



Bogotá, 26 de abril de 2018

[B.VDADCPS-104-18]

Señores Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Atte. Doctora
ROCIO LOAIZA MILIAN
Secretaria General
Palacio de Justicia Calle 12 No. 7-65 – Piso 2
E. S. D.

REF: Expediente D-12383 AC. donde se demanda por parte de la ciudadana Hilene Anyelith Bahamón Flórez la inconstitucionalidad de la expresión **“y a las mujeres” en el numeral 2°** del artículo 242 del código sustantivo del trabajo por violar los artículos 13, 25, 26, 43, 53 de la constitución política. MP. Dr. Antonio Jose Lizarazo Ocampo.

Respetada doctora Loaiza: cordial saludo.

Con la presente y atendiendo tanto la invitación de la Honorable Corte Constitucional a la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, así como el encargo del profesor GENARO ALFONSO SÁNCHEZ MONCALEANO, Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, atentamente nos permitimos presentar escrito de intervención dentro del proceso de la referencia, el cual contó con la asesoría del profesor DAVID ARMANDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

Cordialmente,

ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA
Vicedecano Académico
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Nacional de Colombia

Copias:

1. Consecutivo

1. Antecedentes

Julian Esteban Torres Corchuelo, Laura Espinosa Botero, Juan José Gregorio Murcia Zabala, David Clemente Retamoso Castrillon y Maria Camila Murcia Ortiz, estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, en atención a la amable invitación que hiciera su despacho, ofrecemos argumentos jurídicos relevantes para la solución de la decisión de fondo, respecto a la demanda incoada por la ciudadana Hilene Anyelith Bahamón Flórez en el que se demanda la expresión “y a las mujeres” en el numeral 2° del artículo 242 del código sustantivo del trabajo por violar los artículos 13, 25, 26, 43, 53 de la Constitución Política.

2. Cuestiones previas.

En principio se debe entrar a comparar la demanda impetrada por el actor con lo estipulado en el artículo 2 del decreto 2067 de 1991 que posee cinco numerales, (i) el primero indica el deber de presentar las normas que demanda literalmente, (ii) el segundo es lo mismo que el anterior pero en este caso no se habla ya de las normas demandadas sino de aquellas de la constitución que se consideran violadas, (iii) en el caso del tercero se menciona la obligación de exponer las razones por las cuales se considera que existe una violación, (iv) el cuarto solo aplica en casos de vicios de forma que en este caso no aplica y (v) el quinto señala la necesidad de ofrecer las razones por las cuales la corte es competente.

Sobre el numeral primero, segundo y quinto, se observa que la demanda los cumple cabalmente, empero respecto del tercero es necesario realizar un examen más detallado utilizando los criterios reiterados de la sentencia C-1052 de 2001 en lo referente a la (a) claridad, (b) la certeza, (c) la especificidad, (d) la pertinencia y (e) la suficiencia.

- a) Sobre la claridad es palpable que la demanda no sufre de incoherencias y es comprensible.
- b) Respecto a la certeza se puede aseverar que la norma demandada está vigente en el ordenamiento jurídico.
- c) En lo atinente a la especificidad se observa que la demandante realiza cuatro cargos en los cuales podría existir una violación por parte de la disposición a la norma fundamental.
- d) En lo referente a la pertinencia es palmario por parte de la accionante que no se trata de una demanda basada en hechos particulares o debates legislativos o doctrinarios¹ sino que se basa en una prohibición general a las mujeres de realizar una determinada actividad.
- e) En el caso de la suficiencia puede argüirse en favor de la accionante que la demanda genera una duda respecto a la posible inconstitucionalidad de la expresión dado que versa sobre una categoría sospechosa que podría ser discriminatoria y además en la demanda se plantea una sentencia de inconstitucionalidad que habla sobre otro artículo semejante al aquí tratado donde la corte lo declaró inexecutable por ser discriminatorio.

Dado el examen precedente se pasará a analizar de fondo la demanda en cuestión.

El derecho a la igualdad.

¹ Sentencia C-1052 de 2001.

La Corte Constitucional en la sentencia C-507 del 2004 habla de tres dimensiones diferentes del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política:

1. Igualdad ante la Ley:

A todas las personas, sin distinción de raza, sexo, origen, lengua, religión u opinión política o filosófica, se les debe aplicar la Ley de la misma forma.

2. Igualdad de trato:

La Ley no puede regular de forma diferente a personas que deberían ser tratadas por igual; y al contrario, la Ley no puede tratar de la misma forma a personas que deberían recibir un diferente trato.

Por esto, cuando la Ley estipule un trato diferente éste debe tener causas razonables.

3. Igualdad de protección:

La Ley debe garantizar que todos los sujetos sean igualmente protegidos según sus necesidades. Por lo tanto no solamente se requiere que la diferenciación en el trato sea razonable y eficaz, sino que efectivamente con dicha diferenciación a los dos sujetos se les brinde la misma protección.

En el caso concreto, el Código Sustantivo del Trabajo estipula una diferencia de trato para las mujeres, al no permitir que sean contratadas en trabajos que empleen pinturas con químicos tóxicos como la cerusa. Frente a esto la Corte se pronunció en la sentencia C-647 del año 2000:

(...) la doctrina jurisprudencial de esta Corte, con relación al artículo 13 superior, ha sido enfática en sostener que un trato legal diferente no implica automáticamente una violación de la igualdad, siempre y cuando el legislador persiga objetivos constitucionales legítimos y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución de la finalidad perseguida. El principio de la igualdad no puede ser entendido como una prohibición de las diferencias, sino una exigencia de que las distinciones que se establezcan tengan una justificación objetiva y razonable. (C-647/00) (subrayas fuera del texto original)

Ahora bien, la corte para analizar lo expresado en el párrafo anterior propuso la realización del conocido *test de igualdad integrado* del cual ha dicho que posee dos fases y lo que se realiza en cada una de ellas es:

“[En] la primera (...) se define el criterio de comparación (i) y si en el plano fáctico y jurídico se configura un trato igual entre desiguales o desigual entre iguales (ii). (...) [E]n la segunda fase, el objetivo es determinar si esa diferencia está justificada o no, valorando las razones a través de 3 elementos: (1) la legitimidad del fin buscado, (2) el medio empleado y (3) la relación medio a fin. Dicho análisis, además, comprende las herramientas propias de un estudio de intensidad en los términos propuestos originalmente desde la tradición norteamericana”²

² Sentencia C-534 de 2016

Y en lo que nos concierne sobre categorías sospechosas ha dicho la corte que en el juicio de proporcionalidad se deberá realizar un juicio estricto de igualdad en el cual se propone además analizar:

“(i) si la distinción prevista en la medida analizada persigue una finalidad imperiosa, urgente o inaplazable; (ii) si dicha distinción es efectivamente conducente para lograr esa finalidad; (iii) si la distinción es necesaria, en el sentido de que es el medio menos gravoso para lograr con el mismo nivel de eficacia la finalidad perseguida; y (iv) si es proporcional en sentido estricto, es decir, si los beneficios de adoptar la medida analizada exceden las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales”³

Con base en lo anterior se pasará a realizar el test de igualdad integrado para saber si la expresión demandada es inconstitucional o no.

En primer lugar, es necesario señalar que no se trata de situaciones distintas puesto que resulta desproporcionado y desatinado aseverar que hombres y mujeres tienen capacidades diferentes para acceder a determinados trabajos, si bien es cierto que particularmente las personas tienen capacidades diversas, esto no se debe en razón alguna a su sexo. En caso contrario se llegaría a subvalorar y menospreciar a la mujer, lo que constituye una prohibición internacional, de conformidad con el párrafo B del artículo 6° de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer que señala como derecho de toda mujer a tener una vida libre de violencia, lo cual incluye “ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.” (subrayas fuera).

También cabe agregar que en el artículo 11° de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que fue ratificado por Colombia en 1982, el país se comprometió a tomar medidas tendientes a evitar la discriminación en el ámbito laboral en particular “el derecho a las mismas oportunidades de empleo” (párrafo B) y también “el derecho a elegir libremente profesión y empleo” (párrafo C).

Así mismo, en Europa el Consejo de la Unión Europea en el Pacto europeo por la igualdad de género instó a los países miembros a:

“promover el empleo de la mujer en todos los tramos de edad y reducir las desigualdades en materia de empleo, por medios como la lucha contra toda forma de discriminación [y también a] eliminar los estereotipos de género y fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en todos los niveles de la educación y la formación, así como en la vida laboral, con el fin de reducir la segregación por sexos en el mercado laboral”⁴

Por otro lado, en el caso de la prohibición de ciertos trabajos a niñas y niños sí estaríamos ante situaciones de protección de sus derechos, que además están amparadas en normas internacionales ratificadas por Colombia como los convenios 138 y 182 de la OIT.

³ Sentencia C-571 de 2017

⁴ (2011, 05). Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020). EUR-Lex. Obtenido 02, 2018, de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52011XG0525%2801%29>

En segundo lugar, se debe pasar a realizar un juicio estricto de igualdad como antes se mencionó, en el caso de que se estuviese refiriendo a niñas y niños se podría inferir que la legitimidad del fin buscado es la protección sus derechos pero en el caso de las mujeres lo que hace la norma es inferiorizar a la mujer, restringiendo su derecho de escoger libremente profesión u oficio.

Por lo anterior, esta norma vulnera el derecho presente el párrafo B del artículo 6° de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (antes citado).

Bien podría considerarse por el momento histórico en el que fue promulgada la norma demandada que el legislador buscaba una discriminación positiva. No obstante, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias acerca de estas medidas de discriminación positiva, así en la sentencia C-371 del año 2000 manifestó:

“Ahora bien: aceptado que la Constitución autoriza las medidas de discriminación inversa, se debe dejar en claro que: 1) ‘la validez de estas medidas depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias. No basta, por ejemplo, la sola condición femenina para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas positivas en favor de las mujeres; además de ello deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias’. 2) No toda medida de discriminación inversa es constitucional, como parece sugerirlo una de las intervinientes. En cada caso habrá de analizarse si la diferencia en el trato, que en virtud de ella se establece, es razonable y proporcionada. 3) Las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la ‘igualdad real y efectiva’ pierden su razón de ser.”

Según esto, para que la norma sea Constitucional debe existir alguna condición diferente a la sola condición de mujer para que se prohíba a las mujeres emplear pinturas industriales con químicos peligrosos, pero como se ha dicho, no existe, porque tanto hombres como mujeres se ven igual de afectados por los químicos tóxicos.

Cabe decir que en la sentencia C-586 de 2016 la corte analizó una situación semejante a la que aquí se **trata, dado que antes el “numeral 3 del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo (...) [prohibía] a las mujeres desempeñarse en trabajo subterráneo en las minas, así como desarrollar labores peligrosas, insalubres o que impliquen grandes esfuerzos” (C-586-2016), como resultado de un cuidadoso estudio la corte concluyó después de hacer un test de igualdad que la disposición “no satisfacía el criterio de necesidad y era además desproporcionada, por lo que resultaba violatoria del derecho a la igualdad”. En esta sentencia se declaró inexecutable la parte demandada.**

De esta manera se concluye que la norma no cumple con los requisitos del *test de igualdad integrado* ni tampoco constituye una discriminación positiva por tanto esta disposición viola el artículo 13 de la constitución nacional y debe ser declarada inexecutable.

El derecho al trabajo.

El derecho al trabajo se encuentra consagrado en el preámbulo y los artículos 25 y 53 de la constitución política como valor, principio y derecho fundamental. También gracias a la figura del bloque de constitucionalidad se encuentran los tratados internacionales sobre el trabajo ratificados por Colombia como los de la OIT y otros como el artículo 6 del Pacto por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Igualmente en la sentencia C-586 del 2016, la Corte señala que **“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”**, debido a que el legislador priva del acceso a una determinada labor a las mujeres sin tener una razón suficiente para ello (cosa que se demostró en el cargo previo) se puede observar una clara violación a este derecho fundamental y por tanto se debe declarar la inconstitucionalidad del aparte demandado.

Libertad de escoger profesión u oficio.

El cargo aducido por el demandante de la violación a la libertad de profesión u oficio está llamado a prosperar. Esto en razón de que el artículo impugnado viola el artículo 26 de la carta política puesto que se extralimita el legislador en su función para regular ciertas profesiones y exigir requerimientos previos, igualmente limita a que las mujeres escojan libremente el oficio en el que desea desempeñarse y de esta manera ingresar al mercado laboral, restringiendo las posibilidades de alcanzar autonomía personal y económica.

Con respecto a este derecho, la Corte Constitucional ha señalado que se pueden encontrar sus orígenes en los principios de libertad, libre desarrollo de la personalidad y trabajo. Así mismo, se ha concluido que el constituyente primario por regla general indicó que existe libertad para escoger profesión u oficio, pero así mismo mencionó pautas tendientes a limitarlo en el marco de otros principios como el de primacía del interés general. Algunas de las limitantes establecidas por el constituyente son la exigencia de títulos de idoneidad o su control si se ejerce alguna tarea con riesgo social. Sin embargo, como lo reconoce la jurisprudencia, las limitantes establecidas por el legislador **deben ser razonables, pues** *“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”* (Sentencia C-606/92).

Los parámetros concretos han sido fruto intenso del debate y desarrollo jurisprudencial. Como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-964/99 y reiteró en la sentencia C-296/12 *“la jurisprudencia constitucional ha señalado que la libertad de configuración política del Legislador para determinar los requisitos para obtener el título profesional debe enmarcarse dentro de las siguientes premisas: (i) regulación legislativa, pues es un asunto sometido a reserva de ley; (ii) necesidad de los requisitos para demostrar la idoneidad profesional, por lo que las exigencias innecesarias son contrarias a la Constitución; (iii) adecuación de las reglas que se imponen para comprobar la preparación técnica; y (iv) las condiciones para ejercer la profesión no pueden favorecer discriminaciones prohibidas por la Carta”*.

Así mismo, la sentencia C-296/12 fue recogida en un análisis por la sentencia C-586/16, menciona que *“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”. (cursiva fuera del texto)

En cuanto a los límites competenciales, la restricción a la profesión se dio con anterioridad a la promulgación de la nueva carta política de 1991, por lo cual la regla general para la expedición y modificación de codificaciones aún no había sido encargada exclusivamente al legislador. En ese sentido, se cumplieron los límites competenciales necesarios para restringir el derecho a la libertad de escoger profesión u oficio. En cuanto a los límites materiales para este tipo de restricciones, existen precedentes como el de la sentencia C-586/16 (antes citada) donde el artículo 242, numeral 3 del código sustantivo del trabajo se declaró inexecutable por reproducir discriminaciones prohibidas por la carta. En aquel entonces, **después de realizar el juicio de igualdad la Corte halló 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”.

Como ya fue señalado en este escrito, encontramos que las disposiciones anteriormente señaladas no tienen fundamento constitucional y son estrictamente prohibidas por la carta política. En ese sentido, se está vulnerando una condición para la limitación para la libertad de la profesión u oficio que es la prohibición de generar discriminación negativa a partir de ella. La norma demandada genera una limitación del derecho al trabajo de las mujeres y elegir profesión u oficio impidiéndoles acceder a ciertos puestos de trabajo. Así mismo, también reproduce la concepción de que son el sexo débil en una actitud de cuidado paternalista que la constitución reprueba fervientemente. Todo esto, como se indicó antes, sin ningún fundamento constitucional imperioso que permitiera establecer términos diferenciadores. Por las razones anteriormente expuestas defendemos que este cargo también está llamado a prosperar.

Igualdad de derechos y de oportunidades.

Con respecto a este cargo, hallamos fundamentada la petición del demandante por cuanto que la prohibición del tratamiento discriminatorio en base al sexo es una exigencia que está en el núcleo del bloque de constitucionalidad y que permea todo el ordenamiento jurídico. Al respecto, se alega la violación del artículo 43 de la constitución política que establece la igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer para combatir la existencia de desigualdades formales y materiales que llevó al constituyente de 1991 a establecer que la mujer es un sujeto de especial protección constitucional.

Con la aplicación del bloque de constitucionalidad, se insertó en Colombia mediante ratificación la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y que la Corte Constitucional ha reconocido como parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

De esta manera, la convención insta la adopción de medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito laboral y en particular, el derecho al trabajo con las mismas oportunidades, a elegir libremente profesión y empleo, al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones de servicio, a la formación profesional, al readiestramiento, a la igualdad de remuneración y de trato, a la seguridad social, a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo.

Concordando con este planteamiento, existe gran variedad de jurisprudencia reiterada que respalda la acusación del demandante. En la sentencia C-410 de 1994 se mencionó:

“El sexo es el primer motivo de discriminación que el artículo 13 constitucional prohíbe. La situación de desventaja que en múltiples campos han padecido las mujeres durante largo tiempo, se halla ligada a la existencia de un vasto movimiento feminista, a las repercusiones que los reclamos de liberación producen, incluso en el ámbito constitucional, y a la consecuente proyección de esa lucha en el campo de la igualdad formal y sustancial”.

La misma jurisprudencia reconoce la existencia de grandes desigualdades en el campo laboral, atendiendo a su histórica visión de inferioridad de las mujeres con respecto a los hombres.

Como lo afirma la Corte en la sentencia T-026 de 1996, desde una perspectiva amplia, los hombres y las mujeres tienen vocación para desarrollar las mismas actividades productivas y que la **discriminación normalmente responde a criterios “arcáicos y desuétos”, que reproducen la concepción** de incapacidad de la mujer para regir su destino.

Por último, la norma demandada no menciona ningún criterio que permita evidenciar que busca una acción afirmativa que beneficie a las mujeres y que sea permitida por la constitución. Al contrario, la normativa crea condiciones de discriminación al encerrar una concepción paternalista de que las mujeres deben ser privadas de los trabajos con elementos peligrosos por una concepción de debilidad en comparación con los hombres.

Se podría alegar en favor de la norma acusada que estos elementos pueden ser perjudiciales para la mujer embarazada y el feto, pero estos argumentos no darían validez a la norma, puesto que se estaría presumiendo que una mujer tiene el destino de estar embarazada. Estos argumentos son violatorios de los derechos constitucionales de la mujer a definir su plan de vida y de ser tratada en igualdad de condiciones que los hombres. De esta manera, la norma reproduce estereotipos sexistas, y actitudes discriminatorias prohibidas por la constitución. Por ello, se solicita al presente tribunal que declare INEXEQUIBLE la norma impugnada atendiendo a sus facultades constitucionales.

Intervención:

DAVID ARMANDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Profesor Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Universidad Nacional de Colombia