

Nivel de protección jurídica laboral a la maternidad en Colombia

Juridical Work Protection Level for Maternity in Colombia

Omar Ernesto Castro Guiza

Lucas Caballero Martínez*

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2013

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2013

Resumen

La estabilidad laboral consagrada en la Constitución Política de 1991 va más allá de garantizar el acceso al trabajo o a una permanencia y continuidad en relación al mismo, pues esta alcanza su punto más alto cuando se trata de salvaguardar los derechos fundamentales de la mujer trabajadora que se encuentra en estado de embarazo o periodo de lactancia. Así, el legislador Colombiano y la jurisprudencia de la Corte Constitucional se han encargado de desarrollar el concepto de estabilidad laboral reforzada, tema que plantea toda una serie de situaciones y escenarios que son objeto de estudio en este documento.

Palabras Clave

Estabilidad laboral reforzada, licencia por maternidad, lactancia.

* Artículo de Reflexión, escrito por los autores referenciados como miembros del grupo de investigación "Trabajo y Sociedad", perteneciente a la facultad de derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia-sede Espinal. omar.castro@campusucc.edu.co

Abstract

The employment stability enshrined in the Colombian Political Constitution of 1991 extends beyond guaranteeing access to employment as well as its stability and continuity, so one of the main points of focus is to safeguard the fundamental rights of pregnant or lactating women workers. Therefore, the Colombian legislator and the jurisprudence of the constitutional court have been developing the concept of reinforced employment stability, which encompasses a wide range of situations and scenarios that are examined in this document.

Keywords

Reinforced Labor Stability, Maternity Leave, Lactation

Clasificación del artículo

Artículo de **Reflexión**.

Introducción

La situación de la mujer en el ámbito laboral ha sido un tema que históricamente ha generado discusión a lo largo de las distintas épocas de la civilización humana, dadas las erróneas concepciones machistas en la sociedad. **Pero ello**, no quiere decir que su papel en el campo laboral sea menos importante. En ese sentido, y como concepto primario del papel del trabajo de la mujer, se afirma que “la distinción de sexo ha sido la base de la división del trabajo en ‘productivo’, asociado a lo masculino, y ‘reproductivo’, asociado a lo femenino” (Montoya Ruiz, 2010, p. 261).

Sin embargo, con las transformaciones económicas y políticas de los siglos **XIX y XX**, la mujer ha ganado espacios significativos en el contexto social, que le han permitido evolucionar hacia un rol productivo que cada día tiene más reconocimiento en el ambiente laboral.

No obstante, el cada vez más importante desempeño de la mujer en el mundo del trabajo, debe acompañarse con su inescindible condición reproductiva; situaciones estas que de presentarse en el mismo tiempo generan complejidad en el manejo para las **empresas** y en muchos **casos** desprotección a la trabajadora.

En Colombia, la Carta Política de 1991 estatuyó de manera clara la protección especial de la cual goza la mujer, asegurando su plena participación en todas las esferas del Estado. Tal aseveración, se encuentra contenida en el artículo 43 que reza: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada (...)” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Sin embargo, y a pesar del ordenamiento constitucional y legal para el amparo laboral de la mujer en estado de gravidez, en el país se ha presentado inobservancia a las reglas jurídicas sobre el tema; como muestra de ello, se enseñan las cifras expuestas por la Encuesta Nacional de Demografía y Salud (Ende), adelantada por Profamilia, la cual afirma que para el año 2005 con un número aproximado de 51.000 mujeres encuestadas, al 27% de ellas les pidieron prueba de embarazo cuando solicitaron trabajo; al 5% les exigieron prueba de SIDA; al 2% le solicitaron certificado de esterilización y al 4% las despidieron del trabajo por estar embarazadas (Profamilia, 2005).

Entonces, la pregunta que surge es ¿Existe en Colombia un nivel adecuado de protección jurídica para la mujer trabajadora en estado de embarazo o lactancia? Bajo este interrogante, se desarrollará la presente disertación, mostrando los avances normativos internacionales en la materia, la evolución de la legislación nacional y la interpretación de las reglas jurídicas vigentes por **parte** Corte constitucional para la adecuada aplicación de las mismas.

Metodología

El presente artículo, utiliza un método de investigación descriptivo y explicativo, que en palabras de Hernández y otros se refieren a: “los estudios descriptivos se centran en recolectar datos que muestran un evento, una comunidad, un fenómeno, hecho contexto o situación” (Hernandez, Fernandez y Baptista, 2003, p. 120).

Para la recolección de la información, se utilizaron fuentes primarias y secundarias; las primarias están constituidas por la Constitución política, leyes, decretos, pronunciamientos de la corte constitucional y documentos de centros académicos. En lo que respecta a las fuentes secundarias, provienen de documentos publicados por la ONU, OIT, instituciones gubernamentales y libros y artículos relacionados.

El presente escrito muestra en un primer momento, el concepto de maternidad y las normas expedidas a nivel internacional para su protección. En segundo lugar, explica la evolución legislativa colombiana y las reglas jurídicas vigentes. En un tercer momento, expone el concepto de estabilidad laboral reforzada y la línea jurisprudencial de la Corte constitucional sobre el tema; y por último se presentan las conclusiones.

Concepto de Maternidad y su protección internacional

Para hablar de protección jurídica a la mujer en estado de embarazo y en periodo de lactancia, es necesario referirnos al primigenio concepto de maternidad, el cual según el diccionario de la Real Academia Española es el “estado o cualidad de madre”; teniendo en cuenta, que los estudiosos del tema coinciden en que esa condición, no se agota con la concepción y el parto sino que por el contrario se extiende al crecimiento y desarrollo de los hijos.

Ahora bien, para abordar la investigación aquí planteada, es imperioso indicar que se tratara el tema de la maternidad desde el punto

de vista jurídico-laboral, esto es la protección legal a la mujer trabajadora en estado de embarazo o lactancia y referente a su estabilidad en el empleo y condiciones especiales de trato durante las épocas mencionadas.

Para iniciar la discusión, hay que decir que en el ámbito internacional, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, se exhorta a los Estados a proteger de manera especial el fenómeno de maternidad; es así, como en el numeral 2 del artículo 25, consagra que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...” (Organización de Naciones Unidas, 1948).

Asimismo, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, establece: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.” (Organización de Naciones Unidas, 1966).

En el mismo sentido, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), expedida por la ONU en 1979, en su artículo 11 expresa que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo”. En la misma norma, numeral 2.a. se enuncia: “Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad...”, y 2.b. “Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.” (Organización de Naciones Unidas, 1979).

Por su parte, la Convención americana de derechos humanos, en el protocolo de San Salvador, reitero la protección especial a la maternidad en los siguientes términos del numeral 2 del artículo 9, entrándose del derecho a la seguridad social “cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1988).

Refiriéndose al mismo tema, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha generado distintas normas, entre las cuales es importante resaltar el convenio 183 “Convenio sobre la protección a la maternidad”, el cual establece diferentes tópicos de amparo y garantías a las mujeres trabajadoras y entre los que tienen mayor relevancia los siguientes:

- La licencia de maternidad debe ser por lo menos de 14 semanas, con un monto de prestaciones que no deberá ser inferior a las dos terceras partes de sus ganancias anteriores o a una cuantía comparable, para la garantía de su mantenimiento y el de su hijo en condiciones de salud apropiadas y con un nivel de vida adecuado.
- La adopción de medidas que garanticen que no se obligue a las embarazadas o a las madres en período de lactancia a realizar trabajos perjudiciales para su salud o la de su hijo.
- La prohibición a los empleadores para despedir a una mujer durante el embarazo, o durante su ausencia por licencia de maternidad, o después de haberse reintegrado al trabajo.
- La garantía a la mujer a reintegrarse en el mismo puesto de trabajo o en un puesto equivalente con la misma remuneración.
- El derecho para la madre lactante a una o más interrupciones al día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo. (Organización Internacional del Trabajo, 2000).

Evolución legislativa y normas vigentes en Colombia

El reconocimiento y ejercicio de los derechos sociales, culturales y económicos de la mujer, de los que hace parte el derecho al trabajo, ha sido progresivo y posible gracias a los resultados de prolíficos

movimientos sociales y académicos en diversas ciencias y disciplinas, que han reclamado la inclusión y propugnado por tratamientos igualitarios entre hombres y mujeres, así como por consideraciones diferenciales en razón del género (Montoya, p.258).

Es así, como en Colombia, desde 1938 con la expedición de la ley 53 “*Por la cual se protege la maternidad*” y su decreto reglamentario 1632 del mismo año, se inicia la regulación normativa sobre el tema. Allí, se establece la imposibilidad de despedir de su trabajo a la mujer en estado de gravidez, una licencia remunerada por maternidad de 8 semanas, espacios para la lactancia, entre otros beneficios (Congreso de Colombia, 1938).

Más adelante, el decreto 1390 de 1943, desde el artículo 3, ordenó la protección a la maternidad tanto en la atención médica como en los servicios hospitalarios que se requiriesen, según prescripción médica (Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión social, 1943).

Con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo mediante los decretos 2363 y 3743 de 1950, se avanzó en la protección la maternidad. Es así, como el Título VIII, Capítulo V establece la protección a la maternidad y protección de menores, el cual reza que “la Maternidad gozará de la protección especial del Estado”. A renglón seguido, consagra diferentes situaciones que se pueden presentar en torno a su condición de madre gestante, en la cual salta a la vista la prohibición expresa de despedir a una trabajadora por su condición de embarazo o lactancia, estipulado en el artículo 239.

En la misma norma, artículo 236, se reitera el número de 8 semanas que deberán cancelarse a la trabajadora por descanso remunerado y con el 100% de la remuneración, y se enfatiza en la nulidad del despido de su trabajo a la mujer en estado de embarazo o lactancia. Además, el pago adicional de 60 días de salario por

concepto de indemnización a la trabajadora despedida en razón a su maternidad y el reconocimiento de las demás acreencias laborales (Congreso de Colombia, 1951).

Continuando con la evolución legislativa en la materia, se hace imperioso mencionar la ley 50 de 1990, que trajo consigo importantes reformas al derecho laboral en Colombia. Para el caso de la protección a la maternidad, estableció el aumento de la licencia de maternidad de 8 a 12 semanas, asimismo, hizo extensivo el mencionado beneficio a la madre adoptante del menor de siete años y al padre adoptante cuando carezca de cónyuge o compañera y en último lugar, permitió a la madre, la posibilidad de ceder al padre una de las semanas de la licencia (Congreso de Colombia, 1990).

Con la expedición de la constitución política de 1991 y la nueva concepción de Estado como “social de derecho”, se establecen en Colombia, lineamientos normativos superiores que amparan los derechos fundamentales y a la condición natural del ser humano. Sobre la protección a la mujer y la maternidad la Carta Política de 1991 estatuyo de manera clara su tutela, asegurando su plena participación en todas las esferas del Estado. Tal afirmación se encuentra contenida en el artículo 43 que reza: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada (...)”.

De lo anterior, se puede evidenciar el tratamiento no especial, sino por el contrario, diferencial en razón del género, reconociendo en este capacidades, calidades, cualidades, actitudes y aptitudes propias, generadoras de progreso y cambio. Ello, sin desconocer el desarrollo normativo que en la materia consagra la Constitución Política de 1991, tales como el derecho a la igualdad entre personas (artículo

13)¹, el derecho al trabajo (artículo 25)², principios fundamentales del derecho del trabajo (artículo 53)³ entre otros.

Respecto a los requisitos que deben reunir las madres trabajadoras para obtener el periodo de descanso y el respectivo auxilio económico por licencia de maternidad, el decreto 806 de 1998, fijo en el artículo 63, que para obtener los mencionados beneficios, la afiliada al sistema de salud, debería haber cotizado por lo menos por un periodo igual al periodo de su gestación (Ministerio de Salud, 1998).

Adicionalmente, el decreto 1804 de 1999, mediante el artículo 21, exige que de los últimos 6 pagos por cotización al sistema de salud durante la gestación, por lo menos 4 deben ser cancelados oportunamente, de lo contrario se negaría el beneficio (Presidencia de la Republica, 1999).

Como si fuera poco, el Decreto 047 de 2000 a través del artículo 3, sumo la exigencia de haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo el período de gestación (Presidencia de la Republica, 2000).

1 Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

2 El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

3 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.

Sin embargo, y teniendo en cuenta las innumerables acciones de tutela que se presentaban por parte de las trabajadoras reclamando los beneficios por la maternidad cuando incumplían alguno de los tópicos anteriormente mencionados, que justificaban la negación del reconocimiento de las prestaciones por parte de la Entidad Promotora de Salud-E.P.S, la Corte **constitucional tomo** una decisión ecléctica en la sentencia T-1223 de 1998, en los siguientes términos:

1. *Mujeres pobres que pagaron tarde: Cuando la mujer que solicita el pago de la licencia de maternidad tiene un Ingreso Base de Cotización inferior a un salario mínimo y durante el período de gestación ella o su empleador han efectuado, algún pago de la cotización extemporáneo y la EPS ha recibido el pago y se ha allanado en consecuencia, a la mora. En este caso, procede el pago completo de la licencia.*
2. *Mujeres pobres que pagaron incompleto: Cuando la mujer que solicita el pago de la licencia de maternidad tiene un Ingreso Base de Cotización inferior a un salario mínimo y ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud un período inferior a la duración de su gestación. En este caso, la compensación opera de la siguiente manera:*
 - a. *si ha dejado de cotizar hasta diez semanas, procederá el pago completo de la licencia.*
 - b. *si ha dejado de cotizar once o más semanas, procederá el pago proporcional de la licencia conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación.*

En ninguno de estos casos puede haber transcurrido más de un año entre el nacimiento y la solicitud del pago de la licencia (Corte Constitucional, 2008).

Continuando con el avance legislativo, es pertinente mencionar que mediante la “Ley María”-755 de 2002, se estableció la licencia

de paternidad, la cual consagra que el padre trabajador cotizante al sistema de salud, pueda gozar de 8 días⁴ de permiso remunerado, con el ánimo de acompañar a su hijo en los primeros días de vida (Congreso de Colombia, 2002).

Con todo, se haría necesario expedir una regla que compilara la normatividad vigente sobre la protección a la maternidad y que permitiera avanzar en la implementación de beneficios a tan incomparable situación, además de responder a las exigencias de los organismos internacionales sobre el tema.

Pues bien, en el año 2011 se expide la ley 1468 hoy vigente, la cual modifica los artículos 236 y 239 del ya mencionado código sustantivo del trabajo, reforzando la protección jurídica a la maternidad en los siguientes términos:

- Extiende de 12 a 14 semanas remuneradas el término de la licencia de maternidad, con el ideal de que las primeras 2 semanas se tomen en época preparto y las otras 12 posparto.
- Reitera la prohibición de despedir a la mujer trabajadora por motivo y durante el periodo de embarazo o por lactancia en los 3 meses siguientes al parto.
- Amplia los beneficios de maternidad a las madres de niños nacidos prematuramente y a las madres con partos múltiples, ampliando el término de la licencia en razón a la fecha del parto.
- Insiste en el término de licencia de paternidad por 8 días para el padre del recién nacido que cotice al sistema de salud (Congreso de la Republica, 2011).

4 La ley 755 de 2002, fijó inicialmente 4 días de licencia cuando solo el padre cotizaba al sistema de salud y 8 días cuando cotizaban padre y madre, pero la corte constitucional mediante sentencia C-174 de 2009, la extendió a 8 días para los dos casos.

Análisis jurisprudencial

La Corte constitucional colombiana desde sus inicios ha tenido una intensa actividad interpretativa en cuanto a la protección de la maternidad se refiere. En primer lugar, es pertinente indicar que el desarrollo jurisprudencial desde la alta corporación se inicia con algunas sentencias de tutela expedidas en los años 1992-1993, precisando que el problema jurídico de la protección laboral a la mujer en estado de embarazo o lactancia es tocada por primera vez, con un análisis profundo en la sentencia T-179 de 1993 con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero, la cual se puede identificar como la sentencia hito fundadora de línea.

En el mencionado fallo, se analizan entre otros temas, la protección especial a la mujer en estado de embarazo y los derechos que le asisten, entre ellos el derecho al trabajo, fundamentándose en la declaración universal de los derechos humanos, el convenio N:3 de O.I.T y las normas constitucionales y legales locales y cuyos apartes se citan a continuación:

La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. 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. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Esta disposición no tiene antecedentes en materia constitucional. La necesidad de proteger a las mujeres en estado de embarazo radica en la protección como “gastadora de la vida”. Esta condición que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla (Corte Constitucional, 1993).

Es claro entonces que la Corte inicia una doctrina constitucional con esta sentencia que enmarca la especial protección a los derechos

de la mujer en estado de embarazo acudiendo a la aplicación del **estado social de derecho** mediante normas internacionales y locales que permiten que los sujetos más susceptibles a vulneración sean protegidos de manera especial.

En el desarrollo jurisprudencial del problema jurídico tratado se encuentran múltiples fallos emitidos por la Corte entre los años 1993-1996 reiterativos de jurisprudencia, entre los cuales se puede mencionar, las sentencias T-606 de 1995, T-694 de 1996, y la T-568 de 1996 entre otras, las cuales acuden a los postulados planteados en la sentencia T-179 de 1993 para fundamentar sus fallos.

Para el año de 1996 con la sentencia C-710, se analiza por cargos de constitucionalidad el artículo 240 del **código sustantivo del trabajo**, allí se conceptualiza la doctrina constitucional sobre la protección a los derechos de la mujer en estado de embarazo y aparece como principio protector de la mujer trabajadora en estado de embarazo *la estabilidad reforzada*, entendiéndose esta como la protección legal a la mujer trabajadora embarazada para que no sea despedida de su trabajo, excepción hecha de obtener el empleador permiso del inspector de trabajo, y para lo cual procederá indemnización para la afectada.

Es pertinente citar algunos apartes de este fallo de constitucionalidad:

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, 1996).

Más adelante, en el año de 1997 la misma corporación emite el fallo C-470 (sentencia hito) en virtud de demanda de constitucionalidad del artículo 239 del código sustantivo del trabajo y con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero; allí la Corte reconceptualiza su tesis sobre el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, indicando que aunque el tema ya había sido tratado en anteriores sentencias tales como la C-710 de 1996, es necesario unificar criterios acerca de los derechos de las trabajadoras embarazadas, e indica que no solo procede la indemnización especial por despido en estado de embarazo prevista en el ordenamiento laboral, sino que además, si se comprueba que no hubo justa causa para el mismo, se entenderá que el despido de la mujer embarazada trabajadora es ineficaz y se entenderá que entre las partes sigue operando la relación laboral con todos sus deberes y derechos.

Esta nueva doctrina constitucional sobre el despido de una mujer trabajadora embarazada amplía sus efectos también a las mujeres que laboren como servidoras públicas.

Obsérvese algunos apartes de dicho fallo:

Por todo lo anterior, la Corte Constitucional concluye que la única decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP art 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP arts. 43 y 53), de suerte que debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora

durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz.

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 trabé 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, 1997).

Durante los periodos 1997-2000 la Corte constitucional sigue aplicando la doctrina expuesta en la C-470 del 97, a través de sentencias reiterativas como la T-739 de 1998 y T-315 de 1999.

En el año 2000 mediante la sentencia T-494 de 2000 se ratificó la existencia del derecho a la *estabilidad reforzada*, reiterando que el embarazo no puede ser la razón para la desvinculación laboral de la trabajadora (Corte Constitucional, 2004)

En el mismo año, a través de la sentencia T-778 la Corte consolida los parámetros para la protección constitucional de la mujer trabajadora embarazada y los fija así:

- a. *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'.*
- b. *La mujer embarazada goza del derecho fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que conlleva el derecho fundamental a no ser despedida por ese hecho. Por consiguiente, la terminación unilateral de los contratos laborales por causa de embarazo puede rebasar los límites legales y adquirir el rango constitucional.*
- c. *Por lo anterior, el despido en los periodos legalmente amparados dentro de la maternidad y de la lactancia, sin que medie autorización previa del funcionario competente, será considerado nulo.*
- d. *Por regla general, la acción de tutela no procede para obtener el reintegro al cargo por ineficacia del despido, como quiera que el mecanismo procesal adecuado es la demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, en caso de empleados privados o trabajadores oficiales y, la acción contenciosa ante la jurisdicción contencioso administrativa para las empleadas públicas. No obstante, esta regla tiene una excepción, esto es, la desvinculación al empleo de la mujer embarazada sólo puede pretenderse a través de*

acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable cuando se busca proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido.

- e. *La procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la estabilidad, el empleo debe ser evaluado por el juez en cada caso concreto, analizando las condiciones objetivas del despido y subjetivas de la mujer embarazada.*
- f. *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 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* (Corte Constitucional, 2000).

Durante los años 2000-2008 la Corte sigue aplicando la doctrina sobre el tema expuesta desde el año 1997, sin embargo en el año 2008 con la sentencia T-095 amplía su propia doctrina, indicando que el principio de solidaridad debe tener aplicación

directa en la protección al empleo de la mujer embarazada, teniendo en cuenta que es una responsabilidad del Estado pero también de la sociedad y los particulares (Corte Constitucional, 2008).

Es así, como la doctrina constitucional ha permitido que la protección a la maternidad se amplíe y evolucione, siendo reiterada en sentencias como la T-141 de 2008, T-005 de 2009, T-004 de 2010 y T-069 de 2010.

Por último, y respecto a la norma vigente (ley 1468 de 2011), la Corte interpreta sus alcances a través de la sentencia T-646 de 2012, allí expresa:

En ese desarrollo, el legislador al definir y establecer la licencia de maternidad, trazó tres propósitos inviolables: (i) propiciar que la madre goce de un mayor descanso, que en parte le permita recuperarse y cuidar a su niño; (ii) resguardar el derecho al mínimo vital, gracias a la continuación de la remuneración; (iii) reafirmar la responsabilidad social que debe existir entre la madre y el empleador, y la solidaridad de éste, con miras a la protección del nuevo miembro de la familia (Corte Constitucional, 2012).

En suma, se puede afirmar que desde la vigencia de la carta política del 91, el alto tribunal constitucional ha logrado a través de su jurisprudencia fortalecer la protección, referente al fuero de maternidad y la estabilidad reforzada derivada del embarazo.

No obstante, como lo menciona la profesora Goyes Moreno, las mujeres se han visto obligadas a recurrir a la tutela como el único mecanismo efectivo para impedir la vulneración del derecho fundamental a la protección por maternidad. Las líneas jurisprudenciales sobre el tema que ha construido la Corte en los últimos años, devela la desafortunada realidad de un ámbito laboral que discrimina a la mujer por causa de embarazo, sin embargo, dichos pronunciamientos han restituido a las trabajadoras gestantes, la valoración y reconocimiento que les otorga el constituyente (Goyes Moreno, 2011, p. 194).

Por último, y así como lo afirma Gómez Hoyos, cabe destacar que Colombia es un país con un grado avanzado de protección a la maternidad, pero que podría evolucionar aún más si se tuviesen en cuenta algunas figuras que operan en otros países para el caso del cambio de funciones de la trabajadora, durante el embarazo o después del parto (Gomez Hoyos , 2005, p. 193).

Conclusiones

Como resultado de las líneas anteriores, se puede colegir que Colombia, ha evolucionado notablemente en el régimen de protección al “fuero de maternidad”, logrando un nivel adecuado de amparo. Asimismo, generó un mayor alcance a los beneficios implementados, como resultado del desarrollo normativo y jurisprudencial de los principios constitucionales impuestos por la **carta política** de 1991.

Desde allí, es claro el afán de la Constitución y la Ley en garantizar y salvaguardar los derechos de la mujer en relación al trato igualitario que ha de dársele frente al hombre. Pero, el trato igualitario entre hombres y mujeres debe traer implícito diferenciaciones entre uno y el otro en razón del género, pues el hecho de ser mujer, pone de presente la capacidad de crear vida, argumento que sirve de base para proteger de manera especial los derechos y garantías de **ésta**, máxime si ostenta la calidad de trabajadora y se encuentra en estado de embarazo, pues operará para ella la estabilidad laboral reforzada, que no es otra cosa que la garantía de estabilidad laboral y prohibición de despido por parte del empleador a causa del embarazo de ella.

No obstante, el desconocimiento del derecho a la estabilidad reforzada para parte de las trabajadoras colombianas en periodo de maternidad, por algunos empleadores; y la incapacidad administrativa del Estado para hacer cumplir la norma, en muchas ocasiones hace nugatorio su eficacia.

Aunado a lo anterior, la alta tasa de desempleo en Colombia (para las mujeres 12,3%, fue superior a la de los hombres en 7,4%) y especialmente el alto índice de informalidad laboral, (la proporción de ocupados informales fue 51,3%), teniendo en cuenta el último dato del DANE que opera para el trimestre Agosto-Octubre de 2012 (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2012), no permiten que gran parte de las trabajadoras en el país, puedan realizar sus cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, impidiendo que un número significativo de ellas pueda optar por los beneficios de protección a la maternidad.

Finalmente, se recomienda que la protección a la maternidad de las trabajadoras en Colombia se garantice, no solo con las herramientas que el ordenamiento jurídico ofrezca, sino además, por la concientización que el Estado y los empleadores tengan sobre el tema y las acciones que se orienten a efectivizar el reconocimiento de las prestaciones en tal situación, especialmente para las trabajadoras en mayor grado de vulnerabilidad.

Referencias bibliográficas

Montoya Ruiz, A. (2010). Mujeres y trabajo ¿Derecho u ocupación? *Revista de la Facultad de derecho y ciencias políticas*, 40 (113), 255-272.

Asamblea Nacional Constituyente. (04 de 07 de 1991). *Constitucion Política* de Colombia.

Profamilia. (2005). *Profamilia*. Profamilia, Bogota.

Hernandez, Fernandez y Baptista. (2003). *Metodologia de la Investigacion*. Mexico: MacGraw-Hill.

Organizacion de Naciones Unidas. (10 de 12 de 1948). *Declaracion Universal de Derechos Humanos*. Retrieved 16 de 01 de 2013 from Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Organizacion de Naciones Unidas. (16 de 12 de 1966). *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Retrieved 16 de 01 de 2013 from <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

Organización de Naciones Unidas. (18 de 12 de 1979). **ONU**. Retrieved 17 de 01 de 2013 from <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

Convencion Americana de Derechos Humanos. (17 de 11 de 1988). *Organizacion de los Estados Americanos*. Retrieved 18 de 01 de 2013 from <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>

Organización Internacional del Trabajo. (30 de 05 de 2000). **OIT**. Retrieved 11 de 01 de 2013 from http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/genericdocument/wcms_114197.pdf

Congreso de Colombia. (29 de 04 de 1938). Ley 53 de 1938: Por la cual se protege la maternidad. *Diario Oficial No 23.764*.

Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión **social**. (26 de 07 de 1943). Decreto 1390 de 1943. *Diario Oficial No 25.305*.

Congreso de Colombia. (07 de 06 de 1951). **Codigo** Sustantivo del Trabajo. *Diario Oficial No 27.622*.

Congreso de Colombia. (28 de 12 de 1990). Ley 50 de 1990. "Por la cual se hacen reformas al **codigo sustantivo del trabajo** y se dictan otras **dispc**osiciones". *Diario Oficial 39.618*.

Ministerio de Salud. (05 de 05 de 1998). Decreto 806 de 1998: Por el cual se reglamenta la **afiliacion al regimen** de seguridad social en salud. *Diario oficial 43.291*.

Presidencia de la **Republica**. (17 de 09 de 1999). Decreto 1804 de 1999: Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 43708*.

Presidencia de la **Republica**. (07 de 02 de 2000). Decreto 047 de 2000: Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 43.882*.

Corte Constitucional. (05 de 12 de 2008). T-1223 de 2008. **M.P** Manuel Jose Cepeda.

Congreso de Colombia. (25 de 07 de 2002). Ley 755 de 2002. *Diario Oficial No. 44.878*.

Congreso de la **Republica**. (30 de 06 de 2011). "Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial No. 48.116*.

Corte Constitucional. (07 de 05 de 1993). T-179 de 1993. M.P Alejandro Martinez Caballero.

Corte Constitucional. (09 de 12 de 1996). C-710 de 1996. M.P Jorge Arango Mejia.

Corte Constitucional. (25 de 09 de 1997). C-470 de 1997. M.P Alejandro Martinez Caballero.

Corte Constitucional. (20 de 05 de 2004). T-494 de 2000. M.P Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (22 de 06 de 2000). T-778 de 2000 M.P Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (07 de 02 de 2008). T-095 de 2008. M.P Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional. (23 de 08 de 2012). T-646 de 2012. M.P Nilson Pinilla Pinilla.

Goyes Moreno, I. (2011). *Mujer, Maternidad y Trabajo en Colombia*. Pasto-Nariño: Universidad de Nariño.

Gomez Hoyos, D. (2005). Legislación Laboral Referente a la Protección a la Maternidad en países de Centro y Sudamerica. *Dikaion*, 19 (14), 179-198.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (10 de 12 de 2012). Informe Trimestre móvil Agosto- Octubre 2012: Desempleo e Informalidad. Bogotá, Colombia: DANE.

Marulanda, I., Perry, G., Benitez, J., Cuevas, T., Garzón, A., & Guerrero, G. (1991). *Régimen Económico. Libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del estado. Informe de Ponencia. Comisión Quinta - Subcomisión Primera*. Bogotá: Secretaría General Asamblea Nacional Constituyente.

Marulanda, I., Perry, G., Benitez, J., Cuevas, T., Garzón, A., & Guerrero, G. (1991). *Régimen Económico. Libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del estado. Informe de ponencia - Comisión Quinta*. Bogotá: Secretaría General Asamblea Nacional Constituyente.

García Pelayo, M. (1982). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.

Defensoría del Pueblo. (2005). *Estado social y democrático de Derecho y derechos humanos*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Dalla Via, A. R. (2006). *Derecho Constitucional Económico* (Segunda Edición ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis.

Lequizamón Acosta, W. (2002). *Derecho económico Fundamentos*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Palacios Mejía, H. (2007). La Constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios. *Revista Contexto*, 39 - 56.

Atehortua Ríos, C. A. (2008). *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de de controles*. Bogotá: Universidad Externado.