

Sentencia C-118/20

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-No configuración

DECISION INHIBITORIA-No constituye cosa juzgada

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD INTEGRAL-Aplicación al examinar violación del derecho a la igualdad

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Existencia de razones de inconstitucionalidad

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA-Incumplimiento de requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia en los cargos

DERECHO A LA IGUALDAD-Situaciones semejantes y diferentes respecto de sujetos cuyas circunstancias se comparan

FUERO DE MATERNIDAD-Antecedentes

En su evolución, la figura ha sido sometida a transformaciones inicialmente producidas en el nivel legislativo, sin que los cambios sucesivos hayan alterado el propósito de proteger a las madres trabajadoras, durante el periodo de maternidad, de las eventuales contingencias “generadas por la pérdida del empleo” (...).

FUERO DE MATERNIDAD-Alcance

El fuero de maternidad es un concepto que incluye “el fuero de lactancia”, lo que implica que la estabilidad laboral reforzada y la consiguiente protección que en el ámbito laboral debe dispensarse, comprende a “la mujer embarazada y lactante”, conforme lo ha sostenido esta Corte, prolongando una tendencia bastante arraigada desde hace ya tiempo, tanto en sentencias dictadas en sede de control de constitucionalidad como en sede de revisión de tutela.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA-Sujeto de especial protección

DERECHO FUNDAMENTAL A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA-Reglas según el marco legal colombiano

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA-Instrumentos internacionales de protección

DESPIDO POR EMBARAZO O LACTANCIA-Prohibición y mecanismos para asegurar eficacia legal

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Alcance y contenido de medidas de protección a las madres gestantes derivadas de la alternativa laboral

SALAS AMIGAS DE LA FAMILIA LACTANTE EN EL ENTORNO LABORAL-Contenido

A la mujer trabajadora le asiste el derecho a decidir si amamanta a su hijo, prerrogativa que adquiere singular relevancia cuando después de haber disfrutado de la licencia de maternidad debe retornar a su lugar de trabajo, en donde no puede ser sometida a discriminación por el hecho de la lactancia, debido a lo cual requiere una protección que, conforme se ha visto, el ordenamiento jurídico colombiano procura mediante varias herramientas. Una de ellas, precisamente, es la estrategia de las “Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral”, actualmente regulada en la Ley 1823 de 2017, de la que hace parte el párrafo acusado de inconstitucionalidad en el caso ahora examinado.

SALAS AMIGAS DE LA FAMILIA LACTANTE EN EL ENTORNO LABORAL-Finalidad

Las Salas Amigas buscan facilitar la cristalización del propósito de conciliar el desempeño de la actividad laboral confiada a la mujer y el cabal cumplimiento de su papel de madre lactante, cuando la empleada está en las instalaciones de la empresa y la permanencia del infante en otro lugar le impide que lo amamante de forma directa.

SALAS AMIGAS DE LA FAMILIA LACTANTE EN EL ENTORNO LABORAL-Beneficios para la primera infancia/SALAS AMIGAS DE LA FAMILIA LACTANTE EN EL ENTORNO LABORAL-Beneficios para la familia/SALAS AMIGAS DE LA FAMILIA LACTANTE EN EL ENTORNO LABORAL-Beneficios sociales

JUICIO DE IGUALDAD-Incorporación del juicio de proporcionalidad, compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto

Reiteradamente la Corte ha indicado que el escrutinio de constitucionalidad de un precepto por violación del derecho a la igualdad se sirve del juicio de proporcionalidad que comprende el estudio de la idoneidad de la medida, el análisis de su necesidad para establecer “si existe una medida menos lesiva que logre alcanzar el fin propuesto”, y la realización de un examen de proporcionalidad en sentido estricto “con el fin de determinar si la medida adoptada sacrifica valores y principios constitucionales de mayor envergadura que los protegidos con el fin propuesto”.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Niveles de intensidad

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Complementariedad entre juicio de proporcionalidad y niveles de escrutinio del test de igualdad

NORMA ACUSADA-Inexistencia de subrogación o derogación tácita

La previsión del artículo 238 sobre salas de lactancia no es independiente de la obligación del empleador de conceder los descansos y del correlativo derecho de la trabajadora lactante a disfrutarlos, pues el artículo dispone que “para dar cumplimiento a la obligación” en él consagrada, el empleador debe establecer “en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia”. Se trata, entonces, de dos diferentes objetos de regulación y, por lo mismo, no procede sostener que la Ley 27 de 1974 haya subrogado al artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo en lo atinente a la obligación del empleador de adaptar salas de lactancia, pero si es viable predicar la complementariedad de ambas regulaciones, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 238 también alude a “un lugar apropiado para guardar al niño”.

DERECHO A LA IGUALDAD-Falta de validez o relevancia del criterio de comparación

NORMA ACUSADA-Conexión normativa

(...) las Salas Amigas coexisten con las salas de lactancia cuyos orígenes se remontan a 1938, y aun cuando las dos figuras buscan paliar los motivos de discriminación surgidos del hecho mismo de la lactancia y asegurar el derecho de las madres trabajadoras a lactar a sus hijos, la Ley 1823 de 2017 pretende garantizar de una manera determinada el referido derecho en las empresas privadas de cierto tamaño y capacidad económica. No de otro modo se explica la fijación de un límite en el párrafo demandado y el sometimiento de las empresas privadas que lo superen a las condiciones previstas en la propia ley.

SALAS AMIGAS DE LA FAMILIA LACTANTE EN EL ENTORNO LABORAL-Fijación de límite no es exclusión

(...) es importante señalar que la fijación de un límite como el previsto en el precepto demandado no equivale a la exclusión inexorable de la posibilidad de disponer de un espacio destinado a la extracción y conservación de la leche materna en las empresas privadas que no superen los umbrales de capital y/o número de trabajadoras contemplados en la ley.

Ciertamente, visto en el contexto normativo correspondiente, el precepto demandado no tiene el alcance que le atribuyen los actores, no obstante, lo cual, la decisión que debe adoptarse no es la inhibitoria. En efecto, al realizar las consideraciones iniciales sobre la aptitud de la demanda para desencadenar el juicio de inconstitucionalidad, valiéndose de la Sentencia C-581 de 2013, la Sala puso de presente que en ciertas oportunidades las dificultades atinentes al requisito de certeza y relacionadas con el hecho “de que el precepto acusado sí tenga realmente el contenido que los actores le atribuyen”, no impiden el estudio de los cargos, debido a “la trascendencia e importancia de los asuntos planteados y la diversidad de las reflexiones que ellas generaron en los intervinientes, unida a la aplicación del ya referido principio pro actione”.

Referencia: Expedientes acumulados

D-12060, 12070 y 12073

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 2 y el inciso segundo del artículo 5 de la Ley 1823 de 2017

Demandantes: Manuel Esteban García Orrego, Daniela Andrea Velandia Romero, Luz Marina Díaz Salamanca y María Paula Caro Páez

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C. quince (15) de abril de dos mil veinte (2020)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente sentencia.

I. I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 40-6 de la Constitución, los ciudadanos Manuel Esteban García Orrego y Daniela Andrea Velandia Romero, presentaron demanda de inconstitucionalidad en contra del párrafo del artículo 2 y el inciso segundo del artículo 5 de la Ley 1823 de 2017, “[p]or medio de la cual se adopta la estrategia Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral en entidades públicas territoriales y empresas privadas y se dictan otras disposiciones”.

Igualmente, las ciudadanas Luz Marina Díaz Salamanca y María Paula Caro Páez presentaron demandas en contra del párrafo del artículo 2 de la misma ley, cuya inconstitucionalidad solicitan.

En sesión de 19 de abril de 2017, la Sala Plena de esta Corporación resolvió acumular los expedientes para que fueran tramitados conjuntamente. Previo el sorteo de rigor, el asunto fue remitido al Despacho del Magistrado (e) Aquiles Arrieta Gómez para que se impartiera el trámite correspondiente. El 16 de mayo de 2017, la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger asumió la ponencia.

El 5 de mayo de 2017 se dispuso la admisión de la demanda y la fijación en lista por el término de diez (10) días, y se ordenó comunicar la iniciación del proceso a los presidentes de la República y del Congreso de la República, además de que se corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para lo de su competencia.

En la misma providencia se invitó al programa El Sello de la Equidad Laboral “Equipares”, a Dejusticia, a la organización Women’s Link Worldwide, a la Corporación Sisma Mujer, a la Fundación para la Educación Superior y Desarrollo en Colombia -FEDESARROLLO, a la ANDI, a la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Javeriana, a las Facultades de Derecho y Economía de la Universidad de Los Andes; y a las Universidades de Medellín, Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana (sede Bogotá), del Rosario, Sergio Arboleda (sede Bogotá) y del Norte, para que, en caso de estimarlo conveniente, intervinieran en el proceso.

Mediante comunicación del 22 de mayo de 2017, la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger manifestó impedimento para seguir conociendo del proceso, tras considerar que se encontraba incurso en la causal establecida en el numeral 4 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal. En sesión de 24 de mayo de 2017, la Sala Plena resolvió aceptar el impedimento manifestado y, en consecuencia, la ponencia fue reasignada al suscrito magistrado sustanciador.

Con ocasión de la expedición del Decreto 889 de 2017, mediante Auto 305 del 21 de junio de 2017, la Sala Plena de la Corte decidió suspender “los términos en los procesos de constitucionalidad enumerados en el fundamento jurídico sexto” que “hayan sido admitidos para trámite ante la Corte y en la etapa procesal en que actualmente se encuentren”, los cuales, en el caso concreto, fueron levantados mediante Auto de 2 de octubre de 2019.

Concluido el procedimiento y recibido el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir la demanda en referencia.

Suspensión y levantamiento de términos

Estando el proyecto de sentencia dentro del término para decisión de Sala Plena, sobrevino la suspensión de términos en virtud de la emergencia pública de salud derivada de la pandemia COVID-19 y de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, el cual será levantado en este proceso con fundamento en la competencia prevista en el artículo 1 del Decreto 469 de 2020, el cual dispone que la Sala Plena de este tribunal podrá levantar la suspensión de términos cuando fuere necesario para el cumplimiento de sus funciones.

. TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el texto de las disposiciones acusadas conforme a su publicación en el Diario Oficial Nro. 50.106 de 4 de enero de 2017 y se subrayan y resaltan en negrilla los apartes demandados:

Ley 1823 de 2017

ARTÍCULO 2º. ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS. Las entidades públicas del orden nacional y territorial, del sector central y descentralizado, y las entidades privadas adecuarán en sus instalaciones un espacio acondicionado y digno para que las mujeres en periodo de lactancia que laboran allí, puedan extraer la leche materna asegurando su adecuada conservación durante la jornada laboral.

Las Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral deberán garantizar las condiciones adecuadas para la extracción y conservación de la leche materna, bajo normas técnicas de seguridad, para luego transportarla al hogar y disponer de ella, para alimentar al bebé en ausencia temporal de la madre.

PARÁGRAFO. Estas disposiciones aplicarán a las empresas privadas con capitales iguales o superiores a 1.500 salarios mínimos o aquellas con capitales inferiores a 1.500 salarios mínimos con más de 50 empleadas.

ARTÍCULO 5º. Las entidades privadas con más de 1.000 empleados y las entidades públicas dispondrán de dos (2) años para realizar las adecuaciones físicas necesarias, en cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley, de acuerdo con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Las empresas privadas con menos de mil (1.000) empleados, contarán con 5 años para para realizar las adecuaciones físicas necesarias para cumplir con esta ley.

. LAS DEMANDAS

1. Expediente D-12060

Los ciudadanos Manuel Esteban García Orrego y Daniela Andrea Velandia Romero

consideraron que los textos acusados desconocen los artículos 13, 20, 25, 43 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

Por un lado, solicitaron declarar la inexequibilidad de las normas demandadas porque, en su opinión, suprimen de forma arbitraria el derecho de mujeres y niños a ser reconocidos por igual ante la ley, pues además de restringir los derechos de aquellas que trabajan en una empresa privada con menos de 50 empleadas o que cuenten con un capital inferior a 1500 salarios mínimos -en tanto no gozarán de un lugar adecuado para amamantar-, priva de los beneficios de la lactancia materna a los hijos de esas mujeres.

Por el otro, advirtieron una contradicción normativa, pues (i) mientras el parágrafo del artículo 2 determina el destinatario de la obligación de adecuación de instalaciones para las salas de lactancia de acuerdo con el número de empleados, (ii) el artículo 5 indica que las empresas privadas con menos de 1000 empleados tendrán hasta 5 años para realizar dichas adecuaciones, lo cual incluiría a las empresas con menos de 50 empleadas. Pero, además, al utilizar el vocablo empleados, el artículo 5 desconoce el efecto útil de la norma en tanto “si esas empresas privadas tienen menos de 1000 empleados y todos son hombres, la ley 1823 también estaría orientándolos a implementar las disposiciones decretadas que son en favor de las MUJERES que trabajan fuera del hogar y requieren extraer y conservar su leche para alimentar a su(s) hijos”.

2. Expediente D-12070

La ciudadana Luz Marina Díaz Salamanca sostuvo que la expresión “o aquellas con capitales inferiores a 1500 salarios mínimos con más de 50 empleadas” incluida en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 1823 de 2017, es inconstitucional porque desconoce los artículos 13, 43 y 44 superiores, al vulnerar el derecho a la igualdad de madres y niños en tanto sólo podrán lactar en lugares adecuados, o extraer la leche materna y asegurar su adecuada conservación durante la jornada laboral, aquellas que trabajen en empresas con más de 50 empleadas, generándose así, una discriminación injustificada contraria a la Constitución.

En efecto, al haber excluido a ciertas empresas del sector privado de la obligación de adecuación de las instalaciones para implementar salas de lactancia, las mujeres que allí trabajan resultan desprotegidas, contraviniendo lo estipulado en el artículo 3 del Convenio 156 de la OIT de 1981, con base en el cual, el Estado deberá permitir que las personas con

responsabilidades familiares puedan asumirlas sin ser objeto de discriminación.

Lo anterior desconoce, en su opinión, la garantía de protección reforzada a la estabilidad en el trabajo de las mujeres que se encuentren en periodo de lactancia, de manera que el capital y número de empleados constituyen criterios de diferenciación que resultan desprotegiendo a madres y niños en contravía de los dispuesto en instrumentos internacionales de obligatorio cumplimiento por haber sido voluntariamente ratificados por el Estado colombiano (Declaración Universal de Derechos Humanos -artículo 25-, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -artículo 10.2-, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -artículo 12.2-, Recomendación Nro. 95 de la OIT de 1952, Convenio 183 de la OIT de 1952). Al efecto, citó informes sobre los beneficios de la lactancia materna.

3. Expediente D-12073

La ciudadana María Paula Caro Páez explicó por qué, en su opinión, el parágrafo del artículo 2 vulnera el preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 13, 25, 43, 44 y 53 de la Constitución Política; los artículos 1, 2, 7 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 3 y 14 de la Convención de los Derechos de los Niño; los artículos 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sostuvo que la norma demandada atenta principalmente contra la dignidad, la igualdad, el trabajo y la seguridad social de la mujer embarazada, la madre lactante, el interés superior de los niños, y la familia como núcleo esencial de la sociedad, todos sujetos de especial protección, al exigir la adecuación de salas de lactancia solo a las empresas que reporten un capital igual o superior a 1500 salarios mínimos, o a aquellas con capitales inferiores a 1500 salarios mínimos, pero con más de 50 empleadas.

En consecuencia, las mujeres que trabajen en empresas que no están obligadas a adecuar salas de lactancia, deberán hacer uso de los dos descansos a que tienen derecho durante la jornada laboral para amamantar a su hijo, generándoseles así una carga extra y un desgaste físico y económico notorio, por tener que trasladarse presurosamente hasta donde se encuentre su hijo para brindarle una óptima alimentación.

. INTERVENCIONES

Vencido el término de fijación en lista, y en cumplimiento de lo ordenado en auto de 5 de mayo de 2017, la Secretaria General de esta Corporación informó que, de acuerdo con las comunicaciones libradas, se recibieron los siguientes escritos de intervención:

1. 1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Solicitó declarar exequibles las normas demandadas, porque el límite que contienen se encuentra plenamente justificado en la medida en que respeta las diferencias existentes entre empresas -en términos de capacidad logística y económica-, pues “de no existir un límite en el campo de acción de la norma, la aplicación objetiva de la misma podría afectar a un sector de la economía que no estaría en la capacidad física de separar de manera permanente en su establecimiento de comercio o negocio una habitación de por lo menos 4 por 4 mts -o en el peor de los casos construirla con el costo adicional de materiales de construcción y permisos urbanísticos- y dotarla con los elementos necesarios para permitir la adecuada extracción y almacenamiento del alimento materno”.

En concordancia con lo anterior, manifestó que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con otros mecanismos de protección a las mujeres y niños lactantes, para lo cual citó el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo que reconoce a la mujer en estado de lactancia el derecho a dos descansos de treinta minutos cada uno para amamantar a su hijo durante la jornada laboral, sin descuento alguno y por los primeros seis meses de edad del infante, derecho para cuya efectividad “los empleadores deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño”. En su concepto, dicha disposición no fue derogada por la Ley 1823 de 2017 y “logra asegurar una protección adecuada del derecho a la lactancia, tanto de la madre como del hijo, permitiéndole a su vez a las empresas de recursos limitados adoptar acorde con sus capacidades las acciones necesarias para permitir el goce efectivo de ese derecho”, lo que podrían hacer realizando “un convenio con negocios contiguos o guarderías cercanas, alianzas con otros empleadores, etc.”.

2. Universidad Externado de Colombia

Solicitó declarar la exequibilidad de las normas demandadas por ineptitud sustantiva de la

demanda en tanto los escritos ciudadanos no cumplieron la carga argumentativa exigida cuando se alega violación del derecho a la igualdad, pues el hecho de que el legislador establezca diferenciaciones no significa por sí solo una transgresión al ordenamiento jurídico, máxime cuando la Corte Constitucional ya ha estudiado normas que plantean criterios de clasificación basada en el capital de las empresas como lo hizo en la Sentencia C-871 de 2014.

3. Universidad del Rosario

Solicitó declarar la inexecutable de los preceptos demandados por las siguientes razones: (i) la discordancia de la norma demandada con la protección a la maternidad en el Derecho Internacional (Convenios 3 de 1919, 103 de 1952, 171 de 1990, 183 de 2000, Recomendación 191 de la OIT, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer); (ii) la “responsabilidad de las empresas privadas, de cara a la maternidad de las trabajadoras”, en tanto la protección a la maternidad no encuentra “fundamentos ni límites objetivos que consulten el tamaño del empleador o su capital”, sobre todo cuando “existe un marco normativo para la creación de las salas de lactancia desde la Ley 53 de 1938, reglamentada por el Decreto 1632 de 1938 y posteriormente derogada por el Decreto 1339 de 1971”.

Dichas normas establecieron la obligación de otorgar el periodo de lactancia a la madre para atender las necesidades alimenticias del recién nacido, y las obligaciones del empleador frente al periodo otorgado por la ley a las madres lactantes, y en ellas tuvo su origen el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo que previó que para poder materializar el derecho a los descansos destinados a amamantar al menor, se requiere que los empleadores establezcan, en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, un lugar apropiado para guardar al niño; (iii) la violación del principio de progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “dado que las normas anteriores no establecían un límite para la obligatoriedad de brindarle protección a las madres lactantes”; (iv) la violación del derecho a la igualdad en tanto las normas configuran “una discriminación hacia las mujeres lactantes que trabajan en empresas cuyo capital es inferior a 1500 salarios mínimos o que tienen menos de cincuenta (50) trabajadoras, y hacia aquellas mujeres que trabajan de manera informal o en labores domésticas”; y, (v) la limitación al ejercicio de las garantías reconocidas a las mujeres gestantes y lactantes, consistente en prever plazos diferenciados en la

implementación de la ley de acuerdo con el número de empleados de las empresas.

4. Representante a la Cámara Clara Rojas

Intervino para informar que el proyecto inicialmente propuesto por ella al órgano legislativo establecía:

Artículo 3. Las empresas privadas con capitales iguales o superiores a mil millones de pesos adoptarán los lactarios en los mismos términos de los que habla el artículo primero de esta ley.

Para las empresas con capitales inferiores a mil millones de pesos, se adaptarán lactarios acordes a las condiciones económicas de la empresa, en los términos que reglamente el Gobierno Nacional.

Parágrafo 1. En ningún caso este tratamiento diferencial podrá ir en menoscabo de los derechos de la mujer lactante, ni de las características mínimas que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social.

Parágrafo 2. El derecho al uso de esta sala será preferencial para las trabajadoras que residan a una distancia de mil (1000) metros o más del lugar de trabajo.

Sin embargo, en el curso de los debates en el Senado de la República, el proyecto sufrió modificaciones que resultan en violación del derecho a la igualdad.

5. Women's Link Worldwide

Sin realizar ninguna solicitud específica, señaló que existe un amplio desarrollo del derecho internacional sobre las obligaciones de los Estados relacionadas con la especial protección de las mujeres y el ejercicio de sus derechos fundamentales en condiciones de igualdad (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer). Y a nivel interno, el artículo 43 superior establece la asistencia y protección de la mujer en el embarazo y después del parto, y el artículo 13 procura la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, “que les garantice a las mujeres la posibilidad de elegir ser madres sin renunciar a sus aspiraciones laborales” (SU-070 de 2013, T-092 de 2016 y C-005 de

2017). En todo caso, advierte, que la OMS y la Organización Panamericana de la Salud han recomendado la leche materna durante los primeros seis meses de vida y su mantenimiento durante dos años o más, con base en investigaciones demostrativas de los beneficios “que van desde la disminución de las infecciones y un mejor coeficiente intelectual en los bebés, a un menor riesgo de cáncer de mama y cáncer de ovarios para las madres”.

. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante concepto Nro. 5370 de 19 de octubre de 2017, solicitó declarar exequibles las normas demandadas.

Explicó que el cargo principal formulado en las demandas objeto de análisis consiste en la transgresión del derecho a la igualdad, que a su vez se refleja en la vulneración de otros derechos tales como la protección de la mujer lactante y el interés superior de los niños. Sin embargo, los textos reprochados superan el test integrado de igualdad por regular una medida que resulta idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

Es así como, la Ley 1823 de 2017 no tiene como finalidad proteger el derecho a la lactancia materna, ni pretende regularlo de manera integral, pues este se encuentra reconocido en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo y en las normas complementarias, lo cual comprueba que el párrafo enjuiciado se limita a establecer “una forma específica para materializar la dimensión prestacional de una de las alternativas existentes para su ejercicio”. Dicho panorama genera un doble efecto. De un lado, permite al legislador utilizar el principio de progresividad, según el cual se encuentra habilitado para ponderar la medida de acuerdo con la capacidad económica de la empresa y, de otro lado, procura que la materialización del derecho a la lactancia no se reduzca a la existencia o no de las Salas Amigas de la Familia Lactante. El precepto demandado no pretende, entonces, la restricción de un derecho, sino que establece progresivamente un estándar prestacional para una de las alternativas que lo materializan.

De acuerdo con lo anterior, no resultan fácticamente comparables las empresas grandes y las pequeñas en torno a la disponibilidad de recursos, porque no todas las empresas tienen la misma capacidad económica y “como las mujeres lactantes y sus hijos tienen garantizado su derecho conforme al artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, el tratamiento desigual no se da entre aquellos sujetos, sino entre las obligaciones predicables de las empresas, de

conformidad con el estándar utilizado por el legislador para clasificarlas, esto es, según su capacidad económica y el número de empleados”.

Pero en gracia de discusión, en caso de que se encuentre que la medida ofrece un trato diferenciado a sujetos iguales (mujeres y niños lactantes), en todo caso resulta siendo idónea porque pretende garantizar el acceso de los niños en sus primeros meses de vida a la lactancia materna sin afectar el crecimiento de las pequeñas empresas. Así, el párrafo atacado persigue objetivos legítimos, porque protege el derecho al trabajo formal mediante el fortalecimiento de las pequeñas empresas, garantiza una forma de igualdad vertical en tanto son las grandes empresas las llamadas a asumir las cargas económicas de la adecuación de las salas de lactancia, desestimula “las barreras de cristal” para el acceso femenino al mercado laboral, y busca proteger el derecho al trabajo en la medida que “a través de estas pequeñas empresas se generan empleos productivos con el fin de reducir la pobreza en el país”. Adicionalmente, “la medida es la mejor posible y la que implica menos intervención en los derechos regulados, porque al tiempo que impone una prestación específica a quienes están en la capacidad de hacerlo, no restringe el derecho a la lactancia materna, previamente amparado en el artículo 238 del Código Sustantivo del trabajo” y pretende evitar el desestímulo en la generación de empleo y la protección de los derechos fundamentales de las madres lactantes y sus hijos. En consecuencia, las ventajas de la norma resultan mayores que sus desventajas, dado que se logra proteger el derecho a la lactancia de manera progresiva, lo que a su vez está relacionado con el derecho que tiene el niño a una buena nutrición y con el derecho a la salud, debido a los comprobados beneficios de la lactancia tanto para la madre como para el infante, a más de lo cual se ampara el derecho al trabajo y se evitan cargas económicas a las pequeñas empresas.

Finalmente, sobre la aparente contradicción normativa que los accionantes advirtieron, sostuvo que cualquier dificultad en la técnica legislativa no comporta, per se, una inconstitucionalidad, debido a que sólo se podrá afectar el juicio de constitucionalidad si el yerro conduce a una interpretación contraria a los derechos que busca proteger, o a eventuales o futuras violaciones de la Carta Política. Y con base en lo anterior, concluyó que en el caso examinado no hay incongruencia normativa, pues el artículo 5 regula un aspecto diferente relativo al plazo que tienen las empresas obligadas para hacer las adecuaciones necesarias, sin modificar “las condiciones legales de definición de las empresas obligadas”, de donde surge con claridad que “no se incluyen las empresas con menos de 50 empleadas”.

. CONSIDERACIONES

1. 1. La competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de la referencia.

2. La cosa juzgada

Si bien en la Sentencia C-142 de 2018 se analizó una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra el párrafo (parcial) del artículo 2 de la Ley 1823 de 2017 también demandado ahora, en el caso sub examine no se configura la cosa juzgada por cuanto en esa oportunidad la Corte se declaró inhibida para decidir de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda. En efecto, si bien en la demanda se alegó la presunta vulneración de los artículos 13 y 43 de la Constitución, en tanto “la norma crea un criterio para la obligatoriedad de la adecuación del espacio -el número de empleadas de la empresa-, que viola la obligación general y objetiva de protección de la mujer embarazada y lactante -especialmente las madres cabeza de familia- que no solo opera respecto de aquellas vinculadas bajo un contrato laboral”, la Corte decidió inhibirse de conocer el fondo del asunto “pues la accionante no logra formular al menos un cargo que genere una mínima duda de inconstitucionalidad sobre la validez de la norma parcialmente acusada respecto a los artículos 13 y 43 de la Constitución, al incumplir los requisitos de suficiencia del cargo y acusación de la proposición jurídica completa”.

Y dado que “las decisiones judiciales inhibitorias son aquellas que, por diversas causas, ponen fin a una etapa procesal sin decidir de fondo el asunto que se le plantea al juez, es decir, sin adoptar resolución de mérito” y, por lo mismo, “el problema que ha sido llevado a la justicia queda sin resolver” , no se configura la cosa juzgada constitucional.

3. La Ley 1823 de 2017 y las demandas contra el párrafo del artículo 2 y el segundo inciso del artículo 5

Mediante la Ley 1823 de 2017, el Congreso de la República adoptó “la estrategia Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral en entidades públicas territoriales y empresas privadas”. El artículo primero sobre el alcance de la medida advierte, en todo caso,

que el uso de las salas no exime al empleador de “reconocer y garantizar el disfrute de la hora de lactancia, para lo cual la madre lactante podrá “desplazarse a su lugar de residencia” o ejercer el derecho “en su lugar de trabajo”. En consecuencia, advierte la Sala desde ya, que el derecho a la lactancia no es objeto de limitación alguna, sino que, por el contrario, lo que pretende la Ley es la adopción de una estrategia entre muchas otras que se puedan formular.

En cada una de las tres demandas acumuladas los accionantes elevaron varios cargos contra el párrafo del artículo 2 y contra el artículo 5, de cuya apreciación conjunta se puede deducir la coincidencia esencial en su formulación y la articulación de todos alrededor de la supuesta violación del derecho a la igualdad, que se erige en la principal censura de la cual dependen las acusaciones restantes.

El artículo 2 establece que en las instalaciones de “las entidades públicas del orden nacional y territorial, del sector central y descentralizado” y de las entidades privadas, se deberá adecuar “un espacio acondicionado y digno” en el que las mujeres “en periodo de lactancia” que laboren allí, “puedan extraer la leche materna asegurando su adecuada conservación durante la jornada laboral”. De acuerdo con la ley, las salas dispuestas para tales efectos garantizarán “condiciones adecuadas para la extracción y conservación de la leche materna”, según “normas técnicas de seguridad”, a fin de transportarla después al hogar y alimentar “al bebé en ausencia temporal de la madre”. El párrafo del artículo 2 señala que las anteriores disposiciones se aplicarán “a las empresas privadas con capitales iguales o superiores a 1.500 salarios mínimos o aquellas con capitales inferiores a 1.500 salarios mínimos con más de 50 empleadas”. Y el artículo 5 fija en dos años el término para que entidades públicas y empresas privadas con más de mil empleados, realicen “las adecuaciones físicas necesarias”, de conformidad con “los lineamientos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social”, mientras que a las empresas privadas con menos de mil empleados se les otorgan cinco con la misma finalidad.

Por un lado, los demandantes consideraron que el capital y número de empleados no constituyen criterios válidos para diferenciar entre unas mujeres a las que se les debe proporcionar una Sala Amiga y otras a las que se les niega ese beneficio, pues “toda mujer sin importar el sector en el que labore debe suplir las mismas necesidades en el momento de practicar la lactancia materna”. Y, aunque la vulneración del derecho a la igualdad se plantea

fundamentalmente desde la perspectiva de las madres lactantes, adicionalmente las demandas llaman la atención acerca de la situación de desigualdad en que también se hallarían los niños, dependiendo de que la madre pueda acceder a una Sala Amiga para extraer y conservar la leche materna, o carezca de esa oportunidad por laborar en alguna de las entidades privadas sobre las que no pesa la obligación de adecuar ese espacio, en tanto se vulnera el “derecho del menor a recibir una alimentación equilibrada desde sus primeros años de vida”.

A partir de la vulneración del artículo 13 superior, alegan el desconocimiento de otras disposiciones de la Carta, como el artículo 25 que establece el derecho “a un trabajo en condiciones dignas y justas”, el artículo 43 que proscribe la discriminación de la mujer y se refiere a su especial asistencia y protección “durante el embarazo y después del parto”, el artículo 44 que impone a la familia, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger a niños, niñas y adolescentes, a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, el artículo 53 contentivo de algunos de los principios mínimos fundamentales que el Congreso debe tener en cuenta al expedir el estatuto del trabajo, entre los cuales se encuentra la igualdad de oportunidades para los trabajadores, así como “la protección especial a la mujer” y a “la maternidad”.

Y por el otro, advirtieron la indeterminación de las normas demandadas en tanto el legislador no aclaró si esas 50 empleadas a las que se refiere el párrafo del artículo 2, laboran en un solo lugar o en varios, en el territorio nacional o en el exterior, además de que lo preceptuado en el artículo 5 no está “en conformidad con el objetivo de la ley, pues al concretar el tiempo para realizar las adecuaciones físicas” se emplea el vocablo “empleados”, refiriéndose así a toda persona que desempeña un empleo, de donde se desprende que “si esas empresas privadas tienen menos de mil empleados y todos son hombres”, la ley las obligaría a cumplir unas disposiciones concebidas en favor de las mujeres. Concluyen que “este tipo de inconsistencias” conduce “a la confusión y sobre todo a la inconformidad del receptor”, siendo indispensable que la ley contenga “conceptos inteligibles y completos para que su interpretación y aplicación se considere expedita, recordando que va dirigida a todos aquellos que se encuentran en las condiciones previstas por ella, sin excepciones de ninguna clase, ya que su principal objetivo es contribuir al logro del bien común de todas las personas que forman parte de la sociedad”.

4. La aptitud de los cargos formulados

En reiterada jurisprudencia constitucional se ha indicado que las acusaciones por inconstitucionalidad resultan sustancialmente aptas para desencadenar el juicio sobre la ley cuando se cumplen los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.

Las razones son claras si es posible identificar en la demanda un hilo conductor que, al dotar de coherencia al argumento, permita captar el sentido de la censura y su justificación. Existe certeza siempre que lo aducido se dirija a cuestionar un significado que haga parte del contenido normativo de la disposición acusada, mientras que la especificidad de un cargo exige que el demandante precise la manera como, en concreto, el precepto acusado vulnera la Constitución, para que sea posible establecer si realmente hay una oposición entre la ley y los contenidos superiores del ordenamiento. El cuestionamiento es pertinente en la medida en que su estructuración se valga de argumentos de índole constitucional, es decir, fundados “en la apreciación del contenido de una norma superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado”, por lo cual la simple exposición de consideraciones de raigambre exclusivamente legal sin proyección alguna al plano constitucional, las apreciaciones subjetivas que pretenden la descalificación de la ley con base en motivos de conveniencia, en el señalamiento de defectos técnicos o de los efectos que eventualmente podría surtir lo acusado en el futuro, incumplen el requisito de pertinencia. Y será suficiente si el actor aporta los elementos de juicio indispensables para emprender el análisis solicitado y si desde el punto de vista de la persuasión se presentan argumentos que, aunque prima facie no logren convencer de la contrariedad de lo censurado con la Constitución, susciten al menos una duda mínima sobre la constitucionalidad de la ley que justifique la iniciación del proceso “dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal”.

Al evaluar las razones en las que se busca sustentar la inconstitucionalidad del segundo inciso del artículo 5 de la Ley 1823 de 2017 con fundamento en los enunciados requisitos, la Corte observa que aun cuando es fácilmente comprensible aquello que quieren significar los accionantes dentro del proceso D-12060 al poner de manifiesto las denominadas “incongruencias”, no se alcanza a advertir en ellas la existencia de un vínculo que conceptualmente las ligue al resto de la demanda y, en particular, al cargo por vulneración del derecho a la igualdad, nexo que se revela indispensable toda vez que se pretende la

inconstitucionalidad parcial del artículo 5 con fundamento en las mismas razones por las que se pide la inexequibilidad del párrafo del artículo 2, ante cuya inexistencia lo único que cabe concluir es que, vista en el contexto de la demanda, la censura carece de claridad.

La acusación examinada tampoco es cierta, dado que de lo plasmado en la demanda no se advierte cómo las contradicciones aducidas surgen del precepto que se ataca en sí mismo considerado, o por cuál medio pueden resultar adscritas a su contenido normativo, lo cual repercute en la verificación del requisito de especificidad que no se encuentra satisfecho, ya que los actores en lugar de precisar la manera en que la disposición objeto de su acusación vulnera la Carta, remiten a las acusaciones formuladas a propósito del párrafo del artículo 2.

Adicionalmente, el cargo es impertinente, porque no se nota en él la relevancia constitucional que solo se habría evidenciado si los actores hubieran demostrado el vínculo por el cual los contenidos superiores invocados respecto del párrafo del artículo 2 sirvieran, además, a la finalidad de lograr la declaración de inconstitucionalidad del aparte demandado del artículo 5. Como no lo hicieron así, la argumentación aportada no traspasa los límites de la ley, circunscribiéndose a la indicación de posibles contradicciones o incongruencias surgidas de la comparación entre el mencionado párrafo y el artículo 5 en la parte que es objeto de tacha, ejercicio que corresponde a una respetable consideración sobre eventuales defectos técnicos o a un llamado de atención orientado a la futura interpretación y aplicación de la ley, pero que, en cualquier caso, no es apto para dar lugar al análisis de constitucionalidad confiado a esta Corte.

La ausencia de elementos que sustenten la eventual inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5 demuestra, por contera, que lo aducido no es suficiente para lograr que la Corte realice un escrutinio dirigido a determinar si el precepto censurado se aviene o no a la Constitución, a lo que se suma que, tal como está formulada, la acusación no genera siquiera una sospecha mínima acerca de una posible violación de la Carta, a tal punto que los demandantes, aunque sostienen su inconstitucionalidad, al final pretenden que la Corporación anexe “la información pertinente al párrafo único del artículo 2 y al artículo 5, para que no se generen las confusiones que presentamos en el desarrollo de la demanda” y haga “hincapié en la inclusión de las trabajadoras que llevan a cabo sus funciones fuera de la empresa, impidiéndoles así acceder al derecho que otorga la Ley 1823 de 2017, pues el

vocablo 'empleadas' hace referencia a aquellas mujeres que realizan una actividad laboral, mas no tiene en cuenta la forma y el lugar en el cual se ejerce dicha actividad".

Por otro lado, la intervención de la Universidad Externado de Colombia indicó que en ninguna de las demandas se exponen las razones por las cuales la diferenciación alegada es injustificada o arbitraria, habiéndose limitado los actores "a indicar que existe una transgresión a ciertos derechos", mediante especulaciones y sin "un pronunciamiento fáctico" que ponga en evidencia el desconocimiento de "algún postulado constitucional". Ciertamente, al resolver acerca de la admisión de las demandas acumuladas, en Auto de 5 de mayo de 2017 se tuvo en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, hay "requerimientos especiales" cuando lo que se busca es la declaración de inconstitucionalidad de un precepto por "supuesta vulneración del derecho a la igualdad", ya que la condición esencial para que se consolide un cargo de esta índole "consiste en la identificación de un tratamiento diferenciado a dos personas o grupos de personas que se encuentren en idénticas circunstancias". Sin embargo, tras destacar el anterior criterio, en la misma providencia se indicó que tratándose del derecho a la igualdad, las demandas presentaban "claramente las situaciones comparables" y las razones por las cuales consideraban que el trato impuesto por el legislador "no es justificado en términos constitucionales" y fuera de esto referían "con precisión el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto", lo que determinaba su aptitud y el consiguiente cumplimiento de "los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia que debe cumplir el concepto de la violación".

Se ha precisado, en todo caso, que "el hecho de haberse admitido la demanda no necesariamente obliga a la Corte a resolver sobre lo planteado, siendo en todo caso factible un fallo inhibitorio, si existen razones que así lo justifiquen". Con base en lo anterior, la Sala Plena se apartará del auto admisorio en lo relacionado con la acusación formulada en contra del segundo inciso del artículo 5, pero no en cuanto a la aptitud sustantiva de la demanda en lo concerniente al párrafo del artículo 2, habida cuenta de que, como más adelante se explicará, aun cuando los accionantes efectivamente erraron al momento de identificar los sujetos comparables para la realización del juicio de igualdad, lo cierto es que plantearon una duda acerca de la vulneración de los derechos de la madre trabajadora.

5. El problema jurídico

En efecto, encuentra la Sala que la comparación propuesta por los demandantes entre un grupo de madres trabajadoras que tendría derecho a lactar y otro grupo que, por la falta de Salas Amigas en su empresa, no podría hacer efectivo ese derecho, hasta el punto de su negación, no identifica de manera adecuada los sujetos comparables que, en los términos de la disposición censurada, habrían de someterse a escrutinio por el cargo de discriminación. En el presente caso, no se trata de comparar entre madres trabajadoras, sino entre las empresas en las que laboran.

En consecuencia, corresponde a la Sala determinar si el párrafo del artículo 2, al imponer únicamente a las empresas privadas con capitales iguales o superiores a 1.500 salarios mínimos y a aquellas con capitales inferiores a 1.500 salarios mínimos pero con más de 50 empleadas, la obligación de adecuar en sus instalaciones un espacio acondicionado y digno para que las mujeres en periodo de lactancia que laboran allí puedan extraer la leche materna, asegurando su adecuada conservación durante la jornada laboral, vulnera el derecho a la lactancia materna de aquellas madres que trabajan en empresas privadas que no cumplen con dichos requisitos.

6. Los antecedentes en la legislación nacional de los derechos de las madres trabajadoras

La materia en la cual se inscribe el asunto que en esta ocasión examina la Corte ha sido abordada en la jurisprudencia constitucional a propósito de la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas, una de cuyas más importantes manifestaciones es el denominado fuero de maternidad que ha sido entendido como una garantía estructurada “históricamente a partir de la salvaguarda del derecho a la igualdad de las mujeres en el trabajo” y consistente en “una acción afirmativa en favor de aquellas”, destinada a responder “a la desventaja que afrontan, pues deben soportar los mayores costos de la reproducción y la maternidad”, tradicionalmente asumidos “únicamente por las mujeres”.

En su evolución, la figura ha sido sometida a transformaciones inicialmente producidas en el nivel legislativo, sin que los cambios sucesivos hayan alterado el propósito de proteger a las madres trabajadoras, durante el periodo de maternidad, de las eventuales contingencias “generadas por la pérdida del empleo”, finalidad ya presente en los artículos 2 y 3 de la Ley 53 de 1938, el primero de los cuales prohibía despedir “de su oficio” a una “empleada u obrera, por motivos de embarazo o lactancia” y ordenaba conservar “el puesto a la que se

ausente por causa de enfermedad proveniente de su estado”, en tanto que el segundo prescribía que la mujer despedida sin causa ampliamente justificada, “dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rijan la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días”. La Corte ha insistido en que el objetivo de esta legislación “era contrarrestar la desventaja en que se encontraban las mujeres que eran despedidas por su estado de gravidez”, considerado en aquel entonces “como una incapacidad para llevar a cabo sus labores y como un costo para los empleadores, ya que las trabajadoras debían ausentarse del empleo para atender el parto”, situación que “generaba una inestabilidad laboral” que ponía a la mujer en franca indefensión, debido a “los costos de la reproducción”.

Con posterioridad, el Decreto 1632 de 1938, reglamentario de la Ley 53 de ese año, estableció en su artículo 10 que cuando “el patrono” creyera tener justa causa “para el despido de una trabajadora embarazada”, debería “en cada caso, dar previo aviso al respectivo Inspector de Trabajo”, quien debía conceptuar favorablemente para que pudiera “hacerse el despido” y, si en el lugar no había inspector, el aviso sería dado al alcalde, en cuyo caso la autorización del despido tendría “carácter provisional” que se tornaría en definitivo “una vez emitido concepto favorable por el funcionario de trabajo residente en el lugar más cercano”, dotado, además, de facultad para “revocar la Resolución del Alcalde, en uno u otro sentido”. Pero en atención a que el artículo 3 de la Ley 53 de 1938 había sido modificado por la Ley 197 de esa misma anualidad y a que, “por consiguiente”, debía “también modificarse la disposición correspondiente al Decreto reglamentario de esta Ley”, por Decreto 2350 de 1938 se estableció que “ninguna trabajadora” podría ser “despedida por motivo de embarazo o lactancia” y que se presumía que el despido se había efectuado por dichos motivos, cuando tenía lugar “sin el concepto favorable de las autoridades respectivas exigido por el artículo 10 del Decreto número 1632 de 1938”.

Las anteriores disposiciones fueron codificadas en un solo cuerpo normativo y luego reproducidas en el Código Sustantivo del Trabajo, que desde su expedición en 1950, estableció en el artículo 239 “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 prohibición”.

Con posterioridad la Ley 73 de 1966 previó, en su artículo 8, la obligación “del patrono” a “conservar el puesto de la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este Capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto” y la nulidad del despido “que el patrono comunique a la trabajadora en tales periodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso este expire durante los descansos o licencias mencionados”.

El artículo 35 de la Ley 50 de 1990 modificó el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y, entre otros aspectos, señaló que “La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado”.

El artículo 239 del Código del Trabajo nuevamente fue modificado por el artículo 4 de la Ley 1468 de 2011 que aumentó a 14 el número de semanas de descanso remunerado que se le deben pagar a la mujer trabajadora, “si no ha disfrutado de su licencia de maternidad”, teniendo, en caso de parto múltiple “el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, el pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término”.

Finalmente, la Ley 1822 de 2017, tras aumentar la licencia de maternidad a 18 semanas, modificó, mediante su artículo 2, el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo y dispuso que “[E]n el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de alguna de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia”.

Recientemente la Sala Plena ha reiterado que “la estabilidad laboral reforzada para las trabajadoras en estado de gestación es una respuesta a la discriminación histórica que han enfrentado las mujeres en el ámbito laboral, quienes fueron y aún son despedidas por causa del embarazo”, lo que explica que desde 1938 se hayan “previsto medidas encaminadas a la promoción de la igualdad de las mujeres trabajadoras”. Según la jurisprudencia

constitucional, esas medidas “han derivado en un fuero de maternidad”, cuyo “grado de protección se ha incrementado progresivamente” a partir de su regulación legal, que en la actualidad se encuentra plasmada “primordialmente en los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo”, de conformidad con la cual esta Corte ha precisado que el mencionado fuero “se extiende desde el momento en que la trabajadora se encuentra en estado de gestación hasta que culmina el periodo de lactancia previsto en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo”.

La anterior conclusión la basa esta Corporación en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia “que ha distinguido entre la presunción de desvinculación en razón del embarazo”, contemplada en el numeral primero del artículo 239 del Código del Trabajo y “la extensión de la ineficacia del despido”, contenida en el artículo 241 de la misma codificación y por cuya virtud se obliga al empleador “a conservar el puesto de la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto”, de modo que “no producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales periodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados”.

En este orden de ideas, esta Corporación ha puntualizado que aun cuando “la presunción según la cual la terminación del contrato se debió a la condición de gestante culmina transcurrido el cuarto mes posterior al parto, la protección a la trabajadora lactante se mantiene”, ya que “mientras la trabajadora goce de su licencia de maternidad (que asciende a 18 semanas en total) y en el término de la lactancia, se conserva la garantía de estabilidad laboral reforzada en los términos del artículo 241 del CST, pese a que no es aplicable la presunción de despido por causa del embarazo”.

7. Fuero de maternidad y fuero de lactancia

El fuero de maternidad es un concepto que incluye “el fuero de lactancia”, lo que implica que la estabilidad laboral reforzada y la consiguiente protección que en el ámbito laboral debe dispensarse, comprende a “la mujer embarazada y lactante”, conforme lo ha sostenido esta Corte, prolongando una tendencia bastante arraigada desde hace ya tiempo, tanto en sentencias dictadas en sede de control de constitucionalidad como en sede de revisión de

tutela.

Sin pretender exhaustividad y solo a título de ejemplo, cabe citar la Sentencia T-568 de 1996 en la cual la Corporación indicó que el fuero de maternidad “comprende diversos aspectos, tales como el descanso remunerado de la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral”, derecho este último que en la Sentencia C-470 de 1997 dio lugar a que la Corporación afirmara que la protección debe brindarse a la mujer “que va a tener un hijo, o a la madre que acaba de tenerlo”, lo que tiene un especial alcance en el ámbito laboral, pues “debido a la maternidad, la mujer había sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo”.

Así lo ha reiterado la Corte, haciendo énfasis en que la estabilidad en el empleo “constituye una medida que permite que las mujeres durante el embarazo y después del parto no sean discriminadas por esa circunstancia”, lo que deviene en especial protección “de la mujer embarazada y lactante, sin distinción”.

La protección de la mujer gestante y de la lactante tiene su remoto origen en legislación nacional a la cual se ha hecho alusión en esta providencia. En efecto, ya el artículo 2 de la Ley 53 de 1938 prescribía que no podía “despedirse de su oficio a ninguna persona empleada u obrera, por motivos de embarazo o lactancia”, debiéndose conservar “el puesto” a la que se ausentara “por causa de enfermedad proveniente de su estado”, al paso que en el artículo 4 se añadía que “[T]oda madre obrera o empleada, durante la lactancia” tenía “derecho a disponer de quince a veinte minutos cada tres horas, para amamantar a su hijo”, salvo “que un certificado médico” estableciera “intervalo menor”.

Tanto el artículo 3 de la Ley 53 de 1938 como el 2 de la Ley 197 de ese mismo año, otorgaron el derecho a los salarios correspondientes a 90 días a las mujeres despedidas sin justa causa “dentro del periodo del embarazo y los tres meses posteriores al parto”, sin perjuicio de las indemnizaciones a que hubiere lugar conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales aplicables en la materia. El Decreto Reglamentario 1632 de 1938 contempló el derecho mencionado en el párrafo anterior y en su artículo 7 puntualizó que la trabajadora tenía “el derecho a amamantar a su hijo cada tres horas, durante los primeros seis (6) meses de edad” y, por lo tanto, “el patrono” debía “concederle dos intervalos de

veinte (20) minutos cada uno, que generalmente corresponden a las comidas de las 9 a. m. y las 3 p. m.” y tendría que conceder “más intervalos” si la trabajadora presentaba un certificado médico en el que se expusieran las razones justificativas de “dicha necesidad”, sin que los intervalos concedidos durante las horas de trabajo pudieran justificar “la disminución del salario”, según lo preceptuaba el artículo 8.

Al sustituir el artículo 9 del Decreto 1632 de 1938, el Decreto 2350 de esa anualidad reiteró, en su artículo 1, que “ninguna trabajadora” podía ser despedida “por motivo de embarazo o lactancia”, presumiéndose el despido por esas causas si se había procedido a él “sin el concepto favorable de las autoridades respectivas exigido por el artículo 10 del Decreto número 1632 de 1938”, hallándose obligado “el patrono” a conservar el puesto de la trabajadora retirada del trabajo “por causa de enfermedad proveniente de su estado de embarazo o lactancia”.

Como fue expuesto, “el Decreto 2663 de 1950 codificó estas disposiciones en un solo cuerpo normativo y esencialmente fueron reproducidas en el Código Sustantivo del Trabajo” que hoy las recoge en los numerales 1 y 2 de su artículo 238, siendo del caso aclarar que el numeral 1 fue modificado por el artículo 7 del Decreto Ley 13 de 1967, de acuerdo con el cual “el patrono” está “en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad”, a lo cual agrega el numeral 2 que igualmente recae sobre el patrono “la obligación de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior si la trabajadora presenta certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos”.

Es de anotar que la Ley 50 de 1990 varió, mediante su artículo 35, el artículo 239 del Código Laboral y al hacerlo reiteró la prohibición de despido “por motivo de embarazo o lactancia”. Después, la Ley 1468 de 2011, en su artículo 2, prohibió el despido “por motivo de embarazo o lactancia”, presumiéndolo “cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto” y sin haber sido autorizado por las autoridades competentes, términos en los cuales modificó, otra vez, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo que, de nuevo fue variado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017, de conformidad con el cual “[N]inguna Trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa

causa”, presumiéndose “el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando éste haya tenido lugar dentro del periodo de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto”.

De manera que “el fuero de maternidad desarrolla el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes y se compone de varias medidas de protección que, aunque diferenciadas, son complementarias y corresponden al propósito de garantizar que no se excluya a las mujeres del mercado laboral en razón del proceso de gestación” e insiste, adicionalmente, en que luego del tercer mes posterior al parto “la protección a la trabajadora lactante se mantiene”, durante la licencia de maternidad, fijada en 18 semanas, y en el término de lactancia, lapso en que se conserva la garantía de estabilidad reforzada. Más recientemente se precisó respecto de la presunción de despido por causa del embarazo que “el alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores: (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador y (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada”.

8. Las Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral

A la mujer trabajadora le asiste el derecho a decidir si amamanta a su hijo, prerrogativa que adquiere singular relevancia cuando después de haber disfrutado de la licencia de maternidad debe retornar a su lugar de trabajo, en donde no puede ser sometida a discriminación por el hecho de la lactancia, debido a lo cual requiere una protección que, conforme se ha visto, el ordenamiento jurídico colombiano procura mediante varias herramientas. Una de ellas, precisamente, es la estrategia de las “Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral”, actualmente regulada en la Ley 1823 de 2017, de la que hace parte el párrafo acusado de inconstitucionalidad en el caso ahora examinado.

Las Salas Amigas buscan facilitar la cristalización del propósito de conciliar el desempeño de la actividad laboral confiada a la mujer y el cabal cumplimiento de su papel de madre lactante, cuando la empleada está en las instalaciones de la empresa y la permanencia del infante en otro lugar le impide que lo amamante de forma directa. Según los Lineamientos Técnicos para la Implementación de las Salas Amigas de la Familia Lactante en el Entorno Laboral, dados a conocer en 2012 por el Ministerio de Salud y Protección Social, esta estrategia persigue que el lugar destinado al cumplimiento de las actividades propias del

respectivo oficio cuente con las condiciones adecuadas, para que “las madres en lactancia a su regreso al trabajo, encuentren un lugar cálido e higiénico donde puedan extraer y conservar la leche materna bajo normas técnicas de seguridad, para luego transportarla al hogar y ofrecerla al bebé” .

Pero no solo la madre recibe beneficios, puesto que las Salas Amigas favorecen la satisfacción del “derecho de todo niño y de toda niña a una alimentación adecuada y saludable, y a gozar del derecho al más alto estándar de salud”, comprobadas como están las repercusiones benéficas de la lactancia materna en la primera infancia, pues “promueve el desarrollo físico y cognitivo óptimo”, “reduce el riesgo de contraer algunas enfermedades crónicas” e incide “en la inmediata salud y supervivencia del lactante”. De acuerdo con los Lineamientos mencionados, “las tasas de diarrea, las infecciones de las vías respiratorias, la otitis media y otras infecciones, así como las defunciones causadas por estas enfermedades, son menores en los lactantes que son amamantados durante los primeros seis meses de vida en forma exclusiva, que entre los amamantados en forma parcial, o no amamantados”, e igualmente los niños amamantados sobresalen “en pruebas de desarrollo intelectual y motor”, en comparación con los no amamantados, mayormente expuestos a “las enfermedades crónicas no transmisibles atribuidas a la ausencia de lactancia materna”, como “alergias, obesidad, diabetes, hipertensión y algunos tipos de cáncer”.

También la familia recibe beneficios ya que, aun cuando es cierto que la leche materna debe ser transportada al hogar y su suministro al infante no se lleva a cabo en la Salas Amigas, no lo es menos que esa circunstancia permite comprometer a otros miembros del núcleo familiar en el cuidado y atención del menor, fuera de lo cual la economía doméstica resulta favorecida, por cuanto “la lactancia materna, además de ser el método de alimentación infantil más seguro y saludable, también es el menos costoso, lo que morigera o hace desaparecer el impacto que en el presupuesto familiar tiene “la compra de leches artificiales infantiles, o de tarro”, en especial “cuando se presenta el costo adicional por problemas de salud del niño con enfermedades asociadas a la ausencia de lactancia”.

Adicionalmente, la lactancia materna reporta beneficios sociales entre los que se destaca su “valor ecológico”, porque “la leche materna siempre está lista, no requiere preparación ni necesita combustible, no demanda tiempo adicional para la preparación y esterilización de biberones y ahorra agua”, evita “la contaminación del medio ambiente y el agotamiento de

los recursos naturales”, a lo cual cabe sumar que “tampoco necesita de grandes industrias para procesar la leche, fabricar empaques y biberones, ni de la ganadería, lo que contribuye a evitar el calentamiento global”, debiéndose destacar, de otra parte, que tiende a liberar al sistema de salud del impacto económico ligado a la atención de enfermedades que mediante la lactancia materna es posible evitar.

A su turno a los empleadores se les retorna el costo de la implementación de las Salas Amigas, dado que, por ejemplo, un niño menos propenso a enfermarse evita que la madre o el padre falten al trabajo, con franca disminución del “ausentismo laboral por incapacidades de las madres o padres, para atender problemas de salud de sus hijos” y la sola adecuación de uno de estos espacios, entre otras cosas, proyecta “hacia la sociedad y trabajadores una buena imagen corporativa”, fortalece “relaciones sociales positivas y de bienestar entre los trabajadores”, genera la “retención del personal femenino muchas veces con experiencia, evitando los gastos asociados a la vinculación de nuevo personal” e incrementa “la lealtad y el reconocimiento de la madre hacia la entidad, lo que aumenta la productividad en el trabajo”.

9. Examen del cargo por violación del derecho a la igualdad

Reiteradamente la Corte ha indicado que el escrutinio de constitucionalidad de un precepto por violación del derecho a la igualdad se sirve del juicio de proporcionalidad que comprende el estudio de la idoneidad de la medida, el análisis de su necesidad para establecer “si existe una medida menos lesiva que logre alcanzar el fin propuesto”, y la realización de un examen de proporcionalidad en sentido estricto “con el fin de determinar si la medida adoptada sacrifica valores y principios constitucionales de mayor envergadura que los protegidos con el fin propuesto”.

El anterior test, utilizado por la Corte Europea de Derechos Humanos y por tribunales constitucionales como los de Alemania y España, es complementado con el test de igualdad desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ha distinguido entre los niveles débil, intermedio y estricto de intensidad, requiriéndose “en los casos de tests flexibles”, que la medida “sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no riña con la Carta Política”, mientras que el test estricto exige que el trato diferente sea necesario “para alcanzar un objetivo constitucionalmente aceptable”.

La Corte Constitucional ha adoptado un “juicio integrado de igualdad” “compuesto por los pasos del juicio de proporcionalidad” y por los criterios “brindados por el test de igualdad estadounidense, con el fin de realizar un análisis de igualdad de diferente intensidad, dependiendo de si se está ante el caso de un test estricto, intermedio o flexible”. Así, se ha interpretado que, para preservar el principio de separación de poderes, las áreas en las que el legislador tiene un amplio margen de configuración “el grado de intensidad del control de constitucionalidad debe ser débil” y en aquellas situaciones en que el Congreso “tiene un menor grado de autonomía, el control de constitucionalidad debe ser estricto, para efectos de preservar los principios esenciales contenidos en la Carta Política”.

En cada una de las tres demandas que analiza la presente providencia, los actores llaman la atención acerca del beneficio que reportan las Salas Amigas en mujeres trabajadoras y sus hijos lactantes y, a la par, advierten sobre las afectaciones que -por la falta de uno de esos espacios- aquellos padecerían, desconociendo el derecho de todas las madres trabajadoras a lactar a sus hijos.

Sin embargo, lo que la norma demandada diferencia es el capital y número de empleados de las empresas privadas. Al respecto, entiende la Sala que la finalidad ínsita en la comentada distinción es proteger e incentivar la pequeña empresa de forma tal que sobre ella no pesen excesivas cargas que dificulten o impidan su mantenimiento o consolidación. En el escrito presentado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se hace notar que “respetando las diferencias existentes entre las empresas del país en términos de capacidad logística y económica, el precepto acusado busca evitar imponer sobre el micro y pequeño empresario una carga excesiva”. En efecto, de conformidad con la Ley 905 de 2004, “la microempresa y la pequeña empresa se caracterizan por tener, respectivamente, una planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o activos totales excluida la vivienda por valor inferior a 500 (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes; y una planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes”, lo que implica que los límites establecidos en el párrafo censurado se refieren “precisamente a este tipo de empresas”.

Conviene destacar que, en los ya citados Lineamientos Técnicos para la Implementación de las Salas Amigas de la Familia Lactante, del Ministerio de Salud y Protección Social, se indica

que “los costos económicos que generen la adecuación del espacio físico y la dotación deben ser asumidos por cada entidad”. La implementación no puede perder de vista que estas salas son “espacios amables” dotados de “las condiciones adecuadas para la extracción y conservación de la leche materna bajo normas técnicas de seguridad” que garanticen comodidad, higiene e intimidad para que las madres lactantes puedan ejercer su derecho “en forma compatible con su trabajo”. En consonancia con lo anterior, “el área física debe responder al número de mujeres en lactancia que la entidad ha calculado para brindar este servicio, partiendo de la experiencia que no todas las madres la usarán de manera simultánea”, recomendándose un “modelo tipo” de “aproximadamente 4 metros cuadrados, de paredes lisas con pintura lavable o enchapada en colores claros, con buena iluminación y alejada de baños y almacenamiento de basuras” que disponga, además, de “un baño con lavamanos” independiente y cercano, de una nevera pequeña con suficiente capacidad para congelar, refrigerar y almacenar los frascos de leche materna, de un termómetro “cuyo rango oscile entre menos 20 y más 40 grados centígrados”, de un gabinete “de pared o de piso, de fácil limpieza y desinfección, de sillas con las mismas características y “con espaldar y brazos, preferiblemente de color claro”, de “una bandeja y pinza de acero inoxidable para colocar y guardar los frascos con la leche materna en el refrigerador o congelador” o para sacarlos de allí, entre otras cosas.

En la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se indicó que “de no existir un límite en el campo de acción de la norma, la aplicación objetiva de la misma podría afectar a un sector de la economía que no estaría en la capacidad física de separar de manera permanente en su establecimiento de comercio o negocio una habitación de por lo menos 4 por 4 mts² -o en el peor de los casos construirla con el costo adicional de materiales de construcción y permisos urbanísticos- y dotarla con los elementos necesarios para permitir la adecuada extracción y almacenamiento del alimento materno”, debiéndose considerar, adicionalmente, que “puede haber ambientes de trabajo que por el tipo de labor que allí se adelanta y por el espacio reducido con el que tienden a contar las micro y pequeñas empresas, puedan presentar un especial riesgo de contaminación de la leche materna”, por todo lo cual, el Ministerio interviniente solicita la declaración de exequibilidad.

10. La obligación de adecuar las instalaciones para la implementación de la estrategia de Salas Amigas no altera el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo

Ciertamente, aunque el párrafo cuestionado haya tenido en cuenta la capacidad y el tamaño de las empresas privadas como criterio determinante para exigir la adecuación de Salas Amigas en los términos de la Ley 1823 de 2017, los actores cuestionan que, como consecuencia de la elección de ese criterio, el legislador haya descuidado la parte que corresponde al aseguramiento y garantía del derecho de todas las madres trabajadoras a lactar a sus hijos. Pero dicho entendimiento también resulta contrario a la realidad.

El artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo actualmente prevé la obligación del empleador “de conceder a la trabajadora dos descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad”, periodos que deben incrementarse “si la trabajadora presenta certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos”. Para dar cumplimiento a esa obligación, los empleadores “deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño”, a lo que se añade que “los empleadores pueden contratar con las instituciones de protección infantil el servicio de que trata el inciso anterior”. Adicionalmente, la Ley 27 de 1974 creó los centros de atención integral al preescolar, para los hijos menores de siete (7) años de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales y privados, aspecto sobre el cual, en los Lineamientos del Ministerio de Salud y Protección Social, se indica que “en el año 74, la Ley 27 al crear los Centros de Atención Especial al Preescolar, incluye las instituciones que prestan servicios de sala-cunas, guarderías y jardines infantiles y no ratifica la necesidad de establecer la sala de lactancia”.

Dicha conclusión no es compartida por el área de derecho laboral del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario, en cuya intervención señala que el marco normativo para la creación de las salas de lactancia proviene de la Ley 53 de 1938 y del Decreto 1632 del mismo año, reglamentario de esa ley, que en los párrafos 1 y 2 de su artículo 7 contenía lo referente a la salas de lactancia y a la posibilidad de contratar los servicios con instituciones oficiales de protección infantil, lo que luego fue recogido por el Código Sustantivo de Trabajo que mantuvo esos contenidos aun después de la modificación operada mediante el Decreto 13 de 1967 y, desde luego, también con posterioridad a la Ley 27 de 1974.

Sin embargo, nada hace pensar que la Ley 27 de 1974 haya derogado los apartes del artículo

238 del Código Sustantivo de Trabajo referentes a las salas de lactancia y a la contratación con instituciones de protección infantil de estos servicios, que además incluyen la disposición “de un lugar apropiado para guardar al niño”. Aunque la cláusula derogatoria del artículo 11 también comprende “las normas que sean contrarias” a la Ley 27 de 1974, no se advierte contrariedad entre el objeto de la citada ley y el artículo 238 de la codificación laboral que se refiere a una cuestión distinta, cual es el número y la duración de los descansos que el empleador debe conceder a la trabajadora para amamantar a su hijo.

La previsión del artículo 238 sobre salas de lactancia no es independiente de la obligación del empleador de conceder los descansos y del correlativo derecho de la trabajadora lactante a disfrutarlos, pues el artículo dispone que “para dar cumplimiento a la obligación” en él consagrada, el empleador debe establecer “en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia”. Se trata, entonces, de dos diferentes objetos de regulación y, por lo mismo, no procede sostener que la Ley 27 de 1974 haya subrogado al artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo en lo atinente a la obligación del empleador de adaptar salas de lactancia, pero si es viable predicar la complementariedad de ambas regulaciones, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 238 también alude a “un lugar apropiado para guardar al niño”.

Sobre el particular importa destacar que la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el concepto del señor Procurador General de la Nación coinciden en sostener que la referencia del artículo 238 del Código Sustantivo de Trabajo a las salas de lactancia se conserva vigente después de la expedición de la Ley 1823 de 2017. En efecto, el Ministerio interviniente, tras citar textualmente el inciso relativo a la obligación del empleador de establecer estas salas, señala que así se logra asegurar una protección adecuada del derecho a la lactancia, tanto de la madre como del hijo y, por su parte, el Procurador asevera que la Ley 1823 de 2017 es un desarrollo del derecho a la lactancia ya contemplado en el artículo 238 de la codificación laboral, que es transcrito en la intervención del Procurador subrayando la parte concerniente al deber de establecer, en un local contiguo al lugar de trabajo de la mujer, una sala de lactancia.

Así se desprende también de los debates que tuvieron lugar en el Senado de la República en los que se insistió en que la adopción de las Salas Amigas constituye un desarrollo del derecho contemplado en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, mas no una

estrategia independiente de lo establecido en este precepto, y del mismo modo fue recogido en los informes de conciliación en los cuales se lee que, en relación con lo aprobado en la Cámara de Representantes, la Plenaria del Senado incluyó, dentro del objeto del proyecto, “que la estrategia de Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral en entidades públicas y empresas privadas se encuentra de conformidad con el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo”.

Si, conforme se ha concluido, la creación de las Salas Amigas no comporta la derogación del artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 1823 de 2017 tiene objeto propio y finalidades específicas, porque de lo contrario se confundiría con lo previsto en la codificación laboral, sería redundante o desplazaría cualquier otra regulación referente a su materia, situación esta última ya descartada en razón de la predicada vigencia del tantas veces citado artículo 238 en todas sus partes, incluida la concerniente a las salas de lactancia, aspecto al cual se suma la inexistencia de una cláusula derogatoria en la Ley 1823 de 2017, como que su artículo 7 se limita a indicar que “rige a partir de la fecha de su publicación”.

Siendo así, las Salas Amigas coexisten con las salas de lactancia cuyos orígenes se remontan a 1938, y aun cuando las dos figuras buscan paliar los motivos de discriminación surgidos del hecho mismo de la lactancia y asegurar el derecho de las madres trabajadoras a lactar a sus hijos, la Ley 1823 de 2017 pretende garantizar de una manera determinada el referido derecho en las empresas privadas de cierto tamaño y capacidad económica. No de otro modo se explica la fijación de un límite en el párrafo demandado y el sometimiento de las empresas privadas que lo superen a las condiciones previstas en la propia ley.

Para establecer el límite, el párrafo demandado se vale de un criterio referente a la capacidad económica o tamaño de la empresa al aludir a aquellas privadas con capital igual o superior a 1500 salarios mínimos y, adicionalmente, de un criterio relativo al número de empleadas que fija en más de 50, con el propósito de que la imposición consistente en implementar lactarios recaiga en las empresas privadas en que se evidencie mayor necesidad de estos espacios, y en empleadores con los recursos suficientes para asumir los costos que demanda la adecuación de una Sala Amiga con unas especificaciones técnicas de higiene, salubridad y dotación mínimas que propicien, además, el debido respeto a derechos fundamentales como la intimidad.

A las empresas privadas que no alcanzan el límite de capital o la cantidad de empleadas que, según la estimación del legislador, amerita la instalación de una Sala Amiga con los especiales requerimientos mencionados, la ley pretende liberarlas de una obligación que, de exigírseles, les llevaría a adecuar un espacio que, de una parte, sobrepasaría las necesidades reales que pudieran llegar a tener y, de la otra, las haría incurrir en gastos excesivos que, en atención a su tamaño, trayectoria y capacidad, dificultarían su consolidación y competitividad con riesgo de la inversión y de los puestos de trabajo.

Los demandantes consideran que la fijación de un límite que atiende pautas fundadas en la capacidad económica supone el abandono de toda obligación relacionada con la garantía del derecho a la lactancia de las madres trabajadoras y de sus hijos e hijas en las empresas privadas situadas por debajo del rasero legalmente establecido, ya que en ellas las madres definitivamente no contarían con Salas Amigas.

Para responder a esta inquietud, es importante señalar que la fijación de un límite como el previsto en el precepto demandado no equivale a la exclusión inexorable de la posibilidad de disponer de un espacio destinado a la extracción y conservación de la leche materna en las empresas privadas que no superen los umbrales de capital y/o número de trabajadoras contemplados en la ley.

En efecto, la coexistencia de regímenes se percibe claramente en el artículo 1 de la Ley 1823 de 2017 que, al determinar el objeto y alcance de esa preceptiva, precisa que la adopción de la estrategia de las Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral en entidades públicas y empresas privadas se efectúa “de conformidad con el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo”, y así mismo lo entiende el Procurador al indicar que la disposición cuestionada no tiene por finalidad “reconocer el derecho a la lactancia materna” ni regularlo integralmente, “pues este se encuentra desarrollado en el precitado artículo de la legislación sustantiva laboral”. Al distinguir entre el derecho a la lactancia materna y los diversos modos de garantizarlo, queda superado el entendimiento de los demandantes, quienes fundan la pretensión de inexecutable del párrafo único del artículo 2 de la Ley 1823 de 2017 en el cercenamiento del comentado derecho a las madres trabajadoras que laboren en empresas privadas no obligadas al acondicionamiento de Salas Amigas debido a su menor capacidad económica y de contar con una cantidad de empleadas inferior a 50.

Se evidencia, entonces, que mediante la obligación de adecuar Salas Amigas se busca asegurar el derecho a lactar en unas precisas condiciones que obedecen al mayor tamaño y capacidad económica de algunas empresas privadas, así como al más alto número de mujeres vinculadas laboralmente y que ese mismo derecho se les garantiza a las madres lactantes que trabajan en empresas pequeñas y con más baja cantidad de trabajadoras valiéndose de las salas de lactancia o de la contratación de dicho servicio con instituciones de protección infantil, incorporadas en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo cuyo origen en la legislación nacional se remonta a 1938.

11. Conclusión

La vulneración del derecho a la igualdad que los actores alegan en las tres demandas decididas en esta providencia se basa en una consideración según la cual a unas madres lactantes se les protege el derecho a lactar a sus hijos en condiciones privilegiadas a las que, según ese entendimiento, otras madres no tienen ninguna posibilidad de acceder por laborar en empresas privadas situadas por debajo del límite fijado en el precepto objeto de censura, empresas sobre las que presuntamente no recae obligación alguna de procurar un espacio apto para la extracción y adecuada conservación de la leche materna.

De conformidad con el régimen jurídico que la Sala ha estudiado, la comparación propuesta por los demandantes carece de fundamento, ya que, de una parte, a todas las mujeres que laboran en empresas privadas se les ha reconocido el derecho a lactar, razón por la cual no se trata de que unas madres trabajadoras sean titulares de un derecho del que se priva a otras y, de otro lado, tampoco se trata de que sólo a un grupo de madres lactantes se les asegure la protección de ese derecho.

Significa lo precedente que la comparación propuesta por los demandantes entre un grupo de madres trabajadoras que tendrían el derecho a ejercer su derecho a lactar y otro grupo que no podría hacer efectivo ese derecho, hasta el punto de su negación, por la falta de Salas Amigas en su empresa, no identifica de manera adecuada el objeto de comparación, pues no se trata de comparar entre madres trabajadoras, sino entre las condiciones económicas de las empresas. En consecuencia, sea mediante la estrategia de las Salas Amigas de la Ley 1823 de 2017 o mediante las salas de lactancia del artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, entre otras estrategias, se procura la satisfacción de este derecho tanto a las

madres trabajadoras como a sus hijos.

12. Alcance de la decisión

Ciertamente, visto en el contexto normativo correspondiente, el precepto demandado no tiene el alcance que le atribuyen los actores, no obstante lo cual, la decisión que debe adoptarse no es la inhibitoria. En efecto, al realizar las consideraciones iniciales sobre la aptitud de la demanda para desencadenar el juicio de inconstitucionalidad, valiéndose de la Sentencia C-581 de 2013, la Sala puso de presente que en ciertas oportunidades las dificultades atinentes al requisito de certeza y relacionadas con el hecho “de que el precepto acusado sí tenga realmente el contenido que los actores le atribuyen”, no impiden el estudio de los cargos, debido a “la trascendencia e importancia de los asuntos planteados y la diversidad de las reflexiones que ellas generaron en los intervinientes, unida a la aplicación del ya referido principio *pro actione*”.

Así, aun cuando el entendimiento de los actores podía percibirse como discutible, no era descartable *ab initio*, pues, como pudo constataarse, la tesis de la derogación o subrogación de los apartes del artículo 238 de la codificación laboral -referentes a las salas de lactancia- es asumida por algunos intérpretes, ya en razón de la Ley 27 de 1974 o de la propia Ley 1823 de 2017, mientras que otros sostienen la tesis de su vigencia, que finalmente se impone y es avalada por algunos intervinientes y el Procurador, sin perjuicio de que esos contenidos puedan y deban complementarse con lo contemplado en las Leyes 27 de 1974 y 1823 de 2017.

De la derogación o de la vigencia de los referidos apartes del artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo dependía la apreciación del párrafo demandado y, por supuesto, también la valoración de la argumentación vertida en las demandas, y no siendo viable la aprehensión inmediata de este asunto, fácil resultaba concluir en la aptitud del cargo formulado por violación del derecho a la igualdad, puesto que, precisamente a causa de las discusiones suscitadas por el caso, podía ser plausible la interpretación de los actores, quienes generaron una duda razonable sobre la constitucionalidad del párrafo censurado, sin que sea irrelevante mencionar que en tres demandas distintas sus diversos promotores coincidieron en la comprensión que sirvió de fundamento a sus respectivos alegatos.

Ya ha considerado esta Corte que el cumplimiento del control de constitucionalidad a ella

confiado conduce a interpretar la ley que es sometida al cuestionamiento de los demandantes, propiciándose así una interpretación que ha sido denominada instrumental, en cuanto la Corporación la efectúa como presupuesto indispensable para hacer posible el control y sentar sobre bases serias la confrontación con los contenidos constitucionales que se dicen vulnerados.

Este ejercicio interpretativo que adelanta la Corte, puede conducir a corroborar la comprensión de los actores, o a constatar que, por ejemplo, lo que echan de menos en la regulación de una materia realmente está previsto en disposiciones diferentes de la censurada; así, desde una perspectiva eminentemente legal les asiste razón en un entendimiento que, sin embargo, cambia cuando se hace la interpretación conjunta con la Constitución que los libelistas habían omitido o que, en definitiva, han errado en una comprensión cuya aparente o inicial plausibilidad alcanzó, sin embargo, para desencadenar la actuación orientada a realizar el juicio de constitucionalidad.

En esta oportunidad la plausibilidad inicial de la lectura que los demandantes hicieron del parágrafo del artículo 2 de la Ley 1823 de 2017 condujo a la Corte a explorar otras posibles hermenéuticas, de algún modo advertidas por varios intervinientes, pero el resultado diverso del proporcionado por los actores no lleva a la inhibición, pues, hasta donde se pudo adelantar el análisis propuesto, tal resultado no se revela contrario a la Carta, sino que, por el contrario, demuestra la protección del derecho a lactar de madres e infantes. De otra parte, en aras de la constitucionalidad, es necesario el pronunciamiento de fondo respecto de un cargo basado en una comprensión restrictiva de los derechos invocados como desconocidos y que, fuera de presentarse inicialmente como plausible, tiene amplia difusión, habida cuenta de que su desacierto no se capta ab initio.

Se impone, entonces, declarar la exequibilidad solicitada por varios intervinientes y por el Procurador General de la Nación, pero esa declaración se limitará a lo efectivamente analizado en esta providencia y no se extenderá a asuntos que no fueron objeto de examen, de donde se desprende que en el presente caso la cosa juzgada es relativa.

. DECISION

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR, en el presente proceso, la suspensión de términos ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura.

SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el parágrafo único del artículo 2 de la Ley 1823 de 2017, “Por medio de la cual se adopta la estrategia Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral en entidades públicas territoriales y empresas privadas y se dictan otras disposiciones”.

TERCERO.- INHIBIRSE de adoptar una decisión de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda, respecto del segundo inciso de artículo 5 de la Ley 1823 de 2017.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

Salvamento parcial de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Aclaración de voto

Impedimento aceptado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-118/20

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-La Corte Constitucional no puede realizar un control de oficio (Aclaración de voto)

(...) se ha destacado cómo la acción de inconstitucionalidad genera un control abstracto que la Corte Constitucional no puede ejercer de oficio. Este Alto Tribunal no puede desligarse de los razonamientos de la demanda para transformarla y reestructurar el cargo y, mucho menos, efectuar consideraciones de admisibilidad que rebasen los requisitos de la demanda y los trasciendan, para pronunciarse de fondo sobre una materia constitucional, mediante una especie de suplantación al ciudadano[66]. De lo contrario, su pronunciamiento invadiría la órbita de competencia del Legislador, al concretar un control abstracto sobre las normas

expedidas por aquel, sin que medie mandato constitucional y propuesta ciudadana sobre aquéllas.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-No es juicio de conveniencia (Aclaración de voto)

(...) disiento del planteamiento de la Sala Plena según el cual el análisis de aptitud de la demanda obedece a parámetros de trascendencia de la materia sometida al control constitucional. Un juicio de conveniencia es impertinente al resolver sobre la aptitud de la demanda, a la cual no puede tornar apta cuando presente inconsistencias argumentativas de cara a los requisitos argumentativos que debe cumplir el demandante, como aseguró el texto de la sentencia de la que me aparto.

Referencia: Demandas de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 2 y el inciso segundo del artículo 5 de la Ley 1823 de 2017.

Magistrado ponente:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación, presento las razones que me conducen a aclarar el voto en la Sentencia C-118 de 2020, adoptada por la Sala Plena en sesión del 15 de abril de ese mismo año.

1. 1. Si bien comparto la decisión adoptada, en la parte motiva de la providencia se plasma un aspecto que no comparto, relativo con las reglas de aptitud de las demandas de inconstitucionalidad y a la posibilidad de que la Corte admita el análisis constitucionalidad de una norma por razón de su importancia, como paso a explicar:

Para la Corte el párrafo único del artículo 2º de la Ley 1823 de 2017 es compatible con el texto superior. Los demandantes plantearon que aquel comprometía el derecho a la igualdad, al proteger y privilegiar solo a unas madres lactantes en relación con otras, por el hecho de pertenecer a una empresa con un número de empleados y un tamaño determinado. Como consecuencia de ello, según esa postura, solo dichas empresas tendrían la obligación de procurar un espacio apto para la extracción y adecuada conservación de la leche materna; las demás no, y sus empleadas no gozarían de tal beneficio. Sin embargo, el pleno de esta Corporación encontró que “a todas las mujeres que laboran en empresas privadas se

les ha reconocido el derecho a lactar, razón por la cual no se trata de que unas madres trabajadoras sean titulares de un derecho del que se priva a otras y, de otro lado, tampoco se trata de que sólo (sic.) a un grupo de madres lactantes se les asegure la protección de ese derecho". Lo que genera la norma, según la comprensión de la Sala Plena, es distinguir entre las empresas privadas en función de su capacidad económica. Por ende, la Corte declaró exequible dicha disposición.

Respecto del segundo inciso del artículo 5° de la Ley 1823 de 2017, en cambio, encontró que la demanda no era apta para producir el debate constitucional formulado por los demandantes. En consecuencia, la Sala Plena se declaró inhibida para conocer de las censuras formuladas respecto de dicha disposición.

3. Al valorar la aptitud de la demanda, la sentencia hizo algunas consideraciones generales, con las que coincido. En relación con el cargo sobre el inciso segundo del artículo 5° de la mencionada ley, mostró que los reclamos no observaron los requisitos para consolidar un cargo de inconstitucionalidad. Los argumentos planteados no fueron claros, ciertos, específicos, pertinentes (esto por cuanto al plantear un debate legal, carece de relevancia constitucional) ni suficientes. Sin embargo, el cargo por igualdad, propuesto en relación con el párrafo único del artículo 2° de la Ley 1823 de 2017, sí los satisfizo. Adicionalmente, en el apartado dedicado a valorar la aptitud de las demandas, la Sala puntualizó cómo la decisión adoptada por parte del Magistrado Sustanciador al momento de admitir la demanda no ata al pleno de esta Corporación. Al respecto no se hizo ningún otro planteamiento.

4. Sin embargo, al momento de pronunciarse sobre el alcance de esta decisión y a modo de compendio de las consideraciones recogidas en la providencia, la Sala destacó que:

"[A]l realizar las consideraciones iniciales sobre la aptitud de la demanda para desencadenar el juicio de inconstitucionalidad, valiéndose de la Sentencia C-581 de 2013, la Sala puso de presente que en ciertas oportunidades las dificultades atinentes al requisito de certeza y relacionadas con el hecho 'de que el precepto acusado sí tenga realmente el contenido que los actores le atribuyen', no impiden el estudio de los cargos, debido a 'la trascendencia e importancia de los asuntos planteados y la diversidad de las reflexiones que ellas generaron en los intervinientes, unida a la aplicación del ya referido principio pro actione'". (Énfasis propio)

5. Me aparto de esta consideración puntual porque, conforme a esa postura, el análisis sobre la aptitud de la demanda debe efectuarse en función de “la trascendencia e importancia de los asuntos planteados y la diversidad de las reflexiones que ellas generaron en los intervinientes”. Esto, pues examinar demandas de inconstitucionalidad a la luz de estos criterios afecta los postulados del Estado de Derecho y de la separación de poderes que lo caracteriza, tal como explico a continuación.

6. La acción de inconstitucionalidad es un mecanismo democrático, político y jurídico, que garantiza a los ciudadanos su derecho a “participar en las decisiones que los afectan”. A través de ella pueden cuestionar la congruencia entre las normas con rango de ley y los mandatos superiores, pues según el numeral 6° del artículo 40 del texto constitucional, “[t]odo ciudadano” tiene derecho a “[i]nterponer acciones públicas en defensa de la Constitución”, y así, buscar su supremacía. Correlativamente, el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución precisa que la Corte es competente para decidir en relación con aquellas demandas presentadas por “los ciudadanos” en uso de esa facultad.

7. Para que pueda asumirse que la acción de inconstitucionalidad es efectivamente interpuesta por un ciudadano y que, en consecuencia, la Corte tiene competencia y la obligación de definir el debate que suscita, es preciso constatar el cumplimiento de los requisitos legales de presentación de la demanda.

La aptitud de la demanda de inconstitucionalidad se establece a partir de los parámetros legales y constitucionales al respecto. El Decreto 2067 de 1991 en su artículo 2° señala que la demanda debe cumplir los siguientes requisitos: (i) señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales; (ii) la identificación de las normas constitucionales que se consideren infringidas; (iii) los motivos por los cuales dichos textos se estiman violados; (iv) la indicación del trámite impuesto por la Constitución para expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado, cuando la acusación sea sobre este aspecto; y (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

Obsérvese que, entre otros, la demanda de inconstitucionalidad debe precisar “las razones por las cuales dichos textos [-los constitucionales-] se estiman violados”. A través de múltiples pronunciamientos al respecto, la Sala Plena de esta Corporación ha identificado criterios que le permiten deducir que el actor cumplió con este requisito. Todos apuntan a la

necesidad de que quien demanda una norma asuma una carga argumentativa mínima, que no está sometida a mayores rigorismos y ni a los formalismos técnico-jurídicos a los que están sujetos los profesionales del derecho en casi cualquier otra actuación judicial. La carga argumentativa mínima no implica una destreza técnica específica para proponer las razones por las cuales se advierte la incompatibilidad entre el texto legal demandado y las disposiciones constitucionales. No requiere preparación profesional o técnica para formularla. Basta con que el ciudadano, mediante su razonamiento, genere de forma contundente una duda sobre la falta de correspondencia entre la ley que acusa y el orden constitucional vigente a través de razonamientos claros, ciertos, pertinentes, específicos y suficientes, esto es que le aporte a la Corte razones congruentes para desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara la ley.

8. De la asunción de la carga argumentativa por parte del ciudadano depende la determinación del problema de constitucionalidad y la activación de la competencia de la Corte Constitucional, de modo que no se trata de una exigencia formal. A partir de ella la Corte Constitucional identifica el debate propuesto, lo promueve entre las autoridades y entre la ciudadanía, y finalmente lo define. Constatar que los razonamientos de la demanda cumplan los requisitos para su estructuración asegura la consolidación de un cargo de inconstitucionalidad e “implica resguardar la separación y el equilibrio entre los poderes públicos, pues en el control constitucional de las leyes por vía de acción es necesario que sea el actor, y no el juez constitucional, quien proponga el debate por resolver”.

Recientemente, la Sentencia C-025 de 2020 señaló, en ese mismo sentido, que la carga argumentativa mínima que se le exige al ciudadano al estructurar una acción de inconstitucionalidad es un “presupuesto para activar la competencia de la Corte”. Destacó además que la verificación de los requisitos de la demanda tiene funciones útiles para la preservación del sistema constitucional: de un lado, concreta el derecho a participar en cabeza de los demandantes y de los intervinientes en el proceso; y, de otro, delimita el objeto de la discusión constitucional y propicia el diálogo y la reflexión en relación con él.

La Sala Plena de esta Corporación, en aquella oportunidad, destacó cómo la verificación de las exigencias de claridad, certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia tienen el propósito de identificar si la demanda provoca un diálogo público y razonable sobre la constitucionalidad de una ley. Es así que “quien pretenda activar plenamente las

competencias de este Tribunal debe manifestar un interés real por salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución”, el cual se refleja en el cumplimiento de tales requisitos.

9. En cualquier caso, se ha destacado cómo la acción de inconstitucionalidad genera un control abstracto que la Corte Constitucional no puede ejercer de oficio. Este Alto Tribunal no puede desligarse de los razonamientos de la demanda para transformarla y reestructurar el cargo y, mucho menos, efectuar consideraciones de admisibilidad que rebasen los requisitos de la demanda y los trasciendan, para pronunciarse de fondo sobre una materia constitucional, mediante una especie de suplantación al ciudadano. De lo contrario, su pronunciamiento invadiría la órbita de competencia del Legislador, al concretar un control abstracto sobre las normas expedidas por aquel, sin que medie mandato constitucional y propuesta ciudadana sobre aquéllas.

10. En consonancia con lo anterior, disiento del planteamiento de la Sala Plena según el cual el análisis de aptitud de la demanda obedece a parámetros de trascendencia de la materia sometida al control constitucional. Un juicio de conveniencia es impertinente al resolver sobre la aptitud de la demanda, a la cual no puede tornar apta cuando presente inconsistencias argumentativas de cara a los requisitos argumentativos que debe cumplir el demandante, como aseguró el texto de la sentencia de la que me aparto.

A mi juicio, la aptitud de la demanda obedece únicamente a la valoración del cumplimiento de los requisitos y al carácter claro, cierto, pertinente, específico y suficiente de sus argumentos. La configuración de un cargo en una demanda de constitucionalidad solo depende de la observancia de aquéllos. Incluir otro tipo de valoraciones contradice el carácter rogado que tiene la acción de inconstitucionalidad y le otorga a la Corte un amplio margen de acción respecto de la función legislativa, sin que disponga de él. La importancia de la materia en debate no afecta el control constitucional y menos aun tiene la capacidad de volver apta una demanda, pues se trata de una noción subjetiva, que no puede anteponerse al cumplimiento objetivo de los parámetros de valoración de la acción pública de constitucionalidad, sin lesionar el orden jurídico vigente.

11. Desde mi perspectiva, en ningún caso, la Corte está habilitada para decidir de fondo ningún asunto en virtud de su trascendencia, pues hacerlo excede las facultades otorgadas

por el Constituyente primario y ubican el control constitucional en el escenario político y no jurisdiccional, que le permitirían hacer una valoración de conveniencia y oportunidad para pronunciarse de un asunto que se somete a su conocimiento. Sus facultades solamente pueden desprenderse de la existencia de una demanda que acate los parámetros de presentación, pues los jueces, a diferencia de los órganos políticos, solo pueden pronunciarse respecto de las controversias jurídicas que él debe resolver en forma definitiva.

12. Por último, cabe aclarar que el planteamiento de la Sentencia C-118 de 2020 que no comparto en los términos expuestos hasta este punto, sugiere que su fundamento está en la Sentencia C-581 de 2013.

Sin embargo, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9° (parcial) de la Ley 1448 de 2011, esa última providencia encontró cumplidos todos los requisitos de admisibilidad. Precisó que el incumplimiento de “al menos uno de estos criterios se torna inviable adoptar una decisión de fondo”, y en el asunto concreto exaltó la satisfacción de la mayoría de las exigencias para considerar aptos los planteamientos de la acción, a excepción de la certeza. En relación con este requerimiento, para la Sala Plena, se presentaba una duda. Ante ella y establecida la jurisprudencia constitucional al respecto, tuvo que resolverla en favor de la aptitud de la demanda, en consonancia con el principio pro actione.

Entonces, para concluir que la demanda y sus cargos eran aptos, la Sentencia C-581 de 2013 no empleó como factor determinante la importancia de la materia en debate, sino el principio pro actione, que corresponde a un asunto totalmente diferente a la valoración política sobre la necesidad o utilidad de un pronunciamiento de la Corte Constitucional.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-118/20

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-No exige aviso del estado de embarazo por trabajadora al empleador (Aclaración de voto)

De ahí que no pueda compartir la subregla que exige el previo conocimiento del empleador para salvaguardar la estabilidad de la mujer gestante. Dicha postura no es consecuente con la jurisprudencia garantista de esta corporación ni con las condiciones del mercado laboral, todavía profundamente discriminatorio.

Referencia: Expedientes acumulados

D-12060, 12070 y 12073

Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 2 y el inciso segundo del artículo 5 de la Ley 1823 de 2017.

Magistrado ponente:

Antonio José Lizarazo Ocampo

1. 1. Mediante Sentencia C-118 de 2020, la Corte estudió una demanda contra la Ley 1823 de 2017 que adoptó la estrategia de Salas amigas de la familia lactante del entorno laboral. Acompañé la decisión que desestimó el cargo por violación a la igualdad. En efecto, pienso que los demandantes partieron de una premisa equivocada, pues el derecho a la lactancia no fue objeto de limitación alguna con esta norma, sino que, por el contrario, lo que pretende la Ley es la adopción de una estrategia entre muchas otras que se puedan formular para proteger este derecho. Sin embargo, debo aclarar el voto para reafirmar mi inconformidad con el precedente adoptado por la Sentencia SU-075 de 2018, el cual fue reiterado -de forma innecesaria- en esta ocasión.

2. Los capítulos 6 (antecedentes en la legislación nacional de los derechos de las madres trabajadoras) y 7 (fuero de maternidad y fuero de lactancia) de esta providencia exponen el desarrollo normativo y jurisprudencial en torno a la defensa de las mujeres trabajadoras, dando cuenta de las conquistas alcanzadas, así como de los desafíos aún pendientes. Lamento, sin embargo, que se haga reiterada alusión a la Sentencia SU-075 de 2018 para explicar los avances de la jurisprudencia constitucional en materia de estabilidad laboral reforzada e, incluso, se ratifique la regla de que “el alcance de la protección se debe

determinar a partir de dos factores: (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador y (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.” No puedo acompañar esta argumentación. Considero, por el contrario, que la mencionada sentencia de unificación supone un retroceso sustancial en la defensa de las mujeres, y su derecho a llevar una vida laboral compatible con su maternidad.

3. En su momento, disentí de aquel fallo puesto que (i) suprime una garantía esencial para la equidad de género, introduce otras formas de discriminación de las mujeres en el trabajo y desconoce el valor que el Constituyente de 1991 reconoció a la maternidad y a la vida del que está por nacer, expresado en la protección a la mujer embarazada. Así mismo, porque (ii) para justificar lo anterior parte de una premisa esencial que no logra demostrar y de una argumentación muy problemática; y (iii) recurre a argumentos técnicos, a partir de estudios estadísticos y econométricos, pero lo hace sin el debido rigor y, en consecuencia, llega a conclusiones que no se desprenden de las evidencias.

4. De ahí que no pueda compartir la subregla que exige el previo conocimiento del empleador para salvaguardar la estabilidad de la mujer gestante. Dicha postura no es consecuente con la jurisprudencia garantista de esta corporación ni con las condiciones del mercado laboral, todavía profundamente discriminatorio. Me remito al salvamento parcial de voto que presenté contra tal decisión, donde se encuentran expresados los motivos de mi inconformidad.

5. Dicho lo anterior, encuentro también que en el presente caso no hacía falta entrar en esta discusión. El asunto puesto en conocimiento de la Sala no se trata, en sentido estricto, de un caso de estabilidad laboral reforzada por maternidad, sino del control abstracto sobre una norma que dispone de un mecanismo para garantizar el derecho a la lactancia en el lugar de trabajo. Por innecesarios y restrictivos, aclaro mi voto frente a estos apartados, manifestando mi inconformidad con la remisión que hace este fallo a la Sentencia 075 de 2018.

Fecha ut supra

Diana Fajardo Rivera

Magistrada

