



La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución 2.5 Colombia (CC BY 2.5)**  
Para leer el texto completo de la licencia, visita:  
<http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/co/>

**Usted es libre de:**

- Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
- hacer obras derivadas
- hacer un uso comercial de esta obra



**Bajo las condiciones siguientes:**



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).

**La acción de tutela como mecanismo para la protección de los derechos laborales:  
revisión constitucional sobre el caso del reintegro por despido injustificado de la  
mujer en estado de embarazo.<sup>1</sup>**

**Julián Giovanni Reyes<sup>2</sup>**

**Resumen**

La acción de tutela es un mecanismo que ha fortalecido el acceso de derechos por parte de la ciudadanía, tejiendo las posibilidades para que estos puedan tener un mayor acceso a la justicia, debiendo este alcance, a las decisiones proferidas sobre distintos asuntos por parte de la Corte Constitucional; siendo esta Corporación la institución que ha marcado el fortalecimiento de los principios constitucionales, y garantías constitucionales que se deben reconocer en un Estado Social de Derecho. Teniendo en cuenta lo anterior, el actual documento busca estudiar de manera rigurosa este mecanismo constitucional, con el fin de dar al lector una mirada sobre la historia y actualidad que han marcado el proceso de adaptación de dicha figura en el orden normativo vigente; esto, realizando un barrido por su contenido procedimental, aterriza a su aplicación en los casos que se ha decantado de manera positiva, en situaciones que ameritan reintegro laboral.

**Palabras claves:** Acción de tutela, derechos tutelados, Corte Constitucional, garantía constitucional, características normativas, legitimación procesal, derechos laborales.

---

<sup>1</sup> Artículo de investigación dirigido por el Doctor Santiago Arboleda Docente de la Universidad Católica de Colombia 2018.

<sup>2</sup> Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, con terminación de materias, Código 2107812, Correo giovannys659@hotmail.com

## **Abstract**

The actions for protection is a mechanism that has strengthened the access of rights by the citizenry, weaving the possibilities so that they can have greater access to justice, this scope being due, the decisions made on different matters by the Constitutional court; Being this Corporation the institution that has marked the strengthening of the constitutional principles, and constitutional guarantees that must be recognized in a Social State of Right. Considering the above, the current document seeks to rigorously study this constitutional mechanism, to give the reader a look at the history and current situation that has marked the process of adaptation of said figure in the current normative order; This, making a sweep by its procedural content, lands to its application in the cases that have decanted in a positive way, in situations that warrant reinstatement.

**Key words:** actions for protection, protected rights, Constitutional Court, constitutional guarantee, normative characteristics, procedural legitimation, labor rights.

## **Sumario**

**Introducción. 1. Caracterización jurídica de la acción de tutela. 1.1. Carácter pragmático de la acción de tutela en el orden constitucional. 2. Acción de tutela en el reintegro laboral. 2.1. Normatividad internacional sobre la protección de la mujer en estado de embarazo. 2.1.1. Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo. 3. Aplicabilidad de la acción de tutela por reintegro al caso de las mujeres en estado de embarazo. 3.1. Análisis constitucional de procedibilidad de la acción de tutela en lo que corresponde al fuero maternal. Conclusiones. Bibliografía.**

## Introducción

Luego de la expedición de la Constitución Política de 1991, el país asistió a una serie de y cambios estructurales en lo que respecta a su estructura normativa, que condujeron a nuevas formulaciones de alcance jurídico-social, que fundamentalmente se basan en el tránsito de un Estado tíbiamente liberal a un Estado social de derecho (Cortés, Arias, Fanger, González, Kurmen, Luna de, Manrique, Prieto y Pulido, 2007).

Bajo el amparo por el respeto y la promoción de los principios y fundamentos constitucionales, se generaron nuevos mecanismos institucionales de soporte para la realización material de la Constitución, siendo uno de ellos la acción de tutela, que bien se puede enunciar, como un mecanismo excepcional para acercar al ciudadano a las autoridades judiciales en el propósito por la protección de sus derechos constitucionales fundamentales. Al respecto Rubén Darío Henao señala que la Constitución de 1991:

(...) da una transformación del Estado de derecho liberal al Estado social de derecho, con todas las consecuencias que dicho salto trae aparejado, y una de las más importantes, es el reconocimiento de los derechos fundamentales el cual no requiere de desarrollo legislativo alguno, al ser estos de inmediato cumplimiento. Como consecuencia de lo anterior, los constituyentes incorporan a nuestra Carta la acción de tutela (artículo 86 CP), la acción de cumplimiento (artículo 87 CP) y las acciones populares (artículo 88 CP), tres importantes instituciones, todas encaminadas a fortalecer y a hacer realidad los principios fundamentales y los valores consagrados en el preámbulo de la misma". (2006, p. 131)

Con ocasión de lo anterior, la ciudadanía puede encontrar en las nuevas disposiciones constitucionales, más y mejores formas de acceder a la justicia, en función de la garantía, amparo y promoción de sus derechos, tal y como sucede con la acción de tutela, que es a todas luces, uno de los grandes aportes que en su momento hizo el Constituyente, para garantizar un efectivo Estado Social de Derecho (Botero, 2006).

Este mecanismo, para el caso puntual del reintegro laboral, ha sido usado en mayor medida, por dos grupos poblacionales específicos; el primero que, corresponde al caso de mujeres en estado de embarazo, ampliamente documentado, y del que vale citar, por ejemplo, el documento de Johana Nieto (2016); el otro caso, menos documentado se debe

señalar, es el de personas con discapacidad o limitaciones físicas, también trabajado en el documento previamente indicado.

Conforme a lo anterior, el actual documento busca realizar una revisión constitucional sobre el caso del reintegro por despido injustificado y el restablecimiento de la seguridad social integral de las mujeres en estado de embarazo: ¿La acción de tutela es un mecanismo ordinario o extraordinario en estos casos?

## **1. Caracterización jurídica de la acción de tutela**

Se ha definido la acción de tutela como el mecanismo constitucional por medio del cual se busca la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de 1991. En este sentido, es importante validar que, el contenido de la acción de tutela se establece en el marco del diseño de un mecanismo jurídico, por medio del cual una persona o colectivo, busca revertir el escenario fáctico o inminente de afectación de sus derechos fundamentales consagrados en la normatividad colombiana (Carrera, 2011).

Es este orden de ideas no se puede restar a la figura de la acción de tutela, el calificativo de una de las mayores novedades establecidas por la vía del cambio constitucional de 1991, lo cual coloca al constitucionalismo colombiano en una nueva esfera de progresividad respecto a la garantía jurídica de los derechos fundamentales y conexos, dispuestos en la normatividad internacional e incluidos de manera taxativa en el texto Constitucional, como a su vez los desarrollados jurisprudencialmente, a título de derechos innominados.

El mecanismo de acción de tutela se encuentra consagrado en el artículo 86 del texto Constitucional y, tiene su desarrollo normativo fundamentalmente, en el Decreto 2591 de 1991; cuyo objeto normativo replica parte importante de lo contenido en el artículo 86 Constitucional, señalando el alcance universal frente a la posibilidad de uso de este mecanismo; sea a nombre propio o, en interpuesta persona cuando no se cuente con

facultades legales (Noguera y Criado, 2011). En lo textual el Decreto 2591 de 1991, señala en parte de su objeto lo siguiente:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

Resulta claro el alcance de universalidad asignado para la acción de tutela que, como mecanismo constitucional expedito, aparece a cualquier momento a la orden de los administrados cuando, por acción u omisión, un ente público o privado, actúa en detrimento del respeto y reconocimiento de los derechos fundamentales de cualquier administrado, sin distinción de raza, sexo, edad o, cualquier otra diversificación social (Ugarte, 2007).

La anterior caracterización permite encontrar en la acción de tutela un gran alcance jurídico, lo cual lleva a discusiones como la presentada a continuación, en la que se trae a colación el debate respecto al alcance no tanto de la tutela, sino de las decisiones derivadas por vía del pronunciamiento del Alto Tribunal Constitucional (Uprimny y Villegas, 2004), discusión que resulta pertinente para efectos del actual documento, en cuanto se establece como elemento justificativo para que, se entre a definir una fuero constitucional en materia laboral, para las mujeres en estado de embarazo.

### **1.1. Carácter pragmático de la acción de tutela en el orden constitucional**

La acción de tutela es un mecanismo constitucional diseñado por la Carta Política de 1991, con el fin de dar protección y efectiva garantía del goce de derechos fundamentales a todas las personas que hagan parte del Estado colombiano. Desde esta categoría constitucional, se pueden estudiar diversas formas de operación de la acción de tutela, como lo presenta Fernando Castillo (2009), quien propone homologar la acción de tutela, al sentido práctico de la política pública cuando esta se funda en la protección de los derechos fundamentales constitucionales.

Al respecto el autor señala, “la acción de tutela como mecanismo constitucional obedece a una clara política de protección a los derechos fundamentales” (Castillo 2009, p. 37), ejemplificando ello en casos como el estado de cosas inconstitucionales que, cuando es declarado por la Corte Constitucional, se genera la directriz jurídica para la superación del conflicto social a través de una política pública efectiva, por medio de la cual se pueda frenar el escenario de afectación de los derechos fundamentales.

Lo anterior lleva a su vez a clarificar el rol que asume la Corte Constitucional en el uso del mecanismo de acción de tutela, teniendo en cuenta que esta Corporación, es el órgano rector en temas de constitucionalidad en el país; se establece que, el alcance de sus sentencias toca todos los estamentos de la sociedad, generando en ocasiones conflictos intra e inter institucionales por la envergadura de sus decisiones (Schor, 2011).

Un debate que surge al respecto, es el carácter de legislador positivo que tiene la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que, varias de sus decisiones resultado de estudios de acciones de tutela, han agotado una gran variedad de vacíos legislativos cuyo resultado no resulta más que la directriz de una política pública; “en algunas ocasiones la Corte Constitucional ha entrado directamente a establecer como resultado de las acciones de tutela políticas públicas para evitar la violación de los derechos fundamentales de un agregado” (Castillo, 2009, p. 48).

Ejemplos de la anterior situación, son claros en situaciones como la estudiada por Sentencia T-025 de 2004, en la cual se declara un estado de cosas inconstitucionales a la situación en la cual se encuentra la población desplazada en Colombia; ello lleva al Alto Tribunal a exigir al Gobierno, adelantar acciones de política encaminadas reponer la ausencia de derechos fundamentales sobre esta población (Meertens, 2008), lo cual lleva a reflexiones respecto a si este es el rol del Tribunal o, si compete al Constituyente derivado.

Más allá de este debate que no es el interés central del actual documento, bien se podría afirmar que la Corte lo que hace en este caso es, partir del diagnóstico del caso sobre la cual se encuentra una población en específico, en este caso la población desplazada, para exhortar al ejecutivo a cumplir con su deber constitucional, sin que ello directamente signifique asumir el rol del ejecutivo. La claridad anterior es clave en el estudio de la

situación central estudiada en el actual documento, ya que ello justifica el alcance otorgado a las decisiones de la Corte Constitucional, como se argumenta más adelante.

En consecuencia, no se puede negar que, algunos fallos de la Corte Constitucional son un marco práctico de acción política que, inevitablemente deben afectar las condiciones económicas y presupuestales del Gobierno nacional o actor privado ordenado, por lo cual, la misma se convierte en una directriz de política que, no solo establece elementos jurídicos-institucionales de materialización de políticas públicas, sino también lecturas jurídico-sociales de realidades problemáticas y sus alternativas de solución (Roux y Ramírez, 2004).

La acción de tutela es un mecanismo constitucional sobre el cual se ha justificado la posibilidad de brindar un efectivo goce de los derechos fundamentales de las personas, en función de la ausencia de dichos derechos. En lo que sigue, se estudia el alcance de aplicabilidad para una situación particular como es su aplicación en el caso del reintegro laboral de la mujer en estado de embarazo, donde al margen de la facultad privada de la relación empleador-empleado, se identifica una relación de política pública, donde entra en juego la materialización de los derechos constitucionales de los trabajadores.

## **2. Acción de tutela en el reintegro laboral**

Conforme a lo explicado respecto a la acción tutela, se reconoce en el mismo un mecanismo constitucional amplio para el logro de distintas reivindicaciones, incluidos los derechos laborales consignados en el texto Constitucional, en los artículos 53 y siguientes, donde el Constituyente, elevó a rango constitucional varias de las prerrogativas de derechos otorgadas a los trabajadores colombianos en el Código Sustantivo del Trabajo [CST], incluyendo a su vez otras previamente no identificadas en dicha norma (Ramelli, 2004). Textualmente, el artículo 53 señala lo siguiente;



El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Se verifica, según lo citado la protección especial de la mujer, quien como se verá más adelante goza de un fuero constitucional transitorio, en los casos en los que se encuentre en estado de embarazo; en dichos casos, se debe reconocer de manera más expedita derechos antes mencionados como; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; garantía a la seguridad social; entre otros (Gómez, 2011), al amparo de como ya se ha mencionado, el fuero constitucional transitorio.

Sin embargo, la realidad del mercado laboral colombiano muestra casos en los que los empleadores, invocando el amparo de la ley, en particular las disposiciones consignadas en el CST despiden mujeres en estado de embarazo, siendo ella la situación particular entrada a estudiar en prolongada jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional, quien ha definido el alcance de este fuero constitucional. Grosso modo, la posición de la Corte se enmarca en definir que, como portadora de vida, la mujer en estado de embarazo se encuentra en algunas situaciones, por encima de la facultad que habilita al empleador a dar por finalizado su contrato.

Antes de entrar a revisar el alcance de este fuero laboral maternal, es importante considerar que existen unos referentes normativos internacionales sobre los cuales se soporta aún más, por la vía del bloque de constitucionalidad, esta calidad de protección especial de las mujeres en estado de embarazo; en particular, el Convenio 183 expedido en el año 2000 por la Organización Internacional del Trabajo [OIT] sobre la protección de la mujer en estado de maternidad.

## **2.1. Normatividad internacional sobre la protección de la mujer en estado de embarazo**

Desde el siglo XX, existe en el ámbito de la agenda internacional el despliegue de acciones encaminadas a proteger la mujer desde sus distintas formas de su configuración humana y social; asombra saber que durante gran tiempo, incluso hasta la actualidad en algunas situaciones, a las mujeres no se les trató socialmente como iguales a los hombres, ello, sobre la base de un estereotipo social y cultural reproducido del concepto de “sexo débil”, tendiente a minimizar su capacidad en distintos aspectos de la vida social.

En dicho contexto, se desarrollaron normas internacionales a favor de la mujer en estado de embarazo como son; la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25); el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (artículo 10, numeral 2); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (artículo 11, numeral 2, literal b; y artículo 12, numeral 2); el Convenio 111 de la OIT; el Convenio 3 sobre la protección de la maternidad de 1919; el Convenio 103 de 1952, con la Recomendación 95; entre otros, ratificados por Colombia y por lo mismo parte del bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, como ya se anunciaba entre los anteriores, sin restar importancia a los mismo, resalta el Convenio 183 de la OIT, el cual revisa el Convenio 103 sobre la protección de la maternidad de 1952 y la Recomendación 191 que lo desarrolla, actualizando y redefiniendo consideraciones respectivas a la necesidad de proteger desde distintos contextos a la mujer en estado de embarazo, haciendo énfasis en lo particular, a lo que corresponde a su condición de trabajadora, sobre lo cual se puntualiza a continuación.

### **2.1.1. Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo**

El Convenio 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad, se establece como el referente normativo internacional más reciente en materia de protección a la mujer en estado de embarazo; cuya aplicación implica el reconocimiento de un fuero laboral. Para su logro, se supedita su cumplimiento al reconocimiento de; licencia de maternidad y otros tipos de licencias; prestaciones sociales y médicas; protección de la salud en el lugar de trabajo; protección del empleo y no discriminación; la lactancia en el trabajo; y retorno al trabajo y cuidado infantil (OIT, 2012 y 2014).

Aunque los aspectos mencionados son prerrogativas ya estipuladas en la legislación colombiana, estas se encuentran legitimadas vía la inclusión de estas normas en el bloque de constitucional, como lo define la Constitución en torno a los Convenios sobre temas laborales ratificados en el país (Marco, 2009); esto, vía la expedición de la Ley 1468 de 2011, que es la norma por medio de la cual se ratifica el Convenio 183 de la OIT y, por la cual se insta a trabajar al Estado, en tres aspectos específicos los cuales son;

En primer lugar esta ley conceder al menos 18 semanas de licencia a las madres gestantes, en segundo lugar las prestaciones no deben ser inferiores al monto igual de las ganancias inmediatamente anteriores al inicio de la licencia, y como por ultimo en cualquier situación, toda mujer pueda contar con la atención de parto y posparto, dado casos que no se cuente con los recursos propios para ello, a través de fondos públicos (OIT, 2014).

De otra parte, el Convenio exhorta a los Estados ratificadores, a adoptar medidas de política tendientes a garantizar, la no explotación laboral de las mujeres embarazadas o en período de lactancia; es decir, que las mismas no sean expuestas a la realización de trabajos que se puedan considerar perjudiciales para su salud o la del neonato; como también, la protección contra toda forma de discriminación derivada de su condición en estado de embarazo.

La norma reitera, tal y como ya lo estipulaba la legislación doméstica, la prohibición para que los empleadores puedan despedir a una mujer en estado de embarazo, o cuando esta se encuentre en periodo de lactancia. De otra parte, se formula la garantía a que la mujer una vez goce de su licencia de maternidad, sea reintegrada en el mismo puesto de trabajo o en un puesto equivalente respetando la remuneración salarial que venía percibiendo, al momento de pasar su periodo de lactancia.

Sobre este horizonte normativo internacional, se ha erigido no solamente la normatividad interna relacionada con el amparo de los derechos de las mujeres en estado de embarazo, sino también como se indicado, la jurisprudencia relacionada en donde se ha clarificado el contenido y alcance de esta protección constitucional, lo cual contempla no solo los enunciados precisos incluidos en artículos como el 53 de la Constitución Política, sino también el carácter vinculante que tienen las normas internacionales previamente estudiadas.

### **3. Aplicabilidad de la acción de tutela por reintegro al caso de las mujeres en estado de embarazo**

La Corte Constitucional de manera clara reconoce que, la mujer en estado de embarazo goza de una protección constitucional especial extendida desde su nacimiento, al neonato; la enunciación, aunque parezca clara y comprensible, no deja de ser reiterada en la jurisprudencia a razón de reiterados casos en los cuales las mujeres en estado de embarazo han visto vulnerados sus derechos en su condición de sujeto con especial protección constitucional (Buitrago, 2015).

Entre un amplio número de ejemplos de lo anterior, se puede citar el análisis constitucional hecho por la Sentencia T-368 de 2009, en la cual la Corte Constitucional, tuteló los derechos de una madre a quien le había sido negada la licencia de maternidad por la EPS; esto, al no encontrar acreditado el requisito dispuesto en la Ley 100 de 1993, de cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación (Castañeda, 2016). Casos

como el anterior, han permitido definir el alcance del fuero constitucional especial temporal sobre la mujer en estado de embarazo, como se precisa a continuación.

### **3.1. Análisis constitucional de procedibilidad de la acción de tutela en lo que corresponde al fuero maternal**

En lo que corresponde a la situación jurídica planteada, se puede encontrar que, es cada vez más certera la posición fijada por la Corte Constitucional, en lo que corresponde a la protección de la mujer en estado de embarazo; prueba de ello se evidencia en los derechos tutelados a través de Sentencias como; la T-606 de 1995, T-694 de 1996, y la T-568 de 1996, la cuales reiteran la defensa temprana de procedibilidad de la acción de tutela para la protección de la mujer en estado de embarazo, señalada en la Sentencia T-179 de 1993 (Castro y Caballero, 2015).

Se encuentra conforme a este camino temprano de defensa asumido por la Corte Constitucional sobre el fuero maternal laboral, el pronunciamiento por medio del cual clarifica la posibilidad de procedibilidad de la acción de tutela para la protección del amparo constitucional diseñado para el amparo de la mujer en estado de embarazo y, de su condición posterior como madre lactante; sobre ello, la precisión al respecto la encuentra la Sentencia T-778 del año 2000, por medio de la cual la Corte fundamenta la procedibilidad de acuerdo a que se presenta alguna de las siguientes situaciones;

Que el despido se ocasione en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto;

Que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, ya sea porque el embarazo es un hecho notorio o porque fue comunicado al empleador;

Que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende, que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique;

Que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública.

Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer.

Al amparo de la condición de especial protección constitucional otorgada a la mujer en estado embarazo, las anteriores se establecen como las condiciones expresas en las cuales se habilita la procedibilidad de la acción de tutela, considerando las mismas circunstancias sobre las cuales se reconoce la vulneración de derechos sobre el fuero laboral transitorio otorgado a la mujer en condición mencionada.

En la jurisprudencia elaborada por la Corte Constitucional sobre el tema, se identifica de manera reiterada el pronunciamiento hecho por la Corporación, respecto a la caracterización jurídica de este fuero laboral, como del contenido de derechos otorgados a la madre en estado de embarazo y su periodo de lactancia, aunque se debe indicar que en el marco de esta delimitación y caracterización jurídica, el Alto Tribunal también ha dado cabida a definir las indemnizaciones que proceden en los casos donde arbitrariamente se vulnera este fuero, indicando al respecto que;

La sanción para el empleador que despida a una trabajadora en este estado, es el pago de una indemnización equivalente a sesenta (60) días de salarios, y el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado a que tienen derecho, si no alcanzó a disfrutar de ellas.

En el caso de la trabajadora en estado de embarazo, la calificación de la justa causa corresponde al inspector de trabajo o, en su defecto, al alcalde.

El permiso que otorga el inspector del trabajo, si bien se constituye en una presunción de la existencia de un despido justo, es una presunción legal que puede ser desvirtuada ante el juez correspondiente. De todas formas, las actuaciones de estos funcionarios

deben ajustarse a los principios del debido proceso, tal como lo preceptúa el artículo 29 de la Constitución. Así, este funcionario al momento de calificar la justa causa para despedir a una trabajadora en estado de embarazo, deberá permitir la participación de las partes, y valorar las pruebas recaudadas con fundamento en los principios de la sana crítica, permitiendo la publicidad y contradicción de las mismas. (Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 1996)

En el contexto de los indicados se debe hacer mención de la Sentencia T-1223 de 2008, en la cual el Alto Tribunal recoge una serie de acciones de tutela presentadas por mujeres a las cuales se les desconoció el derecho a una licencia de maternidad, porque según las entidades accionadas - Entidades Promotoras de Salud [EPS]-, no cumplieron con los requisitos indicados en la legislación para el pago y reconocimiento de la licencia de maternidad -en especial el de semanas previas de cotización-.

Sobre lo anterior la Corte genera un análisis constitucional, cuyo resultado deriva en la decisión de ordenar al Ministerio de la Protección Social y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o a la Comisión de Regulación en Salud, a que tomen medidas tendientes a emitir la regulación correspondiente, para superar la ausencia de un mecanismo legal por medio de cual se permita a las mujeres en estado de embarazo solucionar positivamente, los impases que surgen para con las cotizaciones al Sistema de Salud, máxime cuando se evidencie la vulneración socio-económica de la afectada que, en lo puntual serían:

a. Mujeres pobres que pagaron tarde: cuando el ingreso base de cotización de la solicitante sea inferior a un salario mínimo y durante el período de gestación ella o su empleador hayan efectuado algún pago de la cotización de manera extemporánea y la EPS recibido el pago, allanándose en consecuencia a la mora. En este caso procederá el pago total de la licencia.

b. Mujeres pobres que pagaron incompleto: cuando la solicitante tiene un ingreso base de cotización inferior a un salario mínimo y ha cotizado durante un período inferior a la duración de su gestación. En este caso, la compensación se hará de la siguiente manera:

1. Si ha dejado de cotizar hasta diez semanas, procederá el pago completo de la licencia.

2. Si ha dejado de cotizar once o más semanas, procederá el pago proporcional de la licencia según el número de semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación. (Corte Constitucional, Sentencia T-1223 de 2008)

La anterior claridad efectuada por el Alto Tribunal permite contar con una mayor claridad procedimental respecto a la responsabilidad económica derivada del incumplimiento de protección de este fuero constitucional transitorio. Si bien lo indicado conduce a que exista también la procedencia de la acción de tutela y, puede estar asociado al tema laboral, también compromete otros ámbitos más amplios relacionados con el cumplimiento de la contraprestación económica; por lo anterior, se cree que supera el interés central del actual documento, en tanto por lo mismo no se profundiza en su contenido, quedando enunciado para posteriores investigaciones.

Debemos hacer mención a la última disposición que realizó la ley 1822 del 2017 promulgada el 04 de Enero del 2017, a la adecuada atención y cuidado a la primera infancia, modificando los Artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre lo anterior se planteó inicialmente modificar el Artículo 236 donde se aclaró puntalmente lo siguiente

1 Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 18 semanas en época de parto.

2 Sin importar si el salario es fijo o al destajo, se tomara como salario base el promedio devengado en el último año laborado.

3 La trabajadora deberá presentar una certificación médica donde conste el estado de embarazo de la trabajadora, la posible fecha de parto de la trabajadora y una fecha en la cual la empleada debe empezar su licencia de maternidad siendo esta fecha como mínimo una o dos semanas como máximo anteriores al parto.

De igual manera en el Artículo 239 fue modificado y se reforzó la prohibición al despido de la madre gestante, dando a las mujeres en estado de embarazo los siguientes beneficios.



1 Para que un emperador pueda despedir a una mujer en estado de embarazo debe constar con previa autorización del Ministerio de Trabajo.

2 solos se presumirá el despido injustificado, en el periodo de embarazo o dentro de los tres primeros meses después del parto.

3 Cuando una mujer en estado de embarazo se despide injustificadamente sin el aval del Ministerio de Trabajo esta tendrá derecho al pago de una indemnización, la cual corresponde al pago de 60 días.

4 si por alguna razón la madre gestante no puede disfrutar de la semana o semanas preparto, tendrá derecho al pago de dichas semanas

## **Conclusiones**

A partir de los elementos jurídicos-sociales presentados, se clarifica el ámbito de protección legal de la mujer en estado de embarazo, sobre lo cual se faculta el reconocimiento de una estabilidad laboral reforzada, de carácter transitorio; ello, en virtud de salvaguardar tanto las disposiciones normativas internacionales en la materia, como también los contenidos constitucionales por medio del cual se ha desarrollado un cúmulo de prerrogativas a título filosófico de trato diferencial positivo.

El juez constitucional ha encontrado que, en el contenido del amparo definido, se logra proteger adecuadamente tanto, los derechos constitucionales de la mujer en estado de embarazo, como también la condición de protección constitucional especial asignada al neonato; en este marco, ha encontrado necesario, defender y exhortar al respeto de este fuero laboral, como contexto necesario para garantizar los derechos de en principio un sujeto jurídico especial que, al nacimiento, se incrementa según las nuevas vidas.

Por lo anterior, se establece que, en términos generales de la regla, no debe existir terminación de contrato de una madre en estado de embarazo o en periodo de lactancia; acogiendo para ello lo indicado en el artículo 240 del CST, por el cual se establece como necesario, el concepto del inspector de trabajo. Frente al incumplimiento del presupuesto mencionado, procede la acción de tutela, sobre lo cual se debe indicar, la decisión, en caso de tutelar el derecho, conduce a dejar sin efectos jurídicos el despido, generando con ello una responsabilidad económica adicional a cargo de quien efectuó el despido.

Por último, se debe indicar que, el fuero maternal en materia laboral otorgado a la mujer en estado de embarazo, es de carácter transitorio; se debe tener en cuenta que, una vez termine el periodo de lactancia reconocido por la ley, se pierde la protección especial otorgada por el desarrollo constitucional, conduciendo ello a que la trabajadora nuevamente queda supeditada a las normas laborales ordinarias, como cualquier otro empleado, aunque ello no significa la pérdida de especial protección constitucional otorgada al neonato, la cual se entiende en su condición de primer infante.

## Referencias

- Botero, C. (2006). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla; Consejo Superior de la Judicatura.
- Buitrago, A. M. (2015). La protección por maternidad en el sistema de seguridad social colombiano. *Revista Ciencias Humanas*, 11(1), 91-107.
- Carrera, L. (2011). La acción de tutela en Colombia. *Revista IUS*, 5(27), 72-94.
- Castañeda, J. (2016). *Principios mínimos fundamentales de los trabajadores en Colombia: balance de las precisiones jurisprudenciales más relevantes dadas por la Corte Constitucional*. (Artículo de grado para optar al título de abogada). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Castro, O. E., & Caballero, L. (2015). Nivel de protección jurídica laboral a la maternidad en Colombia. *Criterios*, 6(1), 252-272.
- Castillo, F. (2009). La incidencia de la acción de tutela en la implementación de las políticas públicas. *Vniversitas*, (119), 35-54.
- Cortés, J.; Arias, C.; Fanger, N.; González, A.; Kurmen, A.; Luna de, B.; Manrique, J.; Prieto, E. & Pulido, D. (2007). La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 9, 109-141.
- Gómez, D. A. (2015). Protección a la mujer durante embarazo y en el periodo posterior al parto la licencia de maternidad. *El Centauro*, 5(5), 75-84.
- Henao, R. D. (2006). Tutela contra sentencias de las altas cortes o choque de vanidades. *Prolegómenos Derechos y Valores*, 9(17), 129 -137.
- Marco, F. (2009). *Legislación comparada en materia de familias: los casos de cinco países de América Latina*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL].

- Meertens, D. (2008). Discriminación racial, desplazamiento y género en las sentencias de la Corte Constitucional. El racismo cotidiano en el banquillo. *Universitas humanística*, (66), 83-106.
- Nieto, J. (2016). *Principios mínimos fundamentales de los trabajadores en Colombia: balance de las precisiones jurisprudenciales más relevantes dadas por la Corte Constitucional*. (Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogada). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Noguera, A., & Criado, M. (2011). La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 15-49.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2012). *Kit de Recursos sobre la protección de la maternidad: del anhelo a la realidad para todos*. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2014). La maternidad y la paternidad en el trabajo: la legislación y la práctica en el mundo. *Informe de Política*. Ginebra: OIT.
- Ramelli, A. (2004). Sistema de fuentes del Derecho Internacional Público y bloque de constitucionalidad en Colombia. *Cuestiones constitucionales*, (11), 157-175.
- Roux, C., & Ramírez, J. (editores) (2005). Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad. *Serie estudios y perspectivas*, 4. Bogotá: Naciones Unidas.
- Schor, M. (2011). An essay on the emergence of Constitutional Courts: the cases of Mexico and Colombia. *Revista de Economía Institucional*, 13(24), 85-109.
- Ugarte, J. L. (2007). La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. *Revista de derecho (Valdivia)*, 20(2), 49-67.
- Uprimny, R., & Villegas, M. (2004). Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En: De Sousa, B., & Villegas, M. (coordinadores). *Emancipación social y violencia en Colombia*, (463-514). Bogotá: Grupo Editorial Norma.