



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

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.

La garantía del debido proceso según la jurisprudencia constitucional en el procedimiento de despido por justa causa de trabajadores cobijados por un fuero laboral reforzado: el caso de las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia

Karen Margarita Viloría Herrera¹

Resumen

El actual documento genera un análisis reflexivo respecto a las garantías procesales que soportan el despido de trabajadores cobijados por un fuero de especial protección constitucional, como es el caso de las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia a la luz de la jurisprudencia fijada para el caso. En lo preciso, se pretende determinar si la garantía puede resultar excesiva en su uso, o merece de mayor precisión, toda vez que puede que exista un uso desmedido de esta protección constitucional, sobre la base de una regulación procedimental que deposita muchas garantías en el empleado, y pocas en el empleador.

Palabras claves: Garantías constitucionales, derechos de los trabajadores, garantías procesales, fuero maternal, estabilidad laboral reforzada, despido por justa o sin justa causa.

Abstract

The current document generates a reflexive analysis regarding the procedural guarantees that support the dismissal of sheltered workers by a special constitutional protection jurisdiction, as it is the case of women in pregnancy or breastfeeding in the light of established case law. for that matter in the precise, it is intended to determine if the guarantee may be excessive in its use, or deserves more precision, since there may be an excessive use of this constitutional protection, based on a procedural regulation that places many guarantees in the employee, and few in the employer.

Keywords: Constitutional guarantees, workers' rights, procedural guarantees, maternal jurisdiction, reinforced labor stability, dismissal for just or without just cause.

¹ Documento de artículo de grado presentado como requisito para optar al título de abogada de la Universidad Católica de Colombia. Director: Luis Fernando Vallecilla Baena docente Universidad Católica. Correo institucional autor: kmviloria45@ucatolica.edu.co

Sumario

Introducción. 1. Desarrollo histórico en la protección legal de la mujer trabajadora en estado de embarazo en Colombia. 1.1. Protección constitucional de los derechos laborales de la mujer en condición de embarazo a partir de la Constitución de 1991. 1.2. Función social de la organización en el ordenamiento jurídico colombiano. 2. Delimitación jurisprudencial del fuero de especial protección constitucional de la mujer en estado de embarazo. 3. Cambio procedimental a partir de la Sentencia SU-075 de 2018 de la Corte Constitucional. Conclusiones. Referencias. Jurisprudencia.

Introducción

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, Colombia paso de ser un Estado de derecho, a un Estado Social de derecho como lo enuncia su preámbulo (Echeverri, 2013). Básicamente, este cambio significó la elevación a nivel constitucional, de una serie de derechos y garantías que antes podían ser reclamados a título de estar consignados en leyes de menor rango constitucional, como sucede con muchos de los derechos laborales (Aristizábal, 2010).

Es por lo anterior que, en la actualidad, resulta recurrente que los trabajadores apelen a citar preceptos constitucionales, para hacer efectivos sus derechos. De igual manera, por la hermenéutica del Texto Superior, se han creado otra serie de garantías, considerando entonces un amplio abanico de protección constitucional sobre los trabajadores y en general sobre las garantías inalienables de los administrados (Llano, 2016).

Parte de los debates generados al respecto, se establecen en las cada vez más restrictivas condiciones que se imponen sobre el empleador para que este, a tenor de su función privada organizativa, en igual sentido constitucionalmente garantizada, pueda prescindir de quien considera no aporta al fin misional de la organización; situación que se complejiza, cuando este trabajador o trabajadora, se encuentra amparado en un fuero laboral reforzado, en garantía a su vez de las garantías procesales que deben existir para efectuar su despido (Jaramillo, 2010).

Sobre la base hipotética de esta situación, el actual documento genera un análisis reflexivo respecto a las garantías en el procedimiento de despido de trabajadores cobijados por un fuero de especial protección constitucional, como sucede en el caso de las mujeres en estado de embarazo o periodo de lactancia, en lo que corresponde a la revisión normativa que lo soporta, para determinar si este es excesivo, o merece de mayor precisión toda vez el uso desmedido que puedan hacer los trabajadores de esta protección constitucional.

En este sentido, se busca dar respuesta a la pregunta respecto a: ¿cuáles son los factores que se deben tener en cuenta al amparar la garantía del debido proceso según la

jurisprudencia constitucional, en el procedimiento de despido por justa causa de trabajadores cobijados por un fuero laboral reforzado en el caso preciso de las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia?, en un análisis que se soporta de manera importante en la revisión de la jurisprudencia constitucional del tema, que como se verá, genera elementos de análisis sólidos en la ruta de resolución de la cuestión planteada.

1. Desarrollo histórico en la protección legal de la mujer trabajadora en estado de embarazo en Colombia

Resulta innegable la acelerada carrera que ha tomado durante sus más recientes décadas la legislación colombiana, en lo que corresponde al establecimiento de derechos diferenciados y acciones afirmativas en favor de distintos grupos poblacionales históricamente marginados, como ocurre en el caso de la mujer; sujeto social que, a través de su actuar social colectivo, ha logrado la reivindicación de sus derechos en distintas dimensiones de la vida, como sucede en el caso de los derechos laborales (Saldarriaga y Ramírez, 2015).

Este resulta siendo un asunto que se puede percibir más pronunciado en situaciones especiales como lo es el caso de la mujer que está en condición de embarazo, cuya lectura a nivel global no se debe comprender tan solo como resultado de una expresión jurídica propia de este tiempo, sino como el cúmulo de una serie de luchas sociales adelantadas por distintos colectivos sociales durante el siglo XX (Ramírez, 2017), que en el caso de la mujer, tiene una intensificación la cual se da en la segunda mitad del siglo en mención (Daza, 2016).

Al respecto, se debe reconocer que esta es en una tarea cuyos antecedentes se remontan a la legislación que generada en la primera mitad del siglo XX, en un momento que se pretendió plasmar normativamente, aquella protección que evocaba preceptos de creencias y saberes populares; característica que se hace 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, con contenidos particulares a favor de la mujer en distintos aspectos (Buitrago, 2014).

A estos primeros pasos, le sigue un periodo comprendido entre 1950 y 1965, donde por la violencia política, generó algunas restricciones de derechos a las mujeres, afectando ello a mujeres trabajadoras que incluso fueron víctimas de una doble victimización, como sucede en el caso de las mujeres en estado de embarazo, quienes fueron victimizadas a través de acciones tan crueles como que les fueran sacados de sus vientres sus hijos, en acciones injustificables sucedidas en el marco de la violencia entre liberales y conservadores (Castillo, 2009).

Es a partir de 1966, que nuevamente se retorna al reconocimiento extendido de derechos a las mujeres en estado de embarazo; esto, 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, aunque, 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).

A partir de 1990, se establece un nuevo escenario que es el luego se conjuga en el Sistema de Seguridad Social, pensado a su vez en el marco de la Ley 50 de 1990 que, en materia de protección a la mujer en estado de embarazo, establece el descanso de 12 semanas remuneradas y la cesión de una semana a favor del padre; como se señala, esto se establece en la Ley 100 de 1993 y posteriormente se reglamenta por el Decreto 1938 de 1994 (Acosta, 2007).

En 1998 se expide el Decreto 806 de ese año, el cual consagra el pago de incapacidades y licencias de maternidad para las mujeres en estado de embarazo por parte del empleador, en el caso de que se generen moras y esta no logre acceder de manera inmediata al servicio de salud, en norma luego complementada con el Decreto 047 de 2000 y Ley 755 de 2002, que regularon los periodos mínimos de cotización para el acceso efectivo al SSS por parte la mujer en condición de embarazo (Castro y Caballero, 2015).

Ya en lo más reciente, se encuentran la Ley 823 de 2003 y Ley 060 de 2007, las cuales recogen 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, por lo cual, para reforzar estas exigencias, conduce a la expedición de 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 (Gómez, 2015).

La referencia hasta aquí generada sobre este acervo normativo de protección a la mujer, y en especial a la mujer en condición de embarazo, permite resaltar lo relevante que ha sido el desarrollo histórico en la exigencia de esta garantía constitucional que, como se ha puesto de manifiesto, en la actualidad enuncia un activismo jurídico en favor de la realización de sus derechos laborales amparados de manera positiva en la hermenéutica jurídica que encierra la constitucionalización de los derechos laborales (López, 1999).

En atención a este desarrollo normativo y al dimensionamiento social de favorabilidad a favor de los derechos de las mujeres en condición de embarazo, es que se considera que resulta pertinente realizar un balance respecto a la revisión de la delimitación procedimental en el ejercicio de tutela de este derecho, y con este, su fuero laboral excepcional, toda vez que la ausencia de su claridad, puede llevar a ejercicios abusivos en la exigencia de este derecho, para lo cual se considera se debe profundizar en lo delimitado desde la Constitución de 1991.

1.1. Protección constitucional de los derechos laborales de la mujer en condición de embarazo a partir de la Constitución de 1991

El reconocimiento actual que se establece de los derechos de la mujer, y la protección especial cuando se encuentra en estado de embarazo, surge como se ha planteado desde la concepción jurídica de igualdad de derechos entre hombres y mujeres y en general entre todas las personas, prerrogativa jurídica fundamental que se consigna en el artículo 13

Constitucional, por medio del cual se establece que no puede existir ningún tipo de discriminación hacia ninguna persona.

Desde la hermenéutica constitucional, se establece en tanto la existencia de un derecho fundamental de no discriminación, por medio del cual se protege como se ha indicado la marginalización social de la que fueron víctimas diferentes grupos sociales antes del nuevo Texto Constitucional, como sucede en el caso de la mujer que, en su condición de embarazo, tiene una exposición adicional del discriminación, pues en el mercado laboral se tiende a reproducir la concepción que, la mujer en estado es menos productiva y genera un mayor costo laboral (Castañeda, 2016).

La protección constitucional invocada, se hace incluso textual en el artículo 43 del Texto Superior, al enunciar que, toda mujer “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”, atendiendo con ello a generar un especial protección que, sirva adelantar, ha servido incluso para proteger al compañero o compañera de la madre en estado de embarazo (Espinosa, 2006).

De lo anterior, se desprende que exista desde la Constitución de 1991, un interés especial para proteger a la mujer en estado embarazo y en estado de lactancia, al amparo de la exposición que puede ella tener frente a distintos escenarios, como sucede en el caso del laboral, donde, por términos de eficiencia del recurso, el empleador puede de manera arbitraria prescindir de sus servicios considerando que en su estado es menos productiva, más susceptible a la incapacidad, incluyendo su periodo de lactancia.

1.2. Función social de la organización en el ordenamiento jurídico colombiano

En efecto, puede que resulte cierto la disminución productiva de una trabajadora en condición de embarazo por los factores enunciados, sin embargo, el empleador no puede pasar por alto que, en el seno de un Estado Social de derecho, la unidad productiva se entiende como parte de un grupo de actores que forman parte de la sociedad, derivando con ello un responsabilidad implícita al ser actor de derechos y responsabilidades;

responsabilidades que por demás, comprende el trato digno y no discriminatorio para con quienes trabaja, como lo ha reiterado en prolongada jurisprudencia la Corte Constitucional:

(...) el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es, en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres (CP arts. 1º, 13 y 43), pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres, “que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla”. En efecto, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.

Se resume en esta disposición constitucional, lo que ya se venía enunciando respecto a la manera como el Constituyente de 1991 formuló una serie de derechos que, en personas o poblaciones específicas, que merecen especial protección como resulta en el caso de la mujer en condición de embarazo; se trata entonces pues, de disposiciones constitucionales las cuales no solo generan responsabilidad en el Estado, sino también en los administrados y demás personas jurídicas.

En este sentido, una organización al ser constituida en territorio colombiano, debe corresponde de manera irrestricta con esta serie de condiciones que impone el ordenamiento jurídico, condensados estos en derechos y obligaciones; incluso, respecto a estas obligaciones, se puede considerar la responsabilidad de evidenciar en el trato para con sus trabajadores una serie de principios mínimos fundamentales, que bien se pueden encontrar enunciados en artículo 53 Constitucional, siendo estos los de:

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.

Si bien la norma de manera explícita enuncia como principios la protección especial de la mujer y la maternidad, en el hipotético caso de un despido injustificado de una madre en estado de embarazo no solo se podría poner en evidencia la vulneración de mencionados principios, sino también de otros que irían alineados a la ilegalidad del despido, de manera que, en términos constitucionales, se puede denotar que es ampliamente protegida la condición de la trabajadora en condición de embarazo.

Reforzando en igual sentido los argumentos que descansan en este marco jurídico de protección, se debe mencionar a su vez que, este busca cobijar los derechos del neonato, el cual, en su condición de infante, también goza de especial protección constitucional desde su nacimiento, no solo en cumplimiento de lo dispuesto en el orden constitucional colombiano, sino también de la responsabilidad que acaece en el Estado y la sociedad por ponderar de manera primera los derechos de los niños en todo tipo de circunstancia, a la luz Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia en 1991 (Angulo y Luque, 2008).

Conforme a los referentes normativos planteados, que desprende desde el alcance constitucional que tienen las normas citadas, se establece que en efecto resulta de gran envergadura la dimensión jurídica de protección laboral sobre la mujer en estado de embarazo, y de allí que se enuncie su especial protección constitucional como mandato imperativo sobre las relaciones laborales. Sin embargo, desde alcance reflexivo que se quiere connotar en el actual documento para determinar el alcance de sus derechos, bien se debe, como a continuación se hace, indagar sobre las delimitaciones que sobrevienen en la tutela de estos derechos.

2. Delimitación jurisprudencial del fuero de especial protección constitucional de la mujer en estado de embarazo

En el ámbito jurídico de protección a la mujer en estado de embarazo en Colombia, el desarrollo jurisprudencial de las normas que la protegen ha sido fundamental para lograr definir el alcance de este derecho, encontrando en una primera lectura de mencionada jurisprudencia, un extensivo campo de protección, que incluso abarca a la mujer que no tiene algún tipo de relación laboral, garantizando en todo caso unos mínimos vitales y fundamentales, al amparo de la protección que se invoca como se ha dicho sobre la madre y el neonato (Corte Constitucional, Sentencia T-1223 de 2008).

La Corte Constitucional además, en un número extenso de Sentencias, se ha dedicado a señalar la importancia y alcance que tiene la protección de la mujer en estado de embarazo en el marco de una relación laboral, evidenciando en la generalidad de estas, una guarda del principio constitucional favorabilidad en materia laboral para la trabajadora, sobre la cual además ha dibujado el fuero laboral de la mujer en estado de embarazo, por medio del cual se materializa la especial protección constitucional otorgada a quienes se encuentran en esta condición (Pacheco, 2012).

En el análisis jurisprudencial hecho por Natalia Ramírez (2018), se recoge parte importante de estos pronunciamientos en los que se dimensiona un amplio campo de protección constitucional de la mujer en estado de embarazo en el marco de las relaciones laborales; recogiendo lo dispuesto en Sentencias como la T-179 de 1993, citada a su vez en Sentencias T-606 de 1995, T-694 de 1996, y la T-568 de 1996, entre otras, el Alto Tribunal Constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo [CST], señala en Sentencia C-710 de 1996 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 estas.

Se recoge en este sentido del texto citado que, la posición decantada por esta Corporación se encamina a reiterar el alto factor sancionatorio que recae en el empleador que, arbitrariamente despida a una mujer en estado embarazo, considerando incluso la posibilidad de reversar el acto por medio del cual se puede autorizar el despido con justa causa, motivado por el inspector de trabajo o la autoridad local cuando esta haga sus veces, en un Tribunal laboral; la amplia protección, se puede ver también reflejada, en la posibilidad de determinar la ineficacia de dicho despido, como se extrae de lo señalado en esta misma Providencia por el Alto Tribunal:

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 trabe 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)

En las reglas vistas en la jurisprudencia, la Corte Constitucional ha señalado que esta protección constitucional puede ser invocada cuando en este: no medie la autorización expresa del inspector del trabajo o quien haga sus veces o resolución motivada cuando se trate de una funcionaria pública y sin que exista causa objetiva en el despido, se amenace el mínimo vital de la madre o del neonato, existiendo una regla adicional que en la más reciente jurisprudencia ha sido reiterada por el Tribunal, en lo corresponde a que el empleador deba conocer sobre el estado de embarazo de la trabajadora:

Debido a la existencia de una considerable dispersión de posturas jurisprudenciales en relación con el alcance de la protección del embarazo y la maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada, esta Corporación profirió la Sentencia SU-070 de 2013, a través de la cual unificó los criterios que sostuvieron las distintas Salas de Revisión de la Corte y sistematizó las pautas normativas aplicables al asunto. En este sentido, la Sala Plena estableció dos reglas principales en relación con esta materia: (i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente: (a) La existencia de una relación laboral o de prestación y; (b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. (ii) No obstante, el alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores: (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada. (Corte Constitucional, Sentencia SU-075 de 2018)

Sobre el particular, el Alto Tribunal ha identificado en el precedente judicial que direcciona la garantía del derecho, el alcance de la protección a la que tiene lugar en cada caso una mujer embarazada que se encuentra frente a una situación de despido. En la

Sentencia en comento, a saber, la Sentencia SU-075 de 2018, el Alto Tribunal reconoce que el precedente fija unas situaciones específicas en las que puede estar inmersa la actora o quien tutela el derecho de reconocimiento de un fuero maternal laboral, derivando de allí las acciones pertinentes a tomar, no obstante, en lo más reciente existió un cambio en lo que procede frente el desconocimiento de la situación de embarazo.

3. Cambio procedimental a partir de la Sentencia SU-075 de 2018 de la Corte Constitucional

Inicia el Tribunal por definir que, de acuerdo con el vínculo laboral, se pueden establecer consecuencias; en este sentido, reconoce las vinculaciones por contrato de trabajo a término indefinido, cuando se está por contrato a término fijo, contrato por obra labor, cargos de libre nombramiento y remoción, vinculación por contratos con cooperativos de trabajo asociado, empresas de servicios temporales y, contratos por prestación de servicios. De igual manera, determina dos panoramas de decisión, siendo estos en el caso que el contratante tenía conocimiento de la situación de embarazo, y cuando no que, en el eventual caso de un despido, se limita aún más el alcance de la protección. El precedente judicial fijado, era como se presenta a continuación:

Tabla 1. Reglas previas a la Sentencia SU-075 de 2018 de la Corte Constitucional, para fijar la protección a otorgar en caso de despido a una trabajadora en estado de embarazo

Modalidad o tipo de contrato	El empleador tenía conocimiento sobre el estado de embarazo	El empleador no tenía conocimiento sobre el estado de embarazo
Contrato a término indefinido	Protección integral: reintegro y el pago de erogaciones dejadas de percibir desde el momento del despido	En caso de justa causa, tiene lugar una protección débil: continuidad en el pago de cotizaciones durante el periodo de gestación o pago de la

Modalidad o tipo de contrato	El empleador tenía conocimiento sobre el estado de embarazo	El empleador no tenía conocimiento sobre el estado de embarazo
		<p>licencia de maternidad, si el parto ya sucedió.</p> <p>Si no hubo justa causa, se procede a una protección intermedia: pago de cotizaciones en los términos de la protección débil, y adicionalmente reintegro en caso de que las condiciones del contrato todavía se puedan mantener, o el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir.</p>
Contrato a término fijo	<p>Desvinculación antes de la terminación del contrato, sin acudir al inspector de trabajo o autoridad local procede la protección integral.</p> <p>Desvinculación a la terminación del contrato, alegada esta como justa causa y señalada al inspector de trabajo o</p>	<p>Desvinculación antes de la terminación del contrato sin justa causa, protección intermedia.</p> <p>Desvinculación con justa causa distinta al cumplimiento del plazo pactado, protección débil.</p> <p>Desvinculación alegada la justa causa de terminación</p>

Modalidad o tipo de contrato	El empleador tenía conocimiento sobre el estado de embarazo	El empleador no tenía conocimiento sobre el estado de embarazo
	autoridad local, protección intermedia.	del contrato, protección intermedia , aunque no se reconoce el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir ya que la relación laboral fue legalmente extinta.
Contrato por obra o labor	Desvinculación antes de la finalización de la obra labor contratada, sin acudir al inspector de trabajo o autoridad local, protección integral.	Desvinculación antes de la terminación de la obra labor, sin justa causa, protección intermedia.
	Desvinculación una finalizada la obra labor, alegando esta como justa causa, protección intermedia.	Desvinculación por justa causa distinta a la terminación de la obra labor, protección débil.
		Desvinculación amparada en la culminación de la obra labor, protección intermedia.

Modalidad o tipo de contrato	El empleador tenía conocimiento sobre el estado de embarazo	El empleador no tenía conocimiento sobre el estado de embarazo
Cargos de libre nombramiento y remoción	Protección integral	Protección débil
Cooperativas de trabajo asociado	Se deberán aplicar las reglas previstas para el contrato a término indefinido, término fijo o por obra labor contratada, según sea el caso.	
Empresas de servicios temporales	Se deberán aplicar las reglas previstas para contratos a término fijo o por obra labor contratada, según sea el caso.	
Contrato de prestación de servicios (cuando encubre relación laboral)	Se deberán aplicar las reglas previstas para los contratos a término fijo.	

Elaboración propia a partir de Sentencia SU-075 de 2018 de la Corte Constitucional.

A partir de la información consignada en la tabla anterior, se pueden reconocer distintos grados de protección de acuerdo a la situación precisa en la que se encuentre la trabajadora, como se reitera en la literatura (Quintero, Navarro y Meza, 2011), siendo estas las de; protección integral, por medio de la cual se debe ordenar su reintegro y pago de erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del CST; protección intermedia, por medio de la cual se obliga al pago de cotización a salud en el estado de embarazo o pago de licencia de maternidad si el parto ya sucedió, sumado al reintegro si todavía procede, o el pago de prestaciones y salarios dejados de percibir.

Finalmente, en el último panorama de protección, se encuentra la protección débil, por la cual se obliga al pago de cotización a salud en el estado de embarazo o pago de licencia de maternidad si el parto ya sucedió, cuando el empleador tenía desconocimiento del estado de embarazo de la trabajadora, sin embargo, esta es una medida, que desaparece conforme al criterio expresado por el Alto Tribunal Constitucional en la Sentencia

comentada, toda vez que considera esta Corporación esto genera una suerte de carga desproporcionada contra el empleador que, entre otras cosas desmotiva la contratación de mujeres en edad de fertilidad. Señala el Tribunal:

La Corte Constitucional mantuvo el precedente establecido en la Sentencia SU-070 de 2013 en relación con la estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas. No obstante, modificó su jurisprudencia respecto de los deberes del empleador cuando desvincula a una trabajadora, por cualquier causa, sin conocer su estado de embarazo. La regla jurisprudencial anterior imponía a los empleadores la obligación de pagar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud hasta el momento del parto y, en algunos casos, la licencia de maternidad.

Sin embargo, la Sala Plena consideró que dicha regla era contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se funda el ordenamiento jurídico, porque establecía una carga desproporcionada para el empleador pese a que su actuación no había sido motivada en criterios discriminatorios. Por ende, concluyó que se desincentivaba la contratación de mujeres en edad reproductiva, lo cual implicaba una mayor discriminación para aquellas en el ámbito laboral.

Así las cosas, lo que se confirma es el diseño de una nueva jurisprudencia constitucional, en medio de la cual impera un panorama de mayor justicia en el panorama de establecer responsabilidades frente a una situación de despido de una trabajadora en estado de embarazo (Almanza, Carpintero y Mercado, 2018); se considera que era necesario, disminuir la carga de responsabilidad del empleador en este tipo de situaciones, teniendo en cuenta que, no se trata de una desprotección total de la madre ni el neonato, toda vez que, entraría ya en este tipo de casos a versar la responsabilidad del Estado para establecer los mecanismos para que la madre o, pueda seguir cotizando por su cuenta, o entre en una protección subsidiada si no puede ser cotizante.

Conforme a este panorama, ya se puede tener una mayor claridad respecto al debido proceso que se debe seguir por parte del empleador, para hacer uso de su función legal de poder prescindir de un trabajador cuando este así lo considere, o en este caso preciso una trabajadora que se encuentra en una situación particular como es el caso del estado de

embarazo. Se tiene entonces que, si el despido ocurre sin que el empleador tenga conocimiento del estado de embarazo no procede fuero laboral reforzado, situación que cambia cuando se ha informado, estando este sometido a las reglas fijadas en el cuadro con anterioridad presentado.

Conclusiones

El derecho laboral colombiano encuentra en la hermenéutica jurídica constitucional, una sólida estructura normativa e institucional que la ampara para que en el dialogo de las relaciones contractuales laborales, sea el ejercicio efectivo de los derechos el lenguaje que impere; esto, no solo con sujeción a las principios específicos y directrices de política laboral enunciados en el Texto Constitucional Superior, sino también al encontrar en múltiples dimensiones de los derechos fundamentales, de segunda y tercera generación, conexidad con lo dispuesto en la Carta respecto a la realización de los derechos laborales.

En igual, se encuentra que este marco normativo no solo se encuentra direccionado a proteger al trabajador, sino también al empleador, y es así como se encuentra fijado el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia SU-075 de 2018, donde se encuentra que, en atención a la garantía del debido proceso para las partes, protege al empleador en los casos de que este se encuentre frente a un caso de despido justificado de una trabajadora en estado de embarazo que no haya manifestado a este encontrarse en esta condición.

La jurisprudencia constitucional ha sido vehemente en proteger el denominado fuero laboral excepcional de la mujer en estado de embarazo, más, sin embargo, ha encontrado en la situación hipotética planteada, un panorama de favorabilidad para el empleador que, con anterioridad al pronunciamiento, debía asumir una protección débil frente a la trabajadora; dicha protección implicaba que, debía el empleador asumir el pago de cotización a seguridad social de la persona despedida, o en caso de superado el estado de gestación, pagar lo correspondiente a la licencia de maternidad.

Frente a lo anterior, se encuentra que el direccionamiento dado por el Tribunal es armónico con la realización constitucional de derechos para las partes, toda vez que es

condescendiente con la justiciabilidad que se presupone debe existir en el desarrollo contractual de las relaciones laborales, Ello en consecuencia, puede derivar en un desconocimiento de los derechos fundamentales de la trabajadora y en dado caso, del neonato, no obstante, para que dicha situación no ocurra, corresponde al Estado y a sus autoridades encargadas, generar los mecanismos de acceso a fundamentales como la salud de las mujeres que se encuentren en esta situación, que por demás, sirva anotar que en la actualidad ya se encuentran fijados estos mecanismos de protección.

Referencias

- Acosta, P. A. (2007). La protección de los derechos de las mujeres en la Constitución colombiana. *Revista Derecho del Estado*, (20), 49-60.
- Almanza, M., Carpintero, K., & Mercado, L. K. (2018). Estabilidad laboral de la mujer trabajadora en estado de embarazo. *Erg@ Omnes*, 10(1), 129-155.
- Angulo, C., & Luque, J. M. (2008). Panorama internacional de los derechos humanos de la mujer: una mirada desde Colombia. *Revista de Derecho*, (29), 23-54.
- Aristizábal, M. (2010). Una Constitución, veinte reformas. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 4(2), 95-126.
- Buitrago Escobar, 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.
- 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.
- Daza, S. (2016). *Mujer, familia y sociedad: hacia un nuevo derecho en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Echeverri, Á. (2013). La noción de servicio público y Estado Social de Derecho: el caso colombiano. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 7(2), 111-127.

- Espinosa, B. (2006). Derecho y maternidad: el lenguaje jurídico ante la transformación de un mito. *Vniversitas*, (112), 295-316.
- 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.
- Jaramillo, I. D. (2010). Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia. *Opinión Jurídica*, 9(18), 57-74.
- Llano, J. V. (2016). Pluralismo jurídico, diversidad cultural, identidades, globalización y multiculturalismo: perspectiva desde la ciencia jurídica. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 10(1), 49-92.
- López, C. (1999). Formas de relaciones laborales en Colombia: diversidad y cambio. En: Arango, L., & López, C. (compiladoras). *Globalización, apertura económica y relaciones industriales en América Latina*. (193-221). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Pacheco, Y. V. (2012). 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.
- Quintero, J., Navarro, A. M., & Meza, M. I. (2011). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Mario Alario D'Filippo*, 3(1), 69-80.
- Ramírez, G. (2017). *Los derechos humanos a debate: perspectivas desde el derecho internacional*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Ramírez, N. (2018). *Fuero maternal en Colombia: legislación e interpretación constitucional*. (Artículo de grado para optar al título de abogada). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Saldarriaga, D. C., & Ramírez, P. A. (2015). Acciones afirmativas: políticas en pugna con la discriminación que develan estructuras hegemónicas de sometimiento. *Ratio Juris*, 10(20), 115-138.

Jurisprudencia

Corte Constitucional (7 de mayo de 1993). Sentencia T-179. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Referencia: Expediente T-8139.

Corte Constitucional (12 de noviembre de 1995). Sentencias T-606. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Referencia: Expediente T-78375.

Corte Constitucional (5 de diciembre de 1996). Sentencia T-568. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Referencia: Expediente T-101.861.

Corte Constitucional (9 de diciembre de 1996). Sentencia C-710. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Referencia: Expediente D-1292.

Corte Constitucional (25 de septiembre de 1997). Sentencia C-470. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Referencia: Expediente D-1606.

Corte Constitucional (5 de diciembre de 2008). Sentencia T-1223. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia: expedientes acumulados T-1729640; T-1730583; T-1732550; T-1827966; T-1830334; T-1831304; T-1833074; T-1833185; T-1833898; T-1834571; T-1834939; T-1835277; T-1836726; T-1838874; T-1845091; T-1845471; T-1845610; T-1848324; T-1849042; T-1850379.

Corte Constitucional (24 de julio de 2018). Sentencia SU-075. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Referencia: Expedientes acumulados: 1. T-6.240.380: Acción de tutela interpuesta por Sandra Milena Rojas Gutiérrez contra T&S TEMSERVICE S.A.S. 2. T-6.318.375: Acción de tutela interpuesta por Sandra Liliana Tinoco Ramos contra Chilco Distribuidora de Gas y Energía S.A.S. E.S.P. 3. T-6.645.503.