Sentencia C-622/97**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD**-Error al transcribir norma demandada

Resulta fácil deducir, que la demanda se dirige contra el numeral primero del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que por tanto no impide un pronunciamiento de fondo respecto de este precepto adoptando la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, con relación al examen material del precepto, que consagró la prohibición para las mujeres de realizar trabajos en jornadas nocturnas.

TRABAJO NOCTURNO DE LA MUJER/IGUALDAD DE SEXOS

El principio constitucional de la igualdad no admite en el asunto sub-examine diferenciación en el trato, pues no es razonable ni justificable impedir que la mujer pueda laborar durante la noche en las mismas condiciones y oportunidades laborales de los hombres, precisamente como desarrollo de la igualdad de derechos entre personas de sexo distinto. Lejos de considerarse una norma protectora, el precepto acusado tiene un carácter paternalista y conduce a prohibir que las mujeres, puedan laborar durante la noche, en las empresas industriales, lo cual constituye una abierta discriminación contra ella, que debe ser abolida, pues aparte de tener plena capacidad para el trabajo en condiciones dignas y justas, debe garantizárseles en igualdad de condiciones con los hombres, el ejercicio de los mismos derechos y oportunidades que se requieran, para que ellas, dentro de la protección requerida, puedan trabajar en la jornada nocturna.

Referencia: Expediente D-1710

Acción pública de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del artículo 342 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 9 del Decreto 13 de 1967.

Actoras: María Del Pilar Leyva y Sandra Cadena Cortazar

Magistrado Ponente:
Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y siete (1997).

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, las ciudadanas **MARIA DEL PILAR LEYVA** y **SANDRA CADENA CORTAZAR** promovieron demanda ante la Corte Constitucional contra el numeral primero del artículo 342 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual se procede a decidir una vez tramitado el juicio correspondiente y previas las siguientes consideraciones.

I. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

Aunque las demandantes ejercen la acción contra el artículo 342 del Código Sustantivo del Trabajo, del contexto de la demanda se desprende que ella va dirigida con respecto a la inconstitucionalidad del artículo 242, del mismo estatuto, el cual es del siguiente tenor literal :

“ARTICULO 242. Trabajos prohibidos. Modificado. D. 13/67, art. 9o. 1. Las mujeres, sin distinción de edad, no pueden ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial, salvo que se trate de una empresa en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia. ...”.

II. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Las demandantes señalan que la norma parcialmente acusada viola los artículos 13, 16, 26 y 43 de la Constitución Política, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Estiman que el numeral primero demandado establece una discriminación a la mujer, ya que se prohíbe que sea empleada durante la noche en empresas industriales, lo que a su juicio no tiene sustento razonable ya que si dicho trabajo no implica riesgo alguno, no existe motivo que les impida ejercer esas labores nocturnas.

En su criterio, esa imposibilidad que establece el precepto acusado, les vulnera su derecho a trabajar, particularmente porque muchas de ellas necesitan de su trabajo para sostener su hogar y son cabezas de familia, así como la libertad de escoger profesión u oficio, considerada como una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que el Estado tiene el deber de procurar la realización personal de los individuos que integran la sociedad.

III. INTERVENCION DE AUTORIDAD PUBLICA

Dentro del término de fijación en lista, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a través de apoderado presentó escrito justificando la constitucionalidad

de la norma impugnada. Señala en primer lugar, que el artículo 242 del C.S.T. recoge el contenido del Convenio No. 4 adoptado por la Conferencia General de la O.I.T. el 29 de octubre de 1919, incorporado a nuestra legislación por la Ley 73 de 1966.

En criterio del citado funcionario, ningún tipo de discriminación establece el precepto impugnado, y por el contrario su observancia se ajusta a los convenios internacionales y a la Constitución Nacional, particularmente al artículo 53 que dispone como principio mínimo fundamental en materia del trabajo, "la protección especial a la mujer".

Finalmente, con fundamento en la jurisprudencia constitucional acerca del derecho a la igualdad, sostiene que tampoco se viola este principio, teniendo en cuenta que existen por mandato del Convenio 4 de la O.I.T. y de la propia Carta Política, diferencias objetivas y razonables entre el hombre y la mujer, y especialmente protección a la mujer por su natural condición.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante oficio No. 1363 del 6 de agosto de 1997, el señor Procurador General de la Nación rindió concepto dentro del término legal, solicitando a esta Corporación declarar la **inconstitucionalidad** del numeral acusado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, advierte el Jefe del Ministerio Público que el artículo 342 acusado no regula la prohibición del trabajo nocturno para la mujer consagrada en el artículo 242 del mencionado ordenamiento, sino lo relativo a la irrenunciabilidad de las prestaciones laborales. Ello en su criterio no impide que la Corte se pronuncie de fondo respecto del artículo 242 del C.S.T. donde se establece la prohibición para las mujeres para desempeñar ciertos trabajos.

Agrega que, conforme al artículo 13 superior, las personas gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo. Sin embargo, dentro de la actividad social y económica se configuran situaciones que implican discriminación para la mujer, las cuales son rezago de prejuicios fundados en la falsa creencia de su incapacidad para desempeñarse en labores económicamente productivas.

Asimismo, indica que la obligación de dar igual tratamiento laboral a la mujer requiere eliminar toda norma legal que actualmente constituya un obstáculo, para permitirle el acceso a los empleos ofrecidos por las empresas que hacen parte del sistema económico.

En concepto del señor Procurador, la medida prevista en la disposición demandada presentada como instrumento de protección, limita a la mujer para vincularse laboralmente en condiciones de igualdad, pues la prohibición no opera "cuando se trate de una empresa en que estén empleados únicamente los

miembros de una familia", quedando de manifiesto el carácter discriminatorio de la restricción. Por ende, con excepción de las situaciones generadas, entre otras causas por el estado de gravidez o la maternidad, no existe razón para prohibir que las mujeres puedan ser empleadas durante la noche en empresas industriales.

Así entonces, para el concepto fiscal, la prohibición del trabajo nocturno de la mujer ignora un hecho notorio consistente en que ésta cumple un papel decisivo en el campo laboral, si se tiene en cuenta que en Colombia el 41% de la población económicamente activa está representado por mujeres, de las cuales un 25% son cabeza de familia y necesitan del empleo para sufragar los gastos propios del sostenimiento personal y familiar al que pertenecen.

Por todo lo anterior, concluye el Procurador, no puede reputarse constitucional una norma jurídica que so pretexto de proteger a la mujer, tiene en cuenta únicamente su condición para impedirle ejercer el derecho al trabajo.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La demanda formulada en el asunto sub-examine, se dirige contra el numeral primero del artículo 342 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual según lo indican las demandantes, fue modificado por el artículo 9o. del Decreto 13 de 1967. En la demanda se transcribió el contenido de dicho precepto, que según se puede observar, no coincide por error mecanográfico con el número del artículo que se dice acusado. Las demandantes no obstante fundamentar debidamente las razones de la violación del numeral pertinente del Código Sustantivo del Trabajo, en lugar de anotar el número **242** como precepto acusado, señalaron equivocadamente el número **342** que se refiere a las prestaciones irrenunciables.

Ahora bien, según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos deberán contener "el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, **su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas**". En este caso según se lee en el libelo, se transcribió el contenido del artículo 242 del C.S.T., aunque como se ha expresado se colocó el número 342 en lugar de 242.

Así entonces, teniendo en cuenta que además, como expresamente lo señalan las actoras, la norma acusada (o la que debió haberlo sido) fue modificada por el artículo 9 del Decreto 13 de 1967, que es la actualmente vigente, y cuyo contenido es el que se transcribió en la demanda, estima la Corte que ello no da lugar a dictar un fallo inhibitorio, ya resulta fácil deducir, como se ha dejado expuesto, que la demanda se dirige contra el numeral primero del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que por tanto no impide un pronunciamiento de fondo respecto de este precepto adoptando la prevalencia

del derecho sustancial sobre el formal, con relación al examen material del precepto, que consagró la prohibición para las mujeres de realizar trabajos en jornadas nocturnas. Adicionalmente, cabe agregar que todos cargos hacen expresa referencia es al contenido del artículo 242 del C.S.T. y no al 342.

Por lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5o. de la Carta Política la Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente en relación con la acción pública de inconstitucionalidad formulada contra el numeral primero del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo.

El asunto sub-examine

A juicio de las demandantes, el numeral acusado del artículo 242 del C.S.T. vulnera los artículos 13, 16, 26 y 43 del ordenamiento superior, pues no existe fundamento constitucional para prohibir el trabajo nocturno de las mujeres en empresas industriales, lo que las priva de los derechos y oportunidades laborales reconocidos a los hombres, ya que frente a un empleo que puede ser desempeñado indistintamente por personas de ambos sexos, se impide en el numeral cuestionado, que la mujer pueda ejercerlo por tratarse de un empleo nocturno.

El derecho a la igualdad: prohíbe la discriminación pero admite la diferenciación.

Consagra el artículo 13 de la Carta Fundamental, el principio general según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades, y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Y agrega la norma, que el Estado deberá promover condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva para todas las personas, quedando facultado para adoptar medidas, ventajas o prerrogativas en favor de grupos disminuidos o marginados, así como de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Según se desprende de la lectura del precepto mencionado, la igualdad se traduce en el derecho a que no se configuren privilegios que exceptúen a unas personas de los que se conceden a otras en idénticas circunstancias, por razón de sexo, de origen, de lengua, etc.

Se deduce del precepto en referencia, incisos 2° y 3°, que el principio de igualdad exige el reconocimiento según el cual, entre los hombres en el marco de una sociedad, se presentan ciertas situaciones que hacen necesario un trato preferencial a determinados individuos que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

De allí que, como lo ha expresado la doctrina constitucional, a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991 en relación con el principio de igualdad, "*hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*". En esa forma, entonces, lo que se consagra es una igualdad material y objetiva y no formal, superando con ello el ambiguo criterio de la igualdad matemática.

Así mismo, hay que afirmar que el mandato constitucional señalado, prohíbe en forma absoluta todo tipo de discriminaciones, aunque admite la diferenciación, con el objeto de corregir y superar las desigualdades de hecho que existen entre los hombres, debiendo promover el Estado las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

Dicha diferenciación es admisible en la medida en que esté razonablemente justificada. En efecto, como reiteradamente lo ha expresado esta Corporación, el principio de igualdad sólo se desconoce si el tratamiento diferenciado no está provisto de una justificación objetiva y razonable, la cual debe ser apreciada en concreto por el juez en cada caso, con un criterio objetivo y según la finalidad y efectos del tratamiento desigual. Además, debe existir un vínculo de racionalidad y proporcionalidad entre el tratamiento diferente, el supuesto de hecho y el fin que se persigue.

Por consiguiente, la garantía consagrada en el artículo 13 constitucional impide a los órganos del poder público establecer condiciones desiguales para circunstancias iguales, salvo que medie justificación razonable, pues de lo contrario se quebranta el derecho constitucional fundamental que tienen todas las personas ante la ley y las autoridades a ser tratados en igual forma.

Ahora bien, el artículo 43 de la Carta Política de 1991, establece que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades, y que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación.

En efecto, como lo reconoció la Corte, en Sentencia N° C-410 de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, "*El sexo es el primer motivo de discriminación que el artículo 13 constitucional prohíbe. La situación de desventaja que en múltiples campos han padecido las mujeres durante largo tiempo, se halla ligada a la existencia de un vasto movimiento feminista, a las repercusiones que los reclamos de liberación producen, incluso en el ámbito constitucional, y a la consecuente proyección de esa lucha en el campo de la igualdad formal y sustancial.*"

Además, "*las consecuencias de la diferenciación injustificada por razón de sexo se extienden a insospechados espacios, lo que da cuenta de la naturaleza velada o encubierta de un sinnúmero de prácticas inequitativas que trascienden las manifestaciones más comunes de la discriminación*".

Y se agregó en la misma providencia que:

"En el campo de la legislación laboral se ha dado un proceso similar al que se deja anotado, pues también allí, paulatinamente se han ido paliando las circunstancias desventajosas bajo las cuales se ha encontrado tradicionalmente la mujer. A este significativo avance no ha sido ajena la jurisprudencia que ha reconocido desde tiempo atrás, el derecho de la mujer a un tratamiento en igualdad de condiciones con el hombre".

Aún cuando la igualdad formal entre los sexos se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico colombiano, la igualdad sustancial todavía constituye una meta: así lo demuestra la subsistencia de realidades sociales desiguales, No se trata de ignorar el avance que supone la igualdad ante la ley; fuera de que su ausencia sería un enorme obstáculo para la elevación de las condiciones de la mujer, es preciso tener en cuenta que allana el camino hacia derroteros superiores pues permite recurrir a los órganos del Estado en procura de eliminar la discriminación y legítima de ese modo, la demanda de efectivas oportunidades para ejercer derechos y desarrollar aptitudes sin cortapizas. No debe olvidarse que, en contacto con la idea de igualdad sustancial, la exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 13 de la Carta, no se detiene en la mera prohibición sino que abarca el propósito constitucional de terminar con la histórica situación de inferioridad padecida por la población femenina; esa decisión autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos y sociales. Así pues, junto con la familia y el Estado, el empleo es uno de los espacios que ofrece más posibilidades para la discriminación por razones de sexo".

"La neutralización de la discriminación sexual a partir de la adopción de medidas positivas se acomoda a normas internacionales que reconocen la necesidad de eliminar diferencias injustificadas...

Así las cosas, las medidas que tengan por objeto compensar previas desventajas soportadas por determinados grupos sociales y en particular las que buscan paliar o remediar la tradicional inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, no pueden reputarse, en principio, contrarias a la igualdad, empero, su validez depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias. No basta la sola condición femenina para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas protectoras en favor de las mujeres; además de ello deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias que las justifiquen".

Por su parte, en cuanto hace a la aplicación del principio de igualdad en asuntos laborales, esta Corporación señaló en sentencia N° T-326 de 1995, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, que:

"La prohibición de discriminar por razón del sexo adquiere el sentido de límite al particular o a la autoridad pública que deba proveer un empleo. Esta limitación, por ejemplo, les impide en principio, utilizar como pauta de selección, el sexo, hacer uso de distintos criterios y exigir diferentes requisitos o condiciones para hombre y mujeres y, también, echar mano de procedimientos que, pese a su apariencia neutral, por ser de más difícil cumplimiento para los miembros de un sexo que para los pertenecientes al otro, terminan excluyendo a una proporción mayor de hombres o mujeres, según se trate".

Así mismo, en la sentencia N° T-026 de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, sostuvo la Corte lo siguiente:

"7. No ignora la Sala que, consideradas las cosas desde una perspectiva amplia, a los miembros de uno y otro sexo les asiste la vocación y la capacidad para desarrollar cualquier actividad y que por ello, establecer, a priori, una distinción entre las tareas específicamente reservadas a hombres o a mujeres con el fin de negar el acceso o la permanencia de un grupo en el espacio que supuestamente corresponde al otro, implica incurrir en una inadmisibles diferencia de trato, contraria a la prohibición constitucional de discriminar.

...

9. La experiencia permite afirmar que, tradicionalmente, el desempeño de ciertos trabajos o la pertenencia a varios sectores profesionales se ha hecho depender del sexo de las personas. A las mujeres, por ejemplo, se les suele impedir el desempeño de los denominados trabajos arduos, ligados con la fuerza física o la capacidad de resistencia, empero, un examen detenido de la cuestión lleva a concluir que no es válido apoyar una exclusión semejante en una especie de presunción de ineptitud fincada en diferencias sexuales, y que el análisis basado en presuntos rasgos característicos de todo el colectivo laboral femenino debe ceder en favor de una apreciación concreta e individual de la idoneidad de cada trabajador, con independencia de su sexo.

....

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

Igualmente, en la aludida providencia se establecieron por parte de la Corte Constitucional importantes criterios, necesarios para distinguir los ámbitos o sectores profesionales excluidos de la igualdad de trato entre hombres y

mujeres, de aquellos que no ameritan dicha exclusión, dentro de los cuales se destacan los siguientes:

"a. Es necesario tener en cuenta que la exclusión de ciertas actividades de la aplicación de la igualdad de trato, cuando el sexo constituye una condición determinante del ejercicio profesional, configura una hipótesis excepcional y, por lo mismo, debe ser objeto de una interpretación restrictiva.

(...)

b. No es posible perder de vista que, si atendiendo a la naturaleza de la actividad de que se trate y de las condiciones de su realización, se establece que el sexo es condición determinante del correcto ejercicio profesional, es porque existe una conexión necesaria y no de simple conveniencia entre el sexo del trabajador y el cumplimiento del trabajo.

c. Del anterior predicado se desprende que la conexión entre el sexo y el cumplimiento del trabajo es objetiva y por tanto, no depende de la mera apreciación subjetiva del empleador o de prácticas empresariales que sin ningún respaldo hayan impuesto la pertenencia a un sexo específico."

Examen del cargo.

La aplicación de los anteriores criterios al caso sub-examine, llevan a la Corporación a concluir que el precepto acusado quebranta los ordenamientos superiores, por las razones que a continuación se exponen.

Como ya se señaló, el artículo 13 de la Carta Fundamental prohíbe todo tipo de discriminaciones por razones de sexo. Igualmente, el artículo 43 de la norma superior determina que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades, precisándose que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación.

En el precepto constitucional citado se agrega que: "El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia".

A juicio de la Corte el principio constitucional de la igualdad no admite en el asunto sub-examine diferenciación en el trato, pues no es razonable ni justificable impedir que la mujer pueda laborar durante la noche en las mismas condiciones y oportunidades laborales de los hombres, precisamente como desarrollo de la igualdad de derechos entre personas de sexo distinto.

Cabe recordar aquí, que en la misma Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 34/180 del 18 de diciembre de 1979, se adoptó la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, incluida cualquier distinción por motivos de sexo. Asimismo se consideró que la discriminación contra la mujer es incompatible con la dignidad humana y con el bienestar de

la sociedad, y constituye un obstáculo para la completa realización de las posibilidades de la mujer.

Por ello, no hay duda que hoy en día dentro del marco constitucional vigente, tanto la mujer como el hombre deben participar en condiciones de igualdad en los procesos económicos, laborales, sociales y políticos, en las diferentes actividades; lo cual conlleva a eliminar aquellas restricciones que tienden a menoscabar o anular el reconocimiento y ejercicio de los derechos de la mujer.

De ahí que, el Estado está en la obligación de dar protección jurídica de los derechos de la mujer sobre bases de igualdad, prohibiendo la discriminación contra ella por razones de sexo, siendo por tanto procedente adoptar las medidas encaminadas a asegurar el pleno desarrollo de sus derechos humanos, en las mismas condiciones con el hombre.

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

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

VI. DECISION

Por lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional obrando en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **INEXEQUIBLE** el numeral 1º. del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 9º. del Decreto 13 de 1.967.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Presidente

JORGE ARANGO MEJIA
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-622/97**TRABAJO NOCTURNO DE LA MUJER-Denuncia de Convención (Aclaración de voto)**

Conforme a la propia jurisprudencia de la Corte, el compromiso internacional adquirido por Colombia conforme al Convenio 04 de la OIT sigue vigente, pero ese tratado no es aplicable internamente a partir de la presente decisión de la Corte, pues la Constitución es norma de normas, y en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y cualquier otra norma jurídica, se aplicarán las normas constitucionales. Por consiguiente, como el tratado es contrario al principio de igualdad entre los sexos, entonces no puede aplicarse internamente, por más de que subsista el compromiso internacional, puesto esta Corporación tiene bien establecido que los tratados contrarios a la Constitución no tienen eficacia interna, aun cuando puedan seguir siendo válidos ante el derecho internacional

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO-Contradicciones/TRATADO Y NORMA CONSTITUCIONAL-Contradicción (Aclaración de voto)

Para el juez estatal y para las autoridades nacionales rige el principio de que el derecho constitucional precede al orden internacional, por lo cual los tratados tienen el valor que la constitución les asigne. Por ello un juez colombiano está en la obligación de permitir el trabajo nocturno de las mujeres, pues la Corte, máximo intérprete de la Constitución, ha considerado que es violatorio de la igualdad entre los sexos excluir a las mujeres de esas posibilidades de empleo. Sin embargo, para el juez internacional rige el principio de la prevalencia del derecho internacional, por lo cual Colombia podría incurrir en responsabilidad internacional por violar el Convenio No 04 de la OIT. Por ende, cuando un Estado enfrenta una contradicción entre un tratado y una norma constitucional, los órganos competentes en materia de relaciones exteriores y de reforma de la constitución -esto es, el Presidente y el Congreso en el caso colombiano- tienen la obligación de modificar, ya sea el orden interno, a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado, ya sea sus compromisos internacionales, a fin de no comprometer su responsabilidad constitucional. De esa manera, si bien las contradicciones entre el derecho internacional y el derecho interno son inevitables en un determinado momento histórico, la evolución jurídica permite una armonización dinámica entre ambos órdenes jurídicos.

TRABAJO NOCTURNO DE LA MUJER/DENUNCIA DE CONVENIO INTERNACIONAL (Aclaración de voto)

Jurídicamente, a partir de la sentencia de la Corte, es posible el trabajo nocturno de las mujeres en Colombia, a pesar de la validez internacional

del Convenio 04 de la OIT, pero como tal situación puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado colombiano, entonces es deber del Presidente, como jefe de Estado, ya sea denunciar el tratado, o ya sea proponer una reforma de la Constitución que permita aplicar internamente el tratado. Lo que no puede el Gobierno es mantener una contradicción normativa que pone en entredicho, ya sea la supremacía de la Constitución, ya sea el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano. Por tal razón, y en el entendido que no conviene una reforma constitucional en ese aspecto, creo que la presente decisión de la Corte tiene una consecuencia ineludible, y es la obligación que tiene el Gobierno colombiano de denunciar el mencionado Convenio No. 04 de la OIT, denuncia que es perfectamente posible en cualquier momento, pues se encuentra prevista por el artículo 13 del mismo Convenio. considero que el Convenio 04 de 1919 se encuentra formalmente vigente para Colombia, por lo cual es deber del Gobierno proceder a su denuncia, a fin de armonizar los compromisos internacionales de nuestro Estado con los mandatos constitucionales, tal y como lo han hecho otros países. Considero que el Convenio 04 de 1919 se encuentra formalmente vigente para Colombia, por lo cual es deber del Gobierno proceder a su denuncia, a fin de armonizar los compromisos internacionales de nuestro Estado con los mandatos constitucionales, tal y como lo han hecho otros países.

CONVENIO DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Tratados autónomos (Aclaración de voto)

Es claro en la doctrina y la jurisprudencia internacionales que los convenios de la OIT son tratados autónomos, por lo cual en principio no cabe una derogación tácita de los mismos por instrumentos internacionales en la materia, ni siquiera por convenios ulteriores. Así, al discutirse en el seno de la OIT qué efectos deberían tener los nuevos convenios de un tema sobre la vigencia del convenio originario, se llegó a la conclusión de que el nuevo instrumento internacional no podía sustituir automáticamente el antiguo, si éste ya había empezado a regir, pues no podía imponerse el nuevo texto a los Estados que habían ratificado el anterior, y decidían no hacer parte del nuevo tratado. Por ello, la tesis que se estableció es que la adopción de un nuevo convenio no deroga el anterior, que seguiría vigente para aquellos Estados que hubieren ratificado el primero y no aprobaran el segundo. Por tal razón, Colombia, al no haber adoptado los nuevos convenios sobre trabajo nocturno, mantiene intactas las obligaciones derivadas del Convenio 04 de 1919.

PROTECCION A LA MUJER-Se convirtió en discriminación (Aclaración de voto)

Este caso muestra pues la importancia de que el juez analice el alcance de una disposición tomando siempre en cuenta el contexto social, ya que un mismo contenido normativo puede variar profundamente su significado

constitucional. Así, una medida de protección a un sector social puede ser válida en un determinado momento, pero posteriormente puede convertirse en un instrumento de discriminación y de estigmatización contra el grupo humano que inicialmente se había beneficiado de la misma.

Con mi acostumbrado respeto, me permito aclarar parcialmente el voto en la presente decisión de la Corte, que declaró inexecutable el numeral 1° del artículo 342 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual, las mujeres “sin distinción alguna no pueden ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial, salvo que se trate de una empresa en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia.”

1- Comparto la decisión de la Corporación y, en lo esencial, la fundamentación de la misma. Sin embargo, considero que la motivación es insuficiente pues la sentencia debió hacer algunas precisiones sobre las implicaciones del fallo en relación con los compromisos internacionales del Estado colombiano en este campo, pues no se puede olvidar que el Convenio No 04 de la O.I.T de 1919 sobre trabajo nocturno de las mujeres, el cual fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931, y por ende hace parte de la legislación interna del país (CP art. 53), está en clara oposición con la presente sentencia. En efecto, el artículo 3° de ese convenio establece el mismo contenido normativo declarado inexecutable por la Corte, pues prohíbe el trabajo nocturno de las mujeres en las empresas industriales, salvo en ciertas excepciones, a saber, que la empresa emplee únicamente a los miembros de una misma familia, o que ocurra una fuerza mayor que obligue a eludir la prohibición, o en casos de ciertas materias primas perecedoras, o debido a efectos climáticos que pueden hacer más penoso el trabajo diurno y autorizan una flexibilización de la interdicción. Por ende, existe una evidente contradicción entre la decisión de la Corte, que considera violatorio de la igualdad entre los sexos (CP art. 13 y 43) la prohibición del trabajo nocturno femenino industrial, y el Convenio 04 de la OIT, que sigue vigente formalmente y mantiene esa prohibición. Creo entonces que la Corte debió pronunciarse sobre las implicaciones del fallo de inconstitucionalidad sobre los compromisos internacionales de Colombia puesto que, al pasar en silencio el tema, se ha introducido una evidente inseguridad jurídica, ya que subsisten formalmente en nuestro ordenamiento dos mandatos contradictorios sobre la posibilidad o no del trabajo femenino nocturno en la industria.

Sin lugar a dudas, el silencio de la Corte no es casual, ni es un mero olvido, sino que encuentra su explicación en la sentencia C-276/93, según la cual la Corte Constitucional debe inhibirse de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados perfeccionados con el fin de preservar la intangibilidad de los compromisos internacionales de Colombia. Sin embargo, como intentaré mostrarlo en esta aclaración, ese criterio jurisprudencial, lejos de solucionar el problema, tiende a agravarlo de manera evidente.

Decisiones de inexecutableidad y compromisos internacionales de Colombia: la necesidad de denunciar el Convenio No 04 de la O.I.T sobre trabajo nocturno de las mujeres.

2- Conforme a la propia jurisprudencia de la Corte, el compromiso internacional adquirido por Colombia conforme al Convenio 04 de la OIT sigue vigente, pero ese tratado no es aplicable internamente a partir de la presente decisión de la Corte, pues la Constitución es norma de normas, y en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y cualquier otra norma jurídica, se aplicarán las normas constitucionales (CP art. 4º). Por consiguiente, como el tratado es contrario al principio de igualdad entre los sexos, entonces no puede aplicarse internamente, por más de que subsista el compromiso internacional, puesto esta Corporación tiene bien establecido que los tratados contrarios a la Constitución no tienen eficacia interna, aun cuando puedan seguir siendo válidos ante el derecho internacional¹.

Sin embargo, considero que la Corte no ha dado el paso necesario que se desprende de la anterior tesis, pues lo menos que puede decirse es que es problemático admitir que un tratado ratificado por Colombia puede ser válido ante el derecho internacional pero inaplicable internamente, por violar la Constitución que es norma de normas (CP art. 4º). En efecto, en estos casos, y como lo ha mostrado la doctrina, las autoridades se encuentran en un difícil dilema, pues deben violar la Constitución y prohibir el trabajo nocturno de las mujeres, para no comprometer la responsabilidad internacional de Colombia; o, por el contrario, deben violar el tratado, y admitir el trabajo nocturno, con el fin de respetar el principio de igualdad entre los sexos consagrado la Carta. Sin embargo, la misma doctrina ha mostrado que es posible salir de ese dilema, si se abandonan las tesis clásicas dualistas y monistas que pretenden eliminar *ipso facto* las contradicciones inevitables entre los tratados y las constituciones².

3- Así, frente a esas doctrinas extremas, Alfred Verdross ha defendido con lucidez una tesis intermedia, que él califica de monismo moderado pero que otros autores denominan de la integración dinámica entre el derecho internacional y el derecho interno³. Según esta concepción, la doctrina dualista es inadmisibles en la realidad jurídica contemporánea, pues existen conflictos y relaciones entre las Constituciones y los mandatos del derecho internacional. No son pues órdenes paralelos. El monismo constitucionalista tampoco es aceptable pues conduce a la incertidumbre de las relaciones internacionales y a la erosión misma del derecho internacional. Pero, agrega este autor, el monismo internacionalista radical, como el de Kelsen, tampoco refleja la práctica jurídica, pues no es cierto que toda norma estatal -y sobre todo constitucional- contraria al derecho internacional sea automáticamente nula en el plano interno de los Estados, pues los tribunales estatales deben obediencia

¹ Ver las sentencias C-276 de 1993, C-295 de 1993 y C-087 de 1997.

² En los párrafos siguientes me baso en Rodrigo Uprimny "¿Es posible extraditar colombianos a los Estados Unidos? La situación jurídica del problema?" en VV.AA. La extradición ¿Nudo gordiano o corredizo?. Bogotá: Editorial jurídica de Colombia, 1997.

³Cf Alfred Verdross. Derecho internacional público. (6 Ed). Madrid: Aguilar, 1980, capítulo 2.

primariamente a su propio ordenamiento jurídico. Por consiguiente, concluye Verdross "sólo puede dar cuenta de la realidad jurídica una teoría que, reconociendo, desde luego, la posibilidad de conflictos entre el Derecho Internacional y el derecho interno, advierta que tales conflictos no tienen carácter definitivo y encuentran su solución en la unidad del sistema jurídico." Esto es, una teoría que "mantiene la distinción entre el Derecho Internacional y el derecho estatal, pero subraya al propio tiempo su conexión dentro de un sistema jurídico unitario basado en la constitución de la comunidad jurídica internacional".

¿Qué significa lo anterior? Algo muy elemental pero profundo: que para el juez estatal y para las autoridades nacionales rige el principio de que el derecho constitucional precede al orden internacional, por lo cual los tratados tienen el valor que la constitución les asigne. Por ello un juez colombiano está en la obligación de permitir el trabajo nocturno de las mujeres, pues la Corte, máximo intérprete de la Constitución, ha considerado que es violatorio de la igualdad entre los sexos excluir a las mujeres de esas posibilidades de empleo. Sin embargo, para el juez internacional rige el principio de la prevalencia del derecho internacional, por lo cual Colombia podría incurrir en responsabilidad internacional por violar el Convenio No 04 de la OIT. Por ende, cuando un Estado enfrenta una contradicción entre un tratado y una norma constitucional, los órganos competentes en materia de relaciones exteriores y de reforma de la constitución -esto es, el Presidente y el Congreso en el caso colombiano- tienen la obligación de modificar, ya sea el orden interno, a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado, ya sea sus compromisos internacionales, a fin de no comprometer su responsabilidad constitucional. De esa manera, si bien las contradicciones entre el derecho internacional y el derecho interno son inevitables en un determinado momento histórico, la evolución jurídica permite una armonización dinámica entre ambos órdenes jurídicos.

4- Esta concepción intermedia permite solucionar el presente conflicto, pues simplemente indica que jurídicamente, a partir de la sentencia de la Corte, es posible el trabajo nocturno de las mujeres en Colombia, a pesar de la validez internacional del Convenio O4 de la OIT, pero como tal situación puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado colombiano, entonces es deber del Presidente, como jefe de Estado, ya sea denunciar el tratado, o ya sea proponer una reforma de la Constitución que permita aplicar internamente el tratado. Lo que no puede el Gobierno es mantener una contradicción normativa que pone en entredicho, ya sea la supremacía de la Constitución, ya sea el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano. Por tal razón, y en el entendido que no conviene una reforma constitucional en ese aspecto, creo que la presente decisión de la Corte tiene una consecuencia ineludible, y es la obligación que tiene el Gobierno colombiano de denunciar el mencionado Convenio No 04 de la OIT, denuncia que es perfectamente posible en cualquier momento, pues se encuentra prevista por el artículo 13 del mismo Convenio.

5- Esta concepción intermedia muestra además que la tesis de la sentencia C-276/93 no es jurídicamente la más adecuada, puesto que se encuentra atrapada en un falso dilema: así, la Corte consideró que debía optar rígidamente entre preservar la supremacía de la Constitución o la supremacía del derecho internacional, y concluyó entonces que debía inhibirse de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados ya perfeccionados, con el fin de preservar las intangibilidad de los compromisos internacionales de Colombia. Dijo entonces la Corte:

La Constitución Política deja, pues, en claro la diferenciación y oportunidad de las funciones que competen a cada órgano del poder público. Por ello, en el caso bajo examen, el presupuesto procesal para que la revisión sobre el contenido de los tratados prospere no se cumple, por cuanto el examen constitucional no se puede ejercer respecto de instrumentos públicos internacionales ya perfeccionados. Así lo reconoció expresamente esta Corte en reciente providencia, cuando se dice que "después de perfeccionado el Tratado, se pierde la capacidad de su juzgamiento interno, haciendo tránsito al campo del Derecho Internacional".

Esto se entiende como un reflejo natural de la supranacionalidad en este tipo de convenios que comprometen a la Nación, como persona de derecho público internacional, en un acto en el que ha perfeccionado su voluntad y en donde ningún organismo de carácter interno, ni siquiera el órgano encargado de la jurisdicción constitucional, puede entrar a revisar aquello que es ley entre las partes, siendo tales los Estados vinculados. La Carta Política ha tenido en cuenta este espíritu de equivalencia entre las partes, al considerar que el control constitucional tan sólo se puede ejercer con anterioridad al momento en que se perfeccione el Tratado, esto es, previamente a la manifestación íntegra de la voluntad del Estado pactante. Es por ello que el artículo 241 num. 10, establece que el control debe ser previo al canje de instrumentos de ratificación o de adhesión, que es uno de los actos mediante los cuales se perfeccionan los tratados.

(...)

Por lo demás, el artículo 9o. de la Carta, estatuye que, si bien es cierto las relaciones internacionales se fundamentan en la Soberanía Nacional, también parten del supuesto del "reconocimiento de los principios del Derecho Internacional aceptados por Colombia". Y es una verdad incontrovertible que uno de esos principios es el cumplimiento de los tratados, como medida de seguridad y estabilidad jurídica dentro del orden internacional. Esa es la correspondencia lógica con el principio universal Pacta Sunt Servanda, cuyo fundamento jurídico reside en la paz, la seguridad y la convivencia entre los Estados, principio el cual no puede ser desconocido bajo ningún pretexto, por ser una exigencia de la recta razón.

El presente caso muestra con claridad que la anterior tesis es no sólo equivocada sino totalmente contraproducente, ya que, conforme a la propia jurisprudencia de la Corte, el tratado materialmente inconstitucional es de todos modos inaplicable, debido a la supremacía de la Carta, por lo cual la decisión inhibitoria no ayuda a que Colombia cumpla mejor sus obligaciones internacionales. Además, la inhibición deja la incertidumbre sobre la existencia o no de contradicciones normativas entre los tratados preconstituyentes y el nuevo ordenamiento constitucional, con lo cual aumenta la inseguridad jurídica. En cambio, el control material de los tratados ya perfeccionados por el juez constitucional soluciona el problema. De un lado, ese control en manera alguna constituye una intromisión de la Corte en la competencia de los jueces internacionales, ya que una declaratoria de inconstitucionalidad del tratado no afecta en nada el vínculo internacional, pues frente al derecho internacional esa sentencia no tiene ninguna validez jurídica sino que es un mero aspecto fáctico a ser considerado. Para un juez internacional, el hecho de que la Corte Constitucional declare inconstitucional un tratado no tiene implicaciones sobre la validez del tratado, pues ésta se rige exclusivamente por el derecho internacional, según el cual, una parte no puede invocar su derecho interno para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales. La sentencia de la Corte Constitucional no tiene entonces frente al derecho internacional ningún significado jurídico particular pues equivale, por ejemplo, a una decisión gubernamental o de un juez ordinario de inaplicar un determinado tratado por ser violatorio de la Constitución. Por ende, como lo muestra el presente caso, al inhibirse de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados, la Corte en manera alguna contribuye a preservar el principio *pacta sunt servanda*, y en cambio, sí introduce una enorme inseguridad jurídica. Por todo ello, creo que la Corte debería variar su jurisprudencia y pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de los tratados preconstituyentes, en el entendido de que si declara su inexecutable, es deber del Gobierno proponer la reforma de la Carta, o renegociar o denunciar los correspondientes tratados. De esa manera, y conforme a la tesis de la integración dinámica entre el derecho internacional y el derecho interno, quedan solucionados los eventuales problemas que puedan surgir por contradicciones entre la Constitución y los tratados, o por conflictos que deriven de sentencias de la Corte Constitucional que puedan entrar en contradicción con los compromisos internacionales del Estado colombiano, tal y como sucede en el presente caso.

2- ¿ Se encuentra vigente internacionalmente la prohibición del trabajo nocturno femenino en la industria?

6- Con todo, podría sostenerse que en este caso no procede la denuncia del Convenio No 04 de la OIT, por cuanto sus mandatos no estarían vigentes frente al derecho internacional, ya que habrían sido reformados y derogados por convenios y tratados posteriores multilaterales sobre la materia.

Según esta tesis, el Convenio 04 fue reformado expresamente por dos convenios ulteriores de la misma OIT, a saber el 41 de 1934 y el 89 de 1948,

que regulan nuevamente el tema del trabajo femenino nocturno. El sentido general de esa evolución es la siguiente: los convenios posteriores mantienen la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria, pero establecen excepciones cada vez más amplias a esa prohibición. Así, en el Convenio 04, estas excepciones eran limitadas, pero aumentaron con el Convenio 41, en donde, por ejemplo, se señaló que esa prohibición no se aplicaba a las mujeres que no realizaran trabajos manuales y ocuparan puestos directivos, y en el 89 también se excluyeron de tal prohibición a las mujeres empleadas en los servicios de sanidad, y que no efectúen trabajo manual⁴. Finalmente, los más recientes documentos internacionales sobre protección a la mujer en el ámbito laboral, ya no sólo no prevén la prohibición del trabajo nocturno femenino en la industria sino que parecen permitirlo genéricamente. Es más, incluso, estos instrumentos internacionales parecieran prohibir que se estableciera esa limitación al trabajo femenino por cuanto se podría violar la igualdad entre los sexos en este campo. Por ejemplo, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas de 1979, aprobada por Colombia por la Ley 51 de 1981, no sólo no incluye la prohibición del trabajo femenino industrial en las noches, sino que establece normas que parecen contrarias a ellas, como el derecho a las mismas oportunidades de empleo entre hombres y mujeres (art. 11). Podría entonces considerarse que la prohibición del trabajo femenino nocturno industrial es contraria a lo establecido por la convención de Naciones Unidas de 1979, por lo cual debería entenderse que este tratado, por ser un convenio multilateral posterior al Convenio 04 de la OIT, lo derogó, en virtud del principio equivalente en el derecho internacional a la regla “ley posterior deroga ley anterior”.

7- La anterior tesis parece en principio tener algún sustento, puesto que, a nivel internacional, el principio según el cual prevalece la norma posterior tiene alguna aplicación. Así, es aceptado que una de las formas de terminación de un tratado es por la voluntad de las partes, por lo cual se considera que un tratado cesa de regir si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia, y se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por este tratado; o, si las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente⁵. Por ende, podría decirse que los convenios posteriores de la OIT modificaron el Convenio O4, por lo cual no es deber de Colombia denunciar este último. Podría incluso considerarse que la Convención para la

⁴ Sobre esta evolución, ver, por ejemplo, Nicolas Valticos. Derecho Internacional del Trabajo. Madrid: Tecnos, 1977, pp 414 y ss.

⁵ Al respecto, ver por ejemplo los artículos 54 y 59 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969. Es cierto que esa convención no es formalmente aplicable al presente caso, puesto que regula los tratados entre Estados y , además, el artículo 4º precisa que la Convención no es retroactiva, por lo cual sus cláusulas se aplican sólo a los acuerdos que sean celebrados después de la entrada en vigor de la misma. Sin embargo sus normas son relevantes para este examen, pues la mayor parte de las disposiciones de la Convención de Viena son una codificación de principios consuetudinarios de derecho internacional, y el propio preámbulo de ese instrumento internacional precisa que esas normas siguen rigiendo las cuestiones no reguladas por la Convención.

eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas de 1979 derogó la prohibición internacional del trabajo nocturno entre las mujeres en la industria, al establecer la igualdad de oportunidades en materia laboral entre hombres y mujeres.

A pesar de lo anterior, creo que el compromiso internacional adquirido por Colombia por medio del Convenio 04 de la OIT se encuentra vigente, por las siguientes razones:

En primer término, Colombia no ha ratificado los convenios ulteriores de la OIT sobre el tema. En efecto, nuestro país, aprobó los primeros 26 convenios de la OIT por medio de la Ley 129 de 1931. Sin embargo, posteriormente, y durante más de treinta años, nuestro país se abstuvo de ratificar nuevos convenios, puesto que sólo hasta la Ley 54 de 1962, Colombia aprueba otros convenios de la OIT. De esa manera, más o menos unos cincuenta convenios dejaron de ser incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, con lo cual se produjo un notable rezago normativo del país en la materia, puesto que los convenios de los años cuarenta y cincuenta corresponden a la consolidación del Estado social de derecho en el plano internacional. Y entre tales convenios se encuentran precisamente los que flexibilizaron la prohibición del trabajo nocturno industrial de las mujeres, por lo cual el texto vigente para Colombia ante la OIT es el Convenio 04 de 1919, y no los tratados posteriores.

En segundo término, es claro en la doctrina y la jurisprudencia internacionales que los convenios de la OIT son tratados autónomos, por lo cual en principio no cabe una derogación tácita de los mismos por instrumentos internacionales en la materia, ni siquiera por convenios ulteriores. Así, al discutirse en el seno de la OIT qué efectos deberían tener los nuevos convenios de un tema sobre la vigencia del convenio originario, se llegó a la conclusión de que el nuevo instrumento internacional no podía sustituir automáticamente el antiguo, si éste ya había empezado a regir, pues no podía imponerse el nuevo texto a los Estados que habían ratificado el anterior, y decidían no hacer parte del nuevo tratado⁶. Por ello, la tesis que se estableció es que la adopción de un nuevo convenio no deroga el anterior, que seguiría vigente para aquellos Estados que hubieren ratificado el primero y no aprobaran el segundo. Por tal razón, Colombia, al no haber adoptado los nuevos convenios sobre trabajo nocturno, mantiene intactas las obligaciones derivadas del Convenio 04 de 1919.

En ese mismo orden de ideas, tampoco parece aceptable sostener que el Convenio 04 de 1919 fue derogado por los nuevos tratados multilaterales sobre igualdad entre los sexos, suscritos en el marco de las Naciones Unidas, como la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, por cuanto, como ya se dijo, los convenios de la OIT son instrumentos internacionales autónomos y, además, no se dan los supuestos previstos por la doctrina internacional para que se presente su derogatoria tácita por un tratado posterior. En efecto, para que tal derogación

⁶ Sobre este debate, ver Nicolas Valticos. *Loc-cit.*, pp 110 y ss.

tenga lugar, es necesario que el nuevo tratado regule la misma materia, sea celebrado por las mismas partes, y se desprenda que fue su voluntad sustituir el texto anterior por el nuevo. Esto no ocurre en el presente caso, no sólo porque es poco probable que los nuevos tratados hayan sido celebrados por los mismos Estados que aprobaron el Convenio 04 de la OIT sino, además, por cuanto los tratados de derechos humanos nunca pretenden derogar los convenios anteriores sobre la materia, sino que establecen su coexistencia, siendo la labor de los tribunales aplicar la norma más favorable al respeto de la dignidad de la persona humana. Así, explícitamente el artículo 23 de la Convención de las Naciones Unidas de 1979 para la eliminación de la discriminación contra las mujeres señala que nada de lo dispuesto en ese texto afectará disposición alguna contenida en otro tratado, y que sea más conducente al logro de la igualdad entre los sexos.

Por todo lo anterior, considero que el Convenio 04 de 1919 se encuentra formalmente vigente para Colombia, por lo cual es deber del Gobierno proceder a su denuncia, a fin de armonizar los compromisos internacionales de nuestro Estado con los mandatos constitucionales, tal y como lo han hecho otros países. Por ejemplo, España procedió a denunciar en 1992 el Convenio sustituto sobre el tema, a saber el No 89 de 1948.

La evolución normativa de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria, o de cómo un instrumento de protección es reconocido progresivamente como una medida de discriminación.

8- Detrás de todo lo anterior, existe un tema implícito que merece una reflexión final, y es el siguiente: sin lugar a dudas, y como bien lo establece la sentencia, a finales del Siglo XX, la prohibición general del trabajo nocturno de las mujeres en la industria es contraria a la igualdad entre los sexos, por lo cual la Corte tuvo razón en excluirla del ordenamiento. Sin embargo, a primera vista parece sorprendente que esa norma provenga de la OIT, que ha sido una institución que se ha preocupado por proteger los derechos de los trabajadores, y en especial de aquellos que se encuentran en situaciones de debilidad social, como las mujeres, los niños y los ancianos. ¿Cómo -podría interrogarse el lector- pudo esa organización apoyar una medida discriminatoria contra las mujeres?

La respuesta a mi juicio es interesante y tiene implicaciones importantes sobre el control constitucional de las normas, y en especial sobre la naturaleza discriminatoria o no de una determinada medida. En efecto, uno podría interpretar el sentido de la evolución normativa del tema a nivel internacional de la siguiente forma: la prohibición del trabajo nocturno femenino en las empresas industriales pudo tener un sentido protector de la mujer y la familia en los años veinte y treinta, por cuanto en esa época el trabajo industrial comportaba un mayor esfuerzo físico, y la mujer respondía esencialmente por las labores domésticas y de crianza de los hijos. Por ello, y teniendo en cuenta que a la mujer se la consideraba más débil en términos físicos, al prohibir el trabajo industrial nocturno femenino se intentaba proteger a la propia mujer y a

la familia, puesto que las labores nocturnas son más exigentes físicamente. Sin embargo, esas condiciones y percepciones sociales han ido variando con el paso de los años: el trabajo industrial ha ido perdiendo su componente físico, hombre y mujer han comenzado a compartir las labores domésticas, y las mujeres han llegado en forma creciente a puestos de dirección en la industria y, en general, en los distintos ámbitos de la vida social. El resultado: lo que en un inicio podía ser una legítima medida de protección de la mujer y la familia, se tornó, con el paso de los años y la modificación de la relación entre los sexos, cada vez más en una norma discriminatoria contra la mujer, por cuanto objetivamente limita las posibilidades laborales de las mujeres. Además, esa disposición mantiene un estereotipo inadmisiblesobre las mujeres. Así, el supuesto de esa norma es no sólo que existen tareas específicas y roles de género para hombres y mujeres, por lo cual las mujeres nunca pueden acceder a ciertos empleos propios de hombres -como el trabajo nocturno industrial- sino que, además, tiende a mantener la figura de una mujer desvalida que requiere de medidas de protección paternalistas, como si se tratara de un menor de edad. Este estereotipo es incompatible con la concepción de la mujer de la Constitución de 1991, que es la de una persona libre y autónoma, que comparte con el hombre, en igualdad de condiciones, la dignidad, los derechos y las responsabilidades propios de la vida en sociedad.

Este caso muestra pues la importancia de que el juez analice el alcance de una disposición tomando siempre en cuenta el contexto social, ya que un mismo contenido normativo puede variar profundamente su significado constitucional. Así, una medida de protección a un sector social puede ser válida en un determinado momento, pero posteriormente puede convertirse en un instrumento de discriminación y de estigmatización contra el grupo humano que inicialmente se había beneficiado de la misma.

Fecha ut supra.

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
Magistrado