

PROTECCIÓN A LA MADRE GESTANTE Y EN ETAPA DE LACTANCIA EN COLOMBIA *

Fernando Motta Cárdenas**
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

Trabajo investigativo que tuvo el propósito de indagar en un asunto de connotada importancia e interés: la protección de la maternidad en Colombia, observando su evolución en la legislación nacional, la jurisprudencia y la doctrina.

La protección a la madre gestante y en etapa de lactancia se ha convertido en una figura muy cuestionada. Sus reglas, principios y valores de diverso rango dan pie a variadas y en ocasiones contradictorias interpretaciones. La sociedad busca insistentemente progresar en la protección de la familia, la cual es la célula de la sociedad; y de la madre, sea o no cabeza de familia.

Encontramos que la legislación y la jurisprudencia es protectora de la mujer gestante, pero se debe ampliar esa protección a las mujeres que tienen problemas en su proceso de gestación o con las mujeres que deben cuidar a sus hijos que nacen con algún tipo de problema congénito o de cualquier otro tipo con el fin de proteger, como lo dijimos

anteriormente, a la familia como célula de la sociedad.

Palabras clave: protección a la maternidad, madre gestante, licencia de maternidad, etapa de lactancia, derecho a la familia, condiciones laborales.

ABSTRACT

Research project which was intended to investigate a case of known importance and interest, the protection of maternity in Colombia, to monitor developments in national legislation, jurisprudence and doctrine.

The protection of pregnant and breast-feeding has become a figure widely questioned. Their rules, principles and values of various ranks give rise to varied and sometimes contradictory interpretations. The company strongly looking forward in the protection of the family, which is the cell of society, and the mother, whether or not heads of households.

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2009. Fecha de aceptación: 16 de febrero de 2010.

* Artículo producto de informe final de la investigación: «La internacionalización y su incidencia en el derecho laboral Colombiano», proyecto que se desarrolla respondiendo a las líneas en Derecho laboral e Internacionalización y derecho del Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana, institución que financió el proyecto. Grupos de Investigación Derecho Económico y Estado, y Derecho, Sociedad y Desarrollo. Registrados en Colciencias.

** Investigador en el proyecto “La Globalización y su incidencia en el derecho laboral colombiano”. Integrante del grupo Derecho Económico y Estado. Abogado de la Universidad Sergio Arboleda, cursando Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Docente investigador de la Corporación Universitaria Republicana. Correo electrónico: fernandomottac@gmail.com

We found that the legislation and case law is protective of the pregnant woman but should expand that protection for women who have problems in the process of gestation or women to care for their children who are born with some sort of congenital problem or any other in order to protect as we said earlier to the family as society.

Key words: protection of maternity, pregnant mothers, maternity leave, lactation period, family law, working conditions.

INTRODUCCIÓN

Aspecto importante dentro del Derecho Laboral colombiano, esta protección se pretende ofrecer mientras la mujer se encuentra en la etapa de gestación, de lactancia, de licencia por la misma maternidad y también mientras sea cabeza de familia.

Pese a los avances culturales y legales actuales, la mujer colombiana sobrelleva una situación de discriminación socio-laboral que necesariamente afecta el ejercicio pleno de sus derechos, garantías y libertades que las mismas disposiciones normativas vigentes consagran. El crecimiento económico y los requerimientos monetarios familiares han propiciado un ambiente proclive a la vinculación de la mujer al mundo del trabajo. La mujer colombiana, al igual que en otras regiones del continente y del mundo occidental, dados niveles de formación alcanzados y actitud en las responsabilidades laborales, constituyen un recurso y un talento humano fundamental en una empresa o actividad social o económica¹.

El proceso de la maternidad, ya por razones de cultura o regulación legal, impone a las mujeres unas limitaciones y problemas en el campo laboral y familiar. Estas situaciones

se han intentado mitigar o resolver mediante la expedición de normas de naturaleza legal o reglamentaria. Reconocer los problemas de la mujer gestante y en etapa de lactancia, es tan importante como el identificar la realidad y eficacia de los instrumentos legales de su protección. En el marco del derecho, una pareja o una mujer puede decidir constituir una familia. La sociedad y el Estado deberán garantizar condiciones mínimas para que esta realidad, este hecho social clave para el bienestar y necesario para la supervivencia de la especie, avance sin generar mayores traumatismos, especialmente en la madre y los infantes.

El hecho natural de la fecundación del óvulo y su gestación dentro del vientre materno, que en la mayoría de los casos termina con el nacimiento de un nuevo ser, en casos excepcionales la adopción para los padres de familia que de manera natural no pueden fecundar sus propios hijos, tiene en el Artículo 53 de la Constitución Política un mecanismo de salvaguardia. Esta disposición constitucional representa el fundamento jurídico sobre el cual se levanta, en el caso colombiano, el armazón institucional de protección a la mujer que entró en etapa de maternidad. Posteriormente encontramos cómo luego vienen las normas especiales, sean éstas nacionales o internacionales.

1. EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

El problema de la investigación se resume en la siguiente pregunta:

¿Es suficiente la normatividad existente en Colombia para garantizar el trato igual y sin discriminación de las madres gestantes, en periodo de lactancia y aquellas que son cabeza de familia?

1 SECRETARÍA DE LA MUJER, FEDERACIÓN COLOMBIANA DE EDUCADORES. *Memorias II Encuentro Nacional de Educadoras*, Neiva (Colombia) mayo de 2009. <http://www.fecode.edu.co/>

2. METODOLOGÍA

En esta investigación se combinaron el método histórico y analítico deductivo. En el método histórico ubicamos los inicios de la protección a la maternidad, protección a la madre gestante, como también lo relativo a las licencias de parto y a la protección en la etapa de lactancia. La aplicación del método deductivo analítico fue definitiva para avanzar en las indagaciones pertinentes.

3. RESULTADO DEL ESTUDIO DE LAS NORMAS

3.1. Protección a la persona, familia u sociedad

ARTÍCULO 5 de la Constitución Política de Colombia: *“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”*.

Partiendo de esta, la definición de familia es:

“(Del lat. familia).”

1. *f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.*
2. *f. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.*
3. *f. Hijos o descendencia.*
4. *f. Conjunto de personas que tienen alguna condición, opinión o tendencia co-*

mún. Toda la familia socialista aplaudió el discurso.

5. *f. Conjunto de objetos que presentan características comunes.*
6. *f. Número de criados de alguien, aunque no vivan dentro de su casa.*
7. *f. Cuerpo de una orden o religión, o parte considerable de ella.*
8. *f. coloq. Grupo numeroso de personas.*
9. *f. Biol. Taxón constituido por varios géneros naturales que poseen gran número de caracteres comunes. Familia de las Rosáceas.*
10. *f. Chile. Enjambre de abejas”².*

En la actualidad, la definición de familia más acorde podría ser aquella que cumple funciones dentro la sociedad. La Constitución nos dice que *“la familia es la base de la sociedad”*, y eso se puede interpretar entendiendo que la familia es la que tiene a su cargo el cuidado de la persona o personas que no pueden valerse por sí mismas, como son los niños, las niñas, las personas adultas mayores o las personas con discapacidad, ya se tenga un vínculo o no consanguíneo con ellas. Pero también, la familia es el centro generador de cariño, aprecio, afecto, apoyo, etc.; por eso se dice que la familia desarrolla una función vital dentro de la sociedad.

La Ley 16 de 1972 por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos *“Pacto de San José de Costa Rica”*, firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en su Artículo 17³

2 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Editorial Espasa. Vigésima Segunda Edición. Mayo 2008. Pág 1037.

3 Artículo 17 de la Ley 16 de 1972.

1. La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. *Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*

reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, que debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante fallo de tutela afirma que no existe un único tipo y prerrogativa de la familia (hombre – mujer) sino que se hace referencia a los diversos vínculos que la originan, pues éstos pueden ser tanto de carácter jurídico como de carácter natural⁴.

3.2. Derechos y deberes en la institución familiar

ARTICULO 42 de la Constitución Política de Colombia: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

Con la anterior norma se deja claro que la familia solamente va a ser formada entre un hombre y una mujer, desconociendo las uniones homosexuales, pues se estarían violando derechos simples como los de la manifestación libre de la voluntad de unirse a

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

4 CORTE CONSTITUCIONAL. Tutela 523 del 19 de Septiembre de 1992. M. P. Ciro Angarita Baron. *Teniendo en cuenta todos estos antecedentes, la familia presenta hoy algunas características que bien merecen destacarse para los propósitos específicos del presente fallo, a saber:*

otra persona de su mismo sexo con el fin formar una familia. De acuerdo a las definiciones dadas por la Real Academia de la Lengua, la familia no solamente es la unión de un hombre y de una mujer; por lo tanto, hay una discriminación clara a la unión de homosexuales.

Pero la Corte Constitucional y la Procuraduría General de la Nación aceptan la sociedad patrimonial de una pareja de homosexuales, pero no pueden ser reconocidos como familia, toda vez que no está constituida por un hombre y una mujer, que por tanto serán carentes de capacidad de adopción.

“Recordó la Procuraduría que la familia es una unidad articulada de relaciones constitutivas, en-

tre las que adquieren una especial significación, la relación de paternidad, la relación de maternidad y la relación de filiación, por lo que resulta razonable afirmar que la familia es la forma humanizada de consanguinidad humana, fuente originaria de parentesco familiar, donde los hijos son fruto de la procreación que exige la distinción sexual entre el varón y la mujer”.

El Ministerio Público reconoce la existencia de una reiterada jurisprudencia constitucional en torno a los derechos de las parejas homosexuales, pero también advierte la existencia de una jurisprudencia específica sobre la temática de la familia y de la adopción.

“El pronunciamiento del procurador se dio al conocer que la Corte Constitucional determinó que

- a. Como bien corresponde a un Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Art. 7 C. N.) no existe un tipo único y privilegiado de familia sino un pluralismo evidente en los diversos vínculos que la originan, pues ellos pueden ser tanto de carácter natural como de carácter jurídico. También se le reconoce consecuencias a la voluntad responsable de conformar una familia. En estas condiciones, la familia legítima originada en el matrimonio es hoy uno de los tipos posibles.
- b. Es claro, de otra parte, que el Constituyente, consagró un espacio a la familia de hecho en condiciones de igualdad con otros tipos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta vigente.
- c. Tanto el Estado como la sociedad garantizan a la familia una protección integral.
- d. La igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto recíproco entre todos sus integrantes constituyen hoy los fundamentos esenciales de las relaciones familiares.
- e. Cualquier forma de violencia destruye la armonía y unidad de la familia y en consecuencia, será sancionada conforme a la ley.
- f. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.
- g. Como núcleo fundamental de la sociedad, la familia tiene que cumplir ineludiblemente, junto con la sociedad y el Estado deberes, tales como asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales prevalentes, consagrados en el inciso 1o. del artículo 44 de la Carta vigente. Entre ellos, primordialmente, el de tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación, y la protección contra toda forma de abandono o violencia.
- h. Dentro de la división de trabajo propia de la organización social, a la familia corresponde la función natural de preparar debidamente las nuevas generaciones y formar la personalidad del menor.
- i. Se manifiesta claramente en el ordenamiento constitucional vigente la primacía de la familia como el ámbito natural dentro del cual deba realizarse el cuidado y preparación de la infancia. Esta labor no puede ser realizada por instituciones públicas o privadas sino en casos verdaderamente excepcionales en que así lo imponga la necesidad de proteger a niños que no tengan una familia o que se hallen separados de ella, en los términos del artículo 42 de la Carta.
- j. La unidad de la familia es presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes de los niños.
- k. Los derechos de los miembros de la familia deben ser compatibles con los intereses generales prevalentes tanto de la institución misma como de la sociedad colombiana que reconoce en ella su núcleo fundamental.

Alejandro Ordóñez sí podía emitir concepto en este caso”⁵.

3.3. Igualdad y protección a la mujer

ARTÍCULO 43 de la Constitución Política de Colombia: “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.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Con este artículo los constituyentes brindan una protección total a la mujer y principalmente buscan que ésta no sea discriminada por su estado de embarazo y por ninguna de las consecuencias derivadas del mismo. Es de resaltar, además, la condición de igualdad en que considera a la mujer respecto al hombre, en sus derechos y en sus oportunidades.

Adicionalmente, deja claro el apoyo económico que le dará el Estado si se encontrare sin trabajo o fuera cabeza de familia.

3.4. Estatuto del trabajo

ARTÍCULO 53 de la Constitución Política de Colombia: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades

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

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

La anterior disposición consagra de manera expresa la protección a la mujer y a la maternidad.

Posteriormente vinieron las siguientes leyes: Ley 82 de 1993⁶, Ley 731 de 2002 Art. 29⁷ y Ley 823 de 2003⁸, las cuales dan desarrollo al Artículo 53 de nuestra Constitución.

5 <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=799870>. Procuraduría conceptúa que la adopción es únicamente para parejas heterosexuales

6 Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

7 Por la cual se dictan normas para favorecer a las mujeres rurales. Artículo 29: *En desarrollo del artículo 14 de la Ley 581 de 2000, el Gobierno, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el Departamento Administrativo de la Función Pública y demás autoridades, vigilarán el cumplimiento de la legislación que establece igualdad de condiciones laborales, con especial cuidado a que se haga efectivo el principio de igual remuneración para trabajo igual en el sector rural, con el fin de eliminar las inequidades que al respecto se presentan entre hombres y mujeres rurales.*

8 Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.

3.5. Descanso remunerado en época de trabajo

ARTÍCULO 236 del Código Sustantivo del Trabajo —Subrogado. L. 50/90, Art. 34: “1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará

las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo”.

En esta norma se deja claro que la mujer debe disfrutar de una licencia por un periodo de doce semanas. Jurisprudencialmente se ha acogido que la madre puede iniciarla antes del parto, pero que igual su duración sólo va a ser de doce semanas una vez inicie.

Igualmente, la jurisprudencia aclara que la licencia procede para todos los padres, ya que la Ley 755 de 2002 modifica parcialmente el Artículo 236 en su artículo primero inciso cuarto expresa lo siguiente: “La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2)

años de convivencia". Inciso que fue declarado inexecutable, dando un margen a los padres que no hubieran declarado la convivencia permanente con su pareja. La Corte Constitucional en Sentencia C-273 del primero de abril de 2003, deja claro que "la progeneratura no puede tener distinciones, ya que es igualitaria y responsable, y no depende de la naturaleza del vínculo; tampoco es solo biológica, sino que también la hay de naturaleza legal, como en la adopción o en la progeneratura asistida científicamente". Posteriormente, mediante sentencia C174-09 de 18 de marzo de 2009, el Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, declaró parcialmente inexecutable lo siguiente: "cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud." Ya que se basa en que: "el derecho a la licencia de paternidad remunerada es en desarrollo y aplicación del principio del interés superior del menor, también del derecho al amor y cuidado del niño, mediante la implementación de un mecanismo legislativo que, como corolario del artículo 44 superior, garantiza al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad.

Es decir, el periodo que el legislador concede como licencia remunerada de paternidad, no ha sido concebido como un derecho caprichoso, ni para dedicar estos días al jolgorio, ni a la celebración, sino para vincular efectivamente al padre con las tareas de cuidado y atención a su pequeño hijo, teniendo en cuenta, además, la necesaria y conveniente asistencia al recién nacido.

La garantía consagrada en la norma parcialmente acusada no corresponde a un beneficio exclusivo del padre, quien recibirá de la EPS respectiva los dineros correspondientes a los días de la licencia de paternidad, sino que se trata de una medida de protección destinada a realizar los derechos superiores del infante, particularmente,

como se ha dicho, aquellos vinculados al cuidado y amor de quien por su condición de indefensión e inmadurez física y mental, requiere la mejor atención tanto de sus padres, de la familia como también del Estado".

Con base en esos argumentos se le conceden al padre los ocho (8) días calendario de licencia de paternidad y no se obliga a la pareja a estar cotizando al Sistema de Seguridad Social para el disfrute de la misma; por la variación de la economía a veces no es viable que los dos se encuentren cotizando al sistema.

"...Esta corporación ha considerado, que la potestad de configuración del legislador debe someterse, entre otras, a un catálogo de reglas generales como son: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado. Adicionalmente, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación no sólo por entidades públicas sino también por particulares; (iv) el sometimiento del conjunto del sistema a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. A los que el Acto legislativo 01 de 2005 añadió en materia de pensiones el principio de sostenibilidad financiera (C.P. art. 48).

En relación con el último punto, cabe recordar que según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, et. En este sentido la Corporación ha hecho énfasis en que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que 'no es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de

personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad’.

La licencia remunerada de paternidad, establecida en el artículo 1° de la Ley 755 de 2002, cumple con los requerimientos establecidos por la Corte para considerar que aprueba el juicio estricto de razonabilidad, por cuanto (i) su fin es legítimo, importante e imperioso, pues está previsto en el artículo 44 de la Constitución Política, que trata del interés superior del menor y que hace imperativo protegerlo; (ii) el medio jurídico adoptado es adecuado para la protección del recién nacido, efectivamente conducente, ya que permite al padre brindar cuidado y amor a su pequeño hijo y necesario para el desarrollo integral del menor; y (iii) la relación medio-fin es adecuada, efectivamente conducente y necesaria, toda vez que el único beneficiario de la medida adoptada por el legislador es el menor a instancias de la licencia concedida a su padre; es decir, sólo de esta manera podrán estar juntos durante los días siguientes al nacimiento del menor”.

Podemos observar que la protección a la maternidad por derecho constitucional se va ampliando de igual manera al padre, lo cual es muy importante tanto para el bienestar del recién nacido como para la pareja.

También la jurisprudencia concede la licencia de maternidad al padre biológico. Cuando por cualquier causa fallece (la madre) y ésta se encuentre disfrutando de la licencia, el padre podría seguir disfrutando de la misma dejando claro que: “la licencia de ma-

ternidad consagrada para las madres biológicas y extendida a los padres adoptantes tiene como objeto prodigar los cuidados que requiere el menor y lograr la adaptación psicosocial y familiar del mismo, quien ha merecido una especial protección a sus Derechos Fundamentales en la Constitución Política de 1991 como se desprende del artículo 44.

Ahora bien, si el padre adoptante tiene derecho a la licencia en el evento de que falte su esposa o compañera, aun sin que se trate de un recién nacido, consideramos que no existe razón para que un padre biológico no tenga ese mismo derecho cuando se encuentre en las mismas condiciones antes señaladas por el padre adoptante, máxime cuando aquí se trata de un recién nacido”⁹.

Sería importante que el legislador o la jurisprudencia ampliaran la licencia de maternidad de los menores que nacen de manera prematura, ya que ellos por su condición deben permanecer bajo cuidados médicos permanentes y en incubadora. Con esto, tanto el padre como la madre, biológicos o adoptantes, no pueden disfrutar plenamente del menor, ya que se encuentra en la clínica donde se le brindan los cuidados necesarios para su desarrollo normal, pero se le niega de cierta manera el disfrute de la licencia a los padres porque en ese tiempo se encuentra en los centros hospitalarios¹⁰.

“En los casos de partos prematuros y en aquellos en que el recién nacido deba permanecer hospita-

9 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. T-1078/03, trece (13) de noviembre de dos mil tres (2003) M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

10 EL DIARIO MÉDICO. <http://pediatria.diariomedico.com/2010/01/18/area-cientifica/especialidades/pediatria/cuidado-compartido-vida-para-el-prematuro> Cuidado compartido, vida para el prematuro. Favorecer un entorno ambiental que se asemeje lo más posible al útero materno, así como reforzar el papel de los padres como cuidadores activos de sus bebés, son puntos básicos para conseguir lo que los profesionales denominan “cuidados centrados en el desarrollo del niño prematuro”. Se trata de una labor compartida ante la que los profesionales de las unidades de neonatología y los padres cierran filas y hacen lo que mejor saben: cuidar y sacar a flote a niños frágiles que requieren una atención muy especial.

lizado a continuación del parto, el periodo de descanso podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. En todo caso se mantendrá el periodo de descanso obligatorio de 6 semanas tras el parto para la madre. La madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora (permiso retribuido), en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados tras el parto. Asimismo tendrán derecho a reducir su jornada hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario”¹¹.

3.6. Descanso remunerado en caso de aborto no provocado

ARTÍCULO 237 del Código Sustantivo del Trabajo: “1. La trabajadora que en el curso del embarazo sufra un aborto o un parto prematuro no viable tiene derecho a una licencia de dos a cuatro semanas, remuneradas con el salario que devengaba en el momento de iniciarse el descanso. Si el parto es viable, se aplica lo establecido en el artículo anterior.

2. Para disfrutar de la licencia de que trata este artículo la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico sobre lo siguiente:

a) La afirmación de que la trabajadora ha sufrido un aborto o un parto prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar, y

b) La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora”.

Con este artículo se concede un descanso remunerado a la mujer en caso de aborto, pero no se tiene en cuenta la concesión al hombre de un tiempo proporcional para que acompañe a su esposa, habiendo ocurrido la pérdida de su hijo.

3.7. Descanso remunerado durante la lactancia

ARTÍCULO 238 del Código Sustantivo del Trabajo: “1. Modificado. D. 13/67, art. 7°. El patrono está en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos de 30 minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno del salario por dicho concepto durante los primeros seis (6) meses de edad.

2. El patrono está en la obligación de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior si la trabajadora presentare certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos.

3. Subrogado. Ley. 27/1974, art. 1°.

4. Los patronos pueden contratar con las instituciones de protección infantil el servicio de que trata el inciso anterior”.

Posteriormente viene el Decreto Reglamentario 995 de 1968, donde otorga a la trabajadora dos (2) descansos, de treinta minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo por los primeros seis meses de edad del menor. Y el empleador concederá permisos adicionales a la madre trabajadora siempre y cuando hubiere certificación médica.

“De manera, que si bien hasta los seis meses después del parto existe la garantía especial de protección a la estabilidad en el empleo relacionada con el embarazo, la maternidad y la lactancia hay dos periodos claramente delimitados en la ley: el primero, hasta los tres meses posteriores al parto, como lo pregona nitidamente el artículo 239 del C.S.T.; y el segundo, por fuera de los descansos o enfermedad por

¹¹ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA. ¿Cómo protege la ley a la mujer trabajadora que amamanta? <http://www.aeped.es/faq/como-protege-ley-mujer-trabajadora-que-amamanta>

maternidad hasta los seis meses posteriores al parto, con la aclaración de que en ésta segunda hipótesis la carga de la motivación del despido se revierte, tornándose exigente en el sentido de que es quien afirma haber sido despedida por esa censurable razón a quien incumbe demostrarlo”¹².

Con lo expuesto anteriormente se deja claro que la protección a la maternidad va hasta el sexto mes de vida del menor, que si se llegare a despedir a la madre antes de ese periodo tendrá acción de reintegro como pretensión principal o subsidiariamente el pago de la indemnización por fuero materno.

3.8. Prohibición de despedir

ARTÍCULO 239 del Código Sustantivo del Trabajo — Subrogado. L. 50/90, art. 35: “1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado”.

Con este artículo se busca proteger a la mujer pero no deja hasta donde va la etapa de lactancia.

En caso de despedirse a la mujer dentro de la etapa de gestación o dentro de la lactancia, la indemnización por fuero materno sería de ciento cuarenta y cuatro días siempre y cuando hubiere disfrutado de las primeras doce semanas de lactancia; si fueron disfrutadas y fue despedida al terminar esos primeros ochenta y cuatro días, la indemnización solamente equivaldrá a sesenta días de salario.

3.9. Permiso para despedir

ARTÍCULO 240 del Código Sustantivo del Trabajo: “1. Para poder despedir a una trabajadora durante el periodo de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el patrono necesita la autorización del inspector del trabajo, o del alcalde municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con fundamento en alguna de las causas que tiene el patrono para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

3. Cuando sea un alcalde municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el inspector del trabajo residente en el lugar más cercano”.

Por lo tanto, para poder despedir a una mujer embarazada la ley ordena que deba emitirse un acto administrativo de autorización por la entidad competente. Que posteriormente, la persona afectada podría por vía ordinaria invocar la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho fundamentada en la violatoria de los derechos fundamentales de la constitución (derechos

12 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia 17193 del diez (10) de julio de dos mil dos (2002). M. P. Isaura Vargas Díaz.

enunciados inicialmente), la cual, de no prosperar, automáticamente puede acudir a la tutela, utilizando los mismos fundamentos de derecho invocados en la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho, con lo cual se reestablecería el derecho a la madre afectada por tal acto administrativo.

Por este motivo no es recomendable en ningún caso solicitar al Estado dicha autorización, ya que posteriormente eso generaría conflictos entre las ramas del poder del Estado.

De acuerdo al artículo 21 del Código Sustantivo de Trabajo¹³, se aplicará la norma más favorable, lo cual es lo enunciado en el Artículo 238 del mismo código.

3.10. Nulidad del despido

ARTÍCULO 241 del Código Sustantivo del Trabajo: *“1. El patrono está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.*

2. No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas”.

La notificación del despido durante los descansos remunerados o las licencias serán ineficaces.

3.11. Trabajos Prohibidos

ARTÍCULO 242 del Código Sustantivo del Trabajo — Modificado. D. 13/67, art. 9º: 1. *“(Las mujeres, sin distin-*

ción de edad, no pueden ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial, salvo que se trate de una empresa en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia)¹⁴.

2. Queda prohibido emplear a los menores de diez y ocho (18) años y la mujeres en trabajos de pintura industrial que entrañen el empleo de la cerusa, del sulfato de plomo o de cualquier otro producto que contenga dichos pigmentos.

3. Las mujeres, sin distinción de edad, y los menores de diez y ocho (18) años, no pueden ser empleados en trabajos subterráneos de las minas ni, en general, trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos”.

Con esta norma se protege a las mujeres menores de edad, más aún si éstas se encuentran en estado de gestación o en época de lactancia. Hay estabilidad reforzada laboral para las mujeres que se encuentren en dichas condiciones. La Corte Constitucional en varias providencias se ha manifestado protegiendo tal situación.

3.12. Incumplimiento

ARTÍCULO 243 del Código Sustantivo del Trabajo: *“En caso de que el patrono no cumpla con la obligación de otorgar los descansos remunerados de que tratan los artículos 236 y 237, la trabajadora tiene derecho, como indemnización, al doble de la remuneración de los descansos no concedidos”.*

El legislador garantiza con ésta la protección de los diferentes descansos que se le debe otorgar a la mujer y la sanción que se le aplica a la empresa en caso de no brindar dichos descansos.

¹³ “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”.

¹⁴ El texto del numeral primero, que se encuentra entre paréntesis fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-622 de 1997, del veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997). M. P. Hernando Herrera Vergara.

4. CONCLUSIONES

Colombia, luego de haber analizado la diferente jurisprudencia y doctrina, respeta los convenios firmados con la OIT en los cuales se protege a la mujer embarazada o que se encuentre en etapa de lactancia.

Respecto al descanso remunerado, la ley debería ampliar a casos como cuando la mujer tiene a sus hijos prematuros, caso en el cual la nueva mamá no disfruta el periodo de lactancia plenamente con su hijo por éste encontrarse en la clínica recibiendo los diferentes cuidados médicos para poder vivir.

El padre que enviuda a causa del nacimiento del menor deben gozar plenamente de dicha licencia, ya que ese periodo debe ser dedicado a dar los cuidados a su hijo, pues no tiene a su madre para protegerlo.

La Corte Constitucional en diversos fallos de estabilidad reforzada laboral y debilidad manifiesta que ha venido protegiendo los derechos de las mujeres dejando claro a los empresarios que ellos no pueden excederse en sus decisiones, contraviniendo a la familia como génesis.

La normatividad en Colombia no es suficiente, ya que no se está aumentando el cubrimiento a las madres y padres cuando sus hijos nacen de manera prematura o congénita, ampliando las licencias para los cuidados necesarios para el recién nacido. Nuestro legislador debería extender esa cobertura para proteger así a la familia. Vemos cómo en España sí existe legislación en la cual se protege a los niños prematuros y hospitalizados.

BIBLIOGRAFÍA

CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. Bogotá (Colombia): Editorial Legis, 2009.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá (Colombia): Editorial Legis, 2008.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Editorial Espasa. Vigésima Segunda Edición. Mayo 2008.

Estudio Socio-Jurídico, Bogotá (Colombia), 9 (Número especial): 262-276, abril de 2007.

GÓMEZ HOYOS, Diana María. ¿Existen instituciones jurídicas foráneas sobre protección a la maternidad que pueden ser incluidas en la normatividad colombiana? *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá (Colombia), 9 (Número especial): 262-276, abril de 2007.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-174/09, dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009). M. P. Jorge Iván Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-273/03, primero (1) de abril de dos mil tres (2003). M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-044/05, veintisiete (27) de enero de dos mil cinco (2005). M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-094/08, siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008) M. P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1038/06, cinco (5) de diciembre de dos mil seis (2006). M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1040/06, cinco (5) de diciembre de dos mil seis (2006). M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1078/03, trece (13) de noviembre de dos mil tres (2003). M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-136/08, catorce (14) de febrero de dos mil ocho (2008). M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-461/06, ocho (8) de junio de dos mil seis (2006). M. P. Álvaro Tafur Galvis.

http://aeemt.org/contenidos_socios/Revista%20AEEMT/Otros_Numeros_AEEMT/VOL_18_N01_2009_04_ABR.pdf#page=30

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-510/07, seis (6) de julio de dos mil siete (2007). M.P. Jaime Córdoba Triviño.

http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6262.pdf

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-609/06, dos (2) de agosto de dos mil seis (2006). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

http://white.oit.org.pe/gpe/documentos/doc_costos_comut_abramo_18mar03.pdf

<http://worldbreastfeedingtrends.org/report/WBTi-Colombia-2008.pdf>

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-610/03, veinticuatro (24) de julio de dos mil tres (2003). M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

http://www.adih.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=95:conclusiones-del-segundo-encuentro-nacional-mujer-educadora-mayo-7-y-8-del-09&catid=23:mujer&Itemid=24

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-906/06, tres (3) de noviembre de dos mil seis (2006). M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<http://www.boe.es/boe/dias/2001/07/10/pdfs/A24890-24902.pdf>

CORTE CONSTITUCIONAL. Tutela 523 del 19 de Septiembre de 1992. M. P. Ciro Angarita Baron.

http://www.centrokineos.com/articulo/articulos_tecnicos/homeopatia/toma_del_caso_en_lactantes_ninos_casos_cronicos.pdf

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia 17193 del diez de julio de dos mil dos (2002). M. P. Isaura Vargas Díaz. LEGISLATIVOS

http://www.famfyg.org.ar/revista/revista_famfyg/vol1_nro1_%20p45-47.pdf

http://www.graduados-sociales.com/ArticulosCO/ACO231_2.pdf

Diario Oficial No 32.131 de 1967. Decreto 13 de 1967.

http://www.ibfan-alc.org/WBTi/Cuestionario_indicadores_completo.doc

Diario Oficial No 33.780, del 5 de febrero de 1973. Ley 16 de 1972.

http://www.paho.org/Spanish/HPP/HPF/REP/SMI_ley_bolivia.pdf

Diario Oficial No 44.026 de 2000. Ley 581 de 2000.

<http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/viewFile/58037/68105>

Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Ley 1098 de 2006.

<http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v13n2-3/art06.pdf>

Ley 12 de 2001 de 9 de julio de 2001. BOE 10/07/2001.

<http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/insat/dl-234-2003.pdf>

WEB

http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/legislacion/dl_234-03_de_la_mat_de_la_trabajadora.pdf

<http://200.7.160.61:8080/rddu/bitstream/123456789/611/1/T-2592.PDF>

<http://www.telamos.org/biblio/IHAN-resu.pdf>

<http://200.7.160.61:8080/rddu/handle/123456789/611>

<http://www.worldbreastfeedingtrends.org/report/WBTi-Argentina-2008.pdf>