

El giro constitucional de la protección a las mujeres gestantes en Colombia. Entre la inserción laboral y la protección de los derechos

The constitutional change of protection for pregnant women in Colombia. Between the labor insertion and the protection of rights

YENNY ZULEIMA CARREÑO CONTRERAS

Abogada de la Universidad Industrial de Santander

Recibido: 3/10/2018

Aceptado: 10/12/2018

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4568>

Resumen. En la reciente sentencia SU 075 de 2018, la Corte Constitucional Colombiana elimina la aplicación de la medida afirmativa de estabilidad laboral reforzada, que había sido contemplada para las mujeres gestantes, cuando no comunicaran su estado de embarazo. La nueva línea jurisprudencial establece que por el desconocimiento del empleador del estado de gestación de una trabajadora, no se configura discriminación al momento de terminar su contrato laboral, por lo cual puede ser despedida sin ningún tipo de protección. La Corte fundamenta el cambio, estableciendo que el amparo hasta ahora otorgado desnaturaliza los principios de las acciones afirmativas, generando un efecto contrario y desfavoreciendo a las mujeres en el acceso al empleo formal, pues ha creado una sobrecarga económica para el empleador. Por este motivo, en el presente artículo se analiza si la línea jurisprudencial se ajusta a Derecho y si el cambio establecido generará una reducción de las brechas de género en el empleo, permitiendo un mayor acceso al mercado de trabajo para las mujeres.

Palabras clave: acciones afirmativas, estabilidad laboral reforzada, embarazo, discriminación, acceso al empleo.

Abstract. In the recent judgment SU 075 of 2018, the Colombian Constitutional Court eliminated the application of the affirmative measure of reinforced labor stability, which had been contemplated for pregnant women, when they did not report their pregnancy status. The new jurisprudential line establishes that due to the ignorance of the employer of the pregnancy status of a worker, discrimination is not established at the moment of terminating her employment contract, for which she can be dismissed without any type of protection. The Court bases the change, stating that the amparo granted until now denatures the principles of

*yennyzca@gmail.com

Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia, cursando un título de Especialización en Gestión de Políticas de Igualdad en la Universidad Carlos III de Madrid de España. Investigadora Adjunta al grupo de Trabajo Decente de la Universidad Carlos III de Madrid.

affirmative action, generating an opposite effect and disadvantaging women in accessing formal employment, since it has created an economic overload for the employer. For this reason, this article analyzes whether the jurisprudential line is in line with the law and whether the established change will generate a reduction of gender gaps in employment, allowing greater access to the labor market for women.

Keywords: affirmative actions, reinforced job stability, pregnancy, discrimination, access to employment.

I. Introducción

Uno de los principales objetivos del Derecho es regular las relaciones entre los particulares y el Estado. Así, desde las primeras teorías contractualistas, se planteaba que los ciudadanos entregaran parte de su libertad al mismo, con el fin de que se otorgara protección y seguridad. No obstante, esa concepción se fue disolviendo con el reconocimiento de los derechos, en donde si bien queda una obligación por parte del Estado de garantizar seguridad, su función ahora, se enmarca en la protección de los derechos, siendo entonces un garante de los mismos.

Sin embargo, las sociedades no funcionan únicamente bajo lineamientos políticos y sociales, sino que el sistema económico también es parte de él. Con ello, los derechos que coexisten con el mismo, en muchas ocasiones colisionan, debiendo entonces el Estado tomar una decisión, cuando está afectando una u otra esfera.

Así las cosas, vista por un jurista la posición podría ser sencilla: la prevalencia se debe otorgar a los derechos. Sin embargo, desde otras ópticas más específicas, como la de un economista, un sistema económico no fortalecido impediría la materialización de los derechos. Por ello, nos hemos creado una idea que consiste, en que para que el sistema de derechos funcione, se requiere que haya un sistema económico fuerte¹.

Esta introducción me permite presentar el análisis que pretendo hacer en este artículo, donde la Corte Constitucional Colombiana- en adelante la Corte- se enfrentó a una disyuntiva. Por una parte proteger a la mujer embarazada continuando con las acciones afirmativas creadas para ellas, y por otra garantizar la inserción laboral de las mujeres al mercado de trabajo, flexibilizando estas medidas, en aras de que el empleador no tenga cargas económicas adicionales con la contratación y con esto las tenga más en consideración a la hora de realizar el cubrimiento de una vacante.

Parece entonces - según el planteamiento efectuado por la Corte Constitucional-, que las medidas afirmativas con las que contaban las mujeres en estado de gestación, en realidad estaban generando un efecto adverso para las mismas, pues desincentivaba la

¹ En los últimos años, se evidencia como los derechos han estado supeditados a la economía de un país determinado. Esto es claramente un déficit en el establecimiento de los derechos humanos, en tanto, los mismos deben garantizarse de conformidad a las normas internacionales. No obstante, notamos cómo en el caso de los derechos económicos sociales y culturales, la doctrina ha sujetado su materialización, a la capacidad económica de un Estado. En este sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – en adelante ACNUDH- (s.f.) establece: La referencia a la "disponibilidad de los recursos" es una forma de reconocer que la efectividad de tales derechos puede verse obstaculizada por la falta de recursos y que puede lograrse únicamente a lo largo de cierto período de tiempo. Paralelamente, significa que el cumplimiento por un Estado de sus obligaciones de adoptar medidas apropiadas se evalúa teniendo en cuenta los recursos -económicos y de otra índole- de que dispone" (p.16-17)

contratación de quienes se encontraban en edad reproductiva, bajo el supuesto de que acarrearían mayores costos para un empleador. No obstante es claro, que las mujeres siguen estando bajo un sistema opresivo, dentro del cual, existe discriminación por su rol reproductivo, ya que éstas han supeditado al mercado de trabajo su decisión personal de tener hijos, por miedo a perder sus oportunidades laborales. Por esta razón, al momento de analizar las medidas que debe tomar el Estado para eliminar los obstáculos, no sólo hay que considerar la relación laboral específica, sino que también debe incluirse todas las esferas sociales y culturales que inciden en éstos.

Es por esto que en el presente trabajo, realizaré inicialmente un bosquejo de la sentencia, seguido por la fundamentación de las acciones afirmativas, entre ellas la estabilidad laboral reforzada, como protección a la maternidad. Haciendo posteriormente un análisis de los argumentos de la nueva línea jurisprudencial y analizando los impactos directos e indirectos de la misma.

Finalmente, concluiré con una serie de consideraciones respecto a las reflexiones realizadas en pro a los cuatro apartados, para concluir si realmente las medidas adoptadas en la nueva línea son favorables o desfavorables para las mujeres.

II. La sentencia

En la reciente sentencia SU 075 de 2018, la Corte dio un giro inesperado a la protección laboral, con la que contaban las mujeres cuando se encontraban en estado de gestación². En la misma, se determinó que cuando el empleador no tenía conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora, podía despedirla sin acarrear por ello, consecuencias tales como el reintegro al puesto de trabajo, la ineficacia del despido, o en su protección más débil, el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social. Este último, tenía como fin que se cumpliera con los requisitos para la licencia de maternidad. Esta sentencia cambia el precedente establecido por la providencia SU 070 de 2013, en donde se había otorgado una protección completa a la mujer, cuando se encontraba en estado de gestación, estableciendo dos parámetros para ello: 1) la modalidad de la vinculación laboral que tuviese la misma y 2) si el empleador tenía o no conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora.

El cambio relevante se da en cuanto a este segundo lineamiento, en donde se modifican las consecuencias jurídicas con las que acarrearía el empleador, cuando despide a la trabajadora embarazada, sin que previamente haya conocido su estado de gestación. A partir de esta nueva línea jurisprudencial, la trabajadora ya no tendrá ningún tipo de protección, pues con la sentencia de 2013 se había previsto, que en caso que no procediera el reintegro a las labores o la ineficacia del despido – con las correspondientes indemnizaciones-, se debía hacer el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social.

² Para efectos del presente artículo, se usará indistintamente estado de gestación, estado de embarazo y estado de gravidez, correspondiendo al lenguaje usado por la Corte en las sentencias de análisis.

Es por eso, que para adentrarnos en el análisis de los argumentos esbozados por la Corte, vamos a realizar un paralelo con la sentencia SU 070 de 2013. Con el fin de contrastar las posibles contradicciones y establecer si el fundamento jurídico de esta nueva línea jurisprudencial podría considerarse necesario para avanzar en pro de la igualdad de las mujeres en el mundo del empleo o si, por el contrario es un retroceso y perpetúa los obstáculos que le permiten acceder al mismo.

III. Fundamentos de las medidas de acción afirmativa para la inserción de las mujeres al empleo

Las acciones afirmativas, desde una perspectiva de género, son “todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho” (REY MARTÍNEZ, 1995, p. 85). Son un elemento fundamental para realizar correcciones a ciertas condiciones sistémicas y estructurales, que impiden que distintos colectivos –en este caso las mujeres– gocen en igualdad de condiciones de los derechos reconocidos.

Las mujeres han sido un grupo oprimido³ a través de la historia, por esta razón, se han planteado una serie de políticas de Estado que han permitido –en el caso específico de acceso al empleo–, eliminar obstáculos, que a manera de roles determinados, les han sido impuestos a las mujeres, con el fin de que ellas puedan insertarse en el ámbito productivo, accediendo a un empleo formal.

De esta manera, las acciones afirmativas, que han sido creadas para las mujeres, no son privilegios⁴ – como ha sido designado por la Corte-, sino medidas de corrección necesarias, que permiten el acceso a los derechos en condiciones de igualdad, tal como lo establece un Estado Social y democrático de derechos. En este sentido, BARRÈRE UNZUETA, MARIA, (2002), establece que usar los términos de ventaja, privilegios, para definir a las acciones positivas o afirmativas, resulta una trampa lingüística, que la enmarca dentro de un discurso homogéneo dominante. (p.25) .

Así las cosas, es claro que el primer fundamento de las medidas de acción afirmativa es la igualdad, consagrada en el ordenamiento constitucional en el artículo 13⁵, donde se

³ Se entiende como opresión: “las grandes y profundas injusticias que sufren algunos grupos como consecuencia de presupuestos y reacciones a menudo inconscientes de gente que en las interacciones corrientes tiene buenas intenciones, y como consecuencia también de los estereotipos difundidos por los medios de comunicación, de los estereotipos culturales y de los aspectos estructurales de las jerarquías burocráticas y los mecanismos del mercado (...). El carácter sistémico de la opresión determina que un grupo oprimido no necesite tener un grupo opresor correlativo. La opresión estructural implica relaciones entre grupos; estas relaciones, sin embargo, no siempre responden al paradigma de opresión consciente e intencional de un grupo por otro. (YOUNG, IRIS MARION, 2000, p. 75)

⁴ La Corte, en sentencia SU 075 de 2018, establece que la licencia de maternidad, es un privilegio otorgado a las mujeres, por la desventaja que les ha dado su rol reproductivo. (Corte Constitucional, Sentencia SU 075 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, p. 108). En este sentido es importante establecer que la licencia de maternidad y la estabilidad laboral reforzada no es un privilegio, entendido este como una exención o ventaja especial, sino que es una protección que se concede a las mujeres gestantes, en aras de equiparar una situación de desigualdad que se ha generado con los hombres, al no tener estos un rol reproductivo y por ende no padecer discriminación en el empleo por ello.

⁵ El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia (1991) establece: “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

funda además la prohibición de discriminación. Es importante al respecto, como lo pone de manifiesto BALLESTERO, MARIA VICTORIA (1996), estimar que la igualdad a la que se pretende llegar, con el establecimiento de medidas de acción afirmativa, es a la “igualdad efectiva de oportunidades” (p.21). De esta manera, no es suficiente, con plantearse una igualdad formal, sino que además, es importante fundamentar que las acciones se encuentren en la igualdad sustantiva, que se plantea en este artículo.

Es por esta razón, que la Corte tanto en sentencia SU 070 de 2013, como en la sentencia SU 075 de 2018, establece la prohibición de discriminación, con base en el artículo 13 de la constitución política, interpretando la situación de facto de las mujeres –en aras de analizar la igualdad sustantiva–, que han sido sujeto de discriminación, por los estereotipos que la sociedad les ha impuesto. En este entendido se considera, que la estabilidad laboral reforzada para las mujeres gestantes, es una medida de acción afirmativa, ya que quien se encuentre en estado de embarazo no podrá ser despedida de su empleo⁶, salvo –con este nuevo cambio jurisprudencial– cuando el empleador no tenga conocimiento de su estado de gestación.

Es importante entonces determinar a qué se refiere la estabilidad laboral reforzada, concebida como medida afirmativa y cuáles son sus componentes.

3.1 La estabilidad laboral reforzada, como medida de acción afirmativa –marco general–

La estabilidad laboral reforzada es una protección constitucional que ha sido creada mediante interpretación jurisprudencial, realizada por los jueces de esta jurisdicción, que han desarrollado este postulado basados en el artículo 53 de la Constitución Colombiana, el cual contiene los principios laborales, entre ellos el de estabilidad. En este sentido, el principio de estabilidad en el empleo es un derecho de todo trabajador. Sin embargo, tal como consagra la jurisprudencia⁷, existen trabajadores en condiciones especiales, que requieren que el mismo tenga un nivel mayor de defensa. En este sentido, las personas en situación de discapacidad y las mujeres embarazadas son grupos de especial protección, razón por la cual gozan de este amparo.

Centrándonos en las mujeres gestantes, es importante determinar que las normas internacionales⁸, que se usan como criterios de interpretación de la ley nacional, indican

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. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

⁶ La adopción de esta medida fue necesaria en tanto, tal como lo establecieron los constituyentes de la carta magna de 1991, las mujeres han sido discriminada del empleo formal, por su rol reproductivo, destacando la importancia que tiene la misma como gestora de vida, pero estableciendo que por esta razón fue puesta en una situación de inferioridad, concluyendo: “Es un error privar a la mujer embarazada «del derecho a trabajar», pues con una ocupación ella asegura sus medios de subsistencia, lo del ser que está por nacer y los de todas las personas que se encuentra a su cargo (...)” (ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 1991, p. 8)

⁷ Al respecto se puede consultar: Corte Constitucional, Sentencia C- 470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-470-97.htm>.

⁸ La recomendación número 95 de la OIT, establece: “ IV Protección del Empleo: (1) Siempre que sea posible, el pe-

que no es suficiente que las mujeres tengan un ingreso salarial mínimo, sino que además debe garantizarse su derecho al trabajo (Corte Constitucional, sentencia C- 470 de 1997, M.P. Alejandro Caballero Martínez, p. 3).

La estabilidad laboral reforzada tiene un fundamento internacional, en las normas de la OIT consagradas para la protección a la maternidad y nacional, en la constitución política de Colombia en sus artículos 43⁹ y 53¹⁰, y en el ordenamiento laboral específico, consagrado en el artículo 239¹¹ del Código Sustantivo de Trabajo. Además, cuenta con un amplio desarrollo jurisprudencial, en el cual, se han establecido sus componentes esenciales, enunciando 4 postulados principales: 1. Derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad. 2. Protección de las mujeres embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral 3. Protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida. 4. Relevancia de la familia en el orden constitucional.

Dentro del primer criterio, se encuentra el deber prestacional a las mujeres embarazadas donde el Estado debe otorgar un subsidio, cuando esté desempleada o desamparada. El segundo criterio refiere más a la no discriminación, a la prohibición expresa de despido con ocasión de la gestación. En el tercero, se relaciona como su nombre lo indica a la garantía del mínimo vital durante la etapa gestacional y la maternidad, donde se incluye el trabajo como forma de obtención del mismo y finalmente en el cuarto, se aúna a la especial importancia que tiene la familia dentro del ordenamiento jurídico y social colombiano.

De esta manera, se evidencia que el fundamento de la estabilidad laboral reforzada, otorgado a las mujeres gestantes no sólo reside en la cláusula general de igualdad, –donde se encuentra completamente prohibido la discriminación hacia la misma–, sino que además se integra al principio de solidaridad que es fundante del ordenamiento y sobre el cual se basan todas las disposiciones constitucionales y legales.

Esto es clave para entender, que la estabilidad laboral reforzada no sólo es un instrumento para la protección de las mujeres contra la discriminación que ha sufrido durante años, sino que además, es una disposición garante que tiene como fin la desestructuración de roles sociales, -reproductivo y productivo-, que han sido asignados a los diferentes géneros.

Se busca entonces, que las mujeres puedan desempeñarse en los dos ámbitos- al igual que los hombres-, y se garantiza que durante la gestación, la misma cuente con un

río antes y después del parto durante el cual sea ilegal para el empleador despedir a una mujer en virtud del artículo 6 del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de esa mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes después de la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 de dicho Convenio”

⁹ El artículo 43 de la Constitución Política de Colombia, establece: 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.

¹⁰ El artículo 53 de la constitución política contiene los principios fundamentales del trabajo, entre ellos la estabilidad laboral.

¹¹ El artículo 239 del Código sustantivo de trabajo, reza: “Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa”. De la misma manera contiene previsiones en cuanto a las indemnizaciones con las que tendría que acarrear el empleador de no atender la disposición esbozada.

empleo (o medio de subsistencia) y con ello, con la independencia económica que le permita sufragar sus gastos y los del ser que está por llegar. En este sentido, el principio de solidaridad, contemplado en el ordenamiento colombiano, es un mandato a todos los que pertenecen a la sociedad, para apoyar a quienes se encuentren en una situación de especial protección. Al respecto la Corte, la ha definido como: “un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental” (sentencia C- 767 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, p. 3) De esta manera, la estabilidad laboral reforzada no sólo se fundamenta en la igualdad, sino además, en el principio de solidaridad que lleva intrínseca la garantía y protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida.

En el desarrollo de la estabilidad laboral reforzada, a la que tienen derecho las mujeres gestantes, se establece el fuero de maternidad que lleva inmersa la prohibición general de despido a las mujeres embarazadas. Esta protección, deja de operar cuando existe una justa causa de despido, requiriendo la autorización previa del Inspector de Trabajo para dar por terminado el contrato Laboral. Esto impone al empleador, la obligación de solicitar el permiso para despedir a la trabajadora, pues de lo contrario, operaría la presunción de que la causa de despido es el embarazo y de esta manera se vería obligado al pago de indemnizaciones.

En conclusión, la estabilidad laboral reforzada, lleva inmersa la protección de la maternidad, y con ello la prohibición del despido que tenga como causa el estado de gestación de la trabajadora. Así, el empleador que tenga conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora, no podrá despedirla pero en caso de mediar justa causa, contemplada en el ordenamiento laboral, deberá acudir al Inspector de Trabajo quien deberá autorizar el despido. Si este procedimiento no se lleva a conformidad, podrá ser sancionado administrativamente y además pagar las indemnizaciones correspondientes.

3.2. La estabilidad laboral reforzada en la sentencia SU 075 de 2018

Considerando que la sentencia SU 075 de 2018, hace un cambio jurisprudencial en cuanto a la protección de la que gozan las mujeres gestantes, al determinar que el desconocimiento del empleador del estado de gestación no constituye un acto de discriminación, se requiere hacer un paralelo con la sentencia SU 070 de 2013, que sí enmarcaba esta previsión; en donde, si bien, no lo consideraba cubierto por la acción afirmativa, sí otorgaba una protección fundamentado en el principio de solidaridad.

En este sentido, lo primero es establecer que en la sentencia SU 070 de 2013, se habían indicado dos criterios fundamentales, para la aplicación de la protección a las mujeres embarazadas. El primero de ellos es la modalidad de vinculación que tuviese y el segundo, es el conocimiento que tenía el empleador del estado de gestación de las trabajadoras.

En la modalidad de vinculación, se tenía en cuenta, si se encontraba frente a un contrato a término definido, indefinido, por obra o labor, por prestación de servicios entre otros, en donde se determinaría con base en el mismo, si había lugar a un reintegro o ineficacia del despido -en caso de que subsistieran las causas que daban lugar al servicio prestado por la trabajadora- o a la terminación del contrato. A esto la Corte le ha denominado protección fuerte, pues vinculado al conocimiento que tuviera el empleador del estado de gestación de la trabajadora debía reintegrarla. Para que esta figura pueda darse, es necesario que se determine si la función que ejercía la trabajadora aún subsiste, pues siendo así, deberá volver a su cargo recibiendo además los salarios que había dejado de percibir. Contrario a ello, si las labores para las que había sido contratada la trabajadora, ya no eran requeridas en el desarrollo normal de la empresa, el empleador debía pagar las cotizaciones al sistema de seguridad social, con el fin de que la misma pudiese gozar de la licencia de maternidad.

Por otro lado, cuando existe una justa causa de despido que pueda alegar el empleador, es necesario, acudir al Inspector de trabajo para solicitar la autorización pertinente, pues este funcionario deberá corroborar si la causal es legítima. De no realizar este procedimiento, opera la presunción del despido por el embarazo, y el empleador podrá ser sancionado.

En el marco de lo anterior, la Corte también estableció una protección “débil” la cual operaba cuando el empleador, teniendo una justa causa de despido, terminaba la relación laboral con la trabajadora, pero no tenía conocimiento de su estado de gestación. Dentro de esta, se obligaba al empleador, a sufragar las cotizaciones al sistema de seguridad social de la trabajadora, en aras de una obtención de la licencia de maternidad. En caso de no haberse tenido una justa causa y subsistieran las labores desempeñadas por la trabajadora se debía aplicar la misma regla, de la protección laboral fuerte.

En este sentido, la anterior línea jurisprudencial establecía que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, se basaba en la igualdad y la solidaridad, siendo este último el fundamento para otorgar la garantía del mínimo vital a la trabajadora. Por su parte la nueva línea jurisprudencial de la sentencia SU 075 de 2018, cambia lo establecido cuando el empleador no tiene conocimiento. Al respecto, establece que se estaba desnaturalizando el fundamento de la acción afirmativa y que por eso era necesario ajustarla. Por esta razón, se hará el análisis de los argumentos establecidos en la nueva línea con el fin de adentrarnos en la nueva posición de la Corte.

IV. Argumentos para el cambio de línea jurisprudencial en la SU 075 de 2018

En esta nueva disposición, se establecen dos cuestiones elementales al respecto: 1. Que la acción afirmativa está desnaturalizada, en tanto, la misma es una protección para evitar la discriminación y 2. Que la acción afirmativa está afectando a las mujeres en su acceso al empleo formal, pues la misma contempla una carga económica desproporcionada al empleador, desincentivando la contratación de mujeres.

4.1. Desnaturalización de la acción afirmativa

La sentencia analizada inicia con la siguiente consideración: “El precedente vigente hasta este momento ha desdibujado el fundamento de las acciones afirmativas previstas para las mujeres en el espacio laboral, ya que parte de supuestos en los cuales no existe discriminación fundada en el ejercicio de su rol reproductivo.” (Corte Constitucional, sentencia SU 075 de 2018, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, p. 7). Esta afirmación de la Corte indica, que al empleador desconocer el estado de gestación de la mujer embarazada, la causal de despido o terminación de contrato, no se da por el embarazo, por lo que no hay discriminación. Así, no hay lugar a un trato ilegítimo del ejercicio de la función reproductiva de las mujeres. (p. 101).

En este sentido, se plantea que con el desconocimiento, “desaparecen los motivos de discriminación que fundamentan la protección de la mujer en el ámbito laboral por el embarazo, la acción afirmativa **cambia la naturaleza de la protección y aun cuando puede, por ejemplo, sustentarse para el caso de las licencias de maternidad o paternidad en razón a la protección a la familia deja de proteger a la mujer en el ámbito laboral para garantizar otros valores diferentes.**” (p. 106) (negritas originales del texto)

Esta previsión es contraria a lo estipulado por la anterior línea jurisprudencial, que contemplaba una protección a la mujer embarazada, aunque el empleador no conociera su estado, basando esta medida en el principio de solidaridad. Si bien, las dos líneas coinciden en que terminar una relación laboral sin tener conocimiento del embarazo de la trabajadora, no es una discriminación, la línea jurisprudencial anterior, extendía la protección para salvaguardar los derechos de las mujeres.

Tanto la sentencia anterior – SU 070 de 2013- como la sentencia que cambia la jurisprudencia, no tienen en cuenta que la discriminación se genera en un contexto, - que es estructural-, no sólo en la relación laboral. Sin embargo, la anterior línea, si tenía una previsión en favor de las mujeres garantizando el mínimo vital, y siendo coherente con los principios de igualdad y mínimo vital. Así, pese a no estar conforme la fundamentación, se conseguía el objetivo principal.

En este sentido la sentencia SU 070 de 2013, establecía: “la falta de conocimiento, dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido.” (p. 6). De esta manera, los argumentos no se contravienen, sino que se complementan, sin embargo en la nueva línea jurisprudencial, se desconoce el principio de solidaridad como parte de la composición de las acciones afirmativas. “Por lo tanto, cuando se escinde el fundamento principal del fuero de maternidad, el cual representa una protección de la mujer respecto de la discriminación en el ámbito del trabajo, para cobijar otros supuestos, es decir, cuando se otorga, como en este caso, una protección exclusivamente basada en el deber de solidaridad, la acción afirmativa pierde sustento y se desdibuja la garantía de no discriminación de las trabajadoras.”(Corte Constitucional, Sentencia SU 075 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado p. 109).

Sin duda, con la protección otorgada bajo el principio de solidaridad, la acción afirmativa no se desnaturaliza, pues consigue el objetivo que es proteger a las mujeres de la discriminación laboral a la que ha sido sujeta por su rol reproductivo. Es decir, fundamentado en el principio de solidaridad que también compone esta acción, se va más allá de una relación laboral, para enmarcarse en el mercado de trabajo en general.

4.2. La acción afirmativa está generando mayor discriminación en el ingreso de las mujeres al empleo formal

El segundo argumento que presenta la nueva línea jurisprudencial establece que las acciones afirmativas, al no enmarcarse dentro del fundamento de prevenir la discriminación en contra de las mujeres está generando un efecto adverso para las mismas, ya que, al contemplar una carga económica desproporcionada para el empleador, desincentiva la contratación de las mujeres, por lo que la relaciona con la brecha que actualmente existe en Colombia.

En este sentido, se aduce en la sentencia que el empleador que no tiene conocimiento del estado de gestación de la trabajadora embarazada, no se encuentra dentro de una actitud discriminatoria al despedirla, pues su móvil para la terminación del contrato no radica en la situación segregante que ha sufrido la mujer por el rol reproductivo. De esta manera, imponer una mayor carga económica al empleador, hace que el mismo se limite a la contratación de las mujeres en edad reproductiva¹².

De esta manera se cita textualmente: “Por tanto, como se demostrará en el siguiente acápite, la regla jurisprudencial vigente fomenta una mayor discriminación para las mujeres, pues al desnaturalizar una protección dirigida a los eventos en los cuales efectivamente se despide a las mujeres en razón del embarazo, se genera que la presencia de aquellas en la fuerza laboral sea demasiado costosa y que los empleadores no quieran asumir su contratación” (Corte Constitucional, Sentencia SU 075 de 2018, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado, p. 101)

La corte llega a esta conclusión, comparando los índices de inserción laboral que han tenido las mujeres y los hombres entre los años 2011 y 2018, donde claramente persiste una brecha del 5,2 %, no obstante, obvia que desde que se da la protección a las mujeres gestantes es decir desde el año 2013, la brecha ha disminuido en un 1,3%¹³, por lo que el fundamento en los datos técnicos no se encuentra debidamente analizado.

¹² Esta es una posición que se encuentra en el imaginario social. De esta manera lo muestra PEÑA GALLO MARIA (2016) estableciendo: “Sin embargo, en el ámbito laboral se presume ser un perjuicio económico para el empleador y supone un obstáculo en el transcurso de la carrera profesional de las empleadas en caso de solicitar una excedencia o abandonar temporalmente el mercado laboral. En esta situación, la mujer se encuentra con dos opciones –igualmente reprobables–: renunciar a la maternidad o renunciar al trabajo. Es por esto que se debe incidir en eliminar dicha disyuntiva de forma que la mujer pueda elegir libremente realizarse en ambas funciones sin que menoscabe su proyecto personal y vital, ni su proyección profesional” (p.3)

¹³ Datos tomados de la Encuesta de la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH), realizada por el DANE. Mercado Laboral Según Sexo. [en línea] Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/segun-sexo>

De la misma manera, se establece por este órgano judicial, que “la desventaja de la que surge la protección se encuentra en que la mujer, al soportar los mayores costos de la reproducción y tener que ausentarse durante un tiempo para ejercer la maternidad desencadena, a su vez, costos para el empleador que debe asumir sus ausencias en el trabajo y, en un principio, tenía que arrojarse el pago de una doble erogación: el salario durante la licencia de maternidad y el salario de la persona que debía reemplazar a la primera. De lo anterior surge que, dado que los costos de la maternidad son tradicionalmente asumidos sólo por las mujeres, el ejercicio de ese rol las pone en desventaja en el mercado laboral.” (p. 108) En este sentido, la línea jurisprudencial anteriormente trazada por la sentencia SU 070 de 2013, había intentado desestructurar el factor en el que se centra el argumento de la nueva línea, en donde impone una marcada diferenciación entre hombres y mujeres al establecer que es la mujer la única que genera costos por licencia de maternidad¹⁴ – cuando en Colombia también hay licencia de paternidad, que aunque sea más corta, es un costo también generado del rol reproductivo- y se centraba en la importancia, de otorgar a las mujeres una protección, considerando la prevalencia que tiene la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional.

En este sentido, se muestra cómo hay una distinción clara entre una y otra línea, en la planteada en 2013, se da una connotación positiva a la reproducción, y por ende se ordena la protección con base en el principio de solidaridad, y en el 2018, se da una estimación negativa, pues se presenta como una carga para el empleador, que está obstaculizando la entrada de las mujeres al empleo formal. Bajo esta nueva línea argumentativa, es importante analizar los posibles impactos que tenga la sentencia, los cuales pueden clasificarse en directos e indirectos.

V. Impactos de la sentencia SU 075 de 2018

Los argumentos planteados en la descripción anterior, por la Corte en cada una de las líneas jurisprudenciales referentes a las mujeres en estado de gestación, establece que más que efectos en el cambio de las acciones afirmativas y en la repercusión en cuanto a la inserción laboral femenina al empleo formal, se generan otras consecuencias, las cuales van ligadas a ámbitos sociales y culturales. Es conveniente resaltar, en aras de entender, que siendo este caso de origen laboral y constitucional, la normatividad no se desliga de cuestiones estructurales que afectan claramente las situaciones de las mujeres.

Como impactos directos, nos referimos, a los temas específicos que ha tocado la sentencia, en aras de otorgar una mayor claridad, en cuanto a los argumentos que han sido esbozados. Por otra parte, llamaré indirectos a las cuestiones que se afectan con esta nueva resolución y que la corte ha desconocido, es decir, que no ha tomado en cuenta a la hora de

¹⁴ Como lo establece RAMIREZ NATALIA, TRIBÍN ANA & VARGAS CARMINA (2016): “la legislación que se enfoca únicamente en las madres y no en los padres refuerza un desbalance biológico que afecta los resultados laborales femeninos.” (p. 268)

establecer una medición de impactos, pero que sin duda nos permiten intuir un retroceso en cuestiones de igualdad para las mujeres.

5.1. Impactos Directos

Los impactos directos que se desprenden de la sentencia son los siguientes:

5.1.1. Las mujeres que no comuniquen su estado de embarazo serán despedidas sin gozar de ningún tipo de protección.

De la argumentación de la sentencia se deduce que las mujeres embarazadas, que no comuniquen su estado, no tendrán los derechos que tienen las que sí lo hagan. Es decir, no podrán realizar ningún tipo de reclamación para ser reintegradas a sus labores.

En este sentido, la Corte hace una diferenciación entre dos tipos de mujeres gestantes. Por un lado, se encuentran las que han comunicado su estado de embarazo y tienen todos sus derechos y por otro las que no lo hacen, los pierden. Esto es claramente discriminatorio, ya que muestra cómo, la misma jurisdicción constitucional, emplea una determinada categoría para generar una nueva forma diferencial de tratamiento. Esto favorece, en realidad, al empleador, pues es quien en últimas se deslinda de la obligación protección de la que eran acreedoras. Además de ello, como se enuncia en el salvamento de voto realizado por la Magistrada Diana Fajardo Rivera, “la Sentencia lleva a cabo una intromisión severa en los derechos a la intimidad, a la autonomía y a la dignidad de la mujer” (salvamento de Voto, sentencia SU 075 de 2018), ya que obliga a las mujeres a comunicar su condición sin contar con las decisiones personales que la misma tenga sobre lo propio. Con este esquema, las mujeres que no comuniquen su Estado de embarazo a la luz de la Corte, no están siendo discriminadas por su estado de gestación razón por la cual, no deben estar protegidas mediante acciones afirmativas.

5.1.2. Las mujeres embarazadas, no podrán tener acceso a la licencia de maternidad.

A pesar de que la sentencia SU 075 de 2018, establece la eliminación de una medida de acción afirmativa creada para las mujeres en estado de embarazo, aquellas que no comuniquen su estado de gestación, antes de una decisión de terminación de contrato por parte de su empleador, serán despedidas. Por tanto, no podrán acceder a licencia de maternidad, ni a cualquier otro tipo de derechos derivado de este. Con esto quiero decir que en efecto, la licencia de maternidad, al momento del despido de una mujer, no podrá ser alcanzado por dos cuestiones fundamentales: 1) porque la mujer estará en sus primeros meses de embarazo (pues al no ser notorio se intuye que se encuentra en sus inicios), y para poder acceder a la prestación se requieren mínimo 9 meses de cotización, y 2) por las dificultades que tienen las mujeres embarazadas en Colombia para encontrar un empleo.

Respecto al primer considerando, la Corte establece una serie de medidas que entrarían a paliar las consecuencias derivadas de su decisión. Tales como el acceso a programas especiales que ha establecido el Estado para las mujeres gestantes, como nuevas formas de protección al cesante, tener una pareja o un familiar que cotice al régimen contributivo-pues de esta manera se podría afiliarse al mismo como beneficiaria-. Finalmente la protección universal que tiene Colombia, en materia de salud, en donde cualquier ciudadano podrá acceder a atención de urgencias, y en el caso de las mujeres embarazadas a un sistema de atención completo.

Estas medidas, sin duda son insuficientes. En los programas estatales, el ICBF ha hecho claridad, respecto a la disponibilidad de recursos. Es decir, que estos programas tienen un número limitado de personas, pues el presupuesto no alcanza a proteger a todas las mujeres embarazadas. Por ello, se crearon una serie de criterios prioritarios, en donde tienen prevalencia quienes pertenezcan a estratos 1,2 y 3. En este sentido, no se puede hablar entonces que esta protección cobije a las mujeres embarazadas, sino sólo a un sector de la sociedad. Desconociendo así, que la discriminación es transversal a la situación económica de las mujeres.

En este sentido, es claro que no se toma en cuenta que la discriminación no tiene un fundamento económico,- aunque si es claro, que la misma debe tenerse en cuenta pues esto, la acentúa-, sino que es generada por la condición de ser mujer, la cual es igual en todas las estratificaciones sociales.

Por otro lado, en la segunda protección sugerida en cuando a afiliarse al sistema como beneficiaria de uno de sus familiares, generalmente este es aplicado cuando se tiene una pareja. En este sentido, se está supeditando a las mujeres a depender del seguro del esposo o compañero permanente. Por tanto, la Corte ignora que el estado de beneficiaria no tiene derechos prestacionales, por lo que en esta calidad no se le otorgará licencia de maternidad¹⁵.

Es importante establecer que la licencia de maternidad es una protección a las mujeres por su recién nacido, pero a su vez, es una protección económica, en cuanto le permite sufragar todos los gastos necesarios de su situación. Esto se relaciona con la independencia económica, por lo que es claro, que eliminar esta prestación lleva implícito más que una desprotección, una consecuencia en uno de los factores que incentivan la violencia contra las mujeres, el cual es la dependencia económica¹⁶. De esta manera, notamos, como las protecciones ofrecidas por la Corte, en esta sentencia, no tienen el mismo nivel que tenía la anterior, que si bien se basaba en el principio de solidaridad, contemplaba indirectamente cuestiones estructurales, relacionadas con la violencia y la discriminación hacia las mujeres.

Por otro lado, tal como lo desarrolla la Corte en Colombia, aún pesa un estereotipo sobre el rol reproductivo de las mujeres. Por esta razón, pese a que se ha intentado, por

¹⁵ Al respecto se puede consultar: Corte Constitucional, sentencia T-966 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-966-10.htm>

¹⁶ Como lo establece EXPÓSITO, FRANCISCA (2011): "Otra de las razones que agrandan los obstáculos para separarse de la pareja son la dependencia emocional y económica respecto del agresor, la falta de recursos, el miedo a romper la familia y de afrontar en solitario la atención de los hijos, las propias vivencias familiares (tolerancia al maltrato aprendido en la infancia), así como la inseguridad que crea para las mujeres el proceso judicial." (p. 24)

medio de diferentes políticas, establecer una ruptura entre esta creencia social y el desempeño de las mujeres en el empleo no ha sido posible. En la sentencia, que se analiza en el presente artículo, se muestra claramente cómo aún afectan las cuestiones relacionadas con la reproducción, en el ingreso de las mujeres al acceso laboral.

Por esta razón, podríamos concluir que si la Corte está eliminando una de las protecciones a las mujeres embarazadas, por la carga económica que acarrea para el empleador, genera una mayor vulnerabilidad ya que, es muy difícil que se contrate a una mujer en estado de embarazo.¹⁷

En este sentido, volviendo a estas consecuencias no tomadas por la Corte, notamos cómo el despido a una mujer embarazada, le va a impedir ingresar a un empleo formal. Por lo que se ve obligada o bien a incluirse en la informalidad, o a depender económicamente de un tercero. Por lo que, si nos encontramos en un estrato económico bajo (1 o 2), podrá estar desamparada.

Sin duda, esto perpetúa dos situaciones que se pretenden prevenir por medio de las acciones afirmativas: 1) la discriminación al momento de ingresar al mercado laboral, por el hecho de ser mujer y 2) la informalidad, que según los mandatos internacionales de la OIT¹⁸, debe eliminarse, en aras de que nos encaminemos hacia el trabajo decente. De esta manera, es importante ahora analizar los impactos indirectos de la sentencia. Considerando que si bien, las analizadas en este acápite hacen parte de las intenciones directas del juez, existen consecuencias intrínsecas, de corte estructural, que son evidentes en la situación analizada.

5.2. Impactos Indirectos

Los impactos indirectos son aquellos, que se generan de las pretensiones o cambios principales que no son percibidos por el juzgado, pero que sin embargo son consecuencias que afectan a las mujeres.

5.2.1. Intromisión al derecho de intimidad

Frente a este punto es claro, como la Corte mediante esta nueva línea jurisprudencial, vulnera el derecho a la intimidad de las mujeres con dos consideraciones básicas. La

¹⁷ No se cuentan con datos estadísticos respecto al número de mujeres que se encuentran en estado de gestación y han salido al mercado laboral. No obstante, existen numerosos artículos que relatan las dificultades que tienen las mujeres embarazadas al momento de buscar un trabajo. Se puede consultar al respecto: ¿Por qué a las empresas no les gusta contratar mujeres en estado de embarazo?, consultado en: <https://www.gerencie.com/por-que-las-empresas-no-les-gusta-contratar-mujeres-en-estado-de-embarazo.html>, Sobre el ingreso de personal en Estado de embarazo. Consultado en: <http://www.activolegal.com/web/index.php/noticias/actualidad/531-embarazo-personal-contrato-laboral-prestacion-servicios>. De la misma manera, se tienen otras referencias tales como la planteada por el sindicato de comisiones obreras. ccoo: file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/12864.pdf

¹⁸ En la recomendación 204 la OIT establece: "Reconociendo que la alta incidencia de la economía informal, en todos sus aspectos, representa un importante obstáculo para los derechos de los trabajadores, con inclusión de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, así como para la protección social, las condiciones de trabajo decente, el desarrollo inclusivo y el Estado de derecho, y tiene consecuencias negativas para el desarrollo de empresas sostenibles" (p.1)

primera radica en la obligatoriedad que le impone de informar su estado de embarazo, desconociendo de esta manera, algunas causas psicológicas que puedan llegar a afectarla. Es decir no todas las mujeres se encuentran preparadas para ser madre, no todas llevan el mismo proceso y sin embargo, deben comunicar su estado, en aras de que sean protegidas por la legislación, sin la valoración de los procesos internos de cada una.

La segunda intromisión del derecho a la intimidad, se ve transgredido en el momento en que la Corte sugiere, lo que se puede hacer con la liquidación laboral. En este sentido, como es visto en la sentencia, se recomienda que para que las mujeres no queden desamparadas, y hagan el pago de sus prestaciones sociales, use la liquidación laboral con este fin, y de esta manera pueda tener derecho a una licencia de maternidad.

Es importante al respecto indicar que la liquidación laboral es de distinta naturaleza a la que la Corte pretende. La liquidación laboral, está compuesta por beneficios económicos tales como las cesantías, prima de servicios, interés sobre cesantías, pago del descanso remunerado. Estas prestaciones tal como se ha contemplado habitualmente son el soporte de un trabajador en el momento en que queda desempleado, por lo que si se usa para una destinación distinta, se genera un doble castigo. Por una parte, la trabajadora queda desempleada, por lo que, no va a recibir salario durante su periodo de embarazo y por otra parte, no tendrá seguridad social. Deberá entonces, elegir entre tener uno y otro, sin saber, si el dinero de la liquidación laboral puede llegar a cubrir los meses de cotización, que en la mayoría de los casos no es así.

5.2.2. Desprotección a las mujeres, por el desconocimiento de la situación estructural de discriminación

En la jurisprudencia analizada, se establece que no se genera ningún tipo de discriminación al despedir a la mujer embarazada, cuando el empleador no ha tenido conocimiento de su estado. En este sentido, el juez está haciendo una valoración reduccionista de la situación de discriminación, al establecer que la misma se genera únicamente entre el empleador y las mujeres trabajadoras. No obstante, es claro que las mujeres han sido históricamente sujetas a distintas formas de vulneración de sus derechos. Por lo que las acciones afirmativas no deben centrarse en un sujeto particular a la hora de hacer la valoración de la discriminación.

En este sentido, debe entenderse que la discriminación que sufren las mujeres es de carácter estructural (SIERRA HERNANIZ ELISA, 2018, p. 12). Esta discriminación, suele denominarse también sistémica, y “da cuenta del tipo de desigualdad que deriva de la influencia de los valores sociales dominantes surgidos del falso universalismo que atraviesa el diseño de la titularidad de los derechos; y que se ve reflejada en una serie de parámetros sociales dominantes en cada contexto” (AÑON ROIG, MARIA, 2013, p. 662).

Partiendo de esta definición se deduce que la discriminación valorada en la sentencia, se limita a la que podría generarse en una relación laboral, mas no, en la que realmente padecen las mujeres siendo reduccionista, pues la problemática no se asienta únicamente cuando se tiene empleo, sino contrario a ello y como se manifiesta por el mismo juez con-

stitucional, en el ingreso al empleo formal, donde la situación estructural es mucho más acentuada.

En este sentido, si bien se está realizando un análisis de una relación laboral concreta, el juez debe hacer un análisis juicioso de la situación que se protege mediante la acción afirmativa, con el fin de que realmente se alcancen los objetivos de la misma, y no como en el caso concreto que se termine generando una discriminación mayor.

5.2.3. Demarcación en los argumentos de los roles de género

Una de las principales problemáticas en la inserción laboral de las mujeres al empleo formal, se funda en los estereotipos que pesan sobre ellas¹⁹, principalmente en lo concerniente al rol reproductivo –maternidad, cuidados, trabajo doméstico–. En este entendido, el principal argumento de la sentencia, establece que la no inserción igualitaria de las mujeres al mercado laboral, es la maternidad, poniendo el foco nuevamente en este, al estimar que las prestaciones que se derivan de la misma obstaculizan su entrada al mercado formal.

De esta manera, se reproduce un discurso de antaño, que debe irse superando, en tanto no podemos establecer nuevamente, que la maternidad es un problema, sino establecer políticas de conciliación entre la vida privada y la vida laboral – pues Colombia no cuenta con ellos-.

Manifestaciones tales como: “Se establece que la licencia de maternidad está haciendo inviable a las pequeñas empresas”. (Corte Constitucional, sentencia SU 075 de 2018, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado, p.119), son argumentaciones que llevan intrínsecas la discriminación de la que se pretende proteger a las mujeres. Por este motivo, al estimar que estas prestaciones, son una carga para el empleador se está haciendo énfasis en que el rol reproductivo también lo es, y que no le aporta nada al sector productivo, poniendo en cabeza esta responsabilidad a las mujeres únicamente.

En el cuerpo de la sentencia, no hay mención alguna sobre el rol que debe desempeñar el hombre en su ámbito privado, por lo que toda la argumentación gira entorno al trabajo de las mujeres, generando un problema más que una solución, pues nuevamente reafirma la posición de que quien debe estar en casa, son las mujeres.

Tal como se establece por GUZMAN RODRIGUEZ DIANA & DALEN ANNIKA (2013):

“En todos los elementos analizados en este documento la maternidad surge como un punto de ruptura en las trayectorias laborales de las mujeres. Esto se manifiesta de varias formas. Algunas mujeres perdieron o dejaron sus empleos al convertirse en madres; otras decidieron quedarse un tiempo por fuera del mercado laboral para poder acompañar a sus hijos durante sus primeros años de vida, y otras permanecieron en sus trabajos pero reduciendo las posibilidades de dedicarle tiempo extra al mismo. El común denominador en

¹⁹ Al respecto se puede consultar GUZMAN RODRIGUEZ DIANA & DALEN, ANNIKA (2013), quienes establecen:” En segundo lugar, limita y permea las decisiones estratégicas que puedan tomar las personas en relación con su propio desarrollo laboral, y contribuye a reproducir imaginarios y estereotipos que han mantenido a la mujer sometida a condiciones particulares de exclusión y discriminación.” (p.43)

todas ellas es que la maternidad ha cambiado sus dinámicas de trabajo, y en algunos casos ha hecho que a los ojos de sus empleadores sean menos competitivas o estén menos comprometidas con sus labores. Esta ruptura se fundamenta, en el fondo, en la forma como se ha construido la imagen de la maternidad” (p. 45)

Esto nos permite concluir, que en Colombia los roles de género están aún muy marcados, y que influyen considerablemente al momento de ingresar al empleo o mantenerse en él, por lo que las consideraciones que se hagan dentro de una sentencia de una alta corte, podría dar pie a cambiar en cierta manera estos imaginarios. No obstante como es visto, en esta oportunidad se optó por acentuarlos y no por desestructurarlos, contribuyendo a una perpetuación de los roles.

5.2.4. El eliminar una obligación del empleador, quien también es un actor social

La solidaridad es un principio contemplado, en el artículo primero de la Constitución Política de Colombia. Tal como ha sido desarrollado, el mismo obedece a:

“La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental”. (Corte Constitucional, Sentencia C- 767 de 2014, MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, p.2)

En este sentido, la solidaridad obliga a todos los actores sociales por su pertenencia al conglomerado, a actuar conforme a principios de ayuda mutua, estableciendo lazos entre ellos. De esta manera, la solidaridad en el ámbito laboral y de la seguridad social puede entenderse como “aquella interacción que existe entre las personas y que demanda una acción llevada a cabo en forma conjunta, cuyas consecuencias les conciernen a todas, no puede limitarse a la simple interdependencia que existe objetivamente entre los hombres, sino que conlleva el sentimiento activo que se funda sobre ella, para constituirse en un deber de asistencia mutua” (CAÑÓN ORTEGON, 2017, p. 8).

Basados en el principio de solidaridad, el Estado como el empleador, deben garantizar la protección a las mujeres embarazadas. Si bien, se cuentan con políticas y programas especiales, para la protección de las mujeres gestantes, estos no son suficientes ni eficaces para la protección de las mismas, por lo que el trabajo, es también una garantía esencial.

De esta manera el argumento desobligante que plantea la Corte en cuanto a que la licencia de maternidad es una carga desproporcionada para el empleador, no tiene sentido dentro del contexto de la solidaridad, ya que las empresas tienen la responsabilidad también de cubrir necesidades sociales, y contemplar dentro de sus presupuestos los temas de maternidad ya que no son cuestiones extrañas, sino parte del normal devenir de los seres humanos.

En este sentido, es importante resaltar el carácter natural de la maternidad, el cual debe necesariamente ser un elemento contemplado dentro de las relaciones laborales, no desde un punto de riesgo o de desproporcionada afectación.

Por tanto, distinto a lo planteado por la Corte²⁰, no se requiere un desplazamiento de la responsabilidad que está en cabeza del Estado, pues el deber de solidaridad recae en su conjunto.

5.2.5. Generación de dependencia de las mujeres

Con la eliminación de la garantía de la que gozaban las mujeres para la protección de su maternidad, se genera una serie de respuestas por parte de la Corte para atenuar la situación de desprotección.

Así, se da por sentada la posibilidad de que las mismas, puedan acceder a las ayudas que le ofrece el Estado, mediante el ICBF -que ha dicho que maneja una serie de criterios de elección, por lo que no es de carácter universal-, o que ingresen al sistema de seguridad social como beneficiarias de sus parejas o familiares.

La intención de la corte es clara, “proteger” a las mujeres de su estado de desamparo, no obstante con las respuestas que la misma otorga, lo único que está ocasionando es generar dependencia, ya sea, al Estado, la pareja o la familia.

Sin ingresos laborales propios, la trabajadora que ahora es madre gestante no tendrá recursos económicos para solventar sus necesidades por lo que requerirá ayuda, necesariamente de una estructura o de alguien. Esto claramente es un impacto, que podríamos considerar directo, pero que al no ser concebido por la corte dentro de sus argumentaciones aparece como un efecto indirecto.

La preocupación entorno a la dependencia radica, en que las mujeres quedan supeditadas a la voluntad de “otro”, en donde pueden generarse distintos tipos de relaciones, dando cabida a la violencia. Se debe entender que uno de los tipos de violencia es la relacionada con factores económicos, por lo que no se tomó en consideración que dejar sin recursos a las mujeres podría propagarla.

En este sentido, es importante también indicar, que en caso de que las mujeres pudieran acceder a un programa de protección al cesante²¹ – que es relativamente nuevo, y que tiene una serie de requisitos para su acceso-, el Estado únicamente, pagará sus cotizaciones con base en un salario mínimo, por lo que quienes tengan, una profesionalización que les haya permitido alcanzar mejores ingresos, se verán menoscabadas, pues la licencia de maternidad se les entregará con relación a lo cotizado.

²⁰ De esta manera, se desplaza una protección que, de conformidad con el artículo 43 de la Constitución se encuentra a cargo del Estado, para imponer dicha carga económica al empleador y, por consiguiente, generar una mayor discriminación para las mujeres en el ámbito del trabajo, dado que se incrementan los eventuales costos que se derivan de la contratación de mujeres. En todo caso, resulta pertinente aclarar que cuando el empleador conoce del estado de embarazo de la mujer gestante, tiene prohibido desvincular a dicha trabajadora sin la respectiva autorización del Inspector del Trabajo, aún cuando medie una justa causa.

²¹ Regulado en la Ley 1636 de 18 de junio de 2013, por medio de la cual, se crea el mecanismo de protección al cesante. Puede ser consultada en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=53493>

En este sentido, si se denota un efecto boomerang, en cuanto, a que la Corte pretende, eliminar esta protección para que las mujeres puedan acceder al mercado de trabajo, pero por otro lado las deja completamente desamparadas y dependientes, sin la garantía de que con este cambio, se tenga un mayor ingreso al mercado de trabajo, pues como se ha visto de los análisis realizados entre las estadísticas y los argumentos de la Corte no hay mucha relación, más que una mala interpretación de los datos técnicos.²²

5.2.6. Reproducción de las características patriarcales de un “trabajador ideal”

El Banco Mundial, en un reciente informe, estableció: “cuando se cruzan los parámetros que tienen las empresas sobre lo que entienden como un *“trabajador ideal”* y las normas de género, se crea una desventaja para las mujeres que, a su vez, privilegia a los hombres, en la medida en que se suele favorecer a las personas que pueden trabajar de tiempo completo e incluso ir más allá del tiempo establecido” (BANCO MUNDIAL, 2014, p. 42).

Al respecto es importante establecer, que si bien el mercado de trabajo muestra algunas pretensiones, respecto a lo que necesita en un trabajador, que genere rentabilidad a su empresa, las normas laborales han establecido un tipo de trabajador que goza de los derechos que a él han sido reconocidos y que por ende no puede extralimitar las normas que cada país ha designado para ellos. De esta manera, fundar una posición de que un trabajador ideal es aquel, que no puede tener posibilidades de conciliación entre la vida personal y familiar, es desvincular a las mujeres de ese patrón.

Así las cosas, si se enfatiza en que los trabajadores ideales son aquellos, que pueden quedarse más tiempo en las empresas, y tener jornadas infinitas de trabajo, en las que posiblemente algunas mujeres estén más desventajadas –por la aún creencia cultural y social, de que sobre ellas recae el cuidado y el trabajo doméstico–²³, se seguirá perpetuando la desigualdad. Es por esto que se deben establecer no sólo cambios culturales en que los hombres también deben vincularse a los cuidados y trabajos domésticos, pues hace parte de un proceso de corresponsabilidad en el hogar, sino que además, debe haber una modificación en el pensamiento empresarial, que le permita solicitar al mercado trabajadores más productivos, con jornadas de trabajo más flexibles²⁴. De esta manera dará opción de tener más tiempo para la vida personal y rendir mejor profesionalmente, pues el tiempo destinado para las labores de trabajo, no se relaciona directamente con la productividad.

²² Ver salvamento de voto de la magistrada Diana Fajardo. (Corte Constitucional, Sentencia SU 075 de 2018, MP. Gloria Stella Ortiz, p. 148)

²³ En este sentido, se puede consultar el estudio de LORA, E (2016), que establece respecto al desempleo de las mujeres en Colombia: “Mientras están en edades reproductivas las mujeres asalariadas de todos los grupos tienen probabilidades más altas de pasar al desempleo, incluso si no tienen hijos, o si no tienen pareja y viven solas” (p.10)

²⁴ BLAZQUEZ AGUDO, EVA (2018), establece al respecto: “La jornada flexible debe ser aquella que permite que el empleado elija sus 8 horas de trabajo diarias o, incluso, sus cuarenta horas semanales, sirve para mejorar el rendimiento en la actividad, dado que el trabajador podrá elegir como mejor compatibilizar su trabajo con su vida familiar y personal. Esta opción también repercute en la productividad de la empresa, puesto que seguramente en estas condiciones se obtendrán mejores resultados, así como la retención del talento. (p.104)

VI. Conclusiones

De conformidad con lo que se ha analizado, en el presente artículo, se puede establecer que la eliminación de la medida afirmativa, en la cual se otorgaba una protección laboral reforzada a las mujeres en estado de gestación, obedece a una causa económica. Se pretende hacer ver, que puede ser favorable para el ingreso al mercado, pues por la reducción de costos de maternidad, los empleadores van a contratar más mujeres – así no hayan estudios que lo establezcan-.

De esta manera, es importante enunciar, que de la observación de los datos técnicos, citados por la corte, no se desprende necesariamente una correlación entre la licencia de maternidad, y el poco ingreso de las mujeres al mundo laboral, pues los datos plasmados como fundamento son genéricos y globales, mas no específicos a la temática que suscita la profundización en la línea jurisprudencial.

Por esta razón, puede hablarse de una conjetura supuesta de varios estudios citados por la Corte, donde las mujeres en Colombia, sin duda aún mantienen obstáculos para su ingreso al empleo formal, por la concepción cultural y social de que el cuidado recae sobre ellas. Por tanto un primer cambio importante al respecto, sería, establecer mecanismos en los cuales, los hombres se vincularan más con las labores de cuidado y trabajo doméstico, en aras de que el reparto de tareas, permitiera desdibujar los roles existentes, y de esta manera, la inclusión al empleo formal sea más igualitaria.

Con esto quiero decir, que no es eliminando las protecciones que se han otorgado a las mujeres, como se avanza hacia el camino de la disminución de las brechas, pues tal como se muestra en el acápite de los impactos indirectos, en realidad existe una discriminación estructural que debe ser protegida, ya que la misma persiste fuera de la relación de trabajo pero incide necesariamente en ella.

En este sentido, contrario a lo que la corte afirma, la regla de la jurisprudencia anterior, no “resulta contraria, a los valores, objetivos, principios y derechos que se erige el ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional, Sentencia SU 075 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz, p.101), pues con ella se pretende precisamente eliminar obstáculos, y de esta manera cambiar la mentalidad sobre la que se fundamenta.

La nueva línea, carece de coherencia lógica en muchos de sus postulados, sobre todo cuando afirma que “La finalidad de la estabilidad laboral también está relacionada con la protección del derecho al trabajo, de la independencia económica y, en algunos casos, de la concreción del proyecto de vida” (p. 109), pero a su vez elimina la misma, dejando a muchas mujeres en estado de desamparo total y vulnerando en muchos casos su derecho a la intimidad.

Por este motivo, es importante establecer vías más idóneas para la inclusión de la mujer al mercado de trabajo, tales como la flexibilización de la jornada de trabajo, el impulso de la corresponsabilidad en los cuidados y el trabajo doméstico, el fortalecimiento de los canales de acceso al empleo formal, la educación empresarial respecto a la desestructuración de los roles de género y la implementación de políticas eficaces en áreas de selección de personal que permitan un acceso igualitario a los puestos de trabajo va-

cantes, y no retirar las medidas de acción afirmativas, que son paliativas hasta el momento que se establezca una igualdad material en el empleo formal.

Se puede entonces concluir que la nueva regla jurisprudencial es, en realidad, más desfavorable para las mujeres, ya que al no existir una relación directa entre la licencia de maternidad y la poca contratación de mujeres, no necesariamente va a tener mejores resultados en el acceso al empleo. Por otro lado, si puede surtir el efecto contrario, que como fue esbozado argumentos, genera afectaciones mayores que no implican un cumplimiento de las normas internacionales de trabajo, ni de protección a la maternidad.

Referencias

- ACNUDH. (s.f.). *Folleto Informativo N° 33. Preguntas Frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado el 25 de Octubre de 2018, de https://www.ohchr.org/documents/publications/fs33_sp.pdf
- AÑON ROIG, MARIA. (2013). Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio. En A. IGLESIAS GARZÓN, *Historia de los Derechos Fundamentales Siglo XX*. (Vol. V, págs. 609-671). Madrid: Dikynson.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (1991). *Gaceta Constitucional 85*. Bogotá.
- BALLESTERO, MARIA VICTORIA. (1996). Acciones Positivas. Punto y Aparte. *DOXA*(19), 91-109.
- BANCO MUNDIAL. (2014). *Gender at Work. A companion to the World Development Report on Jobs*. Recuperado el 25 de Octubre de 2018, de http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/Gender/GenderAtWork_web.pdf
- BARRÈRE UNZUETA, MARIA. (2002). La acción Positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión. *Jornadas sobre "Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres"*, (pág. 29). Palacios de Congesos Europa; Vitoria- Gasteiz.
- BLAZQUEZ AGUDO, EVA. (2018). Marco Jurídico. *VII Informe Adecco sobre Absentismo.*, 75-111.
- CAÑON ORTEGON, L. (Enero-Junio de 2017). La Solidaridad como fundamento del Estado Social de derecho, de la Seguridad Social y Protección Social en Colombia. *Páginas de Seguridad Social*, 1(1), 5-29.
- EXPÓSITO, FRANCISCA. (2011). Violencia de Género. *Mente y Cerebro*, 20-25. Recuperado el 25 de Octubre de 2018, de <https://crisolproyectossociales.files.wordpress.com/2011/07/violencia-de-genero.pdf>
- GUZMAN RODRIGUEZ DIANA, & DALEN ANNIKA. (2013). *Entre estereotipos. Trayectorias laborales de mujeres y hombres en colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado el 25 de Octubre de 2018, de https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_601.pdf
- LORA , E. (2016). Desempleo Femenino en colombia: Visión panorámica y propuestas de política . *Desempleo Femenino en Colombia*, 1-28.
- PEÑA GALLO MARIA. (2016). *El mobbing maternal: Una forma de discriminación laboral*

en contra de la mujer en Europa. El caso de mujeres gestantes y madres en España y Reino Unido. Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya. Recuperado el 20 de Octubre de 2018, de https://www.idhc.org/arxius/ajudes-formacio/1467892046-PE%C3%91A_MLuisa.pdf

- RAMIREZ NATALIA, TRIBÍN ANA MARIA, & VARGAS CARMINA. (2016). Maternidad y el Mercado Laboral: El impacto de la Legislación. *Desempleo femenino en Colombia*, 267-289.
- REY MARTÍNEZ, F. (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo.* Madrid: McGraw-Hill.
- SALOMÉ RESURRECCIÓN, L. M. (2017). *El concepto de "discriminación estructural" y su incorporación al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. (Tesis de Máster)*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- SIERRA HERNÁIZ ELIZA. (2018). El concepto de discriminación indirecta: Su delimitación y aplicación en el derecho social, Comunitario, Europeo y Español. En E. M. Agudo, *Los ODS como punto de partida para el empleo femenino* (págs. 11-26). Madrid: Dykinson.
- YOUNG, IRIS MARION. (2000). *La justicia y la Política de la Diferencia.* (ÁLVAREZ SILVINA, Trad.) Valencia: Ediciones Cátedra.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional, Sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia T-966 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez
Sentencia SU- 070 de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada.
Sentencia C- 767 de 2014, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
Sentencia SU 075 de 2018, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado