



La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

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).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Fuero maternal en Colombia: legislación e interpretación constitucional

Natalia Milena Ramírez¹

Resumen

El objeto del actual documento, consiste en revisar la manera como se ha configurado la normatividad nacional respecto a la aplicación del fuero maternal en el país, a la luz de la normatividad internacional, e interpretación constitucional de la misma. A lo que se ha llegado, es a una extensión del Estado social de derecho, por el que se considera a la mujer en este estado, sujeto de especial protección constitucional provisional. Frente a lo anterior, lo que se hace es evidenciar los efectivos alcances del fuero maternal en Colombia, revisando particularmente el tratamiento que se la ha dado a esta temática desde la óptica de la generación de jurisprudencia de la Corte Constitucional, de lo cual se concluye una extensión más allá de la estrictamente normativa sobre este tema, de modo que se reconoce el activismo judicial de la Corte Constitucional.

Palabras claves: Derechos fundamentales, derechos laborales, sujetos de especial protección constitucional, mujer en estado de embarazo, licencia de maternidad.

Abstract

The purpose of the present document is to review the way in which national regulations have been set up regarding the application of the maternal jurisdiction in the country, in the light of international regulations and constitutional interpretation. To what has been reached, it is an extension of the Social State of law, by which women are considered in this state, subject to special provisional constitutional protection. In view of the above, what is done is to show the effective scope of maternal jurisdiction in Colombia, particularly reviewing the treatment that has been given to this issue from the perspective of the generation of jurisprudence of the

¹ Estudiante del programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Artículo presentado como requisito para optar al título de abogada.

Constitutional Court, which concludes an extension beyond the strictly normative on this subject, so that the judicial activism of the Constitutional Court is recognized.

Keywords: Fundamental rights, labor rights, subject to special constitutional protection, women, during pregnancy, maternity leave.

Sumario

Introducción

1. Referentes normativos internacionales

1.1. Convenio sobre la protección de la maternidad

2. Condiciones histórico-laborales de las mujeres en estado de embarazo en Colombia

2.1. La legislación antes de la Constitución de 1991

2.2. Nuevas realidades ante la nueva Carta Política

2.3. Desarrollo normativo del derecho constitucional de las mujeres en estado de embarazo

3. La Corte Constitucional en la protección de los derechos de las mujeres en estado de embarazo en Colombia

3.1. El fuero maternal en vigencia

3.2. Limitación jurisprudencial del despido frente al fuero maternal

Conclusiones

Referencias

Introducción

La protección de la mujer en estado de embarazo es un tema que cada vez goza de mayor atención por parte no solo de la comunidad nacional que la define en su ámbito de política de atención, sino de la comunidad internacional que ha venido reconociendo con el paso del tiempo, cada vez más sus derechos en el marco de la importancia que se le asigna como portadora de vida (Acosta, 2007, p. 50).

En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo ha venido instando a las autoridades nacionales de los países que son parte de la organización, para que extiendan el reconocimiento de derechos a las mujeres en estado de embarazo, a través de políticas que brinden una mayor protección, y puedan entre otras acciones, contar con un goce efectivo de condiciones como la licencia de maternidad, para con esto garantizar entre otras cosas, la posibilidad de la una mejor recuperación de la madre y asegurar al neonato un acorde cuidado y alimentación (Buitrago, 2014, pp. 25-26).

Para el caso colombiano, lo que de entrada se encuentra es que existe un amplio desarrollo normativo y jurisprudencial del asunto, que merece todo el repaso del caso, esto, dado que aunque se identifica un progresismo normativo y constitucional que pone al país en un lugar de vanguardia jurídica, la realidad del mercado laboral colombiano muestra que aun en la actualidad, hay quienes quieren pasar por encima de dichos referentes jurídicos, lo que hace necesario hacer detenimiento en las sanciones que se contemplan para este tipo de situaciones (Lafaurie, 2010, p. 178).

En este sentido, el actual se convierte en un documento de revisión jurídica, por el que se quiere dejar claro los alcances jurídicos que tiene la legislación sobre fuero maternal en Colombia, sin embargo, al encontrar que es en el máximo tribunal constitucional que se encuentra un activismo judicial de la temática, el actual documento invita a hacer dicha revisión con especial detenimiento en la

interpretación constitucional de la mujer en estado de embarazo, calificada como sujeto de especial protección constitucional.

Por lo dicho, lo que se realiza es una revisión de la manera como se han configurado los derechos de las mujeres en estado de embarazo, acudiendo para el caso, a la exploración normativa de los derechos que se han estipulado para este grupo poblacional, luego, se acude a evidenciar los efectivos alcances del fuero maternal en Colombia, revisando particularmente el tratamiento que se la ha dado a esta temática desde la óptica de la generación de jurisprudencia de la Corte Constitucional.

1. Referentes normativos internacionales

El Convenio 183 expedido en el año 2000 por la Organización Internacional del Trabajo [OIT] sobre la protección de la maternidad formulado, es el referente normativo internacional más reciente en materia de los derechos internacionales consagrados para las mujeres en estado de embarazo, bajo la óptica de la protección del fuero laboral, ya que también se podría acudir a citar otro tipo de referentes normativos, que dan prelación y protección a la mujer en estado de embarazo en otras situaciones, como sucede con la protección a la mujer en el derecho internacional humanitario, para los cuales se puede consultar en la ampliación de la información, documentos como el de Françoise Krill (1985, pp. 347-375).

Desde dicho ámbito internacional, se puede encontrar que los avances se desarrollan sobre unos temáticas centrales, que se pueden sistematizar en los temas de; licencia de maternidad y otros tipos de licencias; prestaciones pecuniarias 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, p. 2 y 2014, p. 3), que son aspectos que a su vez se ve, tratan de igual manera ser sistematizados internamente en la legislación colombiana.

En esa búsqueda de implementación interna de las recomendaciones externas de la OIT, las cuales muchas de ellas adhieren a la legislación colombiana vía bloque de constitucional al tratarse de temas laborales (Marco, 2009), la legislación nacional ha expedido en lo más reciente como ya se indicaba, la Ley 1468 de 2011, que es la materialización legislativa nacional del citado Convenio 183 de la OIT, que se explica a continuación.

1.1. Convenio sobre la protección de la maternidad

El Convenio 183 de 2000 de la OIT, es la norma internacional del trabajo sobre protección de las mujeres en estado de embarazo más actualizada, aunque esta es a su vez complementada, con la Recomendación 191 del mismo año que, básicamente insta a los Estados a avanzar en tres componentes estratégicos de protección a la mujer embarazada, en tres aspectos claves; uno, conceder por lo menos 18 semanas de licencia; dos, que el pago de prestaciones no sea inferior al salario percibido antes del inicio de la licencia y; tres, que, en cualquier situación toda mujer pueda contar con la atención en parto y posparto, sea que cuente o no con los recursos para asumir sus costos, los cuales, en caso que no, sean subvencionados con recursos públicos (OIT, 2014, p. 5).

En este sentido, lo que se busca es que toda mujer que se encuentre en el periodo posparto, tenga derecho a una prestación económica que le garantice su mantenimiento y la del neonato en condiciones de salud apropiadas, por ello, para el caso de la mujeres vinculadas laboralmente, se establece que el monto de dichas prestaciones, no podrá ser inferior a las dos terceras partes de lo devengado antes de retirarse a la labor de parto (OIT, 2012, p. 3).

El Convenio también dispone, que los Estados que lo ratifiquen, deberán adoptar medidas tendientes a garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o en período de lactancia, a realizar trabajos que se puedan considerar perjudiciales para su salud de la mujer o la de su hijo, a su vez que se

generen acciones para lograr la protección contra la discriminación que se puede presentar contra la mujer en estado de embarazo.

Como es de esperar, también se establece como prohibición a los empleadores, despedir a una mujer en estado de embarazo, o cuando esta se encuentra en su licencia de maternidad, o después de esta, salvo la excepción, de que el motivo no esté relacionado con el embarazo, con el nacimiento del hijo y con las consecuencias del periodo de lactancia. De igual manera, se debe garantizar a la mujer el derecho a reintegrarse en el mismo puesto de trabajo o en un puesto equivalente con la misma remuneración, al momento de pasar su periodo de lactancia.

El anterior es como se indicaba, el marco de aplicación internacional que superpone el marco de derechos nacionales por el que se le garantiza a las mujeres en estado de embarazo, el respeto por su condición y la garantía laboral de su estabilidad laboral, pues como se verá en lo que queda del documento, la referencia de protección constitucional de la mujer en estado de embarazo, pasa por la condición de aplicabilidad de lo que es la estabilidad laboral reforzada.

2. Condiciones histórico-laborales de las mujeres en estado de embarazo en Colombia

La referencia conforme a los derechos de la mujer en estado de embarazo, y su caracterización como sujeto de especial protección constitucional, implica que se reconozca en la referencia histórico-social, la incidencia en general de reivindicación de los derechos de las mujeres en el país, que ha dejado no solo claros avances en este aspecto exclusivo de las mujeres, sino también en otros asuntos como lo son sus derechos sexuales y reproductivos, o sus derechos de participación política entre otros temas (Montoya, 2009, p. 149).

Aunque en el actual documento no se profundiza en esas otras conquistas jurídicas de las mujeres, sino solo en lo que tiene que ver con lo que corresponde a sus derechos cuando ellas se encuentran en estado de embarazo, no se quiere obviar ni pasar por alto, y por ello se insiste, en que este logro jurídico, es el resultado de décadas de una lucha social y jurídica, de los derechos de la mujer en distintos aspectos de sus proyectos personales de vida.

Básicamente lo que ha sucedido es que temas de las mujeres, que antes se circunscribían en el ámbito de lo privado, de lo familiar, han sido sacados de allí para ponerlos en el ámbito de la discusión pública, para con esto materializar una serie de nuevos derechos, dada su condición de vulnerabilidad social por la que se vulneraba su condición personal (Montoya, 2009, pp. 149-150), ello, al amparo de un neoconstitucionalismo colombiano, el cual reivindica la protección y garantía de los derechos individuales y colectivos (Velasco y Vladimir, 2015, p. 56)

Lo que se pretende a continuación, es mostrar cómo ha sido esta evolución jurídico-social de los derechos de las mujeres, en lo que corresponde al grupo poblacional particular de las mujeres en estado de embarazo; esto con el fin de plantear una condición histórica, que es parte de la justificación jurídica que tanto el legislador como el poder judicial, han esgrimido para dar paso al vigente cuadro de derechos que se reconocen para estas mujeres en su condición de sujeto de especial protección constitucional.

2.1. La legislación antes de la Constitución de 1991

La legislación colombiana ha evolucionado en sus más recientes décadas de manera clara frente al establecimiento de derechos diferenciadas y acciones afirmativas a favor de la mujer que está en la condición de embarazo, no obstante sus antecedentes próximos pueden hallarse en la primera mitad del siglo XX, cuando su protección evocaba preceptos de creencias y saberes populares, evidente en leyes como la 53 de 1938, 197 de 1938, Decreto 1632 de 1938, 1766

de 1939, 2127 de 1945, Ley 6 de 1945, Ley 90 de 1946 y Decretos 2663 y 3743 de 1950 (Buitrago, 2014, pp. 99-104).

Luego viene un periodo comprendido entre 1950 y 1965, donde la violencia nacional condujo a que se negaran a algunas mujeres tales derechos, y de manera contraria eran ultrajadas. Este fue un hecho que, tuvo lugar con muchas de las mujeres en estado de embarazo durante este periodo, a quienes les fueron sacados de sus vientres sus hijos, en el contexto de la disputa entre liberales y conservadores; otras, fueron sometidas a medidas restrictivas de derechos que obligaba el régimen dictatorial (Castillo, 2009, p. 152).

Desde 1966 nuevamente se retorna al reconocimiento extendido de derechos a las mujeres en estado de embarazo a través de la Ley 73 de 1966, y leyes consecuentes; Decreto 13 de 1967, 3135 de 1968, 722 de 1973, 770 de 1975 y 1045 de 1978. Entre 1978 y 1990, la intensificación del conflicto armado y de la violencia del narcotráfico, deja el tema en una segunda línea de la agenda, ya que se le brindó particular atención a la seguridad nacional (Buitrago, 2014, pp. 100-104).

Sin embargo, con el cambio constitucional se produce un nuevo marco de reivindicación de derechos para las mujeres, y se definen acciones positivas para mujeres en condiciones especiales, como lo es el caso de la mujer en estado de embarazo. Es precisamente sobre este nuevo escenario de aplicabilidad de derechos, que se desarrolla lo que se propone en adelante del documento, apuntando con lo mismo a la caracterización normativa y jurisprudencial, de este sujeto de especial protección constitucional.

2.2. Nuevas realidades ante la Carta Política de 1991

Colombia en 1991 a partir de la Constitución Política, extendió sus derechos sociales y económicos para ser un Estado Social de Derecho, caracterizado por el reconocimiento de su pluralismo e inclusión de diferentes grupos sociales, respetando las divergentes posiciones y dogmatismos a las que hay lugar, en el

seno de la nación colombiana, tal como se reconoce en su primer artículo, con todo y que en la práctica esto lleve a ambigüedades e incomprensiones sobre su contenido fáctico (Pulido, Sanabria, Burgos y Ramírez, 2012, p. 100)

En el marco de este nuevo escenario constitucional, se encuentra una nueva cabida para los derechos de las mujeres embarazadas; concebidos centralmente en lo dispuesto por su artículo 43, que señala; *“durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”*, siendo ello un precepto jurídico, cuya validación es parte del contenido estructural del actual documento.

Ahora, si bien existe una disposición constitucional en materia de protección a la madre en estado de embarazo, es importante también prever la condición de reconocimiento jurídico que dispone el texto constitucional sobre el neonato, pues al amparo de la prelación de los derechos de los niños, máxime si es población primera infancia; en el marco de estas condiciones –madre e hijo–, son personas en situación especial de protección (Gómez, 2015, p. 77).

Según la Constitución Política, el menor nacido se encuentra en un grupo de especial protección al que corresponde la primera infancia –cero a seis años–, donde, como ya se señalaba, los derechos de los niños se colocan por encima de cualquier otro grupo social, lo que les da a los mismos, categoría de derechos fundamentales, en acuerdo a los tratados y convenios internacionales (Simarra, 2013, p. 399).

Así las cosas, la protección materna pasa por una necesaria discusión constitucional, que en el orden de la institucionalidad colombiana, ha tenido lugar en la Corte Constitucional, por ello, más adelante se hará la revisión jurisprudencial necesaria para validar hasta qué punto el debate propuesto ha avanzado y cuales han sido las decisiones que marcan la jurisprudencia en este tema.

Sin embargo, también existe otro marco de avance en la temática que corresponde al aspecto normativo nacional, sobre el cual se estará hablando en la siguiente sección del documento, siendo clave la Ley 100 de 1993, que da paso al Sistema de Seguridad Social Integral, y que es el marco regulatorio, en materia de atención en salud, incluyendo obviamente a la mujer en estado de embarazo (Arbeláez, 2006, p. 211).

2.3. Desarrollo normativo del derecho constitucional de las mujeres en estado de embarazo

En continuidad con el desarrollo normativo presentado hasta los noventa, se establece que existe un punto de corte sobre el que se determina la existencia de derechos en la actualidad de derechos de la mujer en estado de embarazo, y es precisamente la década de los noventa, dado que no solo se presenta el cambio constitucional, sino también los cambios estructurales normativos, que dan vigencia legal al tratamiento jurídico vigente de la mujer en estado de embarazo (Mendevil, 2005, pp. 111-112).

Sobre los mismos se debe mencionar que es a partir de 1990, que se establece un nuevo escenario normativo, esto con la expedición de la Ley 50 de 1990, luego conjugada con en el Sistema de Seguridad Social; inicialmente se consigna en la ley, un descanso de 12 semanas remuneradas y la cesión de una semana a favor del padre, de igual forma consignadas en la Ley 100 de 1993, la cual crea el Sistema de Seguridad Social, reglamentado luego por el Decreto 1938 de 1994 (Motta, 2015, p. 135).

Ya se mencionaba que la mujer gestante debe gozar de unas garantías especiales en atención, las cuales se hacen efectivas a través de la Ley 100 de 1993, en las que se regulan entre otras cosas, regulan la protección integral de la mujer en estado de embarazo, como también la licencia de maternidad (Procuraduría General de la Nación [PGN], 2006, p. 9).

La Ley 100 de 1993, es la ley por medio de la cual se regula en parte importante de estas disposiciones constitucionales, en los cuales se manifiesta su especial protección en sus artículos 157 “tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia” y 166, que hace énfasis, en la atención preparto, parto y posparto tanto en el Plan Obligatorio de Salud –POS–, como en el régimen subsidiado:

Atención materno infantil. El plan obligatorio de salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del posparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

El plan obligatorio de salud para los menores de un año cubrirá la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencia, incluidos los medicamentos esenciales; y la rehabilitación cuando hubiere lugar, de conformidad con lo previsto en la presente ley y sus reglamentos.

Además del plan obligatorio de salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste. (Artículo 166, Ley 100 de 1993)

En 1998 se establece el Decreto 806, consagra el pago de incapacidades y licencias de maternidad para las mujeres en estado de embarazo por parte del empleador, sea este público o privado. Con el Decreto 047 de 2000 y Ley 755 de 2002, se reguló los periodos mínimos de cotización para el acceso efectivo al Seguridad Social en salud, por parte la mujer en condición de embarazo (Buitrago, 2014, p. 122).

Siguen a estas, las Ley 823 de 2003 que recoge los reparos hechos a las anteriores leyes en materia de igualar la atención a la mujer en estado de embarazo que está dentro del sistema como cotizante o beneficiaria o aquella que hace parte del régimen subsidiado. En 2011, se expide la Ley 1468 de 2011, que incrementa la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas modificando los artículos 236, 239, 57 y 58 del Código Sustantivo del Trabajo, en lo que respecta al fuero maternal, se convierte en la más reciente disposición normativa al respecto;

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: Artículo 236.
Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.
(Artículo 1, Ley 1468 de 2011)

La ley que se comenta hace también alusión en su numeral 4, a los derechos de la madre adoptante, tema que, no se agota en el actual documento, aunque es relevante su mención, ya que inmiscuye temáticas como el de la maternidad subrogada, afirmando al respecto;

Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. (Artículo 1, Ley 1468 de 2011, numeral 4)

Como se ve de lo anterior, lo que corresponde al tema de las licencias para padres adoptantes, merece también un amplio tratamiento analítico, en vista no solo de lo que se menciona de la maternidad subrogada, sino también de las más recientes discusiones constitucionales sobre la adopción de niños, materia de discusión social que, ha cobrado relevancia en los últimos años (Villa, Correa, Correa, Páramo y Pérez, 2016, p. 150).

Lo que sigue de la norma citada abarca una serie de prerrogativas normativas de aplicabilidad de la licencia de embarazo, tanto para la madre como para el padre, también ampliadas en la Circular Externa 013 de 2012 del Ministerio de la Salud y la Protección Social, empero, el tema que se analiza en el actual documento no se queda tan solo en la expedición de las licencias, por lo que es necesario continuar con la exploración del mismo, desde las temáticas desarrolladas a continuación.

3. La Corte Constitucional en la protección de los derechos de las mujeres en estado de embarazo en Colombia

La revisión jurisprudencial que se propone parte de lo establecido en un gran número de sentencias, sin embargo, en lo más reciente, el estudio del tema encuentra en la sentencia T-1223 de 2008, cuyo análisis jurídico es en torno a la materialización del fuero maternal en Colombia (Castañeda, 2016, pp. 12-20), siendo esta el eje del estudio constitucional que procede a continuación, aunque, en la parte final, se hace eco de la Sentencia C-710, que es hito en términos del reconocimiento económico que no se le puede negar a la mujer en estado de embarazo (Castro y Caballero, 2015, pp. 260-262).

3.1. El fuero maternal en vigencia

En lo que respecta a la Sentencia T-1223 de 2008 se puede iniciar diciendo que este es el resultado de una serie de acciones de tutela que presentan algunas

mujeres que no cumplieron los requisitos establecidos en las normas vigentes para la época, en lo que corresponde al reconocimiento y posterior pago de la licencia de maternidad (Castañeda, 2016, pp. 12-20).

En este sentido, las accionantes reclamaban los beneficios por la maternidad cuando incumplían con los requisitos contemplados en la ley para acceder al derecho de licencia, sobre todo en lo que corresponde al cumplimiento de las semanas de cotización; sin embargo, las Entidades Promotoras de Salud [EPS], manifestaban el incumplimiento de los requisitos de ley, para negar dicho reconocimiento (Buitrago, 2015, p. 94).

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional elabora la sentencia T-1223 de 2008, que recoge unas importantes consideraciones sobre este asunto puntual y ordena al Ministerio de la Protección Social y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o a la Comisión de Regulación en Salud, que tomen las medidas necesarias para corregir la falta de regulación de un mecanismo que permita a las mujeres solucionar los conflictos producto de las solicitudes del pago de la licencia de maternidad.

Al respecto señala el Alto Tribunal que estas medidas que deberán; contar con especialmente reconocimiento de las mujeres más vulnerables del país; respetar los límites de protección mínima constitucional reconocidos en la jurisprudencia; tener en cuenta el tiempo real que dura la gestación frente al tiempo que se exige cotizar al sistema de salud y; generar mecanismos para reducir efectivamente la interposición de acciones de tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad (Corte Constitucional, Sentencia T-1223 de 2008).

En ausencia de la claridad de política pública en la materia que pide la Corporación a las autoridades en la materia, el fallo constitucional, buscando mantener la protección del mínimo vital de las mujeres en dicha situación, establece el cuadro taxativo de regularización ante tales situaciones, que contempla el cumplimiento de las siguientes reglas;

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 procedería 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)

Este fallo es de gran trascendencia, dado que propone la solución a la vulneración de derechos de la mujer en tal situación, a su vez que al neonato sobre lo que se propone como mínimo vital y remuneración, que hace que la misma se reconozca como una jurisprudencia garantista y progresiva, en el compromiso de hacer valer los derechos de las mujeres en dicha situación, como también del recién nacido (Pacheco, 2011, p. 82).

La Corte Constitucional establece, que la mujer en estado de embarazo tiene una protección constitucional especial que se extiende al neonato cuando este ya es vida. Aun cuando sea ampliamente claro lo planteado, y sea muy poco su grado de ambigüedad, lo cierto es que la realidad trae a colación reiterados casos de mujeres en estado de embarazo que se ven vulneradas en sus derechos, y por ello, el cúmulo importante de sentencias después de esta, en la que la Corte insiste en la posición sentada al respecto (Ayola, 2016, p. 52).

Ejemplo de aplicabilidad de lo anterior, es la Sentencia T-368 de 2009, por la que la Corte Constitucional, tuteló los derechos de una madre, cuya licencia de maternidad fue negada por la EPS, al no encontrar acreditado el requisito de la cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación (Castañeda, 2016, p. 19). Es importante recordar, que las jurisprudencias emitidas por este Alto Tribunal han sido reiteradas respecto al tema en comento, teniendo en cuenta, que existe una protección constitucional especial de la mujer en estado de embarazo, durante toda la etapa de gestión y en el posparto.

3.2. Limitación jurisprudencial del despido frente al fuero maternal

La jurisprudencia respecto al problema jurídico tratado es reiterada en múltiples fallos emitidos por la Corte Constitucional, que desde temprana edad de la Corporación, ha emitido sentencias de protección de las mujeres en condición de embarazo, como son las sentencias T-606 de 1995, T-694 de 1996, y la T-568 de 1996, entre otras, todas reiterativas de la sentencia T-179 de 1993 (Castro y Caballero, 2015, p. 265).

En el análisis de los cargos de constitucionalidad hechos del artículo 240 del CST, en sentencia C-710 de 1996, siendo en la misma esgrimida la tesis de la estabilidad laboral reforzada que se concede a la mujer en estado de embarazo, que se entiende como la protección integral de la mujer trabajadora que se encuentra en estado de embarazo para que ella no sea despedida de su trabajo, salvo la excepción que encuentra el empleador para que la misma se pueda dar si se cuenta con el aval del inspector de trabajo, con cargo de indemnización, que procede en los siguientes términos:

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)

Con lo anterior, queda claro el ámbito de sanción al empleador que despida a una mujer en estado de embarazo, sin embargo, la sentencia hito en este sentido, se configura en el año de 1997, cuando se expide la C-470 que, aunque recoge la posición antes presentada de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, suma un argumento adicional para la procedencia de la indemnización por despido sin justa causa, consistente en comprobar que, no hubo justa; es decir, se proyecta entonces, un despido ineficaz, y en este sentido, se entenderá que la relación laboral no se ha extinguido;

La Corte encuentra que esta decisión es la más adecuada pues tiene la virtud de salvaguardar los distintos principios y valores constitucionales en conflicto. De un lado, se protegen adecuadamente los derechos constitucionales de la mujer embarazada y se ampara la maternidad, pues se resguarda la estabilidad laboral de esas mujeres. Así, para que pueda haber en estos casos una terminación de contrato, es necesario que se obtenga el permiso previo del funcionario del trabajo, tal y como lo prevé el artículo 240 del CST, el cual debe determinar si existe o no la justa causa, tal y como lo ordena la ley. Además, se entiende que, como lo dice la sentencia C-710 de 1996, “la intervención del inspector en ningún momento desplaza al juez, quien asumirá, si a ello hay lugar, el conocimiento del litigio

que se trabaje para determinar si realmente hubo la justa causa invocada por el patrono". En tales circunstancias, si el patrono no cumple esos requisitos, entonces el supuesto despido no produce ninguna consecuencia jurídica, lo cual significa que la relación laboral trabajo se mantiene. La trabajadora sigue entonces bajo las órdenes del patrono, aun cuando éste no utilice sus servicios, por lo cual la empleada tiene derecho a percibir los salarios y las prestaciones sociales de rigor, pudiendo recurrir para su cobro a las vías judiciales pertinentes. Una vez terminado el lapso de protección especial debido a la maternidad, la trabajadora queda amparada por las normas laborales ordinarias, como cualquier otro empleado (Corte Constitucional, Sentencia C-470 de 1997)

Como se señala, esta es una sentencia que marca la posición de la Corte Constitucional al respecto del fuero maternal y protección de la mujer en estado de embarazo, nuevamente citada en otras disposiciones constitucionales como las Sentencias T-739 de 1998, T-315 de 1999, T-494 de 2000, entre otras, que hacen uso del concepto de estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, en los términos que se ha explicado, sin embargo, la mayor precisión al respecto la brinda la Sentencia T-778 del año 2000, por medio de la cual la Corte fundamenta que;

La Constitución y los tratados internacionales imponen al Estado y a la sociedad la obligación de proteger a la mujer embarazada. Especialmente en el campo laboral, la trabajadora en embarazo tiene derecho a una "estabilidad laboral reforzada".

(...)

El amparo transitorio del derecho a la estabilidad en el empleo está sometido a la comprobación fáctica de los siguientes elementos:

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 v 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. (Corte Constitucional, Sentencia T-778 del año 2000)

Acudiendo a lo ya señalado, se plantea entonces que existe una condición de especial protección constitucional de la mujer en estado embarazo, que para el caso en la que esta se encuentra vinculada como trabajadora, implica el reconocimiento de un fuero laboral transitorio que pone un marco de protección no solo en procura de la salud y mínimo vital de la madre, sino también del neonato que amplía el tiempo de dicho fuero maternal.

Esto en el análisis, y teniendo en cuenta la propuesta de de-construcción categórica del sujeto social de la mujer citada en el trabajo de María Lopera y Lina Estrada (2015), como eje de referencia para el análisis de esta condición de la mujer trabajadora colombiana, se puede establecer que, parte de la tarea desplegada por la actores como la Corte Constitucional, consiste en romper con la discriminación laboral a partir de la diferenciación positiva.

Al respecto de esta discriminación, esta se puede ver a su vez como una segmentación, la cual reproduce una diversificación negativa que pone en desventaja a la mujer para ser partícipe del mercado laboral en condiciones de equidad de género. En este sentido, y acudiendo a la denuncia de posturas feministas como la desarrollada por Núria Belloso y Clóvis Gorczewski (2018), se

considera que, este tipo de segregaciones, están implícitas de una dominación que opera a través del dispositivo social por medio se tolera la discriminación de género al considerar que la mujer tiene menor capacidad laboral que el hombre.

Frente a lo anterior, se proyecta un colectivo que acude a la reproducción del imaginario de que la mujer es quien debe asumir las labores de cuidado y crianza del hogar, derivando con ello la sensación de desventaja frente a los hombres en el mercado laboral; ahora, esto visto en clave de la familia y, la relación mujer-sociedad, condiciona una estructura operativa social sobre la cual, en el caso preciso, el feminismo debe ser considerado herramienta de transformación del lenguaje y de su representación en lo social.

Conforme a este escenario, se complejiza entonces la condición de equidad laboral antes planteada, sobre lo cual, se sienta una posición tajante, en lo que corresponde a considerar que, el reconocimiento de derechos laborales especiales sobre las mujeres en estado de embarazo, no deviene de un favor social de la sociedad frente a ellas, sino de una garantía jurídica que, por demás que esta allá sido sistemáticamente desconocida por tiempos, en la actualidad merece por esto de un reconocimiento más oportuno, y de allí que se celebre el alcance logrado en la materia.

No se pretende desconocer que, en efecto algunos empleadores prefieren contratar hombres que mujeres por las razones ya planteadas, situación que toma un carácter de discriminación laboral; por ello, se considera que, otra debate que también debe ir a la mano con el del tema desarrollado, corresponde a la comprensión del colectivo en sus formas de socialización, desde lo cual se desprende la construcción social de la familia, como también, de la representación social de la mujer.

Conclusiones

Ante lo anterior, se quiere cerrar el documento indicando, que en materia laboral, una mujer debe contar con todas las garantías constitucionales que el fuero maternal en dicho sentido le otorga, así, se puede afirmar que mientras su embarazo y licencia de maternidad, la mujer y por ende el neonato, se convierte en sujeto de especial protección, que deben gozar de unos derechos diferenciados.

Tanto el análisis jurídico internacional, como el nacional y de este su jurisprudencia, tiende así a reiterarlo; la protección de los derechos de la mujer en estado de embarazo, aparecen como principio de protección de la mujer trabajadora en estado de embarazo y, las autoridades deben propender, para que los mismos sean respetados.

Aun cuando lo anterior pareciera ampliamente claro, el derecho de maternidad no deja de ser un campo de lucha jurídica en Colombia, en tanto el sistema laboral colombiano o mejor, los empleadores, demuestran una ausencia de reconocimiento de la norma y la jurisprudencia; su validez y obligatoriedad, como lo demuestran los reiterados casos de vulneración de los derechos de las mujeres en esta situación.

Por lo anterior, la reflexión central estaría en proponer una mayor claridad normativa y de ser necesario, mayor severidad en la imposición de sanciones a los empleadores que pasen por alto del cumplimiento de los derechos constitucionales consagrados para la protección de la mujer en estado de embarazo, y del neonato en el marco del mínimo vital que se les debe garantizar por su situación especial de protección constitucional.

Referencias

- Acosta, P. A. (2007). La protección de los derechos de las mujeres en la Constitución colombiana. *Revista Derecho del Estado*, (20), 49-60.
- Arbeláez, M. (2006). La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *DS: Derecho y Salud*, 14(2), 205-240.
- Ayola, A. (2016). *Fuero de maternidad: facultad del empleador de no prorrogar contrato pactado por término fijo y de obra o labor contratada*. (Trabajo de grado para optar al título de abogada). Cartagena de Indias: Universidad de Cartagena.
- Belloso, N., & Gorczewski, C. (2018). Movimiento feminista e igualdad de derechos: una lucha inacabada. *Revista do Direito*, 1(54), 40-58.
- Buitrago, A. M. (2014). *La protección por maternidad en los sistemas de seguridad social de Colombia y España*. (Tesis doctoral). Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.
- Buitrago, A. M. (2015). La protección por maternidad en el sistema de seguridad social colombiano. *Revista Ciencias Humanas*, 11(1), 91-107.
- 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.
- Castillo, N. C. (2009). ¿Por qué razones distintas a la filiación política nos matábamos los colombianos en los años 50? *Universitas humanística*, 67(67), 147-164.

- Castro, O. E., & Caballero, L. (2015). Nivel de protección jurídica laboral a la maternidad en Colombia. *Criterios*, 6(1), 252-272.
- 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.
- Krill, F. (1985). La protección a la mujer en el derecho internacional humanitario. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 10(72), 347-375.
- Lafaurie, M. M. (2010). Los derechos sexuales y reproductivos: una mirada a la mujer en países en vías de desarrollo. *Revista Médicas UIS*, 22(2), 176-182.
- Lopera, M. I., & Estrada, L. M. (2015). Derechos laborales y de la seguridad social para las mujeres en Colombia en cumplimiento de la Ley 1257 de 2008. *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, (44), 269-296.
- 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].
- Mendevil, P. G. (2005). La licencia de maternidad en las trabajadoras independientes y su garantía desde el precedente constitucional. *Revista Jurídicas CUC*, 6(1), 110-129.
- Montoya, A. M. (2009). Mujeres y ciudadanía plena, miradas a la historia jurídica colombiana. *Opinión Jurídica*, 8(16), 137-148.
- Motta, F. (2015). Protección a la madre gestante y en etapa de lactancia en Colombia. *Revista Republicana*, (8), 127-140.
- 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.
- Pacheco, Y. (2011). La licencia de maternidad en el régimen internacional laboral y su desarrollo en Colombia a partir de la Constitución de 1991. *Criterio Jurídico*, 11(2), 69-88.
- Procuraduría General de la Nación [PGN] (2006). *Vigilancia superior a la garantía de los derechos desde una perspectiva de género, con énfasis en mujeres y adolescentes: guía pedagógica y operativa para el seguimiento y la vigilancia*. Bogotá: PGN.
- Pulido, F., Sanabria, L., Burgos, J., & Ramírez, G. (2012). Aproximaciones a las inconsistencias teóricas del Estado Social de derecho. *Novum Jus*, 6(1), 97-124.
- Simarra, J. (2013). Panorama de las políticas públicas de primera infancia en Colombia. *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 68(132), 397-417.
- Velasco, N., & Vladimir, J. (2015). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de Estado constitucional en el contexto colombiano. *Novum Jus*, 9(2), 49-73.
- Villa, I. C., Correa, A., Correa, S., Páramo, S., & Pérez, V. (2016). Búsqueda de orígenes: reencuentros en la triada: familia biológica, hija (o) y familia adoptante en la ciudad de Medellín. *Katharsis*, (16), 147-180.

Normatividad

- Decreto 1632 de 1938. Por el cual se reglamenta la Ley 53 de 1938, que protege la maternidad.

Decreto 1766 de 1939. Por el cual se aclara el artículo 2° del Decreto número 953 de 1939.

Decreto 2127 de 1945. Por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general.

Decreto Ley 2663 de 1950. Código Sustantivo del Trabajo.

Decreto 3743 de 1950. Por el cual se modifica el Decreto No. 2663 de 1950, sobre Código Sustantivo del Trabajo.

Decreto 13 de 1967. Por el cual se incorporan al Código Sustantivo del Trabajo las disposiciones de la Ley 73 de 1966.

Decreto 3135 de 1968. Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Decreto 722 de 1973. Por el cual se modifica el artículo 35 del Decreto 1848 de 1969.

Decreto 770 de 1975. Por el cual se aprueba el Acuerdo número 536 de 1974 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales sobre reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad.

Decreto 1045 de 1978. Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

Decreto 047 de 2000. Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

Ley 53 de 1938. Por la cual se protege la maternidad.

Ley 197 de 1938. Por la cual se reforman las Leyes 178 y 162 de 1936.

Ley 6 de 1945. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.

Ley 90 de 1946. Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

Ley 73 de 1966. Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Legislación Laboral, en desarrollo de Convenios Internacionales.

Ley 50 de 1990. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

Ley 755 de 2002. Por la cual se modifica el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.

Ley 823 de 2003. Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.

Ley 1468 de 2011. Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 1995. M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T-694 de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-568 de 1996. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-710 de 1996. M.P.: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia C-470 de 1997. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-739 de 1998. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia T-315 de 1999. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-494 de 2000. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-778 de 2000. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-1223 de 2008. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia T-368 de 2009. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.