre gestante sea despedida de su trabajo por encontrarse en estado de embarazo o de lactancia. Para lograr lo anterior, indica que el ordenamiento jurídico impone al empleador la carga de demostrar que el despido no se produce en razón del embarazo o lactancia de su empleada, exigiéndole además solicitar la autorización para despedir ante una autoridad administrativa, quien precisamente deberá verificar que la causa del despido sea justa. Finalmente, en relación con este tema, indica que el fuero laboral no es el único ámbito mediante el cual se protege a las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, y que el Estado debe prever mecanismos idóneos para garantizar los derechos de las mujeres grávidas no trabajadoras.

Ahora bien, en relación con la posible existencia de una omisión legislativa relativa, indica que ésta no se presenta, por cuanto si bien existe una norma, ésta no excluye de sus consecuencias casos que deberían subsumirse dentro de su supuesto fáctico. Lo anterior, por cuanto se trata de casos que no son asimilables porque (i) las mujeres embarazadas no trabajadoras no tienen relación alguna con el empleador de sus parejas, mientras que aquellas que trabajan tienen un vínculo derivado de su relación laboral; y (ii) el esposo o compañero permanente de una mujer embarazada no vive el embarazo de su pareja exactamente de la misma forma, razón por la que no se justifica aplicar de la misma manera la presunción de que en caso que él fuera despedido ello obedezca a una discriminación en razón del embarazo o de la lactancia de su esposa o compañera permanente. Aunado a ello, destaca que al tratarse de supuestos fácticos disímiles no existe la obligación constitucional de establecer un trato idéntico, por lo que el legislador no incumple con ningún deber constitucional.

Finalmente, respecto del exhorto que debería realizar la Corte Constitucional al Congreso de la República, la Procuraduría sostiene que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas de discriminación positiva a favor de las mujeres embarazadas o lactantes, lo cual requiere de un diseño de política pública, relacionado con una diversidad de decisiones políticas posibles y aspectos técnicos y económicos relevantes. Asimismo, sostiene que el único mecanismo establecido por la Constitución es el de la obligación de proveer un subsidio alimentario a la mujer desempleada o desamparada durante el embarazo y después del parto, el cual ha demostrado resultados insuficientes, comoquiera que no existe una disposición legal que establezca los obligados, montos, criterios y mecanismos para que las mujeres accedan en igualdad de condiciones a ese subsidio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir la demanda de la referencia, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política.

2. Asunto preliminar: La aptitud sustantiva de la demanda

2.1. El Departamento Nacional de Planeación presenta, como solicitud principal, un pronunciamiento inhibitorio, comoquiera que en su opinión el planteamiento de la demanda no permite realizar con nitidez un cotejo de los cargos con la Constitución. Sostiene que la acusación se basa en precepciones de carácter subjetivo y es "indirecta o mediata" de tal forma que no es posible debatirla en el ámbito constitucional.

2.2. La Sala Plena de la Corte Constitucional no comparte este punto de vista, y reitera que la jurisprudencia de esta corporación, al interpretar el artículo 2º del Decreto 2067 de 1992, precisó que no obstante el principio pro actione que guía el ejercicio de la acción pública de inexequibilidad, a fin de que la Corte pueda pronunciarse de fondo, las demandas de inconstitucionalidad deben contener: (i) el texto de la norma demandada, (ii) las disposiciones constitucionales violadas, y (iii) las razones por las cuales la norma acusada vulnera tales disposiciones. Así mismo, dichas razones deben ser (a) claras18, (b) ciertas19, (c) específicas20, (d) pertinentes21 y (e) suficientes22 para que se configure un cargo apto.

2.3. La demanda que da origen a este proceso es perfectamente inteligible, en la medida en que permite a la Corte comprender su contenido y las justificaciones en que se basa (claridad). Los cargos recaen sobre una proposición jurídica real y existente en la que se identifica un déficit de protección (certeza), plantean una contradicción entre el contenido normativo acusado, y algunos preceptos superiores que el demandante estima infringidos (especificidad), y se exponen un cúmulo de razones de índole constitucional (pertinencia), que logran generar al menos una duda sobre la incompatibilidad de las normas acusadas con varios preceptos superiores (suficiencia).

En efecto, de manera sencilla, pero suficiente, el demandante plantea una contradicción entre el contenido normativo acusado que regula la estabilidad laboral reforzada de la

trabajadora gestante o lactante, y los mandatos de la Constitución que imponen al Estado un deber de asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y después del parto, así como al recién nacido. La contradicción surge, para el actor, del hecho de que la protección constitucional no distingue entre mujeres trabajadoras y no trabajadoras que se encontraren en dichas circunstancias, pero el legislador sí lo hace, reservando la protección únicamente para aquellas. Para sustentar la censura el demandante, además de mencionar la normatividad superior que considera infringida (Arts. 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 C.P.) refiere a los fundamentos que conforme a la jurisprudencia de esta Corte justifican el fuero de maternidad y estima que esta garantía debe ser extendida a la mujer no trabajadora que depende económicamente de su pareja, comoquiera que más allá de la discriminación que en el campo laboral pueda generar su estado, hay otros intereses, valores y derechos que subyacen en esa protección y que son comunes a la mujer gestante trabajadora o no.

2.4. El planteamiento del actor resulta así claro, y reúne también los atributos de certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. Por consiguiente, no encuentra la Sala respaldo a la afirmación del Departamento Nacional de Planeación en el sentido que la censura está basada en apreciaciones subjetivas del demandante que impiden un cotejo de las normas acusadas con la Constitución.

Aún, tratándose de demandas que se orientan a obtener un pronunciamiento de exequibilidad condicionada, como ocurre en el presente caso, la jurisprudencia de esta Corte ha considerado que pueden ser estudiadas y resueltas de fondo, si proponen un cargo apto de inconstitucionalidad. En concordancia con esto, la Corte ha sostenido por ejemplo en la sentencia C-149 de 2010 que "cuando el actor fundamenta su pretensión en un cargo de inconstitucionalidad que cumple con todos los requisitos legales y jurisprudenciales, no cabe declarar la ineptitud sustantiva de la demanda en razón a que la pretensión se oriente a obtener una sentencia de exequibilidad condicionada".23

En este caso, el accionante presenta una demanda con cargos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes, expresando de forma razonable no sólo un problema abstracto de inconstitucionalidad, sino las razones en las cuales sustenta la incompatibilidad que acusa.

2.5. Conforme a la síntesis de la demanda, según el promotor de la acción, la protección constitucional que se brinda a la mujer deriva no solamente de su condición de tal (Art. 43

C.P.), sino por ser portadora de vida (Art. 11 C.P.); por ser integrante de la familia (At. 42 C.P.); y por ser quien protege y asiste al niño o niña que está por nacer o que acaba de nacer (Art. 42 C.P.) "la trascendencia de estos derechos constitucionales permean también la esfera del campo laboral al consagrar para todas las mujeres, la protección de su seguridad social (Art. 53) (…)".

Tal situación, en su sentir, obliga al Estado a brindar asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y en la lactancia, sin que pueda exigir para el goce de este derecho requisito alguno, de donde deduce que el Estado tiene la obligación de brindar la asistencia y la protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo como también, a la mujer embarazada no trabajadora que depende económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a)".

Atendiendo a esta fundamentación, la Sala concluye que la demanda cumple con la carga argumentativa que se impone a los promotores de una acción de inconstitucionalidad, y por lo tanto hay lugar a un pronunciamiento de fondo sobre la conformidad o no con la Constitución, del numeral 1° del artículo 239 y el numeral 1° del artículo 240 del CST.

3. Presentación del caso, planteamiento del problema jurídico y metodología de la decisión

3.1. El demandante sostiene que los artículos 239 (num. 1°) y 240 (num. 1°) del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo) vulneran los preceptos 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 de la Constitución Política y el numeral 2 del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en razón a que las normas acusadas garantizan la asistencia y protección sólo para la mujer embarazada trabajadora, al prohibir su despido durante el período de embarazo o lactancia y exigir un permiso para su despido, pero esta protección no está garantizada para la mujer no trabajadora que depende económicamente de su pareja que sí se encuentra vinculada laboralmente.

3.2. En el debate que se adelantó en este juicio de constitucionalidad, los intervinientes se alinearon en torno a dos posturas. Los que defienden la exequibilidad simple24 con base en los siguientes argumentos: (i) Lo que propone la demanda es la creación de un fuero laboral de paternidad, lo cual afecta las finanzas públicas y privadas requiriéndose para ello una intervención del legislador que evalúe aspectos técnicos y de impacto fiscal; (ii) el

fundamento de la protección implica una relación laboral de la mujer y su fin es evitar la discriminación derivada de su condición de gestante o lactante, lo cual no se concreta en la protección pretendida; (iii) la normatividad legal establece mecanismos de protección al trabajador cesante (Ley 1636/13, Decreto 1772/15, Decreto 780/16); (iv) la mujer gestante que pierde su condición de beneficiaria de un cotizante puede afiliarse como independiente, como beneficiaria de sus padres, o vincularse al régimen subsidiado de salud o a la red pública de servicios de salud para población pobre no vinculada; (v) aunque el demandante no lo haga explícito, lo que plantea es una omisión legislativa relativa, y no se cumplen los presupuestos para que ella se configure, comoquiera que no se puede equiparar una mujer con contrato de trabajo con una que no tiene una relación laboral, por ende, la norma no excluye supuestos que sean análogos.

3.3. De otra parte, quienes proponen la exequibilidad condicionada25 de las normas acusadas argumentan que: (i) la estabilidad laboral reforzada no solamente protege el trabajo de la mujer embarazada sino también el interés superior del niño o niña por nacer y en sus primeros meses de vida; (ii) la demanda auspicia un avance en materia de igualdad entre hombres y mujeres en los ámbitos familiar y laboral, permitiendo que el hombre pueda disfrutar de garantías laborales y familiares autónomas (por su condición de padre), y no derivadas de las que posee la mujer; (iii) la exequibilidad condicionada contribuye a minimizar la discriminación contra la mujer a la hora de contratar; (iv) la exequibilidad condicionada debe apoyase en el criterio de beneficiaria y no en el de dependencia económica; (v) existe un vacío normativo en cuanto a la protección de la mujer embarazada o lactante que depende económicamente de su pareja

3.4. El Procurador General de la Nación se muestra partidario de una exequibilidad simple comoquiera no se configura una omisión legislativa relativa, toda vez que la situación incluida y la que se echa de menos no representan casos análogos, dado que la protección que contemplan las normas acusadas parte de la existencia de una relación laboral, y en el caso de la mujer embarazada dependiente esta no se presenta. Se trata así de supuestos fácticos disímiles que no imponen la obligación de un trato idéntico. Sin embargo, reconoce la necesidad de exhortar al Congreso para que diseñe una política pública que incluya medidas de discriminación positiva en favor de las mujeres embarazadas o lactantes no trabajadores, en la que se tomen en consideración elementos técnicos y económicos.

3.5. Conforme al debate así planteado corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿La no inclusión en las disposiciones del numeral 1 del artículo 239 y de1 numeral 1 del artículo 240 del (de la) cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) de la mujer embarazada no trabajadora, como beneficiario(a) de estabilidad laboral reforzada contraría los artículos 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 de la Constitución Política y 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)?

3.6. Para abordar el estudio del problema descrito, la Sala se pronunciará sobre: (i) Los fundamentos de la protección constitucional a la maternidad y la lactancia; (ii) la conciliación entre vida familiar, personal y laboral en el camino hacia la igualdad entre trabajadores y trabajadoras; (iii) recordará las reglas sobre el control constitucional de las omisiones legislativas relativas; y en ese marco, (iv) procederá a evaluar los cargos de la demanda.

4. Fundamentos y alcance de la protección constitucional a la maternidad y la lactancia

4.1. La jurisprudencia de esta Corte 26ha reconocido que la protección a la mujer durante el embarazo y el período de lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional colombiano.

4.1. Primer Fundamento. El artículo 43 contempla un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer "durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada". Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado consistente en otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada.

Igualmente, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y de lactancia. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 señala que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales", mientras que el artículo 10.2 del Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala que "se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto". Por su parte, el artículo 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), señala que "los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario".

A partir de estos referentes la jurisprudencia de esta Corte reconoció que "existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres"27.

4.2.- El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo28, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato de trabajo por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia.

El fundamento constitucional inicial del fuero de maternidad, es el derecho a la igualdad y la consecuente prohibición de la discriminación por razones de sexo, prescritas en los artículos 1329 y 4330 de la Constitución, en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)31 y en los artículos 132 y 2433 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Del mismo modo se funda en los artículos 234 y 635 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y en los artículos 336 y 637 del Pacto de San Salvador, que en su conjunto consagran el derecho a trabajar para todas las personas sin distinciones de sexo. De forma más concreta, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), expedida en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU y aprobada por la ley 51 de 1981, en su artículo 1138 dispone que es obligación de los Estados adoptar "todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo" a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres "el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano".

Como lo ha reconocido esta Corporación, este instrumento internacional protege no sólo la remuneración laboral de la mujer embarazada sino que además, como lo dice claramente el texto, busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, lo cual concuerda con el primer ordinal de ese mismo artículo que consagra que "el derecho al trabajo" es un "derecho inalienable de todo ser humano". Conforme a esas normas, no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres, sino que es necesario que, además, les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar.

En este mismo ámbito, la Organización Internacional del Trabajo –OIT– ha desarrollado en su Constitución misma y en diferentes Convenios un deber fundamental a cargo de los Estados que consiste en promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el mundo laboral39.

Desde comienzos del siglo XX, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada. Así, el Convenio No 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931, estableció pautas para una protección de la mujer trabajadora antes, durante y con posterioridad al parto40.

Esto concuerda con la Recomendación No. 95 de la OIT de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance constitucional de la protección a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Según el artículo 4º de ese documento internacional, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto, implica que se debe no sólo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras "durante la ausencia legal, antes y después del parto" sino que, además, se les debe asegurar "su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa".

Igualmente el Convenio 111 de la OIT de 1958 sobre la discriminación en el trabajo, prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación por razones de "sexo" (artículo 1.1) y establece que los Estados tendrán la obligación de "promover la igualdad de oportunidades y de trato" en el entorno laboral (artículo 2). También el Convenio 100 de la OIT de 1951 sobre igualdad de remuneración, establece que se deberá garantizar la aplicación a todos los trabajadores del "principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor" (artículo 2).

En el mismo sentido, el Convenio 156 de la OIT de 1981 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, señala que deberá permitirse que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo "ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales" (artículo 3).

Finalmente, el Convenio 183 de la OIT de 1952 relativo a la protección de la maternidad, estableció que los Estados "deberá[n] adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo."41 Este Convenio también desarrolla el derecho que tiene toda mujer "a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas" (artículo 4.1) y la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que "la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo" (Artículo 9, se destaca).

Con base en estos referentes normativos la Corte ha concluido que las disposiciones constitucionales y las normas internacionales establecen una garantía reforzada a la estabilidad en el trabajo de las mujeres que se encuentran en el periodo de embarazo y lactancia. En este sentido, la Corte ha indicado que "en desarrollo del principio de igualdad y en aras de garantizar el derecho al trabajo de la mujer embarazada (…) tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas"42.

4.3. Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es43.

La protección reforzada de la mujer embarazada se extiende entonces a la protección de la maternidad, cuando ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. Esta medida de protección guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. De esta manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros propósitos el de "garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos"44.

Como ya se ha mencionado, el artículo 43 de la Constitución ordena que "durante el embarazo y después del parto [la mujer goce] de especial asistencia y protección del Estado" y el artículo 53, que dentro de los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo, se incluya la "protección especial a la mujer [y] a la maternidad". La intención del Constituyente de garantizar los mencionados derechos, se evidencia en la previsión de que la mujer embarazada reciba del Estado un "subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada".

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el fuero de maternidad previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, además de prevenir y sancionar la discriminación por causa o razón del embarazo, desde una perspectiva constitucional e internacional, debe servir también para garantizar a la mujer embarazada o lactante un salario o un ingreso que le permita una vida en condiciones dignas y el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente.

4.4. En cuarto lugar, la especial protección a la mujer gestante y a la maternidad se justifica, igualmente, por la particular relevancia de la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad que merece una protección integral de parte de la sociedad y del Estado (CP art. 5º y 42), pues como ha sostenido esta Corte "si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados."45

En conclusión, los múltiples fundamentos constitucionales que concurren a proveer justificación a la especial protección que la sociedad y le Estado deben prodigar a la mujer en período de gestación y de lactancia tiene una consecuencia jurídica importante: "el

ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.46 Se trata de un deber de protección que vincula a todas las autoridades públicas, debe abarcar todos los ámbitos de la vida social, y aunque adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral (fuero de maternidad) comoquiera que, debido a la maternidad, la mujer ha sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo, involucra también otros ámbitos como la preservación del valor de la vida, la protección de la familia, la asistencia y la seguridad social y el interés superior del menor.

4.5. Asimismo, en el rango legal, desde su expedición en 1950 el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 239, estableció la prohibición de despedir a las trabajadoras por motivo de embarazo o lactancia; la presunción de que dicho despido se ha efectuado por dicha razón, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades competentes, y las sanciones imponibles en caso de que se vulnere dicha prohibición47.

El artículo 240 del mismo estatuto48 señala que el despido de una mujer en estado de embarazo o lactancia debe ser autorizado por el Inspector de Trabajo o el Alcalde Municipal (en los lugares en los que no exista inspector). Asimismo, dispone que antes de resolver el asunto, el funcionario debe escuchar a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. La infracción de lo dispuesto en este texto normativo genera la ineficacia del despido49, conforme lo establece el artículo 241 del mismo Código Sustantivo del Trabajo. Según dicha disposición, el empleador debe conservar el empleo de la trabajadora que se encuentre disfrutando de los descansos remunerados o de la licencia por enfermedad motivada por el embarazo o por parto, por lo cual "no producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas".

4.6. Mediante la ya citada sentencia SU-070 de 2013, la Sala Plena estableció criterios jurisprudenciales generales y uniformes respecto de la garantía de la protección reforzada a la maternidad, una vez se ha demostrado: (i) la existencia de una relación laboral o de prestación, y (ii) que la mujer se encontraba en estado de embarazo o dentro de los tres (3) meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación50; que le permiten al juez constitucional determinar el alcance de dicho amparo.

5. La conciliación entre vida familiar, personal y laboral en el camino hacia la igualdad entre trabajadores y trabajadoras

5.1. El párrafo decimocuarto del preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) declara que los Estados Partes51 reconocen que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.

Recordando este compromiso el Convenio 156 de la OIT sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, establece en su artículo 3º (1.1.) que "Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales".

5.2. En desarrollo de este propósito la Recomendación 165 de la OIT, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares señala que "12. Deberían tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades." (Se destaca).

Con miras a promover la igualdad de trato entre trabajadores de uno y otro sexo la citada Recomendación establece que "deberían adoptarse y aplicarse medidas para prevenir la discriminación directa o indirecta basada en el estado matrimonial o las responsabilidades familiares". Y recalca que "16. El estado matrimonial, la situación familiar o las responsabilidades familiares no deberían constituir de por sí causas justificadas para denegar un empleo a un trabajador o para terminar la relación de trabajo". Por lo que es preciso adoptar medidas "para que las condiciones de empleo sean tales que permitan a los trabajadores con responsabilidades familiares conciliar sus responsabilidades profesionales y familiares."

5.3. En el estado actual del Derecho del trabajo, las medidas orientadas a promover la conciliación de trabajo y vida familiar están íntimamente relacionadas con la expansión del principio de igualdad de trato y de no discriminación, y con la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el plano laboral, toda vez que el acceso y permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo depende, en gran medida, de la implementación de estas estrategias.

En este sentido, la progresiva integración equitativa de la mujer en el campo laboral ha dado paso a una paulatina evolución del derecho laboral, en la que la doctrina52 ha identificado cuatro fases:

La primera, corresponde a la aceptación social del doble rol de la mujer como trabajadora y madre, lo que conlleva la necesidad de arbitrar medidas de resguardo que eviten la discriminación en el empleo y que la protejan en esa doble condición permitiéndole conciliar trabajo y familia. Bajo esta perspectiva, la conciliación es un asunto que sólo interesa a las mujeres, en tanto los hombres no tienen la carga social de conciliar, y son ellas las que asumen una doble responsabilidad en los ámbitos doméstico y laboral, reproductivo y productivo.

Una segunda fase evolutiva en la armonización de trabajo y familia, se consolida con el reconocimiento normativo del derecho de los padres trabajadores a hacer uso de parte del permiso de maternidad. Lo que caracteriza esta fase es que sigue representando el reconocimiento de una posición subordinada o accesoria del padre en la atención y cuidado de sus hijos, pues sus derechos en este sentido son en gran medida una derivación de los derechos que se le reconocen a la madre trabajadora.

En una tercera fase de evolución del Derecho del Trabajo se identifica un cambio jurídico importante caracterizado por la titularidad indiferenciada (neutra) de los derechos de conciliación, por lo que la legislación laboral reconoce que los derechos de conciliación destinados al cuidado y atención de hijos y familiares son derechos individuales de los trabajadores, ya sean estos hombres o mujeres. Se asume por tanto un modelo de familia con una doble fuente de ingresos provenientes tanto del trabajo del hombre como de la mujer y, en relación con el tema de la armonización de trabajo y familia, se consagra el derecho de ambos progenitores, con independencia del sexo a la suspensión del contrato y a

las prestaciones de seguridad social por causa de maternidad y paternidad.

Finalmente, en una etapa más evolutiva en el cambio de roles de hombres y mujeres en el plano familiar y laboral, se espera que, al margen de la ley y como consecuencia de su efectividad, se genere un cambio cultural que implique la materialización y puesta en práctica de las medidas de conciliación y la superación de los clásicos modelos de reparto de responsabilidades familiares que marginan al hombre en el cuidado y atención de sus hijos.

Una participación dinámica y promocional del padre en el cuidado de los hijos constituye una pieza nuclear del cambio social necesario en el proceso de armonización laboral y familiar, con miras a mejorar los estándares de igualdad entre hombres y mujeres en el plano laboral. Es preciso poner el acento en la obtención de mayores grados de armonización entre las responsabilidades laborales y familiares de trabajadores y trabajadoras que posibiliten una verdadera corresponsabilidad de los progenitores en el cuidado de las personas que estén bajo su dependencia y, muy especialmente de sus hijos53.

Sobre el particular cabe recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo, proclama que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, quienes tienen derecho a recibir de sus padres la protección y la asistencia necesarias para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y así poder crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para lo cual, sin duda alguna, un cambio en los roles laborales y familiares de trabajadores y trabajadoras constituye un presupuesto ineludible.

5.4. La jurisprudencia de esta Corte ha realizado significativos avances en el proceso de conciliación y armonización entre los ámbitos familiar y laboral, y en la consolidación de la igualdad en las relaciones familiares y de pareja:

5.4.1. En este propósito ha desarrollado una vigorosa jurisprudencia en torno a la protección laboral reforzada de la mujer trabajadora en estado de embarazo o lactancia. Esta protección, como ya se indicó, se fundamenta54, en cuatro premisas: (i) en el mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Política en relación con la "especial asistencia y protección del Estado" a la mujer en estado de embarazo y después del parto; (ii) en la protección de la mujer embarazada o lactante contra la discriminación en el ámbito del trabajo, garantía habitualmente conocida como fuero de maternidad55, que tiene como fin

impedir el despido o la terminación del contrato causados por el embarazo o la lactancia; (iii) en la concepción de la vida como valor fundante dentro del ordenamiento constitucional (Preámbulo y artículo 11) y la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas establecida en el artículo 44 Superior; y (iv) en la relevancia de la familia dentro del orden constitucional colombiano, como institución básica de la sociedad, en atención a lo cual recibe una salvaguardia integral de parte de la sociedad y del Estado contenida en los artículos 5 y 42 de la Constitución Política56.

5.4.2. Así mismo, mediante sentencia SU- 389 de 200557, la Corte Constitucional extendió a los padres cabeza de familia las medidas de estabilidad laboral reforzada previstas para las madres cabeza de familia que, como consecuencia de la aplicación del programa de renovación de la administración pública, vieran suprimidos sus cargos y se dieran por terminados sus contratos laborales58. Se consideró que esta medida (retén social) buscaba proteger la unidad familiar y especialmente el bienestar de los menores que se encontraran al cuidado de sus padres, fundamentado en el artículo 44 de la Constitución Política y en el principio de interés superior del niño.

5.4.3. Avanzando en este proceso de conciliación del trabajo con la vida familiar, que como se indicó está ligado al desarrollo evolutivo de la equidad entre trabajadoras y trabajadores, en la sentencia C-273 de 200359, al declarar inexequible un aparte del artículo 1° de la Ley 755 de 2002 que regula la licencia de paternidad, la Corte destacó el interés superior del niño y la garantía de la plena satisfacción de sus derechos, como fundamento de esta prestación. En torno a este último tópico resaltó que la razón de ser del interés superior del niño es su plena satisfacción y más concretamente permitir al recién nacido el ejercicio de todos sus derechos fundamentales, particularmente el poder recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento. Además, sostuvo que la licencia permite al padre comprometerse con mayor fuerza en su paternidad bajo un clima adecuado para que la niña o el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional.

Respecto al significado de la paternidad y su importancia para el desarrollo de la niña o del niño, en la mencionada decisión se sostuvo:

“En conclusión, si bien no existe un rol paterno único al cual todos los padres deben aspirar - pues debe admitirse que la naturaleza de la influencia paterna puede variar sustancialmente

dependiendo de los valores individuales y culturales-, lo que sí está claro es que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo, y aún más cuando ha decidido asumir su papel en forma consciente y responsable, garantizando al hijo el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y especialmente el derecho al cuidado y amor para su desarrollo armónico e integral"60.

Exaltó la idea de que el padre se involucre activamente en la crianza de las hijas o hijos brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, lo cual es fundamental para su desarrollo armónico e integral, que parte del concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad (arts. 42 y 44 de la Constitución).

5.4.4. Sobre la misma prestación en la sentencia C-174 de 200961 la Corte amplió (unificando en 8 días) la cobertura de la licencia de paternidad. En esta providencia recalcó la Sala Plena de esta corporación la importancia de que el padre se involucre activamente en la crianza de las hijas o hijos brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, como factor fundamental para su desarrollo armónico e integral, en el contexto de la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Al respecto indicó:

"La licencia de paternidad tuvo su origen en la O.I.T con el ánimo que el hombre desempeñe un rol más activo en el cuidado de los hijos desde sus primeros días de nacidos, llevó a la Organización Internacional del Trabajo a adoptar la Recomendación 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, cuyo numeral 22 hizo explícito que durante un periodo inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, también el padre debería tener posibilidad de obtener una licencia sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él, a lo que denominó licencia parental. Así mismo, dejó en libertad de cada país su determinación, que debería introducirse en forma gradual.

De igual modo, la OIT expidió el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, que se aplica a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando las mismas limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella (art. 1 y ss.).

De esta forma, la licencia de paternidad busca que los hombres concilien el trabajo y la vida familiar, a través del disfrute de un breve periodo alrededor de la fecha del parto del hijo62".

Asimismo, en el derecho internacional, instrumentos como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer64, consagran el deber de los Estados de asegurar una igualdad real entre los miembros de la pareja que conforma el matrimonio o la unión de hecho. Por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que los Estados Partes se "comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos"65. También la Convención Americana de Derechos Humanos, determina que "los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo"66.67

Así, el régimen constitucional colombiano garantiza la igualdad entre los miembros de la pareja y respecto de sus deberes y obligaciones como padres. Los instrumentos diseñados por la ley para que los progenitores cumplan su función de garantizar los derechos de sus hijos, la patria potestad y los deberes que se derivan de la relación paterno-filial, se dirigen a realizar el interés superior del niño y a asegurar su desarrollo integral y armónico.

5.5. Las anteriores referencias normativas y jurisprudenciales permiten advertir una creciente tendencia en la normatividad internacional y en la jurisprudencia, a articular progresivamente medidas para conciliar el trabajo y la vida familiar, en el entendido de que estas representan un factor clave para asegurar la igualdad de oportunidades en el trabajo, así como para alcanzar una distribución más justa entre hombres y mujeres de sus responsabilidades familiares, contribuyendo a hacer compatible el trabajo con el cuidado de la familia.

Sin embargo, no se puede perder de vista que las demandas por alcanzar mayores grados de armonización de trabajo y vida familiar no se pueden limitar hoy a promover una mayor participación femenina en el campo laboral, así como a precaver y a sancionar actos de discriminación basados en el sexo. Las reivindicaciones hoy en día deben abarcar también al padre trabajador, como titular de derechos específicos en el campo laboral, a vivir más intensamente el cuidado de sus familias, permitiéndole que pueda conciliar efectivamente sus responsabilidades laborales y familiares.

Tampoco se puede soslayar que la conciliación de la vida laboral y familiar no incumbe

únicamente a hombres y mujeres, sino a toda la sociedad. Por tal razón se sostiene que la conciliación de trabajo y vida familiar debe ser entendida antes que nada como una materia de política de familia, desarrollada tanto en el marco del mercado de trabajo, como de la protección social68.

6. El control constitucional de las omisiones legislativas relativas

Comoquiera que el demandante sostiene que el numeral primero del artículo 239 y el numeral primero del artículo 240, ambos del Decreto Ley 2663 de 1950 omiten incluir hipótesis normativas que debieron ser contempladas, procede la Corte a recordar las reglas jurisprudenciales establecidas por esta corporación para determinar cuándo una omisión legislativa relativa es incompatible con la Constitución.

6.1. La Corte Constitucional ha establecido que es procedente el control constitucional de las omisiones relativas en las que incurra el Legislador. Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, estas se configuran cuando existe un silencio de parte del legislador que "puede vulnerar garantías constitucionales por vía de omisión legislativa en razón a la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer69". En todo caso, ha aclarado que el control constitucional sólo es procedente cuando se trate de una omisión legislativa relativa, en ningún caso si se trata de una absoluta70. Lo anterior "[e]n procura de respetar la autonomía e independencia del Congreso, la Corte ha señalado que el juicio de constitucionalidad en estas circunstancias sólo puede darse, sí y sólo sí, la omisión que se ataca es por esencia relativa o parcial y en ningún caso absoluta"71.

6.2. La jurisprudencia constitucional ha identificado que la omisión legislativa relativa se configura en aquellos casos en que el Legislador "al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella (…) y puede ocurrir de varias maneras: (i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución" 72.

3. La jurisprudencia constitucional ha determinado los siguientes requisitos para determinar si es procedente el control constitucional de una norma por omisión legislativa relativa, estos son: "(a) la existencia de una norma respecto de la cual se pueda predicar necesariamente el cargo por inconstitucionalidad; (b) la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma de aquellos casos o situaciones análogas a las reguladas por la norma, que por ser asimilables, debían de estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o la omisión en el precepto demandado de un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (c) la inexistencia de un principio de razón suficiente que justifica la exclusión de los casos, situaciones, condiciones o ingredientes que debían estar regulados por el precepto en cuestión; (d) la generación de una desigualdad negativa para los casos o situaciones excluidas de la regulación legal acusada, frente a los casos y situaciones que se encuentran regulados por la norma y amparados por las consecuencias de la misma, y en consecuencia la vulneración del principio de igualdad, en razón a la falta de justificación y objetividad del trato desigual; y (e) la existencia de un deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al legislador para regular una materia frente a sujetos y situaciones determinadas, y por consiguiente la configuración de un incumplimiento, de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador"73. Además de los (5) cinco requisitos anteriores, la sentencia C-833 de 013 señaló que también se deben tener en cuenta (2) dos más: "vi) si la supuesta omisión emerge a primera vista de la norma propuesta, o (vii) si se está más bien, ante normas completas, coherentes y suficientes, que regulan situaciones distintas"74.

4. Finalmente, esta Corporación ha admitido, con fundamento en el principio democrático, que cuando se encuentra ante una omisión legislativa relativa "es competente para incorporar un significado ajustado a los mandatos constitucionales por medio de una sentencia integradora en la que se declare la exequibilidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que éste debe además comprender aquellos supuestos que fueron indebidamente excluidos por el Legislador"75. La sentencia C-584 de 2015 reiteró lo afirmado por esta Corporación en la C-619 de 2011, que indicó: "[p]or regla general, cuando se trata de una omisión legislativa relativa, el remedio para la inconstitucionalidad advertida no es la declaratoria de inexequibilidad de la disposición que dejó por fuera de sus efectos jurídicos el elemento que se echa de menos, sino neutralizar dicho efecto contrario a la Constitución mediante la incorporación de un significado ajustado a los mandatos constitucionales"76.

6. Análisis de los cargos.

De acuerdo con la demanda presentada por el ciudadano Wadys Tejada Flórez, los artículos 239 (num. 1°) y 240 (num. 1°) del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo CST) vulneran los preceptos 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 de la Constitución Política y el numeral 2 del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en razón a que las normas acusadas garantizan la asistencia y protección sólo para la mujer embarazada trabajadora, al prohibir su despido durante el período de embarazo o lactancia, y exigir un permiso para su despido, pero esta protección no está garantizada para la mujer no trabajadora que depende económicamente de su pareja que sí se encuentra vinculada laboralmente.

Comoquiera que lo que el ciudadano demandante acusa es un silencio del legislador respecto de una hipótesis normativa que, en su sentir, debió incluirse en la regulación impugnada para hacerla compatible con explícitos mandatos superiores, procede la Sala a aplicar el test enunciado en aparte anterior a efecto de establecer si al regular la institución de la estabilidad laboral reforzada el legislador omitió una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella.

(a) La existencia de una norma respecto de la cual se pueda predicar necesariamente el cargo por inconstitucionalidad:

La omisión que acusa el demandante en efecto tiene el carácter de relativa comoquiera que recae sobre los enunciados normativos que regulan: (i) la prohibición de despedir a una trabajadora por motivo de embarazo o lactancia (Numeral 1 del artículo 239 C.S.T.); (ii) el requerimiento de autorización del Inspector del Trabajo, o en su defecto del Alcalde Municipal para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto (Numeral 1 del artículo 240 C.S.T.).

De manera que se cumple con este primer presupuesto del test, en la medida que el cargo de inconstitucionalidad por omisión efectivamente se predica de dos supuestos normativos existentes.

(b) La exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma de aquellos casos o situaciones análogas a las reguladas por la norma, que por ser asimilables, debían de estar contenidos

en el texto normativo cuestionado.

Al respecto la jurisprudencia de esta Corte ha insistido77 en que el punto de partida para establecer si se está ante situaciones análogas que ameriten el mismo trato, es el de considerar que la igualdad es un criterio relacional. Esto es, que se es igual o desigual respecto de otro y con base en un parámetro común, denominado como tertium comparationis. Esto exige que el escrutinio judicial identifique, como presupuesto lógico de todo juicio de igualdad, los sujetos entre los cuales se predica el tratamiento presuntamente desigual y el parámetro que los hace comparables entre sí.

A este respecto, la Corte ha indicado en su jurisprudencia que, si bien para aplicar el juicio de igualdad esta Corporación ha asumido el criterio de justicia tradicional de "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales", "[e]ste criterio de justicia resulta, sin embargo, vacío, si no se determina desde qué punto de vista una situación, persona o grupo es igual a otro. Por ello, en planteamientos recogidos por este Tribunal, Robert Alexy ha explicado que, dado que ninguna situación, persona o grupo son idénticos a otros, determinar la igualdad y la desigualdad supone siempre un juicio de valor sobre cuál característica o propiedad resulta relevante para establecer el examen de igualdad por parte del juez.

En consecuencia, un juicio sobre la eventual violación al derecho a la igualdad, o sobre la mejor forma de aplicar este principio no parte entonces de presupuestos idénticos, ni tampoco de situaciones por completo diferentes, sino que se efectúa en relación con igualdades y desigualdades parciales, a partir de propiedades relevantes desde el punto de vista jurídico-constitucional. En los eventos en que concurren tanto igualdades como desigualdades, debe el juez determinar si existen razones suficientes para mantener un trato igual frente a situaciones en alguna medida disímiles, o si existen razones suficientes para establecer un trato distinto entre situaciones con algún grado de similitud. Por lo tanto, la primera tarea del juez constitucional consiste en verificar la existencia de características o criterios de comparación relevantes entre los grupos en comparación."78

Tomando en cuenta el mencionado criterio de comparación encuentra la Corte que el(la) trabajador(a) cuya esposa, compañera o pareja (no trabajadora) se encuentra período de embarazo o de lactancia, se halla en una situación análoga y por ende equiparable, a la de la trabajadora a quien por su situación de embarazo o lactancia se le reconoce la garantía de la

estabilidad laboral reforzada en los preceptos acusados.

El criterio de comparación relevante es el de trabajadores con necesidades familiares específicas como es el advenimiento de un nuevo miembro del grupo familiar, circunstancia que demanda una protección reforzada que la Constitución reconoce. El tratamiento análogo que desde el punto de vista constitucional se debe brindar tanto a la trabajadora en estado de embarazo o lactancia, como al trabajador en una situación familiar similar (cuya esposa, compañera o pareja no trabajadora se encuentre en período de embarazo o lactancia), encuentra respaldo constitucional en los siguientes argumentos:

En primer lugar, tal como quedó establecido en el fundamento jurídico 4 de esta sentencia, las razones que justifican la garantía de la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante y lactante trascienden su originario propósito de evitar la discriminación laboral generada en dicha condición (fuero de maternidad). Esta protección desarrolla además el imperativo constitucional de brindar de manera general y objetiva protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado, no sólo referida a aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, a todas las mujeres (Art. 43 C.P.). Es así mismo una manifestación de la protección a la vida como bien jurídico de máxima relevancia en el orden constitucional (Art. 11). Cristaliza la protección que el Constituyente brinda a la familia y promueve el interés superior del menor y la protección de los derechos de los niños y niñas (Art. 44). Todos estos fines de la protección se cumplen tanto en la situación de la madre trabajadora en estado de embarazo o lactancia, como en la de su pareja trabajadora, en especial, cuando esta representa el sostén familiar.

En segundo lugar, tanto los instrumentos internacionales, como la Constitución y la jurisprudencia de esta Corte, enfatizan en torno al plano de igualdad en materia de derechos, obligaciones y responsabilidades en que se encuentran la mujer y el hombre, y en general los progenitores, en el campo de las relaciones materno-paterno filiales (Art. 43), paridad que se proyecta en interés de los individuos que conforman la pareja, pero también como instrumento de protección reforzada del interés superior del niño o niña, a fin de asegurar su desarrollo integral y armónico.

En tercer lugar, bajo una perspectiva de conciliación y armonización del trabajo con la vida

familiar, el padre trabajador es también hoy titular de unos derechos específicos en el campo laboral que le permiten vincularse de manera más activa y autónoma a las responsabilidades que implican el cuidado de su familia y la crianza de sus hijos, durante la gestación y sus primeros días de vida, superando la posición subordinada o accesoria que tradicionalmente se le ha reconocido, pues sus derechos, en este sentido no pueden seguir siendo considerados como derivación de los derechos que se le reconocen a la madre gestante.

Como se puede advertir, la posición del padre trabajador que espera el advenimiento de un hijo, presenta importantes similitudes fácticas y jurídicas respecto de la situación de la trabajadora en estado de embarazo o lactancia.

(c) La inexistencia de un principio de razón suficiente que justifique la exclusión de los casos, situaciones, condiciones o ingredientes que debían estar regulados por el precepto en cuestión.

No existe ninguna razón con respaldo constitucional que justifique la exclusión del padre trabajador o la pareja de la madre gestante que representa su sostén económico, emocional y familiar, de la protección prevista en los preceptos acusados únicamente para la madre trabajadora gestante o lactante.

En este aparte conviene recordar las razones que esgrimen quienes defienden la exequibilidad simple de las normas impugnadas. Ninguna de ellas entraña una justificación admisible desde el punto de vista constitucional.

En primer lugar, se sostiene que lo que propone la demanda es la creación de un fuero laboral de paternidad, lo cual afecta las finanzas públicas y privadas requiriéndose para ello una intervención del legislador que evalúe aspectos técnicos y de impacto fiscal. Sobre el particular es preciso señalar que lo que las normas acusadas contemplan es la prohibición de despido de la trabajadora en la circunstancia personal y familiar prevista en ellas, y la necesidad de tramitar un permiso en el caso de que se configure una justa causa. Esta protección, como se indicó, trasciende la idea del fuero (laboral) de maternidad en tanto se orienta a proteger, además, otros bienes jurídicos preponderantes en el orden constitucional como la vida, la unidad familiar y el interés superior del menor; su extensión al cónyuge, compañero o a la pareja trabajadora de la madre gestante, promueve así mismo la equidad de género. El argumento económico se inserta no en las normas que establecen la

protección y la exigencia que refuerza la protección (el permiso para el despido), sino en el incumplimiento de esos imperativos que generarían una consecuencia pecuniaria.

En segundo lugar, indican que el fundamento de la protección implica una relación laboral de la mujer, y su fin es evitar la discriminación derivada de su condición de gestante o lactante, lo cual no se concreta en la protección pretendida. Esta percepción se funda en una visión recortada e incompleta de los fines que orientan la protección, comoquiera que más allá de evitar la discriminación laboral ligada a la condición de madre gestante o lactante, se orienta a salvaguardar la familia, la vida en gestación y el interés superior de los niños, en un momento en que el núcleo familiar atraviesa una situación con especiales demandas de sustento y soporte emocional y económico. Esta justificación del trato diferenciado que las normas censuradas contemplan, se inserta así mismo, en una perspectiva basada en los roles tradicionales socialmente adscritos a hombres y mujeres que ha conllevado a incrementar la brecha de la inequidad de género, al entender que el embarazo y la lactancia es un asunto que sólo concierne a la mujer portadora de dicha condición. Esta visión excluye injustamente a su pareja de una participación activa, directa y autónoma en esta situación familiar que, se insiste, demanda particulares apoyos emocionales y de estabilidad, que provee el empleo.

En tercer lugar, aducen que la normatividad legal establece mecanismos de protección al trabajador cesante (Ley 1636/13, Decreto 1772/15, Decreto 780 de 2016). Esta justificación desconoce por completo los fundamentos constitucionales de la protección, enfocada en la maternidad, la vida, la unidad familiar y el principio pro infans. Las políticas públicas orientadas a incrementar y promover el empleo revisten una indiscutible importancia social, pero no están focalizadas en la oportuna y eficaz protección de la pluralidad de bienes jurídicos específicos que se salvaguardan mediante la estabilidad laboral reforzada. La pérdida del empleo tiene unos impactos inmediatos emocionales, económicos y de seguridad social en la familia que espera un hijo o hija, que no se pueden subsanar con la expectativa de un apoyo institucional en la búsqueda de empleo, en la capacitación para el acceso al empleo, o con una estrategia de mitigación de los efectos del desempleo sometidas a un trámite y cuya duración es inferior a tiempo del embarazo (6 meses de cuota monetaria de subsidio familiar cuyo reconocimiento está sometido a requisitos y trámites especiales, art. 12 Ley 1636/13).

En cuarto lugar, sostienen que la mujer gestante que pierde su condición de beneficiaria de un cotizante puede afiliarse como independiente, como beneficiaria de sus padres, o vincularse al régimen subsidiado de salud o a la red pública de servicios de salud para población pobre no vinculada. Esta justificación desconoce así mismo, los fundamentos constitucionales de la protección, en especial la concepción de la maternidad como un episodio relevante de la vida de pareja que involucra componentes emocionales muy importantes, que se sustentan en el apoyo mutuo entre los miembros de la pareja unidos por el proyecto común de la maternidad-paternidad. El soporte de la seguridad social en salud oportuna y continua es fundamental para enfrentar este especial momento familiar.

Finalmente sostienen que no se puede equiparar una mujer con contrato de trabajo con una que no tiene una relación laboral, por ende, la norma no excluye supuestos que sean análogos. Como se indicó, el criterio que el legislador tomó en cuenta para diseñar la protección fue el de la relación laboral de la mujer gestante o lactante, situación que sí es comparable con la del trabajador(a) que constituye el soporte material y emocional de la mujer gestante o lactante; en una y otra situación se cumplen los fines constitucionales de la garantía (la protección de la maternidad; de la vida en gestación; del interés superior de los niños y niñas; de la unidad familiar y la igualdad en materia de derechos y obligaciones entre los miembros de la pareja).

Así las cosas, no existe un principio de razón suficiente que justifique la exclusión de los (o las) trabajadores(as) cuyas cónyuges, compañeras o pareja se encuentren en período de gestación o lactancia, de la protección laboral contenida en los preceptos examinados.

(d) La generación de una desigualdad negativa para los casos o situaciones excluidas de la regulación legal acusada, frente a los casos y situaciones que se encuentran regulados por la norma y amparados por las consecuencias de la misma, y en consecuencia la vulneración del principio de igualdad, en razón a la falta de justificación y objetividad del trato desigual.

La falta de justificación de la exclusión de los (o las) trabajadores(as) cuyas cónyuges, compañeras o pareja, sin vínculo laboral, se encuentren en período de gestación o lactancia, de la protección laboral contenida en los preceptos examinados, conduce a la vulneración del principio de igualdad. En efecto, tal como se demostró, la pareja trabajadora de la mujer embarazada o lactante, se encuentra en una situación análoga a la de esta, comoquiera que

existen condiciones relevantes que son comunes en una y otra situación. Tanto la mujer gestante o lactante trabajadora, como la pareja trabajadora que le provee soporte emocional y material, enfrentan una situación familiar muy particular, que impone demandas similares, como es el advenimiento de un nuevo miembro del grupo familiar. Como se indicó, se trata de situaciones equiparables en las que resultan igualmente relevantes las finalidades constitucionales que se reconocen a la protección laboral reforzada, como son la especial asistencia y protección que el Estado debe a la maternidad, la protección de la unidad familiar y la salvaguarda del interés superior del niño o niña que está por nacer, o que acaba de nacer. La equiparación de las dos situaciones análogas, es una exigencia del principio de igualdad, comoquiera que además de satisfacer estos fines constitucionales, materializa el derecho a la igualdad de los miembros de la pareja en materia de derechos, obligaciones y responsabilidades paterno-materno filiales, respecto de los hijos, a la vez que promueve oportunidades para avanzar en la conciliación del trabajo con la vida familiar, pretensión vinculada al desarrollo de la igualdad.

La exclusión, no justificada, de los padres trabajadores o de la pareja de la gestante o lactante de la protección laboral reforzada, discrimina no solamente a estos miembros del núcleo familiar, sino también a la madre gestante cuya estabilidad depende de su pareja vinculada laboralmente, e incluso del infante comoquiera que quedaría en riesgo, incluso la asistencia y atención en salud oportuna y continua del proceso de gestación y nacimiento.

En ese orden de ideas, la extensión de la protección de la estabilidad laboral reforzada al cónyuge, compañero permanente o a la pareja trabajadora de la mujer embarazada o lactante, carente de vínculo laboral, y que dependa económica y asistencialmente de su pareja, contribuye a neutralizar la discriminación a la que, de hecho, se ha visto enfrentada la mujer en el campo laboral, al circunscribir la protección en virtud de la maternidad y lactancia única y exclusivamente a ella. El fortalecimiento del principio de corresponsabilidad de los miembros de la pareja frente a las obligaciones familiares, mediante la extensión de la protección aquí prevista, desfocaliza de la mujer, como única destinataria del fuero de maternidad y de lactancia, las prevenciones a la hora de contratar o vincular laboralmente a un empleado(a).

(e) La existencia de un deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al legislador para regular una materia frente a sujetos y situaciones determinadas, y por

consiguiente la configuración de un incumplimiento, de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

Los mandatos constitucionales que vinculan al legislador para una regulación que incluya al padre trabajador o a la pareja trabajadora de la mujer gestante o lactante, son variados y se correlacionan con los fundamentos constitucionales de la protección a los que se ha hecho referencia en el desarrollo de esta providencia.

En primer lugar, cabe destacar que la condición del Estado colombiano de signatario de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, le impone claros compromisos en lo relativo a la adopción de medidas orientadas a "Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres". (Art. 15.a). La extensión de la protección laboral reforzada a los padres constituye un avance en la modificación de los patrones socioculturales y los estereotipos, que depositan en un alto porcentaje, el peso del embarazo y la lactancia en la mujer.

De otra parte, los artículos 43 y 53 C.P. imponen al legislador, específicamente al laboral, la expedición de normas en las que se proteja de manera especial a la mujer y a la maternidad, sin condicionar esta tutela a una relación laboral con la gestante. Así mismo, la ley fundamental vincula al legislador a reconocer la igualdad en las relaciones paterno-filiales entre hombre s y mujeres (Art. 42 C.P.), y a diseñar mecanismo de protección y asistencia a los niños y niñas, involucrando en este propósito a la familia, la sociedad y el Estado (Art. 44).

Finalmente, la omisión que el ciudadano demandante acusa emerge directamente de los preceptos acusados, esto es, del numeral 1º del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto regulan la prohibición de despido a la trabajadora lactante o gestante, y la necesidad de solicitar autorización al funcionario competente para proceder a su desvinculación, sin que en tal regulación se contemple implícita o explícitamente al trabajador o trabajadora que sea cónyuge o pareja y sostén de la mujer no trabajadora en período de embarazo o lactancia.

El fuero de maternidad, con el alcance previsto en los preceptos acusados, recoge la perspectiva promocional que animó la doctrina y la normatividad internacional de comienzos y mediados del siglo pasado79, anclada en el propósito de salvaguardar a la mujer embarazada o lactante trabajadora de la discriminación en el ámbito laboral, enfoque que conserva indiscutible relevancia en el estado actual de desarrollo de los derechos de acceso y permanencia de la mujer en el trabajo. Sin embargo, dicha visión debe ser actualizada y ampliada desde dos puntos de vista. En primer lugar, debe ser comprehensiva del carácter complejo que a dicha protección le ha reconocido el constitucionalismo colombiano, en cuanto trasciende el derecho a la igualdad de la mujer en el ámbito laboral (Arts. 13 y 53) y se extiende a la protección de la mujer gestante o lactante en general (Art. 43), de la vida, de la familia (Arts. 5 y 42), y del interés superior del menor (Arts. 11 y 44). Y en segundo lugar, debe ponerse a tono con las tendencias actuales del derecho humano al trabajo que propugnan por un fortalecimiento de la corresponsabilidad de la pareja frente a las obligaciones respecto de los hijos, y por una titularidad indiferenciada (neutra) de los derechos de conciliación entre vida familiar, personal y laboral, que promueva la superación de los clásicos modelos de reparto de responsabilidades familiares en procura de una mayor equidad de género.

Cumplidos así los requisitos del test, encuentra la Corte la configuración en los preceptos acusados de una omisión legislativa relativa que es contraria a la Constitución, comoquiera que sin que exista un principio de razón suficiente excluye de sus contenidos una situación que debió ser incluida para hacer compatible con la Constitución la protección regulada, generando una discriminac

7. Decisión a adoptar:

Cabe recordar que esta Corporación ha admitido, con fundamento en el principio democrático, que cuando se encuentra ante una omisión legislativa relativa “es competente para incorporar un significado ajustado a los mandatos constitucionales por medio de una sentencia integradora en la que se declare la exequibilidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que éste debe además comprender aquellos supuestos que fueron indebidamente excluidos por el Legislador”80.

En consecuencia, para remediar la inconstitucionalidad advertida la Corte declarará la

exequibilidad condicionada del numeral primero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y del numeral primero del artículo 240 del mismo estatuto, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).

Acogiendo una sugerencia de algunos de los intervinientes, la protección se concederá teniendo en cuenta la condición de beneficiaria de la mujer gestante o lactante, del sistema de seguridad social al que se encuentre afiliado el trabajador o trabajadora a la cual se extiende la protección laboral reforzada. Ello, con el propósito de ajustar la protección a los fundamentos constitucionales que le proveen sustento jurídico, esto es, la protección de la unidad familiar, la atención y asistencia al estado de maternidad y el interés prevalente de los niños y niñas.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar la exequibilidad condicionada del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese a la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

AQUILES IGNACIO ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (e)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de Voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento de Voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de Voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de Voto

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-005/17

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A PAREJA DE MUJER EMBARAZADA O LACTANTE NO TRABAJADORA-Cualquier omisión legislativa o déficit de protección, existente en este caso debe predicarse del sistema de seguridad social y, por consiguiente, reclama del Congreso la adopción de leyes que consagren acciones afirmativas en pro de la maternidad, del niño que está por nacer y de su familia (Salvamento de voto)

MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO-Niveles de protección asistencial, prestacional e indemnizatorio (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A PAREJA DE MUJER EMBARAZADA O LACTANTE NO TRABAJADORA-La protección que la demanda reclama y que la Corte reconoce, según el artículo 43 de la Constitución, debe ser asumida por el Estado, si se pretende que sea real y efectiva (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A PAREJA DE MUJER EMBARAZADA O LACTANTE NO TRABAJADORA-Si bien se es partidario de que se ensanche progresivamente la protección de la mujer, de los niños y de la familia, debe ser el legislador quien lo haga dentro del ámbito de cobertura del Sistema General de Seguridad Social y con recursos del Estado (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A PAREJA DE MUJER EMBARAZADA O LACTANTE NO TRABAJADORA-Ampliar la protección de la mujer embarazada en los términos de esta sentencia, sin mayores condicionamientos, genera distintos interrogantes como el manejo que pueda tener esta protección en el sector público, en consecuencia, la extensión de estas medidas, exigen una reglamentación en la que converjan los distintos contratos y relaciones del trabajo, no solo entre particulares sino la que tenga lugar con el Estado (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A

PAREJA DE MUJER EMBARAZADA O LACTANTE NO TRABAJADORA-No se está en presencia de una omisión legislativa relativa, sino, frente a una absoluta, lo cual evidencia aún más que sea el legislativo el órgano competente para regular este tipo de protección (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-11474

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del artículo 239 y el numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo)

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Si bien comparto las garantías y la máxima protección que deben brindarse a la mujer que se encuentre en estado de embarazo y al nasciturus y, en consideración a la filosofía que subyace en torno a los derechos sociales económicos y culturales inmersa en las relaciones de trabajo, que propenden hacía una ampliación progresiva en su protección, estimo que este tipo de avances, ante todo, deben ser liderados por el órgano democrático, a través de medidas legislativas que evalúen previamente los factores económicos, jurídicos y sociales que los mismos en realidad conllevan.

A mi juicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución, a cuyo tenor: "La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia". La norma citada contempla una protección a la mujer y al niño que está por nacer, es así como consagró un auxilio económico que busca proteger su condición y, en consecuencia, es en este sentido que puede hablarse de una omisión legislativa, como quiera que existe un mandato expreso y categórico de la Constitución, es decir, le corresponde al Estado implementar una legislación que se encamine a la realización efectiva de la protección a la mujer embarazada y, es a través del régimen de seguridad social a

quien le corresponde este deber de auxilio. Es así como cualquier omisión legislativa o déficit de protección, existente en este caso debe predicarse del sistema de seguridad social y, por consiguiente, reclama del Congreso la adopción de leyes que consagren acciones afirmativas en pro de la maternidad, del niño que está por nacer y de su familia.

La protección de la mujer en estado de gravidez contiene distintos niveles, a saber: el asistencial, el prestacional y el indemnizatorio. El descanso remunerado es una prestación social, por expresa definición legal, que tiene su origen en el contrato de trabajo, razón por la cual, en principio, su primer destinatario fue el empleador. Sin embargo, la evolución social y jurídica, tal y como ha venido dándose, se contrae a la subrogación de este tipo de prestaciones. Es así como con la expedición de la Ley 90 de 1946 y la creación del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, se inicia la cobertura del sistema de seguridad social, a nivel asistencial y prestacional, y más adelante, con la expedición de la Ley 100 de 1993, se incluye a los trabajadores independientes, cumpliendo así la finalidad del Sistema General de Seguridad Social, el cual propugnan por la Universalidad y la integralidad en su cobertura, mucho más allá del contrato de trabajo.

En esa línea de pensamiento y desde mi perspectiva, esa carga de protección dentro del ámbito de las relaciones de trabajo, sin realizar una previa valoración del impacto que ello conlleva, incorpora un retroceso en la medida en que el avance que laboralmente se impone, es que este tipo de protección debe ser asumida por el Sistema de Seguridad Social, con independencia de la vinculación laboral. Al respecto existe un claro e inequívoco mandato constitucional que no cabría desconocer.

Ahora bien, no pretendo desatender el amparo que actualmente consagra nuestra legislación a la mujer en estado de gravidez. El artículo 239 del CST, sin duda, es un fuero reglado en el contrato de trabajo y dentro de ese contexto, es el legislador el llamado a extender su protección. Cualquier avance que no se desarrolle en el escenario democrático idóneo, podría redundar en un desmedro a la protección de la mujer, del nasciturus, e inclusive, de la familia, creando una atmosfera aún más discriminatoria. La protección que la demanda reclama y que la Corte reconoce, según el artículo 43 Constitucional, debe ser asumida por el Estado, si se pretende que esta sea real y efectiva. Lo anterior si se tiene en cuenta el amplio índice de desempleo que existe en nuestro país, donde fácilmente, tanto la madre como su esposo o compañero, pueden estar desempleados o vinculados laboralmente bajo

una modalidad informal, lo que, a pesar del fallo de la Corte, en la práctica, haría nugatorio el fin perseguido y, por el contrario, genera el riesgo de poner en tensión esa frágil actividad laboral. Insisto en que si bien soy partidario de que se ensanche progresivamente la protección de la mujer, de los niños y de la familia, debe ser el legislador quien lo haga dentro del ámbito de cobertura del Sistema General de Seguridad Social y con recursos del Estado.

Conviene destacar que el ámbito normativo de protección a la mujer en estado de embarazo es cada vez es más inclusivo en cuanto a establecer un régimen de igualdad en las prestaciones que de la gravidez se derivan, actualmente no se discrimina el tipo de vinculación laboral que la mujer tenga, a efectos de otorgar las prestaciones asistenciales y económicas previstas en la ley. A mi juicio, este ensanchamiento se ha construido a través del precedente no solo constitucional sino de la jurisdicción ordinaria y contenciosa. Considero que ampliar esta protección, en los términos de esta sentencia, sin mayores condicionamientos, genera distintos interrogantes como el manejo que pueda tener esta protección adicional en el sector público, en consecuencia, la extensión de estas medidas, exigen una reglamentación en la que converjan los distintos contratos y relaciones de trabajo, no solo entre particulares sino la que tenga lugar con el Estado.

Por lo demás, comparto lo que sostuvo el Ministerio Público y algunos de los Magistrados disidentes, en cuanto a señalar que no estamos en presencia de una omisión legislativa relativa, sino, frente a una absoluta, lo cual evidencia aún más que sea el legislativo el órgano competente para regular este tipo de protección.

Fecha ut supra,

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-005/17

Ref.: Expediente D-11474

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del artículo 239 y el numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo).

Actor: Wadys Tejada Flórez

Magistrado Ponente:

Luis Ernesto Vargas Silva

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a salvar mi voto en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, en sesión del 18 de enero de 2017.

2. En la providencia de la que me aparto, se declaró la constitucionalidad condicionada de los artículos 239 (numeral 1) y 240 (numeral 1) del Decreto Ley 2663 de 1950, Código Sustantivo del Trabajo (CST), que regulan el fuero de maternidad y el permiso para despedir trabajadoras en embarazo o lactancia "en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la)". La mayoría de la Sala Plena estimó que de las disposiciones revisadas se desprendía una omisión legislativa relativa, al excluir de la protección de la estabilidad laboral al padre trabajador o la pareja de la madre gestante de la cual ésta depende; ya que no existía ninguna justificación razonable para dicha exclusión y ésta generaba su discriminación.

3. En mi concepto, las normas acusadas no incurrían en una omisión legislativa relativa y tampoco discriminaban a las mujeres con dependencia económica de la pareja ni a los padres trabajadores de quienes dependiera una mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia. Considero que la decisión de la mayoría acaba con una medida esencial de protección a la mujer en el trabajo, pues anula una acción afirmativa que buscaba una garantía específica y diferenciable para su autonomía y su permanencia en el mercado laboral. Así, la determinación de la Sala Plena modifica el anterior objetivo y establece uno nuevo: la estabilidad del trabajador para proteger la familia y el cuidado del recién nacido, la cual desborda la medida original e invisibiliza la discriminación que sufre la mujer trabajadora. Aunque creo que esa política puede ser válida si la ley la desarrolla, es diferente

de la contemplada por el Legislador en favor del derecho de las mujeres al trabajo en condiciones de igualdad. Por lo tanto, la decisión cambia el enfoque de protección de la mujer al niño o a la familia, con lo cual se tiende a invisibilizar la discriminación que la mujer ha sufrido en el ámbito laboral y desvirtúa las acciones que buscaban impulsar su igualdad sustantiva. Más allá, la decisión promueve el estereotipo de la mujer como dependiente del hombre económicamente y de ésta en funciones domésticas y de cuidado, lo cual tiene consecuencias negativas en la eliminación de dichos estereotipos que favorecen una situación estructural de desigualdad.

Adicionalmente, considero que la decisión invade el ámbito de configuración del Legislador, toda vez que no se trata de una omisión legislativa relativa, admitida por la jurisprudencia de esta Corporación, sino de una omisión legislativa absoluta, que la Corte Constitucional no es competente para analizar en sede de control abstracto. Como lo advertí, la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada tiene un propósito específico, como una acción afirmativa a favor de la mujer trabajadora. Sin embargo, la decisión desconoce esa finalidad y crea una nueva política en la cual se traslada al empleador la carga de proteger a la familia y al recién nacido, mediante la estabilidad laboral del hombre trabajador del que depende la mujer. Por lo tanto, la estabilidad laboral reforzada de la mujer, como una acción afirmativa, dejó de ser una política de protección para ésta y pasa a ser lo que la Corte entendió como una protección a la familia y al recién nacido, lo cual le correspondía al Legislador. Paso a explicar con mayor detalle mi postura.

El derecho a la igualdad de las mujeres en el trabajo: acciones afirmativas

4. La igualdad como derecho, valor y principio transversal a la Constitución de 1991 impone, a partir de su artículo 13, tres obligaciones: la primera, establecida en el inciso segundo, se refiere a la promoción de la igualdad material, mediante la adopción de medidas en favor de grupos marginados o discriminados. La segunda, en virtud del inciso tercero, impone la especial protección a las personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta “por su condición económica, física o mental”. La tercera, que también se desprende del inciso tercero, es la de sanción a los abusos o maltratos en contra de personas en situación de debilidad manifiesta. Las dos primeras obligaciones tienen el objetivo de balancear una situación de desventaja, garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales y avanzar en la construcción de una sociedad más igualitaria.

5. Como lo ha dicho esta Corporación en múltiples oportunidades81, las acciones afirmativas se desprenden de los dos primeros mandatos mencionados y se refieren al deber de intervención del Legislador mediante el impulso de medidas que favorecen a ciertas personas o grupos, con el objetivo de morigerar los efectos de las prácticas sociales, históricas, culturales y económicas que han ubicado a estas personas en una posición desfavorable de manera estructural. En este sentido, es válido que dichas medidas sólo cobijen a un grupo de personas, ya que buscan superar los obstáculos que las han prevenido de gozar de la igualdad material, a través del otorgamiento de beneficios.

6. Las mujeres, como grupo que ha sido tradicionalmente marginado y discriminado por su género en diferentes aspectos de la vida, son titulares de este tipo de políticas que buscan la igualdad sustantiva, como un deber positivo del Estado. Así pues, lo que doctrinalmente se ha denominado "acciones afirmativas" a favor de las mujeres tiene origen en las medidas de intervención directa adoptadas en Europa en los entre los años 1960 y 1970. Éstas son medidas que disponen un trato diferente para las mujeres con el objetivo de beneficiarlas en diferentes escenarios como en el acceso o la permanencia en el empleo o en la concreción de la igualdad en la retribución por el trabajo82. Por ejemplo, el Consejo de las Comunidades Europeas, mediante su Directiva 79/7 de 1978, relativa al principio de igualdad, estableció que "los Estados miembros podrán adoptar disposiciones específicas en favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades de hecho"83. En desarrollo de esto, el mismo órgano ha establecido diferentes directivas y resoluciones con el propósito de dar dirección e incentivar a los miembros de la comunidad a adoptar políticas para la promoción de la igualdad de oportunidades para las mujeres en el trabajo84.

7. A su turno, diferentes decisiones de Tribunales Constitucionales Europeos85 y la Corte Suprema de Estados Unidos86, han avalado medidas, específicamente de orden laboral, que favorecen a las mujeres en el acceso o permanencia en el trabajo, con fundamento en las condiciones estructurales o circunstanciales que las sitúan en situación de desventaja.

8. Más allá, este tipo de disposiciones han sido acogidas por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer en su artículo 11 establece el deber de los Estados de

adoptar todas las medidas para eliminar la discriminación de la mujer en el trabajo87. Igualmente, el Convenio de la OIT No. 3 de 1919 estableció la prohibición del despido de la mujer durante el periodo de licencia de maternidad, que también se reconoció en ese instrumento88. Posteriormente, como lo advirtió esta providencia, los Convenios 100, 102, 111 y 156 del mismo órgano han ahondado y ratificado el derecho a la igualdad de condiciones en el empleo para las mujeres, particularmente en relación con la maternidad y el embarazo.

9. En cuanto a la constitucionalidad de este tipo de medidas, esta Corporación ha dicho que las mismas se ajustan a nuestra Carta Superior si: "(i) tienen vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades89; (ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio90; (iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley91 o por actos administrativos92, dependiendo de la situación concreta; (iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios93; v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas94, por lo que no resultan válidas medidas in generi o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichosos95"96.

10. En conclusión, las acciones afirmativas para las mujeres en el ámbito laboral no son sólo medidas de intervención válidas en términos constitucionales, sino también concretan el deber estatal y en especial el deber específico del Legislador de diseñar medidas normativas para alcanzar la igualdad sustantiva. La estabilidad laboral reforzada para las mujeres en razón a la maternidad es una de ellas.

La estabilidad laboral reforzada para las mujeres en razón a la maternidad

11. La decisión de la que me aparto señala que el fundamento de la protección del fuero de maternidad tiene cuatro sustentos: (i) el mandato del artículo 43 acerca de la especial protección de la mujer embarazada y en periodo de lactancia y en el caso de estar desamparada la obligación de otorgar un subsidio alimentario; (ii) la protección de la mujer embarazada de la discriminación en el trabajo, específicamente de su despido por la

maternidad; (iii) la protección de la mujer como gestora de vida y los derechos de los niños; y (iv) la protección a la familia. Aunque los cuatro fundamentos hacen parte del desarrollo constitucional del fuero de maternidad, la sentencia desconoce que el primero y los dos últimos, se han estructurado alrededor del segundo y no son escindibles del mismo. A su vez, ignora que las protecciones específicas de los artículos 5, y 44 constitucionales, están primordialmente relacionadas con el goce de la licencia de maternidad o paternidad, lo cual es diferente al despido por el embarazo. Veamos.

12. La Ley 53 de 193897 fue la primera norma en Colombia que estableció la protección laboral de la mujer en estado de embarazo, al prohibir su despido por dicho motivo98. Su objetivo era contrarrestar la desventaja en la que se encontraban las mujeres que eran despedidas por su estado de gravidez, el cual se veía como una incapacidad para llevar a cabo sus labores y un costo para los empleadores por su ausencia para atender el parto. Lo anterior, generaba una inestabilidad laboral ya que la mujer se encontraba en situación de indefensión frente a sus patronos en razón a los costos de la reproducción99. Posteriormente, con este objetivo los Decretos 1632 de 1938 y 2350 de 1938 establecieron, respectivamente: (i) la obligación de solicitar el permiso de un inspector de trabajo para despedir a una mujer embarazada; y (ii) en caso de no obtener dicha autorización, la presunción de que el despido se había dado a causa del embarazo. Consecutivamente, el Decreto 2663 de 1950, actualizado por la Ley 141 de 1961, codificó estas normas en un solo cuerpo normativo que esencialmente las reprodujo el Código Sustantivo del Trabajo.

A continuación, la Ley 73 de 1966 determinó la nulidad del despido de la mujer que hacía uso de la licencia de maternidad sin el cumplimiento de los requisitos legales. Por su parte, la Ley 50 de 1990, que también modificó el artículo 239 del aún vigente CST, aumentó el periodo de licencia de maternidad a doce semanas, extendió las protecciones para la madre adoptante y el padre adoptante que no tenga esposa o compañera permanente y amplió el número de semanas de indemnización de despido por embarazo100. Finalmente, la Ley 1468 de 2011 estableció la última modificación del CST en relación con el despido de la mujer embarazada, al añadir el derecho a disfrutar del pago de las 14 semanas de descanso remunerado si la mujer no ha disfrutado su licencia de maternidad, con ciertas extensiones en casos de hijos prematuros o partos múltiples101, además de modificaciones en la sanción, de acuerdo con el tipo de contrato.

13. El anterior recuento normativo muestra que el fundamento de la estabilidad laboral reforzada para las mujeres se encontraba en atender una situación de desventaja histórica a la que ha sido sometida la mujer trabajadora: el despido en razón del embarazo y así, independientemente de los efectos de la medida en relación con el acceso al trabajo para las mujeres por el costo de la mano de obra femenina, potenciar la estabilidad laboral de la mujer y su posibilidad de permanecer en la fuerza laboral cuando ejerce su rol reproductivo. Entonces, la medida de estabilidad reforzada para la mujer embarazada es una respuesta histórica a la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral que eran y siguen siendo despedidas por razón del embarazo. Su objetivo principal es: (i) proteger los ingresos de la mujer al hogar; y (ii) su posibilidad de ejercer dos roles simultáneos, la maternidad y el trabajo, sin que el primero impactara el segundo y su desempeño en el mismo.

14. La jurisprudencia constitucional, al interpretar armónicamente el artículo 13 de la Constitución, en lo relativo a la obligación del Estado de adoptar medidas positivas para enfrentar la discriminación de la mujer, con los artículos 43, en cuanto a la especial protección y asistencia de la mujer durante el embarazo y después del parto mediante el otorgamiento de un "subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada", y 53, en relación con la "estabilidad en el empleo" y la "protección especial a la mujer y a la maternidad" ha desarrollado esta garantía como una que también se deriva de una situación de debilidad manifiesta por el embarazo102.

Adicionalmente, ha establecido que ésta encuentra su fundamento en la protección a la familia y de los derechos de los niños, con base en lo cual ha dicho que "a la mujer embarazada se le debe brindar una especial protección estatal como "gestadora de vida que es". (…) Y que "la protección a la mujer trabajadora gestante tiene como fundamento a la presunción de que la vida que se está gestando es protegida, cuando la madre goza efectivamente de sus derechos fundamentales, especialmente de su derecho al trabajo, del cual se deriva el sustento económico que le va proveer lo necesario para cuidar de su hijo por nacer. Y (…) los mandatos contenidos en los artículos 5 y 42 de la Carta Política también han sido considerados como fundamentos constitucionales del derecho aludido, gracias a la relevancia que tiene la institución de la familia, y por ende, la mujer gestante, como base de la sociedad"103.

Por lo tanto, la estabilidad laboral de la mujer embarazada comparte dos fundamentos, uno

inicial, de protección a la permanencia de la mujer en el trabajo frente a la discriminación del despido por dicha condición; y otro posterior, relacionado con el disfrute de la licencia de maternidad, que busca proteger a los niños recién nacidos y a la institución familiar desde la protección a la mujer trabajadora. En el contexto de esta medida, al segundo de los fundamentos no se le puede dar una lectura escindida del primero, que en esencia es una acción afirmativa para asegurar la permanencia en el trabajo de las mujeres que ejercen su rol reproductivo, lo cual se traduce en una protección respecto del despido y en un beneficio que otorga autonomía económica.

15. Así pues, la desventaja de la que surge la protección se encuentra en que la mujer, al soportar los mayores costos de la reproducción y tener que ausentarse durante un tiempo para ejercer la maternidad desencadena, a su vez, costos para el empleador quién tiene que soportar sus ausencias en el trabajo y, en un principio, tenía que arrogarse el pago de una doble erogación: el salario durante la licencia de maternidad y el salario de la persona que debía remplazar a la primera. De lo anterior surge que, dado que los costos de la maternidad son tradicionalmente asumidos sólo por las mujeres, el ejercicio de ese rol las pone en desventaja en el mercado laboral.

En consecuencia, el despido por esta razón es una violación del derecho al trabajo, ya que la condición de mujer y los costos de la reproducción hacen que se interrumpa de forma definitiva el ejercicio de la labor por el despido. Entonces, la desventaja está relacionada con que la contratación de mujeres que ejerzan dos roles simultáneamente, uno reproductivo y otro como trabajadora, se ha percibido como un detrimento del objetivo productivo y eficiente de una empresa. En estos términos, el ejercicio de la maternidad se ha visto como una desventaja en el ámbito laboral y lo que la medida de la estabilidad laboral reforzada busca es superarla mediante el otorgamiento de un privilegio.

16. De otra parte, el fuero de maternidad y la licencia de maternidad y paternidad aun cuando están ligados, son diferenciables, pues la segunda tiene objetivos específicamente relacionados con las protecciones de los artículos 5, 43 y 44 de la Carta Superior. Por lo tanto, los beneficios del disfrute de la licencia de maternidad y paternidad, destinada para que las mujeres y los hombres puedan cuidar del recién nacido, tienen una incidencia directa en la protección de la familia y los derechos de los niños, pero éstos no deben confundirse con la ventaja laboral de permanencia para la mujer en el trabajo durante ese periodo. Es

decir, una cosa es disfrutar de la licencia, que tiene el propósito de cuidar la familia y a los recién nacidos y otra cosa es la prevención de que el ejercicio del rol reproductivo desencadene para la mujer la imposibilidad de continuar en el empleo. La finalidad de la estabilidad laboral también está relacionada con la protección del derecho al trabajo, de la independencia económica y, en algunos casos, de la concreción del proyecto de vida.

La decisión de la que me aparto confunde las protecciones de la licencia de maternidad y paternidad con la medida de la estabilidad laboral reforzada y por lo tanto, al determinar que la medida busca la protección de los niños y la familia y acentuar el fundamento de la protección en el mandato del artículo 43 constitucional, deja de ver a la mujer y desprotege su derecho al trabajo en condiciones de igualdad. Así, acaba con la acción afirmativa e invisibiliza la discriminación contra la mujer en materia laboral, para enfocarse en una protección del cuidado de los niños recién nacidos y de la familia. Dicho en otras palabras, una medida que fue diseñada en favor de la mujer trabajadora ahora se convierte en una medida de protección a la estabilidad económica de la familia.

La decisión promueve estereotipos de género acerca del rol reproductivo y de cuidadora de la mujer y de su dependencia económica del hombre trabajador

17. La decisión mayoritaria, al extender la estabilidad laboral reforzada para la persona de la que dependa económicamente la mujer embarazada y lactando en el marco de una relación afectiva, perpetúa los estereotipos de género en la sociedad acerca del rol reproductivo y de cuidadora de la mujer y el de trabajador del hombre. Aunque el objetivo de la decisión puede ser válido en términos constitucionales (el cuidado de los niños y la familia), la nueva protección mantiene a la mujeres en el rol que ha generado su discriminación histórica, social, cultural y económica: la de asumir exclusivamente los cuidados domésticos y de la reproducción. Esa relación tradicional promueve la subordinación económica de la mujer respecto del hombre, en un país en el cual la jefatura familiar de la mujer en el hogar es de 36.4%104, hay aproximadamente 64. 228 casos de inasistencia alimentaria al año105 y en el 2016 se registraron 120,154 denuncias de violencia intrafamiliar, como el tercer delito más cometido en Colombia, con un incremento de 16.60% respecto del 2015106.

En últimas, el rol de cuidadora y de madre en esas condiciones prescinde de la autonomía de la mujer, ya que el ejercicio de esas labores con un sustento económico está sujeta a la

relación. Así, el cuidado de sus hijos y su apoyo en un momento de debilidad manifiesta depende de que esa relación sea exitosa, cuando la mujer en esas condiciones se encuentra en una relación de subordinación respecto del hombre trabajador.

18. Adicionalmente, considero que la medida, al confundir los fundamentos de la licencia de maternidad con los de la estabilidad laboral, en lugar de avanzar en la socialización de los costos de la reproducción y del cuidado de los niños mediante el reparto de esas labores con los hombres sitúa la responsabilidad masculina en la provisión económica para la manutención del hogar. En este sentido, acentuar el rol de suministro económico en los hombres es problemático para la redistribución de los roles tradicionales hacia circunstancias en las cuales el costo de la reproducción sea equitativo entre los géneros y, por lo tanto, que no subsistan las desventajas en la contratación de personal femenino.

19. Al margen de lo anterior, la decisión mayoritaria parte de una premisa que no es cierta: la suposición de que al proteger la estabilidad laboral del hombre se va necesariamente a proteger a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia que dependan de éste. Tal aproximación es equivocada, pues parte del estereotipo del proveedor masculino para establecer la protección de la mujer trabajadora embarazada y sin empleo. La correlación de esa protección no es necesaria ni está fundamentada. Todo lo contrario, como advertí, las cifras de denuncias sobre inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar demuestran una situación diferente en la cual muchas veces los costos de la reproducción recaen exclusivamente en las mujeres y la dependencia económica las sitúa en una circunstancia de subordinación frente a su pareja. Así pues, esa conclusión no se deriva de un estudio que demuestre esa correspondencia. Por otro lado, tampoco se basa en conclusiones que establezcan que la medida genera una mayor contratación femenina.

La prohibición de las omisiones legislativas absolutas

20. Como se reiteró en la sentencia C-291 de 2015107, la Sentencia C-767 de 2014108 retomó la línea jurisprudencial en la que la Corte ha aceptado que el Legislador puede vulnerar garantías constitucionales por vía de omisión legislativa, debido a la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales tiene una específica y concreta obligación de hacer. Por ello, de manera excepcional, el silencio del Legislador puede ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de

inconstitucionalidad109.

Las omisiones legislativas relativas se presentan cuando el Legislador "al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa"110. Estas omisiones pueden ocurrir de distintas formas "(i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución"111.

21. Por el contrario, las omisiones legislativas absolutas, no pueden ser objeto de control constitucional, ya que la Corte no es competente para conocerlas112. Así pues, este tipo de omisiones consisten en la ausencia de regulación de cualquier materia regulable. Lo anterior, debido a que un cuerpo normativo inexistente no puede ser cotejado con la Constitución, por lo tanto, correlativamente el juez constitucional está impedido de conocer acerca de demandas que no guardan relación o se desprenden de un texto normativo susceptible de ser revisado en sede de control abstracto. Así, la Corte ha dicho que si bien "la acción pública de inconstitucionalidad (…) permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales (…). Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta113"114.

22. La decisión de la cual me aparto crea una protección para la estabilidad económica de la familia y se aparta del fundamento inicial de la medida: una protección para las mujeres en el ámbito laboral. La nueva medida, podría ser válida si se desarrolla por el Legislador, quién puede diseñar políticas de esa naturaleza, como por ejemplo, un subsidio alimenticio o de desempleo, pero lo anterior no puede implicar la eliminación de una acción afirmativa para la mujer trabajadora. De acuerdo con lo precedente, la decisión crea una nueva política, diferente a la que motivaba la acción afirmativa, lo cual escapa el ámbito de las omisiones

legislativas relativas.

Adicionalmente, identifica la obligación de regulación a partir de “una creciente tendencia en la normatividad internacional y en la jurisprudencia, a articular progresivamente medidas para conciliar el trabajo y la vida familiar, en el entendido de que estas representan un factor clave para asegurar la igualdad de oportunidades en el trabajo, así como para alcanzar una distribución más justa entre hombres y mujeres de sus responsabilidades familiares, contribuyendo a hacer compatible el trabajo con el cuidado de la familia”. Lo anterior es un fundamento novedoso que se liga al despido de la mujer embarazada, cuando en realidad está relacionado con el ejercicio de la licencia de maternidad o paternidad. En efecto, la determinación de la mayoría de proteger a la mujer embarazada no trabajadora no apunta a la redistribución del cuidado de la familia, sino que mantiene en el hombre la responsabilidad económica y en la mujer la responsabilidad de cuidado.

23. Así, el supuesto a partir del cual se fundamenta la omisión indica que existen dos situaciones equiparables que debieron ser reguladas por la norma: la de las mujeres trabajadoras que ejercen su rol reproductivo y la de las mujeres no trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia dependientes de parejas trabajadoras. A continuación, sitúa el criterio de comparación en la relación laboral. En el primer caso en la mujer y, en el segundo, en la del hombre del que depende la mujer embarazada. Estas dos situaciones no son comparables. Esa asimilación, se aparta del objetivo de la medida y olvida que a los hombres no los han despedido por ser padres desde la perspectiva histórica, cultural y social.

Tampoco procedía el argumento de que la mujer dependiente económicamente de la pareja también trabaja en la casa y, por lo tanto, se trata de situaciones comparables, pues la etapa de protección durante el embarazo y el periodo de lactancia impide que ella sea productiva laboralmente, inclusive en el hogar. Además, eso supondría que el proveedor la está recompensando por su trabajo, lo cual sería una relación de subordinación.

De conformidad con lo anterior, el sustento del cual la posición mayoritaria determinó la omisión del Legislador parte del amparo de la mujer embarazada en general y del cuidado de los niños y la familia. Así, el parámetro de comparación y del que se deriva el deber de inclusión es una situación donde hay mujeres embarazadas desprotegidas por no tener

sustento y otras donde no, pero su vínculo laboral es irrelevante, al igual que el hacer compatible su participación en el mercado laboral es incompatible con el embarazo y la lactancia. Lo anterior, evidentemente significa un cambio del propósito de la medida original, que desborda las normas parcialmente revisadas y que diseña una nueva medida de protección no regulada en absoluto por el Legislador.

24. En este sentido, la Corte reguló un tema que no se encontraba atado a la disposición acusada, el amparo de la mujer embarazada dependiente económicamente de la pareja. Si bien este fin de proteger a las mujeres desamparadas es una obligación del Estado y es constitucionalmente legítimo, la decisión de otorgar beneficios para las parejas de personas que estén bajo los supuestos del embarazo o la lactancia con el elemento de dependencia genera una nueva política pública respecto a la cual, además, no existe un fundamento que establezca objetivamente que la misma sea efectivamente conducente a dicha protección. Por lo tanto, la estabilidad laboral reforzada para la mujer, como una acción afirmativa, dejó de ser una medida de protección para ésta y pasa a establecer una medida de protección a la familia, lo cual no solo le correspondía evaluar al Legislador, sino también valorar si promovía estereotipos de género.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALEJANDRO LINARES CANTILLO A LA SENTENCIA C-005/17

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Desconocimiento por omisión legislativa absoluta (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA-Falta de competencia de la Corte Constitucional (Salvamento de voto)

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA Y ABSOLUTA-Distinción (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Procedencia

(Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA-Inhibición por falta de competencia (Salvamento de voto)

ASISTENCIA DEL ESTADO A LA MUJER EN EMBARAZO O LACTANCIA MEDIANTE OTORGAMIENTO DE SUBSIDIO ALIMENTARIO EN CASO DE DESEMPLEO-No hay control al no ser objeto de regulación legal (Salvamento de voto)

LIBERTAD DE EMPRESA-Intervención del Congreso de la República (Salvamento de voto)/DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA-Consagración constitucional (Salvamento de voto)/DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA-Garantía constitucional en los comportamientos del mercado (Salvamento de voto)/DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA-Principio rector de la economía (Salvamento de voto)/LIBRE COMPETENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO-Derecho individual que entraña facultades y obligaciones (Salvamento de voto)/LIBRE COMPETENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA OBJETIVO-Misión institucional de mantener y propiciar la existencia de mercados libres (Salvamento de voto)/RESPONSABILIDAD DE PARTICULARES ANTE AUTORIDADES POR INFRINGIR LA CONSTITUCION Y LA LEY-Conservación de un ambiente económico mediante la existencia de mercados libres (Salvamento de voto)/CONSTITUCION POLITICA Y LEY SUSTANCIAL-No indican que los particulares son responsables del deber de asistencia a la mujer gestante o lactante desempleada, ni ordenan que fuero de maternidad se aplique a un tercero ajeno a la relación contractual (Salvamento de voto)/CONGRESO-Único órgano competente para imponer cargas prestacionales a empleadores privados y establecer restricciones al mercado laboral (Salvamento de voto)

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO-Inaplicabilidad para terceros no dependientes del empleador (Salvamento de voto)/CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO-Desacierto en demanda contra numeral 1 del artículo 239 y numeral 1 del artículo 240 al indicar que la finalidad es lograr la justicia en las relaciones entre empleadores y trabajadores en una coordinación económica y equilibrio social (Salvamento de voto)/CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO-Mujer gestante o lactante que no posee vínculo laboral directo, no es sujeto de derechos y obligaciones consagrados en este Código ni de los principios aplicados en los vínculos de subordinación (Salvamento de voto)

FUERO LEGAL DE MATERNIDAD-Desnaturalización (Salvamento de voto)/FUERO LEGAL-Alcance (Salvamento de voto)/FUERO LEGAL-Especial protección (Salvamento de voto)/PROTECCION LABORAL REFORZADA DE MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA O EN LACTANCIA-Avance en la superación de la discriminación resulta un retroceso al extender la prohibición de despido a su cónyuge o compañero permanente, subordinándola a la sumisión económica de su pareja (Salvamento de voto)/PROTECCION LABORAL REFORZADA DE MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA O EN LACTANCIA-No era necesario declarar la dependencia económica, toda vez que la madre desempleada cuya pareja fue desvinculada, cuenta con el derecho a la protección al trabajador cesante (Salvamento de voto)

FUERO DE MATERNIDAD-Aunque no requiere aviso especial al ser un hecho notorio según condicionamiento de la sentencia C-005/17, el hombre o pareja al que se le extiende, debe dar aviso a su empleador (Salvamento de voto)/INSPECTORES DE TRABAJO-Falta de competencia para autorizar despido de trabajador cuya compañera o esposa se encuentra embarazada, toda vez que fuero de maternidad no implica prohibida la terminación del contrato laboral sino que la causa invocada no puede obedecer a un acto de discriminación en razón del embarazo (Salvamento de voto)

MP. Luis Ernesto Vargas Silva

En sesión del dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017) esta Corporación, contando con la mayoría necesaria115, declaró la exequibilidad condicionada del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaría de aquel(la). Dicha decisión se fundamentó en la configuración de "una omisión legislativa relativa contraria a la Constitución, como quiera que sin que exista un principio de razón suficiente se excluyó de su contenido a una situación que debió ser incluida para hacer compatible con la Constitución la protección regulada, generando una discriminación que debe ser corregida"116.

Con el acostumbrado y debido respeto a la decisión adoptada por la mayoría, fundamento mi apartamiento total en: (i) el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional respecto de la

configuración de un cargo por omisión legislativa absoluta; (ii) la indebida interpretación del mandato del artículo 43 de la Constitución; (iii) la intervención de una Alta Corte en materia de libertad de empresa; (iv) la inaplicabilidad de las normas del Código Sustantivo del Trabajo para terceros no dependientes del empleador; (v) la desnaturalización del fuero legal de protección a la mujer trabajadora; (vi) y los problemas prácticos en la implementación del condicionamiento.

I. Omisión legislativa absoluta

Esta H. Corporación desde sus inicios había respetado la separación de poderes, incluso frente a la tensión suscitada entre el amplio margen de configuración legislativo (CP. 150) y el deber de guardar la integridad y supremacía de la Constitución (CP. 241). Es así como desde la adopción de la sentencia C-543 de 1996117 la Corte Constitucional definió su incompetencia para interpretar materias legislativas no reguladas por el legislativo en los siguientes términos:

"La acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa a la competencia de la Corte. Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores: si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta" (subraya fuera de texto).

La anterior falta de competencia ha sido ampliamente diferenciada de la denominada omisión legislativa relativa tal y como quedó reiterado en la sentencia C-494 de 2016118 de la siguiente forma:

"Desde sus primeros pronunciamientos, este Tribunal ha distinguido entre las omisiones legislativas absolutas y las omisiones legislativas relativas. En las primeras existe una falta de desarrollo total de un determinado precepto constitucional; mientras que, en las

segundas, el legislador excluye de un enunciado normativo un ingrediente, consecuencia o condición que, a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido, permite concluir que su consagración resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos previstos en la Constitución. Esto significa que, por virtud de la actuación del legislador, se prescinde de una exigencia derivada de la Carta, cuya falta de soporte textual genera un problema de constitucionalidad.

Obsérvese cómo, mientras en las omisiones absolutas, no se ha producido ninguna disposición legal en relación con una determinada materia, en las omisiones relativas, por el contrario, sí existe un desarrollo legal vigente, pero imperfecto, por la ausencia de un aspecto normativo específico en relación con el cual existe el deber constitucional de adoptar medidas legislativas. Para esta Corporación, tan solo es procedente el juicio de inconstitucionalidad respecto de omisiones relativas, pues en los casos de ausencia total de regulación no concurre un referente normativo que se pueda confrontar con la Constitución".

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional había coincido pacíficamente en que la omisión legislativa absoluta hace referencia a la falta total de desarrollo de un mandato constitucional y en ese sentido, al estudiar una demanda de inconstitucionalidad sobre una materia no regulada, debe inexorablemente declararse inhibida por falta de competencia.

No obstante lo anterior, la sentencia de la cual me aparto consideró que el legislador al regular el fuero de maternidad en los numerales 1o del artículo 239 y el numeral 1o del artículo 240 del C.S.T. y de la S.S., incurrió en una omisión legislativa relativa al no incluir dentro del ámbito de la relación laboral prevista en el Código Sustantivo del Trabajo a la mujer gestante o lactante que se encuentra desempleada, y con ello desconoció el precepto constitucional del artículo 43 de la Constitución. Cuando lo cierto es que la asistencia especial del Estado a la mujer en embarazo o lactancia mediante el otorgamiento de un subsidio alimentario en caso de desempleo o desamparo no ha sido objeto de regulación legal alguna, y por lo tanto no había objeto de control en la sentencia C-005 de 2017.

II. Indebida interpretación del mandato del artículo 43 de la Constitución

En armonía con lo anterior, resulta pertinente resaltar el alcance del mandato constitucional previsto en el artículo 43 del Texto Superior, pues dicha norma indica que "Durante el

embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada". No obstante la claridad de la redacción del texto constitucional, la sentencia C-005 de 2017 concluyó que "Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado consistente en otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada "119 (negrita y subraya fuera de texto).

Nótese como la literalidad del postulado constitucional previsto en el artículo 43 es alterada por parte de la ponencia mediante la inclusión del indicativo "sin distinción" extendiendo con ello, el mandando establecido por la Constitución en cabeza exclusiva del Estado a la sociedad y finalmente a los empleadores, al concluir respecto del fuero de maternidad previsto en el C.S.T. y de la S.S. que "dicha visión debe ser actualizada y ampliada desde dos puntos de vista. En primer lugar, debe ser comprehensiva del carácter complejo que a dicha protección le ha reconocido el constitucionalismo colombiano, en cuanto trasciende el derecho a la igualdad de la mujer en el ámbito laboral (Art. 13 y 53) y se extiende a la protección de la mujer gestante o lactante en general (Art. 43) " (negrita y subraya fuera de texto).

III. Intervención de una Alta Corte en la libertad de empresa

El derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 333 de la Carta Política, no solo ha sido considerado como una garantía constitucional en los comportamientos del mercado120, sino como un "principio rector de la economía", característica reconocida por este Tribunal desde la sentencia C-535 de 1997121 en cuya oportunidad se indicó:

"La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redunda en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores" (subrayas fuera de texto).

En armonía con el postulado de la conservación de un ambiente económico mediante la existencia de mercados libres, el artículo 6 de la Constitución Política dispone que los "particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes ". En este sentido, ni la Constitución en los artículos 43 o 333 indica que los particulares son responsables del deber de asistencia a la mujer gestante o lactante que se encuentra desempleada, ni la ley sustancial ordena que el fuero de maternidad se aplique a un tercero ajeno a la relación contractual. Por estas razones, estimo que es el Congreso, a través de una ley, el único órgano competente para imponer cargas prestacionales a los empleadores privados y establecer restricciones al mercado laboral.

IV. Inaplicabilidad de las normas del Código Sustantivo del Trabajo para terceros no dependientes del empleador

Como parte del desacierto de haber estudiado la demanda promovida en contra del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del C.S.T. y de la S.S., es que dicho estatuto en su artículo 1o indica con claridad que "la finalidad primordial es lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social". En ese sentido, la mujer gestante o lactante que no posee un vínculo laboral directo, no es sujeto de los derechos y obligaciones consagrados en dicho Código, ni de los principios aplicados en los vínculos de subordinación (CP.53).

Aceptar la extensión de los principios y derechos que rigen a las relaciones laborales, como la garantía de estabilidad laboral en razón del embarazo o período de postparto a personas

que no gozan de un vínculo laboral, resulta un desatino jurídico, puesto a que una persona que se encuentra desempleada a qué título o respecto de quien va a exigir el pago del derecho a los descansos dominicales remunerados (Art. 172 C.S.T. y de la S.S.), vacaciones (Art. 187 C.S.T. y de la S.S.), a la dotación de vestido y calzado (Art. 230 C.S.T. y de la S.S.) o al pago de cesantías (Art. 249 C.S.T. y de la S.S.), derechos propios del resorte de la relación de subordinación, amparada además por los principios mínimos del artículo 53 de la Constitución Política.

V. Desnaturalización del fuero legal de maternidad

De manera general, el fuero legal hace referencia a un conjunto de derechos o privilegios en beneficio de unos sujetos determinados, que por sus condiciones diferenciadas son protegidos por la ley. De manera específica, el legislador ha consagrado una especial protección: (i) a los trabajadores que en ejercicio de su derecho de asociación deciden constituir un sindicato (fuero sindical122); (ii) al empleado que por virtud de su estado de salud goza de una estabilidad en el empleo (fuero de salud123); (iii) de igual modo en otros escenarios como el militar se prevé una garantía para los miembros de las fuerzas armadas (fuero penal militar124); (iv) e incluso la jurisprudencia ha resaltado el amparo de los indígenas (fuero indígena125).

Es así, como el velar celosamente por mantener los linderos de acceso a dichas garantías, no resulta en un acto de discriminación o de omisión en el diseño legislativo, sino que en sí mismo es un modo de preservar estos derechos, puesto que no cualquier ciudadano invocando el derecho a la igualdad podría beneficiarse de ellos, v. gr. el contratista que al generar un detrimento en el patrimonio público no podría solicitar ser juzgado por la jurisdicción indígena, so pena de que ello le resultaría más benéfico.

Por otro lado, el avance en la superación de la discriminación en el ámbito laboral de la mujer por medio del establecimiento de una acción afirmativa que la protege de ser desvinculada durante una etapa tan relevante de la vida como lo es el ser gestora de vida, resulta en un retroceso al extender la prohibición de despido a su cónyuge o compañero permanente, subordinando la identidad de la mujer desempleada a la sumisión económica de su pareja.

Dependencia económica que no era necesaria declarar, toda vez que la protección de la madre desempleada cuya pareja fue desvinculada, cuenta con un medio alternativo y menos

lesivo de los derechos alcanzados por las mujeres trabajadoras, como la protección al trabajador cesante previsto en la Ley 1636 de 2013, el Decreto 1772 de 2015 y el Decreto 780 de 2016, por medio de los cuales el Estado otorga: (i) un subsidio de desempleo hasta por seis (6) meses; (ii) ahorro para fines pensiónales; y (iii) la garantía del acceso al servicio de salud para todos sus beneficiarios, incluida la mujer gestante o lactante.

VI. Problemas prácticos en la implementación del condicionamiento

Un aspecto relevante por el cual la Corte Constitucional no es competente para pronunciarse sobre asuntos que recaen en una omisión legislativa absoluta, es que al no existir un andamiaje jurídico que soporte la decisión adoptada, su implementación en la práctica puede conducir a un sin número de problemáticas. Por ejemplo el fuero de maternidad no requiere de un aviso especial en razón de que el estado de embarazo es un hecho notorio, no obstante bajo el supuesto de hecho introducido con el condicionamiento de la sentencia C-005 de 2017, el hombre o pareja al que se le extendió dicho fuero deberá dar aviso especial a su empleador de la gravidez, toda vez que éste no tiene cómo enterarse de la gestación de su pareja al ser tercero ajeno a la relación laboral.

Lo anterior, conduce a otra vicisitud y es la falta de competencia de los Inspectores de Trabajo para autorizar el despido de un trabajador cuya compañera o esposa se encuentra embarazada, toda vez que el fuero de maternidad no implica que este prohibida la terminación del contrato laboral, sino que la causa invocada no puede obedecer a un acto de discriminación en razón del embarazo.

Finalmente, la sentencia desarrolla un capítulo de “conciliación entre la vida personal, familiar y el trabajo” en el que se concluye que “(N)o se puede perder de vista que las demandas por alcanzar mayores grados de armonización de trabajo y vida familiar no se pueden limitar hoy a promover una mayor participación femenina en el campo laboral, así como precaver a sancionar actos de discriminación basados en el sexo ” con el fin de introducir una política de mayor participación del padre en el cuidado del recién nacido, sin tener en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-636 de 2016126 reiteró la importancia de mantener la separación de la intimidad del trabajador en el lugar donde presta sus servicios.

Así, con el acostumbrado respeto, dejo expuestas las razones de mi apartamiento.

Cordialmente,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

1 Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 “Sobre Código Sustantivo del Trabajo”, publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949. Esta edición se trabajó sobre la publicación de la Edición Oficial del CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, con sus modificaciones, ordenada por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, la cual fue publicada en el Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951, compilando los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951.

2 Folio 8.

3 Folio 75.

4 Folio 65.

5 Folio 66.

6 Folio 46.

8 Folio 49.

9 Folio 56.

10 Ídem.

11 Folio 58.

12 Folio 60.

13 Folio 104.

14 Folio 105.

15 Folios 88-91.

16 Cita las sentencias T-527 de 1992, T-373 de 1998, T-961 de 2002, T-862 de 2003, T-866 de 2005, T-040 de 2006, T-195 de 2007, T-095 de 2008; T-687 de 2008; T-021 de 2011; T-097 de 2012; SU-071 de 2013; T-138 de 2015; T-238 de 2015; T-400 de 2015.

17 Folio 96.

18 Sentencia C-1052 de 2001 MP. Manuel José Cepeda Espinosa. "La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque "el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental", no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

19 Sentencia C-1052 de 2001 MP. Manuel José Cepeda Espinosa. "Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente "y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita" e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda19. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; "esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden."

20 Sentencia C-1052 de 2001 MP. Manuel José Cepeda Espinosa. De otra parte, las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través "de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada". El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisible que se deba

resolver sobre su inexequibilidad a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.

21 Sentencia C-1052 de 2001 MP. Manuel José Cepeda Espinosa. “La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa”21 a partir de una valoración parcial de sus efectos.”

22 Sentencia C-1052 de 2001 MP. Manuel José Cepeda Espinosa. “Finalmente, la suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”.

23 Sentencia C-149 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio. SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En esa oportunidad, una de las demandas resueltas por la Corte planteaba como petición principal la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma acusada. La Corte emitió un pronunciamiento de fondo. Reiterada en la sentencia C-020 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

24 El Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, el Departamento Nacional de Planeación, la Andi, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Universidad Externado de Colombia.

25 La Universidad del Rosario, la Universidad de Antioquia, la Universidad Industrial de Santander y la Universidad de Ibagué.

26 Para la reseña de este fundamento se parte de la reconstrucción efectuada en la sentencia SU-070 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada, actualizada cuando fuere necesario.

27 Ibídem. Fundamento Jurídico 11.

28 Sentencias T-088 de 2010, T-169 de 2008, T-069 de 2007, T-221 de 2007, entre otras.

29 Artículo 13 de la Constitución: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

30 Artículo 43 de la Constitución: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.

32 Artículo 1 de la CADH: “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

33 Artículo 24 de la CADH: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

34 Artículo 2 del PIDESC: "(…) 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

35 Artículo 6 del PIDESC: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana".

36 Artículo 3 del Pacto de san Salvador: "Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

37 Artículo 6 del Pacto de San Salvador: "1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional,

particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo".

38 El ordinal segundo del artículo 11 de la mencionada Convención establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, lo siguiente: "2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a- Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales."

39 Así lo establece la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo aprobada en 1919.

40"Artículo 3°: En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer: a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto; b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas; c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y las del hijo en buenas condiciones de higiene: dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona."

41 Artículo 3 del Convenio 183 de la OIT.

42 Sentencia T-005 de 2009, reiterada en SU-071 de 2013.

43 Ver, entre otras, las sentencias T-179 de 1993, T-694 de 1996 y SU-071 de 2013.

44 Sentencia T-568 de 1996. Fundamento Jurídico No 5. Reiterada en SU-071 de 2013.

45 Sentencia C-470 de 1997.

46 Sentencia C-470 de 1997.

47 El artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 1468 de 2011, establece: "PROHIBICION DE DESPEDIR. || 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. || 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente. || 3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo. || 4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término".

48 El artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone: "PERMISO PARA DESPEDIR. || 1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. || 2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. || 3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano".

49 Sobre la ineficacia del despido de la mujer trabajadora en estado de embarazo, entre muchas otras, ver las sentencias C-470 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-371 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-021 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. S.P.V.

María Victoria Calle Correa), SU-070 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada. S.V. Mauricio González Cuervo. S.P.V. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Nilson Pinilla Pinilla), T-656 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-138 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa).

50 Al respecto, la sentencia SU-070 de 2013, en el considerando 46, señaló que "[p]rocede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. De igual manera el alcance de la protección se determinará según la modalidad de contrato y según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación" (negrillas originales).

51 Colombia aprobó esta Convención mediante Ley 051 de 1981, la cual fue objeto de reglamentación mediante el Decreto 1398 de 1990.

52 Alameda Castillo, María Teresa "Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad. En Mercader Uguina Jesús (Coord.). Comentarios laborales a la Ley de igualdad entre mujeres y hombres, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. pp. 496 y 498.

53 Tortuero Plaza, José Luis, "50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral", Navarra, Ed. Aranzadi, 2006, pp. 101 y s.

54 SU-070 de 2013, anteriormente citada, reiterada en sentencias T-656 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-138 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa).

55 Al respecto, ver la sentencia SU-070 de 2013.

56 Sentencia SU-070 de 2013.

57 M.P. Jaime Araújo Rentería. Reiterada en sentencia T-400 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

59 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Estudio la constitucionalidad del inciso 3º, artículo 1º, de la Ley 755 de 2002.

60 Sentencia C-273 de 2003.

61 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

62 Maternidad, paternidad y trabajo. La igualdad de género en el corazón del trabajo decente, 2008-2009. Información extraída de la página de Internet de la OIT. www.ilo.org/gender/events/campaign-2009.

63 Sentencia C-727 de 2015.

64 Adoptada en el ordenamiento interno mediante la Ley 51 de 1981.

65 Art. 3 PDCP.

66 Art. 23 n. 4. PDCP; art. 17 n. 4 Convención Americana de Derechos Humanos.

67 C-875/03 y C-278/14.

68 Caamaño Rojo, Eduardo. El permiso parental y la progresiva inclusión del padre en los derechos para la armonización del trabajo y la vida familiar. Revista de Derecho, Pontificia Universidad de Valparaíso. Versión on line. ISSN 0718-6851, No. 3 Diciembre de 2008.

69 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-351 de 2013.

70 Al respecto, esta Corporación afirmó: “La acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa a la competencia de la Corte. Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia

para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta". Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. En este mismo sentido, la Corte se pronunció en la sentencia C-351 de 2013, en la que indicó: "Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexequibilidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de los extremos de comparación." Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 2013.

71 Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 2013.

72 Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 2013.

73 Corte Constitucional, Sentencia C-259 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sobre el tema de la omisión legislativa relativa pueden consultarse entre numerosas sentencias, las siguientes: C-192 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-045 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-833 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-061 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-800 del 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-809 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; entre otras.

74 Corte Constitucional, Sentencia C- 833 de 2013, María Victoria Calle Correa. Esos dos requisitos fueron identificados en las siguientes sentencias: C-371 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-800 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-100 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa. Además, fueron reiterados en la sentencia C-584 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

75 Corte Constitucional, sentencia C-584 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

76 Corte Constitucional. Sentencia C-619 de 2011, M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.

77 Corte Constitucional, sentencia C-221 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

78 Corte Constitucional, sentencia T-340 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Fundamentos jurídicos 42 a 43.

79 El Convenio No. 3 de 1921 de la OIT (Art. 3°), estableció pautas para una protección de la

mujer trabajadora antes, durante y con posterioridad al parto; el Convenio 183 de 1952 de la OIT (Art. 3°) relativo a la protección de la maternidad; el Convenio 111 de 1958 (1.1) de la misma organización que prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación por razones de sexo; la Resolución 95 de 1952 de la OIT (Art. 4°) sobre protección de la maternidad.

80 Corte Constitucional, sentencia C-584 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

82 Convención Europea de Derechos Humanos. Artículo 4. "1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente convención, pero en ningún modo entrañará, consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se haya alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato".

83 Ver sentencia C-932 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-500 de 2002. Reiterada en la sentencia C-1036 de 2003.

84 Ver sentencia C-932 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra citando la Directiva 76/207/ del 9 de febrero de 1976 del Consejo de las comunidades europeas, la Resolución 12 de julio de 1982 del mismo Consejo y el caso Kalake del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1995.

85 Ver sentencia C-932 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra citando las sentencias 81 del 21 de diciembre de 1982, 99 del 15 de noviembre de 1983, 10 del 28 de enero de 1985 y 128 del 16 de julio de 1987 del Tribunal Constitucional Español.

86 La Corte Suprema de Estados Unidos ha analizado en mayor medida, acciones afirmativas con fundamento en la raza y en el acceso a la educación de las mujeres. No obstante, se ha pronunciado sobre acciones afirmativas para las mujeres en el ámbito laboral. Por ejemplo, en la sentencia Johnson v. Transportation Agency (480 U.S. 616 (1987) la Corte analizó si una acción afirmativa que permitió que una mujer fuera promovida por encima de un colega hombre con las mismas calificaciones era admisible. En este caso, la mayoría de la Corporación señaló que no era irracional utilizar el sexo de un empleado como un factor dentro del procedimiento de ascenso en la medida en que la decisión no creaba una barrera

material para el avance laboral de los hombres.

87 Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Artículo 11.

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

a. El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

b. El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección de cuestiones de empleo;

c. El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico;

d. El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo;

e. El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

f. El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a. Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil;

b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales;

c. Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d. Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda".

88 Ramírez Bustamante, Natalia, ¿Poder o desventaja? El derecho de las mujeres a no ser despedidas durante el embarazo: Análisis legislativo y jurisprudencial de la protección a la mujer durante el embarazo 1938-2008, 2008; Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio 3, entró en vigor en 1921 y fue ratificado por Colombia en 1933. Artículo 3: "En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer: a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;

b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas; c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto; d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia".

89 Sentencias C-667 de 2006, C-371 de 2000 y C-112 de 2000.

90 Sentencias C-622 de 1997, C-112 de 2000, T-610 de 2002, C-410 de 1994, entre muchas otras.

91 En sentencia SU-388 de 2005, la Corte manifestó que “para el diseño e implementación concreta de las acciones afirmativas el primer llamado a intervenir es el Legislador, en tanto órgano de deliberación política y escenario democrático del más alto nivel y cuya actividad, más que importante, es imprescindible para poner en escena mecanismos que permitan alcanzar niveles mínimos de igualdad sustantiva, especialmente bajo la óptica de la igualdad de oportunidades”. La sentencia C-184 de 2003 dijo que “Las llamadas acciones afirmativas fueron expresamente permitidas en la Carta para que el legislador pudiera, sin violar la igualdad, adoptar medidas en favor de ciertas personas o grupos”. La sentencia C-667 de 2006 manifestó que las acciones afirmativas fueron expresamente permitidas en la Carta “para que el legislador adopte medidas en pro de ciertas personas o grupos, sin tener que extender el beneficio resultante a otras personas o grupos… Dichas medidas se concretan en la facultad con la que cuenta el legislador para apelar a la raza, al sexo –categorías en principio sospechosas como criterio de discriminación-, con el fin de aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales” (subrayas no originales).

92 En sentencia C-112 de 2000, la Corte se refirió a las acciones afirmativas como medidas a cargo de todas las autoridades. En sentencia T-602 de 2003, la Sala Primera de Revisión consideró afectados los derechos a la igualdad, al mínimo vital y a la vivienda digna de desplazados porque la Red de Solidaridad no adoptó medidas de protección especial para este grupo poblacional, pese a que “las acciones positivas a favor de la población desplazada están pues justificadas en virtud de la necesidad de asegurar un justo trato a uno de los sectores más desaventajados de la sociedad colombiana, en la urgencia de evitar que la nación colombiana se siga fragmentando y en la perentoria protección frente a graves afecciones al mínimo vital de las víctimas del desplazamiento”.

93 Sentencias C-371 de 2000, C-184 de 2003, C-206 de 2006 y T-1031 de 2005, entre otras.

94 Por ejemplo, la sentencia C-667 de 2006 expresó que las acciones afirmativas fueron consagradas “a favor de un grupo de personas determinadas, pretenden edificar condiciones reales de igualdad”.

95 En sentencias SU-388 y SU-389 de 2005, la Sala Plena de la Corte advirtió que “no resulta válida una ampliación generalizada de las acciones afirmativas a los demás colectivos, o una utilización desbordada de las mismas, puesto que no sólo se desnaturalizaría su esencia sino que se daría al traste con los objetivos que persiguen, haciéndolas inocuas, burlando así el objetivo propuesto por el Constituyente y materializado por el Legislador”.

96 Sentencia C-932 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

97 Reglamentada por los Decretos 1632 de 1938, 2350 de 1938 y 953 de 1939.

98 Ley 53 de 1938, Artículo 2. “No podrá despedirse de su oficio a ninguna persona empleada u obrera, por motivos de embarazo o lactancia y se conservará el puesto a la que se ausente por causa de enfermedad proveniente de su estado”.

99 Ramírez Bustamante, Natalia, ¿Poder o desventaja? El derecho de las mujeres a no ser despedidas durante el embarazo: Análisis legislativo y jurisprudencial de la protección a la mujer durante el embarazo 1938-2008, 2008

100 Ley 50 de 1990, artículo 35 que modifica el artículo 239 del CST. “3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado”.

101 Ley 1468 de 2011. Artículo 35 que modifica el artículo 239 del CST. “4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término”.

102 Sentencia SU-070 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada. “La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de

especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada". Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres. El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia. Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, "garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos".

103 Sentencia T-092 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo, Sentencia SU-070 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada.

104 Resumen Ejecutivo de la Encuesta Nacional de Demografía y Salud (ENDS) del año 2015. En línea: http://profamilia.org.co/docs/Libro%20RESUMEN%20EJECUTIVO.pdf

105 Boletín del censo delictivo comparativo del año 2015 vs 2016. Fiscalía General de la Nación. En línea: http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Boleti%CC%81n-censo-delictivo-2016-Final.pdf. De conformidad con el censo delictivo realizado por la Fiscalía General de la Nación, el delito de inasistencia alimentaria durante el período del 1 de enero al 31 de diciembre de 2016, fue de 63.228 casos (5.51%) y tuvo una disminución del 5.61% en relación al año 2015.

107 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

108 MP Jorge Ignacio Pretelt.

109 Ver la Sentencia C-185 de 2002 MP Rodrigo Escobar Gil

110 "Sentencia C-543 de 1996 M.P Carlos Gaviria Díaz" Nota contenida en la sentencia C-767 de 2014

111 C-767 de 2014.

112 Ver la Sentencia C- 041 de 2002 MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

113 Sentencia C-543 de 1996. Cfr. también, las Sentencias C-073 de 1996 y C-540 de 1997.

114 Sentencia C-041 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

115 Con salvamento de voto de los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y el suscrito Alejandro Linares Cantillo.

116 Sentencia C-005 de 2017.

117 MP. Carlos Gavina Díaz, en cuya oportunidad se estudió la demanda de inconstitucionalidad por la omisión del legislador en reglamentar los artículos 87 y 88 de la Constitución.

118 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

119 Supra numeral 4.1 de la sentencia C-005 de 2017.

120 Sentencia C-228 de 2010 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

121 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

122 Sentencia C-1119 de 2005 MP. Alfredo Beltrán Sierra: "Como se ha señalado en esta sentencia, la garantía del fuero sindical elevada a rango constitucional por el Constituyente de 1991 (CP. art. 39), ha sido instituida para amparar el derecho de asociación. Se trata de un mecanismo que ha sido establecido primariamente a favor del sindicato, y de manera secundaria para amparar el derecho a la estabilidad laboral de los representantes sindicales, a fin de que con el retiro injustificado de los mismos no se afecte la acción de los sindicatos por reducción del número mínimo establecido por la ley para su constitución. Se trata entonces, como bien lo afirma la Vista Fiscal, de una garantía constitucional que surge con posterioridad a las relaciones individuales de trabajo y, por ende, a la naturaleza misma de los cargos o contratos laborales, circunstancia esta que define la aplicación de la garantía foral en los eventos de un despido unilateral por parte del empleador".

123 Sentencia C-744 de 2012 MP. Nilson Pinilla Pinilla: "Si bien la Corte acepta que el concepto de discapacidad no ha tenido un desarrollo pacífico, ha concluido que laboralmente "la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados". Así pues, el amparo cobija a quien sufre una disminución que dificulta o impide el desempeño normal de sus labores, por padecer (i) una deficiencia, entendida como una pérdida o anormalidad permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica, de estructura o función; (¡i) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, por disminución frente al ámbito considerado "normal" para el ser humano; o (iii) minusvalidez, desventaja humana que limita o impide el desempeño de una función, acorde con la edad u otros factores sociales o culturales".

124 Sentencia C-326 de 2016 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: "El fuero penal militar, consistente en la prerrogativa de que las conductas que cumplan con las ya mencionadas

características sean investigadas y sancionadas por ese cuerpo especial de investigadores y jueces, es una institución de larga tradición en el constitucionalismo colombiano, tal como puede constatarse al volver sobre el artículo 170 del anterior texto superior, originario de 1886, que no sufrió ningún cambio durante sus más de cien años de vigencia".

125 Sentencia T-685 de 2015 M.P. Myriam Ávila Roldán: "Ha sido definido como un derecho de los miembros de las comunidades indígenas que se adquiere por el hecho de pertenecer a las mismas y que consiste en la posibilidad de ser juzgados por sus autoridades indígenas, con arreglo a sus normas y procedimientos y cuyo objeto es el juzgamiento acorde con los usos y costumbres de dichas comunidades".

126 Alejandro Linares Cantillo: "En suma, puede concluirse que la constitucionalidad de los deberes y obligaciones que el empleador le puede exigir a los trabajadores depende de distintos criterios. En primer lugar, estos deberes y obligaciones deben respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, incluyendo pero sin limitarse a la dignidad humana, la intimidad o el honor. Y en segundo lugar, estos deberes y obligaciones deben tener relación directa con la labor contratada, pues de lo contrario, aun cuando en apariencia sean medidas respetuosas de los derechos de los trabajadores, supondrán una limitación excesiva de su autonomía individual

{p}