

MUJER E IGUALDAD

POR: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
MAGISTRADO CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Este estudio se divide en dos partes. En la primera, se aborda el tema de la igualdad y se determinan algunos elementos que caracterizan este discurso desde una perspectiva de género. En la segunda parte, se presenta una síntesis actualizada de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre esta materia. Si bien algunas conclusiones pueden tener carácter general, el análisis toma en cuenta básicamente la Constitución Colombiana.

SECCION 1

1. IGUALDAD Y PODER

La positivización de la igualdad y su consiguiente judicialización, tienen una relación íntima con la limitación y la utilización del poder en la sociedad.

1.1 La cláusula general de igualdad, controla el poder de diferenciación confiado a los poderes públicos y de hecho practicado por los sujetos privados que detentan poder social o económico en la sociedad, al cual se conecta el poder de distribuir los bienes y males inherentes a la vida social. Aquí la igualdad actúa como restricción.

1.2 La igualdad promocional y el mandato de protección a los débiles, busca imprimirle un sentido al uso del poder público. Aquí la igualdad obra como estímulo a la acción.

1.3 El "telos" de la igualdad, suscita variados interrogantes, sobre las posibilidades y límites de dicha positivización y judicialización. Entre otras preguntas se formulan las siguientes:

¿Qué sustrae y qué contenidos obligatorios agrega al principio democrático las normas constitucionales sobre la igualdad?.

¿Qué ámbitos de la actividad del órgano público o del agente social, se sujetan al escrutinio del contencioso de la igualdad, y qué otros se libran a su autonomía?.

¿Qué margen de libertad debe gozar el órgano u operador jurídico para realizar diferenciaciones?.

¿Cuál debe ser la intensidad del juicio de igualdad?.

¿Cuándo se torna exigible un mandato de igualdad promocional?.

¿Cómo se restablece la igualdad quebrantada?.

¿Cuál es la legitimidad del juez para juzgar las reglas de asignación de bienes y cargas sociales que determina el órgano de representación popular?.

¿Si se admite que el fin del control de la igualdad se confunde con el control de la arbitrariedad, se modifica el concepto formal de ley y ésta adquiere una connotación material en cuanto debe estar informada por el principio de imparcialidad?.

¿El límite del principio de igualdad, corresponde al límite de la eficacia de la Constitución misma?.

1.4 Para controlar el poder público y social, el principio de igualdad lo hace aportando como técnica la contrastación de ciertas acciones con una medida. Precisar, la medida de la medida, es básico para entender el poder de este instrumento de control del poder y, para anticipar, cuál es el poder que tienen los titulares del poder para no permitir que su poder sea controlado.

2. LA POSITIVIZACION DE LA IGUALDAD

La pretensión normativa de la Constitución se integra de manera sucesiva y agregativa a través de seis proposiciones normativas, en las que se funden las tradición liberal, la tradición socialista y el pensamiento cristiano.

2.1 Primera proposición: la ley se aplica a todos sus destinatarios, sin acepción de personas (interdicción del privilegio en la aplicación del derecho). Es el rechazo a que las supremacías sociales se prolonguen al mundo del derecho y que éstas al final se pongan a salvo de la democracia y logren desvirtuarla. La regla de justicia - tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual -, se inscribe en el momento de aplicación de la ley, para lo cual se precisa que el tratamiento igual se otorgue a quienes de acuerdo con los criterios establecidos en la norma se encuentren en la misma situación. Observar la legalidad escrupulosa e imparcialmente - como dice Bobbio -, satisface tanto la pretensión de la ley como la de la regla de justicia.

2.2 Segunda proposición: Todas las personas deben recibir la misma protección y trato de las autoridades. De este mandato surgen limitaciones al ejercicio del poder y que se concretan en la prohibición de establecer frente a algunas o algunas personas tratos asimétricos que carezcan de una base objetiva y razonable.

2.2.1 En la creación del derecho (igualdad en la ley), las diferenciaciones que no resistan un análisis de objetividad y razonabilidad, según un "test" específicamente diseñado para este propósito - en el cual se analiza secuencialmente la existencia de la disparidad de trato, su finalidad, la constitucionalidad de ésta última, la razonabilidad del trato desde el punto de vista de su idoneidad para alcanzar el fin al que apunta la norma, su necesidad frente a otras alternativas igualmente eficaces y menos odiosas, y la estricta proporcionalidad de la relación entre el fin y el medio escogido, con miras a que no se sacrifiquen principios o valores de mayor peso que el principio que se pretende servir mediante el respectivo trato -, se estiman

violatorias de la igualdad de trato.

2.2.2 En la aplicación del derecho, la igualdad de trato, se traduce en la proscripción del comportamiento del administrador o del juez que contraste de manera manifiesta e injustificada con el mismo comportamiento observado a propósito de casos sustancialmente semejantes. Este mandato reviste particularidades cuando se predica de los jueces o de los administradores. La exigencia de igualdad de trato que se deriva de este principio, no significa que se establezca un sistema de precedentes obligatorios.

2.3 Tercera proposición: Nadie puede ser discriminado en razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El poder de diferenciación público - y en ciertos casos privado -, sufre una restricción severa al no poder utilizar estos factores de distinción prohibidos por el Constituyente. La prohibición sufre una excepción en los eventos de acciones de diferenciación positiva, justamente por su finalidad igualitaria y mitigadora de pasadas discriminaciones.

2.4 Cuarta proposición: El poder jurídico y material del Estado debe utilizarse en el sentido de promover la igualdad real y efectiva. Esta es la cláusula transformadora de la Constitución. Se complementa con las normas sobre derechos económicos y sociales y las disposiciones de la Constitución económica. La jurisprudencia de la Corte sobre los criterios de conexidad entre algunos derechos económicos y sociales y los fundamentales, responde al cumplimiento de este mandato, cuando quiera que lo ordenado por la Corte corresponda a las capacidades fácticas y legales del Estado en el momento presente. Se descubre una nueva causal de arbitrariedad: inacción injustificada del Estado para obrar en términos de igualdad material, pese a que ello entre en el cálculo de lo posible. La jurisprudencia sobre el derecho al mínimo vital, es una forma de establecer en cada momento histórico umbrales a la capacidad niveladora del Estado.

2.5 Quinta proposición: El Estado debe proteger a las personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental. La potenciación del sujeto sumido en una situación crítica, constituye una reacción de elemental solidaridad - no asistencialismo - y respeto a la dignidad humana. Se trata de oponer un mínimo contrapeso a las fuerzas del mercado y de la naturaleza. La jurisprudencia sobre el mínimo vital, ha tenido en esta materia un campo de expansión significativo.

2.6 Sexta proposición: En asuntos religiosos, familiares y de género, la regla es la estricta igualdad. La Constitución impone en esta materias un mandato de equiparación específicamente dirigido a anular los actos de los poderes constituidos y sociales que pretendan apartarse de dicho precepto.

3. LA JUDICIALIZACION DE LA IGUALDAD

3.1 Definiciones previas. La igualdad expresa un juicio relacional. Los "términos de comparación", son las personas, objetos, o situaciones que se comparan.

El "criterio de diferenciación " o "criterio de valoración" - *tertium comparationis* -, designa al rasgo, factor, característica o elemento relevante que se toma como parámetro o medida para hacer la comparación.

"Trato" denota la consecuencia jurídica que se sigue de aplicar el criterio de diferenciación.

El "Criterio o regla de justicia", corresponde a la regla de asignación de bienes o de cargas que se deduce abstractamente de la norma legal o constitucional. A través del criterio o regla de justicia se identifica el método o principio que preside la solución de un problema de distribución de un bien o carga social.

El "Campo o esfera en la que opera el derecho". Abarca genéricamente las materias - educación, trabajo etc. -, que en términos generales son objeto de las reglas de asignación.

El "Contexto específico de un problema de distribución", se refiere tanto al bien concreto materia de distribución - cupos escolares escasos - como a las particularidades históricas que asume su asignación social y jurídica.

3.2 Problemas de igualdad. Los más frecuentes, se pueden esquematizar de la siguiente manera:

3.2.1 Ineptitud total o parcial del "criterio de diferenciación" en relación con la finalidad. Conduce a la frustración del fin legítimo de la norma, por causa de la anómala integración del conjunto de sus destinatarios.

3.2.2 Trato inadecuado. Puede obedecer a una desconexión o hiato entre el trato y la finalidad de la norma, en términos de racionalidad, eficacia o proporcionalidad.

3.2.3 "Criterio de valoración" y su relación con el trato. Aparte de un eventual hiato de racionalidad, puede presentarse una ruptura de la equidad, lo que sucede cuando se aplican criterios de valoración contrarios o incompatibles con los que gobiernan ciertos campos o esferas de derecho. En este caso, es posible que el criterio o regla de justicia que se deriva de la norma legal, no corresponda al criterio de justicia que convenga al campo o esfera en la que opera la norma y al contexto específico en el que se sitúa el problema de distribución.

3.3 La exigencia de la disparidad de trato como condición para emprender un juicio de igualdad. Si el sujeto de la norma fuera universal, ésta sólo podría demandarse por otros aspectos relacionados con el trato mismo. Aunque la igualdad se proyecte sobre otro derecho, el aspecto dominante debe girar sobre la primera, para que pueda someterse a este control especial. No toda afectación individual o plural a un derecho fundamental, conlleva un problema de igualdad.

3.4 Objeto del análisis de la proporcionalidad en los casos de igualdad de trato. Se endereza a analizar desde la perspectiva del juez constitucional, la legitimidad de la

regla o fórmula de asignación que contiene o se deduce de la norma examinada, para lo cual será decisivo que la distinción o clasificación hecha corresponda a la diferencia existente entre los términos de comparación.

Como quiera que la "proporcionalidad" como tal es una entre otras muchas reglas de asignación - asume diferencias entre los pretendientes de un mismo bien y divide éste en proporción a las diferencias -, cuando no es factible, debe darse curso a otros métodos de distribución, lo mismo que a su control en términos de equidad. De ahí que se sostenga que el nombre de "proporcionalidad" sea puramente estipulativo u obedezca a la importancia histórica de uno de los métodos. Otras reglas de asignación, pueden inspirarse en la paridad o en la prioridad, en este último caso, según una combinación de factores.

En la práctica, las reglas y criterios de asignación, difícilmente corresponden a la estructura de las concepciones generales de justicia. Son ellas fórmulas generales de macroasignación, cuando lo más frecuente es enfrentar problemas específicos de microasignación y examinar fórmulas de justicia complejas y matizadas que se resisten a ser encasilladas bajo un principio normativo único. A este respecto es útil repasar algunos de estos criterios en la obra de Jhon Elster ("justicia Local").

La razonabilidad y objetividad de la fórmula de asignación, no depende únicamente de su razonabilidad intrínseca. El juez debe tomar en cuenta, además, la naturaleza misma de los bienes y cargas que se distribuyen, la cual en mayor o menor grado influye en la configuración de la regla de asignación, la que por ello no puede estudiarse en abstracto. En ocasiones, los criterios de asignación están estrechamente vinculados con el significado social del respectivo bien.

3.5 Método judicial y examen de igualdad. El juicio de igualdad del juez, es un juicio de segundo grado, pues recae sobre el que previamente ha realizado, así sea implícitamente el órgano o agente cuya acción es objeto de control desde el punto de vista de la igualdad.

3.5.1 Normalmente los problemas que suscitan las acusaciones de ineptitud del "criterio de valoración" en relación con el fin de la norma, se resuelven mediante un "juicio de configuración del sujeto". A partir de la norma legal, se reconstruye la regla de justicia que le corresponde y, de esta manera, se amplía o reduce la población virtual que encierra la norma. El análisis de razonabilidad, a continuación, decidirá cuál de las dos normas deberá prevalecer, si la hipotética o la real. Si permanece la primera, ello indicará que aquélla realizó una indebida exclusión o inclusión.

3.5.2 Cuando se cuestiona el "trato" mismo que repercute en el derecho de acceso igual a los bienes primarios (derechos constitucionales), resulta oportuno aplicar un "juicio de afinidad constitucional", cuyo propósito es contrastar el criterio básico de distribución que establece la norma legal con el criterio básico de distribución que sea compatible con el derecho constitucional que en cada caso se considere. De esta manera, la Corte podrá desarrollar un pensamiento coherente y consistente sobre los criterios básicos de distribución que subyacen a las normas

constitucionales.

3.5.3 Cuando la disparidad de trato, afecta la igualdad de goce de otro derecho ordinario, se apela al "test" convencional sobre la razonabilidad de la diferenciación y si resulta arbitraria, se declarará su inconstitucionalidad.

4. INTENSIDAD DEL JUICIO DE CONTROL DE LA IGUALDAD

4.1 Razones para su limitación. El respeto al pluralismo y al principio mayoritario, determinan límites naturales a los juicios de igualdad. De otro lado, el poder del control, podría superar al poder originario de diferenciación, si se propusiese extremar el arte de dictar reglas y aplicarlas.

La Corte, por lo anterior, ha establecido el test fuerte, para los casos de discriminación y violación de mandatos específicos de igualdad de origen constitucional. También ha extendido este test a las violaciones de derechos fundamentales de minorías y grupos o personas en situación de debilidad manifiesta. Se exige, según el test, que la diferencia sea necesaria y el objetivo buscado expreso. Una consecuencia del test, es el desplazamiento más riguroso de la carga de demostrar la justificación del trato diferente a quien lo ha dispuesto o aplicado. La Corte propone un "test" intermedio, para los casos de diferenciación positiva y, uno débil, para cuestiones económicas, que sólo analiza la adecuación de la medida para alcanzar el objetivo buscado.

4.2 Aplicación del derecho. No se analiza la legalidad en sí misma, sino el comportamiento del juez y sus motivaciones. Estimula la intensidad del juicio: la inopinada e injustificada variación del patrón de respuesta del órgano ante casos semejantes. Lo restringe: el respeto al margen razonable y legítimo de interpretación y de cambio.

4.3 Igualdad promocional. Puede resultar difícil sustentar un "test" fuerte para calificar el grado de idoneidad y eficacia que cabe exigir a las medidas legales tendentes a cumplir metas constitucionales específicas en punto a la igualdad.

4.4 Omisiones de deber de protección a personas débiles. Las omisiones del legislativo, se sujetan a un control político exclusivamente. Las omisiones del órgano administrativo, cuando está de por medio una situación de extremo peligro para la vida o salud de las personas, se han juzgado con rigor y, muchas veces, se ha ordenado judicialmente la prestación correspondiente. En los demás casos, se ha estimado por la Corte que el desarrollo de derechos prestacionales corresponde al resorte del legislativo y de la respectiva acción administrativa.

5. LA CARGA DE LA PRUEBA

5.1 Según la jurisprudencia de la Corte, en general, la carga de la justificación de la diferencia o desigualdad, corresponde a la autoridad que la ha establecido. Este desplazamiento de la demostración es todavía mayor cuando el criterio de diferenciación corresponde a un factor expresamente prohibido por al Constitución.

5.2 El control de constitucionalidad por la vía de la acción de inconstitucionalidad, puede hacer pensar que el criterio jurisprudencial, según el cual el término de comparación lo debe aportar el demandante, no siempre puede cumplirse si se toma en serio la función de guardar la integridad de la Constitución y del efecto definitivo de sus sentencias.

5.3 En los casos de discriminación en la creación o aplicación del derecho, es conveniente que la Corte en algunos casos ordene la práctica de pruebas, en atención a que las discriminaciones no se infieren siempre de un análisis puramente deductivo.

6. RESTABLECIMIENTO DE LA IGUALDAD

En algunos casos, acreditada la desigualdad en la ley o en la aplicación de la ley, se impone el restablecimiento del derecho. En el caso de la ley, la Corte excepcionalmente ha ido más allá de la declaración simple de inconstitucionalidad. En algunas ocasiones, sin embargo, ha recurrido a las sentencias de constitucionalidad condicionadas y así ha podido corregir la deficiente configuración subjetiva de la norma. Tratándose de actos judiciales, teóricamente, la única posibilidad de restablecer el derecho, es la de encontrar una vía de hecho. Finalmente, en el evento de que la desigualdad de trato se origine en la administración, el juez constitucional puede, a través de la acción de tutela, si ésta es procedente, ordenar el respectivo restablecimiento.

7. LA IGUALDAD DENTRO DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El esbozo constitucional del principio de igualdad, permite introducir una ideas preliminares sobre la especificidad y los desafíos que demanda la construcción social de este concepto desde una perspectiva de género.

7.1 La doble función de la igualdad - como restricción y como estímulo -, exige que con claridad se formulen las demandas de diferenciación o no diferenciación. Se trata de una lucha política, expuesta a la permanente confrontación con otros grupos que detentan influencia, y que son portadores de variados intereses e ideas.

7.2 En el terreno jurídico se suele centrar la reivindicación de los derechos de las mujeres, a partir de la cláusula de la Constitución que proscribe las distinciones basadas en el sexo o en la que establece la regla de la estricta paridad entre hombre y mujer. Las restantes proposiciones normativas que propugnan la igualdad, no han recibido la misma atención.

Las defensas específicas relativas a la igualdad de género, tienen la ventaja de oponer una prohibición explícita a las discriminaciones de que son objeto las mujeres. No obstante, constitucionalizada la interdicción, las autoridades y los sujetos privados apelan a modalidades encubiertas de discriminación y, en este evento, los otros esquemas constitucionales en materia de la igualdad pueden exhibir mayor eficacia para poner coto a la arbitrariedad.

De otro lado, la defensa de la mujer, no es ajena al contexto en que se desenvuelve su quehacer vital. Las condiciones de injusticia, necesariamente se reflejan en éste último. Independientemente de cualquier consideración subjetiva, podría en la casi generalidad de los casos, recurrirse al entero plexo de las normas iusfundamentales sobre la igualdad. En otras palabras, el contencioso de la igualdad, no puede confiarse únicamente a las cláusulas específicamente antidiscriminatorias. Se requiere insertar en las situaciones concretas donde se dan las injusticias, el planteamiento objetivo de la desigualdad de trato o de la prohibición del privilegio en la aplicación del derecho, no menos que las reglas atinentes a la igualdad promocional.

Lo anterior es todavía más necesario si se tiene presente el fenómeno contemporáneo de ocultación o enturbamiento deliberado de los factores de discriminación. En la medida en que la lucha por la igualdad de la mujer, tiene una profunda raíz cultural y se proyecta como contraria a una determinada racionalidad y tradición reflejada en la praxis social dominante y en la asignación de roles y fijación de estereotipos, resulta más fecundo - también inevitable -, buscar imprimir en el concepto de razonabilidad y proporcionalidad, elementos nucleares de la noción de igualdad, el significado renovador que en cada caso concreto surja desde una perspectiva de género. De este modo, imperceptiblemente se modificarán los aspectos culturales que subyacen a la discriminación.

7.3 No significa lo dicho que las cláusulas antidiscriminatorias de la Constitución, correspondan a una etapa ya superada de la incesante brega por la igualdad. En la hora presente, ante los hechos denunciados de ocultación y enmascaramiento de los factores de discriminación, se impone una audaz operación de renovación hermenéutica.

Las normas de la constitución deberán ser interpretadas en sentido sustancial. La prohibición de la discriminación, obliga al Juez a desestimar las formas externas y asumir el fondo material que sustenta una determinada interacción social y que la califica como discriminatoria. De la misma manera que se postula el principio de "iura novit curia", debería dársele curso a la regla de que al juez corresponde develar la discriminación y, con este fin, proceder a practicar oficiosamente las pruebas que sean del caso.

Dado que el comportamiento judicial responde a las variables culturales predominantes, la acción enderezada a cuestionar prácticas discriminatorias invisibles, no siempre podrá contar con el concurso de la judicatura. Se requiere, por tanto, acudir a elementos externos, que aporten a los procesos un obligado espacio de transparencia y, a través de este medio, a la sociedad entera.

En este sentido, si no se quiere convertir en vana retórica la inversión de la carga de la prueba, tratándose de casos de discriminación invisible, resulta imperioso que ésta se produzca tan pronto la parte demandante aporte índices generales (a nivel país, ciudad, comunidad etc.) o locales (centro de trabajo, entidad, institución etc.), que acrediten un tratamiento diferenciado en un asunto o relación que en un

sentido relevante sea coincidente con el que es objeto de debate.

7.4 El estudio general de la igualdad, demuestra la importancia que revisten los criterios de asignación de bienes y de cargas sociales. Según un determinado lenguaje social se distribuyen tales bienes y males entre los miembros de la sociedad. No sólo son importantes los macrocriterios de justicia política que finalmente se reflejan en las leyes. En la vida diaria de las personas y de las comunidades, muchas veces resultan más decisivos los aspectos vinculados a la microjusticia.

En cada esfera o institución social, de acuerdo a ciertos criterios de distribución, ciertas personas reciben bienes o males y otras dejan de ser centros específicos de imputación. La microjusticia decide la suerte de las personas y su destino vital. En escenarios tan variados como la fábrica, la escuela, el hospital, la universidad, la parroquia, se configura y toma cuerpo el íter existencial de las personas. En ellos también se juega el principio de igualdad. De ahí la importancia de desentrañar, en concreto, los criterios de asignación de bienes y las reglas de justicia material que la presiden, con el objeto de sujetarla a reglas de proporcionalidad, razonabilidad y equidad. Si en verdad se quiere avanzar en términos de igualdad, dentro de una perspectiva de género debe comenzarse a construir sólidos criterios de microjusticia.

El profesor Boaventura de Sousa Santos ha hablado de la transición paradigmática en la que nos encontramos en la actualidad: del paradigma de la Modernidad nos movemos hacia un nuevo paradigma que - utilizando el término en su sentido más amplio - podría denominarse el paradigma de la posmodernidad. En pocas palabras, éste se caracterizaría por el desmoronamiento del modelo según el cual se pretendía lograr la regulación y la emancipación sociales a través de los postulados de las ciencias naturales. Desde el punto de vista de la teoría de la justicia, la Modernidad implicaba la resolución de los problemas que ésta planteaba a partir de principios generales derivados de una razón pura que, para lograr sus cometidos, debía hacer de lado la pluralidad y la diferencia.

Sin embargo, este modelo, concebido como el más grande proyecto de emancipación social en la historia de la humanidad, hace crisis cuando, en muchos ámbitos, ha llegado a producir formas de dominación y de sometimiento iguales o peores a las que, en sus inicios, buscaba derrotar. Basta pensar en los niveles cada vez más crecientes de pauperización, en la destrucción de los recursos naturales, en la diversificación y masificación de la violencia, en la aparición de ideologías extremas que buscan acallar lo diferente por medio de la fuerza, etc. En forma paralela y como respuesta, en muchas ocasiones, a esta crisis del modelo civilizatorio derivado del paradigma de la Modernidad, hacen su aparición una serie de movimientos sociales que buscan reivindicar dimensiones innovadoras de la individualidad y la dignidad humanas. Estos nuevos movimientos no intentan imponer visiones globales de la sociedad que deban realizarse a nivel del Estado. Por el contrario, la reivindicación principal de estos grupos es el respeto y reconocimiento de su diferencia, sin pretensión alguna por universalizarla.

De este modo, al lado de los grandes problemas de lo que podríamos denominar la "macrojusticia", que tienden a la resolución de problemas que afectan a la humanidad en su conjunto o a grandes comunidades de individuos, tales como la redistribución de recursos entre norte y sur, el desarrollo frente al agotamiento de los recursos naturales, el logro de índices mayores de calidad de vida, etc., aparece la necesidad de dar solución a los problemas de esos nuevos movimientos sociales, problemas que deben ser resueltos de conformidad con su particularidad y su diferencia. Surge así una nueva concepción de la justicia, que podría ser denominada "microjusticia" y que se funda en la constatación de que la sociedad es un ámbito poblado de diferencias y de esferas separadas pero interdependientes, que no admiten la existencia de principios únicos de asignación y distribución y de concepciones únicas del bien común. Cada una de esas esferas genera sus propios principios y mecanismos de distribución, que deben ser respetados si se quiere construir una sociedad verdaderamente pluralista y democrática. Para decirlo con Michael Walzer, la igualdad es un concepto complejo, pleno de matices, que responde a la multitud de diferencias que exhiben las sociedades contemporáneas. Concebir la justicia como "microjusticia" implica escuchar el llamado de grupos tradicionalmente marginados u oprimidos que buscan ser reconocidos e integrados al proceso político y decisorio. Con ésto, se supera aquello que Charles Fourier, el gran pensador utopista de mediados del siglo XIX, denominaba la *étourderie méthodique* de la Modernidad, es decir, la socavación de las bases de la justicia por causa del no reconocimiento de las reivindicaciones de los grupos oprimidos.

Desde el punto de vista de la aplicación judicial de la Constitución, el advenimiento de la "microjusticia" conlleva una recuperación de la tónica, del razonamiento jurídico basado en problemas concretos, como la forma más adecuada de interpretación constitucional. En este sentido, el principio de armonización concreta de los derechos fundamentales implica que, en cada caso particular, deba buscarse la máxima efectividad de cada derecho en conflicto sin que ello implique el sacrificio o la restricción de otros. La interpretación de la Constitución y su actuación en casos concretos con base en el principio de proporcionalidad, es un ejercicio de comparación de variables relativas, precisadas según las características de cada situación particular, y no de variables constantes o absolutas basadas en jerarquizaciones axiológicas previamente determinadas.

Por otra parte, los principios de armonización concreta y de proporcionalidad deben ser complementados con la aplicación del principio de subsidiariedad, cuyo propósito esencial consiste en preservar la esfera competencial tanto de la sociedad civil como del Estado. En este sentido, la subsidiariedad busca que la autoridad sólo intervenga en el ámbito de acción de los grupos sociales cuando éstas sean manifiestamente insuficientes para conseguir su propio bienestar social. Así entendido, el principio de subsidiariedad se encuentra íntimamente relacionado con el de proporcionalidad, toda vez que mientras el primero indica la oportunidad de la acción estatal (el cuándo) el segundo determina la intensidad de esa acción (el cómo). La actuación conjunta de estos principios en el ámbito de la "microjusticia", contribuye a la preservación de las autonomías sociales y a la construcción de una sociedad civil fuerte y organizada, conformada por ciudadanas y ciudadanos responsables capaces de tramitar en forma pacífica y civilizada los

conflictos y de desactivar, a través de la acción colectiva, las distintas manifestaciones de violencia.

De esta forma, se abre paso a una concepción de la justicia más protéica y dinámica, más cercana a los conflictos diarios del ciudadano común, tal vez menos majestuosa pero sí más humana y más comprometida con el actual estadio de desarrollo de la humanidad.

SECCION 2

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL

Pocas constituciones contemporáneas incorporan tantos preceptos aplicables específicamente a la mujer, como lo hace la Constitución colombiana. Los movimientos feministas, sin pretender agotado el cumplimiento de su agenda de lucha, han visto como sus pretensiones reivindicativas se han visto reflejadas en leyes y en tratados internacionales. En el plano constitucional, luego de las clamorosas declaraciones de paridad de derechos de la revolución francesa, sólo ahora se ha abierto el camino para esclarecer y profundizar el status de la mujer. La circunstancia de que el sentido de la Constitución no es ya el mismo de antes, obliga a reconocer en las palabras de la Constitución un claro e inequívoco designio normativo, en modo alguno retórico. De ahí que no sea ocioso, seguir, en primer término, las huellas del pensamiento del constituyente.

Tres preocupaciones presiden el debate constitucional sobre la mujer: 1. la discriminación de la mujer; 2. la "feminización" de la pobreza; 3. la identificación de las necesidades específicas de la mujer con miras a su protección especial. En la ponencia sobre los Derechos de la Familia, el Niño, el Joven, la Mujer, la Tercera Edad y los Minusválidos, presentada para primer debate, se lee:

“... en naciones como la nuestra, el modelo de docilidad y vulnerabilidad de la mujer parece no haber sido rebasado, a diferencia de los países desarrollados en los que gracias a dicho movimiento (feminista) la mujer ha superado las desigualdades sociales y ha pasado a ser parte integral y activa de la comunidad a la que pertenece. Las estadísticas muestran como en nuestra patria la mujer tiene menos oportunidades de acceso a la salud, la protección y la educación que el hombre. A su vez en el campo laboral, a pesar de que su participación ha señalado cambios en la estructura del mercado de trabajo (41 % en 1989), el 35% de la población femenina urbana percibe una remuneración por debajo del sueldo mínimo, frente a un 16% de hombres que se encuentran en la misma situación; y si miramos en el sector rural encontramos mujeres que, sin ser dueñas de la tierra, trabajan sin paga - la mayoría de las veces - pues su oficio es considerado como una labor de apoyo a su marido, padres o hermanos. Igualmente, el desempleo generado por la situación económica actual recae con más fortaleza sobre ella: hoy en día el 55% de los desempleados del país son mujeres” (Paréntesis fuera del texto original, Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente N°.85, pág. 8).

Más adelante se expone:

“Del mismo modo, en el campo político la mujer siempre ha estado a la zaga del hombre. Es así como hasta 1932 se le consideró incapaz para manejar sus propios bienes; sólo hasta 1957 pudo votar, es decir ser ciudadana; y hasta 1974 estuvo sometida a la potestad marital que la obligaba a llevar el apellido de su cónyuge. En consecuencia, a través de los años, no obstante las significativas reformas laborales que le han facilitado el ejercicio de los derechos, la mujer ha visto invariablemente restringido su acceso al poder”.

(...)

Las anteriores reflexiones nos llevan a proponer que se “eleve a canon constitucional” el principio de la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, consagrado en la Convención Internacional que trata el tema, suscrita en Colombia y aprobada por la ley 51 de 1981, el cual se traduce en que la mujer y el hombre tienen capacidad para ejercer y gozar de los mismos derechos en todos los campos”.

(...)

Posteriormente la ponencia efectúa las siguientes propuestas:

“... se plantea que el Estado y la sociedad den protección médica y alimentaria a la mujer embarazada que no disponga de los medios que garanticen el buen desarrollo de su proceso de gestación. Todo ello con el fin de satisfacer el altísimo interés social de traer al mundo seres útiles y sanos para la Nación”.

(...)

“.. se enfatiza sobre la necesidad de abolir la discriminación por efectos de la maternidad, tendiente a que ésta no limite las posibilidades de vinculación de la mujer a la fuerza laboral dependiente...”

(...)

“... se establece una protección especial a la mujer cabeza de familia. Un número creciente de hogares tiene jefatura femenina. De acuerdo con los patrones de separación la gran mayoría de éstos están compuestos por mujeres jóvenes, con hijos todavía dependientes... Para 1985, la tasa global de participación de la población femenina clasificada por el Dane en estado de miseria era de 22.5%, la más baja por sector social. La situación social es dramática y tiende a profundizarse por las altas tasas de dependencias concentradas en cabeza de mujeres solas, enfrentadas casi todas a gran inestabilidad laboral, baja remuneración y desprovistas de sistemas de seguridad” (Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente No. 85 pág. 8).

De igual forma en el proyecto, presentado por Eduardo Verano, Guillermo Perry y

Horacio Serpa, en torno a los derechos de la mujer, se afirma:

“Las estadísticas llevadas por el DANE particularizan poco un fenómeno mundialmente reconocido, la feminización de la pobreza. Esta puede ser representada como un conjunto de exclusiones: del mercado de bienes y servicios, del empleo bien remunerado, de las tecnologías tanto en la producción como en la salud, de la educación y capacitación, de la toma de decisiones sobre cuestiones de relevancia pública y de la participación en el poder. Es así como el mayor peso de las medidas de ajuste económico recaen directamente sobre los sectores más pobres y vulnerables, y dentro de éstos, particularmente sobre la mujer” (Gaceta De la Asamblea Nacional Constituyente 24 pág. 27).

En la ponencia se plantea:

“La elevación a nivel constitucional del principio de igualdad entre sexos, las razas, los grupos étnicos, las lenguas, las religiones y creencias políticas es sin duda un paso importante en la conscientización nacional sobre la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación entre seres humanos y de explotación velada y abierta de los débiles en nuestra sociedad.

La inclusión de derechos especiales para grupos sometidos en la práctica a diferentes formas de discriminación es la manera de no hacer nugatorio el principio de la igualdad, permitiendo y ordenando la acción afirmativa para eliminar la discriminación” (Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente N° 24, pag. 27).

Las normas constitucionales adoptadas, expresan la estrategia del constituyente - inscrita en una dimensión universalista - que parte de la premisa de la absoluta igualdad del hombre y la mujer, desde el punto de vista de los derechos y obligaciones. Para mantener la premisa, con valor formal y sustancial, la Constitución exige dos presupuestos de operatividad: (1) procurar las condiciones materiales sin las cuales la paridad es inexistente y (2) otorgar un tratamiento desigual y favorable a la mujer con el objeto de compensar situaciones sociales y económicas inequitativas (programas de acción positiva).

El derecho a la igualdad de trato, se deriva de los siguientes dos enunciados del artículo 13 de la C.P. El primero: todas las personas nacen libres e iguales ante la ley. El segundo: todas las personas recibirán la misma protección y trato y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo. El principio de la igualdad - que asimismo se encarna como derecho - se reitera en los artículos 42 y 43 de la C.P. Se dice allí, "las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes"; "la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación".

Las condiciones operativas de la igualdad - el virus contra la utopía -, se encuentran, con carácter genérico, en el mismo artículo 13 de la C.P. La cláusula

transformadora de la realidad - de ésta (la realidad) surgen barreras visibles e invisibles que se oponen al primado de la igualdad -, no puede estar escrita de manera más contundente y obligatoria: "El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados". La discriminación secular que han sufrido varios grupos sociales, se elimina mediante acciones decididas en sentido contrario. La norma constitucional, no solamente autoriza, sino exige que el Estado adelante programas de acción positiva con miras a modular simétricamente la sociedad. Aquí se descubre una faz del Estado social que ha de revelarse en la práctica como perpetuo equilibrador de los desajustes e injusticias crónicas, que no por serlo adquieren derecho a existir y subsistir. En clave participativa, esta cláusula se traduce, respecto de la mujer, en el inciso final del artículo 40 de la CP: "Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública".

El campo más fértil para avanzar tanto en términos de precondiciones de la libertad y de la igualdad, como de los planes de acción positiva, son los derechos económicos y sociales. Hablar de educación, salud, seguridad social, vivienda digna, trabajo, es referirse a la infraestructura de la libertad y de la igualdad. Sin embargo, también este ámbito es el más difícil y disputado de todos, como quiera que no es ajeno al reparto del producto social y del poder político. Los derechos económicos y sociales, aparte del diseño constitucional, requieren de la expedición de políticas legislativas y administrativas y, desde luego, de la afectación de la hacienda pública. La igualdad de oportunidades, se concreta en posibilidades reales de ejercicio de estos derechos - que es justamente lo que corresponde al designio del constituyente -, y esa virtualidad no se da sin la activa participación política de los interesados, tanto en la esfera legislativa como en la de su ejecución administrativa. Se descubre fácilmente que el cuerpo interno de cada uno de los derechos económicos y sociales - definitivos para aquilatar la igualdad y la libertad -, lo constituye un proceso de justicia social que sólo se surte cabalmente si las personas dejan la inercia y pasan al activismo ciudadano. La Constitución, por sí sola, se limita a auspiciarlo, sin poder suplirlo.

2. LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la mujer describe sólo un aspecto de los avances o retrocesos en el camino hacia el pleno reconocimiento y ejercicio práctico de los derechos de la mujer. En cierta medida, se trata de una muestra temporal del fruto producido por la Nueva Constitución y a este respecto sirve para acreditar su valor normativo directo. No obstante, la verdadera capacidad innovadora de la Constitución, apenas puede vislumbrarse.

El marco participativo que la Constitución ofrece, no ha sido utilizado y permanece inactuado a la espera de que la sociedad y sus miembros se decidan a ejercer la ciudadanía plena que ella les extiende.

La jurisprudencia simplemente captura el rendimiento que, hasta el presente, se ha obtenido de la aplicación directa de la Constitución. En general, las decisiones de la

Corte -salvo algunas originadas en procesos de constitucionalidad de las leyes-, se relacionan con procesos de revisión de sentencias de tutela, dictadas a instancia de parte y con efectos individuales. Si bien en las mismas se profundiza en el discurso de la igualdad, lo que apareja consecuencias significativas en las relaciones sociales y estatales - por la necesidad de modularlas en adelante de forma que no se establezcan diferencias de trato que resulten irrazonables o desproporcionadas -, se precisa del complemento de una acción en escala social que comprometa, en términos políticos, a grupos y sectores sociales. Junto al proceso judicial - en los que se ventila y dirime aspectos importantes y decisivos de la vida cotidiana en los que se manifiestan inequidades y desigualdades de todo género -, por definición individual, es menester que se configure una vía intrínsecamente política, participativa y, por ende, colectiva, con el objeto de conquistar y consolidar nuevas cotas de justicia social y lograr arribar a nuevos equilibrios de fuerzas.

La jurisprudencia de la Corte, por razones sistemáticas, se dividirá en cinco apartados: (1) Igualdad mujer-hombre; (2) Discriminación de la mujer; (3) Protección especial de la mujer en situación de debilidad manifiesta; (4) El derecho a la maternidad; (5) Los derechos de libertad y la mujer.

2.1 Igualdad mujer-hombre

La Corte, casi siempre ha reiterado en sus fallos, el principio abstracto y general de igualdad de género. Cuando, excepcionalmente, no lo ha hecho, por razones distintas, más o menos plausibles, se han mantenido rezagos del régimen patriarcal de supremacía masculina.

2.1.1 Domicilio de la mujer casada o separada

Según los artículos 8 y 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional suscrito en Montevideo el 12 de febrero de 1889, aprobado en Colombia mediante la Ley 33 de 1992, en ausencia de residencia conyugal, el domicilio de la mujer casada o separada, será el de su marido o ex-marido. La Corte se declaró incompetente para pronunciarse sobre el contenido del tratado. A juicio de la Corporación, el análisis debía restringirse al aspecto formal, toda vez que el Tratado había sido perfeccionado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. En cambio, para los magistrados que salvamos el voto, el análisis de fondo era conducente y evidenciaba que, las normas en comento, vulneraban el derecho a la igualdad y a la locomoción de la mujer, y desconocían que el domicilio supone el ánimo de permanencia acompañado de la residencia, que en el caso de la mujer casada corresponde a un designio común y en el de la separada a su propósito de no convivencia. La elección del espacio vital, para todos los efectos legales, librada a la exclusiva voluntad del hombre, anula la más modesta pretensión amparada por el derecho fundamental a la personalidad jurídica, toda vez que la primera opción del sujeto libre es establecer su "locus". Aquí se legitima la visión más patente de subordinación de la mujer: ha de seguir el destino del hombre (C-276/93).

2.1.2 Servicio militar y mujer

El artículo 10 de la Ley 48 de 1993, exime a las mujeres del servicio militar obligatorio y las faculta para prestarlo de manera voluntaria, salvo si median circunstancias especiales del país que lo exijan, según lo determine el Gobierno Nacional. La tradición concibe a los hombres - advirtió la Corte -, mejor habilitados que las mujeres para las labores físicas y de la guerra. No se observa trato discriminatorio, pues la mujer puede prestar voluntariamente el servicio y éste será obligatorio si las circunstancias así lo demandan (C-511/94).

2.1.3 Régimen de visitas conyugales para las reclusas

La Corte amparó los derechos de una reclusa que se negaba a acatar el reglamento interno que supeditaba el derecho a mantener relaciones sexuales, al uso de un medio anticonceptivo, condición ésta no exigida a los varones de otras penitenciarias. En concepto de la Corte, el estatuto interno de la penitenciaría consagraba una intromisión arbitraria, violatoria de las normas de la Convención contra la Discriminación de la Mujer y de la Convención Americana de Derechos Humanos (T-273/93).

Al respecto la Corte manifestó:

“La “comprensión adecuada de la maternidad como función social” a la que está comprometido internacionalmente el estado colombiano, no está condicionada ni puede estarlo sin romper unilateralmente los tratados vigentes, a que la madre se encuentre gozando de libertad. Ha de entenderse que la protección y asistencia especiales que la Constitución consagra y ordena, no son gracias otorgadas por el Constituyente en razón de las características propias de la persona determinada de la madre, sino en razón de su función biológica en la procreación del género humano, en la posibilidad de permanencia del elemento Pueblo del mismo Estado” (T-273/93).

2.1.4 Derechos de las madres que no tienen la custodia de sus hijos

Según la Corte el régimen de visitas debe respetar la igualdad de derechos entre los padres. El desarrollo de la personalidad de la madre, en particular, tiene como presupuesto el contacto con los hijos y la conservación de la imagen materna. Con este raciocinio la Corte revocó un régimen de visitas que, por las circunstancias de tiempo y lugar, conduciría a un paulatino deterioro de las relaciones materno-filiales (T-523/92). En otro caso, pese a no aportar dinero para la manutención de los hijos - según alegaba el padre -, se ordenaron las visitas a la madre que padecía de cáncer terminal (T-274/93).

2.2. Discriminación de la mujer

2.2.1. El trabajo doméstico

El primer pronunciamiento de la Corte se hizo en una sentencia de revisión de tutela (T- 494 de 1992). Se trataba de definir la situación de una compañera permanente, luego de la muerte de su compañero con quien había convivido por un

lapso de 24 años, ante el inminente lanzamiento de su casa de habitación, bien principal del acervo herencial adjudicado - siguiendo la normativa sucesoral -, a una hermana del difunto. La Corte expresó que el trabajo doméstico desempeñado por la mujer tenía un valor económico que lo calificaba como aporte de industria a la sociedad conyugal de hecho, que se desconocía flagrantemente al proseguir con la diligencia de lanzamiento.

La Corte concluyó:

“Como se desprende de lo anterior, el sentenciador parece creer que los únicos aportes a una sociedad de hecho deben ser dinero o bienes relevantes en el mercado, con lo cual descarta de plano el denominado aporte de industria. Seguramente por eso se abstuvo de considerar por un momento siquiera si el trabajo doméstico de la concubina tuvo o no significación económica suficiente para reconocerle, con todas sus consecuencias su calidad de socio.

Al proceder así el Tribunal comulga con quienes estiman que el trabajo doméstico es “invisible” y como tal, carece de todo significado en la economía de mercado.

Esta Corte no puede menos que manifestar su total desacuerdo con dicha visión por cuanto ella estimula y profundiza la desigualdad y la injusticia en las relaciones sociales, hace inequitativo el desarrollo económico y vulnera los derechos fundamentales de la persona.

... los anteriores elementos permiten afirmar a esta Corte que el desconocimiento del trabajo doméstico de la peticionaria involucrada en la amenaza de despojo, sin debido proceso, del inmueble en que ella habita hoy adquirido y mejorado progresivamente, durante la unión de hecho y como fruto del esfuerzo conjunto de los concubinos, viola abiertamente los derechos constitucionales de la igualdad, debido proceso y no discriminación en contra de la mujer...” (T- 494/92).

El segundo pronunciamiento de la Corte se recoge en una sentencia de constitucionalidad. En la sentencia C-051 de 1995, se declaró la inconstitucionalidad, entre otras normas, del primer numeral del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo que consagraba para los trabajadores del servicio doméstico un derecho restringido de cesantía - 15 días de salario por año. La Corte anota en la sentencia que la condición o las circunstancias particulares del patrono no se pueden convertir en factor de trato desigual, en perjuicio de los trabajadores. Adicionalmente, observa que si el servicio doméstico es un lujo, quienes lo disfrutan deben pagarlo en forma semejante a como se remunera a todos los trabajadores. Finalmente, destaca que la limitación del auxilio de cesantía se opone a la elevación del nivel de vida de los servidores domésticos, elevación impuesta por la solidaridad social.

La desvalorización social del trabajo doméstico que absorbe la vida de tantas mujeres, se proyecta en la legislación en un cuadro recortado de los derechos de las trabajadoras domésticas. La sentencia de la Corte prosigue la acción develadora de

prácticas sociales inequitativas y discriminadoras del quehacer femenino.

2.2.2. Derechos a la seguridad social derivados de la condición de mujer

Una Caja Departamental de seguridad social, consagraba en sus estatutos, la posibilidad de vincular a la institución como beneficiarios de algunos servicios médico asistenciales, sólo a las cónyuges o compañeras permanentes de los afiliados varones, no así a los cónyuges o compañeros permanentes de las afiliadas mujeres. Con ocasión de la revisión de una sentencia de tutela, interpuesta por la afiliada que no pudo afiliarse al compañero permanente que dependía económicamente de ella, la Corte definió el concepto de discriminación en los siguientes términos:

“El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.

Constituye un trato discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institución misma, o con el modo de vida de la comunidad.....

El acto discriminatorio no solo se concreta en el trato desigual e injustificado que la ley hace de personas situadas en igualdad de condiciones. También se manifiesta en la aplicación de la misma por las autoridades administrativas cuando, pese a la irrazonabilidad de la diferenciación, se escudan bajo el manto de la legalidad para consumar la violación del derecho a la igualdad”(T-098/93).

En la citada sentencia, la Corte puso de presente las consecuencias injustas de la discriminación que halló probada: no obstante que las mujeres pagaban la misma cuota de afiliación que los varones, éstos recibían más contraprestaciones y servicios pues sólo ellos podían vincular a sus esposas o compañeras permanentes. Persistía, en la negativa de los estatutos, la imagen que repudia que una mujer pueda, por diversas circunstancias, ser el eje y el sostén económico del hogar. La orden que en la mencionada sentencia impartió la Corte, no se circunscribió al efecto individual y singular que interesaba a la actora, sino que más allá del mismo, ordenó a la Caja de Seguridad Social, poner término al trato discriminatorio contra la mujer que se daba en esa entidad (T-098/93).

2.2.3. Estado de embarazo como causa de discriminación

La Corte ha reiterado en múltiples fallos que la función que cumple la mujer como procreadora no puede ser utilizada como factor de discriminación en su contra.

En el campo educativo varias sentencias de la Corte (T-420/92, T-079/94) han brindado protección a estudiantes que han sido expulsadas de los Colegios en razón de su estado de embarazo, considerado inmoral por las autoridades docentes. La maternidad es objeto de especial protección en la Constitución, lo mismo que las

manifestaciones legítimas del libre desarrollo de la personalidad. La doctrina que se opone a que la maternidad cercene oportunidades educativas, se ha aplicado también en el campo universitario, dejando sin piso las decisiones académicas que por este motivo y ante la suspensión transitoria de los estudios de la mujer embarazada, han optado por eliminar su respectivo cupo docente (T-292/94).

“El rector ha desobedecido - señala la Corte en una sentencia -, también el mandato constitucional del Derecho a la Autonomía establecido en el artículo 16 como derecho fundamental, por cuanto coarta la libre decisión de la estudiante de escoger como nueva forma de vida su condición de madre, limitándole la facultad de autodeterminarse conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos. En este orden de ideas el rector no tiene ninguna potestad para impedirle a la estudiante que dirija soberanamente su vida, siempre que transite dentro de los lineamientos que le impone la ley y sin que traspase la barrera donde se inicia el derecho de los demás. La nueva condición de vida de la estudiante no infringe ninguna disposición de derecho, como tampoco afecta el libre ejercicio de las potestades de los demás. Además a favor de la maternidad se han consagrado disposiciones tuteladoras contenidas en la legislación sobre seguridad social en el orden mundial como también en las constituciones de los Estados” (T-420/92).

En el terreno laboral, si bien se ha señalado que el embarazo no puede ser causal de despido, por hacerse patente en este caso una forma de discriminación constitucionalmente proscrita, la jurisprudencia de la Corte ha considerado que la acción de tutela no es el medio procesal para obtener la orden de reintegro, la que sólo puede lograrse mediante las acciones laborales ordinarias (T-495/93, T-141/93).

2.2.4 El derecho a la procreación

Si bien por razones eminentemente procesales - existencia de una vía judicial ordinaria para obtener el reintegro al puesto de trabajo -, la Corte Constitucional no concedió el amparo a la mujer demandante, la sentencia en la que se reconoció el derecho a la procreación reviste enorme interés en esta materia (Sentencia T-341 de 1994). Se trataba de una mujer que se desempeñaba como copiloto de Avianca y que había sido despedida de la aerolínea luego de hacer uso de prolongadas licencias originadas en el tratamiento al que se había sometido para recuperar la fertilidad, afectada por una anovulación severa sobrevenida como consecuencia de un parto prematuro. La empresa se negaba a reconocer el tratamiento médico, pues, a su juicio, "el padecimiento de la accionante no se debía a una enfermedad, sino al deseo de ser madre". La Corte, por su parte, recuerda que de conformidad con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo de la mujer, se extiende incluso "a la salvaguardia de la función de reproducción". La Corte concluye que la omisión de la empresa violó el derecho a la seguridad social de la demandante, lo mismo que su derecho a la salud y a la integridad personal. "Al decidir - expresa la Corte - que la disfunción de la

actora no era enfermedad y, por tanto, no ameritaba ser tratada, el departamento médico [de Avianca] generó una discriminación basada en el papel que la mujer cumple en la procreación y, como consecuencia de ella, un enriquecimiento indebido (...). Así se generó una situación de anulación de la igualdad de oportunidades entre la accionante y sus compañeros de trabajo que si estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales".

2.2.5 El derecho a la identidad personal

La discriminación si tiende a negar al otro sujeto, con mayor facilidad refuta, oculta o trastoca su particularidad. La Corte Constitucional amparó el derecho a la identidad personal de una mujer que había permitido que su parto se filmara con el objeto de divulgar la novedosa técnica de alumbramiento bajo el agua, y como "homenaje a la vida". No obstante que a la demandante se le aseguró, por parte de la programadora de televisión, que sus imágenes se mostrarían con discreción y con un propósito exclusivamente científico e ilustrativo, en la realidad maliciosamente se intercalaron con las imágenes crudas de un parto de una mujer pobre, que se contrastaron con las primeras que se hicieron aparecer como las propias de los apacibles y felices partos de las mujeres ricas. La demandante, además de sentirse lesionada en su intimidad a raíz de la repetida y descontextualizada divulgación del filme, consideraba que arbitrariamente se la había revelado ante el público con una identidad socioeconómica que no era la suya propia, pues ella era una mujer de clase media que había tenido que trabajar y pagar para someterse al parto especial. La Corte estimó que efectivamente las personas y, en particular, la madre que había interpuesto la demanda de tutela contra la programadora de televisión, tenían derecho a la identidad, constituida por los caracteres y circunstancias concretas que de manera clara y precisa hayan trascendido en el ambiente social en el que se desarrolla su existencia y que son el fruto de sus experiencias, ideas, costumbres y forma de vida, la que al ser grave e infielmente representada o alterada, otorga a sus titulares la facultad de reaccionar judicialmente con miras a eliminar la ofensa externa y así poder restablecer la verdad de su ser social (Sentencia T-090 de 1996).

2.2.6 Diferenciación positiva

La Ley 100 de 1993, en varias disposiciones, consagró un régimen más favorable para la mujer en lo que se refiere al requisito de edad para gozar de la pensión de vejez - 57 años frente a los 62 que se exigen para el hombre - y el disfrute de la pensión-sanción. La discriminación positiva fue encontrada constitucional por la Corte. Este tipo de acciones, a su juicio, se justifica con el objeto de compensar situaciones crónicas de injusticia y desventaja social. La diferenciación positiva, agrega la Corte, no puede fundarse exclusivamente en la condición femenina, pues deben concurrir reales conductas y prácticas discriminatorias que la justifiquen (C-410/93).

En torno a las medidas de discriminación positiva la Corte sostuvo:

“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 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 la desigualdad de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de las mujeres en los órdenes económico y social. Las medidas de protección, que implican especiales derogaciones de la igualdad formal, exigen la determinación de aquellos ámbitos especialmente vulnerables en los que debe operar: 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.

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 las mujeres 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 las circunstancias discriminatorias. No basta la sola condición femenina para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas protectoras en favor de las mujeres; además de ello debe concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias que la justifiquen”.

Dentro del mismo pronunciamiento la Corte señaló:

“La visión, absolutamente igualitaria entraña una falsa semejanza y se revela inapropiada para la construcción de un orden jurídico justo que exige identificar y neutralizar circunstancias sociales desiguales que surgen como obstáculos a la igualdad sustancial; el tratamiento jurídico de la discriminación sexual no puede ignorar una realidad social que se muestra claramente distante de la igualdad, y que, por lo mismo, amerita la adopción de medidas positivas favorables a la población femenina trabajadora y dirigidas a promover la mejor participación de las mujeres en el mundo laboral y compensar los efectos nocivos de esa realidad social generadora de una desigualdad...” (C-410/94).

De otra parte, el artículo 250 del DL 1211 de 1990, dispone que las hijas célibes de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, en actividad o en goce de pensión de retiro, tienen derecho a devengar un subsidio familiar y los servicios médico-asistenciales, mientras permanezcan en ese estado y dependan económicamente de aquéllos. La Corte al examinar la constitucionalidad del trato favorable dispensado a las mujeres, estableció que se ajustaba a la Carta, puesto que se justificaba en el contexto de la realidad socioeconómica que soportaba la mujer. Sin embargo, declaró inexecutable la condición del celibato, que afectaba la libertad de la mujer, y que no se relacionaba con su condición de dependencia económica (C-588/92).

Al respecto la Corte expresó:

“La segunda de las expuestas condiciones nada tiene de inconstitucional, por cuanto apenas desarrolla un principio de necesario equilibrio derivado del

artículo 13 de la Carta, a cuyo tenor el Estado debe promover las condiciones indispensables para que la igualdad sea real y efectiva, protegiendo especialmente a aquellas personas que por sus condiciones económicas, entre otros motivos, se encuentren en situación de inferioridad. Tal es la circunstancia que, evaluada por la norma, viene en este caso a establecer diferencia justificada y razonable entre la mujer independiente que puede atender por sí misma a su congrua subsistencia sin necesidad de recurrir al sostén pecuniario de sus padres, y la mujer todavía vinculada al seno de su familia paterna, cuyos recursos son escasos o nulos para los mismos fines y que, por ello, requiere del apoyo de sus progenitores.

“No tiene razón el demandante cuando aduce que la disposición acusada discrimina entre mujeres y hombres con base en el único criterio del sexo, ya que en realidad la distinción se fundamenta en la dependencia económica, expresamente definida por el legislador.

“Otra cosa es que, para reconocer la realidad colombiana, en cuyo contexto sociológico, pese a la anotada tendencia igualitaria de la normatividad en vigor, la mujer generalmente depende desde el punto de vista económico, bien sea del padre o del esposo -lo que no ocurre, según la conducta cultural más extendida, en el caso de los varones-, la norma legal haya establecido unas prerrogativas que permitan a las mujeres dependientes del padre -en este caso Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares- gozar de medios suficientes para atender a su congrua subsistencia. Se trata, en últimas, de dar solución justa a situaciones de hecho que son producto de una larga tradición cuyos contornos discriminatorios entre el hombre y la mujer -ajenos, desde luego, al querer del Constituyente y del legislador- pueden hacer aconsejable que se emprenda una tarea educativa con el objeto de ir logrando una evolución en el comportamiento social, pero que no deben ignorarse como fenómeno evidente que necesita la respuesta del Estado en aras de la igualdad efectiva que la Constitución aspira a realizar.

“Dentro de este contexto, a la luz de las exigencias superiores de igualdad y de justicia, no podría entenderse en ningún caso que se propiciara el desmejoramiento de las condiciones económicas de la mujer con el exclusivo propósito de favorecer una simple "nivelación por lo bajo". Ello implicaría también desconocer los logros ya obtenidos por las hijas de Oficiales y Suboficiales dentro de la legislación laboral y se quedaría sin desarrollo cierto la especial protección que, a la luz de la Carta, merecen el trabajo, la familia y la mujer (artículos 5, 25, 42 y 43 de la Constitución Política). Por estas razones y las que anteceden, no se accederá a declarar la inconstitucionalidad total solicitada por el actor”.

(...)

“Hombre y mujer gozan de los mismos derechos y prerrogativas y están obligados por sus deberes a la luz de la Constitución, pues ninguno de los dos sexos puede ser calificado de débil o subalterno para el ejercicio de los primeros ni para el cumplimiento de los segundos, ni implica “per se” una posición de desventaja frente al otro. La pertenencia al sexo masculino o al femenino tampoco implica, por sí misma, una razón para obtener beneficios de la ley o para hallarse ante sus normas en inferioridad de condiciones. De

allí que sean inconstitucionales las disposiciones que plasman distinciones soportadas única y exclusivamente en ese factor. El concepto debe ser comprendido y aplicado en el contexto de la realidad, razón por la que, su alcance no puede obedecer a criterios absolutos que desconozcan el ámbito dentro del cual están llamados a operar las normas jurídicas”.

2.2.7 Discriminación por vía de la discriminación positiva

Una de las formas veladas de mantener una situación discriminatoria hacia la mujer consiste en considerar que, por razón de su condición de mujer, algunas labores le son “más compatibles” o afines, hasta el punto de que resultan inherentes a su naturaleza. Apelando a este argumento, se ha excluido al hombre de ciertas labores, so pretexto de garantizar una “discriminación positiva” en favor de la mujer.

So pretexto de la reestructuración administrativa de un municipio, la administración local decidió que el cargo de “auxiliar de servicios varios”, que se ocupaba de la labor de aseo, mantenimiento y cuidado de un edificio, debía ser desempeñado por mujeres. Por tal razón, se declaró insubsistente al titular actual del cargo, quien era del sexo masculino.

La Corte consideró que si bien no es posible establecer diferencias para acceder al empleo por razón del sexo, en algunas circunstancias esta diferenciación no se torna discriminatoria. Para establecer, en cada caso, si se trata de una discriminación, la Corte estableció un test fuerte en los siguientes términos:

- 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) De conformidad con el principio de proporcionalidad, el intérprete debe proceder a conciliar, en lo posible, la igualdad de trato entre los sujetos pertenecientes a ambos sexos y las exigencias del desarrollo de la pertinente actividad.
- c) 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.
- d) Del anterior predicado se desprende que la conexión entre el sexo y 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.
- e) Al juicio de necesidad sigue otro de esencialidad, de acuerdo con el cual el sexo de la persona debe ser indispensable para ejecutar las tareas esenciales de la actividad profesional de que se trate, así pues, cuando,

dentro de un mismo empleo, funciones apenas tangenciales se reservan a individuos de un solo sexo, ello no justifica la exclusión de los miembros del otro sexo del ejercicio de esa actividad.

- f) En concordancia con el aserto que se acaba de formular, cabe advertir que esta excepción a la igualdad de trato se refiere a actividades específicas y su aplicación excluye la apreciación global del conjunto de funciones de la actividad respectiva en favor del examen concreto de las labores que deben ejecutarse, en relación con la aptitud y capacidad de cada sujeto llamado a desempeñarlas.
- g) Las diferencias sexuales que sirvan de soporte a la exclusión de los trabajadores de un sexo de una actividad o categoría profesional, deben ser valoradas atendiendo al momento histórico y, en todo caso, no es posible ignorar la evolución y los cambios sociales que incidan en esa especial valoración”.

Al aplicar el test al caso concreto, la Corte consideró que se trataba de una decisión discriminatoria ya que las labores descritas podían ser ejecutadas tanto por hombres como por mujeres. La Corte puntualizó:

(...)

“no hay motivo para sostener que el mantenimiento y aseo sean tareas vedadas a los hombres, entenderlo así, significa contribuir a perpetuar prejuicios desconocedores de la igualdad esencial de los seres humanos”
(Negritas fuera del texto) (Sentencia T-026-96).

A las anteriores consideraciones, la Corte agregó que dado que se trataba de una diferenciación basada en la condición sexual, estaba frente a una categoría sospechosa y que, por lo tanto, a la autoridad que expidiera el acto correspondía asumir la carga de “probar la inexistencia de discriminación”.

2.2.8 Traslado de la carga de la prueba en los casos de discriminación

La lucha contra la discriminación, la cual es multiforme y a veces invisible, se enfrenta en los procesos constitucionales, a la dificultad de acreditar el propósito o ánimo de discriminar por parte de la entidad pública o del particular comprometido en estas prácticas. En estas condiciones, las conductas prohibidas, asumen el carácter de licitud que se desprende del presunto ejercicio de derechos y facultades reconocidos por el ordenamiento.

La Corte Constitucional en aras del principio de justicia, dentro de ciertas limitaciones y condiciones - que en razón de la seguridad jurídica deben igualmente garantizarse -, ha estimado que la persona que sufre una violación a su derecho a la igualdad al tomarse en consideración un factor de diferenciación prohibido, debe probar la existencia del trato desigual y aportar las pruebas que por los menos indiciariamente conduzcan a vincular esta conducta con un propósito específico de discriminación. A partir de este punto, corresponde a la parte demandada, probar que la alegada discriminación no ha existido. Si no logra hacerlo, el Juez debe dar

por demostrada la discriminación. Si fuera obligatorio para la víctima de una discriminación, acreditar todos los elementos de ésta, sería prácticamente imposible que su pretensión prosperase, máxime si se tiene en cuenta que ella puede adoptar externamente el traje de un comportamiento absolutamente legal (T-230/94).

La jurisprudencia de la Corte, desarrollada en el ámbito de las relaciones laborales con el objeto de erradicar los actos patronales de persecución sindical, es perfectamente aplicable a las discriminaciones que tienen a la mujer como sujeto pasivo. La refrendación legal de los avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional, para todos los procesos en los que se ventilen estos asuntos, resulta decisiva si en verdad se quiere otorgar a la mujer instrumentos judiciales efectivos para asegurar la vigencia de su derecho a una igualdad de trato en todos los campos.

2.2.9 El test fuerte para juzgar tratamientos legales diferenciados basados en el sexo

La Corte considera que el tratamiento diferenciado que se justifica, por ser razonable y proporcionado, no constituye una discriminación y, por lo tanto, no está constitucionalmente prohibido. Sin embargo, el test para verificar si un régimen legal viola el principio de igualdad, no tiene siempre la misma intensidad. Por lo general, es débil - se constata simplemente la constitucionalidad de la finalidad que se persigue y su razonabilidad -, cuando la materia tiene naturaleza económica. Será fuerte - se examina la finalidad, idoneidad, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad -, si en juego está un derecho fundamental o se toma como criterio de distinción una clasificación prohibida, como es la que se basa en el sexo de las personas (C-445/95).

Sobre lo anterior la Corte manifestó:

“Por consiguiente, el control constitucional del respeto a la igualdad por una ley consiste, en última instancia, en determinar si la autoridad podía o no establecer un trato diferenciado como medio para alcanzar determinado fin. O, formulado de otra forma, el gran interrogante en materia de igualdad es hasta qué punto debe avalar el juez constitucional - en función del pluralismo político y del principio de mayoría - los criterios de diferenciación establecidos por la ley o por las autoridades políticas como mecanismos para alcanzar determinados objetivos estatales o sociales, puesto que los resultados del examen varían de manera sustantiva si el tribunal constitucional aplica criterios rigurosos o más flexibles en el examen de la igualdad”.

Más adelante la Corte señala:

“Una conclusión se impone: el examen de la eventual violación de la igualdad por una ley o una autoridad pública no debe hacerse siempre de la misma manera y con el mismo rigor. En efecto, no puede el juez constitucional examinar con la misma intensidad una ley que, por ejemplo, consagra clasificaciones de servicios y productos para efectos económicos o tributarios, que otra disposición jurídica que limita un derecho fundamental o establece una diferencia de trato basada en la

raza, el sexo o el origen familiar”(C-445/ 95).

2.3 Protección especial de la mujer en situación de debilidad manifiesta

A voces del inciso final del artículo 13 de la C.P., "El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan". En lo que respecta a la mujer, la Corte ha encontrado motivos especiales de protección, por lo menos en dos casos: violencia o maltrato a la mujer y la asistencia estatal a la mujer embarazada desempleada o desamparada.

2.3.1 Asistencia post-parto

Con fundamento en el artículo citado y en lo dispuesto en el artículo 43 de la C.P., la Corte ha señalado que tratándose de la mujer desempleada, que se encuentre además en condición de desamparo, el Estado, a través de la autoridad competente, está en la obligación de proveer a los gastos del parto y al subsidio alimentario (T-179/93). Esta misma protección debe extenderse a la mujer embarazada, privada de la libertad, la que tiene derecho a la detención hospitalaria y a la atención médica que sea necesaria, por el tiempo que señale el funcionario judicial respectivo.

En torno a la asistencia a la mujer en estado de embarazo, la Corte ha dicho:

“Ahora bien, es necesario distinguir entre los derechos de la mujer embarazada que ostenta la calidad de trabajadora dependiente y la mujer embarazada que se encuentra desempleada o desamparada.

En el primer caso, toda mujer que trabaja tiene derecho a las prestaciones consagradas en el Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo (...)

En el segundo caso, el estado está obligado a la asistencia y protección de la mujer embarazada y además deberá prestarle el subsidio alimentario siempre y cuando se cumplan las condiciones de:

a) Desempleo, es decir que al momento de la solicitud de protección y asistencia no se encuentre trabajando. Lo anterior también debe aplicarse a la mujer que trabaja en forma independiente, pero que su sustento es muy precario y no alcanza para sufragar los gastos adicionales del embarazo.

b) Desamparo, es decir que la mujer no cuente con el apoyo de su esposo, compañero o padre de la criatura y que no posea ningún tipo de seguridad social.

La obligación constitucional del Estado surge a partir de la petición que la mujer embarazada eleve ante la autoridad del estado competente para protegerla, y demuestre mediante prueba sumaria que se encuentra en alguna de las dos situaciones descritas anteriormente” (T-179/93).

Este tipo de protección corresponde a una obligación asumida por el Estado en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (T-437/93).

2.3.2 La protección judicial de la mujer cabeza de familia

La Constitución Política establece que el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (C.P. art. 43). El precepto se ha desarrollado de manera específica a través de la Ley 82 de 1993. Normalmente, corresponde a la administración dar cumplida ejecución a este mandato constitucional. Sin embargo, al mismo no puede estar ajeno el Estado-Juez, máxime si éste tiene la posibilidad de identificar situaciones en las que se hace necesario otorgar o promover una acción positiva en favor de la mujer cabeza de familia. Ilustra el aserto anterior, la sentencia T-622 de 1992 de la Corte Constitucional. No obstante que en la providencia se condena a una humilde mujer, cabeza de familia, a eliminar en el término de seis meses la porqueriza que explotaba dentro del perímetro urbano de la ciudad de Cali, se ordena a una institución oficial especializada le brinde a aquélla "[la] asistencia técnica y [la] capacitación necesarias para que, con base en los recursos que eventualmente obtenga de la venta de los cerdos que actualmente posee, pueda emprender una nueva actividad productiva tendente a la consecución de su subsistencia básica".

2.3.3 Protección judicial de la mujer contra la violencia

De otro lado, la Corte ha rechazado el ejercicio de la violencia contra la mujer, por violar su derecho a la integridad corporal y el respeto que se le debe como persona y, además, por los efectos que causa en el seno familiar. Sin perjuicio de las acciones penales y de policía, la acción de tutela se erige en medio apto para brindar protección inmediata a la mujer víctima de la violencia (T-382/94, T-529/92, T-487/94, T-552/94).

Sobre la procedencia de la intervención del Estado en estos conflictos la Corte afirmó:

“No cabe duda de que los tratos crueles, degradantes o que ocasionen dolor y angustia a nivel corporal o espiritual atentan de manera directa contra la dignidad humana, lo cual impide necesariamente su cabal realización como persona. Y ello es más grave cuando están de por medio los hijos (menores de edad), quienes se verán gravemente afectados en su formación moral e intelectual al observar la conducta inmoral, arbitraria y abusiva de su padre contra su madre. Es pues, en situaciones como la descrita donde tiene real significado y efectividad la tutela como instrumento idóneo, de carácter perentorio e inmediato para que cesen las conductas abusivas y los atropellos del cónyuge, sin que ello signifique, de otro lado, que la actora no pueda ni deba recurrir ante la jurisdicción ordinaria para obtener una solución definitiva al conflicto familiar que ha venido soportando, como resultado de las conductas arbitrarias e inhumanas del accionado” (T-382/94).

En una decisión posterior puntualizó:

“Los principios constitucionales resultan flagrantemente desconocidos cuando uno de los cónyuges o compañeros permanentes ataca físicamente al otro, pues ello no sólo significa agravio - el que ya de por sí, aunque fuera puramente

verbal, quebrantaría la regla del recíproco respeto que se deben los esposos - sino que repercute en la esfera de la integridad física y moral de la persona atacada e inclusive pone en peligro su vida. El derecho a no ser agredido y el correlativo deber de no atacarse son reconocidos y exigidos simultáneamente a ambos cónyuges o compañeros, independientemente de su sexo, pues los artículos 42 y 43 de la Constitución proclaman la igualdad del hombre y la mujer en deberes y derechos (T-552/94).

Recientemente, se expidió la Ley 294 de 1996, con el objeto de ofrecer instrumentos expeditos de protección especial a aquellas personas que en el seno familiar sean víctimas de cualquier forma de violencia, por causa del comportamiento de otro integrante de la unidad familiar. La citada ley, que se propone desarrollar el artículo 42, inciso 5°, de la C.P., consagra acciones judiciales que deberán resolver los jueces de familia en un término de cuatro horas si existen pruebas plenas o en su defecto en diez días. Dado que la acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la C.P., para amparar derechos fundamentales, tiene carácter subsidiario, en adelante dejará de ser idónea para enfrentar asuntos de violencia familiar, como había acontecido hasta el presente (entre otras sentencias, T-420 de 1996 y T-421 de 1996). Sin duda alguna, el procedimiento informal y ágil de la acción de tutela, además de su utilidad demostrada para extender medidas de protección inmediata y poner en acción a las autoridades de policía y de familia, influyeron definitivamente en la expedición de la nueva ley.

Entre los instrumentos legales cuyo cumplimiento efectivo servirá para hacer realidad la prohibición de la violencia y la discriminación contra la mujer en todos los ámbitos públicos y privados, ocupa un lugar importante la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belén Do Para, Brasil, el 9 de Junio de 1994", el cual fue aprobado por la Ley 248 de 1995, la que a su turno fue declarada constitucional por la Corte Constitucional (sentencia C-408 de 1996). En su sentencia, la Corte puso de presente la necesidad de reforzamiento de los derechos de las mujeres a la no discriminación y a la protección contra la violencia, en vista del contexto de violencia y de inequidad en el que se desenvuelve lamentablemente la mujer, lo que supone deberes correlativos a cargo de las autoridades y de las demás personas. Sólo en Colombia, recuerda la sentencia, cerca del 58% de las mujeres que han hecho vida en común con hombres, han sido objeto de agresiones físicas o sexuales. El fenómeno de la violencia y de la discriminación, de otro lado, sustrae de la luz pública, pues medra al abrigo de la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, registra los índices más altos de impunidad, los cuales en una cultura todavía discriminatoria, pasan desapercibidos. Se impone, subraya la Corte, que junto a las acciones judiciales efectivas, se implementen, como lo ordena el tratado, estrategias educativas y culturales enderezadas a modificar radicalmente los esquemas sociales y espirituales fruto de una visión patriarcal refractaria a la igualdad y libertad plenas de las mujeres.

2.4 El derecho a la maternidad

El derecho a ser madre ha sido objeto de varias decisiones de la Corte Constitucional. Las autoridades deben proteger la maternidad biológica, siempre

que la madre demuestre interés y preocupación por el menor, como quiera que la maternidad implica derechos y deberes. La maternidad irresponsable, debe ser desplazada en atención al interés superior del niño (T-110/95, T-339/93, T-278/94). La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que:

“La primera manifestación del derecho al amor de los hijos, es la recepción que los padres tiene que brindarles. Esta recepción incluye tanto obligaciones de hacer, como obligaciones de no hacer. Aceptarlo implica la acogida y el respeto al niño en su singularidad, tal como es, con sus cualidades y defectos, los cuales, han de ser susceptibles de corrección, de ser ello posible. Igualmente, los padres, una vez recibido el hijo, tienen el deber de cuidarlo y brindarle todo afecto posible. No cumplen, pues, con la obligación de recibir al hijo aquellos padres que lo abandonan física o moralmente al azar o al simple devenir, y en tal caso no se configuran jurídicamente la paternidad o maternidad en sentido pleno y total, de suerte que en estos eventos se configuraría causal para perder la patria potestad” (T-339/93).

2.5 Los derechos de libertad y la mujer

Algunas sentencias de la Corte Constitucional, tratan aspectos que se relacionan íntimamente con la autonomía y libertad de la mujer.

2.5.1 El aborto

La Corte declaró constitucional el artículo 434 del Código Penal que tipifica como delito el aborto. La Corte no admite, en esta materia, la libre opción de la maternidad. La gestación genera un ser existencialmente distinto de la madre, cuyos derechos deben garantizarse, inclusive contra la voluntad e intereses de esta última. El derecho de los padres a la planificación, se ubica en un momento anterior a la concepción. La libertad de culto y de conciencia, de otro lado, impide a la madre esgrimir convicciones personales para optar por el aborto, pues dichas libertades tienen como límite la moral y el orden público. El salvamento de voto, por su parte, se ocupa de sustentar la tesis de que por lo menos en algunos casos - violación, aborto terapéutico, primeros tres meses del embarazo, miseria etc. -, se torna necesario reconocer a la madre la posibilidad legal de abortar (C-133/94).

“El derecho a la autonomía procreativa - se advierte en el salvamento de voto - se desprende directamente del derecho de los padres a determinar el número de hijos que deseen tener y del derecho a libre desarrollo de la personalidad. Es igualmente artificioso afirmar que este derecho puede ejercitarse en unas circunstancias - antes de la concepción -, sin fundamento constitucional que justifique dicha distinción. Con este argumento, la efectividad del derecho queda condicionado a la autonomía procreativa. El Estado debe proteger este derecho constitucional a la autonomía procreativa. El Estado debe proteger este derecho y tomar las medidas necesarias para que sea efectivo, brindando apoyo a la mujer que desee procrear o poniendo al alcance de la reticente los medios médicos para impedir el riesgo que la práctica clandestina del aborto representa. En ciertas ocasiones, la obligación de tener un hijo - mediante la penalización del aborto - impone una carga

desproporcionada a la mujer. La intromisión estatal en la esfera de su personalidad no sólo comporta el deber de soportar durante nueve meses un embarazo, muchas veces, indeseado, sino, además, afecta la salud física y mental de la mujer al imponerle la responsabilidad de criar y proteger al niño en circunstancias económicas adversas o sin el estado psicológico apropiado. Para asegurar que la garantía constitucional de la libertad se extienda tanto a mujeres como a los hombres, la Corte ha debido proteger la autonomía reproductiva de la mujer. Al no hacerlo, permite que se vulnere el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vez que el derecho a la igualdad de oportunidades.

La penalización absoluta del aborto criminaliza conductas no exigibles de una persona, entre ellas el continuar un embarazo que es producto de una violación, o teniendo que afrontar dificultades económicas extremas o pese al conocimiento de graves malformaciones físicas o mentales del futuro hijo. En estas condiciones, es difícil entender o aceptar el hecho de que la mujer que aborta sea considerarla una delincuente” (C-133/94).

2.5.2 La información vital como precondition de la autodeterminación personal

La autodeterminación de la persona, depende de la obtención de informaciones y conocimientos básicos, que deben suministrarse por terceros que mantienen con ella un determinado tipo de relación. La Corte, en este sentido, ha amparado el derecho a la información vital, a la madre que desconocía y quería saber el paradero y la condición de su hijo, luego de pasados varios años del parto practicado por un centro hospitalario (T-443/94). Este mismo derecho se reconoció a la madre que buscaba conocer la verdadera causa de la muerte de su hijo, quien prestaba servicio militar y aparentemente se había suicidado (T-275/94).

2.5.3 El derecho a contraer nuevas nupcias

En la sentencia C-309 de 1996, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de una disposición legal ya derogada - pero que seguía produciendo efectos en el presente -, en cuya virtud la viuda que contrajera nuevas nupcias perdía la pensión vitalicia que le transmitía su cónyuge (pensión de sobreviviente). El Congreso había justificado el artículo 2 de la Ley 33 de 1973, en los siguientes términos: “las nuevas nupcias o la renovada vida marital, comporta el aporte del nuevo cónyuge o compañero, lo que torna innecesaria la continuación de esta forma de protección económica a la vida familiar. De otro lado, la afrenta a la memoria del marido, que sufriría menoscabo a raíz de la nueva relación, abonaría la pérdida del derecho a la pensión”. En concepto de la Corte Constitucional, legalmente no podía asociarse a la libre y legítima opción individual de contraer nuevo matrimonio, el riesgo de perder un derecho social ya consolidado. La norma legal, por lo tanto, injería arbitrariamente en la privacidad de la mujer y cercenaba su derecho a la autodeterminación. Finalmente, en la sentencia la Corte critica el modelo de dominación masculina que subyace a la ley y que se revela “como causa de un tratamiento inequitativo con respecto a las personas que, durante su vigencia, perdieron el derecho a la pensión sustitutiva y que, por consiguiente, no podrían acogerse al nuevo régimen legal”.

En la sentencia T-440 de 1992, la Corte consideró indispensable que se pusiera en marcha un programa de educación sexual, con alcance nacional. En la sentencia citada, se expresan las siguientes ideas:

- La socialización primaria, a través de la familia, en la medida en que en ella exista y se transmita una cultura sexofóbica, estigmatizadora del placer sexual, preconizadora del valor "inocencia", sostenida sobre una idea oscurantista, culpabilizadora y peligrosista de la sexualidad, tiende a anular el sano desarrollo de la personalidad de sus miembros y a generar infelicidad y frustración. En este contexto, se hace aún más necesaria la educación sexual formal, a través de una práctica deliberada, que ofrezca un modelo alternativo de comprensión y de orientación (1), basado en la igualdad esencial de hombre y mujer (2), en el conocimiento objetivo y racional de la sexualidad (3), en el comportamiento reproductivo responsable (4), en el respeto sincero y profundo hacia uno mismo y hacia el otro (5) y, en fin, en la comunicación física y espiritual originada y estimulada por el amor, el compañerismo, la ternura y el afecto (6). A la anotada necesidad se agrega el hecho de que la conducta sexual no es mero determinismo biológico. Como producto social y cultural, corresponde a una determinada pauta de aprendizaje, que puede ser modificada con el objeto de remover las barreras que impiden el pleno y armonioso desarrollo de la persona humana.

CONCLUSIONES

1. La Constitución establece y presupone, dentro de una visión humanística y universal, un sujeto que es titular de derechos y obligaciones, sin consideración a su sexo. Ante la ley, en la ley y en la aplicación de la ley, el sujeto se toma de manera indistinta.

2. El valor formal y garantístico del anterior postulado, se ha querido complementar con el principio, que informa todo el ordenamiento, de igualdad de derechos entre el hombre y la mujer. De aquí surge un derecho subjetivo a erradicar y restarle toda eficacia y validez a las normas y acciones que establezcan tratamientos diferenciados a partir del sexo. En la jurisprudencia examinada, este derecho se ha protegido en el seno de la familia y con ocasión del ejercicio de la libertad sexual.

3. La prohibición constitucional de establecer tratamientos diferenciados basados en el sexo, tiene carácter absoluto. Cuando excepcionalmente se establecen, el test que aplica la Corte es el más riguroso. Dada la prohibición de utilizar el criterio sexual, la validez de la norma se condiciona a la consagración de una diferenciación positiva - siempre que se trate de adoptar medidas que beneficien grupos discriminados o marginados - o a que la regulación resulte congruente y justa con las diferencias que sean admisibles desde un perspectiva objetiva y neutral.

4. La discriminación que ha ocupado la atención de la Corte, se ha concentrado en los campos laboral, educativo y de la seguridad social. La ubicuidad de la discriminación y las variadas formas que adopta, exigen la expedición de una ley que, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte, regule el nivel mínimo de

carga de la prueba que debe soportar el demandante de una práctica discriminatoria y el traslado que debe operarse frente al demandado.

5. Las discriminaciones positivas originadas en actos del legislador, seguramente en razón del muy débil activismo femenino, son bien escasas. En su oportunidad, la Corte las ha identificado y las ha admitido con base en la necesidad de compensar viejas desventajas sociales.

6. La protección especial a la mujer colocada en condiciones de vulnerabilidad, en general, no ha sido objeto de profusa regulación legal. El Juez constitucional directamente ha brindado esta protección, particularmente en casos de violencia y maltrato.

7. La autodeterminación de la mujer, luego de la sentencia de la Corte sobre el aborto, es un asunto que merece ser profundizado. La sociedad debe definir qué opciones, por sus implicaciones, tienen que deferirse a la mujer en un grado importante y fijar su alcance.

8. La educación sexual debe contribuir a remover el tabú sobre la sexualidad y, por esta vía, uno de los obstáculos más formidables a la autonomía y responsabilidad de hombres y mujeres. La ignorancia y los prejuicios, en parte, explican, el papel subordinado que algunos equivocadamente le asignan a la mujer.

9. La igualdad real de oportunidades de la mujer es un mandato de la Constitución. No se realiza, sin embargo, sólo mediante la acción individual y las sentencias de tutela. No se ha extraído todo el potencial transformador de la Constitución y se ha confiado exclusivamente en la virtualidad de su aplicación directa, que es importante y significativa, pero que requiere ser completada con otros instrumentos. Apelar a la participación política y al ejercicio pleno de la ciudadanía es una necesidad absoluta si se quiere profundizar la igualdad y hacer efectiva, por consiguiente, la libertad.

10. El desarrollo de los derechos económicos y sociales - a la par que el crecimiento vigoroso de la economía - es una precondition de la libertad y de la igualdad efectivas de todos, en particular, de las mujeres. Cada derecho de esta naturaleza, suscita un proceso de justicia social que incumbe impulsar al legislador, a la administración y a todos los miembros de la comunidad. Este es un campo de conflicto y de tensión social, pero también de búsqueda de armonía y de consenso. Los programas de acción positiva se construyen principalmente al abrigo del desarrollo de los derechos económicos y sociales. Si pensamos en las condiciones de vida de la mujer campesina, las obreras de las grandes ciudades, las trabajadoras independientes cabeza de familia, las mujeres que abundan en los censos de la economía informal, en fin, las mujeres y madres necesitadas libradas a su penoso y solitario destino, comprendemos sin dificultad por qué es inaplazable que las mujeres, ilustradas o no, asuman un rol protagónico en todos los escenarios en los que se decida la suerte del país y la suya propia.

TABLA DE CONTENIDO

MUJER E IGUALDAD

SECCION 1

1. IGUALDAD Y PODER	1	
2. LA POSITIVIZACION DE LA IGUALDAD	3	
3. LA JUDICIALIZACION DE LA IGUALDAD	5	
4. INTENSIDAD DEL JUICIO DE CONTROL DE LA IGUALDAD	9	
5. LA CARGA DE LA PRUEBA	10	
6. RESTABLECIMIENTO DE LA IGUALDAD	11	
7. LA IGUALDAD DENTRO DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO	11	

SECCION 2

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL	17	
2. LA JURISPRUDENCIA	22	
2.1 Igualdad mujer-hombre	23	
2.1.1 Domicilio de la mujer casada o separada	23	
2.1.2 Servicio militar y mujer	24	
2.1.3 Régimen de visitas conyugales para las reclusas	24	
2.1.4 Derechos de las madres que no tienen la custodia de sus hijos	25	
2.2. Discriminación de la mujer		
2.2.1 El trabajo doméstico	25	
2.2.2 Derechos a la seguridad social derivados de la condición de mujer	27	
2.2.3 Estado de embarazo como causa de discriminación	28	
2.2.4 El derecho a la procreación	29	
2.2.5 El derecho a la identidad personal	30	
2.2.6 Diferenciación positiva	31	
2.2.7 Discriminación por vía de la discriminación positiva	34	
2.2.8 Traslado de la carga de la prueba en los casos de discriminación	36	
2.2.9 El test fuerte para juzgar tratamientos legales diferenciados basados en el sexo	37	
2.3 Protección especial de la mujer en situación de debilidad manifiesta		
	38	

2.3.1 Asistencia Post-Parto	38
2.3.2 La protección judicial de la mujer cabeza de familia	39
2.3.3 Protección judicial de la mujer contra la violencia	40

2.4 El derecho a la maternidad	42
--------------------------------	----

2.5 Los derechos de libertad y la mujer	43
---	----

2.5.1 El Aborto	43
2.5.2 La información vital como precondition de la autodeterminación personal	44
2.5.3 El derecho a contraer nuevas nupcias	45

CONCLUSIONES	46
--------------	----