



Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el artículo 108 del CST (Parcial)

1 mensaje

Daniel Felipe Enriquez Cubides <df.enriquez@uniandes.edu.co>

16 de mayo de 2020, 18:16

Para: "secretaria3@corteconstitucional.gov.co" <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

Buenas tardes,

por medio de la presente, adjunto demanda de inconstitucionalidad contra un aparte del artículo 108 del CST. Según comunicó la honorable Corte en su Boletín No. 49 de 2020, actualmente se encuentra levantada la suspensión de términos para la etapa de admisibilidad. Ello es importante, teniendo en cuenta que los derechos no pueden suspenderse, formal o materialmente, durante los Estados de Excepción.

Por lo mismo, solicito respetuosamente que se de trámite a la acción por medio de este correo electrónico, pues el aislamiento preventivo me impide realizar la presentación personal o ante notario. Para verificar mi identidad, en el Anexo 1 está mi cédula de ciudadanía escaneada. Quedo atento a cualquier disposición respecto a tal solicitud.

Agradezco enormemente su atención y su labor en estos tiempos.

Cordialmente,

Daniel Felipe Enríquez Cubides
C.C. 1001097229

**Acción Pública de Inconstitucionalidad- Art. 108 CST.pdf**
582K

Bogotá D.C., 16 de mayo de 2020.

Señor (a),

Honorable Magistrado (a) Sustanciador (a)

Corte Constitucional

E. S. D.

Yo; Daniel Felipe Enríquez Cubides, identificado con la C.C. 1001097229 de Bta., respetuosamente me dirijo a ustedes en ejercicio de mis derechos y en cumplimiento de mis deberes, consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el artículo 95 de la Constitución Política de Colombia. Interpongo **acción pública de inconstitucionalidad** contra el numeral 13 del artículo 108 del Código Sustantivo del Trabajo (parcial). La disposición demandada es contraria a la Constitución Política de Colombia, como argumentaré ante esta honorable Corte, en su preámbulo y en sus artículos 1,13, y 43.

I. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribirá la norma demandada y se subrayarán los apartes acusados:

“CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950

Artículo 108. El reglamento debe contener disposiciones normativas de los siguientes puntos:

13. Especificaciones de las labores que no deben ejecutar las mujeres y los menores de dieciséis (16) años”. (subrayado fuera del texto, señalando la disposición reprochada).

II. NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS POR LA DISPOSICIÓN DEMANDADA:

“CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

Preámbulo: El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:

Artículo 1: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

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.

Artículo 43: La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

III. PRETENSIONES

Que se declare la inexequibilidad del numeral 13 del artículo 108 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, en lo referente a que el reglamento de trabajo deba contener disposiciones normativas en dónde se especifiquen las labores que no pueden ejecutar las mujeres. Lo anterior, por contrariar a la Constitución en sus artículos 1, 13 y 43.

IV. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La norma acusada es contraria al Preámbulo de la Constitución:

El Preámbulo de la Constitución Política de Colombia es la manifestación soberana del constituyente primario, que fijó las directrices políticas y jurídicas para el ejercicio de los múltiples poderes concedidos al Estado colombiano. De allí, se le tiene como una referencia normativa expresa, que puede ser usada como parámetro de control en sede de constitucionalidad, toda vez que su contenido preciso y específico es vinculante como norma superior del ordenamiento. Como bien lo dijo esta honorable Corte:

“El Preámbulo da cuenta del sentido político y jurídico que el Pueblo de Colombia le imprimió a la formulación de la Carta Política de 1991; es decir, indica los principios que la orientan y los fines a cuya realización se dirige y por ello no sólo hace parte de ésta como sistema normativo, sino que además tiene efecto vinculante sobre los actos de la legislación, la administración y la jurisdicción y constituye parámetro de control en los procesos de constitucionalidad. Y esto es comprensible pues carecería de sentido que una fórmula política y jurídica tan densa de contenidos como la advertida en el Preámbulo, no estuviera llamada a tener implicaciones en los ejercicios de poder subordinados a la teleología en ella señalada.”¹

Pues bien, la norma acusada establece una diferenciación entre hombres y mujeres en el entorno de trabajo, al requerir que los empleadores regulen internamente aquellas labores que están excluidas para ser ejercidas por aquellas. Lo anterior, es abiertamente contrario con el sistema político establecido por nuestra Constitución, teniendo en cuenta que el Preámbulo refleja la unidad de la nación e invoca la protección de Dios en la búsqueda de garantizar a todos sus ciudadanos “la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo” (subrayado fuera del texto).

Es así que, un ordenamiento jurídico no solo es democrático y participativo por su esfera pública, sino también por la garantía de que la convivencia entre los particulares se base en la inclusión, el respeto y la no discriminación. Permitir que la parte dominante de las relaciones subordinadas establezca reglas de juego distintas entre hombres y mujeres, como lo hace al aparte acusado, hace que el orden económico y social de nuestro país no sea justo. El mensaje del Preámbulo debe ser perseguido por el Estado Social de Derecho en su totalidad, por lo que no se puede garantizar trabajo a todos sus

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-477/05, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

integrantes si éste no se da en condiciones de justicia e igualdad. Estos últimos, son derechos, valores y principios que irradian la motivación de todo el ordenamiento jurídico, trascendiendo más allá de la pura literalidad. Y así lo estableció la Corte cuando dijo que:

“El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. (...) Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la trasgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. (...) Si la razón primera y trascendente del control constitucional no es otra que la de garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la Constitución, ese control deviene en utópico cuando se limita a la tarea de comparar entre sí normas aisladas, sin hilo conductor que las armonice y confiera sentido integral, razonable y sólido al conjunto”²

De lo anterior, se tiene que la Constitución no es un conjunto de normas aisladas, sino que se halla unida de manera sistemática e integral por unos valores fundantes. Una norma que quebranta los fines de la justicia y la igualdad, como lo hace la norma acusada en el entorno del trabajo, vulnera la Constitución porque traiciona y hace inocuos sus principios.

La norma acusada es contraria al artículo 1 de la Constitución:

El aparte demandado atenta contra la dignidad humana que, como principio constitucional en el que se halla fundamentado el Estado colombiano, irradia todo el ordenamiento jurídico. Esta se manifiesta en el derecho que tienen todas las personas, por el simple hecho de serlas, de poseer (i) autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiera), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) y (iii) intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).³

Acuso a la norma demandada por obstruir la dignidad humana de las mujeres en los ámbitos i y iii. Sobre lo primero, es menester recordar que la honorable Corte Constitucional ha asociado la dignidad humana con la autonomía individual. Según ésta, la autodeterminación del ser humano se refiere a “la potencialidad de desarrollarse conforme con su propia naturaleza y aptitudes”⁴, en virtud de su dignidad. Cuando una norma deja que los empleadores limiten discrecionalmente las labores que

² Corte Constitucional, Sentencia C-479/92, M. Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-532 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

pueden o no ejecutar determinadas personas, simplemente por razón de su sexo, se obstruye la posibilidad de que las mismas desarrollen un proyecto de vida (laboral) a partir de sus capacidades y talentos, esto es, vivir como se quiera.

Luego, el permiso para que una persona realice cierta actividad, en el interior del trabajo, debe basarse en parámetros objetivos que estén asociados con los requerimientos de la misma. Las habilidades de ninguna persona pueden ser valoradas a partir de su sexo, ni éste es un elemento legítimo para disuadir la autonomía de la voluntad. Y así lo estimó la Corte, cuando estableció que el uso de la razón hace que el ser humano esté en manos de sus propias decisiones.

Las posibilidades que pueda tener toda persona deben determinarse por sus acciones libres, y no por la consideración de los empleadores. Si los proyectos de vida no son absolutamente libres, al menos de intentarse, no puede considerarse que vivimos en un mundo digno:

“la razón hace que el ser humano esté en manos de su propia decisión, y por eso es responsable, según se expresó. La dignidad humana requiere que el hombre actúe según su recta razón y libre elección, movido por la convicción interna personal y no bajo la presión que otros hagan sobre su libertad, porque entonces el acto no sería libre, y al no serlo, no puede estar amparado por la legitimidad. El hombre, pues, logra la dignidad cuando se libera totalmente de toda cautividad y cuando pone los medios para que sus semejantes no caigan en dicho estado indigno”⁵.

Si bien la anterior sentencia analiza dinámicas alrededor del secuestro, no podemos negar que las relaciones económicas y sociales también contienen formas de cautividad sobre la mujer que, de no dismantelarse, obstruyen su dignidad. Las labores que pueda ejecutar una mujer deben ser definidas por propias sus facultades y méritos, por su autonomía, nunca por el reglamento de trabajo.

Por otro lado, la dignidad humana también supone la prohibición de que las personas reciban tratos humillantes o degradantes, a la luz del derecho fundamental de la dignidad humana. La norma reprochada contiene un mensaje humillante frente a las mujeres, pues permite la reproducción histórica de estereotipos sobre éstas como objetos de “debilidad” o “incapacidad”. Así lo señaló esta Corporación:

“El respeto por la dignidad humana exige reconocer en las mujeres igual dignidad a la que durante mucho tiempo sólo se reconoció en los hombres. Requiere que las mujeres sean tratadas con el mismo respeto y consideración con que son tratados los varones. Lo anterior no como resultado de un acto

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 1993 M. P. Jorge Arango Mejía

de liberalidad o condescendencia sino porque las mujeres por sí mismas son reconocidas como personas y ciudadanas titulares de derechos cuya garantía está amparada en forma reforzada por los ordenamientos jurídicos interno e internacional. El respeto por la dignidad humana de las mujeres significa, además, dejar de considerarlas “objeto” a disposición de los hombres: padres, maridos o compañeros permanentes. Este reconocimiento expreso en el texto constitucional constituye sin duda un paso enorme, ante todo cuando se piensa que la entidad de persona y de ciudadanas de las mujeres fue puesta en duda por siglos”⁶.

No puede negar la Corte que, como lo ha reconocido innumerables veces, la mujer es un sujeto de especial protección constitucional por pertenecer a un grupo históricamente discriminado. La lucha por sus derechos se ha dado poco a poco en todos los escenarios de nuestra sociedad y la intervención del juez constitucional, para proteger su dignidad, es absolutamente necesaria.

Asimismo, la Corte ha reconocido el poder instrumental y simbólico del lenguaje jurídico, sosteniendo que el legislador está en la obligación de asegurar que el mismo no exprese, o admita siquiera, interpretaciones contrarias a los principios, valores y derechos reconocidos por la Constitución Política. En el mismo sentido, dijo la Corte que:

“Siendo el lenguaje, como lo es, uno de los principales instrumentos de comunicación y reflejando – como refleja – los hábitos, concepciones y valores imperantes en un medio social determinado, las situaciones de inclusión o exclusión también se proyectan en el lenguaje jurídico. Precisamente uno de los fines de las definiciones legales consiste en fijar fronteras y, en tal sentido, en determinar quiénes se encuentran dentro de los límites establecidos por las definiciones y quiénes permanecen por fuera. Los criterios que se utilizan para marcar la inclusión o la exclusión reflejan el contexto valorativo e ideológico en que ellos se adoptan (...) No es extraño, por consiguiente, que la situación de invisibilidad, subordinación, y discriminación a la cual por largos años se vieron y se han visto sometidas las mujeres, se proyectara también en el modo en que se fijaron los criterios de inclusión y exclusión mediante el lenguaje jurídico generando, de paso, una cultura de tipo patriarcal que se proyectó y, aún se proyecta, en el lenguaje jurídico y en la cultura jurídica”⁷.

El enunciado demandado utiliza un lenguaje degradante para la mujer, ya que incita a los empleadores a establecer en el reglamento de trabajo aquellas labores que las mujeres no *deben* realizar. Dicha expresión reitera la concepción de que las personas, por la simple razón de su sexo, tienen un *deber* ser establecido. A lo largo de los años, nuestra cultura jurídica ha reproducido la idea paternalista y patriarcal sobre la mujer, mostrándola como un ser débil y relegándola a ciertos espacios en el entorno laboral. Este discurso atenta contra la dignidad de las mujeres, y por lo tanto el enunciado acusado es inadmisile en un ordenamiento jurídico fundado en la dignidad humana.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ *Ibidem*

La norma acusada es contraria al artículo 13 de la Constitución:

El aparte acusado establece un tratamiento diferenciado en el entorno laboral, totalmente desproporcionado e injustificado, con base en un criterio sospechoso de discriminación. La vulneración radica en que la norma deja a discreción de los empleadores la decisión de, a través del reglamento de trabajo, establecer diferencias entre hombres y mujeres por el simple hecho de serlo. Puntualmente, permite que en el reglamento de trabajo se prohíba que ciertas actividades sean desarrolladas por mujeres, sin más razón que su sexo. La jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de requisitos especiales de aptitud sustancial, respecto a los cargos por violar el derecho fundamental de igualdad, los cuáles analizaremos a continuación. Además de los requisitos generales, de toda acción, se ha añadido la carga específica de desarrollar los siguientes supuestos del test de razonabilidad:

(i) Señalar cuál es el criterio de comparación (“patrón de igualdad” o *tertium comparationis*) que permite determinar si los sujetos o situaciones bajo análisis son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza.

Cómo dijo la Corte Constitucional: “la determinación de si dos grupos son comparables depende de su situación, vista a la luz de los fines de la norma”⁸ En ese sentido, el *tertium comparationis* servirá para identificar si la diferenciación ha sido hecha racionalmente por el legislador, o si fue una configuración caprichosa que deba ser corregida por el juez constitucional. A la luz del fin de la norma, que es habilitar a los empleadores para establecer limitaciones vía reglamento de trabajo, debemos señalar que hombres y mujeres tienen igualdad plena en materia laboral. Los artículos 43 y 53 de la Constitución, la jurisprudencia ⁹ y los tratados internacionales ratificados por Colombia así lo señalan.

Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que hace parte del bloque de constitucionalidad. Particularmente, el artículo 2 establece que:

“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: [...] (e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas (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”. (Subrayado por fuera del texto).

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-434 de 2010.

⁹ Ver Sentencias C-622/97, C-667/06 y C-586/16.

Asimismo, la Constitución y el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, que fueron ratificados por Colombia y hacen parte del bloque de constitucionalidad. La primera, establece en su preámbulo el deber de protección a la mujer en el mundo del trabajo. El segundo, establece que todos los Estados partes se comprometen a erradicar la discriminación en el entorno del trabajo, para lo que se considera discriminatoria: “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”¹⁰. (subrayado propio).

Para que procediera el juicio de igualdad, tendríamos que estar ante sujetos comparables en el contexto específico del trabajo, como hemos logrado señalar. Claramente, las mujeres tienen los mismos derechos laborales que los hombres y, en ese entorno, su clasificación diferenciada es sospechosa.

(ii) Debemos definir si, desde la perspectiva fáctica y jurídica, existe tratamiento similar entre disímiles o un tratamiento desigual entre iguales.

En el caso concreto, se está estableciendo un tratamiento diferenciado entre personas que deberían ser tenidas como iguales. Si bien es cierto que las mujeres y los hombres no son fácticamente iguales, pues las primeras han sido sometidas a un patrón histórico de exclusión, jurídicamente se estableció que las personas nacen libres e iguales ante la ley. Cuando el artículo 13 de la Constitución definió los criterios sospechosos de discriminación --a partir de los cuáles las autoridades y la ley no podrán establecer distinto trato o goce de derechos, libertades y oportunidades -- el sexo fue uno de ellos. El caso analizado no es una acción afirmativa, ya que el aparte acusado, en vez de promover la igualdad material, permite la continuación de tales exclusiones históricas a la mujer. Sabemos entonces que, con excepción de las acciones afirmativas, las mujeres deben recibir el mismo trato que los hombres. Y específicamente, como mostré, los tratados internacionales y la jurisprudencia de esta Corporación han definido que las mujeres deben tener igualdad plena en materia laboral.

(iii) Finalmente, debemos averiguar si el tratamiento diferenciado está constitucionalmente justificado, a saber, si las situaciones objeto de comparación ameritan una distinción.

Ahora bien, nos corresponde la carga de establecer si la configuración legislativa es justificada. Para tal fin, disponemos de una importante herramienta jurisprudencial: el juicio integrado de igualdad. Éste,

¹⁰ Convenio 111 de la OIT, artículo 1.

es el resultado de combinar el juicio de intensidades de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos con el test de razonabilidad utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La cantidad de pasos que deba superar la norma acusada, en cuanto a la razonabilidad, dependerá de la intensidad que el juez constitucional tiene que emplear, en atención al principio democrático y a la separación de poderes. El control de constitucionalidad es una manifestación del sistema de frenos y contrapesos, es decir, constituye un auténtico límite al accionar de los órganos políticos. Sin embargo, la Corte Constitucional ha definido que la intensidad del control debe ser graduada dependiendo del margen de configuración del legislador.

En un Estado pluralista, los órganos de origen democrático no pueden desbordar a la Constitución, pero tienen una amplia libertad dentro de sus límites. Básicamente, cuando la materia regulada por el Congreso haga parte de sus atribuciones menos limitadas, como la dirección de la economía o el sistema tributario, el control constitucional deberá ser dúctil. Por el contrario, al tratarse de temas delimitados claramente por la Constitución –es decir que la libre configuración del legislador se halla mayormente comprometida–, o que afecten directamente los derechos fundamentales de las personas, la ley soportará un escrutinio constitucional de alta intensidad.

Intensidad del escrutinio judicial que debe aplicarse en el caso concreto:

La Corte ya ha determinado algunos criterios, según los cuáles debe determinarse la intensidad a aplicar en el juicio de igualdad:

“el escrutinio judicial debe ser más intenso al menos en los siguientes casos: de un lado, cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas, puesto que la Carta indica que todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades (CP art. 13). De otro lado, cuando el Congreso utiliza como elemento de diferenciación un criterio prohibido o sospechoso, como la raza, pues la Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías (CP art. 13). En tercer término, cuando la Carta señala mandatos específicos de igualdad, como sucede con la equiparación entre todas las confesiones religiosas (CP art. 19), pues en esos eventos, la libertad de configuración del Legislador se ve menguada. Y, finalmente, cuando la regulación afecta a poblaciones que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta ya que éstas ameritan una especial protección del Estado (CP art. 13)”.

Teniendo en cuenta lo anterior, considero que estamos frente a un caso en el que se reúnen tres de los criterios recogidos por la jurisprudencia de la Corte, pese a que solo bastaría la verificación de uno de ellos para que el juez constitucional deba emplear la mayor intensidad posible en su control. En primer lugar, la norma acusada establece que el reglamento de trabajo puede excluir a ciertas

personas de la realización de determinadas labores, *a partir de un criterio sospechoso de discriminación*. El sexo de las personas es un criterio sospechoso de discriminación, que se encuentra prohibido para realizar distinciones, ya que:

- (i) se funda en un rasgo permanente, que no fue elegido ni puede dejarse por voluntad,
- (ii) la mujer, históricamente, se ha visto sometida a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarla y a hacerla ver como incapaz en planos más allá del familiar,
- (iii) ser mujer no constituye, *per se*, un criterio de cualidades comunes que puedan ser tomadas como base para realizar una distribución o reparto, racional y equitativa, de las actividades del entorno laboral,
- (iv) los criterios enumerados en el artículo 13 superior, como el sexo, deben también ser considerados sospechosos, no sólo por cuanto se encuentran explícitamente señalados por el texto constitucional, sino también porque han estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias.

Por otro lado, la Constitución Política de Colombia dio un mandato específico de igualdad, cuándo el artículo 43 estableció que “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”. Luego, una norma que habilita a los empleadores para contrariar mandatos específicos de igualdad, debe superar el juicio de igualdad de alta intensidad, porque en esos casos la libre configuración del legislador se ve menguada.

Como si fuera poco, la norma afecta las posibilidades de un grupo históricamente sometido a la discriminación sistemática, por lo que amerita la especial protección constitucional del Estado. Es así que hemos ilustrado a esta Corte, más allá de toda duda, que en el caso concreto debemos aplicar el juicio de igualdad en la mayor intensidad.

Juicio de igualdad de intensidad estricta:

Una vez determinada la intensidad del juicio, deberá analizarse la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma censurada, destacando los fines perseguidos por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlos y la relación entre medios y fines ¹¹. Entonces, para ser constitucionalmente aceptable, la norma deberá cumplir con lo siguiente:

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-841 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

- a. Finalidad, en dónde debería perseguirse un objetivo constitucionalmente legítimo, importante e imperioso.
- b. Idoneidad, por lo que los límites establecidos deben *conducir efectivamente* al fin buscado.
- c. Necesidad, en cuánto no hay medidas menos lesivas que conduzcan al fin.
- d. Proporcionalidad en sentido estricto ya que, en una relación de costo/beneficio, el nivel de afectación a los derechos fundamentales es tolerable, por ser menor al grado de beneficio obtenido para otros valores constitucionales.

Finalidad

No hay un fin constitucionalmente importante que justifique la norma acusada e, incluso, no debería existir ningún fin, si quiera válido en nuestro ordenamiento jurídico, para excluir a las mujeres de la ejecución de determinadas labores. Sin embargo, hemos previsto dos eventuales fines válidos que pudieren perseguirse con la norma acusada. El primero, es proteger a las mujeres de los peligros asociados con determinadas actividades. El segundo, impedir que las mujeres desarrollen trabajos en dónde se empleen pinturas que contengan altas cantidades de sulfato de plomo o cerusa, ya que la Corte falló, en una decisión que respetuosamente no comparto, que proteger la facultad de ser madre era un interés superior.

En el caso de que la finalidad sea “proteger” a la mujer tal medida es de carácter paternalista y, en vez de ser una acción afirmativa, disfraza la reproducción de un concepto estereotipado, que pone a la mujer en desventaja frente a la sociedad. Ello lo consideró la Corte, en un fallo que declaró la inexequibilidad de una norma que les prohibía el trabajo en minas, a todas las mujeres, por el simple hecho de ser mujeres. Dijo la Corte:

“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”¹².

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos

Por lo anterior, queda claro que las medidas de protección de tipo “paternalista” son mecanismos de discriminación absolutamente proscritos por el artículo 13 constitucional, por lo que la finalidad no es si quiera constitucionalmente válida. Ahora bien, me veo obligada a admitir que, para la Corte, es constitucionalmente válida la finalidad de evitar que las mujeres usen pintura, con altos contenidos de plomo y cerusa, por el riesgo a su salud. Sin embargo, en aquel fallo la Corte exhortó al Congreso de la República a regular la materia sin darle un plazo particular, por lo que podemos deducir que la finalidad no es importante, urgente e inaplazable, es decir, no es imperiosa. En ese sentido, consideramos que hasta el punto actual la norma acusada no supera el test de finalidad estricta.

Idoneidad

Continuamos, en gracia de discusión, con el análisis de los siguientes pasos del juicio de igualdad. Aquí, diremos que la norma acusada **no es efectivamente conducente** para la consecución del fin. En el primer caso, si se busca proteger a la mujer de los diversos peligros del entorno del trabajo, primero deberían eliminarse los estereotipos de género que ponen a la mujer en una situación de indefensión a nivel social. ¿No es absurdo “proteger” a la mujer de ciertas labores, por ser peligrosas para su integridad, cuándo vivimos en una sociedad cargada de violencia, acoso y abuso sexual, feminicidios, impunidad y machismo? Puede ésta Corte investigar y notar, como lo ha hecho en el pasado, que las mujeres ganan menos que los hombres por ejecutar las mismas labores; que los cargos de dirección a cargo de mujeres, en el sector privado, son proporcionalmente inferiores a los ocupados por hombres; que la misma ley, a través de la licencia de maternidad, somete a la mujer como parte principal en la crianza de los hijos; y que las cifras de violencia con ocasión del género son alarmantes.

Toda esa cantidad de desventajas han propiciado las manifestaciones y exigencias de la lucha feminista, ya recopilada por la Corte en anteriores ocasiones. Con base en lo anterior, sostenemos que la mera prohibición de la ejecución de determinadas labores para las mujeres, en los reglamentos de trabajo, no es efectivamente conducente para proteger su integridad. Y eso, debido a que la mujer continúa expuesta, en el entorno laboral, a múltiples riesgos para su integridad física, emocional y profesional.

Por otra parte, si la prohibición específicamente pretende “cuidar” la posibilidad de ser madre, al prohibir la ejecución de labores con pintura que contenga altas cantidades de sulfato de plomo y cerusa, puede ser eventualmente idónea. Sin embargo, no es efectivamente conducente porque el

legislador omite que cientos de labores representan un riesgo para la salud física de las personas, entre ellas, para la fertilidad. Tendría la legislación laboral, entonces, que prevenir de todas las actividades económicas que representen un riesgo para la salud reproductiva de las personas. No puede admitirse, desde la perspectiva constitucional, que las mujeres tienen más derechos u obligaciones de procurar descendencia que los hombres. En ese sentido, para ser efectivamente conducente la medida tendría que proteger tanto a hombres como mujeres, en múltiples escenarios, aunque no a manera de prohibición sino con políticas públicas de prevención y concientización.

Necesidad:

En éste punto, continuaremos con el análisis de la necesidad de la medida para sepultar cualquier duda, que pudiere tener la honorable Corte, sobre la constitucionalidad de la norma acusada. Para ello, debemos ilustrar la existencia de mecanismos menos lesivos que pudieren conducir a la finalidad de la norma, razón por la cual el legislador no tenía la necesidad de efectuar tal configuración. Para empezar, la norma sería menos lesiva para la dignidad de las mujeres, y para el derecho a la igualdad, si las labores que deben ser prohibidas en el reglamento de trabajo lo son para todas las personas. En ese sentido, si hay determinadas labores que son peligrosas o que el empleador no desea que sean desarrolladas por sus trabajadores, por distintas razones, el reglamento de trabajo debe prohibirla para todas las personas sin ocasión de su sexo.

Por otro lado, hay medidas legítimas y menos lesivas que la prohibición, para proteger a la mujer (y en general a cualquier persona) del desarrollo de labores peligrosas. Por ejemplo, podía la ley obligar a que el reglamento de trabajo contuviera una lista de aquellas labores que representan un riesgo para la integridad de las personas, y entonces asignarles un protocolo obligatorio de seguridad, capacitación, información y prevención. Así, el consentimiento de los trabajadores sería informado y, además, estarían preparados para la ejecución de dichas actividades. Claramente, el nivel de riesgo se reduce sustancialmente si el reglamento de trabajo asigna un cuidado especial. Por lo anterior, dicha norma sería menos lesiva para los derechos e igual de conducente para proteger la integridad de las personas.

Finalmente, tenemos que hay medidas menos lesivas para proteger a la mujer, ante la necesidad de evitar que trabaje con pinturas que contengan altas cantidades de sulfato de plomo y cerusa. La prohibición excluye absolutamente a la mujer de la ejecución de trabajos de pintura, solo por su sexo. Una medida menos lesiva para proteger la salud reproductiva de la mujer, vía reglamento de trabajo,

sería que el empleador esté obligado a propiciar las condiciones para que las mujeres puedan desarrollar dichas actividades sin exponerse al sulfato de plomo y a la cerusa. Ello, puede hacerse utilizando pinturas que no contengan dichos componentes, además, realizando campañas de información y seguridad en el trabajo sobre los riesgos para la salud reproductiva derivados de la indebida exposición a los mismos. Así, aquellas mujeres que tengan planeado ser madres como opción de vida pueden tomar la decisión libre de no arriesgarse. En cambio, para aquellas que no tengan dicha intención, y que incluso hayan intervenido su sistema reproductivo para evitar ser madres, sería desbordada y absolutamente innecesaria la prohibición.

Proporcionalidad “stricto sensu”:

Por último, considero que la afectación a los distintos principios y derechos establecidos en nuestro ordenamiento constitucional, como está redactada la norma, no son tolerables ante el irrisorio o nulo beneficio que la misma representa para otros bienes protegidos. Hallamos que la norma, en sí misma, no protege ningún bien de enorme interés constitucional.

Sin embargo, eventualmente podría argumentarse que protege el derecho a la salud de la mujer, en el ámbito reproductivo. Pese a esto, considero que la norma afecta sustancialmente la dignidad humana de las mujeres, su igualdad en materia laboral, y que además es contraria a los valores y principios establecidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Sobre el derecho a la salud, se podría dar una protección al evitar que la mujer desarrolle actividades peligrosas. No obstante, la Constitución prohíbe absolutamente la discriminación a la mujer en un sentido paternalista. Ello, es un mandato específico del artículo 43 de la Carta Superior. Luego, no puede el legislador propiciar que el reglamento de trabajo contradiga abiertamente la norma superior, so pretexto de proteger los bienes anteriormente mencionados.

Las mujeres no son sujetos débiles o inferiores que requieran protecciones adicionales a las que merece toda persona. Por el contrario, el Estado debe intervenir para garantizar que ellas tengan, formal y materialmente, los mismos derechos y oportunidades que los hombres. Como está redactada la norma, sin mayor precisión, se permite que los empleadores establezcan mecanismos directos de discriminación que no puede tolerar esta Corte. Si la le quiere proteger la salud de las personas, debe asegurarse de hacerlo sin anular el derecho a la igualdad, es decir, con prohibiciones generales.

Para terminar, está la protección al libre desarrollo de la personalidad de la mujer en su sano y arbitrario deseo de ser madre, al habilitar que el empleador las excluya de la ejecución de labores que representen un menoscabo para dicha posibilidad. Si bien estaríamos ante la protección de un derecho fundamental, el mismo sufre un alto grado de afectación, y también la dignidad humana.

La maternidad es una opción de vida, entre tantas, que cualquier mujer debe poder emprender sin más limitaciones que las dictadas por su voluntad. Sin embargo, bajo ninguna circunstancia puede ser vista como un deber ser. El derecho a la maternidad implica, entonces, que las mujeres pueden desistir libremente de dicha posibilidad. Y como garantía de que sea una decisión libre, tan solo se requiere ser mayor de edad para realizarse procedimientos de esterilización. Así lo han establecido los jueces de tutela, en sus fallos que han protegido los derechos fundamentales de las mujeres jóvenes que querían realizarse procedimientos de ligadura de trompas, como parte de su respetable decisión de no procurar descendencia.

Es así que, si la norma protege la maternidad no la puede presumir como una aspiración en cabeza de las mujeres, pues estaría desconociendo el ámbito individual de todas aquellas que no tienen el deseo de ser madres como parte de su proyecto de vida. Al excluir a la mujer, por completo, de la ejecución de labores que pongan en riesgo su capacidad reproductiva, se está asumiendo que la maternidad es un bien absoluto en cabeza de la misma, y se está imponiendo un estereotipo indeseable más allá de su elección.

Lo anterior es contrario a la dignidad humana, ya que la decisión de ser madre debe ser movida por la convicción interna personal, y nunca bajo la presión que otros hagan sobre la libertad. El libre desarrollo de la personalidad se ve ampliamente afectado, cuando se crean presiones indebidas sobre el ámbito reproductivo de la mujer, y dejando sus posibilidades laborales comprometidas con ocasión de una interpretación ajena a su autonomía. No por el simple hecho de ser mujer, sino por la convicción personal, es que puede derivarse una protección constitucional a la maternidad.

Luego, la protección a la maternidad en el reglamento de trabajo, si excluye absolutamente a la mujer de labores de pintura, es mucho más lesiva para la igualdad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, de lo que eventualmente beneficia a éste último derecho fundamental y al derecho a la salud. Por lo tanto, la norma no es proporcional y, al no superar el test estricto de igualdad, debe considerarse inconstitucional.

La norma acusada es contraria al artículo 43 de la Constitución:

El aparte acusado les permite a los trabajadores realizar distinciones, con base en el sexo, sobre la ejecución de determinadas labores. La mera existencia de tal disposición comporta la permisión de que la mujer sea limitada y el hombre no. Ello riñe con la disposición constitucional citada, en cuanto consagra que todos los sexos deben tener las mismas oportunidades y, especialmente, que la mujer no puede ser sometida a discriminación.

Así lo explicó en su momento la Corporación:

“hombre y mujer gozan de los mismos derechos y prerrogativas y están obligados por sus deberes en igual forma a la luz de la Constitución, pues ninguno de los dos sexos puede ser calificado de débil o subalterno para el ejercicio de los primeros ni para el cumplimiento de los segundos, ni implica "per se" una posición de desventaja frente al otro. La pertenencia al sexo masculino o al femenino tampoco debe implicar, por sí misma, una razón para obtener beneficios de la ley o para hallarse ante sus normas en inferioridad de condiciones. De allí que sean inconstitucionales las disposiciones que plasman distinciones soportadas única y exclusivamente en ese factor. El concepto de la igualdad debe ser comprendido y aplicado en el contexto de la realidad, razón por la que, su alcance no puede obedecer a criterios absolutos que desconozcan el ámbito dentro del cual están llamadas a operar las normas jurídicas”¹³. (subrayado por fuera del texto)

Pues bien, podría alegarse falta de certeza en el presente cargo diciendo que la disposición no establece, como tal, una diferencia de oportunidades entre hombres y mujeres. Sin embargo, sería un error analizar el contenido de la norma jurídica por fuera del contexto en el que es aplicada. En palabras de la Corte, ese contexto de la realidad debe determinar el alcance del concepto de igualdad de oportunidades.

En conclusión, habilitar a los empleadores para excluir a las mujeres de la ejecución de ciertas actividades, por medio del reglamento de trabajo, tiene el efecto razonable de reducir las oportunidades de las segundas en materia laboral. En atención a todo lo anterior, y teniendo en cuenta que se recurre a criterios sospechosos de discriminación, la igualdad formal y material se ve amenazada por el apartado objeto de la demanda. Ello, es contrario al artículo 43 de la Carta Superior.

VII. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción pública de inconstitucionalidad, en virtud de que el artículo 241 de la Constitución le confiere la guarda de la

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

integridad y la supremacía de la Carta, a través de la función de decidir sobre las demandas, promovidas por los ciudadanos, contra las leyes por su contenido material. Así consta en el numeral 4 del citado artículo y, también, en el Decreto 2067 de 1991.

VI. Aptitud sustantiva

De conformidad con el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, toda demanda de inconstitucionalidad debe contener: (i) el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; (ii) el señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; (iii) las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

En la presente demanda se transcribió y subrayó el aparte acusado del numeral 13 del artículo 108 del Código Sustantivo del Trabajo. Se transcribieron, además, las normas constitucionales que se consideran violados (Const, Preámbulo y arts. 1, 13 y 43). En el concepto de la violación se expuso el contenido de las disposiciones constitucionales y cómo riñe con la norma acusada, a través de argumentos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes. Asimismo, se señaló la competencia de la Corte con fundamento en el artículo 241.4 de la Carta Superior.

VIII. Notificaciones

Recibiré notificaciones por medio de los siguientes medios:

- Dirección: Cra. 87 #73-12 de Bogotá. Conjunto Calle 74, apto. 104
- Correo electrónico: df.enriquez@uniandes.edu.co

Atentamente,

Daniel Felipe Enríquez Cubides
CC. 1001097229

ANEXO 1: Cédula de Ciudadanía escaneada

