

El derecho fundamental a la igualdad laboral.

Jurisprudencia constitucional*

*Eduardo Fernández Alonso***

Resumen

El derecho a la igualdad es una conquista de la Constitución política de 1991 el cual ha tenido un desarrollo jurisprudencial importante junto con la protección de las relaciones laborales, estipuladas en el artículo 53 de la Carta, y con el cumplimiento de los tratados internacionales. Este escrito pretende presentar un breve panorama de la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional colombiana desde sus albores, en diversos temas como la protección de la mujer trabajadora, de las personas con discapacidades, de los trabajadores individuales o sindicalizados, de los servidores públicos, etc. Una herramienta metodológica que ha desarrollado la Corte para determinar si se vulnera el derecho a la igualdad, es el test de proporcionalidad integrado, cuyo origen es europeo y norteamericano pero que ha tenido un particular ejercicio en nuestro país. En el test, el análisis ha pasado de ser eminentemente lógico a ser axiológico, con el fin de establecer si la diferencia de trato establecida por el legislador en la norma, tiene una justificación a la luz de la Constitución. Al final del escrito la conclusión verificable será múltiple, dada la versatilidad de respuestas a que puede llegar el juez constitucional en la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en este caso el de la igualdad laboral.

Palabras claves: Derecho a la igualdad laboral, test de proporcionalidad, normas OIT, protección de la mujer trabajadora, protección del trabajador discapacitado, mínimo vital y la seguridad social

* Artículo recibido el 16 de agosto de 2013 y aprobado el 8 de noviembre de 2013.

** Abogado de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad de Antioquia. Magíster en Medio ambiente y desarrollo, Universidad Nacional, sede Medellín. Docente e investigador en temas constitucionales y de filosofía del derecho. efernan01@gmail.com

Abstract

The right to equality is an achievement of the 1991 Constitution which has had a significant jurisprudential development with protection of labor relations, under Article 53 of the Charter, and compliance with international treaties. This paper aims to present a brief overview of the case-law by the Colombian Constitutional Court from its inception, in various issues such as the protection of working women, persons with disabilities, individual workers or unionized public servants, etc. A methodological tool developed by the Court to determine whether it violates the right to equality is integrated proportionality test, which is Anglo-Saxon and North American origin but has had a private practice in our country. In the test, the analysis has gone from being eminently logical to be axiological, in order to establish whether the difference in treatment established by the legislature in the rule, is justified in the light of the Constitution. At the end of writing that is verifiable multiple, given the versatility you can get answers to the constitutional court in defense of the fundamental rights of citizens, in this case the labor equality.

Key words: Right to employment equity, proportionality test, OIT standards, protection of working women, disabled worker protection, minimum living and social security.

Introducción

A partir de las sentencias de la Corte, en especial la C-445/95, el alto tribunal ha desarrollado el test de proporcionalidad según el cual, para justificar un tratamiento desigual, dado por el legislador, se debe analizar: la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución y, finalmente, la razonabilidad del trato diferencial, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido. Dependiendo de la materia que se analice, se ha especificado el tipo de test, como el leve, (aplicable a medidas económicas, tributarias y de política internacional). El test intermedio, que se emplea para analizar la razonabilidad de una medida legislativa o cuando se desarrollan acciones afirmativas. Mientras que el test estricto exige que el fin de la disposición sea legítimo, importante e imperioso, lo cual requiere que el medio debe ser adecuado, necesario y conducente (por ejemplo cuando se presenta la afectación a minorías discriminadas).

En el campo laboral encontramos distintos problemas jurídicos que han llegado a la revisión de la Corte constitucional a través de las demandas de tutela y constitucionalidad¹ cuando el actor o demandante considera violados sus derechos fundamentales como la igualdad, ingreso a la administración pública, derecho al trabajo, libertad de escoger profesión u oficio, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, garantía del debido proceso, acceso a la justicia, acceso a la seguridad social, etc.

Se podrá observar que la Corte ha trazado una jurisprudencia constante y evolutiva, atendiendo también a las directrices dadas internacionalmente como los acuerdos de la Organización internacional del trabajo, OIT y otros tratados suscritos por Colombia, los cuales forman el llamado bloque de constitucionalidad.

El principio de igualdad en algunas sentencias de la Corte Constitucional

Nuestra Carta Política de 1991 ha desarrollado la tesis de la igualdad como *principio*, (Cortés et alía, 2009:497) cuando se presenta ambigüedad en la norma. Además ha sostenido que la igualdad debe entenderse como *derecho subjetivo* cuando prohíbe formas de discriminación, de acuerdo al artículo 13 del texto constitucional. En su desarrollo la sentencia T 230 de 1994 es importante al considerarse una sentencia *hito* que fundó las bases para determinar el derecho a igualdad² en todas sus vertientes. Extractamos algunos apartes de su *ratio decidendi* (razones para fundar la decisión) que han servido para otros fallos ulteriores sobre el tema:

- En esencia, el principio de igualdad incluye la obligación objetiva de trato semejante por parte de las autoridades públicas, así como el derecho subjetivo a ser tratado igual.
- El logro de una igualdad efectiva se deriva incluso de los derechos inherentes a las personas y no solo de consagraciones normativas.

1. Los fallos de tutela se distinguen por la letra T, seguida del número del fallo y del año de la decisión; los fallos de constitucionalidad son precedidos por la letra C, seguida del número del fallo y del año de la decisión y las sentencias de Unificación llevan las letras SU, seguida del número de fallo y del año de la decisión

2. Expediente T-28319. Actor: Juan de Jesús Jiménez

- La igualdad es un principio relacional en el que intervienen por lo menos dos elementos: las situaciones de hecho que se comparan y el criterio de comparación o "patrón de igualdad."
- Las dificultades de interpretación pueden surgir del aspecto fáctico o del aspecto valorativo. En la primera, se presenta un problema que debe ser resuelto con base en elementos probatorios empíricos. En la segunda, el problema es de tipo normativo y debe ser solucionado a partir de algún método de interpretación que le proporcione sentido a los enunciados, para relacionarlos axiológicamente
- La legislación laboral pretende, por medio de la protección del trabajador, evitar que la igualdad formal se convierta en una justificación de la desigualdad real existente.

Recientemente, en la sentencia C-250/12 la Corte determinó, dentro del principio de igualdad, los mandatos que comprende, y que obligan a un trato igualitario o diferenciado –pero justificado– los cuales giran en torno a un mandato: a) de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, b) de trato diferenciado a destinatarios en situaciones no comunes, c) de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones son más similares que diferentes, y d) un mandato de trato más diferenciado que diverso.

La transformación del sistema jurídico permite hablar de un "patrón de igualdad" que comprende la norma positiva sujeta en una categoría superior como es la Carta Política.³ Por ello, en varias sentencias⁴ consideró la Corte constitucional que el derecho a la igualdad tiene un núcleo fundamental no afectable por el legislador, que puede establecer excepciones a la segunda instancia cuando no se respeta el derecho fundamental.

3. En Colombia, la primera formulación de lo "razonable", para determinar los alcances del concepto de igualdad, la realizó la Corte Constitucional en 1992, luego desarrolló esta construcción jurisprudencial con las sentencias C-530/93, T-230/94, y C-022 de 1996, pero su implementación ha sido discutible.

4. Sentencias como la C 863/08, C 040/02, C 095/03, C 900/03, C 103/05 y C 1005/05.

Estructuración del principio de proporcionalidad

La sentencia T 432/92⁵, que partiendo del análisis sobre la prestación igualitaria de los servicios públicos domiciliarios, desarrolló las características del principio de igualdad en sentido objetivo y no formal, porque con él se predica la identidad de los iguales y la diferencia entre los desiguales, y además, porque no se puede utilizar el mismo rasero al estudiar la afectación a la igualdad, ya que no se aplica siempre de la misma forma y con el mismo rigor por haber materias diferentes. (Galeano, 2011:40-41). También esboza, tempranamente, los elementos del test de razonabilidad y su relación con la equidad y enumera los cinco (5) requisitos, invocados de la doctrina constitucional internacional, para que se apruebe un trato diferenciado *"superando así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta"*:

1. Diferencia de los supuestos de hecho.
2. Presencia de sentido normativo (fin o valor) de la diferencia de trato.
3. Validez constitucional del sentido (fin) propuesto
4. Eficacia de la relación entre hechos, norma y fin.
5. Proporcionalidad de la relación de eficacia.

Solo si se cumplen estas exigencias, se puede hablar de una razón que justifique un trato diferente⁶ que afecte la igualdad entre iguales. La aplicación del "test de razonabilidad" tiene la ventaja de mostrar la complejidad del juicio interpretativo que realiza el juez constitucional, al separar elementos que usualmente quedan fundidos en una visión general del caso. Sin embargo, anota nuestra jurisprudencia constitucional, a esta perspectiva de cinco requisitos, le falta unidad ya que se reduce a un análisis puramente lógico y mecánico que desconoce el verdadero problema de la ponderación, es decir, la interpretación razonable ya que la idea de "proporcionalidad" se predica de las relaciones entre objetos cuantificables, pero la idea de "adecuación" es más circunstancial, lo que la acerca más al análisis axiológico.

5. Proceso de tutela No. 860. Acción de tutela contra actuación del Gerente General de la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Ocaña. Actoras: Luz Marina Becerra y Heneth Duran.

6. En la Sentencia C-022/96 se puntualizó: *"En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo"*.

En síntesis, la prevalencia constitucional de los postulados valorativos fundamentales, (derecho a la vida, a la igualdad, a la libre auto determinación, etc) impone valores y principios a las normas y conductas que examina el juez constitucional quien, adecuando los criterios lógicos por criterios valorativos, evalúa si existe discriminación, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) que los hechos sean distintos; b) que la decisión de tratarlos de manera distinta se funde en un fin y, c) que la consecución de dicho fin aceptado constitucionalmente por los medios propuestos, sea posible y además adecuada. La igualdad puede convertirse en una paradoja que como lo sostiene Robert Alexy, logra *ser fácilmente evitada cuando es posible renunciar totalmente o bien al principio de la igualdad de iure o bien al principio de la igualdad de hecho.* (Alexy.1993:405)

Como lo postula Prieto Sanchís, (1998:81) es muy difícil alcanzar una igualdad formal salvo que partiera desde un modelo estatal previo que garantizara la no discriminación absoluta:

Poder del juez y cuestionamiento de la razonabilidad de la norma discriminatoria

Sobre el tema de la razonabilidad la Corporación ha señalado en la sentencia T-422 de 1993, la conciencia jurídica que nace de la soberanía, la que permite al juez constitucional tener la autoridad para cuestionar la voluntad del legislador cuando la norma permite un trato sospechoso: "*La jurisdicción es un modo de producción cultural del derecho; el poder del juez deriva exclusivamente de la comunidad y solo la conciencia jurídica de esta permite al juez pronunciarse sobre la irrazonabilidad o no de la voluntad del legislador.*"

1. La igualdad laboral en algunas sentencias de la Corte constitucional.

A continuación presentamos la aplicación de algunos criterios sobre igualdad, hasta aquí enunciados, en algunos temas laborales conocidos por la Corte constitucional.

El pago del auxilio de cesantías a los trabajadores ocasionales

Con la sentencia T 137/00, el alto tribunal analizó la exclusión de que eran víctimas los trabajadores ocasionales con relación al pago del auxilio de cesantías, que en cambio es reconocido a quienes mantienen una relación laboral permanente. La Corporación terminó declarando inexecutable esta medida discriminatoria. Posteriormente confirmó esta directriz en el fallo de constitucionalidad C 1125/08, que asume que el trabajo como principio y valor basilar de nuestra Carta es vinculante, independientemente del tipo de relación laboral que tenga el trabajador.⁷ De esta forma constituye el derecho a la igualdad uno de los fundamentos axiológicos de nuestro Estado constitucional más depurados por la alta Corporación, entre cuyas argumentaciones se sostiene que las normas que protegen la igualdad, se entienden como principios, y si existe divergencia entre ellos, el juez constitucional debe ponderarlos o sopesarlos, para lograr la defensa del derecho protegido.

Otro principio fundamental de la seguridad social, a favor del trabajador ocasional, es el de la *solidaridad* entre patrón y trabajador, y ya que éste le ha ayudado a su patrono a crear riqueza, necesitan a su vez su apoyo en caso de enfermedad, muerte o desempleo.⁸

El principio de la no discriminación laboral

Con la Sentencia C-339/96 se distinguieron las condiciones laborales, que no se encuentran enunciadas de manera explícita dentro de las razones objeto de discriminación del artículo 13 de la Carta, por lo que deben tener un tratamiento similar si se tiene en cuenta la especial protección constitucional de la calidad de trabajador. Por ello, si éste aporta los indicios generales que prueben un fundamento razonable

7. *"La protección reforzada que el texto constitucional brinda al trabajo en sus dimensiones individual y colectiva, productiva e instrumental, pero en todo caso como medio para el fortalecimiento de la dignidad humana, deviene también del artículo 53 de la Carta que dispuso un mínimo de principios fundamentales, tales como la igualdad de oportunidades para los trabajadores, la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la actividad y calidad del trabajo y la garantía a la seguridad social, entre otros."*

8. Los trabajadores ocasionales o transitorios en nuestro país habían sido discriminados frente a los trabajadores permanentes, ya que se les excluía del auxilio monetario por enfermedad profesional, del pago de gastos funerarios, del auxilio de cesantías y del seguro de vida obligatorio.

sobre la existencia de un trato discriminatorio, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato desigual.

El fallo C 221/92⁹ determinó que el trabajo tiene un carácter de derecho-deber, que goza de la especial protección del Estado, relacionado con la tríada económica propiedad- trabajo- empresa. Al garantizarse el principio de igualdad de oportunidades para los trabajadores se logra un carácter objetivo y no formal ya que de él se predica la identidad de los iguales y la diferencia entre los desiguales.

En otra decisión, plasmada en la sentencia C-038/04, al estudiar algunos artículos de la Ley 789 de 2002¹⁰ la Corte se preguntó: "*¿Hasta qué punto es constitucionalmente legítimo reducir ciertas garantías de los trabajadores reconocidas por el ordenamiento con el fin de promover el empleo de quienes carecen de trabajo?*"

La Sala sostuvo que, en principio, existe la prohibición de adoptar medidas regresivas respecto de los derechos sociales, por la cual todo retroceso en su efectividad y cobertura se presume inconstitucional, luego la Corte pasó a estudiar la proporcionalidad de las medidas previstas en las normas cuestionadas aplicando los pasos del juicio de proporcionalidad para concluir finalmente su exequibilidad o condición de estar acorde con la Constitución.

El mismo alto tribunal también ha inaplicado en casos concretos, al revisar sentencias de tutela, disposiciones que considera regresivas de los *derechos económicos, sociales y culturales* (DESC).¹¹ En esta oportunidad se estudió el caso de una trabajadora que perdió casi el 60% de su capacidad laboral y que solicitó sin éxito, al respectivo fondo de pensiones, el otorgamiento de una pensión de invalidez. Por ello la Corte encontró que la reforma introducida por el artículo 1º de la Ley 860/03 al artículo 39 de la Ley 100 de seguridad social, representa un retroceso ya que es inconstitucional por contrariar el mandato de la progresividad, especialmente en personas que pertenecen a la tercera edad y que ingresaron tarde al mercado laboral.

En otra demanda, se solicitó al tribunal constitucional analizar el acceso a la pensión especial de invalidez para madres cuyos hijos superaran la edad mínima

9. Proceso No. D-006. Norma acusada: Artículo 6º (parcialmente) del Decreto 119 de 1.991. Actor: José Antonio Galán Gómez

10. Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.

11. Por ejemplo, en la sentencia T-221/06, en la que la Sala de revisión dejó de aplicar el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

de 18 años. Con la sentencia C 227/04 se accedió a lo pedido por la demandante, en aplicación al test intermedio de proporcionalidad, argumentando que la expresión "menor de 18 años" constituye una diferenciación que no permite que la norma legal sea efectiva para el fin para el que fue creada, ya que obliga a interrumpir los procesos de rehabilitación de las personas inválidas y no cubre a un sector de hijos afectados por algún tipo de debilidad, quienes dependen económicamente de su madre. No obstante, se había sostenido con anterioridad en la sentencia T-519 de 2003, que no es suficiente el solo hecho de la presencia de una enfermedad o una discapacidad en la persona para que el empleador decida desvincularla de manera unilateral sin justa causa. Para que la acción de tutela prospere, debe haber un nexo de causalidad probado entre la condición de debilidad manifiesta por el estado de salud y la desvinculación laboral, como se observa en un caso en el que se despidió laboralmente a un trabajador portador del Sida.¹²

Discriminación de un trabajador al haber perdido su capacidad laboral

En el fallo de tutela T 677/12¹³ (la cual fue concedida al actor), se preguntaba la Corte constitucional: si la entidad demandada vulneraba los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del demandante, quien fue retirado del servicio militar por padecer una incapacidad permanente superior al cincuenta por ciento (50%), al negarle la pensión de invalidez, argumentando que las normas especiales vigentes al momento en que éste fue retirado, no contemplaban el reconocimiento de pensión de invalidez con porcentajes inferiores al setenta y cinco por ciento (75%) de pérdida de capacidad laboral.

En casos similares la Corte Constitucional ha postulado que un lapso superior a siete (7) años es razonable para solicitar el reconocimiento a la pensión de invalidez.¹⁴

12. Desde mucho antes, la Corte constitucional había protegido los derechos de un trabajador con Sida, en la sentencia T 826/99.

13. Referencia: expediente T-3427839. Acción de tutela presentada por Ángel Alberto De Ávila Vergara contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

14. Por ejemplo en la sentencia T-035 de 2012 la Sala Séptima de Revisión, al analizar un asunto relacionado con una acción de tutela presentada por un ex – miembro de la Fuerza Pública, en el que solicitaba la pensión de invalidez por hechos ocurridos en 1997, decidió conocer del amparo argumentándose que,

La jurisprudencia constitucional determinó, en la sentencia T-823 de 1999, que el trato favorable no constituye un privilegio arbitrario a favor del trabajador inválido, sino que es el cumplimiento del deber constitucional a fin de lograr que las personas discapacitadas no tengan que sumar a su circunstancia personal la marginación adicional de la sociedad.

Estabilidad laboral reforzada en virtud de la condición de discapacidad

La Corte, en tempranos pronunciamientos (como la Sentencia T 689/04¹⁵), desarrolló el contenido y alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores discapacitados. El legislador, a partir de la Ley 361 de 1997, consciente de la necesidad de avanzar en la protección laboral de los limitados, hizo eco de los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional sobre su protección laboral. En este caso analizó la Corte si la desvinculación laboral de la señora Margarita Estupiñán Vargas, sin justa causa y con el pago de la indemnización laboral señalada por ley, constituyó una vulneración a sus derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad, siendo que el despido se produjo mientras ella padecía la enfermedad denominada *lupus eritomatoso sistémico*

Se resolvió que: (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; pero, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona con especial protección, la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, y de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del

habiendo transcurrido 9 años desde que se estructuró la lesión, la vulneración se encuentra vigente por la naturaleza permanente de la enfermedad, y porque el derecho a la pensión no prescribe.

15. Expediente T-853326. Acción de tutela incoada por Ana Margarita Estupiñán Vargas contra COLME-NA Riesgos Profesionales. Se negó el amparo solicitado.

debido proceso correspondiente. En otro fallo, el T 434/08,¹⁶ la Corporación consideró que el despido de una persona discapacitada obedece a la utilización abusiva de una facultad legal, para esconder un trato discriminatorio hacia un empleado, vulnerando el principio de igualdad.

Por su parte en la sentencia C 174/04,¹⁷ la alta magistratura hizo un análisis sobre el trato a las personas discapacitadas, que al tener falencias tan heterogeneas no se puede predicar la misma igualdad frente a ellas. La Corte instó al Estado a apoyar laboralmente a las personas con discapacidades, sin que con ello se desfavorezca a otras personas que no presenten dificultades físicas o sensoriales:

En este tipo de hechos restrictivos de las personas con algún tipo de invalidez, cabe anotar la aplicación de la Declaración de Sund Berg de Torremolinos, Unesco, 1981, sobre personas con limitaciones y la recomendación 168 de la OIT de 1983. En ellos se afirma que deben articularse políticas públicas que sistematicen el ejercicio laboral de las personas discapacitadas, con todas las garantías y prerrogativas que merezcan.

Protección a la maternidad y acciones afirmativas a favor de las mujeres

Con la sentencia T 977/07¹⁸ se determinó que la mujer no podrá ser sometida a ningún tipo de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección,¹⁹ garantizando la estabilidad reforzada en el empleo, descanso remunerado por maternidad y facilidades para la lactancia. Puntualizó el

16. Tutela de Ángel María Sierra Ibáñez contra Brinks de Colombia S.A, la cual concedió la protección solicitada por el actor al ser despedido en estado de discapacidad.

17. Referencia: expediente D-476. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 12 (parcial) de la Ley 790 de 2002 *"por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República"*.

18. Referencia: expediente T-1708645. Acción de tutela instaurada por Xiomara Melisa Rodríguez contra el Ministerio de la Protección Social y otra. También Sentencia de Tutela 1245/08

19. Se tuvo en cuenta lo acordado en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, (Ginebra, 29 de octubre de 1919) con la que se adoptó el Convenio No. 3 relacionado con el empleo de las mujeres antes y después del parto, revisado en 1952 por el Convenio No. 103 y, posteriormente en el 2000, por el Convenio No. 183.

alto tribunal que para despedir a una mujer embarazada se requiere la autorización del inspector del trabajo, de lo contrario la desvinculación no tendrá ningún efecto.

Anteriormente a ese fallo, en la sentencia SU-389/05²⁰ la Corporación aplicó acciones afirmativas a favor de las mujeres en el ámbito laboral ya que la Carta Política ha permitido al legislador que, sin violar la igualdad, adopte medidas en favor de ciertas personas o grupos, sin tener que extender el beneficio resultante a otras personas o grupos que, por ello, se consideraran discriminadas.

Protección a las madres cabeza de familia

A juicio de la actora, la entidad Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (INAT) desconoció preceptos constitucionales en materia de protección a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, al desvincularla del cargo que desempeñaba en la entidad y, al negarse a reubicarla en otro de igual o superior categoría, dentro del marco del Programa de Renovación de la Administración Pública, ordenado por la Ley 790 de 2002.²¹

Sobre el mismo tema, la Corte también profirió la sentencia SU-388 de 2005, mediante la cual se buscó unificar la jurisprudencia relativa a la protección del "retén social" para las madres cabeza de familia desvinculadas de sus empleos. Consideró la condición de sujetos de especial protección en los desarrollos de acciones afirmativas que en un Estado social de derecho como el colombiano, han tenido lugar a fin de lograr la igualdad material de las mujeres.

La Corporación señaló que no en todos aquellos casos en los que la mujer se encuentre a cargo de la dirección del hogar, puede ésta ser considerada como madre cabeza de familia. Es necesario cumplir ciertos presupuestos: a) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas, b) que esa carga sea de carácter permanente, c) que no sólo haya ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, d) sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre, o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos de fuerza mayor, e) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia.

20. Referencia: expedientes T-851947, T-1003162, T-1003169, T-1003177, T-1003629 y T-1015380

21. Sentencia T 1030/05 en la que Corte concedió la tutela. Referencia: expediente T-1120139. Actora: Dora Liliana Tálaga Astaiza contra el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras -INAT- en liquidación.

Reconocimiento de derechos laborales a trabajadora sexual

Mediante fallo T 629/10,²² por la vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, el debido proceso, la salud, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital, en una extensa motivación la Corte reconoció todas las prerrogativas constitucionales a una trabajadora sexual que laboraba en un bar y quedó embarazada. De paso desarrolló su jurisprudencia a favor de la mujer que es también sujeto de especial protección estatal, por la discriminación que históricamente ha sufrido, la cual se ha basado en concepciones patriarcales de organización social y por prejuicios por los cuales, durante mucho tiempo, el propio derecho ha tenido a la mujer como sujeto inferior y por tanto subordinable. Expresó que en el Estado constitucional, social, de derecho y pluralista, un tema central haya sido precisamente el reconocer entre las muchas desigualdades existentes e intolerables, la de la mujer excluida de sus derechos.

Exoneración de pago y excepciones de reconocimiento de prestaciones y privilegios económicos para los trabajadores accidentales o transitorios

En las normas examinadas en la sentencia C 825/06²³, la Corte consideró que todo trabajador, permanente u ocasional está o debe estar cobijado por los principios de la seguridad social como son la *universalidad* y la *solidaridad*. La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, consagrado como derecho irrenunciable a favor de todos los habitantes del territorio.

Pensión de sobrevivientes entre parejas homosexuales

A través de la sentencia C-075 de 2007, la Corte declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, asumiendo que el

22. Referencia: expediente T-2384611. Acción de tutela instaurada por LAIS contra el Bar Discoteca PANDEMO. La Corte concedió el amparo a diferencia de las dos primeras instancias que lo habían negado

23. Referencia: expediente D-6258. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 223 lit.b, 229 lit.b, 247(parcial), 251 lit.b 289(parcial) y 306(parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto establecería un trato desigual en contra de los trabajadores accidentales o transitorios

régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales. Posteriormente con el fallo radicado como C 336/08²⁴ el alto tribunal confirmó el mismo derecho de recibir la pensión de sobrevivientes entre parejas homosexuales,

Determinación del factor territorial y afectación de la igualdad entre las partes en un proceso judicial

La sentencia C 470/11²⁵ abordó un tema procesal laboral, en cuanto al factor territorial, que podría afectar los derechos fundamentales de los demandados en un proceso de esa naturaleza. Desarrolló la tesis según la cual la regla según la cual el actor puede escoger que el proceso laboral se adelante ante el juez del lugar donde se prestó el servicio o ante el de su propio domicilio, ya que puede vulnerar el principio de igualdad y la garantía del debido proceso.

La primacía de la realidad frente al tratamiento tributario

En otra decisión radicada en la sentencia C-952/07²⁶ la Corte subrayó la primacía de la realidad y la igualdad en materia laboral, frente al tratamiento tributario diferencial a los ingresos de los funcionarios del servicio exterior, consagrado por el artículo 33 del Estatuto Tributario.

En el sentir de la alta magistratura, se manifestó que de la misma manera como se protege el principio de realidad y de igualdad en materia laboral, para la cotización de aportes a la seguridad social de los funcionarios consulares y diplomáticos en el exterior, así también se deben aplicar los mismos principios en torno a los impuestos que deben pagar los trabajadores en general, al Estado.

24. Se demandaba la expresión "*para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho*", contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, por vulnerar los artículos 1º, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución, en cuanto excluyen a las parejas homosexuales del régimen de protección de seguridad social que es ofrecido a las parejas heterosexuales."

25. Referencia: expediente D-8303, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 45, 47 y 48 de la Ley 1395 de 2010, "*Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*".

26. Referencia: expediente D-6770, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 78 (parcial) de la Ley 1111 de 2006, en la que se declaró exequible el aparte "*el artículo 33*" contenido en el artículo 78 de dicha ley.

"Test de la igualdad" y trato diferenciado de dos situaciones diversas

La Corte aplicó el test de proporcionalidad para determinar si se vulneraba la igualdad en la que Coopfebor trató discriminadamente al actor, al variar su horario de trabajo e impedirle el acceso al trabajo suplementario y al auxilio de alimentación, de los cuales gozaba antes de estar vinculado al sindicato de la empresa. (Sentencia T-230/94).²⁷ La Corporación instó a los operadores judiciales a aplicar el principio de igualdad de forma integral y sistemática, partiendo de una interpretación total y no de una simple aplicación mecánica de la ley, acudiendo incluso a la equidad.

Bloque de constitucionalidad y convenios de la Organización Internacional del trabajo OIT

Cabe indicar previamente que el bloque de constitucionalidad es "*un intento para sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual, las normas materialmente constitucionales – esto es, con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales, esto es, aquellas que son expresamente mencionadas en el articulado constitucional*" (Uprimny, 2005:3) como los tratados internacionales suscritos por Colombia de obligatorio cumplimiento que se suman a nuestra constitución, formando dicho bloque de constitucionalidad.²⁸ En ese sentido, en la sentencia C 013/93²⁹ la Corte aplicó los Convenios N° 87(1948) de la OIT, relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización, y el Convenio N° 98 (1949) relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicalización y de negociación colectiva.

27. Referencia: Expediente T-28319, por el cual la Corte decidió conceder la tutela solicitada por Juan de Jesús Jiménez y: "*en consecuencia ordenar a la cooperativa de trabajadores Coopfebor que suspenda la conducta discriminatoria frente al peticionario, relativa al otorgamiento de tiempo suplementario.*"

28. Las sentencias C 567 y 797/00 dieron vigencia a los convenios OIT.

29. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 01 de 1991 y contra los Decretos 035, 036 y 037 de 1992 expedidos con base en las facultades extraordinarias del artículo 37 de la Ley 01 de 1991

Exención del impuesto de renta del 50% del salario de los magistrados de los tribunales

Con la sentencia C-748/09³⁰ el demandante consideró que algunas normas del Estatuto Tributario, trasgredían los principios constitucionales de igualdad, equidad, eficiencia y progresividad, al beneficiarse con la exención del impuesto de renta del 50% del salario de los magistrados de los tribunales, que se considera como gastos de representación.³¹

Oportunidad para interponer recursos dentro de las audiencias públicas

Mediante sentencia C-803/00³² el actor consideró que no debería existir la posibilidad de que las decisiones tomadas en las audiencias públicas celebradas dentro de los procesos laborales sean impugnables con posterioridad a las mismas, sino que todos los recursos debían ser interpuestos y resueltos dentro de las mismas audiencias.³³ Le correspondió a la Corte determinar si las normas demandadas atentaban contra distintos principios que rigen la administración de justicia y, en segundo lugar, discriminarían a la parte del proceso laboral que cumple con su obligación de acudir a las audiencias. La Corte consideró que no había afectación a la igualdad de las partes y declaró exequibles las normas acusadas.

30. Referencia: expediente D-7365. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 206 (parcial) del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989) fallo que declaró exequible, el inciso 3 del numeral 7 del artículo 206 del mismo.

31. Con exclusión de los magistrados que integran la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y Administrativa de los Consejos Seccionales de la Judicatura y de los Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes. La Corte declaró exequible las normas, por los cargos analizados,

32. Referencia: expediente D-2715. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 41, 63, 65 y 66 (parciales) del Decreto 2158 de 1948 del Código de Procedimiento Laboral

33. Acusó el actor de inconstitucionales el literal a) del numeral 3 del artículo 41, del Código Procesal del Trabajo

Presunto trato discriminatorio dado a los empleadores frente a la organizaciones sindicales

En la Sentencia C-449/05³⁴ sostuvo la demandante que la facultad discrecional otorgada por el artículo 17 de la Ley 584 de 2000 a las organizaciones sindicales o a los trabajadores, de dar aviso a las autoridades del trabajo para que presencien y comprueben la votación, *"es violatoria del derecho a la igualdad en cuanto tal posibilidad le es negada a los empleadores, desconoce la primacía del interés general; vulnera el derecho de asociación y presume la mala fe del empleador."*

Así mismo, para la actora, se desconocía también el derecho a la igualdad, puesto que el control que ejerce la autoridad del trabajo es más estricto para el empleador que para los sindicatos. El alto tribunal desvirtuó la supuesta desigualdad ya que: *"Los trabajadores y los sindicatos no se encuentran en el mismo plano de igualdad con los empleadores, y el simple hecho de que el legislador haya dispuesto obligaciones o cargas distintas para unos y otros no contradice el principio de igualdad."*

Discriminación por la edad del trabajador

La Corporación afirmó³⁵ que no existe una característica especial que posean las personas menores de treinta (30) años de edad respecto de las que superan esa edad, para reservar el ingreso a la carrera diplomática para aquéllas. Por tanto para la Corte Constitucional el requisito fijado en el literal b) del artículo 17 del Decreto Ley 010 de 1992 es contrario a la Carta, ya que viola el principio de igualdad de las personas, en la medida que establece discriminaciones no razonables para efectos del ingreso a cierta edad a la carrera diplomática y consular, el derecho al trabajo, y a la libertad de escoger profesión u oficio, y en última instancia el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

34. Referencia: expediente D-5409. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 17 y 20 (parciales) de la Ley 584 de 2000 "por la cual se derogan y se modifican algunas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo".

35. Sentencia C 071/93. Expediente D-113. Norma acusada: literal b) del artículo 17 del Decreto Ley 010 de 1992. Actor: Camilo Paredes Restrepo

Privilegio discriminatorio

El actor argumentó que la condición de esposa del Presidente de la República constituye un privilegio discriminatorio y antidemocrático al acceder, con derecho propio, como Presidenta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) o como miembro Presidente de su Junta Directiva. Según lo indicó la Corte, (mediante fallo C 537/93³⁶ que declaró la norma demandada como inexecutable) el derecho a la igualdad del artículo 13 de la Carta, contiene seis elementos para la protección de esta prerrogativa:

- a) Un principio general, según el cual, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley
- b) La prohibición de establecer o consagrar discriminaciones:
- c) El deber del Estado de promover condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva para todas las personas.
- d) La posibilidad de conceder ventajas o prerrogativas en favor de grupos disminuidos o marginados.
- e) Una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y
- f) La sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta".

Es oportuno recordar que con mucha anterioridad, en la sentencia T-432 de junio 25 de 1992, una de las salas de revisión de la Corte expresó que el principio de la igualdad respalda el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias,

Obligación de los funcionarios públicos de renunciar al cargo para poder pensionarse

Encontramos en la sentencia C-584/97, la aplicación del test de proporcionalidad frente a una norma que establece la obligación de los funcionarios públicos de renunciar al cargo que vienen desempeñando como requisito para poder gozar del derecho a la pensión de jubilación.

36. Proceso D- 293. Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 57 (parcial), 58 (parcial) y 60 de la Ley 75 de 1968. Unidad normativa con el artículo 25 de la Ley 7a. de 1979.

La Magistratura consideró, que si bien la prohibición de concurrencia entre el derecho al trabajo y a la seguridad social para servidores públicos, parece desigual, la norma persigue una finalidad legítima, ya que racionaliza los recursos asignados al pago del pasivo laboral de los servidores públicos. (López.2009:160-161)

Reajuste salarial de empleados oficiales, en proporción a lo incrementado a los congresistas

En la sentencia SU-1148/00³⁷ el alto tribunal confirmó la negativa a proteger el derecho a la igualdad, derecho al trabajo y reajuste salarial de unos accionantes que pedían el ajuste como empleados oficiales, en proporción a lo incrementado a los congresistas. Afirmaban los demandantes que, mientras a los congresistas se les incrementó su salario en un 15.3%, y a quienes devengaban menos de dos salarios mínimos en un 9%, al resto de empleados oficiales no se les hizo ningún aumento.

Manifestó el pleno de la Corte que se debía estar a lo resuelto en la Sentencia SU-1052 de 2000, relativa igualmente al pago de incrementos salariales de los servidores públicos, en la cual se trataron suficientemente los aspectos que invocaban los accionantes.

Con el pronunciamiento SU-120/03³⁸, los accionantes solicitaban que se protegiera su derecho a la seguridad social, cosa juzgada e indexación de la primera mesada pensional. La Corte llamó la atención sobre la posibilidad de que los jueces accedieran a las vías de hecho al incumplir con los precedentes establecidos por la Corporación, además subrayó la aplicación de la favorabilidad al trabajador, en cumplimiento del artículo 53 de la Carta Política.

Igualdad en un concurso de méritos

Para el demandante, el hecho de ocupar el primer puesto en un concurso de méritos para un cargo de la administración *pública* y, sin embargo no ser nombrado por la entidad, es factor suficiente para presumir un trato diferente, que no está obje-

37. Acciones de tutela incoadas por Custodio Jacinto Mora Medina y otros, contra el Presidente de la República y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

38. Referencia: expedientes T-406257, T-453539 y T-503695.

tiva y razonablemente justificado. (Sentencia T 422/92).³⁹ Agregó la Corte que la indeterminación de las normas que otorgan facultades discrecionales a la autoridad, para permitir un trato discriminatorio "*deberán ser excluidas del ordenamiento y, mientras ello así sucede, deberán ser inaplicadas en el caso concreto para evitar la vulneración del principio de igualdad*".

Conclusiones

Si bien es cierto que las relaciones laborales, a pesar de ser ampliamente protegidas por la Carta política, por los tratados suscritos por Colombia y por la ley laboral, presentan una serie de afectaciones dirigidas a los derechos fundamentales de los trabajadores, por parte de los patronos y del mismo Estado.

La jurisprudencia constitucional ha encontrado varias capas de derechos fundamentales afectados que se acumulan en una persona, por ejemplo en una mujer que reúna las condiciones para ser empleada, embarazada o discapacitada, o en quien sea servidor público pero tenga más de 30 años y se le impida ingresar a la carrera diplomática.

En estos casos la utilización de los test de proporcionalidad ha desvirtuado el trato desigual que tiene un componente normativo y también han hecho un giro hacia el deber-ser, superando el análisis lógico de las tradiciones anglosajona y europea.

Se observa la preeminencia de los fallos de las primeras Cortes que sentaron las bases para desarrollar conceptos como la no discriminación, el trabajo humano como principio y valor, la prohibición de adoptar medidas regresivas respecto de los derechos sociales y económicos, la protección de las personas discapacitadas y la ruptura de prejuicios para defender los derechos de una trabajadora sexual.

Bibliografía

Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de estudios constitucionales.

39. Expediente T-298 Actor: Jorge Eliecer Rangel Peña

Cabrera, L. (2011). El principio de igualdad en material laboral a partir de la constitución de 1991. Análisis jurisprudencial. En: Criterio jurídico. Santiago de Cali. Volumen 11. Nro 2 pp.89-114

Corte constitucional de Colombia, sentencia C 221 de 1992

Corte constitucional de Colombia, sentencia T 432 de 1992

Corte constitucional de Colombia, sentencia T 230 de 1994

Corte constitucional de Colombia, sentencia C445 de 1995

Corte constitucional de Colombia, sentencia C 339 de 1996

Corte constitucional de Colombia, sentencia T 823 de 1999

Corte constitucional de Colombia, sentencia T 137 de 2000

Corte constitucional de Colombia, sentencia SU 120 de 2003

Corte constitucional de Colombia, sentencia C 227 de 2004

Corte constitucional de Colombia, sentencia C 449 de 2005

Corte constitucional de Colombia, sentencia C 825 de 2006

Corte constitucional de Colombia, sentencia T 977 de 2007

Corte constitucional de Colombia, sentencia C 075 de 2007

Corte constitucional de Colombia, sentencia C 1125 de 2008

Corte constitucional de Colombia, sentencia C 748 de 2009

Corte constitucional de Colombia, sentencia T 629 de 2010

Corte constitucional de Colombia, sentencia C 470 de 2011

Corte constitucional de Colombia, sentencia T 677 de 2012

Corte constitucional de Colombia, sentencia C 250 de 2012

Cortes, J. et alia. (2009). Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control constitucional como mecanismo de protección de derechos humanos. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario.

Galeano, F. (2011). Test de igualdad en la jurisprudencia constitucional. En: La Corte Bajo la Lupa. Informe No. 4, mayo de 2011. Observatorio constitucional. Bogotá. Universidad de los Andes.

López, M. (2009). La aplicación del test de proporcionalidad frente a medidas regresivas de los derechos económicos, sociales y culturales. En: Universitat estudiantes. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas. Nro 6.enero-diciembre 2009.

Organización internacional del trabajo (1987). Declaración OIT.1987.

Prieto, L. (1998). Ley, principios, derechos. Instituto de derechos humanos. Madrid. Dykinson.

Rodríguez, J. (2012). Guía relaciones laborales y prestacionales. Bogotá. Doctrina y ley.

Uprimny,R. (2008). Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal. Bogotá. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.