

IASP-AIPS

# DP 08/20 AVANCES JURISPRUDENCIALES EN LA PROTECCION A LA MATERNIDAD EN COLOMBIA

*Martha Elisa Monsalve Cuellar*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Normas Internacionales del Trabajo. – 3. Normas Nacionales. – 4. Aportes Jurisprudenciales. – 5. Proyecto de Reforma al Derecho Laboral y Pensional. – 6. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Es indudable el esfuerzo y la preocupación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), desde sus comienzos, en la protección de la mujer, exonerándola de la jornada nocturna y mejorando sus condiciones laborales por medio de diversos convenios como, por ejemplo:
El convenio 3 de 1919 sobre profesional a la maternidad, el convenio 103 de 1953 que protege a la mujer en el estado de embarazo, parto y postparto, y el convenio 183 del 2000 sobre lactancia, que propone la reducción de la jornada diaria, permitiendo que la madre, tome uno o varios espacios para la lactancia

de su hijo hasta seis meses después del parto (Normlex, 2024, *Ratificaciones de Colombia).* Todo esto, pensando en su tarea asignada por la naturaleza de reproducción del género humano, una labor que, sin duda alguna, es extenuante en todas sus etapas.

## 2. NORMAS INTERNACIONALES DE TRABAJO

Este proceso genera innumerables demandas físicas, emocionales y mentales, y requiere, de forma irrefutable, tiempo, paciencia y dedicación por parte de la figura materna. Sin embargo, se ha ido más allá concediendo la licencia de paternidad, que en la legislación colombiana procede desde el artículo 236. Esta licencia, permite un descanso remunerado por el nacimiento de un hijo, sin embargo, en 2021 mediante ley 2114, el periodo de tiempo estimado de licencia, aumentó a dos semanas y el gobierno actual altamente proselitista y garantista propone de 12 semanas.

Siendo así, con el debido respeto que me merecen los padres; más allá de aumentar el trabajo de las mujeres por el machismo que caracteriza nuestras sociedades, heredado de los españoles, nuestros colonizadores, quienes a su vez fueron influenciados por la dominación árabe de cuatro siglos ¿Qué aporte van a realizar en el ámbito doméstico?

Si bien es cierto, el convenio 156 de la OIT y la recomendación 165 (Normlex, 2024, *Ratificaciones de Colombia)*, llaman la atención sobre las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares, y que esto, conlleva la armonización de la vida laboral con la personal y familiar, esto no puede llevarse a excesos innecesarios y poco efectivos, como puede ser considerado el aumento en la licencia de paternidad, siendo pertinente resaltar que el convenio 175 de la misma organización (*Ibid*), ya prevé la posibilidad de pactar el tiempo parcial para atender esas responsabilidades, siempre y cuando no se afecte la productividad tan baja en los países en vía de desarrollo.

Para ilustrar este fenómeno, siempre acudo a la sabia afirmación que tuvo sus inicios con Baltasar Cavazos en su obra *La Concertación Social y el Pacto Económico de Solidaridad* y que fue adoptada y adaptada por varias figuras emblemáticas como el maestro Néstor De Buen Lozano en su texto *La Decadencia Del Derecho Al Trabajo*, "Todo proteccionismo puede ser excesivo si se olvidan las realidades económicas y sociales". (2001, p.36).

El aumento de las semanas de descanso por maternidad y lactancia, que pasó de 4 a 12 y luego a 18, se convirtió en un factor de discriminación en el empleo, lo cual está prohibido por el Convenio 111 de la OIT (Normlex, 2024, *Ratificaciones de Colombia)*. Sin embargo, esta discriminación ha sido imperceptible, lo que otorga plena validez a la afirmación de este destacado jurista mexicano. Las intenciones de protección y apoyo a la mujer, a través de la ampliación de los periodos de descanso por maternidad y lactancia, pueden resultar en efectos contraproducentes. A pesar de las disposiciones legales que buscan erradicar la discriminación laboral, la realidad demuestra que el incremento de semanas de descanso ha contribuido, de manera sutil pero significativa, a la perpetuación de prácticas discriminatorias en el ámbito laboral. Esta situación, lejos de garantizar la igualdad y la equidad, ha generado un entorno donde los trabajadores enfrentan obstáculos adicionales en su inserción y permanencia en el empleo, lo que refuerza la validez de la afirmación de Baltasar Cavazos. Así, se hace evidente que el exceso de

protección puede, paradójicamente, llevar a una desprotección que socava los derechos y oportunidades de las mujeres en el ámbito laboral.
Como ha quedado dicho en la parte introductoria de esta intervención, la gran preocupación de la OIT fue la mujer, partiendo de su denominación de “sexo débil”, que en definitiva no compartimos, ya que es muy difícil encontrar demostraciones de mayor fortaleza que el hecho en sí de la maternidad y crianza de los hijos, que garantiza la supervivencia del género humano y que ante la decisión de la mayoría de las parejas actuales de no tener hijos y conformar hermosas familias mascotas de diversas especies, presentara un cambio demográfico muy relevante que debe empezar a ser materia de consideraciones muy especiales por sus efectos sociopolíticos y económicos.
No son únicamente las normas protectoras desde la OIT, sino los tratados relativos a la protección a la mujer con énfasis en el periodo de maternidad y lactancia, que, en los tiempos de Marta Lucia Ramírez como ministra de relaciones exteriores en Colombia, se dedicó a recopilar y publicar en una cartilla dirigida a los operadores jurídicos, donde se resaltan las diferentes normas de carácter internacional relativas al tema que nos concierne.

## 3- NORMAS NACIONALES

Colombia es miembro fundador de OIT, así como integrante de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), misma institución que designo al país como órgano asesor, y aunque no se encuentra firmando en el acta de constitución, si posee el carácter de fundadora junto con los demás países. Dado lo anterior, Colombia, como país m miembro de la ONU, tiene la obligación de ratificar los convenios adoptados por la OIT, siempre y cuando, previo examen de constitucionalidad, no choque contra la carta magna, o en el caso de los convenios sobre derechos humanos examinados por dicha corte, deben ingresar a la normatividad nacional por el bloque de constitucionalidad que rige desde 1991 en nuestra carta magna, de lo contrario en diciembre de cada año debe notificar al director general las razones de la no ratificación, comprometida por un país con larga trayectoria de ratificaciones como lo es Colombia, que con 63 convenios ratificados ha expedido muchas normas protectoras a la maternidad, razón por la cual, desde el decreto ley 2351de 1965 que desarrollo la ley 6ª de 1945, primer estatuto legal en materia laboral, las mujeres colombianas, han tenido una especial protección a raíz de la maternidad y lactancia.
Dado lo anterior, cursa en el congreso el proyecto de ley 2357 de 2024 mediante el cual se adopta el convenio 183 de 2000 (Normlex, 2024, *Ratificaciones de Colombia)*, que no ha cumplido con el debido proceso parlamentario, esto, debido a la saturación del congreso por las reformas sociales propuestas por el gobierno actual. Hasta ahora, desconocemos las razones dadas por el gobierno colombiano a la OIT dentro del compromiso de ratificación en 12 meses.

## 4- APORTES JURISPRUDENCIALES

Ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que más ha aportado a la protección a la maternidad, como se evidencia en la sentencia T-1223 de 1993 de Alejandro Martínez Caballero, quien estableció el fuero reforzado de

maternidad basado en la teoría de la presunción de despido injustificado por razón del embarazo o lactancia**.** Por otro lado, la Ley 100 de 1993, en sus artículos 155 y 166, establece especial protección a las madres durante el estado de embarazo y lactancia, y hace énfasis en la protección a las madres por parte del plan obligatorio de salud y el subsidiado. En 1998, mediante el Decreto 806, se establece el pago de incapacidades para mujeres en estado de embarazo por parte del empleador, sea este público o privado. La Ley 823 de 2023 recoge los reparos a la diferenciación entre el régimen obligatorio y el subsidiado. (Natalia Milena Ramírez, Fuero maternal en Colombia legislación e interpretación constitucional. Creative Commons Norma lex OIT).
Asimismo, se expide la Ley 1468 de 2011, que aumenta las semanas de licencia por maternidad de 12 a 14 semanas, modificando los artículos 57 y 58 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) e introduciendo a la madre adoptante y la modalidad subrogada. Esta sentencia, hito en la jurisprudencia constitucional, ha sido seguida por numerosas como la T-606 de 1995, T-694 de 1996 y la T-568 de 1996, todas reiterando la sentencia de 1993 de Martínez Caballero sobre el fuero reforzado de maternidad.
Además, es la C-710 de 1996 la que declara como ineficaz el despido de la mujer por el estado de embarazo, condenando al empleador al reintegro con el pago de todas las acreencias laborales, como si el contrato de trabajo o relación laboral no hubiera tenido ninguna interrupción. Pero tal vez la más contundente es la C-470 que, aunque recoge la tesis del fuero reforzado de maternidad, cuestiona el pago de la indemnización por el despido injustificado, pues al pagar todas las acreencias, el vínculo laboral nunca se dio por terminado. Si bien es cierto que nuestra Corte Constitucional ha sido calificada como de avanzada, nosotros, con todo respeto, la calificamos demasiado garantista**,** lo que se aleja de la realidad económica del mundo.

## 5.-PROYECTOS DE REFORMA LABORAL Y PENSIONAL EN COLOMBIA

Colombia, a raíz del cambio de gobierno por uno de tendencia izquierdista, ha recibido una ola de reformas, y en estos dos temas ha sido insistente. A pesar del hundimiento de la primera, la segunda con más de 100 demandas de inconstitucionalidad ha seguido la orientación reformista. Como hemos mencionado, en la reforma laboral se insistió en el aumento a doce semanas de la licencia parental, lo cual no encontramos justificado, y ya expresamos razones. Pero, además, debemos recordar que, gracias a la inequidad salarial entre hombres y mujeres, al liquidar esa semana que la mujer cede al hombre de sus 18, ellos no la solicitan por recibir una compensación menor a su salario, con lo que demuestran también lo poco atractivo que les parece participar de los quehaceres que conlleva la maternidad, si esas doce semanas van a tener la similitud en monto compensatorio; menos les va a interesar.
En segundo lugar, lo que se necesita es trabajo y productividad para salir de la pobreza. Ya se ha reducido la jornada laboral en dos horas y vamos camino a la tercera, y los resultados generales expedidos por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) evidenciaron que la tasa de productividad del 2023 en Colombia fue un aproximado de -1%, (2024, *1. Resultados generales de la productividad valor agregado 2023pr),* lo cual no es una buena señal para la economía del país y menos para su crecimiento económico. En la reforma pensional, las cosas no están mejor; se propuso

reducir las semanas de cotización para las mujeres que tuvieran hasta tres hijos, así como la reducción de la edad. Recientemente**,** en una de sus intervenciones políticas, el presidente propuso la disminución de la edad pensional, desconociendo el fenómeno del envejecimiento mundial, la longevidad y la tasa de natalidad baja. Esto está completamente a espaldas de la realidad del mundo entero; en Europa, se han venido aumentando las edades y la permanencia en el trabajo como solución a la financiación y sostenibilidad de los regímenes pensionales. La demagogia arrastra con todo.

**7.-CONCLUSIONES**

Mientras se insista en dotar a las mujeres de mayores garantías laborales, lo que a la postre se convierte en factor de discriminación en el empleo por que no se les dan oportunidades y por el contrario hay una muy velada discriminación, recordando que son garantías no solicitadas por ellas, en consideración a su doble papel, sufrirán las consecuencias de la discriminación en oportunidades y salarios. Es un deber atender a la realidad y sus consecuencias. La realidad siempre es necia y luminosa, aunque no siempre bella, y es importante que estas garantías se ajusten a esa realidad para evitar efectos contraproducentes que puedan perpetuar o agravar problemas estructurales en el ámbito laboral.

No es a través de normas laborales ni de disminución de condiciones frente a requisitos legales que se aducen por la maternidad donde hay un verdadero reconocimiento a su doble papel. Se ha insistido en una protección de carácter laboral con hechos que en la sociedad moderna las familias disfuncionales pueden cubrir igualmente a padres adoptantes o parejas del mismo sexo.

Es la protección social con sus nueve ramas, la llamada a dar una protección integral desde el momento de la concepción hasta después de la muerte y contribuir en lo pertinente al alivio de esa carga que conlleva la maternidad y el cuidado de los hijos, sin colocarlas en sujetos susceptibles de discriminación en el empleo y el aspecto salarial, porque se nos tilda de trabajar poco por el tiempo empleado en la tarea asignada por razones de la naturaleza humana.

## Referencias

Corte Constitucional [CC], agosto 7, 1996. Sentencia T-694/96. (Colombia). Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C]. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-694-96.htm

Corte Constitucional [CC], diciembre 7, 1993. Sentencia T-1223/93. (Colombia). Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C]. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-694-96.htm

Corte Constitucional [CC], julio 2, 1996. Sentencia T-568/96. (Colombia). Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C]. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-694-96.htm

Corte Constitucional [CC], octubre 6, 1995. Sentencia T-606/95. (Colombia). Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C]. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-694-96.htm

DANE. (2024, octubre). *Productividad Total de los Factores (PTF) 2023pr.* DANE.https://www.dane.gov.co/files/operaciones/PTF/bol-PTF-2023.pdf

Decreto 2351/1965, septiembre 23, 1965. Diario Oficial [D.O.]: 31908. (Colombia). Obtenido el 10 de octubre de 2024. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83596
De Buen, N. (2001). La decadencia del derecho del trabajo. Porrúa.
Ley 100/1993, diciembre 23, 1993. Diario Oficial [D.O.]: 41148. (Colombia). Obtenido el 10 de octubre de 2024. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5248
Ley 1468/2011, julio 30, 2011. Diario Oficial [D.O.]: 48125. (Colombia). Obtenido el 10 de octubre de 2024. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43212
Ley 2114/2021, agosto 2, 2021. Diario Oficial [D.O.]: 51715. (Colombia). Obtenido el 10 de octubre de 2024. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=167967
Ley 2357/2024, octubre 2, 2024. Diario Oficial [D.O.]: 52434. (Colombia). Obtenido el 10 de octubre de 2024. https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=155381&dt=S
Ley 6/1945, febrero 21, 1945. Diario Oficial [D.O.]: 25172. (Colombia). Obtenido el 10 de octubre de 2024. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1167
Ley 823/2003, julio 7, 2003. Diario Oficial [D.O.]: 45235. (Colombia). Obtenido el 10 de octubre de 2024. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8787 9
Normlex. (2024, octubre). Ratificaciones de Colombia. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::p11200_country_id:102595