

El principio de igualdad en materia laboral a partir de la Constitución de 1991. Análisis jurisprudencial

Principle of equality in the labor relations since 1991 Constitution. Analysis of jurisprudence

COLCIENCIAS TIPO 2. ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

RECIBIDO: MAYO 15; ACEPTADO: JUNIO 15 DE 2012

Lizandro Alfonso Cabrera Suarez
lizandrocabrera@hotmail.com

Universidad Santiago de Cali, Colombia

Resumen

El documento permitirá estudiar, las disposiciones de orden constitucional y legal sobre el tema, como también la posición de la jurisprudencia y la doctrina en la aplicabilidad del principio de igualdad en las relaciones laborales del país. Es vital tener en cuenta que los principios fundamentales y entre ellos el de igualdad son una garantía para el ciudadano partícipe del Estado Social de Derecho, en donde lo primordial es el respeto por la dignidad y la persona humana, por ende se protege algo vital para ella como es el trabajo. El documento se desarrolló así: 1) Resumen del proyecto de investigación, 2) Enfoque dado al principio de igualdad en la Constitución de 1991 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, 3) posición de la Corte Constitucional Colombiana frente al principio de igualdad en las relaciones laborales, 4) alcances, repercusiones y trascendencia del principio de igualdad en el marco de las relaciones laborales colombianas y 5) Conclusiones y recomendaciones.

Palabras Clave

Igualdad; derecho laboral; constitución política; principio; jurisprudencia.

Abstract

The document will allow studying the dispositions of constitutional and legal order on the subject, as also the position of the jurisprudence and the doctrine in the applicability of the principle of equality in the labor relations of the country. He is vital to consider that the fundamental principles and among them the one of equality are a guarantee for the contributor citizen of the Social State of Right, where the fundamental thing is the respect by the dignity and the human person, therefore something vital for her is protected as it is the work. The test was developed thus: 1) Summary of the project of investigation 2) Approach given at the beginning of equality in the constitution of 1991 and the jurisprudence of the Constitutional Court Colombiana 3) position of the Colombian Constitutional Court against the principle of equality in labor relations 4) I reach, repercussions and importance of the principle of equality within the framework of the Colombian labor relations. 5) Conclusions and recommendations.

Keywords

Equality; labor right; political constitution; principle; jurisprudence.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad es un pilar de los Estados democráticos, tal como lo es Colombia. La Constitución Política expedida en 1991 le da una nueva connotación a este principio, por ello la escogencia del mismo para desarrollar, para demostrar así que este principio de igualdad no se cumple en nuestro estado Colombia.

La Corte Constitucional Colombiana se ha ocupado del tema en múltiples ocasiones, las cuales dan la pauta para analizar el alcance y la repercusión que este principio fundamental tiene en materia laboral, si se quiere una de las áreas vitales para el ser humano, como es el trabajo, del cual depende en parte su estabilidad.

La igualdad es un derecho fundamental, en casi todas las jurisdicciones del mundo, por ende revisar sus raíces jurídicas y su puesta en marcha a partir de la Carta del 1991, es preponderante en este estudio, pues es trascendental que exista igualdad en las relaciones laborales, ya que si ésta es inexistente, se cae en relaciones inequitativas.

II. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL

En el año 1950, con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, se reguló el derecho de igualdad y su aplicabilidad en el ámbito laboral, el cual en su artículo 10 consagraba la igualdad de los trabajadores ante la ley, por ende quedaba abolida toda discriminación por cualquier motivo, como sexo, raza, remuneración, actividad material o intelectual. También el artículo 134 instituía la igualdad salarial en los géneros para el desempeño del mismo trabajo.

La Constitución de 1991, elevó a su jerarquía el derecho laboral como puede verse en el hecho que plasmo como principio fundamental los que estaban contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo (1950). Es decir, la igualdad en materia laboral no solo es legal, sino constitucional, lo que le da un gran impulso a los derechos de los trabajadores colombianos. Pero es menester destacar que aún la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, ha cometido exabruptos a la hora de tener en cuenta la igualdad salarial a que tiene derecho la mujer.

La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los términos de comparación. Cuáles sean éstos o las

características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado tertium comparationis, para establecer cuando una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad (Sentencia No.T-422, Corte Constitucional).

A través de varias sentencias la Corte ha mantenido esta posición, como también ha defendido la teoría de la antigüedad, la pericia en el oficio, que hacen que uno tenga mejor remuneración que otro que sea novato. La igualdad de remuneración está contenida en el Artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, con lo que se pretende dar la misma remuneración al esfuerzo hecho en condiciones de igualdad y que no incida en el salario, condiciones de sexo, raza, religión, opinión política. Dice la Corte Constitucional Colombiana que dos cargos cuyo desempeño requiera de las mismas condiciones de eficiencia, jornadas iguales, deberá darse la misma remuneración independientemente del género quien lo desempeñe, debe bastar solo su buen desempeño. La Constitución del 91 introdujo una gran transformación en la concepción del trabajo al catalogarlo como un derecho y un deber de toda persona, que goza en sus distintas modalidades de la especial protección del Estado (art. 25 CP.). Uno de los mecanismos instituidos para garantizarlo es indudablemente mediante la expedición de normas generales que, además de regular los aspectos relativos a la prestación individual de servicios, cualquiera que sea el ámbito en que ella se desarrolle, le aseguren al trabajador una vida digna. Con tal fin el constituyente consagró una serie de *principios mínimos fundamentales* que configuran el *suelo axiológico* de los valores materiales expresados en la Constitución alrededor de la actividad productiva del hombre, a los cuales tiene que sujetarse el Congreso en su actividad legislativa al igual que el aplicador o intérprete de las disposiciones de ese orden y la sociedad en general.

III. ANÁLISIS TEÓRICO

Gregorio Peces-Barba expone que mirando retrospectivamente, la historia de los principios fundamentales estos vienen desde el Deuteronomio, en el cual se da una protección de la esencialidad del ser humano, y donde se enseña que se le debe prestar ayuda al prójimo caído en desgracia o pobreza, exponiendo que un

esclavo fugado no debe ser devuelto a su amo, pero también estatuyen los jueces que juzguen al pueblo adecuadamente (Peces-Barba, Hierro, Iñiguez-de-Onzoño & Llamas, 1987).

Peces-Barba, sostiene que el Concilio de Toledo del año 638, expone que no se debe condenar a nadie sin un acusador legal, y que nadie acusado por otra persona deba ser entregado a suplicio, hasta que su acusador se presenten y miren con él las leyes, a fin de determinar si esta persona es un acusador capaz, en caso contrario no se tiene en cuenta su acusación a no ser que sea un crimen de lesa majestad. Igualmente les impide a los reyes actuar por impulsos alterando, coaccionando o cambiando las leyes para que otro sea injustamente privado del dominio de sus cosas contra su voluntad (Peces-Barba et ál., 1987).

Viene después hacia el año 1.119, las Cartas del Convenio entre los moros de Tudela y el Rey Alfonso I, en las cuales están debidamente reguladas las relaciones entre moros y cristianos.

El Doctor Gregorio Peces-Barba, expone en el año 1.188, se profirió un decreto por parte de Alfonso Rey de León y Galicia, y los obispos y arzobispos, así como de los ciudadanos por medio del cual el Rey debía jurar que cumpliría para todos, las leyes buenas que establezcan su proceder, igualmente se estipuló que cuando alguien sea denunciado se le hará conocer a la mayor brevedad ese hecho, si por alguna razón el denunciante no pudiera probar lo denunciado, pagará la pena que el denunciado hubiera tenido que pagar.

La Carta de Neuchatel, hacia el año 1.214, habla de cómo se procede para acoger a alguien que llegue a vivir entre ellos, al cual se le considerará ciudadano después de un año y un día de estar en la ciudad, trabajando en labores públicas; por el contrario, si no ha ayudado en nada, se le acoge pero no se le protegerá, ni será vengado si es muerto fuera de los muros de la ciudad.

El Doctor Vladimiro Naranjo Mesa (1991) en su libro titulado *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas* se infiere que en el año 1.215 se expidió una de las primeras Cartas Magnas, la del Rey Juan Sin Tierra, pues este rey permitió que sus ciudadanos pusieran límites a su autoridad, terminando así con el absolutismo de la estirpe de los Estuardo, dando origen a una nueva forma de gobierno en Inglaterra, con postulados como necesidad de consentimiento del Congreso para aplicar las leyes; fin del absolutismo real; se consideraba ilegal recaudar fondos

para los reyes sin la venia del parlamento; así como la elección parlamentaria de modo libre. Fue así como conquistó en el año 1679 el hábeas corpus. Todas estas figuras pasaron a Francia y a las Colonias en América, en donde tomaron auge las teorías políticas contractualistas de Rousseau, ya que se puso el impuesto al timbre, que genero protestas inicialmente Massachusetts y Boston, pues consideraron que no tenían porque tener impuestos de un rey en ultramar. Siguieron teniendo sucesos y enfrentamientos hasta el 4 de julio de 1776 en que se redactó el acta de independencia.

En ella se puede leer.

Nosotros creemos evidentes las siguientes verdades: que todos los hombres han nacido iguales, que han sido dotados por su Creador de Derechos Inalienables, entre los cuales se encuentran los de la vida, libertad y deseo de ser felices. Creemos que los gobiernos han sido instituidos para asegurar estos derechos y que sus justos poderes derivan del consentimiento de los gobernados (Campos, 1997, p.22).

Analizando el escrito la Revolución Francesa y el Imperio de Georges Lefebvre (1993), se desglosa que posterior a Luis XVI, se gestó la idea del Tercer Estado y que dieron pie para la Declaración de Derechos Humanos en Versalles. Esta declaración en su artículo 1 consagró:

Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos; en el artículo segundo se determina que el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos fundamentales e imprescriptibles del hombre, la asamblea constituyente del salón de la pelota considero que estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad, y la resistencia a la opresión.

En cuanto al concepto de soberanía fue impulsado por Juan Bodino en 1576, en el cual explicaba el poder de los estadistas y el poder soberano que tenía el pueblo, es decir como la expresión de voluntad mayoritaria. En el año 1789 se expidió otra declaración de derechos, que fue la que dio un vuelco al pensamiento político y social de la época, como fue el hecho de hacer primar los derechos del ciudadano frente al mismo Estado, en donde el rey recibía el poder del pueblo soberano y no de Dios. Con posterioridad en América se dio la Declaración Americana de los Derechos del hombre suscrita por Colombia en 1948, en ella se expone que los derechos del hombre son inherentes al ser humano y no nacen porque él sea ciudadano. Se da en el año 1948 se da la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual se promueve el respeto universal por los derechos humanos y

las libertades fundamentales sin distinción de raza, religión, sexo, idioma. La Declaración de los Derechos del Niño igualmente se da en 1959, siendo el primer documento que reconocía los derechos de los menores y la protección que estos deberían tener. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales En 1966 vio la luz, en la cual se le dan obligaciones a los Estados para que mejoren las condiciones de los pueblos, específicamente en su connotación social.

En él se expone:

Conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables; reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana. (Peces-Barba et ál., 1987)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, En 1970 se estatuye en la que se defienden los derechos civiles y políticos, dándole carácter estatal a los derechos económicos y sociales.

En este trabajo también se tendrá en cuenta una herramienta importante desarrollada en el país para proteger los derechos fundamentales, como es la Acción de Tutela, a la cual se recurre muy frecuentemente en materia laboral, para el trabajador obtener justicia.

El Doctor Javier Hidrón Henao, en su libro Panorama del Derecho Constitucional Colombiano, se colige que la Asamblea Nacional Constituyente tuvo la idea de que la Constitución no sólo debía ser una simple declaración de derechos sino que le correspondía establecer una serie de instrumentos que permitieran a cualquier persona obtener el goce efectivo de los mismos. Por ello en la Asamblea se presentaron varios proyectos, algunos de ellos similares al recurso de amparo español y mexicano (Henao, 1994, p.190).

Hubo varios proyectos entre ellos el presentado por el constituyente Doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero, que es el Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia número 81 presentado a la Asamblea Nacional Constituyente para su discusión. En este se definió la acción de tutela así:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar de los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, sean ellos individuales o colectivos, cuando

quiera que éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel frente a quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. Tal decisión, que siempre deberá cumplirse en forma inmediata, podrá luego ser impugnada por la parte interesada ante el correspondiente Tribunal Contencioso Administrativo.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa de carácter judicial o administrativo, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio grave e irreparable mientras puede acudir al ejercicio de aquél, y se tramitará mediante un procedimiento sumario que garantice su eficacia y prontitud. En ningún caso podrán transcurrir más de 10 días entre la fecha de la solicitud de tutela y la de su decisión.

Esta acción no procederá en relación con situaciones consumadas e irreversibles, o sobre las cuales se haya producido una decisión con autoridad de cosa juzgada.

También habrá acción de tutela contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo (Esguerra, 1991).

El Doctor Esguerra en la exposición de motivos del proyecto citado el señalaba la necesidad de perfeccionar en la Constitución, mecanismos que garantizarán la efectividad de los derechos fundamentales. La importancia de otorgar a los particulares el máximo de protección posible sustento la proposición para establecer la acción de tutela como un mecanismo ágil y eficiente para salvaguardar los derechos constitucionales, cuando ellos sean lesionados o amenazados por la autoridad pública o por particulares en diversas circunstancias.

La acción de tutela es un instrumento nuevo. Su naturaleza es la protección inmediata a un particular que careciendo de otros medios de defensa adecuados sea perturbado actual o potencialmente en el ejercicio de sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Dentro de sus características se trata de una acción subsidiaria que sólo es admisible en ausencia de otros medios adecuados para proteger el derecho (Barreto, 1997).

Jean Jacques Rousseau, en cuanto a la igualdad en el ser humano, se refiere a ella en el Contrato Social así:

Si buscamos en qué consiste precisamente el mayor de

todos los bienes, que debe ser el fin de todo sistema de legislación encontramos que se reduce a estos dos objetos principales, la libertad y la igualdad: la libertad, porque toda sujeción particular es otra tanta fuerza quitada al cuerpo del Estado: la igualdad, porque sin ella no puede haber libertad.

Aristóteles también trata el Tema en su libro de la Ética, así:

Son, pues, tenidos por injustos el transgresor de la ley, el codicioso y el inocuo o desigual; de donde es claro que el justo será el observante de la ley y de la igualdad. Lo justo, pues, es lo legal y lo igual; lo injusto lo ilegal y lo desigual.

Aristóteles vuelve a referirse a la igualdad en su Libro, titulado la Política, así: Estos son pues los caracteres comunes a las democracias.

Pero la democracia y el gobierno popular que se conceptúan más auténticos son el resultado de aplicar el principio de justicia que se reconoce generalmente como democrático (que es el de la igualdad de todos en razón del número). Ahora bien, la igualdad consiste en que no gobiernen más los pobres que los ricos, ni que solo ellos sean señores, sino todos por igual (en razón del número), pues de este modo sienten todos que la igualdad y la libertad están aseguradas en la república.

Norberto Bobbio en su Libro sobre el Estado, Gobierno y Sociedad, se refiere a una, Sociedad de Iguales y a una Sociedad de Desiguales, de la siguiente manera:

Al ser el derecho un ordenamiento de relaciones sociales la gran dicotomía público/privado se duplica primeramente en la distinción de dos tipos de relaciones sociales: Entre iguales y entre desiguales. El Estado, y cualquier otra sociedad organizada donde hay una esfera pública, no importa si es total o parcial está caracterizado por relaciones de subordinación entre gobernantes y gobernados, esto es, entre detentadores del poder de mandar y destinatarios del deber de obedecer, que son relaciones entre desiguales; la sociedad natural como fue descrita por los iusnaturalistas, o bien la sociedad de mercado en la idealización de los economistas clásicos, en cuanto son tomadas normalmente como modelos de una esfera privada contrapuesta a la esfera pública, están caracterizadas por relaciones entre iguales o de coordinación. La distinción entre sociedades de iguales o sociedad de desiguales no es menos clásica que la distinción entre esfera privada y esfera pública. Entre las primeras están, la familia, el Estado, la sociedad entre Dios y los hombres; entre las segundas tenemos la sociedad de hermanos, parientes, amigos, ciudadanos, huéspedes, enemigos (Bobbio, 1997, p.15).

La Constitución Política Colombiana de 1886, no consagraba el derecho de igualdad sino que hacía referencias a él en forma indirecta y poco satisfactoria. Por ejemplo el artículo 22 decía que no habrá esclavos y el artículo 19 establecía la asistencia social a los grupos marginales.

El Doctor Néstor Raúl Correa, se refiere a la igualdad de la siguiente manera:

En Colombia no existen ni siquiera las condiciones materiales mínimas que equiparen a las personas por lo bajo, debido a la enorme diferencia entre clases sociales. Ya que el 2% de la población posee más del 90% de la riqueza nacional. El 45% de los colombianos vive por debajo de los niveles de pobreza, que en una población de 40 millones de habitantes arroja 18 millones de pobres.

La igualdad desde un principio estuvo ligada a la idea de justicia. Por ejemplo, las concepciones clásicas de justicia retributiva (cuando dos cosas deben considerarse equivalentes) dan cuenta de ese matrimonio justicia igualdad.

El doctor Manuel José Cepeda (1992), dice sobre el derecho a la igualdad:

Es indudable que la consagración del derecho a la igualdad en la Constitución de 1991 es uno de los cambios más significativos para nuestra democracia. El derecho a la igualdad no es simplemente uno más dentro del conjunto de derechos que conforman la Carta de Derechos.

Su consagración también implica un cambio de prioridades a nivel constitucional. A diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1886 que estaba inspirada en la protección a la libertad individual dentro del orden, la Constitución de 1991 está inspirada en el logro de la igualdad real.

La igualdad no sólo es un derecho sino también un valor u un principio. La igualdad atraviesa toda la Constitución y obliga a todo el Estado y a la sociedad civil. Ello le confiere a la igualdad el más alto rango jurídico.

IV. ESTADO DEL ARTE

El doctor Mario Madrid Malo, en el libro Derechos Fundamentales (1997), habla de la igualdad de la siguiente manera:

Los hombres, son simultáneamente, iguales y desiguales.

Comparten la misma Constitución óptica, pero hay entre ellos calidades diferenciadoras que se originan en su individuación. La igualdad común a todos los integrantes del linaje humano no puede, en consecuencia, equipararse a la homogeneidad, a la identidad o a la paridad.

El artículo 13 de la Constitución reconoce que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley. El hombre nace libre porque no viene al mundo con la condición es esclavo o de siervo, sino con un status natural de ser subsistente en cuya virtud es plenamente dueño de sí mismo y dueño de sus cosas. El hombre nace igual porque es inferior a los demás miembros de la familia humana en espiritualidad, en unidad, en trascendencia y en relación. Como personas, todos los hombres son iguales, lo que quiere decir son iguales en la dignidad esencial del ser humano, iguales en derecho, es decir, como sujetos de derecho.

Puesto que ante la ley todas las personas son iguales, ante ella ninguna persona puede legítimamente significar o valer más. Con respecto a la ley no hay personas superiores, prevalentes o privilegiadas en lo que hace al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes, pues de haberlas se rompería la igualdad jurídica entre los seres humanos, primer fundamento de la igualdad entre las cosas.

El doctor Carlos Orjuela Góngora, escribió el ensayo Los Principios Constitucionales Laborales y su aplicación en el Derecho Administrativo laboral, en donde expone que uno de los interrogantes que surge con la extensión del concepto de la globalización, es el que se refiere a la vigencia de los principios constitucionales laborales en el Derecho Público, y más específicamente, en el Derecho Administrativo Laboral.

En efecto, es importante determinar si una vez promulgada la Constitución Política de 1991 los principios que este estatuto introdujo en materia laboral tienen aplicación o no en el campo del Derecho Administrativo Laboral, y cuáles son los instrumentos para ello.

De suyo, la Carta Política del 91, como lo señala su artículo 4º, es norma derogatoria de la legislación anterior y prevalece sobre cualquier otra de orden legal.

De otro lado, es incuestionable que esta Constitución modificó sustancialmente nuestro panorama constitucional, en la medida que introdujo normas de aplicación directa e inmediata, algo insólito o por lo menos poco frecuente en las que la antecedieron.

Es elemental decir que la Constitución es obligatoria para

toda la comunidad, y aunque suene a verdad de Perogrullo, para los jueces.

La propia carta habla de que los jueces sólo tienen como marco obligatorio la ley, pero entendida ésta en un sentido amplio, esto es, entendiendo la Constitución misma como ley de leyes.

Es un lugar común hoy en día destacar que la Carta del 91 es garantista y pluralista en lo filosófico y político. Sin duda, es el catálogo de enumeración y protección de los derechos de las personas más amplio y completo que hayamos tenido en nuestra república. Y uno de los aspectos más positivos de ella es que le dio rango constitucional a todas las disposiciones relacionadas con el trabajo humano. Las normas anteriores eran especialmente de estirpe legal. Por tanto, uno de los impactos más notorios que tuvo la expedición de este ordenamiento fue la de constitucionalizar las instituciones e instrumentos de carácter laboral. La Carta vigente reivindica los derechos individuales y asienta firmemente los de carácter colectivo en lo laboral (Orjuela, 2006).

V. ANÁLISIS CONCEPTUAL

1) Acción de Tutela

Es el mecanismo de protección de los derechos fundamentales. La Constitución de 1991 la establece en los siguientes términos:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacer. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional Colombiana para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación renuente o indefensión.

La acción de tutela fue desarrollada por el Decreto Extraordinario 2591 de 1991, el cual a su vez fue reglamentado por el Decreto 306 de 1992. En lo que sigue se aprecian los principales aspectos de la acción de tutela. Lo demás puede ser ampliado con el estudio de los decretos mencionados y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2) Derechos fundamentales

Este concepto es quizá el más importante de las Constituciones contemporáneas. Colombia acogió esta figura en la Constitución de 1991. Una definición sintética de estos derechos es la siguiente: son los derechos inherentes a la persona humana. Usualmente se les ha identificado con los derechos individuales, sin embargo en Colombia han sido reconocidos por la Corte Constitucional Colombiana algunos derechos pertenecientes a la llamada segunda generación, es decir, ha reconocido como derechos fundamentales ciertos derechos sociales que son necesarios para que la persona humana cuente con una vida digna.

El título II capítulo I de nuestra Carta Política se ocupa según se indica de forma expresa de los derechos fundamentales, sin embargo la Corte Constitucional Colombiana sostenido que el Constituyente no determinó en forma taxativa cuáles eran los derechos constitucionales fundamentales, sino que fue su voluntad conferir simplemente un efecto indicativo a la ubicación y titulación de las normas constitucionales.

Por consiguiente, hay que concluir que en nuestro país los derechos fundamentales no sólo son los que aparecen en el título y capítulos referidos, en vista de ello nuestra Corte Constitucional utiliza para reconocer los derechos fundamentales otros criterios. Para la Corte hay criterios principales y subsidiarios de interpretación. Acoge como principales: el que se trate de un derecho esencial de la persona y el reconocimiento expreso de la Constituyente (un caso ejemplificativo es el artículo 44 que se refiere a los derechos de los niños como derechos fundamentales); acoge como criterios auxiliares, los cuáles no bastan por sí solos: la inclusión del derecho en tratados internacionales, que se trate de un derecho de aplicación inmediata; que

posea un plus para su modificación (se refiere a los que requieren de referendo para ser reformados) y por último la ubicación y denominación.

Así mismo, para que un determinado derecho sea tenido como fundamental la Corte Constitucional Colombiana considera que debe reunir tres requisitos: conexión directa con los principios constitucionales, eficacia directa y contenido esencial (núcleo básico del derecho).

3) Doctrina jurídica

Se entiende por doctrina jurídica la opinión de los juristas prestigiosos sobre una materia concreta, aunque no es una fuente formal del derecho. En el siglo XIX fue Sabigny quien exaltó su trascendencia.

La doctrina jurídica surge principalmente de las universidades, que estudian el Derecho vigente y lo interpretan dentro de la *Ciencia del Derecho*. No tiene fuerza obligatoria, y no se reconoce como fuente oficial del Derecho en la mayoría de sistemas jurídicos, al contrario de lo que ocurre con la jurisprudencia.

Por la vía de los hechos, sin embargo, constituye una fuerza de convicción para el juez, el legislador y el desarrollo del derecho consuetudinario, dado que la opinión y la crítica de los teóricos del Derecho influyen en la formación de la opinión de los que posteriormente crean normas nuevas o aplican las existentes.

La doctrina estudia los manantiales de donde brota el derecho; investiga el papel histórico y las relaciones existentes entre las diversas fuentes; esclarece el significado de las normas y elabora, para entender en toda su extensión, el significado de los modelos jurídicos (Lastra, 2005).

4) Inalienable

Que no se puede enajenar, es decir, ni transmitir, ni ceder ni vender legalmente.

5) Jurisprudencia

Es el conjunto de teorías o tesis que constituyen fuente del derecho y que se encuentran contenidas en las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, básicamente. Con la Constitución Política de 1991 los jueces solamente están sometidos al imperio de la ley, con lo cual la jurisprudencia y la doctrina son únicamente criterios auxiliares en la actividad judicial.

6) Principio de igualdad

Es un principio jurídico que se deriva del reconocimiento de la persona como criatura dotada de unas cualidades esenciales -comunes a todo el género humano- que le confieren dignidad en sí misma, con independencia de factores accidentales como aquellos que a título de ejemplo enuncia el artículo transcrito, lo que implica proscripción de toda forma discriminatoria, sea ella negativa o positiva, en las relaciones entre gobernantes y gobernados así como en la creación, definición y aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico. Este, en el Estado de Derecho, es un conjunto armónico puesto en relación con la comunidad a la cual obliga y, en acatamiento al aludido principio, está llamado a procurar no tan solo una igualdad formal o de alcance puramente teórico en materia de derechos, deberes y obligaciones, sino que debe proyectarse al terreno de lo real, para hacerla efectiva mediante fórmulas concretas que eleven las posibilidades de quienes por sus condiciones de manifiesta inferioridad, no alcanzarían de otra manera el nivel correspondiente a su dignidad humana.

7) Sentencia

Pronunciamiento de los Jueces de la República o de las altas Cortes, de carácter obligatorio para las personas que hacen parte de un proceso judicial. Si se trata de una sentencia en la que se resuelve la constitucionalidad o legalidad de una norma es obligatoria para todo el mundo.

8) Trabajo

Según el artículo 5 del Código Sustantivo del Trabajo, *es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo.*

Esta definición se aleja bastante de la definición económica o sociológica, puesto que la legislación laboral considera trabajo a toda actividad humana, siempre y cuando se realice con la existencia de un contrato de trabajo, por tanto, para la legislación laboral, si no hay un contrato de trabajo de por medio [verbal o escrito], cualquier actividad que realice un individuo no se considera trabajo. Resulta obvia esta definición, toda vez que si para efectos laborales se considerara trabajo cualquier actividad humana desarrollada, así fuera sin la existencia de un contrato laboral, cualquier persona podría trabajar en la propiedad de otra sin su consentimiento y luego exigir el reconocimiento de su trabajo.

VI. ANÁLISIS LEGAL

Constitución Política de 1991, así: En los Artículos 1° y 2° de la Constitución se establece que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana; y dentro de sus fines esenciales está el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la protección especial del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas (Carta Constitucional 1991, Artículo 25).

El artículo 5° de la Carta establece: *El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.*

El artículo 94 de la Constitución determina que

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros, que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

DECRETO 2591 DE 1991: Este decreto fue dictado por el Presidente de la República Colombia, en ejercicio de las facultades conferidas por el literal b del artículo transitorio quinto de la Carta política y tiene como objeto la reglamentación del artículo 86 de la Carta política para garantizar a toda persona la protección de sus derechos fundamentales cuando éstos son violados.

DECRETO 306 DE 1992: Este Decreto se dictó para complementar la reglamentación del Decreto 2591 que era confusa e incompleta y se refiere a los derechos protegidos por la acción de tutela; señala cuando no existe amenaza de un derecho fundamental, del contenido del fallo de tutela, de la imposición de sanciones.

Convenio 100 aprobado por la Ley 54 de 1962 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

El Convenio 111 aprobado por la Ley 22 de 1967 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

A. Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana:

- Sentencia No.T-422, T- 401 del 3 de Junio de 1992, T-426 del 24 de Junio de 1992, con ponencia del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Sentencia T- 506 del 21 de Agosto de 1992 y Sentencia T- 778 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
- Sentencia T-387 del 31 de Julio de 1998. MP. Doctor Fabio Morón Díaz.
- Sentencia T- 003 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía. Sentencia T-161 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia T-079 del 28 de febrero de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia SU-519 del 15 de octubre de 1997, MP. José Gregorio Hernández Galindo
- Sentencia C-665 del 12 de Noviembre de 1998 MP. Doctor Hernando Herrera Vergara
- Sentencia del 22 de Enero de 1998 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral MP. Doctor Fernando Vázquez Botero.
- Sentencia del 11 de Agosto de 1998 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. MP. Doctor José Roberto Herrera Vergara.

VII. POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA FRENTE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES LABORALES

Este análisis se tendrá en cuenta las disposiciones legales laborales y los tratados ratificados por Colombia con la OIT igualmente se analizarán las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana sobre el tema.

A. Igualdad en el Código Sustantivo de Trabajo

El Código Sustantivo del Trabajo colombiano (adoptado por la ley 141 de 1961) se habla de igualdad,

Artículo 10: Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la ley (Decreto Ley 3743 de 1950).

Artículo 11: Derecho al trabajo. Toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión u oficio, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la ley (Decreto Ley 3743 de 1950).

Artículo 12.- Derechos de asociación y huelga. El Estado colombiano garantiza los derechos de asociación y huelga, en los términos prescritos por la Constitución

Nacional y las leyes (Decreto Ley 3743 de 1950).

Artículo 74. Proporción e igualdad de condiciones.

1. Todo empleador que tenga a su servicio más de diez (10) trabajadores debe ocupar colombianos en proporción no inferior al noventa por ciento (90%) del personal de trabajadores ordinarios y no menos del ochenta por ciento (80%) del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza (Decreto Ley 3743 de 1950).

Los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los extranjeros, en una misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales.

Artículo 143. Trabajo igual, salario igual. 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales (Decreto Ley 3743 de 1950).

Por lo anterior manifestamos que esta se ajusta a la hipótesis tres ya que las decisiones de las altas Cortes en materia laboral, generalmente versan sobre la violación del principio de igualdad, hipótesis verdadera ya que no hay igualdad ni equidad de género en las relaciones laborales del país.

B. Convenios internacionales y el derecho de igualdad

Con la Organización Internacional del Trabajo se ratificaron convenios desde el año 1962 así:

Convenio 100. Adoptado el 29 de junio de 1951 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su trigésima cuarta reunión Entrada en vigor: 23 de mayo de 1953, de conformidad con el artículo 6 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 6 de junio de 1951 en su trigésima cuarta reunión.

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor y Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la

forma de un convenio internacional, Adopta, con fecha veintinueve de junio de mil novecientos cincuenta y uno, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951:

b) *La expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.*

Artículo 2

1. *Todo miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.*

2. *Este principio se deberá aplicar sea por medio de:*

- a) *La legislación nacional;*
- b) *Cualquier sistema para la fijación de la remuneración establecido o reconocido por la legislación;*
- c) *Contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores,*
- d) *La acción conjunta de estos diversos medios.*

Las diferencias entre las tasas de remuneración que correspondan, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (OIT, 1951).

Convenio 111. Adoptado el 25 de junio de 1958 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su cuadragésima segunda reunión entrada en vigor 15 de junio de 1960,

Artículo 1.- 1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

- a) *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;*
- b) *Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.*

- *Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.*

Artículo 2.-

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (OIT, 1958).

Colombia suscribió el Convenio de la O.I.T. sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, que en su artículo 1o. numeral 1o. literales a) y b) señala las connotaciones del término discriminación. En este sentido señala que bajo la interpretación del citado Convenio la edad no es un calificativo del aspirante a un empleo público sino que es una condición natural y cronológica del ser humano (Sentencia C-071/93, Corte Constitucional).

La mayoría de las empresas Colombianas manejan unos parámetros de edad para el acceso al trabajo, condicionándolas en cuanto a la edad y aspecto físico, con muy poco seguimiento por parte del ente que se encarga de vigilar y sancionar las violaciones con multas como es el Ministerio de la Protección Social.

C. Jurisprudencia

La Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el derecho a la igualdad.

En el proceso N° SC-221/92 se afirmó:

Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.

Y en la Sentencia T-422/92, por su parte, se dijo:

Sin embargo el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos de derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas -entre ellas rasgos o circunstancias personales- diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualdad. Opera mediante definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones etc.). Pero, los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Aunque algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el Preámbulo.

De conformidad con este par de citas, entonces, se colige lo siguiente:

- El derecho a la igualdad no significa igualitarismo ni igualdad matemática.
- El derecho a la igualdad implica hacer diferencias allí donde se justifiquen.
- Se justifica hacer una diferencia cuando del análisis de la situación se desprende que ella es razonable.
- Una diferencia entre presuntos iguales es razonable cuando existe un hecho relevante que amerite tal diferenciación.
- Un hecho es relevante cuando, a juicio del operador jurídico, es de tal magnitud que rompe el igualitarismo formal para dar lugar a un trato desigual en aras de la igualdad material.

La sentencia C-071 de 1993 dice que:

El principio de igualdad es una regla que permite establecer fórmulas de apreciación frente a un trato discriminatorio, con fundamento en la razonabilidad de la diferenciación y en la proporcionalidad de los medios incorporados lo mismo que en los fines de la norma. No toda desigualdad constituye necesariamente discriminación, puesto que la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y si dicha justificación se ajusta a la finalidad y los efectos de la medida considerada. El juez debe retirar los excesos o abusos del poder por el uso indiscriminado de las facultades legislativas que rompan la proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (Sentencia C-071/93, Corte Constitucional).

Al establecer la Constitución que todas las personas son

iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas.

La igualdad permite además el desarrollo de la dignidad que surge de la persona humana a partir de la paridad social entre los seres humanos.

La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad.

El operador jurídico, al aplicar la igualdad con un criterio objetivo, debe acudir a la técnica del juicio de razonabilidad que, en palabras del tratadista italiano Mortati:

Consiste en una obra de cotejo entre hipótesis normativas que requieren distintas operaciones lógicas, desde la individualización e interpretación de las hipótesis normativas mismas hasta la comparación entre ellas, desde la interpretación de los contextos normativos que pueden repercutir, de un modo u otro, sobre su alcance real, hasta la búsqueda de las eventuales disposiciones constitucionales que especifiquen el principio de igualdad y su alcance. (Lessandro, 1984)

Por otra parte, el elenco de los factores de discriminación tanto objetivos como subjetivos consagrados en el artículo 13 de la Constitución, corresponde a una lista enunciativa y no taxativa de los factores que, históricamente, se han considerado como discriminatorios.

En el año 1994, la Corte Constitucional, en la sentencia C-230/94, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad.

Pero también expresó:

Las condiciones laborales, si bien no se encuentran enunciadas de manera explícita dentro de las razones objeto de discriminación del artículo 13, deben tener un tratamiento similar si se tiene en cuenta la especial protección constitucional de la calidad de trabajador. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato (Sentencia C-230/94, Corte Constitucional).

Es decir, dos consecuencias se desprenden con claridad del principio de igualdad: en primer lugar, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo.

En el año 1996, la Corte completó esos lineamientos e introdujo distinciones necesarias para su aplicación, en la sentencia C-022/96.

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae (cf. 6.3.1.), el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

En esta sentencia, se trata el orden de estas etapas las cuales corresponden a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que se puede llevar a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido. También expone la Corporación mediante la sentencia analizada que el concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la *adecuación* de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la *necesidad* de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que

no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la *proporcionalidad en sentido estricto* entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

La Sentencia C-247/01, en la cual se analiza la violación del art. 13 de la Constitución Política, pues mientras que a los trabajadores del sector privado se les aplica el artículo 274 del Código Sustantivo del Trabajo, para los trabajadores del sector oficial no existe reglamentación alguna al respecto, pues la que existía fue eliminada (art. 42 Código Penal).

La pérdida o suspensión de la pensión, determinada la primera por el artículo 42 del anterior Código Penal y la segunda por el artículo 274 del Código Sustantivo del Trabajo, traen consigo un perjuicio, permanente o transitorio, para el pensionado y su familia, situación que viola derechos fundamentales contemplados en nuestra Constitución. Al eliminar el legislador la penalización que existía en el anterior Código Penal, artículo 42, los trabajadores del sector privado quedaron en inferioridad de condiciones pues se les da un trato diferente para una condición igual, cual es la de obligarlos a pagar la indemnización originada al cometer delitos o daños graves contra el patrono, directivos, trabajadores o empresa, con sus mesadas pensionales. Esto viola el derecho fundamental a la igualdad consagrado en nuestra Constitución Política. Desconociendo, también el aparte de esa disposición que ordena dar especial protección a las personas que se encuentran en debilidad manifiesta, como son los pensionados (Sentencia C-247/01, Corte Constitucional).

Así, para analizar si las normas acusadas en este proceso son contrarias al principio de la igualdad material, el juez debe analizar su proporcionalidad, pues:

Una disposición que comporte la restricción de derechos fundamentales, no sólo debe estar orientada a lograr una finalidad legítima y resultar útil y necesaria para alcanzarla. Adicionalmente, para que se ajuste a la Constitución, se requiere que sea ponderada o estrictamente proporcional. Este paso del juicio de proporcionalidad se encierra a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr,

entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional (Sentencia C-247/01, Corte Constitucional).

Definió la Corte Constitucional:

El primer paso a cumplir para realizar el juicio de proporcionalidad, es establecer el parámetro de comparación y, precisamente en este punto, encuentra la Corte que tanto el demandante como el apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho erraron claramente, pues pretenden señalar que las normas acusadas establecen un trato diferente para los trabajadores del sector público frente a los del sector privado. Tales podrían ser los términos a comparar, si aún rigiera en el país la Constitución de 1886; pero desde 1991 rige otro ordenamiento constitucional, y es éste, no aquél, el contexto normativo en el cual se deben comparar las hipótesis normativas.

En esa perspectiva, debe tenerse en cuenta que, dentro de las regulaciones constitucional y legal anteriormente vigentes en materia de seguridad social, el empleador no es más el encargado de hacer las reservas necesarias para atender al pago del pasivo pensional de la empresa, con fondos que seguían siendo propiedad de ella hasta que se pagaban las correspondientes mesadas; en el régimen vigente, el empleador es un recaudador de recursos parafiscales, que no entran a hacer parte del patrimonio de la empresa o sus propietarios, y de los cuales no puede disponer sin incurrir en una irregularidad que bien puede llegar a constituir delito. Los dineros que el empleador retiene como contribución al sistema general de seguridad social, deben ser entregados a la EPS a la que se encuentra afiliado el trabajador, y no hay norma que autorice a estas entidades para pagar al empleador -mero recaudador de las contribuciones-, las mesadas que ellas deben al trabajador -usuario del servicio público que tales contribuciones financian-.

En consecuencia, las normas demandadas en este proceso sólo pueden ser aplicadas por el empleador, en los casos en los que él ha evadido la obligación legal de afiliarse a todos sus empleados al sistema general de seguridad social -a través de cualquier EPS-. Así, la comparación en este caso debe hacerse entre el trato que reciben de la ley los trabajadores a los que sí se afilió al sistema general de seguridad social, y el trato que se da a los que no han sido afiliados, y se ven precisados a reclamar su pensión directamente del empleador incumplido, pues únicamente a estos últimos pueden aplicárseles las normas demandadas (Sentencia C-247/01, Corte Constitucional).

En el año 2007 se pronunció la Corte sobre igualdad salarial de las empleadas domésticas, en sentencia C-310-07, en la cual se expone que:

Para la Corte no es justo que entre personas que tienen como empleador al jefe de hogar y desempeñen tareas para la familia, exista un tratamiento diferencial en lo concerniente a la liquidación de cesantías, por la simple circunstancia de que unas realizan labores 'de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños, y demás labores inherentes al hogar' y otras se encarguen de conducir automotores. Tal distinción es abiertamente discriminatoria, por carecer de una justificación objetiva y razonable. Finalmente, también resulta ostensible la degradación en que incurre la norma acusada (artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo) al negarle carácter salarial a la remuneración en especie que reciben los trabajadores del servicio doméstico, ya que la exclusión de ese concepto de la base de liquidación de la cesantía de dichos trabajadores implica, como bien advierten la demandante, el Procurador y algunos intervinientes, una sensible reducción de los ingresos de esos empleados hacia la eventualidad del desempleo o las necesidades de vivienda y educación, que corresponden a las finalidades asignadas legalmente a esa prestación social, según se analizó. En efecto, si conforme con los dictados superiores el salario en especie también es salario, hoy en día no se explica cómo el legislador desconoce su naturaleza retributiva, afectando de paso el ingreso del trabajador doméstico, quien por disposición de la norma acusada se ve privado de contar con la totalidad de su remuneración, como base, a fin de poder satisfacer necesidades esenciales en los aspectos ya referidos. En este sentido, la norma bajo revisión comporta igualmente una ostensible violación del derecho al trabajo (art. 25 Const.), del cual es expresión la remuneración, así como también del 'principio de universalidad de las prestaciones sociales', como quiera que 'dentro de las contingencias típicas cubiertas por un sistema contributivo de seguridad social, se encuentra el desempleo', que es una eventualidad que se busca precaver con la cesantía de los trabajadores. Por todo lo anterior, la Corte declarará la inexecutable de la expresión 'sólo', contenida en el numeral 2° del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo y exequible en lo demás dicho numeral, en el entendido que el auxilio de cesantía siempre se pagará en dinero y en ningún caso será inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.

La Corte Constitucional Colombiana considera que el salario constituye uno de los aspectos inherentes del

contrato de trabajo y, por ser nuclear en el derecho laboral, goza de la protección especial prevista en el artículo 25 de la Constitución, por el requerimiento de las *condiciones dignas y justas* en las que debe ser ejecutada toda labor subordinada. Asimismo, tiene la condición de principio mínimo fundamental en materia laboral, según lo estipulado en el artículo 53 de la Carta, que se refiere a la *remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo*.

La definición de lo que es factor salarial corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. Es destacable que según la jurisprudencia, la noción de salario comprende ámbitos adicionales al jurídico, pues atañe a aspectos socioeconómicos y políticos, ya que se considera que la remuneración que recibe el trabajador no está comprendida, exclusivamente, por la retribución del servicio prestado al patrono, sino también por todos los beneficios, o contraprestaciones necesarios para atender sus necesidades personales y familiares y para asegurar una especial calidad de vida que le aseguren una existencia acorde con su dignidad humana (Sentencia C-310-07, Corte Constitucional).

Expone la Corte Constitucional Colombiana que el salario

...es un derecho que no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individuales y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador (Sentencia C-310-07).

También la Corte ha precisado que el salario y las prestaciones sociales son derechos subjetivos patrimoniales,

...no solo porque son derechos adquiridos sino porque la Nueva Constitución se expidió precisamente con el fin de asegurar el trabajo dentro de un marco económico y social justo, caracterizándose al Estado como Social de Derecho, fundado entre otras cosas en el respeto al trabajo, teniendo como uno de sus fines esenciales la efectividad de los derechos dentro de los cuales está la remuneración y el pago oportuno. El salario y las prestaciones son REMUNERACIONES protegidas constitucionalmente (Sentencia C-310-07).

Por tal razón, el salario es irrenunciable y *no se puede ceder en todo en parte, a título gratuito ni oneroso pero sí puede servir de garantía hasta el límite y en los casos que determina la ley* (Art. 142, Código Sustantivo del Trabajo).

Para la jurisprudencia la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda.

Como prestación social, la cesantía constituye un derecho irrenunciable del trabajador (art. 53 de la C. P.), dado su carácter remuneratorio, por ser retribución a una labor subordinada en desarrollo de un contrato de trabajo.

En sentencia C-823 de 2006 (4 de octubre), M. P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte se refirió al auxilio de cesantía analizando su naturaleza jurídica, significado e importancia como prestación social:

La concepción sobre la naturaleza jurídica de esta prestación ha variado, a través de las diversas legislaciones que han regido la materia. Así, conforme a la Ley 10 de 1993, que estableció este auxilio para los empleados del sector privado, se le imprimió un carácter indemnizatorio, que operaba por despidos que no fueran originados en mala conducta o por incumplimiento del contrato, comprobados.

La ley 6ª de 1945, extendió el auxilio de cesantías a los obreros pertenecientes al sector privado, y a todos los trabajadores oficiales de carácter permanente, manteniendo su carácter indemnizatorio.

La Corte Suprema de Justicia así lo entendió, en su momento, al reconocer el correlativo efecto sancionador para el empleador en caso de despido injusto: 'Su razón de ser - del auxilio de cesantía - era en primer término la de estabilizar al trabajador en su cargo y aparece como una especie de sanción para el patrono que despidiera sin justa razón a su empleado.

La ley 65 de 1946, replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que éste auxilio debe ser pagado cualquiera que fuese el motivo del retiro. De esta forma se despojó de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una prestación social. Éste es el carácter que

le atribuye el Decreto 2663 de 1950, mediante el cual se sancionó el Código Sustantivo del Trabajo, adoptado por la Ley 141 de 1961, que en el capítulo VII regula el auxilio de cesantía, como un aparte del título VIII, relativo a las *Prestaciones Patronales Comunes*. Bajo esta concepción el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada. Entendido así, el auxilio de cesantía, como un patrimonio que se va forjando día a día por el asalariado, y que permanece en poder de los empleadores mientras subsista el contrato de trabajo, la ley (Art. 1º Ley 52 de 1975) estableció a favor de los trabajadores particulares el reconocimiento de intereses anuales sobre las cesantías de los trabajadores del sector privado.

Con la expedición de la Ley 50 de 1990 se modificó sustancialmente el régimen de cesantía a que tienen derecho los trabajadores del sector privado. De acuerdo con esta nueva regulación, el auxilio de cesantía quedó sometido a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional contemplado en el código sustantivo del trabajo (Arts. 249 y siguientes), el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados por contrato de trabajo antes del 1º de enero de 1991; (ii) el sistema de liquidación definitiva anual, y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías, creados por esta ley, el cual se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a partir del 1º de enero de 1991 y a los trabajadores antiguos que se acojan al nuevo sistema; y (iii) el sistema de salario integral el cual se aplica a todos aquellos trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales, y pacten con su empleador el pago de un salario integral que contenga además de la retribución ordinaria de servicios, el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluida la cesantía a que tenga derecho el trabajador.

Esta regulación mantiene el carácter de prestación social del auxilio de cesantía, introduciendo un elemento adicional consistente en un sistema de ahorro forzoso de los trabajadores (Sentencia C-823-06, Corte Constitucional).

Como puede apreciarse, la jurisprudencia constitucional considera que el auxilio de cesantía es un

ahorro forzoso del trabajador, que el empleador está obligado a cancelar a la terminación del vínculo laboral y que al empleado le sirve para subvencionar sus necesidades mientras permanece cesante o para atender otros requerimientos importantes en materia de vivienda y educación.

No se trata estrictamente de un seguro de desempleo, pues su monto es independiente de si el trabajador queda o no desempleado o de la eventual duración de la desocupación; además el trabajador puede realizar retiros parciales antes de culminar su vínculo laboral con el empleador. Esa discusión en torno a la naturaleza jurídica de tal prestación debe tenerse por superada, pues como se expresó anteriormente la cesantía es, ante todo, un derecho irrenunciable de todos los trabajadores y también parte integrante de la remuneración, que además está llamada a cumplir una importante función social ante la eventualidad del desempleo o para satisfacer otras necesidades vitales.

En cuanto al tema del servicio doméstico, no se le ha dado ninguna clase de importancia ya que este oficio al estar destinado a reemplazar o complementar la labor del ama de casa que, como tal, es considerada económicamente inactiva. Se trata de una actividad *invisible* para el resto de la sociedad.

Las condiciones laborales de los trabajadores del servicio doméstico son en la mayoría de los casos desfavorables, pues se los explota en circunstancias que equivalen a las de esclavitud y el trabajo forzoso. A menudo la jornada del personal del servicio doméstico es larga o incluso excesiva, sin días de descanso ni compensación por las horas extraordinarias y su salario suele ser muy bajo y tienen una cobertura insuficiente en lo que atañe al seguro médico, lo anterior dado que, en no pocas ocasiones, los empleadores prefieren mantener el vínculo laboral en la informalidad para así ahorrar costos. Teniendo en cuenta que esa actividad se desarrolla en un espacio reservado como es el hogar, los trabajadores domésticos también están expuestos a que se les someta a acoso físico o sexual, violencia y abusos y, en algunos casos, se les impide salir de la casa del empleador recurriendo a amenazas o a la violencia, a la retención del pago de los salarios o de sus documentos de identidad. Por tal razón, la Organización Internacional del Trabajo OIT, a través del Programa de Condiciones de Trabajo y Empleo, ha considerado que los trabajadores domésticos están en situación de vulnerabilidad y demandan, por tanto, la protección del Estado.

La Corte Constitucional Colombiana ha dicho que el hogar o la familia *no es una empresa y no genera utilidades*, y por consiguiente, no tiene las características de un empleador corriente o regular, *pues es evidente que la economía doméstica y la labor desempeñada en la misma poseen unos rasgos particulares que implican una disponibilidad de tiempo diferente y adecuada a actividades familiares, que no son asimilables a las desplegadas en otros ámbitos del quehacer doméstico y económico o social* (Sentencia C-310-07, Corte Constitucional). También la Corte se ha pronunciado sobre la jornada laboral de dichos trabajadores, señalando que los que residen en la casa del empleador no podrán tener una jornada superior a 10 horas diarias. Al declarar exequible con ese condicionamiento el literal b) del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, en sentencia C-372 de 1998 (julio 21), M. P. Fabio Morón Díaz, esta corporación expresó al respecto:

Una jornada laboral excesiva contradice los principios de la dignidad humana y las condiciones justas en que han de cumplirse las tareas domésticas, tornándose indispensable fijar un límite al período de trabajo que exceda de la jornada máxima ordinaria, límite por fuera del cual se quebrantarían las garantías mínimas del trabajador.

La jurisprudencia también ha hecho prevalecer la especial situación de los trabajadores domésticos tratándose de prestaciones asistenciales, pues conforme a lo decidido en sentencia C-1004 de 2005 (octubre 3), M. P. Jaime Araujo Rentería, que declaró inexecutable las expresiones *y al pago íntegro de su salario en caso de incapacidad para desempeñar sus labores a consecuencia de enfermedad, todo hasta por un (1) mes*, contenidas en el literal d) del artículo 229 del C. S. T., quienes desempeñan esa labor tienen derecho al auxilio monetario por enfermedad profesional en los mismos términos que los demás trabajadores.

Para efectos del derecho a la pensión mínima, la Corte también ha tomado en cuenta la condición de los trabajadores domésticos para exigir un esfuerzo adicional de cotización a quienes trabajan en esa actividad por días.

Las expresiones *En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente*, contenida en el artículo 5° de la Ley 797 de 2003, que modificó el inciso 4° y el párrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, esta corporación en sentencia C-967 de 2003 (21 de octubre), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, sostuvo que para el caso de los empleados domésticos dicha cotización mínima encuentra justificación en la

necesidad de dar viabilidad financiera al derecho de los trabajadores independientes a obtener en el futuro por lo menos la pensión mínima, y de hacer, por este aspecto, que se equiparen a los demás trabajadores, que sí obtienen el salario mínimo mensual legal vigente y hacen factible la igualdad en ese aspecto.

No sobra mencionar que en el ámbito del control concreto, la Corte en múltiples oportunidades ha amparado los derechos fundamentales de trabajadoras domésticas ante situaciones de maltrato o discriminación por causa de embarazo.

En resumen, el trabajo doméstico, por sus especiales características y la situación de vulnerabilidad de quienes lo ejecutan, demanda la protección del Estado a fin de que sea reconocido legal y socialmente como una actividad laboral, merecedora equitativamente de los derechos respectivos.

La Corte Constitucional Colombiana ha hecho hincapié en que la condición o circunstancias del empleador no pueden ser consideradas factores relevantes para discriminar a los trabajadores:

En tratándose del trabajo, el artículo 53 se refiere a una de las aplicaciones concretas del artículo 13: la igualdad de oportunidades para los trabajadores. Esta igualdad implica que el trabajador, en lo relativo a su retribución, depende de sus habilidades y de la labor que desempeña, y no de las condiciones o circunstancias de su patrono. Este es el fundamento de una de las máximas del derecho laboral: a trabajo igual, salario igual.

En conclusión, la Constitución Nacional Colombiana no autoriza el que la condición o las circunstancias particulares del patrono (sic) se conviertan en factores de tratos desiguales, en perjuicio de los trabajadores.

Lo que no tiene justificación a la luz de la Constitución Nacional Colombiana, es conceder ventajas a algunos patronos (sic) en desmedro de ciertos trabajadores. Estos no tienen por qué pagar los favores que el Estado otorgue a sus patronos (sic). Pues, se repite, la retribución que el trabajador reciba, debe corresponder a sus aptitudes y a la labor que desempeña (Sentencia C-372/98).

En la sentencia analizada, la Corte precisa que no es justo que entre personas que tienen como empleador al jefe de hogar y desempeñen tareas para la familia, exista un tratamiento diferencial en lo concerniente a la liquidación de cesantías, por la simple circunstancia de que unas

realizan labores de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños, y demás labores inherentes al hogar y otras se encarguen de conducir automotores. Tal distinción, se repite, es abiertamente discriminatoria, por carecer de una justificación objetiva y razonable.

Resulta ostensible la degradación en que incurre la norma acusada al negarle carácter salarial a la remuneración en especie que reciben los trabajadores del servicio doméstico, ya que la exclusión de ese concepto de la base de liquidación de la cesantía de dichos trabajadores implica, como bien advierten la demandante, el Procurador y algunos intervinientes, una sensible reducción de los ingresos de esos empleados hacia la eventualidad del desempleo o las necesidades de vivienda y educación, que corresponden a las finalidades asignadas legalmente a esa prestación social, según se analizó. Por todo lo anterior, la Corte declaró la inexecutable de la expresión *sólo*, contenida en el numeral 2° del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo y executable en lo demás dicho numeral, en el entendido que el auxilio de cesantía siempre se pagará en dinero y en ningún caso será inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año. A manera de conclusión del capítulo, en el cual hemos expuesto la igualdad laboral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde la Constitución de 1991 al año 2008, se puede colegir que ésta Corporación ha autorizado que la tutela sea utilizada como mecanismo para reclamar, cuando el trabajador siente lesionado su derecho a la igualdad y sobre todo la premisa *igual salario a igual trabajo*, el cual según el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 23 dice que este debe ser reclamado por medio de la justicia ordinaria y no vía tutela, así que aquí hay un equívoco de la Corte.

La Corte tenía la posición, hasta las sentencias del año 1995 que la tutela no era la vía para hacer reclamaciones sobre desigualdad del salario, pero en la sentencia SU-342-95 cambió radicalmente su posición, coadyuvando a que los trabajadores obvien la justicia ordinaria para hacer este tipo de reclamaciones y solo opten por vía tutela, dejando de lado una jurisdicción independiente (laboral) creada en el año 1948 para dirimir los conflictos entre patronos y empleados. Además la Corte incurre en el error de que sea el empleador el que siempre tenga la carga de la prueba, dándose una disparidad de criterios entre la Corporación y lo expuesto por el doctor Fernando Vásquez Botero en sentencia de septiembre 25 de 1997, en la cual expone que

esta debe estar a cargo del trabajador que busca ser resarcido de una desigualdad. Al decir la Corte Constitucional Colombiana que no existe una igualdad matemática ni absoluta, pero que la hay al ser todos seres humanos, y al defender la premisa *igual salario a igual trabajo*, se contradice notablemente.

La Corporación no detuvo la avalancha de tutelas y accionar sobre ellas, permitió que su directriz inicial como era defender derechos fundamentales, fuera abusada notablemente por la entidad y por los trabajadores que la prefirieron a las vías ordinarias.

La Corte diferencia en cuanto a pacto colectivo y convención colectiva pues equipara las dos figuras, que son diametralmente opuestas, aplicable una a los trabajadores sindicalizados y la otra a los que no lo son. Pero en la práctica hay discriminación de género como puede colegirse de las encuestas realizadas por el Dane en el año 2008.

VIII. CIFRAS DE LAS DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER EN COLOMBIA

Colombia tiene 17.259.000 mujeres en edad de trabajar. De ellas, el 46,3% hace parte de la población económicamente activa (PEA) y un 53,7% se considera población inactiva (Álvarez, 2009).

Las mujeres que hacen parte de la PEA y están ocupadas, son aproximadamente 6.866.000. De ellas 3.887.000 están en las 13 áreas metropolitanas, donde más de la mitad se ubica en la economía informal, en su mayoría en empleos precarios y de poco amparo en los derechos establecidos por la ley.

Las mujeres que hacen parte de la PEA y están inactivas, suman 9.263.000. Un 62% de ellas están dedicadas al trabajo reproductivo, es decir al cuidado de la vida en el hogar y el mantenimiento de la fuerza de trabajo; mujeres que históricamente han sido invisibles a los análisis económicos, ya que su labor socialmente no se considera trabajo.

A continuación se detallan los diferentes ítems que dan cuenta de la situación de discriminación que padecen las mujeres colombianas en el mercado laboral.

A. Economía informal

En las trece áreas metropolitanas el 59,2% de las mujeres ocupadas (unas 2.302.000) lo está en la economía

informal, en su mayoría concentradas en las llamadas *áreas de trabajo invisible*, en condiciones precarias, con empleos inestables, con pocas posibilidades de promoción hacia otras ocupaciones que les ofrezcan mayor bienestar y desarrollo. Tienen bajos ingresos, largas jornadas de trabajo, cobertura insuficiente de la seguridad (pensión, riesgos profesionales y salud), y son dependientes de redes de asistencia y apoyo social, tales como el régimen subsidiado en salud (Álvarez, 2009).

Con relación a 2007, en este sector hay 37.000 mujeres más en 2008. Más de la mitad de estas mujeres trabaja por cuenta propia y aproximadamente un 15% de ellas son trabajadoras domésticas.

En las trece áreas metropolitanas del país, en 2008 hubo una redistribución en el empleo femenino del sector formal de la economía, según posición ocupacional. Es así como hay 59.000 empleos menos en las posiciones ocupacionales de empleadas particulares y del gobierno. Por otro lado, creció la participación de las mujeres en otras posiciones ocupacionales de menor ingreso, como es el caso de las trabajadoras por cuenta propia, que aumentaron en un 38%. Estas mujeres tienen menos posibilidades de organización sindical y generalmente sus ingresos disminuyen, al tiempo que sus condiciones laborales, se vuelven más inestables.

B. Ocupación

En el último año (relación 2007-2008), considerando la totalidad de la población económicamente activa, en el país hubo 67.000 puestos de trabajo menos para las mujeres y 185.000 más para los hombres. Quiere decir que la población femenina sigue teniendo menores oportunidades de acceso al mercado laboral, lo que se traduce en pérdida del bienestar y endurecimiento de las desigualdades entre éstas y los hombres.

Según el DANE, entre 1964 y 2005 la tasa de alfabetismo de las mujeres aumentó de 70,1% a 90,7%, superando levemente a la masculina. Sin embargo, hay obstáculos en el mercado laboral que impiden un mayor acceso y movilidad de las mujeres en el mundo del trabajo productivo. Esto está relacionado con el hecho de que en la economía formal a las mujeres se les exigen mayores niveles de preparación (un año en promedio) que los exigidos a los hombres. En general para las mujeres son mayores las exigencias en la medida que ascienden en la escala salarial y profesional.

C. Ingresos

En las trece áreas metropolitanas consultadas por el DANE, en el 2007 las mujeres recibían, en promedio, el 74,31% de los ingresos que percibían los hombres. Fue más alto este promedio en el sector formal de la economía: el 83,58% de lo que recibían los hombres. Porque en el sector informal a las mujeres les va peor: el promedio de sus ingresos sólo llega al 65,40% de los hombres ocupados en este mismo sector de la economía (Álvarez, 2009).

El empleo femenino se concentra en ramas de menor crecimiento económico. El 65,34% de las mujeres ocupadas se concentra en dos ramas: comercio, hoteles y restaurantes; y servicios sociales, comunales y personales. Los hombres apenas ocupan el 34% del empleo en estas dos ramas. En ese sentido, en Colombia se mantiene la tendencia internacional, que muestra que la rama de servicios sociales, comunales y personales sigue siendo la principal fuente de empleo femenino. Sin embargo, este sector decreció con respecto al PIB entre el 2006 y el 2007, lo que representa menos oportunidades de trabajo para las mujeres.

D. Subempleo

De las mujeres ocupadas en 2008, 3.199.000 están en condiciones de subempleo. Quiere decir que de cada 100 que están trabajando, 40 tienen empleos inadecuados, sea por tener mayores competencias para desarrollar la labor que desempeñan; o porque se ocupan menos de 48 horas; o reciben menos ingresos. Además, 74% de estas mujeres (2.379.000) no hacen ninguna gestión para materializar su aspiración de cambio de empleo según sus expectativas.

De las 6.400.000 personas ocupadas que el DANE reporta en régimen subsidiado en el sector informal de la economía, un gran porcentaje son mujeres, ya que ellas en este sector están más concentradas que los hombres, y además permanecen en empleos más precarios y vulnerables.

E. Desempleo

Los datos del DANE señalan un aumento del desempleo de las mujeres. De las 7.996.000 que en el 2008 hacían parte de la población económicamente activa, 1.130.000 mujeres (el 14,1%) estaban desempleadas. Ese año, con respecto a 2007, se registraron 35.000 empleos menos para las mujeres.

En contraste, en 2008 se crearon 185.000 empleos más

para los hombres. La tasa de desempleo masculina este año se mantuvo sin variación con relación al 2007: 8,4%, seis puntos inferior a la tasa de desocupación de las mujeres.

F. Afiliación sindical

Según el censo sindical de la Escuela Nacional Sindical (Álvarez, 2009), hoy hay en Colombia 2.932 sindicatos con 821.917 afiliados/as, que representan una tasa de sindicalización del 4,6% a nivel nacional. Y de ese total, sólo un 37% de los afiliados/as son mujeres, lo que plantea dificultades con respecto a su derecho a la organización sindical y a la reivindicación de sus otros derechos laborales.

G. Discriminación

Evidentemente la hay, tanto en el tema del acceso al trabajo como en la parte salarial. Son, por ejemplo, reiterados y arbitrarios los condicionamientos que muchas empresas hacen a las mujeres en cuanto a la edad y aspecto físico, con muy poco seguimiento por parte del Ministerio de Protección Social, ente encargado de vigilar y sancionar las violaciones con multas hasta por 50 salarios mínimos mensuales (Ley 931 de 2004 en Colombia y Convenio 111 de OIT).

IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A. Contraste de las hipótesis

1) Hipótesis 1

Esta hipótesis es verdadera teniendo en cuenta que la Carta Magna le dio un papel preponderante al principio de igualdad como medio de garantizar el bienestar de los colombianos, porque el derecho de igualdad como un rumbo fundamental a partir de la Constitución de 1991, reafirmando la connotación del Estado colombiano como social y democrático de derecho, es destacable que la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana hace énfasis en esta figura, llevándola a la práctica mediante sus fallos, los cuales se dan bajo el control constitucional, haciendo énfasis que lo igual se trata igual, para lo cual creó la figura de test de razonabilidad, para que por medio de juicios de valor, se concluye si en un caso determinado se presenta igualdad.

El aporte a la comunidad es que se paso en derecho de una igualdad formal a una igualdad real, ubicando las desigualdades desde la injustificación y arbitrariedad.

2) Hipótesis 2

Esta hipótesis es verdadera por que en Colombia falta equiparar el principio de igualdad a las relaciones laborales, toda vez al hacer un estudio detallado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en cuanto al principio de igualdad en las relaciones laborales, se extralimitó en el alcance que se le otorgó a la figura de la tutela, pues se ha dado una intromisión jurisprudencial ocasionando una injusticia contra los empleadores, mostrándolos en sus fallos como infractores del principio de igualdad, produciendo menoscabo en sus derechos e intereses legítimos. Se debe destacar que si bien es cierto el principio de igualdad ha sido ponderado en la Constitución Política, éste se ha usado de manera desacertada produciendo desequilibrio en materia laboral.

3) Hipótesis 3

Esta hipótesis es verdadera por que las decisiones de las altas Cortes en materia laboral, generalmente versan sobre la violación del principio de igualdad, pero no hay igualdad ni equidad de género en las relaciones laborales del país. Además la jurisprudencia hace énfasis del derecho a la igualdad, de acuerdo a los 6 parámetros que son: 1) Las personas nacen libres e iguales ante la ley, el cual es acogido por las Constituciones de los Estados de derecho. 2) La Constitución prohíbe la discriminación por raza, sexo, religión, ideología, pero no consagra la igualdad absoluta. 3) para la Corte la igualdad debe ser efectiva, real, palpable, para que el Estado subsane carencias y desigualdades. 4) Sin amparar la desigualdad se debe dar ventaja a quien está en ella, logrando así la igualdad real. 5) El Estado debe proteger a quien está en debilidad manifiesta, buscando igualarla con los demás. 6) Por tanto el Estado debe castigar a quien comete abusos contra la igualdad, protegiendo a las personas que se hallan en esta situación.

En materia laboral la Corte Constitucional Colombiana ha escrito profusamente, a mi juicio permitiendo con demasiada ligereza la utilización de la tutela para versar en temas que por mandato del Código Sustantivo del Trabajo deben ser dirimidos por la justicia ordinaria.

Se dio una controversia entre la Corte Suprema de Justicia (Sala Laboral) y la Corte Constitucional Colombiana ante la carga de la prueba, que la primera afirma debe ser aportada por el patrono, mientras que la segunda expone que debe ser responsabilidad del trabajador, igual controversia se dio en cuanto a la

remuneración, pues la Corte Suprema dice que no es suficiente ocupar el mismo cargo para obtener una remuneración acorde, sino que el trabajador debe demostrar eficiencia, experiencia, rendimiento y otras calidades que le permitan percibir mayor dinero por su labor.

En cuanto a la igual de género, aún existe desigualdad en materia laboral para la mujer en Colombia, no solo en cantidad de mujeres que trabajan, sino en la remuneración que perciben por ello.

B. Recomendaciones

En Colombia se debe ponderar la igualdad de oportunidades, pues seguimos inmersos en diferencias abismales, tanto étnicas, como culturales, políticas y sociales, en materia laboral se acentúa en la diferencia de género, donde la mujer no obtiene la misma remuneración por el trabajo realizado en igualdad de condiciones que el hombre.

Las desigualdades surgen toda vez que la sociedad quiere mantener al margen a las mujeres y debido a esto ellas toman la decisión de laboral en formar precarias, es decir, en economías informales tales como: al cuidado de la vida en el hogar y el mantenimiento de la fuerza de trabajo, sintiéndose invisible a los avances económicos ya que su labor no es considerada trabajo en la actualidad. A pesar del aumento de la participación femenina en el mercado laboral durante las últimas décadas, las condiciones en que se ha dado impiden que se traduzca en superación de la pobreza y la discriminación. Bien sea como empleadas en los eslabones más bajos de cadenas de producción global, en los sectores de industria, servicios o comercio, son notorias las condiciones de desprotección a las que se ven sometidas las trabajadoras, tanto en la relación laboral formal como en la informal

Por su parte, la situación de las mujeres en el ámbito laboral depende de la orientación de los cambios en la oferta y demanda de fuerza de trabajo inducida por el comercio, además de otros factores vinculados a las condiciones sociales y culturales en que se desarrollan las relaciones de género, que interactúan reforzando o inhibiendo los impactos provenientes del campo económico.

X. REFERENCIAS

- Álvarez, L. (2009). La discriminación laboral tiene cara de mujer. *Revista Cultura y Trabajo*, 77.
- Barreto, J. (1997). *Acción de tutela, teoría y práctica* [1ª ed.], Bogotá DC, Colombia: Legis
- Bobbio, N. (1997). *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política* [1ª. Reimp.]. Bogotá DC, Colombia: Fondo de Cultura Económica
- Campos, D. (1997). *Derecho Laboral Colombiano* [6ª ed]. Bogotá DC, Colombia: Temis
- Cepeda, M. (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá DC, Colombia: Temis
- Código sustantivo del trabajo y código procesal del trabajo*. Bogotá DC, Colombia: Legis
- Constitución Nacional de la Republica de Colombia* (1991)
- Corte Constitucional Colombiana *Sentencia C-967/03*. M.P. Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra. Santa Fe de Bogota octubre 21de 2003
- Corte Constitucional Colombiana *Sentencia T- 003/94*, M.P. Doctor Jorge Arango Mejía. Santa Fe de Bogotá. Enero 17 de 1994
- Corte Constitucional Colombiana *Sentencia T-161/93*. M.P. Doctor Antonio Barrera Carbonell. Santa Fe de Bogota. Abril 26 de 1993
- Corte Constitucional Colombiana *Sentencia T-387/98*. MP. Doctor Fabio Morón Díaz. Santa Fe de Bogota. Julio 31 de 1998
- Corte Constitucional Colombiana *Sentencia T-387/98*. MP. Doctor Fabio Morón Díaz. Santa Fe de Bogota. Julio 31 de 1998
- Corte Constitucional Colombiana *Sentencia T-506/92*. MP. Doctor Ciro Angarita Barón. Santa Fe de Bogota. Agosto 21 de 1992
- Corte Constitucional Colombiana *Sentencia T-778/92*. MP. Doctor Ciro Angarita Barón. Santa Fe de Bogota. Agosto 21 de 1992
- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-071/93*. MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá. Febrero 25 de 1993
- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-1004/05*. M.P. Doctor Jaime Araujo Rentería. Santa Fe de Bogota. Octubre 3 de 2005
- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-247/01*. MP. Dr. Carlos Gaviria. Bogotá. DC. Febrero 27 de 2001.
- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-310-07*. MP. Dr. Nelson Pinilla Pinilla. Bogotá D.C. Mayo 3 de 2007.
- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-372/98*. M. P. Dr. Fabio Morón Díaz. Santa Fe de Bogotá. Julio 21 de 1998.
- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-823-06*. MP. Dr. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá D.C. 4 de octubre de 2006.
- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia No. T-422*. MP. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz. Junio 19 de 1992
- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T-079-95*. MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá. Febrero 28 de 1995.
- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T-230/94*. MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Santa Fe de Bogotá. Mayo 13 de 1994.
- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T-426/92*, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Santa Fe de Bogotá. Junio 24 de 1992
- Esguerra, J.C [ponente]. (1991, marzo 20). Proyecto de Acto Reformatorio número 81. *Gaceta Constitucional*, 24
- Henao, J. (1994). *Panorama del derecho constitucional colombiano* [9ª ed.], Bogotá DC, Colombia: Temis
- Lastra, J. (2005). *Fundamentos de derecho.*, México DF, México: Porrúa
- Lefebvre, G. (1993). *La Revolución Francesa y el Imperio 1787-1815* [1ª reimpresión]. Bogotá DC, Colombia: Fondo de Cultura Económica
- Lessandro, P. (1984). *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales
- Madrid, M. (1997). *Derechos fundamentales, derecho a la igualdad*. Bogotá DC, Colombia: 3R
- Naranjo, V. (1991). *Teoría constitucional e instituciones políticas* [4ª ed]. Bogotá DC, Colombia: Temis
- OIT (1951). *Convenio sobre la igualdad de remuneración*. Recuperado de: http://cd3.uniandes.edu.co/sistema_derechos_humanos/sistemas_principal/s/sistema_universal/documentos/tratados
- OIT (1958). *Convenio 111. Discriminación en materia de empleo y ocupación*. Recuperado de <http://www.dmsjuridica.com/DERECHOS%20HUMANOS/docs/SISTEMA%2>

[UNIVERSAL/PREVENCIÓN%20DISCRIMINACIÓN/Convenio%20111%20de%20la%20OIT.htm](#)

Orjuela, C. (2006). *Los principios constitucionales laborales y su aplicación en el derecho administrativo laboral*. Bogotá DC, Colombia: Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Peces-Barba, G., Hierro, L., Iñiguez-de-Onzoño, S., & Llamas, Á. (1987). *Derecho positivo de los derechos humanos*. Madrid, España: Debate

XI. CURRÍCULO

Lizandro Alfonso Cabrera Suarez. Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali [USC]. Formado como maestro en Ciencias Sociales bajo el título de Licenciado. Es Abogado de la USC con especialización en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Así mismo tiene postgrados en Desarrollo Intelectual y Educación con la Fundación Alberto Merani de Bogotá y en Educación Superior de la USC. Estudios de Doctorado en la UNED de Madrid. Actualmente cursa Maestría en Derecho en la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá. Autor de varios libros sobre el conflicto armado. Es el director del grupo de investigación Hernando Devis Echandía, categorizado en B por Colciencias.

