

Sentencia C-586/16

NORMA QUE INCORPORA AL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO LA PROHIBICION A LAS MUJERES DE TRABAJAR EN LABORES MINERAS SUBTERRANEAS Y EN GENERAL, EN LABORES PELIGROSAS, INSALUBRES O QUE REQUIERAN GRANDES ESFUERZOS-Vulnera la autonomía personal, la libertad de profesión y oficio y el derecho a la igualdad de oportunidades de las mujeres para el acceso al trabajo/PROHIBICION LEGAL A LAS MUJERES DE TRABAJAR EN LABORES MINERAS SUBTERRANEAS Y EN GENERAL, EN LABORES PELIGROSAS, INSALUBRES, O QUE REQUIERAN GRANDES ESFUERZOS-Trato discriminatorio/PROHIBICION LEGAL A LAS MUJERES DE TRABAJAR EN LABORES MINERAS SUBTERRANEAS Y EN GENERAL, EN LABORES PELIGROSAS, INSALUBRES, O QUE REQUIERAN GRANDES ESFUERZOS-Estereotipo de género que diferencia entre trabajos para hombres y mujeres

La Corte evaluó la constitucionalidad de las expresiones “Las mujeres sin distinción de edad”, contenidas en el numeral 3 del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, que prohíbe a las mujeres desempeñarse en trabajo subterráneo en las minas, así como desarrollar labores peligrosas, insalubres o que impliquen grandes esfuerzos. El accionante solicitó la declaratoria de inexecutable del enunciado, por considerar que era violatorio del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución, del derecho de acceso al trabajo en condiciones de igualdad dispuesto en el artículo 25 de la Constitución y de la libertad de escoger profesión u oficio prevista en el artículo 26 de la Carta Política. (...) La Corporación abordó el estudio del artículo 13 de la Constitución, que prevé el derecho fundamental a la igualdad, encontrando que la estructura del enunciado está constituida por cuatro componentes: el principio de igualdad, establecido bajo la fórmula tradicional de acuerdo con la cual “todas las personas nacen libres e iguales”; la regla de prohibición de trato discriminado, que prohíbe diferencias de trato fundadas en criterios sospechosos, como son sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; el mandato de promoción y la obligación de adoptar medidas en favor de grupos marginados o discriminados; y el mandato de protección a personas en circunstancias de debilidad manifiesta. Como resultado de su primera evaluación, la Sala encontró que las expresiones demandadas contienen una diferencia de trato basada en el sexo, que es una categoría sospechosa, y que prima facie, son violatorias del principio y

derecho fundamental a la igualdad, por impedirles a las mujeres el acceso a un cierto tipo de trabajos por su sola condición biológica. Como siguiente asunto, la Corte, diferenció entre los niveles y los sistemas de protección de los derechos humanos, abordando desde allí las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que prevén la regla de prohibición de trato discriminado a las mujeres, enumerando las convenciones y documentos vinculantes para Colombia. (...) Evacuado lo anterior, el Tribunal evaluó el cargo concreto de violación del derecho a la igualdad, haciendo uso del test integrado de igualdad, el que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. Una vez aplicada la metodología, la Corte concluyó que la prohibición adoptada por el legislador y demandada ante la Corte, no satisfacía el criterio de necesidad y era además desproporcionada, por lo que resultaba violatoria del derecho a la igualdad.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos

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

FORMAS DE DISCRIMINACION DIRECTA EN MATERIA LABORAL-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA IGUALDAD Y REGLA DE PROHIBICION DE TRATO DISCRIMINADO-Contenido

REGLA DE PROHIBICION DE TRATO DISCRIMINADO-Jurisprudencia constitucional

PERSONAS EN CIRCUNSTANCIA DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Protección constitucional

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Dimensiones

IGUALDAD COMO VALOR, PRINCIPIO Y DERECHO FUNDAMENTAL-Fundamento

IGUALDAD COMO VALOR, PRINCIPIO Y DERECHO-Reiteración de Jurisprudencia/IGUALDAD COMO PRINCIPIO-Contenido y alcance/IGUALDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-Jurisprudencia constitucional/IGUALDAD COMO VALOR FUNDANTE DEL ORDENAMIENTO-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA IGUALDAD Y LA REGLA DE PROHIBICION DE TRATO DISCRIMINADO A LAS MUJERES-Instrumentos internacionales

TEST DE IGUALDAD-Metodología/JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Elementos/JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Etapas de su análisis y modalidades del test de igualdad según el grado de intensidad

JUICIO DE IGUALDAD-Sexo como criterio sospechoso o discriminatorio

JUICIO DE IGUALDAD-Intensidad

TEST DE RAZONABILIDAD-Subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta

DISCRIMINACION POR SEXO-Jurisprudencia constitucional

PROTECCION DE LAS MUJERES Y DE TODAS LAS PERSONAS-Fundamento constitucional

CONCEPTOS DE DISTINCION Y DISCRIMINACION-Diferencias

ESTEREOTIPOS DISCRIMINATORIOS VIOLATORIOS DEL DERECHO A LA IGUALDAD-Jurisprudencia constitucional

ESTEREOTIPOS DE GENERO-Jurisprudencia constitucional

DERECHOS DE LA MUJER Y LA REGLA DE PROHIBICION DE TRATO DISCRIMINADO-Adopción por la Corte Constitucional, de la definición de “discriminación a la mujer” establecida en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

CONVENIOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR COLOMBIA QUE PROHIBEN LA DISCRIMINACION SOBRE MUJERES Y QUE IDENTIFICAN LA VIOLENCIA COMO FORMA CONCRETA DE DISCRIMINACION-Prohibición del uso de estereotipos de género y obligación

a los Estados Parte a que procedan a su supresión

ESTEREOTIPOS QUE DISCRIMINAN A LAS MUJERES Y SU SUPERVIVENCIA-Jurisprudencia constitucional

ESTEREOTIPO DEL TRABAJO PARA HOMBRES Y TRABAJO PARA MUJERES-Jurisprudencia constitucional/PROTECCION DE LA MUJER FRENTE A TODO TIPO DE VIOLENCIA-Jurisprudencia constitucional

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES O DE PUNTOS DE PARTIDA-Importancia en el Estado Social de Derecho

PROHIBICION DE DISCRMINACION EN RAZON DE GENERO-Regla jurisprudencial en relación con el acceso a las oportunidades laborales

DERECHO AL TRABAJO Y A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE ACCESO AL TRABAJO-Resulta inconstitucional la interposición de barreras fundadas en estereotipos basados en género

DERECHO A LA LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO-Contenido y alcance

DERECHO A ESCOGER PROFESION U OFICIO-Límites

Referencia: Expediente D-11339

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9 del Decreto 013 de 1967 (parcial), que modificó el artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo

Demandante: Nelson Alberto Cuchimaque Ríos

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre dos mil dieciséis (2016)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, previo cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991,

profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Nelson Alberto Cuchimaque Ríos, interpuso acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 242 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, por considerar que violaba los artículos 13 (derecho a la igualdad), 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad), 25 (derecho al trabajo), 26 (derecho a escoger profesión u oficio) y 43 (igualdad de derechos y de oportunidades entre hombres y mujeres) de la Constitución Política.

La Corte Constitucional mediante auto de abril 19 de 2016, resolvió admitir la demanda respecto de los cargos que señalaban la violación de los artículos 13, 25 y 26 de la Constitución Política, inadmitiendo la misma por los cargos relacionados con la violación del artículo 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad) y 43 (igualdad de derechos y de oportunidades entre hombres y mujeres), ordenando además fijar en lista el proceso durante el término de diez días, comunicar la iniciación del mismo a numerosas autoridades públicas, así como invitar a diversas universidades y a una entidad sindical, para que intervinieran dentro del proceso. Finalmente el numeral séptimo del auto le concedió al accionante un término de tres días, para que procediera a corregir la demanda en relación con lo inadmitido.

El anterior auto fue notificado por estado y transcurrió el término de ejecutoria sin que la parte interesada corrigiera la demanda. En este sentido fue proferido el Auto del doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016), mediante el cual la Corte dispuso el rechazo parcial de la demanda por los cargos de vulneración de los artículos 16 y 43 de la Constitución, debiendo continuar el trámite de la demanda por los demás cargos.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcriben las normas demandadas y se subrayan los apartes acusados:

Código Sustantivo del Trabajo

Decreto 013 de 1967

Por el cual se incorporan al Código Sustantivo del Trabajo las disposiciones de la Ley 73 de 1966

Artículo 242. Trabajos prohibidos. (...)

3. Las mujeres, sin distinción de edad, y los menores de dieciocho (18) años no pueden ser empleados en trabajos subterráneos de las minas, ni en general, trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos.”

III. LA DEMANDA[1]

El segmento acusado establece una prohibición de acuerdo con la cual, las mujeres “sin distinción de edad” no pueden ser empleadas en trabajos subterráneos en minas, ni trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos. Como fundamento de su pretensión, el demandante examinó cada uno de los derechos constitucionales eventualmente violados con la prohibición.

El demandante señaló en primer lugar, que acontecía la violación del principio y derecho fundamental a la igualdad, en tanto que el enunciado demandado establece una discriminación por género. Como punto de partida reprodujo el artículo 1º. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, de acuerdo con el cual, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, haciendo luego referencia a algunas de las luchas de la humanidad en favor de la igualdad de derechos.

Hecha esa introducción, el demandante se ocupó de la regla que prohíbe la discriminación de personas, establecida en diversas normas internacionales, para luego referir el contenido de los artículos 13 y 43 de la Constitución Política de Colombia, que establecen la prohibición de trato discriminado y el mandato de igualdad entre hombres y mujeres.

Efectuado lo anterior, el escrito abordó el tema de la discriminación a la mujer, señalando desde la Sentencia C-410 de 1994, que sigue siendo víctima de diferencias de trato

fundadas en el criterio sexo en diversos escenarios, entre ellos el laboral, en el que perviven normas como la demandada, que bajo la apariencia de ser una medida de protección, contiene una discriminación que impide el trabajo de las mujeres. Dentro de esta perspectiva acotó con referencia a los movimientos feministas, que “la figura de la mujer ha dejado de ser, por lo menos en parte, vista como un ser débil carente de fuerza”, llamando a la legislación y a la Corte Constitucional, a la tarea de construir la igualdad sustancial.

El texto señala también la violación del derecho al trabajo (artículo 25 de la Constitución), que le resultaba concurrente con la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 de la Constitución). Para el efecto vinculó el artículo 25 de la Carta Política, con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entendiendo que el trabajo comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida en una actividad libremente escogida por aquel.

Considerado lo anterior el demandante se preguntó: ¿Por qué es peligroso para una mujer trabajar en una mina subterránea, pero para un hombre pareciera que no representa ningún peligro?, respondiendo que dicha prohibición resultaba inconstitucional por estar basada en el género. Recordó desde jurisprudencia de la Corte Constitucional, que a los miembros de uno y otro sexo les asiste el derecho y la capacidad para desarrollar cualquier actividad y que por lo mismo “Es entonces injusto hacer una prohibición a todo el género femenino. Más aún se debe observar que en pleno Siglo XXI, donde la liberación femenina y los movimientos feministas avanzan en la consecución de derechos, y donde ‘el sexo débil ha dejado de ser débil’”[2] (cursiva dentro del texto).

Evacuado lo anterior, el demandante planteó la violación del derecho a la libertad de escoger profesión u oficio, establecido en el artículo 26 de la Constitución, vinculándolo con la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y lo dicho por la Corte en la Sentencia T-1218 de 2003. Para el demandante las violaciones se concretan en que la prohibición establecida por el Código Sustantivo del Trabajo coarta la voluntad de las mujeres que han decidido trabajar en una mina subterránea o en cualquier actividad que demande un gran esfuerzo físico. Por lo mismo considera que el poder legislativo se extralimitó al establecer dicha prohibición, sometiendo la voluntad de las mujeres sin justificación plausible.

A modo de balance, y en referencia con la violación del derecho a la igualdad, el demandante sostuvo que “es evidente que la norma demandada se basa en un criterio ampliamente discriminatorio y por ende debería ser prohibido y declarado inconstitucional si se demuestra que no tiene ninguna razón que justifique dicho trato diferenciado”, recordando lo señalado en la Sentencia T-326 de 1995, conforme a la cual no es válido prohibirle a una mujer desempeñar una determinada actividad, basado en lo que el demandante llamó “una presunción de ineptitud de género”, para determinados trabajos.

El texto finalizó con un capítulo de “conclusiones”, en el que reiteró cuanto había alegado, insistiendo en que “El legislador debe propender por la creación de una verdadera equidad de género y estar acorde con los cambios sociales, y en este caso con las luchas de los movimientos feministas que buscan una verdadera igualdad entre los dos géneros”.

IV. intervenciones

En total fueron presentadas once intervenciones ante la Corte Constitucional, diez de ellas dentro del término respectivo y una extemporánea, proveniente de la Universidad de Cartagena. De las once intervenciones, nueve de ellas solicitaron la declaratoria de inexequibilidad del segmento demandado, y tan solo dos, las de la Universidad del Rosario y la de la Universidad Cartagena, solicitaron la declaratoria de exequibilidad condicionada del mismo. A continuación se describen los elementos argumentales de aquellas.

1. Ramiro Cubillos Velandia[3]

Este ciudadano intervino ante la Corte Constitucional, solicitando la declaratoria de inexequibilidad del enunciado demandado, señalando como argumento central, que allí se establece una discriminación en contra de las mujeres por razón del género, impidiéndoles desarrollar ciertas actividades laborales. Dijo el interviniente que la calificación de esas actividades como peligrosas “a más de simplemente ser un aspecto de análisis frente a las políticas y medidas a adoptar para la prevención de riesgos profesionales, es irrelevante frente a la igualdad de trato y posibilidades de desarrollo de la persona”.

En sentido argumental refirió precedentes de la Corte Constitucional, indicando que la jurisprudencia ha censurado la discriminación contra la mujer por su género (Sentencia C-335 de 2013), la que se erige como una forma de violencia, tal y como fue precisado en la

Sentencia C-776 de 2010. Finalmente el ciudadano discutió con la idea según la cual, la prohibición del Código Sustantivo del Trabajo consiste en una medida de protección. Para el efecto citó la Sentencia C-540 de 2008, que advierte acerca de medidas aparentemente favorecedoras de la mujer, pero que ocultan su sometimiento a los roles tradicionales de dominio bajo formas de discriminación directa e indirecta. Por lo mismo alegó que no hay aquí una medida de discriminación afirmativa, sino un simple acto de discriminación.

2. Ministerio de Minas y Energía[4]

Este Ministerio coadyuvó la solicitud de inexecutableidad formulada por el demandante. El concepto afirma la violación del principio y derecho de igualdad frente a la discriminación por género, y para sustentar esa afirmación hace una larga transcripción de cinco páginas de la Sentencia T-247 de 2010, para concluir desde allí, que “la jurisprudencia ha sido enfática en reconocer que la ley no puede bajo circunstancia objetiva alguna ser discriminatoria en razón del género, conforme a que no se evidencia en la expresión demandada, la búsqueda de protección de la mujer que pueda justificar de alguna manera el trato desigual”[5].

3. Universidad Libre. Facultad de Derecho de Bogotá[6]

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre de Colombia, mediante escrito allegado a la Corte, solicitó la declaratoria de inexecutableidad de las expresiones demandadas. Como fundamento de su solicitud señaló que la prohibición del trabajo de las mujeres en las minas, así como las otras prohibiciones establecidas en el enunciado, se ajustaron en el pasado a la ley y al Convenio 4 de la OIT, como normas protectoras de las mujeres. Sin embargo, agregó, que si bien esas medidas en algún momento respondieron al fin protector y buscaron evitar la explotación del trabajo femenino, no se trataba de medidas positivas que permitieran realizar la igualdad de oportunidades, pues en lugar de favorecer el trabajo de las mujeres, lo restringían.

El interviniente argumentó su solicitud en la prohibición de discriminación por razones de sexo, referenciando el artículo 13 de la Constitución, la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres prevista en el artículo 43 de la Carta, la Sentencia C-410 de 1994 y numerosos documentos internacionales, entre los que destacó el Convenio 111 de la OIT que prohíbe la discriminación laboral por sexo.

4. Universidad Santo Tomás. Bogotá[7]

El Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, así como el profesor y asesor del Consultorio Jurídico de la misma Universidad, allegaron concepto de constitucionalidad dentro del proceso, señalando que se encuentran de acuerdo con la petición hecha por el accionante. En tal sentido hicieron consideraciones jurídicas alrededor de los documentos internacionales que prohíben la discriminación a las mujeres, que son obligatorios para Colombia por ser Estado parte en esas convenciones.

El escrito hizo una amplia presentación de la igualdad de género prevista por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, referenciando los contenidos de la Opinión Consultiva OC - 18 de 2003 de la Corte Interamericana, así como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW, hasta concluir, que “la norma acusada es inconstitucional, debido a que es evidente el trato discriminatorio que establece la misma contra la mujer, prohibido por las normas de la Constitución y por los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

5. La Universidad del Rosario[8]

El Coordinador del Área Laboral del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario intervino dentro del proceso, solicitando la declaratoria de exequibilidad condicionada del segmento demandado, “entendiendo que la prohibición se mantenga únicamente para las mujeres embarazadas”.

El interviniente consideró, que las expresiones demandadas colocan a las mujeres en situación de inferioridad y no les permite realizar sus derechos en el marco de la relación laboral. Adicionalmente dijo que no existe ningún argumento objetivo que indique que la mujer deba ser discriminada a la hora de ejercer las labores que se le prohíben.

En lo que tuvo que ver con el acceso al trabajo, señala el texto, que también acontece la violación del artículo 25 de la Carta Política, en la medida que la prohibición impide el acceso de las mujeres al trabajo y que si bien el artículo 53 de la Carta establece la protección especial de la mujer y de la maternidad en materia laboral, esto no debe entenderse “como una imposibilidad de escoger libremente su profesión, así esta requiera

un esfuerzo físico considerable”.

6. El Ministerio el Interior[9]

Esta entidad pública le solicitó a la Corte Constitucional que declare la inconstitucionalidad de las expresiones demandadas. Como fundamento de su solicitud, el Ministerio hizo referencia a normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que proscriben todas las formas de discriminación en contra de las mujeres, tanto las directas como las indirectas.

En lo que tuvo que ver con el carácter protector de la norma que limita a las mujeres, la entidad señaló que se estaba frente a una protección apenas aparente, pues “Frente a la norma demandada, es cierto que en primera medida la misma podría entenderse que no tiene, aparentemente, una intención discriminatoria; sin embargo, dado que su fundamento es el sexo de las personas, en este caso la condición de ser mujer, para prohibir el acceso a ciertas actividades, la misma carece de fundamento razonable”. Finalmente señaló que esta demanda le daba la oportunidad a la Corte Constitucional de avanzar en materia de progresividad laboral, permitiéndole contribuir a la interrupción de círculos de violencia, exclusión y estigmatización padecidos por las mujeres.

7. El Ministerio del Trabajo[10]

Este Ministerio solicitó la exequibilidad de las expresiones demandadas, “sin perjuicio de solicitar a esta Corporación que en ejercicio de su facultad para modular el sentido de sus fallos, tenga en cuenta la especial protección constitucional de que goza la mujer en estado de embarazo”.

La intervención del Ministerio contó principalmente con fundamentos de orden normativo. De este modo el texto segmentó y enumeró las normas regulantes en el nivel constitucional, en el nivel convencional, en el nivel legal y en el orden reglamentario, con especial referencia a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y las leyes y decretos relacionados con equidad de género y trabajo femenino. Allí fue efectuada la evaluación general de esa normatividad hasta concluir que “si hacemos análisis sistemático de la norma demandada frente a los derechos protegidos en el artículo 13, 25 y 26 de la Carta, resulta injustificado y discriminatorio mantener un texto que no encuentra

ninguna razón lógica ni jurídica frente a los preceptos constitucionales y a la libertad de escogencia de profesión u oficio, principios sobre los cuales el Estado debe propender su protección”.

8. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana[11]

La Facultad de Derecho de esa Universidad solicitó la inexequibilidad de las expresiones demandadas, por violar el derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución y la libertad de escoger profesión u oficio del artículo 26 de la Carta Política.

9. Facultad de Derecho y Ciencias Política de la Universidad de Cartagena[12]

El Decano de la Facultad de Derecho y el Grupo de Acciones Constitucionales del Consultorio Jurídico de la Universidad de Cartagena allegaron extemporáneamente un escrito de intervención, por el que solicitan la declaratoria de exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas.

Dijo la Universidad en su texto, que “En el caso concreto encontramos que si bien existe una diferenciación en el trato a la mujer frente a los trabajos en las minas, tal situación no constituye una discriminación, pues, utiliza este criterio como protección a las mismas. Sin embargo, encontramos que es valedera la protección establecida en el artículo demandado en el sentido de proteger a la mujer. Por tal razón a nuestro criterio la norma se ajusta a la Constitución bajo el entendido únicamente que no limite la decisión de la mujer libre y voluntaria de escoger profesión u oficio”. Como fundamento de su solicitud examinó el derecho a la igualdad, los derechos de las mujeres y refirió numerosos precedentes de la Corte Constitucional.

V. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO[13]

Mediante escrito radicado el 7 de julio de 2016, el Ministerio Público solicitó a la Corte declarar inexecutable el segmento demandado y exhortar al Congreso de la República para que establezca las condiciones de acceso de las mujeres en trabajo subterráneo, trabajos peligrosos, insalubres o que requieran un gran esfuerzo. La petición específica fue la siguiente:

“Por la razones expuesta, el jefe del ministerio público le solicita a la Corte Constitucional

Declarar INEXEQUIBLE la expresión “las mujeres, sin distinción de edad”, contenida en el numeral 3 del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo. Y, al mismo tiempo, EXHORTAR al Congreso de la República para que establezca condiciones de acceso a las mujeres en actividades subterráneas, peligrosas, insalubres o que requieran un gran esfuerzo público (sic), que garanticen la toma de decisiones libres e informadas sobre los riesgos que ello implica, así como el cumplimiento de los principios laborales relativos a la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, así como su proporcionalidad de acuerdo a la cantidad y calidad del trabajo.”[14]

La Procuraduría General de la Nación dijo que el enunciado demandado es violatorio del artículo 13 de la Constitución que establece el derecho fundamental a la igualdad. Igualmente sostuvo que allí se establece una diferencia de trato de efectos discriminatorios en contra de las mujeres, que les impide el acceso al trabajo en condiciones de igualdad.

Para el Ministerio Público es necesario permitir que las mujeres accedan a trabajos subterráneos, peligrosos, insalubres o que impliquen grandes esfuerzos, siempre y cuando se constate que la decisión sea libre e informada, de modo tal que las mujeres tengan conocimiento acerca del trabajo que avocan y los eventuales riesgos que pueda entrañar. Igualmente señaló la entidad, que es obligación del Estado promover las condiciones de equidad que le permitan a las mujeres acceder a este tipo de trabajos, de modo tal que se honre el contenido del artículo 53 de la Constitución en lo relacionado con la igualdad salarial respecto de los hombres.

La petición y los razonamientos de la entidad tuvieron como fundamento la reconstrucción de las normas nacionales sobre este tipo de trabajos, la referencia a los convenios intencionales de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, especialmente el Convenio 111 que prohíbe la discriminación en el acceso al trabajo y obliga además a los Estados parte en el Convenio, a ajustar la normatividad interna a lo dispuesto en la Convención. Igualmente se citó como fundamento de las peticiones, el precedente contenido en la Sentencia C-622 de 1997, señalando que dicho fallo declaró la inexequibilidad del numeral 1 del mismo artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, por contener una medida paternalista y discriminatoria que impedía el acceso de las mujeres al trabajo.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 241, numeral 5º de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues el enunciado demandado forma parte del Decreto 013 de 1967, que es un decreto con fuerza de ley dictado con base en las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 73 de 1966.

2. Cuestión previa. Aptitud de la demanda

El accionante ha demandado las expresiones “Las mujeres, sin distinción de edad”, contenida en el numeral 3 del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece los trabajos prohibidos. De acuerdo con la norma, las mujeres, sin distinción de edad “no pueden ser empleados en trabajos subterráneos de las minas, ni en general, trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos.”

La demanda sostiene que dicha prohibición vulnera el derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución; el derecho al trabajo, previsto en el artículo 25 de la Constitución y la libertad de escoger profesión u oficio, dispuesta en el artículo 26 de la Carta Política. Como argumento central señaló el accionante, que fue establecida una diferencia de trato discriminatoria, fundada en criterio sexo, que es una de las categorías sospechosas de que trata el artículo 13 de la Constitución.

Igualmente dijo que esa diferencia de trato, además de discriminatoria, constituye una barrera que le impide a las mujeres acceder al trabajo, o cuando menos a cierto tipo de trabajos. Dentro de esa perspectiva cuestionó que los hombres puedan acceder a cualquier clase de trabajo, mientras que las mujeres tan solo puedan hacerlo a los que les autorice el legislador, lo que en últimas constituye un prejuicio o estereotipo de acuerdo con el cual, las mujeres son el “sexo débil” y los hombres, el “sexo fuerte”.

Según la demanda, la prohibición es también violatoria del derecho a escoger profesión u oficio, y materializa un exceso en el ejercicio de las competencias del legislador, por impedir el ejercicio de la voluntad femenina al escoger el trabajo o la actividad laboral que desean realizar. Como consecuencia de todo lo anterior, se solicitó la declaratoria de inexecutable del enunciado demandado.

La mayoría los intervinientes coincidieron en solicitar la declaratoria de inexecutable del segmento demandado. Consideraron con el demandante, que la prohibición establecida por el legislador es discriminatoria y que tiene a la base un criterio prohibido como lo es el sexo. Algunos de los intervinientes dijeron además, que no se trataba de una medida de protección a la mujer, sino de discriminación sobre ellas, que resultaba también violatoria del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Requisitos de la demanda de inconstitucionalidad y de los argumentos que sustentan la solicitud

El Decreto 2067 de 1991 Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, establece en el artículo 2 los requisitos que deben cumplir las demandas de inconstitucionalidad. Allí se prevé que dichos documentos deben ser presentados por escrito, en duplicado y que deben contener el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, las que además deben ser transcritas; el señalamiento de las normas constitucionales que se consideran violadas; las razones o los argumentos de la violación; el señalamiento del trámite que debió seguir el proyecto de normas, en caso de alegarse la configuración de un vicio de forma; y la determinación de la competencia de la Corte Constitucional.

Dentro de esta comprensión y a los efectos de un mejor despliegue de la acción y de la calidad de los fallos, la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-1052 de 2001 comenzó a exigir que las razones de la violación señaladas por el actor en su demanda fueran claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, so pena de proferir un fallo inhibitorio, pues “de emitir la Corte un pronunciamiento de fondo con base en una demanda que no contiene una razonable exposición de los motivos por los cuales se estima la violación, se estaría dando a la acción de inconstitucionalidad una vocación oficiosa que es contraria a su naturaleza”[15].

En desarrollo de esto se dijo posteriormente en la Sentencia C-330 de 2016 (entre otros muchos fallos), citando la Sentencia C-1052 de 2001, que las razones de inconstitucionalidad deben ser “(i) claras, es decir, seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre la ley y la Constitución; (ii) ciertas, lo que significa que no deben basarse en

interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, sino exponer un contenido normativo que razonablemente pueda atribuírseles; (iii) específicas, lo que excluye argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) pertinentes, de manera que planteen un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas, observadas desde parámetros diversos a los mandatos del Texto Superior; y (v) suficientes, esto es, capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado o disposición demandada.”[16]

Si bien la mayoría de los intervinientes coinciden alrededor de la inconstitucionalidad del segmento anunciado, es necesario evaluar la consistencia de las razones aducidas por el accionante, a la luz de los criterios fijados por la Corte Constitucional.

Claridad

Este primer requisito es satisfecho plenamente por la demanda. La lectura del documento pone de presente el interés de evidenciar principalmente la violación del derecho a la igualdad, por el establecimiento de una diferencia de trato inconstitucional, fundada en el sexo, que es un criterio prohibido. Adicionalmente el texto planteó las consecuencias de ese trato discriminado, señalando que impide el ejercicio del derecho al trabajo de las mujeres en cierto tipo de labores, mientras que propicia el trabajo de los hombres en la misma clase de actividades.

Certeza

La demanda no contiene interpretaciones subjetivas. Los cargos son directos y ciertos, en el sentido que apuntan a la diferencia de trato ya señalada. Más aún, en subsidio de su argumentación, el demandante refiere sentencias de la Corte Constitucional que han enfrentado el mismo asunto de la discriminación por sexo, con lo cual el argumento del accionante resultó fortalecido y consistente.

La univocidad de la argumentación y la de los participantes dentro del proceso, son un elemento en favor de la certeza del cargo, en tanto que permitió a todos discutir alrededor de un mismo núcleo temático.

Especificidad

El requisito de especificidad aboga por el empleo de argumentos consistentes, descartando el uso de argumentos vagos, ligeros o globales. Acerca de este aspecto debe señalarse nuevamente, que la estructura de la demanda apunta concretamente a la violación del derecho a la igualdad, derivando desde allí la violación de otros dos derechos constitucionales, como el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio.

El cargo es específico en tanto que el texto se anda sin ambages. El solo uso del lenguaje es indicativo. El accionante habla de discriminación, de diferencia de trato no justificada, de categorías sospechosas y hasta de falta de proporcionalidad de la medida que le impide a las mujeres acceder a cierto tipo de trabajos. El cargo central es específico y concreto: le legislador instaló una diferencia de trato no justificada, violatoria de numerosos derechos constitucionales.

Pertinencia

Ha señalado la Corte que el cargo es pertinente si es de carácter constitucional y no legal o doctrinario. También ha dicho que el cargo es pertinente si no se trata de razones de corrección o de conveniencia respecto de lo hecho por el legislador.

Como ha sido dicho varias veces, el núcleo duro del cargo está relacionado con la violación del derecho a la igualdad y la supuesta discriminación por sexo. En este sentido la pertinencia es también indudable. Adicionalmente debe señalarse, que las referencias del demandante a la postura asumida por el legislador, no fueron hechas desde criterios de corrección o inconveniencia, sino que específicamente se le endilgó el haber superado los límites de la potestad legislativa, imponiendo barreras que impiden el cabal desarrollo laboral de las mujeres. Se trata así de un cargo contundente y pertinente, que no se confunde con ninguno otro y que no es el resultado de una simple valoración.

Suficiencia

La suficiencia del cargo es indudable. Las intervenciones así lo señalan, en tanto que todos los participantes en el proceso discutieron alrededor de los mismos puntos y de los mismos problemas, es decir, alrededor de la diferencia de trato introducida por el legislador. Tanto es así, que todos ellos dieron por sentado la inconstitucionalidad del enunciado, solo que soportaron dicha situación desde distintos puntos de vista o desde distintos precedentes

fijados por la Corte Constitucional.

3. Planteamiento del caso, formulación del problema jurídico y programa del fallo

3.1. Planteamiento del caso

Este caso está relacionado con la demanda de inconstitucionalidad que formuló el ciudadano Nelson Alberto Cuchimaque Ríos, en contra de un segmento del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, relacionado con los trabajos prohibidos, que en el numeral 3 dispone una prohibición de acuerdo con la cual, “Las mujeres sin distinción de edad” no pueden ser empujadas en trabajos subterráneos en las minas, ni pueden trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos.

La tesis de la violación del derecho a la igualdad contó con diversos argumentos y matices aportados por intervinientes. En primer lugar sostuvieron que la diferencia de trato establecida por el legislador estaba fundada en el criterio sexo, y que este es un criterio sospechoso, de los enumerados en el artículo 13 de la Constitución, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Otro grupo de argumentos estuvo relacionado con el establecimiento de una discriminación indirecta por parte del legislador, ya que la prohibición aparenta estar fundada en una medida de protección a las mujeres, siendo que realmente se establece una diferencia de trato no justificada. Dentro de esta perspectiva afirmaron que la protección del Estado no puede ir hasta anular la voluntad de la mujer e impedir su acceso al trabajo.

Finalmente se consideró también, que prohibiciones como las mencionadas, sacrificaban o limitaban la autonomía de las mujeres, quienes tienen derecho a diseñar su plan de vida y a escoger libremente el oficio que deseen desempeñar, asunto relacionado con la igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo.

3.2. Problema jurídico

La Sala considera que el problema jurídico que debe resolver la Corte Constitucional es el siguiente: ¿Es violatorio de la Constitución y en especial del derecho a la igualdad (art 13

C.P.), del derecho al trabajo (art. 25 C.P.) y de la libertad de escoger profesión u oficio (art. 26 C.P.) prohibir a las mujeres “sin distinción de edad” trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos, así como ser empleadas en trabajos subterráneos en las minas?

3.3. Programa del fallo

Atendiendo a la postura de la mayoría de los intervinientes, así como a la consolidada jurisprudencia constitucional relacionada con la prohibición de trato discriminado a las mujeres, el programa metodológico del fallo desarrollará los siguientes temas y asuntos: (i) En primer lugar la Corte hace el análisis del segmento normativo demandado, atendiendo al origen de la norma, sus contenidos, refiriendo formas de discriminación directa en materia laboral, para luego, en segundo término, (ii) examinar el contenido del principio y derecho fundamental a la igualdad, y de la regla de prohibición de trato discriminado por sexo, prevista en la Constitución Política, determinando luego (iii) la presencia de la misma regla en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En cuarto lugar (iv) la Corte evalúa la constitucionalidad del segmento demandado, desde la aplicación al test integrado de igualdad, para posteriormente (v) identificar desde su jurisprudencia y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estereotipos que han conducido a la discriminación de las mujeres, deteniéndose en el que diferencia entre trabajos para hombres y trabajos para mujeres, fundado en el prejuicio de concebir a la mujer como sexo débil. En sexto lugar (vi) el Tribunal examina el cargo de violación del derecho al trabajo establecido en el artículo 25 de la Constitución, así como (vii) el cargo de violación de la libertad de escoger profesión u oficio prevista en el artículo 26 de la Constitución, para finalmente (viii), consignar la síntesis del fallo, presentando el balance de los argumentos que conducen a la declaratoria de inexequibilidad del sintagma demandado.

4. El enunciado demandado. Origen, contenidos y el establecimiento de formas de discriminación directa en materia laboral

4.1. Las expresiones demandadas están contenidas en el artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo tema general son los “trabajos prohibidos”. El texto original es de 1950 y en él se prohibía el trabajo de mujeres embarazadas en trabajos nocturnos “por más de cinco horas”, así como el de mujeres embarazadas y de menores de edad. La norma inicial

señalaba lo siguiente:

“Artículo 242. Trabajos prohibidos. Queda prohibido emplear mujeres embarazadas y menores de diez y seis años en trabajos peligrosos, insalubres, o que requieren grandes esfuerzos. Igualmente queda prohibido emplear mujeres embarazadas en los trabajos nocturnos que se prolonguen por más de cinco horas.”

Esa norma fue reformada por el artículo 9 del Decreto 13 de 1967, quedando de la siguiente manera:

“Artículo 242. Trabajos prohibidos.

2. Queda prohibido emplear a los menores de dieciocho (18) años y a las mujeres en trabajos de pintura industrial que entrañen el empleo de la cerusa, de sulfato de plomo o de cualquier otro producto que contenga dichos pigmentos.

3. Las mujeres, sin distinción de edad, y los menores de dieciocho (18) años no pueden ser empleados en trabajos subterráneos de las minas ni, en general, trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos.”

4.2. El numeral primero del artículo 242 sería posteriormente demandado ante la Corte Constitucional, dando lugar a la Sentencia C-622 de 1997, que declaró la inexecutable del mismo. La regla de la decisión de dicho fallo fue la siguiente:

“Lejos de considerarse una norma protectora, el precepto acusado tiene un carácter paternalista y conduce a prohibir que las mujeres, puedan laborar durante la noche, en las empresas industriales, lo cual constituye una abierta discriminación contra ella, que debe ser abolida, pues aparte de tener plena capacidad para el trabajo en condiciones dignas y justas, debe garantizárseles en igualdad de condiciones con los hombres, el ejercicio de los mismos derechos y oportunidades que se requieran, para que ellas, dentro de la protección requerida, puedan trabajar en la jornada nocturna.

Teniendo en cuenta que la norma acusada riñe con los postulados constitucionales y en especial con el derecho a la igualdad y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, será declarada inexecutable en la parte resolutive de esta providencia.”[18]

4.3. Se impugna ahora la constitucionalidad de la expresión “las mujeres, sin distinción de edad”, que específicamente prohíbe a las mujeres trabajar en cuatro escenarios: en trabajos subterráneos en minas, en labores peligrosas, en labores insalubres o en labores que requieran grandes esfuerzos. Como ha sido ya señalado, este enunciado contiene una diferencia de trato bajo el criterio sexo, de acuerdo con la cual los hombres pueden trabajar en cualquiera de esos escenarios, mientras que las mujeres no pueden hacerlo. En este sentido constituye una medida de discriminación directa, fundado en un criterio prohibido, sexo, que les impide a las mujeres el acceso a un cierto grupo de trabajos o de labores.

En su origen esta prohibición fue establecida como una medida de protección a la mujer bajo el prejuicio diferencial del sexo débil y el sexo fuerte. En efecto, los hombres en tanto sexo fuerte pueden hacer cualquier trabajo, mientras que las mujeres en tanto sexo débil, debían ser protegidas del trabajo en minas subterráneas, así como de actividades peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos.

La Corte Constitucional ha identificado dos formas de discriminación, la directa y la indirecta y ha diferenciado entre ellas.

Así ha señalado, que “La discriminación directa, ha dicho la Corte constitucional, “se presenta cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, opiniones personales, (...) de manera tal que está proscrita en general, toda diferenciación arbitraria por cualquier razón o condición social”. Por su parte la indirecta ocurre, “cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación”. Esta modalidad, en fin, se compone de dos criterios: Primero, la existencia de una medida o una práctica que se aplica a todos de manera aparentemente neutra. Segundo, la medida o la práctica pone en una situación desaventajada un grupo de personas protegido. Es el segundo criterio de la discriminación indirecta el que difiere de la discriminación directa: el análisis de la discriminación no se focaliza sobre la existencia de un trato diferencial sino sobre los efectos diferenciales.”[19]

4.4. Las medidas de protección en favor de las mujeres, en principio no representan un trato discriminatorio. De hecho el artículo 43 de la Constitución, además de prohibir la discriminación a la mujer, dispone que gozará de especial protección durante el embarazo y después del parto. Sin embargo, hay tratos diferenciales legislativa y socialmente aceptados, que pueden tener efectos discriminatorios e impedir el goce de derechos fundamentales, como puede serlo el acceso al trabajo, erigiéndose en formas de discriminación indirecta.

El punto fue advertido desde temprano por la Corte Constitucional, no sólo al declarar por medio de la Sentencia C-622 de 1997 la inexecutable del numeral primero del artículo cuyo segmento está hoy demandado, sino en fallos de tutela anteriores. Así en la Sentencia T-026 de 1996, al amparar el derecho al trabajo de una persona que había sido removida de su cargo por razones de sexo, señaló puntualmente, que debía ser excluida del sistema colombiano “una especie de presunción de ineptitud fincada en diferencias sexuales”, que asigna unos trabajos específicos a los hombres y otros a las mujeres, usando el sexo como criterio de diferenciación. Específicamente dijo el Tribunal:

“10. Finalmente, cabe apuntar que la identificación de actividades excluidas del principio de no discriminación, en todo caso, debe atender a la evolución de las condiciones culturales y sociales que, paulatinamente, contribuyen a desdibujar barreras erigidas sobre prejuicios que, con el pasar del tiempo, devienen arcaicos y desuetos; así, las limitaciones del trabajo nocturno de las mujeres o la incorporación de éstas a las fuerzas armadas son ejemplos destacados de actividades que, habiendo sido vedadas a los miembros de uno de los sexos, en forma progresiva y gracias a la evolución aludida, vienen a ubicarse dentro de la categoría de actividades realizables por ambos sexos, en diversos países.”[20]

En el presente caso, la prohibición que se hace a las mujeres para que no puedan laborar en trabajos subterráneos en minas, en labores peligrosas, en labores insalubres o en labores que requieran grandes esfuerzos, es presentada formalmente como una medida de protección establecida en beneficio de las mujeres, tal y como en su momento lo era la medida que les impedía el trabajo nocturno. Considera la Corte que tal prohibición corresponde a una medida paternalista, presentada de modo aparente como una medida de

protección en favor de las mujeres, que además de presentarlas como sexo débil, en la práctica las coloca en posición de desventaja respecto de los hombres, erigiéndose en una forma de discriminación directa y en una barrera que les impide acceder al trabajo en condiciones de igualdad.

4.5. Ahora bien, el numeral 3 del artículo 262 del Código Sustantivo del Trabajo se refiere específicamente al trabajo subterráneo en minas, así como a labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos. La Corte Constitucional considera que dichas labores, por sus características, por los lugares de desempeño y por los riesgos que puedan entrañar para la salud de los trabajadores, deben ser objeto de una regulación especial, que contenga las medidas de protección, de seguridad industrial, de salubridad y de riesgos profesionales que resulten adecuadas y necesarias tanto a los hombres como a las mujeres que trabajen en tales actividades.

Sobre el punto es necesario señalar que hay una extensa normatividad legal y reglamentaria expedida por el Ministerio del Trabajo y la Protección Social, acorde a diversos tipos de actividades. Así por ejemplo y alrededor del trabajo en minas subterráneas resultan aplicables, tanto a hombres como mujeres, en lo que resulte pertinente, entre otros, el Decreto 1385 de 1987, el Decreto 2222 de 1993, el Decreto 0035 de 1994, el Decreto 0723 de 2013, la Resolución 1016 de 1989, la Resolución 2400 de 1979, la Resolución 1401 de 2007 y la norma más importante, el Decreto 1886 de 2015 Por el cual se establece el Reglamento de Seguridad en las labores Mineras Subterráneas.

En lo que se refiere a las actividades peligrosas, insalubres o que “requieran grandes esfuerzos”, lo procedente es señalar que el artículo 2 del Decreto ley 2090 de 2003 Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades, enumera específicamente esas actividades y que a partir de ello, ha correspondido al Ministerio del Trabajo y Protección Social expedir y desarrollar los reglamentos de seguridad y protección para cada uno de los campos identificados en esa norma, entre los que cabe destacar la Resolución 2400 de 1979 Por la cual se establecen algunas disposiciones sobre vivienda, higiene y seguridad en los establecimientos de trabajo, y el Decreto 1477 de 2014 Por el cual se expide la tabla de enfermedades laborales, entre otros estatutos.

4.6. En conclusión se señala, que el enunciado demandado forma parte de una norma establecida en 1950 y reformada en 1967, en la idea de proteger a las mujeres respecto de trabajos que tan solo podían ser desempeñados por hombres. Sin embargo, algunas de las expresiones allí contenidas han venido siendo modificadas por vía legislativa o declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, por establecer diferencias de trato que, bajo la excusa de la protección, se erigen en normas discriminatorias, que impiden a las mujeres acceder al trabajo en condiciones de igualdad con los hombres. Igualmente se precisó, que el hecho de tratarse de labores en minas subterráneas, actividades peligrosas o insalubres no implica que no puedan ser desempeñadas por mujeres, sino que difieren el asunto a una adecuada regulación legal y reglamentaria, que fije las medidas de protección, de seguridad industrial, de salubridad y de riesgos profesionales, aplicables a todos los trabajadores de esas actividades, sean hombres o mujeres.

Examinado el contenido y el origen del segmento demandado, relacionado con el establecimiento de formas de discriminación directa en contra de las mujeres, que les imponen barreras en materia laboral, se procede al examen de la violación del derecho a la igualdad, el trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio.

5. El derecho a la igualdad en la Constitución y la regla de prohibición de trato discriminado

El derecho a la igualdad ofrece dos dimensiones normativas, la interna, dispuesta en la Constitución Política y la internacional, que involucra los tratados en los que Colombia es Estado parte, las declaraciones de principios respecto de los cuales Colombia es Estado suscriptor, y además los tratados, convenciones y principios alrededor de los cuales el sistema internacional de protección viene construyendo obligaciones concretas de respeto y garantía.

En el plano interno el derecho a la igualdad fue establecido en el artículo 13 de la Constitución bajo, una fórmula que ha sido sectorizada de diversas maneras. El enunciado específico dispone:

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

familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

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

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Respecto de la estructura básica de ese enunciado, se ha dicho que el inciso primero establece el principio de igualdad y la prohibición de trato discriminado; que en el inciso segundo se dispone el mandato de promoción de la igualdad material, mediante la implementación de medidas de discriminación afirmativa; y que el inciso tercero establece medidas asistenciales, por medio del mandato de protección a personas puestas en circunstancias de debilidad manifiesta en virtud de la pobreza o su condición de discapacidad. En el plano estrictamente normativo, el enunciado sobre igualdad consta cuando menos de cuatro elementos:

5.1. El principio general de igualdad

Está formulado al comienzo del enunciado al disponer que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”. La expresión “todas las personas” refiere un destinatario universal, que incluye nacionales, extranjeros, personas naturales y personas jurídicas. Se trata aquí de la igualdad formal, de la igualdad de todos ante la ley, que involucra la supresión de privilegios. Fue esta la primera formulación moderna del derecho a la igualdad, que es puramente formal y que omite las referencias al momento material, las desigualdades de la vida real, de la vida cotidiana de las personas.

5.2. La regla de prohibición de trato discriminado

El inciso primero del artículo 13 señala también, que todas las personas “recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Este es un elemento sustantivo del derecho a la igualdad, ya que no se trata de “ser igual a

otro”, sino de “ser tratado con igualdad”, imponiendo así el mandato de prohibición de trato discriminado, que es el eje del derecho a la igual interpretación e igual aplicación de la ley.

La norma prohíbe el trato discriminado, es decir, la introducción de diferencias de trato que conlleven la violación de derechos fundamentales, enumerando los criterios prohibidos o “categorías sospechosas” que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son un conjunto de criterios no taxativos[21], que han sido usados históricamente para afectar el derecho a la igualdad y otros derechos[22]. En este sentido no pueden ser otorgados privilegios, ni pueden ser fijadas exclusiones o limitaciones por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. De esta manera establecer una exclusión o una diferencia de trato por ser mujer, resulta en principio inconstitucional.

La importancia de la regla de prohibición de trato discriminado ha sido expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, quien ha reiterado que “El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”[23]. (Resaltado fuera de texto)

5.3. El mandato de promoción y la obligación de adoptar medidas en favor de grupos marginados o discriminados

El inciso segundo del artículo 13 de la Constitución establece un deber de promoción y un mandato de adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El deber de promoción señala que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea y efectiva” y se relaciona con la obligación que tiene el Estado de construir políticas públicas y programas que permitan disminuir las desigualdades reales existentes. La inclusión del deber de promoción implica la dimensión prestacional de los derechos en Colombia, en el sentido que la nueva Carta Política introdujo las obligaciones positivas, que compelen al Estado a “hacer cosas” para hacer efectiva la igualdad, como puede ser,

destinar recursos, establecer instituciones o fijar políticas públicas encaminadas a la realización de ese derecho.

Manda también el inciso segundo, el cumplimiento de obligaciones de hacer a cargo del Estado, al disponer que este “adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”, lo que se refiere específicamente a la adopción de medidas de discriminación afirmativa. Los grupos discriminados son aquellos que históricamente han soportado la violación de la igualdad y de otros derechos de los que son titulares, como ha ocurrido con los indígenas, los afrocolombianos, las mujeres, los miembros de la comunidad LGTBI y las personas migrantes de países pobres. Los grupos marginados, de acuerdo con la Corte, están conformados por personas de diversa condición, entre los que se cuentan[24]: la personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta; las personas que se encuentran en situación de desventaja; las personas en condición de discapacidad, quienes han sido objeto de estigmatización, discriminación y marginación; la población en circunstancia de extrema pobreza; y el grupo de las personas que no están en condiciones de participar de los debates públicos.

5.4. El mandato de protección a personas en circunstancias de debilidad manifiesta

El inciso final del artículo trece dispone que “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”. Se trata de una segunda modalidad de acción afirmativa, pero de contenido asistencial. Los destinatarios aquí son personas individuales o grupos de personas que comparten alguna característica, como puede serlo la de ser mayores adultos, menores de edad, estar en condición de discapacidad física o mental, ser víctimas del conflicto o estar en condición de desplazamiento o en situación de pobreza. Esta Corte dijo en alguna oportunidad, que este enunciado consiste propiamente, en una “cláusula general de erradicación de injusticias”[25] a cargo del Estado.

5.5. La igualdad como principio, como derecho fundamental y como valor

La Corte Constitucional ha señalado desde el comienzo de su actividad, que la igualdad en Colombia comparte el triple carácter de ser un principio jurídico, un derecho fundamental y un valor fundante del ordenamiento[26].

5.5.1. La igualdad como principio

El tratamiento de la igualdad como principio en Colombia se corresponde con la expedición de la Carta de 1991 y las actividades de la Corte Constitucional. En este escenario la igualdad como principio jurídico adquiere la condición de norma de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con lo cual la igualdad contractual del Código Civil pasaba a ser simplemente otra de las igualdades posibles.

La igualdad como principio fue dispuesta en el inciso primero del artículo 13 de la Constitución, al acoger la fórmula tradicional según la cual, “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”. Ya en el año de su fundación, la Corte señalaba que “El principio de igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de igualdad de la ley a partir de la igualdad abstracta, por el concepto de generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado.”[27]

La asunción de la igualdad como principio fue también dispuesta por la Corte Interamericana, la que habló específicamente del Principio de igualdad y no discriminación, tomando como punto de partida el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece la obligación general de respeto y garantía de los derechos que deben tener los Estados parte en la Convención:

“Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.

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

La Corte Interamericana entiende que la no discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un

principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos, que se deriva del vínculo existente entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

El establecimiento del principio de igualdad y la identificación de las reglas de aplicación directa que en él subyacen, permiten asumir a la igualdad también como un derecho fundamental.

5.5.2. La igualdad como derecho fundamental

Recurrentemente se acepta que los derechos fundamentales son básicamente derechos constitucionales que tienen aplicación directa y cláusula de garantía reforzada, es decir, que para su efectividad ante los tribunales, la administración o los particulares, pueden ser ejercitadas tanto las acciones de código, de origen legal, como por las acciones constitucionales, preferentemente la acción de tutela. Adicionalmente y en sentido funcional, ha sostenido la Corte Constitucional que “son derechos fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.”[28]

El tratamiento de la igualdad como derecho fundamental en Colombia ha contado con dos implementaciones, la primera de ellas, la inicial, que caracteriza a los derechos fundamentales como derechos subjetivos personales; y la posterior, que se despliega en las protecciones específicas que articulan el derecho a la igualdad en sentido material, patente en las protecciones concretas otorgadas por vía de tutela, que permiten articular diversas líneas jurisprudenciales de protección de este derecho.

La igualdad como derecho subjetivo está relacionada con la identificación de los límites que tiene el legislador respecto de los derechos de las personas. Dentro de esta comprensión ha dicho la Corte desde el comienzo, que “De este carácter de la igualdad como derecho subjetivo se deriva, a su vez, su segunda característica: la igualdad es, también, una obligación constitucionalmente impuesta a las ramas y órganos del poder público, obligación consistente en tratar de igual forma a cuantos se encuentran en iguales situaciones de hecho. Desde esta perspectiva, la igualdad mantiene su carácter de derecho subjetivo pero lo proyecta, además, como una obligación de los poderes públicos que

guarda una estrecha relación con la imparcialidad de que trata el artículo 209 superior (...)”[29] (Resaltado dentro del texto).

En lo que se refiere a las protecciones específicas de la igualdad como derecho fundamental, es necesario registrar la existencia de numerosas líneas jurisprudenciales articuladas desde la actividad de la Corte Constitucional, tradicionalmente relacionadas con problemas de género, trabajo, servicios, religión, que han encontrado desarrollo también en escenarios como la igualdad de trato jurídico, la igualdad de oportunidades, igualdades prestacionales (de salario, de horario, de asignación) y las acciones afirmativas de contenido prestacional y asistencial.

5.5.3. La igualdad como valor fundante del ordenamiento

Como se dijo desde la Sentencia T-406 de 1992, los valores son los componentes axiológicos del ordenamiento jurídico, y operan principalmente en los momentos de la interpretación y la adjudicación del derecho. Esa misma sentencia señaló al Preámbulo y al artículo 2 de la Constitución, como enunciados en los que los valores aparecen relacionados con los fines del Estado y más precisamente, con el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes y la participación. Años más tarde precisaría la Corte dentro de la misma línea, que “la igualdad es una norma que establece fines, dirigidos a todas las autoridades creadoras del derecho y en especial al Legislador”[30].

En lo que se refiere a la función de los valores en el ordenamiento, la Corte ha dicho que son enunciados de eficacia interpretativa y que por lo mismo “Los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto”[31].

La igualdad como valor convoca el carácter relacional del derecho a la igualdad y ha resultado especialmente útil y significativa respecto de los sujetos de especial protección constitucional como las personas en condición de pobreza, las personas en condición de desplazamiento, las víctimas del conflicto y las personas en condición de discapacidad. Respecto de ellos y en palabras de Peces Barba, la igualdad como valor “consiste en concretar los criterios para llevar a cabo el valor solidaridad, en crear las condiciones

materiales para una libertad posible para todos y en contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo”[32].

Integralmente debe señalarse con la Corte Constitucional[33], (i) que el derecho a la igualdad protegido en nuestra Constitución implica, además de contenidos legislativos no discriminatorios, un trato igual por parte de las autoridades públicas y un principio de actuación vinculante para las relaciones entre particulares; (ii) que el constituyente determinó como uno de los ámbitos de aplicación y protección expresa el de las relaciones de igualdad entre géneros; y (iii) que vinculó los instrumentos internacionales a las decisiones de los jueces y la política legislativa, en el sentido de prestar especial interés a los casos en los que la prohibición de discriminación sea desconocida en las relaciones entre sujetos públicos y privados o entre estos últimos.

En el caso del enunciado demandado, fue establecida una diferencia de trato bajo el criterio sexo, que es prohibido, que en principio parece violatoria del derecho fundamental a la igualdad, entendido como la igual oportunidad que tienen hombres y mujeres de acceder al trabajo.

6. El derecho a la igualdad y la regla de prohibición de trato discriminado a las mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como derecho vigente

El derecho a la igualdad y la regla de prohibición de trato discriminado han sido dispuestos en numerosas convenciones internacionales en las que Colombia es Estado parte, que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como en otra clase de documentos en los que Colombia es Estado suscriptor o participante.

Sobre el punto dijo recientemente la Corte en la Sentencia C-297 de 2016, al examinar la constitucionalidad del tipo penal de feminicidio, que “En el derecho internacional de los derechos humanos, la obligación de garantizar el derecho de las mujeres a estar libres de violencia tiene dos fuentes. De un lado, surge de la lectura sistemática de las disposiciones neutras que proscriben la violencia y reconocen los deberes de protección a la vida, la seguridad personal, la integridad, la honra, la salud y la dignidad de las personas, entre otros, con aquellas normas que establecen: (i) el derecho a la igualdad en el reconocimiento y protección de esos derechos; y (ii) la prohibición de discriminación por razón del sexo, pues imponen un deber de protección especial por razón al género. De otro lado, surge de

las disposiciones que explícitamente consagran protecciones y deberes alrededor de la erradicación de la discriminación contra de la mujer y de la prevención, investigación y sanción de la violencia contra ésta.”[34]

6.1. La protección de los derechos humanos y dentro de estos, del derecho a la igualdad, es hoy un imperativo moral y jurídico que compromete la actividad de los Estados, de las Organizaciones y de las personas. Dentro de esta perspectiva se cuenta hoy con los niveles y los sistemas de protección de los derechos humanos. Así se habla hoy de cuatro niveles de protección de los derechos humanos (subnacional, nacional internacional y supranacional), y de dos sistemas de protección de los derechos humanos, como son el sistema interno de protección, y el sistema internacional de protección, el que a su vez se divide en (i) el sistema universal de protección y (ii) los sistemas regionales de protección, entre los que se cuenta el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, respecto del cual Colombia es Estado parte, habiendo aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de junio de 1985.

6.2. Respecto del derecho a la igualdad del que son titulares las mujeres y la regla de prohibición de trato discriminado por sexo, la jurisprudencia de la Corte recurrentemente reseña como derecho vigente y como normas vinculantes, las siguientes convenciones y documentos internacionales[35], que son sectorizados de conformidad con el sistema del que forman parte. De este modo y respecto del sistema universal de protección se tienen:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en los artículos 3 y 26, el principio general de prohibición de discriminación por sexo, así como el mandato de igualdad entre hombres y mujeres.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en los artículos 2 y 3 establece la regla de garantía para el goce y ejercicio de tales derechos, sin discriminación por sexo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, que señala la protección contra toda forma de discriminación.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW, adoptada y abierta a la ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979[36].

El Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, suscrito en 1958, que en el artículo 1 trae una definición de discriminación y en el artículo 3 obliga a los Estados miembros a eliminarla mediante políticas públicas y normas de carácter nacional[37].

La Declaración sobre la abolición de toda forma de discriminación sobre la mujer, proferida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1967.

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer aprobada el 20 de diciembre de 1993 por la Organización de las Naciones Unidas

Del 4 al 15 de septiembre de 1995 se reunió en Beijing la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, que contiene un documento que establece un plan de acción alrededor de los derechos de las mujeres.

Y como documentos pertenecientes al sistema regional de protección:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en 1969, especialmente lo previsto artículos 1 Obligación de respetar los derechos, y 24, Igualdad ante la ley, que prohíben toda forma de discriminación por sexo[38].

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptado en San Salvador en noviembre de 1988, especialmente el artículo 3 Obligación de No discriminación, que debe ser leído en armonía con el literal a) del numeral 3 del artículo 15, Derecho a la Constitución y Protección de la Familia.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también llamada “Convención de Belém do Pará”, adoptada en dicha ciudad el 9 de junio de 1994, especialmente en lo dispuesto en los numerales f) y j) del artículo 4, que establecen el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la igualdad de acceso a las funciones públicas; y una norma muy importante, el artículo 6 que prohíbe el trato discriminado en contra de las mujeres[39].

6.3. Como documentos decisivos para Colombia, que imponen la regla de prohibición de trato discriminado como derecho vigente, se tienen:

i. La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Especialmente lo previsto en los Artículos 1.1. Obligación de respetar los derechos, y 24 Igualdad ante la ley.

ii. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW. Especialmente lo previsto en el artículo 1 sobre Discriminación, el artículo 3 sobre Garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales, el artículo 4 que contienen Medidas especiales y el artículo 15 sobre Igualdad ante la ley.

iii. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Belém do Pará. Especialmente lo previsto en los artículos 4, que establece el derecho que tienen las mujeres al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos y libertades, entre otros, “f. El derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley”; el artículo 5 que reconoce sus derechos y obliga su protección por parte del Estado, así:

“Artículo 5. Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.”

Y finalmente el artículo 6, que establece la regla de prohibición de trato discriminado, que específicamente señala:

“Artículo 6. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

a. El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación (...).”

iv. El Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT. Especialmente lo previsto en el artículo 3, que obliga a los Estados a ajustar su legislación interna a las reglas fijadas en el Convenio.

Como conclusión de esta sección se tiene que el derecho a la igualdad y la regla de prohibición de trato discriminado a las mujeres son obligatorios a la luz del Derecho

Internacional de los Derechos Humanos, que se trata de derecho vigente, y que dentro de esta perspectiva, las autoridades públicas y los particularices están jurídicamente obligados desde el Derecho Internacional, a no incurrir en diferencias de trato discriminatorio a las mujeres.

7. El test integrado de igualdad y la violación del derecho a la igualdad en este caso concreto

En el presente caso y conforme a lo que establece el enunciado, se está frente a una diferencia de trato, que en principio y bajo el criterio sexo, señala que los hombres pueden desempeñarse en cualquier clase de trabajo, mientras que las mujeres no pueden hacerlo en minas subterráneas, en actividades peligrosas, insalubres o que impliquen grandes esfuerzos.

Sin embargo, ¿Cómo sabe un usuario o un operador judicial si una medida determinada (por ejemplo esta que le permite a los hombres desempeñarse en cualquier trabajo y a las mujeres no) viola los derechos fundamentales? y en relación con el derecho a la igualdad: ¿Cómo sabe un usuario o un operador en una situación corriente, que está frente a una diferencia de trato no justificada, violatoria del derecho a la igualdad?

7.1. Para el efecto fue construida una metodología, que con base en criterios, permitiera identificar los casos en los que las diferencias de trato introducidas por el legislador fuesen justificadas, o que por el contrario, resultaran violatorias de la igualdad. A dicha metodología le fue asignada la existencia de un principio, el de proporcionalidad y una aplicación, el test de razonabilidad.

El principio de proporcionalidad ha sido genéricamente definido como una estructura argumental que le permite a los tribunales y a los usuarios fundamentar sus interpretaciones acerca del contenido de los derechos fundamentales, en aquellos casos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales, que suministran razones en favor y en contra de una intervención legislativa. En sentido concurrente, la aplicación del test de razonabilidad sería una metodología de pasos y criterios que efectiviza el principio de proporcionalidad en los casos concretos.

La Corte Constitucional ha afirmado que el test de razonabilidad es una opción entre otras

posibles, pues “Por supuesto, puede haber otros métodos para alcanzar dicha finalidad, por lo que la Corte solo opta por aplicar el test de razonabilidad en la medida que se muestra en este caso como un método idóneo, más no exclusivo –se recalca- para tal fin.”[40]

7.2. En el caso específico del derecho a la igualdad, la actividad de la Corte Constitucional ha concurrido con la elaboración del test de igualdad, dentro de un proceso de construcción iniciado en la década de los noventa. En este sentido y durante el período inicial, se habló más del test de igualdad que del test de razonabilidad y en la clásica Sentencia C-093 de 2001 se refirieron sus orígenes, fueron fijados los elementos básicos de su estructura, se identificaron las distintas intensidades, hasta plantear el test integrado de igualdad, el que según dijo la Corte, “combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los test de distinta intensidad estadounidenses”[41].

En el escenario de aplicación de la doctrina contenida en la Sentencia C-093 de 2001, cuando se iba a aplicar el test de igualdad, la metodología consistía básicamente en identificar la medida, en establecer la intensidad del escrutinio o de test que debía ser aplicado (leve, estricto o intermedio), y en desarrollar la aplicación. De este modo si se acogía la metodología del test estricto, se identificaba la medida (es decir, el enunciado que establecía la diferencia de trato objeto de examen) y se la evaluaba desde la aplicación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

7.3. La metodología fue refinada por la Corte Constitucional durante la década del dos mil, dando paso a lo que en la actualidad se ha dado en llamar “juicio integrado de igualdad” o “test integrado de igualdad”, constituido por tres elementos, que consisten en: (i) determinar cuál es el criterio de comparación o *tertium comparationis*; (ii) definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) establecer si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, es decir, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas de un modo similar.

El Tribunal se ha expresado de la siguiente manera acerca de la metodología:

“El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma

naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.”[42]

Y más recientemente en la Sentencia C-104 de 2016, precisó el procedimiento en los siguientes términos:

“6.5.2. El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o *tertium comparationis*, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado en el examen de un asunto sometido a revisión, este Tribunal ha fijado una regla y varios criterios.”[43]

7.4. El enunciado demandado señala que “Las mujeres, sin distinción de edad” no pueden ser empleadas en trabajos subterráneos de las minas, ni trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos. La medida adoptada por el legislador consiste en una prohibición dirigida específicamente a las mujeres, que les impide desempeñarse laboralmente en los cuatro escenarios referidos. En sentido contrario y como ha sido afirmado varias veces en este escrito, los hombres pueden trabajar en cualquier actividad de las autorizadas por la ley, mientras que las mujeres no pueden hacerlo.

En este caso el legislador ha dispuesto que sea el sexo el criterio que determina los trabajos o labores que las mujeres no pueden desempeñar. Conforme se tiene establecido, el criterio sexo es una de las “categorías sospechosas” que se encuentran relacionadas en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la que ha sido históricamente utilizada para discriminar, es decir, para establecer diferencias de trato que resultan violatorias de los derechos fundamentales, como ha sucedido en el caso de las mujeres en Colombia.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, procede la aplicación del test estricto de razonabilidad, cuando está de por medio una clasificación sospechosa de la enumeradas en el artículo 13 de la Constitución (el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica); que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, que los destinatarios de la misma pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se cree un privilegio.

En el caso del sintagma demandado, es claro que el legislador utilizó como criterio diferenciador el sexo, que es una de las categorías que ha sido históricamente utilizada para discriminar y por lo mismo, procede la aplicación del test estricto, dentro del juicio integrado de igualdad, como sucede a continuación.

7.5. La primera cuestión consiste en establecer el criterio de comparación, patrón de igualdad o *tertium comparationis*, es decir, en precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza.

Los supuestos de hecho en este caso están relacionados con el mercado laboral colombiano, con el derecho al trabajo y más precisamente, con el acceso al trabajo en escenarios definidos: las labores subterráneas en las minas y los trabajos insalubres, peligrosos o que reclamen grandes esfuerzos. En el mercado laboral de esos cuatro escenarios, tienen la posibilidad de concurrir el conjunto de personas o de ciudadanos que

se encuentren en condiciones de aptitud física y de edad, que les permita desarrollar las actividades relacionadas con esos espacios, dentro de lo que ha dado en llamar la masa laboral o la población económicamente activa. Se trata de un grupo poblacional que comparte características como pueden serlo la condición física, la edad requerida por el sistema para ser trabajador y la decisión personal de querer desempeñar ese tipo de labores, lo que bien puede predicarse tanto de las mujeres como de los hombres.

El segundo elemento consiste en determinar si en el plano fáctico y en el jurídico existe un trato igual entre desiguales o un trato desigual entre iguales. En el plano fáctico acontece que a dos grupos de personas, los hombres y las mujeres residentes en Colombia, mayores de edad, en condiciones de elegibilidad para trabajar (lo fáctico), la ley les da un trato diferente por razón del sexo (plano jurídico), pues mientras que a los hombres se les permite trabajar en minas subterráneas, en trabajos peligrosos e insalubres, a las mujeres se les impide hacerlo en virtud de una prohibición legal expresa. En este sentido el legislador ha consignado un tratamiento desigual entre quienes son iguales, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución al disponer que “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades”.

7.6. Como fue ya señalado, el criterio escogido por el legislador fue el sexo, que es un criterio sospechoso. Adicionalmente en el presente caso, la prohibición afecta prima facie el goce de derechos fundamentales, como son el derecho al trabajo, establecido en el artículo 25 de la Constitución, así como el derecho a escoger profesión u oficio, conforme lo señala el artículo 26 de la Carta Política. Dentro de esta comprensión, se está frente a dos de los criterios establecidos por la Corte Constitucional para la escogencia del test estricto, que es el más severo de los escrutinios al que pueden someterse las medidas adoptadas por el legislador.

En los términos de las Sentencias C-093 de 2001, C-673 de 2001, C-720 de 2007 y C-862 de 2008, que son referencia común en la aplicación del test de razonabilidad, el escrutinio se despliega con la evacuación de tres componentes o etapas que se corresponden a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

7.6.1. De acuerdo con la idoneidad, las intervenciones del legislador sobre los derechos deben contribuir a la obtención de uno o más fines constitucionales, y dentro de esta

perspectiva, el escrutinio consiste en establecer los fines constitucionales que cumple la medida adoptada por el legislador, los que deben ser legítimos, importantes e imperiosos.

En este caso la medida adoptada por el legislador consiste en prohibir el trabajo de las mujeres en los campos laborales ya mencionados. Lo primero que hay que señalar es que se trata de un enunciado establecido en 1967, es decir, previo a la Constitución de 1991 y que por lo mismo se inscribe en el escenario del dominio patriarcal sobre las mujeres, en el que fueron asumidas como seres destinados a la maternidad, el cuidado del hogar y la crianza de los hijos, como ha sido ampliamente documentado por la jurisprudencia de esta Corte. Bajo esta comprensión, la prohibición hecha a las mujeres de trabajar en la minas y en actividades peligrosas, riesgosas o que impliquen grandes esfuerzos, tiene como fin protegerlas de los riesgos inherentes a esas actividades.

La protección de las mujeres y de todas las personas es un fin constitucional legítimo. De hecho el artículo 2 de la Constitución, que contiene el principio de efectividad, establece que “las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia”, previéndose además protecciones específicas para las mujeres, relacionadas con la familia (artículo 42 de la Constitución), la mujer en estado de embarazo o post parto, la mujer cabeza de familia (artículo 43 de la Constitución) y la “protección especial a la mujer, a la maternidad”, que expresamente trae el artículo 53 de la Constitución.

El fin de la protección es también importante, en virtud de las jerarquías internas de la Constitución, pues además de estar relacionado con el de efectividad, que es un principio constitucional explícito, se aviene con la primacía de los derechos inalienables de los que son titulares las mujeres en los términos del artículo 5 de la Carta. Finalmente se trata de un fin imperioso, en tanto que la protección de los trabajadores, sean mujeres u hombres, no se limita a momentos específicos, sino que implica su despliegue permanente, lo que actualiza el contenido del fin constitucional en cada actuación individual.

7.6.2. En segundo término debe ser evaluada la necesidad. En este paso el escrutinio recae sobre la medida concreta adoptada por el legislador, es decir, sobre la intervención que se hizo sobre los derechos de las personas, la que debe satisfacer tres criterios, pues debe ser

adecuada, conducente y necesaria.

De acuerdo con el criterio de necesidad, la medida adoptada por el legislador debe ser la mejor entre otras posibles, o ser tan idónea como otras de su clase, y adicionalmente debe ser la menos lesiva con el derecho intervenido.

Aquí la medida consistió en prohibirle a la mujer el trabajo en cuatro áreas laborales, a efectos de obtener su protección. Ahora bien, si la finalidad de la prohibición adoptada era la de proteger a la mujer cuando desempeña actividades que pudiesen afectar su salud personal, su integridad psíquica o su integridad física, entonces debe decirse que el legislador tenía otras opciones distintas a las de la prohibición, como podían serlo, la adopción de medidas legislativas o reglamentarias sobre riesgos profesionales, relacionadas con la prevención y la protección en trabajos insalubres, riesgosos o que entrañen grandes esfuerzos, las que deben resultar adecuadas no solo a las mujeres, sino a todas las personas que desempeñen ese tipo de actividades.

Sin embargo, el legislador decidió adoptar la medida más lesiva, aquella que excluye a las mujeres de campos laborales en los que puede desempeñarse, propiciando así condiciones de exclusión, desempleo, pobreza y dependencia económica.

7.6.3. Finalmente debe ser examinada la proporcionalidad estricta, como tercer componente del test estricto de razonabilidad. Esta consiste en evaluar entre las ventajas y las desventajas constitucionales de la medida adoptada por el legislador. De este modo, si son mayores las ventajas, entonces la medida resulta consistente y constitucional, pero si ocurre lo contrario y son mayores las desventajas o las afectaciones, entonces la medida resulta desproporcionada y en el caso del derecho a la igualdad, la diferencia de trato resulta injustificada. Dentro de esta comprensión la Corte Constitucional ha dicho, que la proporcionalidad estricta “exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre los principios y valores constitucionales por la medida”[45].

En principio la medida que le prohíbe trabajar a las mujeres en los cuatro campos laborales ya referidos, trae como ventajas la realización del derecho a la integridad personal (artículo 15 de la Constitución), a la salud (artículo 49 de la Constitución) y el mandato de especial protección a la mujer trabajadora previsto por el artículo 53 de la Constitución, pues las

mujeres desarrollarían sus actividades laborales en trabajos de superficie, que no sean peligrosos y en ambientes saludables que no impliquen grandes esfuerzos, mientras que los hombres tendrían que asumir tales riesgos laborales.

Sin embargo la prohibición también implica la afectación e incluso el sacrificio de derechos constitucionales valiosos como son: el ejercicio de la autonomía, dispuesto en el artículo 16 de la Constitución, que le permite a las persona construir su plan de vida, incluyendo el plan de vida laboral; la libertad de escoger qué trabajar y donde hacerlo, previsto en el artículo 26 de la Constitución, pues los hombres podrían trabajar donde quieran, mientras que las mujeres no; igualmente la medida permite la pervivencia de la distinción tajante entre trabajos para hombres y trabajos para mujeres, que tanto ha marginado a las mujeres, perpetuando la imagen de estas como sujetos de protección y no como sujetos titulares de derechos, y adicionalmente restringe las oportunidades laborales de la mujer en un escenario donde el trabajo es un recurso escaso, propiciando situaciones de dependencia o de pobreza.

7.7. Como balance de todo lo anterior debe decirse entonces, que la medida que le prohíbe el trabajo a las mujeres en los escenarios antedichos, no es necesaria, en tanto que es muy lesiva, y adicionalmente es desproporcionada, pues su presencia afecta derechos de los que son titulares las mujeres, permitiendo que estas continúen sus vidas en la pobreza o bajo el modelo de la dependencia, al excluirlas de sendos escenarios del mercado laboral. Bajo esta misma comprensión, la diferencia de trato introducida por el legislador no tiene justificación constitucional y por lo mismo, debe ser declarada inexecutable.

8. La discriminación por sexo. Los estereotipos que discriminan a las mujeres y su pervivencia. El estereotipo del trabajo para hombres y trabajo para mujeres

En las secciones anteriores fue presentada la regla de prohibición de trato discriminado establecida en la Constitución Política y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Igualmente fue aplicado el juicio integrado de igualdad, el que permitió concluir que la prohibición hecha a las mujeres para trabajar en minas subterráneas y en trabajos riesgosos, insalubres o que impliquen grandes esfuerzos, no satisface el criterio de necesidad y es además desproporcionada.

A continuación se diferencian los conceptos de “distinción” y “discriminación”, para precisar

luego desde el CEDAW, el contenido de este último, ampliamente acogido por la Corte Constitucional. Preciado lo anterior se identifican estereotipos discriminatorios, violatorios del derecho a la igualdad, identificados la Corte Constitucional y la Corte Interamericana, entre los que se incluye el estereotipo que diferencia entre el trabajo para hombres y el trabajo para mujeres, que está a la base del enunciado demandado del numeral 3 del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, que es el motivo de este pronunciamiento.

La Corte Interamericana ha diferenciado y precisado el contenido de los conceptos de “distinción” y de “discriminación”: “El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.”[46] (Resaltado fuera de texto)

8.1. En el plano específico de los derechos de la mujer y la regla de prohibición de trato discriminado hacia ella, la Corte Constitucional ha adoptado la definición de discriminación a la mujer establecida en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW[47]. La definición es la siguiente:

“Artículo 1. A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

Como puede apreciarse la definición usa el cuantificador universal “toda”, para referirse a las formas de distinción, exclusión o restricciones basadas en sexo, que afectan los derechos de las mujeres y se erigen en barreras que impiden su realización y la de sus derechos. Valga decir por ahora que el enunciado demandado del artículo 262 del Código Sustantivo del Trabajo aquí denota implícitamente el mismo cuantificador, al establecer que “[todas] la mujeres sin distinción de edad” no pueden ser empleadas en trabajos subterráneos en las minas, ni trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran

grandes esfuerzos.

“Artículo 5. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; (...)” (resaltado fuera de texto)

Adicionalmente el artículo 10, cuyo tema central es la educación, dispone:

“Artículo 10. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza. (...)” (Resaltado fuera de texto)

La Corte Constitucional ha dicho que los estereotipos de género tienen usos discriminatorios y que tienen prohibición reforzada, habiéndolos definido así:

“Un estereotipo se refiere a la determinación de un molde como una referencia a la identidad de alguien, que cuando se traduce en un prejuicio adquiere una connotación negativa y tiene el efecto de la discriminación. La asignación de estereotipos muchas veces responde a la categorización de las personas en la sociedad, por pertenecer a un grupo particular, lo cual puede generar desventajas que tengan un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales. Los estereotipos han sido definidos como una preconcepción sobre los atributos o las características de los miembros de un grupo particular, o sobre los roles que éstos deben cumplir. En este sentido, los estereotipos presumen que todos los miembros de un grupo tienen unas características o cumplen unos roles precisos, y por lo

tanto cuando se valora a una persona que pertenezca al grupo se presume que ésta actuará de conformidad con dichas preconcepciones, o que es su deber hacerlo.”[48]

La discriminación a la mujer determinada por estereotipos de género, ha sido prohibida por la Corte Constitucional y por la Corte Interamericana.

8.3. La sentencia proferida en el año 2009 por la Corte Interamericana, en el Caso González y otras contra México, más conocido como “Campo algodoner”, relacionado con la desaparición, tortura y muerte de mujeres en Ciudad Juárez, es todo un hito en el Sistema Interamericano como modelo de tratamiento de los derechos sustantivos de las mujeres, consideradas como grupo que ha padecido procesos históricos de discriminación, estimulados por estereotipos y patrones socioculturales de conducta articulados alrededor de ellas.

La Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación de múltiples derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará y en referencia a los estereotipos articulados en contra de la mujer dispuso en el punto 22 de la parte resolutive que:

“22. El Estado debe continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos en los términos de los párrafos 531 a 542 de la presente Sentencia. El Estado deberá informar anualmente, durante tres años, sobre la implementación de los cursos y capacitaciones.”[49]

El asunto judicializado ante la Corte Interamericana giró alrededor de la violación de derechos de la jueza y sus hijas, en un juicio por tuición adelantado por el padre de las niñas, así como por la violación de derechos a la intimidad, igualdad y garantías judiciales, vulnerados con ocasión de un proceso disciplinario llevado en su contra.

La Corte Interamericana tuvo que enfrentar dos tipos de argumentos que han justificado la

violación del derecho a la igualdad por razones de género en la Región: el primero se refiere al uso recurrente de estereotipos vertidos en las decisiones judiciales, que señalan que las lesbianas son seres desviados y que la única relación natural y saludable en materia sexual y de familia, es la heterosexual. En segundo término y en el plano judicial, el Tribunal tuvo que enfrentar el estereotipo operante en América Latina según el cual, un funcionario homosexual o lesbiana no serían aptos para administrar justicia, como sí lo sería uno heterosexual. Respecto del efecto discriminatorio el Tribunal señaló que:

“111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.”[50]

8.5. La discriminación a la mujer ha sido ampliamente documentada por las sentencias de la Corte Constitucional desde diversos planos, como pueden serlo el de la imposición del modelo patriarcal, que constituyó la preocupación de la Corporación durante la década de los noventa, las violencias de diferente clase, la discriminación como forma de violencia sobre las mujeres, y más recientemente, la tarea social y judicial de remoción de patrones socioculturales y estereotipos que permiten y prolongan formas de violencia y de discriminación.

Como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-410 de 1994, el estereotipo de la mujer como ser dependiente, destinado a la reproducción, al cuidado del hogar y la crianza de los hijos, fue nutrido por el derecho civil, el que, marcado por el signo patriarcal de sus fuentes, instaló un sistema de limitaciones y prohibiciones a la mujer, que contrasta con el establecimiento de los derechos de los hombres sobre las mujeres. De este modo señalaba ya la Corte en 1994, que “los prejuicios sociales imponían el confinamiento de la mujer a las tareas del hogar, comúnmente consideradas improductivas; se difundió de ese modo, una imagen de la mujer como ser económicamente dependiente y por tal motivo sometida a la autoridad de los padres o del marido”[51].

8.6. Este estereotipo, mantenido en el tiempo, viene siendo combatido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así en la recurrente Sentencia C-082 de 1999, la Corte declaró la inexecutable del numeral 7 del artículo 140 del Código Civil, que señalaba que el matrimonio era nulo y sin efectos “Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice”.

Allí la Corte Constitucional precisó, que las instituciones jurídicas y políticas reforzaron la discriminación contra de la mujer, bajo el patrón cultural según el cual, “la individualidad y la autonomía eran connotaciones predicables sólo el sexo masculino, y la mujer, por tanto, sólo debía ajustarse al lugar que la naturaleza (principalmente por sus atributos biológicos) le había reservado: tener hijos, criarlos, cuidar al marido y a toda la familia, ocuparse de la casa”[52].

8.7. Más recientemente la Corte ha continuado en la tarea constitucional de remoción de los estereotipos de género violatorios de los derechos fundamentales de las mujeres. De este modo la Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-967 de 2014 tuteló los derechos fundamentales de una señora víctima de violencia psicológica, a la que el Juzgado Cuarto de Familia de Bogotá le había negado el divorcio, por no haber configurado la causal 3 del artículo 154 del Código Civil, que establece como causal “los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra”.

Consideró la Corte que la accionante había sido víctima de violencia de género que había sido probada dentro del proceso, pero que el juez había negado bajo el estereotipo de la mujer sometida al hogar aún a costa de su propia integridad. Específicamente dijo la Sala, que el Juez Cuarto de Familia había minimizado la prueba y el conflicto familiar hasta volverlo trivial y cotidiano. Para la Corte “Esta mirada contiene diversos estereotipos de género que no pueden seguir pasando por alto, en las esferas judiciales”, pues “Detrás de ese argumento, está la idea de que la mujer debe soportar las peleas y los maltratos (así sean mutuos) por varios años (desde 2007) y buscar la forma de adaptarse al conflicto, pues si no se llega a los “golpes”, el conflicto no amerita la disolución del matrimonio. Se privilegia entonces ese vínculo, por encima de la salud mental de los miembros de la familia”[53].

Lo anterior llevó a la Sala a exhortar al Congreso y al Presidente de la República para que

“emprendan las acciones pertinentes que permitan reconfigurar los patrones culturales discriminatorios y los estereotipos de género presentes aún en los operadores de justicia en Colombia”, e instar al Consejo Superior de la Judicatura, para que exija la asistencia obligatoria de todos los jueces del país de la jurisdicción de familia, a las capacitaciones sobre género de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, a fin de promover marcos “que permitan la real y efectiva reconfiguración de patrones culturales y estereotipos de género discriminatorios”[54].

8.8. Algo similar aconteció en la Sentencia C-297 de 2016, que declaró la exequibilidad del literal e del artículo 2º (parcial) de la Ley 1761 de 2015 Por medio de la cual se creó el tipo penal de feminicidio, “en el entendido de que la violencia a la que se refiere el literal es violencia de género como una circunstancia contextual para determinar el elemento subjetivo del tipo: la intención de matar por el hecho de ser mujer o por motivos de identidad de género”.

Como elemento central de su razonamiento, el fallo señaló que el deber de debida diligencia en la prevención, atención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer le impone al Estado la carga de adoptar una perspectiva de género en la investigación de estos delitos y violaciones de derechos humanos.

Igualmente se indicó dentro de las consideraciones, que “La violencia contra la mujer se fundamenta en prejuicios y estereotipos de género. Éstos, a su vez, se desprenden del lugar histórico que la mujer ha cumplido en la sociedad, generalmente ligado a su función reproductiva y a labores domésticas como la limpieza y la crianza. Este condicionamiento de la mujer a ciertos espacios no sólo ha sido social, sino también legal. Así, tradicionalmente el rol que le correspondía a la mujer la excluía de la participación en espacios públicos, del estudio y el trabajo y de la posibilidad de ejercer derechos políticos, lo cual la ha situado en una posición de inferioridad frente al hombre, reforzado por la dependencia socioeconómica.”[55]

8.9. A los anteriores patrones sociales debe ser integrado también el estereotipo que diferencia entre trabajos para hombres y trabajos para mujeres.

El establecimiento y consolidación del modelo patriarcal a lo largo de la República y su traducción en las instituciones jurídicas, reforzó históricamente el estereotipo del sexo débil,

señalando el camino de discriminación laboral padecido por las mujeres, patente en la norma hoy demandada, que las excluye del trabajo subterráneo en las minas, así como del trabajo en labores peligrosas, insalubres o que impliquen grandes esfuerzos.

La Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse alrededor de este estereotipo y la necesidad de su proscripción. Las ya referidas sentencias C-410 de 1994 y C-082 de 1999, reconstruyen la implementación normativa del estereotipo del sexo débil de las mujeres, desplegado en la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

8.10. La Sentencia C-184 de 2003 la Corte Constitucional significó un avance en la tarea de igualación entre los sexos. Se examinó allí la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002, Por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia, en el sentido de precisar, que el beneficio de la prisión domiciliaria también podía ser también otorgado al padre cabeza de familia.

La Corte declaró la exequibilidad de las expresiones demandadas, “en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido”.

La Corte asumió explícitamente la inconveniencia del estereotipo de género del sexo débil que se dedica a las labores del hogar y del sexo fuerte que trabaja y provee, precisando que “La decisión que debe tomar la Corte está llamada a no promover ni el estereotipo que pesa en cabeza de las mujeres ni el estereotipo que se proyecta en los hombres. Si el prejuicio en el caso de las mujeres es que están “naturalmente” llamadas a encargarse de la crianza de los hijos y a realizar las labores domésticas, el estereotipo reflejo en el caso de los hombres es que su lugar está en las actividades de provisión de sustento realizadas en la esfera pública y, por lo tanto, los asuntos del hogar y el cuidado de los menores no son un asunto “para ellos”, ni siquiera en el caso de los hijos propios”[56].

Dentro de esta comprensión, las medidas que impiden el acceso de las mujeres a diversas clases de trabajos y actividades, han sido históricamente presentadas como medidas de protección, que diferencian entre trabajos para hombres y trabajos para mujeres, las que

tienen a la base estereotipos de género, que permiten la introducción de diferencias de trato inconstitucionales, como ocurre en el caso del enunciado demandado.

9. El cargo por violación del derecho al trabajo

El artículo 25 de la Constitución establece el derecho al trabajo, bajo la siguiente fórmula:

“Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”

Por su parte el Artículo 53 de la Constitución enuncia entre los principios mínimos fundamentales que deben ser contenidos en el estatuto del trabajo, la igualdad de oportunidades para los trabajadores.

9.1. Desde sus comienzos la Corte Constitucional ha precisado que el trabajo no consiste en el derecho a ejercer un trabajo o un cargo específico, sino en la posibilidad de ejercer la actividad o el cargo que se desee, dentro de las condiciones reales del mercado laboral, lo que implica un vínculo con el derecho a la igualdad de oportunidades de acceso al trabajo. De este modo en la Sentencia T-047 de 1994 la Corte ya precisaba que “debe entenderse que el derecho al trabajo no consiste en la pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, en un lugar determinado por el arbitrio absoluto del sujeto, sino en la facultad, in genere, de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo indeterminados.”

Sin embargo el ejercicio de la facultad general de poder desarrollar una labor remunerada, exige que las personas tengan la oportunidad real de presentarse como candidatos al trabajo en condiciones de igualdad. En este sentido en el mismo fallo se dijo también que: “con respecto a la igualdad de oportunidades, por ésta se entiende la misma disposición en abstracto frente a una eventual situación; es compartir la expectativa ante el derecho, así después por motivos justificados, no se obtengan exactamente las mismas posiciones, o los mismos objetivos. Como todos los miembros de la especie humana comparten la identidad esencial, es lógica consecuencia que se compartan las mismas oportunidades.”[57]

9.2. La igualdad de oportunidades o de puntos de partida es muy importante en el Estado

social de derecho, en tanto que ella “apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales”[58], teniendo en cuenta, eso sí, que las posiciones del punto de partida pueden variar de una sociedad a otra.

El derecho a la igualdad de oportunidades resulta decisivo respecto de derechos sociales como la educación, la salud y el trabajo. De este modo actividades como la oferta pública de empleo, las convocatorias a la provisión de cargos o la realización de concursos públicos y abiertos, constituyen escenarios adecuados para la materialización de este derecho. En sentido contrario, la interposición de barreras de acceso a la educación, el trabajo o la salud, resultan violatorias no sólo del derecho a la igualdad, sino también de los otros derechos concurrentes, como pueden serlo el acceso a la educación o el acceso al trabajo, que a su vez posibilita el ingreso al sistema de seguridad social en salud y pensiones.

La Corte Constitucional ha establecido y hecho valer la regla de prohibición de discriminación en razón del género, en relación con el acceso a las oportunidades laborales, al entender que “Las condiciones de igualdad en el acceso de oportunidades en el ámbito laboral resulta una de las principales metas de la igualdad de género, ya que son aspectos laborales como el acceso, promoción, capacitación, determinación de la remuneración, despido, etc., en donde se presentan algunos de los mayores obstáculos en el objetivo de alcanzar una igualdad material”[59]. En este sentido ha procedido al amparo de los derechos de personas a quienes se les ha impedido el acceso al trabajo por razones de género, afectando con ello el ejercicio de la libertad de escoger un oficio.

9.3. Así y por medio de la Sentencia T-026 de 1996, la Corte Constitucional amparó los derechos al trabajo y la igualdad, de un hombre que desempeñaba el cargo de auxiliar de servicios varios en la Casa Cultural de Yumbo, Valle del Cauca, quien fue declarado insubsistente, al considerarse que “el cargo a suprimir, en un futuro lo deberá desempeñar una mujer”. La Corte, dentro de las consideraciones del amparo dijo:

“9. La experiencia permite afirmar que, tradicionalmente, el desempeño de ciertos trabajos o la pertenencia a varios sectores profesionales se ha hecho depender del sexo de las

personas. A las mujeres, por ejemplo, se les suele impedir el desempeño de los denominados trabajos arduos, ligados con la fuerza física o la capacidad de resistencia, empero, un examen detenido de la cuestión lleva a concluir que no es válido apoyar una exclusión semejante en una especie de presunción de ineptitud fincada en diferencias sexuales, y que el análisis basado en presuntos rasgos característicos de todo el colectivo laboral femenino debe ceder en favor de una apreciación concreta e individual de la idoneidad de cada trabajador, con independencia de su sexo.”[60] (Resaltado y cursiva fuera de texto)

9.4. Posteriormente en la ya referida Sentencia T-247 de 2010, la Corte Constitucional concurrió al amparo de una mujer que se había presentado como candidata a ocupar el cargo de vigilante en una empresa contratista de ECOPETROL, quien fue desechada en su aspiración, al considerarse que esos trabajos estaban destinados a los hombres. Dentro de sus consideraciones la Sala de Revisión señaló, que

“Sin embargo nada de esto ocurrió en el caso que ahora se estudia. La señora Pascuas Cifuentes fue excluida sin que mediara un criterio objetivo que demostrara que ella, en cuanto mujer, no estaba en capacidad para realizar la labor de vigilancia en el puesto de la Batería Santa Clara; esto es, precisamente, el carácter discriminatorio de la acción llevada a cabo por parte de SOS Ltda. y ECOPETROL S.A., quienes sin que mediara un criterio de necesidad, adecuación o esencialidad y, por consiguiente, con un carácter prejuicioso carente de cualquier fundamentación objetiva y razonable utilizaron el género como parámetro que exclusión de ingreso al mencionado puesto de vigilancia.”[61]

La Corte Constitucional no solo ha censurado la interposición de barreras de acceso al trabajo por razón de sexo, sino que también ha protegido el derecho al trabajo y la igualdad de oportunidades con personas pertenecientes a la comunidad LGTBI. De este modo el Tribunal censuró la actitud de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá que le impidió el acceso al trabajo a una persona transgénero, al imponerle una carga destinada únicamente a los hombres. Específicamente dijo la Corporación:

“Para la Sala resulta censurable que la entidad accionada, cuya función es poner en marcha los procesos y garantías con el fin de lograr inclusión social y el fortalecimiento de vínculos de respeto y reconocimiento hacia personas de los sectores LGBT e identificar y caracterizar

a las personas de Lesbianas, Gays, Bisexuales, y Transgeneristas, canalizando sus solicitudes y necesidades y facilitando el acceso a los servicios sociales para la garantía plena de sus derechos, en desarrollo de las cuales abre una convocatoria específicamente para vincular contractualmente a personas transgénero, desconociendo abiertamente los derechos de la accionante y negándole su identidad se niegue a celebrar el contrato por el incumplimiento de una exigencia sólo aplicable a personas del género masculino.”[62]

9.5. De lo dicho hasta aquí a propósito del derecho al trabajo y a la igualdad de oportunidades de acceso al trabajo, se concluye que resulta inconstitucional la interposición de barreras fundadas en estereotipos basados en género, que dividen el trabajo y las actividades como “trabajos exclusivos para hombres” y “trabajos exclusivos para mujeres” y que desde esa distinción impide el acceso de las personas al ejercicio de una actividad remunerada.

Dentro de esta misma perspectiva, la prohibición que señala que “las mujeres sin distinción de edad” no pueden ser empujadas en trabajos subterráneos en minas, ni en labores, insalubres, peligrosas o que requieren grandes esfuerzos, aquí demandada, es también inconstitucional por violar el artículo 25 de la Constitución, que establece el derecho al trabajo y por violar concurrentemente el artículo 53 de la Carta Política, que establece el principio de igualdad de oportunidades para los trabajadores, en tanto la diferenciación de “trabajos asignados a hombres” y “trabajos asignados a mujeres”, impide que las personas puedan concurrir en igualdad de condiciones, a las oportunidades que ofrezca el mercado laboral colombiano, en un escenario en el que el trabajo y las oportunidades son un recurso escaso, como lo señalan las cifras sobre desempleo, subempleo e informalidad laboral en Colombia[63].

10. El cargo por violación del derecho a la libertad de escoger profesión u oficio

El artículo 26 de la Constitución establece la libertad de escoger profesión como uno de los derechos fundamentales. Como ocurre con todos los derechos de libertad, tiene como fundamento el principio de autonomía individual, que permite la libertad de elección, el libre ejercicio de las preferencias, la articulación de los planes de vida, la protección especial de la esfera privada y la limitación estatal en su intromisión.

10.1. En lo que tiene relación con su contenido, la Corte ha dicho que fueron establecidos

allí dos derechos: el derecho a escoger la profesión o el oficio, y el derecho a que el Estado proteja la profesión o el oficio que ha sido escogido.

El primero de esos contenidos atiende al derecho que se tiene a escoger la profesión o el oficio que se quiera, lo que está relacionado con la dimensión positiva de este derecho, la articulación del plan de vida y el libre desarrollo de la personalidad, en tanto que se trata del conjunto de decisiones que las personas adoptan respecto de ellos mismos, de conformidad con sus expectativas, sus capacidades y sus opiniones[64]. Como todos, este derecho tiene también una dimensión negativa, relacionada con los deberes de abstención, en virtud de los cuales, las otras personas no pueden interferir el ejercicio de mi autonomía, ni mis escogencias, lo que incluye al Estado, quien tan solo podrá imponer limitaciones que sean razonables y proporcionadas, que respeten el contenido de los derechos fundamentales.

En segundo lugar está el derecho a la protección por parte del Estado. Para el efecto el artículo 26 prevé que las autoridades podrán exigir títulos de idoneidad, ejercer funciones de inspección y vigilancia sobre el ejercicio de las profesiones, y regular a la creación de colegios profesionales, a los que les pueden ser trasladadas funciones públicas, siendo también objeto de control.

10.2. En el caso que se estudia aquí, ha acontecido una intervención de alta intensidad por parte del legislador sobre los derechos de las mujeres, en el sentido que les prohíbe desempeñarse en cuatro escenarios laborales, mientras que a los hombres se lo permite. Dentro de esta comprensión es necesario evaluar la pertinencia de la intervención legislativa en el caso concreto.

El artículo 26 de la Constitución prevé el derecho a la libertad de escoger profesión u oficio, pero a su vez establece diversos escenarios de intervención estatal legislativa y de otro tipo, alrededor de las escogencias que hagan los individuos.

La determinación de los límites del legislador sobre los derechos de las personas, ha sido una preocupación constante de la Corte Constitucional, y en el caso específico del derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión y oficio, desde el comienzo fijaba la Corte los parámetros del control constitucional sobre dichas intervenciones, por medio de la Sentencia C-606 de 1992, la que al examinar la constitucionalidad de la ley que

reglamentaba la profesión de topógrafo señaló que “Es claro que el legislador está expresamente autorizado para intervenir en el ejercicio del derecho fundamental de escoger profesión u oficio. Pero dadas las garantías de igualdad y libertad que protegen este derecho, las limitaciones establecidas por el legislador deben estar enmarcadas en parámetros concretos, so pena de vulnerar el llamado ‘límite de los límites’, vale decir, el contenido esencial del derecho que se estudia.”[65]

En el caso espacio de los límites del legislador sobre el derecho que tienen las personas a escoger profesión u oficio, la Corte Constitucional relacionó en la Sentencia C-296 de 2012, tres clases de límites: los materiales, los competenciales y los procedimentales. Específicamente dijo:

“Por otra parte se debe subrayar que la Constitución Política de 1991 establece tres clases de límites a la facultad de regular el ejercicio de las profesiones y oficios, unos de carácter material, otros de carácter competencial y por último unos de carácter procedimental. En cuanto a los límites materiales, son aquellos que tiene como postulado fundamental que las limitaciones impuestas por el Legislador deben ser razonables y proporcionadas, como se describió anteriormente. En segundo lugar, los límites de carácter competencial, son aquellos que señalan que el legislador no puede trasladar al ejecutivo decisiones que están reservadas al Congreso de la República en virtud del principio democrático, y por último, en cuanto a los límites procedimentales que han sido expresamente reconocidos por la jurisprudencia constitucional”.[66] (Resaltados dentro del texto)

10.3. Bajo la anterior comprensión, debe evaluarse si la prohibición hecha a las mujeres por el artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, excedió o no los límites materiales del legislador, en el sentido de verificar que la medida adoptada sea razonable y proporcionada y respete el contenido de la autonomía que tienen las mujeres al momento de escoger trabajo o actividad económica.

Cuando fue realizado en esta sentencia el juicio integrado de igualdad sobre esta misma prohibición, la Sala concluyó, que las medidas adoptadas por el legislador no eran necesarias y que eran desproporcionadas, en el sentido que dichas prohibiciones implicaban la afectación o el sacrificio de numerosos derechos y posiciones de las que las mujeres son titulares.

Esas mismas consideraciones y conclusiones, allí aplicadas respecto del derecho a la igualdad, resultan pertinentes frente al derecho a escoger profesión u oficio, pero relacionadas con el principio de autonomía, en el sentido de afirmar, que las limitaciones impuestas por el legislador a la mujeres, no sólo instauran una diferencia de trato no justificada, como ya fue dicho, sino que también constituyen una intromisión desproporcionada sobre la autonomía personal, en tanto que bajo la excusa de la protección, se establecen barreras que le impiden a las mujeres cumplir el plan de vida que ellas han decidido para sí mismas, impidiéndoles por esta vía, competir libremente con los hombres dentro del mercado laboral, tener mayores oportunidades de progreso económico y desarrollar las capacidades físicas e intelectuales de las que están dotadas, lo que conduce a concluir, que las expresiones demandadas son también inconstitucionales por violar el artículo 26 de la Constitución.

11. Síntesis del fallo

La Corte evaluó la constitucionalidad de las expresiones “Las mujeres sin distinción de edad”, contenidas en el numeral 3 del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, que prohíbe a las mujeres desempeñarse en trabajo subterráneo en las minas, así como desarrollar labores peligrosas, insalubres o que impliquen grandes esfuerzos.

11.1. El accionante en su demanda solicitó la declaratoria de inexecutable del enunciado, por considerar que era violatorio del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución, del derecho de acceso al trabajo en condiciones de igualdad dispuesto en el artículo 25 de la Constitución y de la libertad de escoger profesión u oficio prevista en el artículo 26 de la Carta Política.

Entre otros argumentos el demandante señaló que las expresiones demandadas establecían una diferencia de trato discriminatoria en contra de las mujeres, que había adoptado como criterio el sexo, que es una de las categorías sospechosas. Adicionalmente dijo que tal discriminación respondía a patrones culturales de dominación dispuestos en contra de las mujeres, dentro de los que se encontraba el estereotipo que considera a las mujeres como el “sexo débil”, por oposición al “sexo fuerte”, que es asignado a los hombres. Igualmente censuró que los hombres puedan acceder a cualquier clase de trabajo, mientras que a las mujeres se les impida el mismo derecho, por su sola condición sexual.

La mayoría de los intervinientes dentro del proceso y la Procuraduría General de la Nación, solicitaron la inexecutable de las expresiones, por establecer una discriminación por sexo violatoria del derecho a la igualdad, de la igualdad de oportunidades para acceder al trabajo y de la libertad de escoger profesión u oficio. Algunos de ellos señalaron además, que el enunciado violaba normas internacionales contenidas dentro del bloque de constitucionalidad.

11.2. En primer lugar, la Corte asumió el examen del enunciado demandado, considerando el origen de la norma, sus contenidos y las connotaciones discriminatorias que en ella se contienen. Así estableció que la norma en sus orígenes tuvo la pretensión de proteger a la mujer trabajadora de actividades riesgosas o peligrosas, impidiéndole trabajar en ellas, prohibición que fue objeto de reformas y de declaratorias de inexecutable como la contenida en la Sentencia C-622 de 1997, y que hoy constituye un acto de discriminación en contra de las mujeres y una barrera que les impide acceder al trabajo en condiciones de igualdad con los hombres. Adicionalmente precisó la Corte, que la protección y seguridad en el trabajo de mujeres y hombres es un asunto que corresponde a las leyes y los reglamentos, especialmente los que se refieren a la seguridad industrial y los riesgos profesionales.

11.4. Como siguiente asunto, la Corte, diferenció entre los niveles y los sistemas de protección de los derechos humanos, abordando desde allí las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que prevén la regla de prohibición de trato discriminado a las mujeres, enumerando las convenciones y documentos vinculantes para Colombia. La Sala recordó que se trata de derecho vigente, que es exigible judicialmente y adicionalmente identificó dos grupos de normas: los artículos específicos que contienen la regla de prohibición de trato discriminado a las mujeres, y las reglas que establecen las obligaciones de respeto y garantía que tienen los Estados partes, especialmente aquellas que obligan ajustar su legislación interna, a los mandatos y prohibiciones contenidos en las convenciones internacionales, referenciando la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará; y el Convenio 111 de la OIT.

11.5. Evacuado lo anterior, el Tribunal evaluó el cargo concreto de violación del derecho a la

igualdad, haciendo uso del test integrado de igualdad, el que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. Una vez aplicada la metodología, la Corte concluyó que la prohibición adoptada por el legislador y demandada ante la Corte, no satisfacía el criterio de necesidad y era además desproporcionada, por lo que resultaba violatoria del derecho a la igualdad.

11.6. Comoquiera que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, imponen la obligación expresa de suprimir estereotipos y patrones socioculturales que discriminan a las mujeres o que propician su discriminación, entonces la Corte identificó los estereotipos de discriminación más notorios, presentes en Colombia y en el sistema interamericano, relacionados con la violencia que se ejerce sobre las mujeres; la inhabilitación para educar hijas dentro de una familia y el ejercicio de funciones públicas; el estereotipo de la mujer como ser destinado a la reproducción, el cuidado del hogar y la crianza de los hijos; y el estereotipo de la mujer como sexo débil y del hombre como sexo fuerte, que conduce a la inconstitucionalidad de las expresiones demandadas, las que además de discriminar por el sexo, asumen y dan continuidad al prejuicio de diferenciar entre trabajos para hombres y trabajos para mujeres, implicando la violación de mandatos contenidos en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

11.7. Se procedió luego al análisis de los cargos por violación derecho de acceso al trabajo (artículo 25 de la Constitución) y de la libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26 de la Constitución), encontrando la Corte que acontecía la violación de tales normas, en el primero de los casos, por afectarse la igualdad de oportunidades para el acceso al trabajo y por permitir el mantenimiento del estereotipo que diferencia entre trabajos para hombres y trabajos para mujeres, que nutre además el prejuicio de concebir a la mujer como sexo

débil. Consideró el Tribunal que también acontecía la violación de la libertad de escoger profesión u oficio, en tanto que la prohibición excedía los límites regulatorios del legislador.

11.8. De este modo y en consideración de todo lo anterior, la Corte Constitucional procede a declarar la inexecutable de las expresiones demandadas, por establecer una diferencia de trato que constituye una discriminación directa a las mujeres por el sexo, impidiéndoles el acceso al trabajo en condiciones de igualdad con los hombres, por violar el derecho al trabajo establecido en el artículo 25 de la Constitución y el principio constitucional de igualdad de oportunidades para los trabajadores previsto en el artículo 53 de la Carta.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato expreso de la Constitución

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar INEXECUTIBLES las expresiones “Las mujeres, sin distinción de edad”, contenidas en el numeral 3 del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, como fue reformado por el artículo 9 del Decreto 013 de 1967.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

Con aclaración de voto

AQUILES IGNACIO ARRIETA GÓMEZ

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Ausente con excusa

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA C-586/16

NORMA QUE INCORPORA AL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO LA PROHIBICION A LAS MUJERES DE TRABAJAR EN LABORES MINERAS SUBTERRANEAS Y EN GENERAL, EN LABORES PELIGROSAS, INSALUBRES O QUE REQUIERAN GRANDES ESFUERZOS-En el proyecto inicialmente llevado a discusión de la Sala por el Magistrado Ponente de la sentencia C-586/16, efectué algunas observaciones destinadas a cuestionar la necesidad de adelantar, en este caso, un juicio o control de convencionalidad. A pesar de haberse hallado en el centro del debate, los argumentos relacionados con ese mecanismo de defensa no se incluyeron en la versión finalmente adoptada (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD-Constituye un poderoso instrumento para la defensa de los derechos fundamentales y la materialización de los ideales de justicia (Aclaración de voto)

NORMA QUE INCORPORA AL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO LA PROHIBICION A LAS MUJERES DE TRABAJAR EN LABORES MINERAS SUBTERRANEAS Y EN GENERAL, EN LABORES PELIGROSAS, INSALUBRES O QUE REQUIERAN GRANDES ESFUERZOS-La norma demandada no expresaba un fin legítimo, importante ni imperioso (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-11339

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9 (parcial) del Decreto 13 de 1967, “por el cual se incorporan al Código Sustantivo del Trabajo las disposiciones de la Ley 73 de 1966”, que modificó el artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo

Demandante: Nelson Alberto Cuchimaque Ríos

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Acompaño la decisión adoptada en la sentencia C-586 de 2016, en la que la Sala Plena de la Corporación decidió declarar la inexequibilidad de las expresiones “Las mujeres, sin

distinción de edad” contenidas en el numeral 3º del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, por vulnerar los derechos a la igualdad, trabajo y a la libertad de escoger profesión y oficio. Sin embargo, aclaro mi voto por los motivos que expongo a continuación.

Por lo anterior, no me extenderé sobre ello, debiendo solamente resaltar que el Juicio de Convencionalidad constituye un poderoso instrumento para la defensa de los derechos fundamentales y la materialización de los ideales de justicia inspirados por consensos logrados más allá de las tradicionales comunidades nacionales y que, en ese sentido, se conjuga con los esfuerzos que deben desarrollar los tribunales constitucionales de cada país para la clarificación progresiva de su fundamentación, alcances, efectos y mecanismos de defensa.

Segundo: al analizar la inconstitucionalidad de la norma demandada, que en síntesis se traducía en la prohibición a las mujeres de laborar en minas y, en general, en labores peligrosas, insalubres o que requirieran grandes esfuerzos, se acogió, acertadamente, la herramienta que esta Corporación ha venido empleando cuando lo que se discute es la lesión del principio de igualdad, esto es, el test integrado de igualdad.

Tras definir que en este caso se acudiría a un test estricto, la Sala concluyó que la prohibición no satisfacía los criterios de necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto, y que, por lo tanto, era inconstitucional, conclusión que comparto en términos generales.

No obstante considero que la norma no resistía, ni siquiera, el estudio inicial, relacionado con el fin de la medida, que debía ser legítimo, importante e imperioso. Y ello es así por cuanto, aunque no se discute que la Carta Política involucra algunos deberes de protección, la presunta “protección” que perseguía la norma aquí demandada se fundaba en un estereotipo, el de la mujer como “sexo débil”.

Así, tal como se refiere en la sentencia C-586 de 2016, el artículo 2 de la Constitución Política prevé que las autoridades están instituidas “para proteger a todas las personas residentes”, y los artículos 42, 43 y 53 ibídem se refieren al amparo debido a la mujer en el seno familiar y en su rol de madre. Sin embargo, del marco constitucional no se deriva una protección especial por una presunta condición de “debilidad” como la que inspira a la norma demandada en este caso, y por lo tanto, no debe ser ni es legítimo afirmar que una razón de tal envergadura materializa un deber de protección deseado por la Constitución

Política de 1991. Mucho menos sería importante e imperioso proteger la mujer bajo tal estereotipo, por el contrario, lo importante e imperioso es reconocer materialmente el estatus que en términos de igualdad desempeña la mujer en todos los ámbitos de la vida personal y en comunidad, en beneficio de un escenario adecuado para el ejercicio de sus derechos y de sus obligaciones.

Por lo anterior, considero que la norma demandada, contrario a lo manifestado en la sentencia C-586 de 2016, no expresaba un fin legítimo, importante ni imperioso.

Fecha ut supra

María Victoria Calle Correa

Magistrada

ACLARACIÓN DEL VOTO

DEL MAGISTRADO ALBERTO ROJAS RÍOS

A LA SENTENCIA C-586/16

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-Definición (Aclaración de voto)

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido definido como el “Sistema de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de los Estados en su conjunto”[67]. En sentido normativo y orgánico, la conformación de este derecho corresponde al sistema en el cual opere. De este modo se tiene que al sistema universal le corresponden los tratados de derechos humanos firmados por los Estados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas; mientras que a los sistemas regionales (europeo,

interamericano y africano) les corresponde el conjunto de tratados de derechos humanos suscritos en el marco del Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Organización para la Unidad Africana respectivamente.

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHO VIGENTE-
Obligación de cumplir el derecho convencional (Aclaración de voto)

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho convencional y el derecho que articula el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es derecho vigente, establece obligaciones que deben cumplir las autoridades públicas y los particulares, y por lo mismo, es derecho exigible judicialmente. Esto suena muy obvio pero no lo es. Los hechos demuestran que los Estados de América Latina han suscrito la mayoría de convenciones internacionales sobre derechos humanos, han ratificado esos mismos instrumentos, forman parte de numerosos organismos internacionales sobre derechos humanos, participan en una gran cantidad de comités, conferencias y encuentros, suscribiendo además declaraciones de derechos, catálogos de principios y otros documentos, que involucran el reconocimiento de reglas, derechos, estándares y obligaciones relacionadas con la vigencia y protección de los derechos humanos en el ámbito internacional y al interior de sus propios Estados. Sin embargo esa gran actividad externa contrasta con la lenta articulación de las herramientas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, así como para el control de dicho cumplimiento.

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO CONVENCIONAL-
Control jurídico practicado por la Corte Constitucional (Aclaración de voto)

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO CONVENCIONAL-
Etapas o periodos que caracterizan los modos de recepción y utilización de dicho derecho
(Aclaración de voto)

DERECHO CONVENCIONAL COMO DERECHO VIGENTE Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD-
Alcance (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD-Concepto y desarrollo (Aclaración de voto)/PODER
JUDICIAL-En ejercicio del control de convencionalidad debe tener en cuenta no solamente el

tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Aclaración de voto)

NORMA QUE INCORPORA AL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO LA PROHIBICION A LAS MUJERES DE TRABAJAR EN LABORES MINERAS SUBTERRANEAS Y EN GENERAL, EN LABORES PELIGROSAS, INSALUBRES O QUE REQUIERAN GRANDES ESFUERZOS-La Corte Constitucional debió ejercer control de convencionalidad (Aclaración de voto)

La Corte Constitucional procedió a declarar la inexecutable de las expresiones demandadas por violar el artículo 13 de la Constitución, que establece el derecho a la igualdad, pero también ha debido ejercer el control de convencionalidad, declarando la inexecutable del enunciado, por la violación de los artículos artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2 y 7 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW, 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y el artículo 3 del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, que contienen la obligación de derogar las normas contrarias a esas convenciones, combatir y derogar los estereotipos que han propiciado la discriminación y la marginación de las mujeres, así como la de adoptar las medidas legislativas necesarias para efectivizar el respeto por los derechos de las mujeres. De haberse procedido así, se habría explicitado que no es cierto que la Corte Constitucional de Colombia no sea juez de convencionalidad, y se habría reconocido que los jueces de los Estados partes en la Convención Americana son Jueces de las Américas, son jueces del derecho vigente en el Sistema Interamericano de Protección, no porque ellos mismos lo decidan, sino porque existe la obligación jurídica de serlo, conforme a la suscripción y ratificación que de las convenciones internacionales hicieron esos mismos Estados.

Referencia: Expediente D-11339

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9 del Decreto 013 de 1967 (parcial), que modificó el artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo

Demandante: Nelson Alberto Cuchimaque Ríos

Magistrado Ponente:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, el suscrito magistrado procede a sentar la aclaración del voto. Si bien estoy de acuerdo con la parte resolutive del fallo y con las consideraciones que condujeron a la declaratoria de inexequibilidad aquí consignada, estimo que es necesario hacer algunas observaciones y presentar algunos argumentos acerca de la manera como la Corte Constitucional ejerce control jurídico desde las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Interamericano, evitando referirse explícitamente al control de convencionalidad, el que por lo demás, viene siendo ejercido por esta Corte desde hace tiempo, al amparo de la figura del bloque de constitucionalidad, que debió ser explicitado y aplicado en el presente caso, en relación con los derechos de las mujeres trabajadoras en Colombia.

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como derecho vigente y la obligación de cumplir el derecho convencional

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido definido como el “Sistema de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de los Estados en su conjunto”[67]. En sentido normativo y orgánico, la conformación de este derecho corresponde al sistema en el cual opere. De este modo se tiene que al sistema universal le corresponden los tratados de derechos humanos firmados por los Estados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas; mientras que a los sistemas regionales (europeo, interamericano y africano) les corresponde el conjunto de tratados de derechos humanos suscritos en el marco del Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Organización para la Unidad Africana respectivamente.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho convencional y el derecho que articula el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es derecho vigente, establece obligaciones que deben cumplir las autoridades públicas y los

particulares, y por lo mismo, es derecho exigible judicialmente. Esto suena muy obvio pero no lo es. Los hechos demuestran que los Estados de América Latina han suscrito la mayoría de convenciones internacionales sobre derechos humanos, han ratificado esos mismos instrumentos, forman parte de numerosos organismos internacionales sobre derechos humanos, participan en una gran cantidad de comités, conferencias y encuentros, suscribiendo además declaraciones de derechos, catálogos de principios y otros documentos, que involucran el reconocimiento de reglas, derechos, estándares y obligaciones relacionadas con la vigencia y protección de los derechos humanos en el ámbito internacional y al interior de sus propios Estados. Sin embargo esa gran actividad externa contrasta con la lenta articulación de las herramientas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, así como para el control de dicho cumplimiento.

Dentro de esta misma línea de comprensión los hechos también indican, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho convencional y el derecho que articula el Sistema Interamericano de Protección, hasta hace poco, no se enseñaron en las facultades de derecho, los jueces y demás funcionarios públicos los ignoraron (como inevitable consecuencia de no haberles sido enseñados), los litigantes no los involucraron en sus pleitos, mientras que los ciudadanos, los sujetos más débiles en toda esa situación, vivieron y aún viven al margen de los derechos que sus Estados reconocieron en el exterior y de las obligaciones que estos mismos adquirieron.

Bajo esta situación, personas como las mujeres, las víctimas, las personas en condición de discapacidad y las minorías étnicas y sexuales, permanecieron en una situación paradójica y de contraste, pues mientras que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconocía derechos y fijaba obligaciones a los Estados, los sistemas educativos, los abogados, los jueces, las autoridades públicas y los ciudadanos continuaron viviendo como si no hubiese sucedido nada. Los hechos indican que el derecho convencional no fue tomado en serio, como tampoco lo fueron las obligaciones de respeto y garantía que surgieron por la suscripción y ratificación de las convenciones sobre derechos humanos y los otros documentos concurrentes.

2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho convencional en el control jurídico practicado por la Corte Constitucional

Al preguntarse por la relación existente entre el derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que incluye el Derecho Interamericano, dentro del conjunto de actividades desplegadas para la defensa de la Constitución por la Corte Constitucional, es posible identificar cuatro etapas o períodos que caracterizan los modos de recepción y la utilización de ese derecho en Colombia.

2.2. El segundo período corresponde a la vigencia de la Constitución de 1991 y la primera década de su aplicación, que registra la formulación del bloque de constitucionalidad como instrumento de inclusión del derecho convencional y del Derecho Interamericano, propiciado por el establecimiento de la jurisdicción constitucional y el ejercicio de las funciones de la Corte Constitucional. Durante esta etapa ocurren tres cosas: La Corte Constitucional comienza a incluir como marco normativo de sus decisiones el derecho convencional, reseñando los instrumentos que obligan a Colombia por ser Estado parte o Estado suscriptor; en segundo lugar, introduce la figura el bloque de constitucionalidad, asignándole elementos dogmáticos y sustantivos[69]; para en tercer lugar, incorporar los tratados y las reglas provenientes de cortes internacionales y órganos de vigilancia internacional, como “criterios relevantes” para efectuar el control de constitucionalidad, superando de esta manera las estrecheces operativas que traía la consideración del derecho convencional, desde las simples leyes aprobatorias del tratado público.

2.3. La década del dos mil da lugar a la tercera etapa, que concurre además con las condenas proferidas por la Corte Interamericana en contra de Colombia por paramilitarismo, el crecimiento del derecho convencional y con la recepción académica del Derecho Procesal Constitucional en el país. Las condenas contra Colombia, las construcciones dogmáticas sobre los derechos de las víctimas, la construcción del derecho a la reparación integral y la primera aplicación de la justicia transicional en la negociación con los paramilitares desarrollada con base en la Ley 975 de 2005, evidenciaron la necesidad de tomarse en serio el derecho convencional y el Derecho Interamericano, de modo tal, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana comenzó a ser utilizada como recurso argumental recurrente de los fallos de la Corte Constitucional, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Sección Tercera del Consejo de Estado[70].

El tratamiento sistemático de la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene como referentes iniciales la Sentencia C-228 de 2002[71], cuyo tema central es la participación de

la víctima dentro del proceso penal, y la Sentencia C-370 de 2006, que efectuó el control sobre la Ley 975 de 2005, denominada “de justicia y paz”[72], dispuesta en la negociación con los paramilitares. En ambos casos fueron sumidos los estándares de protección de los derechos de las víctimas fijados por la Corte Interamericana entre los años 1987 y 2006.

2.4. La cuarta etapa y actual puede ser caracterizada como de integración, en el sentido que en el cumplimiento de sus funciones, la Corte Constitucional usa intensamente el derecho convencional y la jurisprudencia interamericana. Para el efecto basta referir casos emblemáticos como la Sentencia C-936 de 2010[73], que declaró la inexecutable de la Ley 1312 de 2009 por la que pretendía otorgar el principio de oportunidad a los paramilitares; la Sentencia C-771 de 2011[74], que en decisión dividida declaró la constitucionalidad de algunos apartes de la Ley 1424 de 2010 que contiene beneficios judiciales de alta intensidad para los desmovilizados; las sentencias C-715 de 2012, C-099 de 2013 y C-795 de 2014, entre otras, relacionadas con la constitucionalidad de enunciados contenidos en la Ley 1448 de 2011, llamada Ley de víctimas[75]; la Sentencia C-579 de 2013[76], que declaró la constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012, que contiene el “marco jurídico para la paz”; la Sentencia C-577 de 2014[77], que reiteró la declaratoria de constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012, precisando sus reglas de aplicación; la Sentencia C-458 de 2015[78], sobre los derechos de las personas en condición de discapacidad; o la Sentencia C-297 de 2016[79], que examinó la constitucionalidad de del artículo 2 de la Ley 1761 de 2015 “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones”.

En esos casos se advirtió que la jurisprudencia interamericana y el derecho convencional eran un “criterio relevante” para hacer control de constitucionalidad, precisando además en algunos de ellos, que “no constituyen referentes autónomos de control de constitucionalidad, de manera que la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad”[80]; lo que no es cierto, pues lo que esos fallos y muchos otros evidencian, es que la Corte Constitucional sí es juez de convencionalidad, que aplica el derecho convencional, así diga que no lo hace y que por lo mismo, ejerce control de convencionalidad desde hace tiempo.

3. El derecho convencional como derecho vigente y el control de convencionalidad

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho convencional y el derecho del Sistema Interamericano de Protección son derecho vigente, tan vigente como el derecho contenido en las leyes y demás normas que se expiden en Colombia. Por lo mismo existe la obligación jurídica de cumplir ese derecho y los jueces tienen la obligación de verificar dicho cumplimiento, de oficio o a solicitud de los ciudadanos o de las partes involucradas dentro de un proceso judicial. Dentro de esta comprensión, los jueces y demás autoridades deben ejercer control de convencionalidad, es decir, verificar que el derecho convencional, como derecho vigente, haya sido observado y respetado por las autoridades públicas y los particulares.

El control de convencionalidad ha sido caracterizado numerosas veces por la Corte Interamericana. De este modo en la sentencia de fondo proferida en el Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) contra Guatemala señaló: “330. Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.”[81] (Resaltado fuera de texto)

En referencia a la fijación de estándares, el control de convencionalidad también ha sido definido como una actividad destinada a verificar el cumplimiento de los estándares mínimos comunes en materia de respeto, garantía y adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales fijados convencionalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos[82]. Dentro de esta misma comprensión se ha entendido, que el control de

convencionalidad se despliega en dos planos, el externo y el interno. En el primero de ellos consiste en el ejercicio de la competencia asignada a un tribunal internacional como la Corte Interamericana, para que verifique los casos en los que los estados partes hayan vulnerado los derechos reconocidos en el instrumento internacional, bien por la expedición de normas contrarias a la Convención, o por la realización de actos violatorios de las mismas. En el plano del derecho nacional o interno, consiste en el escrutinio que debe realizar sobre las normas y las conductas el juez local, desde las normas del corpus iuris interamericano, el que incluye el respectivo derecho de cada uno de los Estados partes.

La obligación de ejercer control de convencionalidad y por esta vía, de dar aplicación al corpus iuris interamericano y a la interpretación que de estos textos ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido asumida de modo equivocado en algunos países, como una suerte de imposición en virtud de la cual, la Corte Interamericana sometería a las cortes constitucionales o las cortes supremas de justicia de los distintos países.

Es necesario decir y reconocer, que sobre el punto ha sido más consistente la postura del Consejo de Estado, juez constitucional en los términos de los artículos 237 de la Constitución y 43 de la Ley 270 de 1994, especialmente por parte de la Sección Tercera, que sin ambages ha establecido el diálogo judicial y ejerce en sus decisiones el control de convencionalidad[85]. Este juez constitucional ha entendido, que en la defensa del orden jurídico y de los derechos fundamentales, concurren los controles de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, propiciados por el bloque de constitucionalidad, que no es otra cosa que un recurso metodológico que permite defender los derechos reconocidos por la Constitución desde normas pertenecientes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

4. Las obligaciones internacionales de respeto y garantía y el control de convencionalidad en la Sentencia C-586 de 2016

Numerosas normas convencionales, consignadas en instrumentos en los que Colombia es Estado parte, establecen obligaciones de respeto y garantía sobre el trabajo de las mujeres. Así el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene el siguiente enunciado:

“Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Por su parte el artículo 2 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer – CEDAW, establece un texto de similar contenido:

“Artículo 2. Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; (...)

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; (...)”

Adicionalmente el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) dispone:

“Artículo 7. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...)

e) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; (...)

h) Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.”

“Artículo 2. Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.”

Y en el literal c) del artículo 3 impone la obligación a los Estados miembros, de ajustar su legislación interna a la referida política antidiscriminación:

“Artículo 3. Todo miembro para el cual el presente Convenio se halle en vigor se obliga por métodos adaptados a las circunstancias y a las prácticas nacionales, a: (...)

(b) derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política; (...)”

Todas estas normas convencionales establecen la obligación jurídica que tienen los Estados partes, entre ellos Colombia, de ajustar las normas de su derecho interno a los preceptos contenidos en esas convenciones.

El enunciado que se declaró inexecutable en la Sentencia C-586 de 2016 señalaba que “Las mujeres, sin distinción de edad”, no pueden ser empleadas en trabajos subterráneos de las minas, ni trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos. Se trataba de una norma claramente discriminatoria, contraria a las obligaciones contenidas en las convenciones internacionales ratificadas por Colombia, que imponía la necesidad de ejercer el control de convencionalidad sobre esos mismos enunciados, honrando de este modo las obligaciones de respeto y garantía adquiridas por Colombia en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW, recurrentemente citada y aplicada por la Corte Constitucional y el Convenio 111 de la OIT, lo que involucra el escrutinio no sólo sobre las normas del sistema interno, sino también sobre el desarrollo de prácticas estatales que conduzcan a la efectiva observancia de los derechos y garantías reconocidos por las normas internacionales, como fue consignado en la sentencia de fondo proferida en el caso J. contra Perú[86].

En el caso contenido en la Sentencia C-586 de 2016, la casi totalidad de los intervinientes,

incluidas numerosas agencias estatales, le pidieron a la Corte Constitucional que declarara la inexecutable del enunciado por discriminar a las mujeres y violar derechos reconocidos expresamente en numerosas convenciones internacionales, precisando además, que el tratamiento dado a las mujeres en América Latina y Colombia, se ha correspondido con estereotipos y patrones sociales de dominación masculina, que han implicado prejuicios, preconceptos y discriminaciones, presentes en enunciados normativos como el que fue objeto de demanda, que descansa sobre el estereotipo de la mujer como perteneciente al sexo débil.

La Corte Constitucional procedió a declarar la inexecutable de las expresiones demandadas por violar el artículo 13 de la Constitución, que establece el derecho a la igualdad, pero también ha debido ejercer el control de convencionalidad, declarando la inexecutable del enunciado, por la violación de los artículos artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2 y 7 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW, 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y el artículo 3 del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, que contienen la obligación de derogar las normas contrarias a esas convenciones, combatir y derogar los estereotipos que han propiciado la discriminación y la marginación de las mujeres, así como la de adoptar las medidas legislativas necesarias para efectivizar el respeto por los derechos de las mujeres.

De haberse procedido así, se habría explicitado que no es cierto que la Corte Constitucional de Colombia no sea juez de convencionalidad, y se habría reconocido que los jueces de los Estados partes en la Convención Americana son Jueces de las Américas, son jueces del derecho vigente en el Sistema Interamericano de Protección, no porque ellos mismos lo decidan, sino porque existe la obligación jurídica de serlo, conforme a la suscripción y ratificación que de las convenciones internacionales hicieron esos mismos Estados.

Fecha ut supra,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-586/16

ACLARACION DE VOTO-No necesaria por modificación de expresiones en la sentencia

Referencia: Expediente D-11339

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9 del Decreto 013 de 1967 (parcial), que modificó el artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo

Demandante:

Nelson Alberto Cuchimaque Ríos

Magistrado Ponente:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, durante la sesión del 26 de octubre de 2016 en la cual se profirió la Sentencia C-586 de 2016 manifesté una aclaración de voto en la providencia adoptada por la Sala Plena. El fundamento de tal decisión estaba en el uso de cierto lenguaje en la ponencia original en relación con la expresión “sexo débil” como el parámetro de referencia de las mujeres. Mi aclaración se dirigía a abordar el contenido de la protección del derecho a la dignidad humana y específicamente del derecho a la igualdad de las mujeres, pues el lenguaje no solo implica hablar de significados en abstracto, sino que tiene la capacidad de crear realidades, deconstruirlas o perpetuarlas, ya que la cultura y el poder se moldean, en muchas ocasiones, desde los términos en los que se desarrolla una expresión y los discursos[87].

Sin embargo, la versión final modificó el empleo de tales expresiones para evidenciar que ese concepto se desprende de un estereotipo de género negativo, lo cual aclara en cada oportunidad que las utiliza o se entiende del contexto. Por lo anterior, mi aclaración inicial no es necesaria.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Folios 1 a 13 del Expediente

[2] Folio 8 del Expediente

[3] Folios 65 a 69 del Expediente

[4] Folios 70 a 85 del Expediente

[5] Folios 70 a 85 del Expediente

[6] Folios 91 a 95 del Expediente

[7] Folios 96 a 107 del Expediente

[8] Folios 108 a 111 del Expediente

[9] Folios 112 a 114 del Expediente

[10] Folios 119 a 128 del Expediente

[11] Folios 129 a 135 del Expediente

[12] Folios 114 a 179 del Expediente

[13] Folios 182 a 188 del Expediente

[14] Folio 188 del Expediente

[15] Sentencia C-1052 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica No. 3.4.2.

[16] Sentencia C-330 de 2016 M.P. María Victoria Calle Corea, consideración jurídica No. 3.2., refiriendo los contenidos de la Sentencia C-1052 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda

Espinosa

[17] Expediente Folio 179

[18] Sentencia C-622 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara

[19] Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, párrafo 53

[20] Sentencia T-026 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

[21] Sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-314 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre muchas

[22] Sobre el punto la jurisprudencia es abundante y uniforme. Como simples referencias pueden ser citadas las sentencias T-230 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-481 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-314 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SU-214 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos

[23] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Septiembre 17 de 2003. Serie A No. 18, párrafo 88

[24] Sentencia T-387 de 2012 M.P. Jorge Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 3.4.1.2

[25] Sentencia T-595 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[27] Sentencia C-221 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[28] Sobre el punto hay una línea decisonal que tiene como componentes entre otras las sentencias T-002 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-227 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-288 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-970 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[29] Sentencia C-530 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[30] Sentencia C-015 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo, consideración jurídica No. 4.3.1.

[31] Sentencia C-1287 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica No. 5.

[32] Peces Barba, Gregorio. citado por Garrido, María. La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley. Dykinson, Madrid, 2009, página 59

[33] Sentencia T-247 de 2010 M.P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica No. 4

[34] Sentencia C-297 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, consideración jurídica No. 32. En este fallo la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 17 de 2015 Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely), que creó el artículo 104 A del Código Penal, tipificando el delito de feminicidio

[35] Ver entre muchas las Sentencia C-371 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C-534 de 2005 M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia C-335 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-386 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa, T-967 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-297 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

[36] La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW fue adoptada por Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, fue aprobada en Colombia por medio de la Ley 51 de 1981, fue ratificada el 19 de enero de 1982 y entró en vigor para Colombia el 19 de febrero de 1982

[37] Convenio 111 de la organización Internacional del Trabajo - OIT, suscrito en 1958, aprobado por la Ley 22 de 1967 y ratificado por el Estado colombiano el 4 de marzo de 1969

[38] La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en San José de Costa Rica en 1969, fue aprobada en Colombia por medio de la Ley 16 de 1972, fue ratificada el 31 de julio de 1973 y entró en vigor el 18 de julio de 1978

[39] La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra

la Mujer, Convención de Belém do Pará, fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos OEA el 9 de junio de 1994, fue aprobada en Colombia por medio de la Ley 248 de 1996, fue declarada exigible por medio de la Sentencia C- 408 de 1996, fue ratificada el 15 de noviembre de 1996 y entró en vigor para Colombia el 15 de diciembre de 1996

[40] Sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica No. 7

[41] Sentencia C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez caballero, consideración jurídica No. 8

[42] Sentencia C-811 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo, consideración jurídica No. 4.5.1., citando las sentencias C-093 de 2001, C-673 de 2001, C-862 de 2008, C-015 de 2008, C-239 de 2014 y C-240 de 2014.

[43] Sentencia C-104 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, citando las sentencias C-093 de 2001, C-673 de 2001 y C-862 de 2008.

[44] Sentencia C-720 de 2007 M.P. Catalina Botero Marino

[45] Sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[46] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Septiembre 17 de 2003. Serie A No. 18, párrafo 84

[47] Ver entre otras las sentencias C-335 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-967 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

[48] Sentencia C-734 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, consideración jurídica No. 37

[49] Corte IDH. Caso González y otras (campo algodonero) contra México. Sentencia de noviembre 16 de 2009. Serie C No. 205, punto resolutivo No. 22

[50] Corte IDH. Caso Atala Rizzo y Niñas contra Chile. Sentencia de febrero 24 de 2012. Serie C No. 239, párrafo 111

[52] Sentencia C-082 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, consideración jurídica No. 2

[53] Sentencia T-967 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, consideración jurídica No. 62

[54] Sentencia T-967 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, puntos resolutivos quinto y sexto

[55] Sentencia C-297 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, consideración jurídica No. 31

[56] Sentencia C-184 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, consideración jurídica No. 6.3.

[57] Sentencia T-047 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Meza, consideración jurídica No. 2

[58] Bobbio, Norberto. Igualdad y libertad. Paidós, Barcelona, 1993, página 69

[59] Sentencia T-247 de 2010 M.P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica No. 4

[60] Sentencia T-026 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, consideración jurídica No. 9

[61] Sentencia T-247 de 2010 M.P. Humberto Sierra porto, consideración jurídica No. 8

[62] Sentencia T-476 de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos

[63] Sobre el punto ver:

www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/ Registro de agosto 25 de 2016

[64] Sentencia C-385 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos, consideración jurídica No. 11.1., citando las sentencias C-031 de 1999, C-191 de 2005, C-819 de 2001, C-504 de 2014

[65] Sentencia C-606 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón

[66] Sentencia C-296 de 2012 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, consideración jurídica No. 5.11., citando las sentencias C-191 de 2005, C-791 de 2002, C-974 de 2002 y C-734 de 2003

[67] Villán, Carlos. Curso de Derecho internacional de los derechos humanos. Trotta, Madrid, 2006, página 85

[68] Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de octubre 30 de 1978 M.P. Luis Carlos Sáchica Aponte, consideración jurídica No. 4

[69] Una referencia común es la Sentencia C-225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero

[70] La Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado una importante jurisprudencia alrededor de los derechos de las víctimas, la responsabilidad del Estado por el daño causado por sus agentes y por particulares con la connivencia o la tolerancia de aquellos, el derecho a la reparación y en control de convencionalidad.

[71] Sentencia C-228 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[72] Sentencia C-370 de 2006 de ponencia conjunta

[73] Sentencia C-936 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[74] Sentencia C-771 de 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

[75] Sentencia C-715 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia C-099 de 2013 M.O. María Victoria Calle Correa, Sentencia C-795 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[76] Sentencia C-579 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[77] Sentencia C-577 de 2014 M.P. Martha Sáchica Méndez

[78] Sentencia C-458 de 2012 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

[79] Sentencia C-297 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

[80] Sentencia C-458 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, párrafo 26, citando la Sentencia C-028 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto

[81] Corte IDH. Caso Gudiél Álvarez y otros (“Diario Militar”) contra Guatemala. Sentencia de noviembre 20 de 2012. Serie C No. 253, párrafo 330

[82] Nogueira, Humberto. “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 10 No. 19, enero – junio de 2013, Granada, páginas 221 – 270

[83] Sentencia C-792 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

[84] Ver: Concurso justicia y convencionalidad. Segunda edición 2016. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En: <http://www.iidh.ed.cr/> Visita de agosto 10 de 2016

[85] Dentro de la abundante jurisprudencia de esa Corporación relacionada con el ejercicio del control de convencionalidad baste registrar la emisión de numerosos fallos durante esta década, entre los que pueden ser reseñados: Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 20 de 2008, Consejero Ponente. Enrique Gil Botero; Sección Tercera. Sentencia de enero 28 de 2009. Expediente 30340 (R-200300158 01), M.P. Enrique Gil Botero, puntos resolutivos; Sección Tercera. Sentencia de junio 13 de 2013. Expediente 1995-0998. Consejero Ponente Enrique Gil Botero, consideración jurídica No. 5; así como la Sentencia de Unificación de agosto 28 de 2014, Sección Tercera. Radicado No. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988), C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero

[86] Corte IDH. Caso J. contra Perú. Sentencia de noviembre 27 de 2013. Serie C No. 275, párrafo No. 407

[87] Ver por ejemplo, Sentencia C-458 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.