



**“EL PROBLEMA PRÁCTICO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO: EL
CASO DE LAS MUJERES EN ESTADO DE GESTACIÓN”**

**DAVID FELIPE POLO MONTOYA, JUAN CAMILO MEZU ARCILA Y LUIS
EDUARDO MOLINA SALAZAR**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO**

Santiago de Cali

2013



“EL PROBLEMA PRÁCTICO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO: EL CASO DE LAS MUJERES EN ESTADO DE GESTACIÓN”

DAVID FELIPE POLO MONTOYA, JUAN CAMILO MEZU ARCILA Y LUIS EDUARDO MOLINA SALAZAR

**PROYECTO DE GRADO PARA ASPIRAR AL TÍTULO DE:
ESPECIALISTA EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL**

**DIRECTOR:
IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO
SANTIAGO DE CALI**

2013

Nota de Aceptación:

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Santiago de Cali, 2013

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	6
1. Antecedentes Históricos. Constitución Política de 1886 y la Corte Suprema de Justicia	15
2. La expedición de una Constitución Política de 1991.....	18
2.1 Normatividad Constitución Política 1991.....	18
2.2 Posiciones Corte Constitucional. Estabilidad laboral reforzada para la mujer trabajadora.....	21
2.2.1 Sentencia hito C-470 de 1997.....	24
2.2.2 Sentencia hito T-373 de 1998.....	27
2.2.3.Sentencia hito T-095 de 2008.....	28
2.2.4 Sentencia T- 649 de 2009.....	29
2.2.5 Sentencia hito T- 069 de 2010.....	30
2.2.6 Sentencia T- 082 de 2012.....	31
2.3 Posición Corte Suprema de Justicia.....	33
2.3.1. Sentencia hito Rad. 13561 de 2000.....	33
2.3.2. Sentencia Rad. 13812 de 2000.....	35
2.3.3. Sentencia Rad. 6684 de 1994.....	36
3. Análisis comparativo sentencias hito: Corte Constitucional sentencia C-470 de 1997 y Corte Suprema de Justicia sentencia Radicación 13561 de 2000.....	37
4. Problema Práctico en la aplicación del derecho: El caso de las mujeres en estado de gravidez.....	40
5. Corte Constitucional. Sentencias de unificación 2013.....	44
SU- 070 de 2013.....	47
SU-071 de 2013.....	50
6. Conclusiones.....	52
BIBLIOGRAFÍA.....	55

EL PROBLEMA PRÁCTICO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO: EL CASO DE LAS MUJERES EN ESTADO DE GESTACIÓN.

INTRODUCCIÓN

“El “arte de la interpretación” es la experiencia en el trabajar de dar sentido a texto o productos culturales. La “teoría de la interpretación” es un conjunto de enunciados en los que se busca sistematizar la observación y la experiencia extraídas de la práctica del arte.”

Diego Eduardo López Medina

El problema de la “interpretación” ha sido uno de los principales problemas de la cultura humana el cual se ha relacionado incluso con la identidad personal, moral y los grupos humanos. Su origen radica en la incorporación de creencias y directivas normativas en textos escritos bien sean religiosas o jurídicas.¹

De esta codificación por escrito se han originado múltiples preguntas por el significado de los textos, la manera de interpretar y descubrir nuevas respuestas que resuelvan las necesidades sociales que se han fijado por las normas por escrito que constituyen las piezas fundamentales de varias culturas en aspectos religiosos, políticos y jurídicos.

Fue así como en un principio se hablaba de una simple exégesis es decir de una forma de interpretación excesivamente literalista. Tan sólo hasta los siglos XVIII y XIX se empezó a hablar de manera sistemática de una hermenéutica crítica o el ‘problema hermenéutico’ considerado en sí mismo, así las cosas, los métodos correctos para interpretar textos han sido una cuestión nacida en la modernidad.²

El nacimiento de esta hermenéutica crítica se dio paralelamente en la teología, la filosofía, el arte y el derecho. En el campo del derecho específicamente, Carlos Federico de Savigny adoptó gran parte de los logros alcanzados en otras áreas de la cultura a la hermenéutica del derecho. Para quien la interpretación era: *“un arte que se aprende por el estudio de los grandes modelos que la antigüedad y los tiempos modernos ofrecen en abundancia, al contrario de lo que sucede con la teoría de este arte, respecto a la cual, por circunstancias accidentales, nos encontramos sumamente pobres”*.³

Savigny postulaba en líneas generales que la interpretación de la ley se estructuraba en cuatro elementos: el gramatical, el lógico, el histórico y el

¹ Paráfrasis. LOPEZ Medina Diego Eduardo. “Interpretación Constitucional” Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Universidad Nacional de Colombia. Ed. Segunda. 2006. P.19 -20.

² *Ibíd.* P. 21-22.

³ *Ibíd.* P. 20

sistemático. No obstante esta metodología desfavorecía los elementos finalista y consecuencialista de la norma. De manera que aparecieron teorías opuestas a esta postura las cuales sostenían la obligación del intérprete jurídico en entender la política pública, social o económica que la ley encarna e interpretar la norma para buscar de manera primaria la efectiva realización de dicha política. De allí que el juez está obligado a velar por la realización de las consecuencias específicas de la política representada en la ley, incluso si para ello debe sacrificar los cuatro elementos de los que habla Savigny.⁴

La prevalencia del fin y de las consecuencias de la norma es la principal forma de interpretación anti-formalista en derecho que más se relacionaba con el conocimiento de los problemas sociales y su resolución práctica.

De lo anterior debe resaltarse que dichas teorías de interpretación nacieron originalmente con el propósito de interpretar reglas de derecho privado. Sin embargo éstas han sido expandidas a la interpretación constitucional, ya que los problemas que genera la interpretación de la Carta Política son análogos, aunque no idénticos, a los problemas de interpretación de la ley.⁵

En nuestro contexto el Código Civil de Colombia era en sus líneas fundamentales el Código Civil de Bello adoptado en Chile en el año de 1855 el cual debía abundantemente del Código Napoleón de 1804, en los cuales se establecía la prohibición que los jueces por medio de sus sentencias “pudieran pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que se les sometiese”⁶, por ello la Ley tenía predominancia total como fuente de derecho frente a la costumbre y a la jurisprudencia, tanto es así que en estos Códigos se prohíbe la utilización de estas fuentes como formas de creación del derecho propias e impiden que las mismas usurpen la voluntad general soberana que sólo se puede expresar por medio de la ley.⁷

Esta prohibición aparece en el Artículo 17 del Código Civil colombiano: “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciada. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria*”.

Lo anterior sumado al conocimiento de Andrés Bello sobre la doctrina hermenéutica de Savigny, le permitió incorporar en los artículos 25 a 32 del Código Civil Colombiano normas sobre interpretación de las leyes que, como se verá luego, siguen siendo de amplísima utilización, no sólo en el derecho legislado sino también en el derecho constitucional.

Frente a las anteriores limitantes la Constitución Política de 1886 se expresaba en la ley suprimiendo la necesidad de interpretar directamente el texto superior, entendiendo los jueces que su misión consistía en aplicar las reglas y principios anunciados por los códigos y las leyes.⁸ Por ello la misma sólo podía ser

⁴ Op. Cit. P. 22

⁵ Ibíd. P. 23

⁶ Artículo 5 del Código Civil Francés

⁷ LOPEZ Medina Diego Eduardo “El Derecho de los Jueces” Legis. Ed. Segunda. 2006. Colombia. P.8

⁸ Paráfrasis. Ibíd. P. 8

directamente aplicada por los organismos “vértice” del estado en confrontaciones de “alta política”, de ahí la utilización directa de la Constitución permanecía cuidadosamente restringida al Presidente, el Congreso y la Corte Suprema de Justicia quienes parecían ser los únicos actores legitimados, en situaciones muy especiales, a aplicar directamente el contenido de la Constitución Política⁹. No obstante cabe mencionar que el Congreso como organismo autorizado para aplicar directamente la Carta empezó a constitucionalizar su actividad con la adecuación de las leyes para la creación de mecanismos de aplicación generalizada como la llamada “excepción de inconstitucionalidad” o la “acción pública de inconstitucionalidad”, a pesar de estas nuevas competencias los jueces ellos seguían aplicando de manera preferencial las leyes legítimamente expedidas por el Congreso, pues sólo bastaba la consulta a la ley y a la doctrina legal para resolver sus casos por consiguiente eran muy raras las ocasiones en que se utilizara la excepción de inconstitucionalidad¹⁰.

Frente a la anterior situación el Congreso de la República expidió la Ley 61 de 1886 a través de cual se le ordenaba a la H. Corte Suprema de Justicia como órgano con funciones de unificación de la jurisprudencia, casar los fallos que violaran o en los que se interpretara contraria o erróneamente la doctrina legal, dicha norma fue subrogada por el Artículo 10 de la Ley 153 de 1887 que dispuso: *“En los casos dudosos los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho constituye doctrina legal probable”*,¹¹ posteriormente, por medio de una modificación realizada en el Artículo 371 de la Ley 105 de 1890 se declaró que para la existencia de la denominada *“doctrina legal”* bastaba:

*“Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir ley apropiada para el caso”*¹²

Dicho sistema de doctrina legal volvía cada vez más rígida la jurisprudencia de la Corte lo que la obligó a anunciar de manera formal en el texto de sus sentencias la interpretación legal que hacía de la Ley, así las cosas si una decisión quedaba de una manera la misma debía mantenerse en el tiempo y sólo podría ser modificada mediante legislación posterior. Frente a esta situación, la Corte reaccionó modificando este sistema severo y formalista de sus precedentes convirtiéndolo en un sistema a través del cual la interpretación

⁹ Paráfrasis. LOPEZ Medina Diego Eduardo. “Interpretación Constitucional” Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Universidad Nacional de Colombia. Ed. Segunda. 2006. P. 5

¹⁰ Paráfrasis. Ibíd. P. 39

¹¹ Ibíd. P. 19

¹² Ibíd. P. 20

correcta de los códigos y leyes nacionales se pudiese desarrollar de manera paulatina y flexiblemente.

El anterior esquema contrasta marcadamente con el texto de 1991 en el cual se establecieron dos ideas básicas que variaron los conceptos del constitucionalismo de 1886: en primer lugar, se instauró la supremacía directa de la Constitución (artículo 4º) y, en consecuencia, se abrió la posibilidad de que los ciudadanos buscaran la protección de sus derechos constitucionales fundamentales mediante una acción directa (artículo 86) denominada acción de tutela, por medio de la cual sus argumentos podían basarse en el mismo texto constitucional sin necesidad de intermediación legal. Este cambio, como ningún otro, obligó a jueces de todos los niveles a lidiar directamente con el texto constitucional.¹³

En efecto con la Carta de 1991 se introdujo en Colombia la noción de Estado Social de Derecho, declarándolo así en el Artículo 1 de la misma, en la cual se definió al País como: “*un Estado Social de Derecho, un Estado democrático, participativo y pluralista*”. Dicho Estado democrático de derecho, promueve el desarrollo del Estado de bienestar reconociendo los principios de dignidad humana, trabajo, solidaridad de las personas y prevalencia del interés general, por esta razón debe intervenir con la finalidad de garantizar los derechos económicos y sociales, esencialmente el mínimo de condiciones materiales para una vida digna como son la salud, la educación, la vivienda, la alimentación, el salario, entre otros.¹⁴

En materia de derechos la nueva interpretación constitucional se manifiesta en la existencia de por lo menos cuatro cambios: la acción de tutela como mecanismo central del nuevo orden de protección de derechos fundamentales, la creación de una jurisdicción constitucional, la función de control y la función de creación judicial.¹⁵

Esta orientación promovió un aumento en la constitucionalización del derecho colombiano. Toda vez que los textos constitucionales y muy en particular aquellos que consagraban derechos fundamentales de las personas se convirtieron en principios y reglas directamente aplicables a todo tipo de conflictos jurídicos a resolver por los jueces y funcionarios administrativos en Colombia.

Dicho proceso de constitucionalización produjo importantes cambios en la teoría de las fuentes del derecho que terminaron ligando la aplicación directa de la constitución a un nuevo uso de los precedentes judiciales.

Con la creación de una Corte Constitucional instaurada como un organismo perteneciente a la rama judicial del Poder Público se le confió la guarda, integridad y supremacía de la Carta Política, con la finalidad de que la misma

¹³ Ibíd. P. 6

¹⁴ LONDOÑO Díaz Jorge Andrés, “ Estado Social de Derecho y Neoliberalismo en Colombia: Estudio del cambio social a finales del Siglo XX” Disponible desde internet [http://virajes.ucaldas.edu.co/downloads/Virajes11_8.pdf] (con acceso el 10 de abril de 2013)

¹⁵ Ibíd. P.7-8

tuviera las siguientes facultades: decidir sobre las demandas de constitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes, los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno y los actos legislativos reformativos de la Constitución, resolver sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes, las consultas populares y los plebiscitos del orden nacional, ejercer el control constitucional sobre los decretos legislativos dictados por el Gobierno al amparo de los estados de excepción, decidir definitivamente acerca de las objeciones por inconstitucionalidad que el Gobierno formule contra proyectos de ley y de manera integral y previa respecto a los proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso, resolver acerca de las excusas para asistir a las citaciones realizadas por el Congreso en los términos del Artículo 137 de la Carta, decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano y de las leyes que los aprueben y **revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales prevista en el artículo 86 de la Constitución.**¹⁶

La creación de la jurisdicción de lo Constitucional y la expedición del Decreto 2067 de 1991 se consagró con alguna ambigüedad un sistema fuerte de precedente vinculante, por ello la Corte Constitucional empezó a poner en práctica dicho sistema de precedentes en un primer período marcado entre años 1992 y 1993. Fue así como, con algunos disensos al interior de la Corte relacionado con el valor de los fallos judiciales, a través de sentencia T-046 de 1992 la Corte afirma el valor pedagógico e incluso normativo de la jurisprudencia de tutela, su importancia y alcance que se vislumbraría en el panorama jurídico nacional denominado por la jurisprudencia de la Corte como “doctrina constitucional” y que lo diferenció categóricamente con la denominada doctrina probable.¹⁷

En un segundo período (1995-2005) la Corte Constitucional adoptó una posición mucho más clara en relación con el valor de la doctrina constitucional reconstruyendo una doctrina fuerte de precedentes, primero mediante la utilización expansiva del concepto de “doctrina constitucional”¹⁸ y segundo, mediante la aplicación del principio de igualdad enmarcado en el Artículo 13 de la Carta Política, lo que se demostró a través de numerosas sentencias en las que la Corte defendió sus facultades tanto en técnicas de modulación de sentencias como en doctrina de precedentes, dicho proceso culminó con la reinterpretación de la noción de “doctrina probable” – artículo 4 de la Ley 169 de 1896- en sentencia C-836 de 2001 con la que se reabrió el tema de la vinculatoriedad del precedente y se indicó que esta disciplina aplicada en la jurisdicción de lo constitucional era exactamente aplicable, por las misma

¹⁶Corte Constitucional de Colombia. Disponible desde internet[<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/>] (con acceso el 10 de abril de 2013)

¹⁷ Paráfrasis. Diego Eduardo “El Derecho de los Jueces” Legis. Ed. Segunda. 2006. Colombia. P. 31

¹⁸ Ver Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 1993 M.P. Arango Mejía y C-131 de 1993 M.P. A. Martínez Caballero.

razones jurídicas, al tratamiento de la jurisprudencia producida por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado¹⁹.

Al realizar el anterior análisis relacionado con los cambios significativos al interior de la Corte Constitucional podemos evidenciar como en Colombia el precedente judicial ha adquirido mayor importancia, rompiendo la concepción tradicional en la cual la ley era la fuente jurídica por excelencia – Artículo 230 Constitución Política de 1991- superada a través de la interpretación sistemática de las normas y principios constitucionales que se han encargado de darle el justo valor de fuente primaria del derecho.

En efecto vemos como con la Constitución Política de 1991 el sistema de fuentes del derecho con prevalencia tradicionalista de la ley se ha replanteado profundamente. En primer lugar, porque la Constitución se instituyó a través del artículo 4 como fuente primordial de todo el ordenamiento jurídico al ser norma de normas e invalida cualquier disposición inferior que le sea contraria. En segundo lugar, el principio de igualdad como un derecho fundamental prevalente de los asociados, la seguridad jurídica y la confianza legítima irradian tanto la creación de la ley como la aplicación de ésta, lo cual implica que los jueces deban resolver casos iguales de igual forma. En tercer lugar, la interpretación del Tribunal Constitucional ha ponderado el tema de la jurisprudencia en el esquema de fuentes, por cuanto se superó la concepción inicial de que era fuente auxiliar y elaboró el concepto de precedente judicial y su obligatoriedad, como verdadera fuente de derecho²⁰.

De esta manera el esquema de fuentes de derecho actual en el país está conformado por la Constitución de 1991 que tiene supremacía sobre todo el ordenamiento jurídico, con la salvedad de los tratados internacionales de derechos humanos sin limitación en estados de excepción los cuales estarían en un nivel supraconstitucional; en el mismo nivel constitucional se encuentran los tratados internacionales del trabajo que hayan sido ratificados por Colombia y que no versen sobre derechos humanos; en el segundo puesto de inferioridad se encuentra la ley y el precedente judicial -el de constitucionalidad de las leyes y el emitido en casos concretos por cualquier juez-, en materia de derecho laboral y de seguridad social existe una fuente especial que son las Convenciones Colectivas del Trabajo; finalmente en esta misma posición y en los siguientes niveles estarían los actos administrativos, organizados jerárquicamente, de acuerdo al criterio funcional.²¹

De allí que la obligatoriedad del precedente reconocida y unificada por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, se basa en cuatro razones fundamentales. La primera es el respeto al principio de igualdad que obligaría a resolver casos semejantes de igual manera, como un derecho fundamental de todos los ciudadanos en una democracia constitucional. La segunda es el límite mismo a la creación judicial del derecho el cual obligaría a los jueces a respetar

¹⁹ LOPEZ Medina Diego Eduardo "El Derecho de los Jueces" Legis. Ed. Segunda. 2006. Colombia. P. 75

²⁰ Paráfrasis. BUITRAGO Guzmán María Rosalba "Metodología del precedente judicial en la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de derecho del trabajo y de la seguridad social. Universidad Nacional de Colombia. 2011. P. 12 y 13

²¹ *Ibíd.* P. 15

como vinculante una decisión anterior y a no apartarse de ella, salvo circunstancias excepcionales. La tercera es que el precedente judicial permite una verdadera evolución del ordenamiento jurídico porque el derecho legislado se solidifica como la formulación de normas generales. Y la cuarta es la garantía de la seguridad jurídica y del principio de la confianza legítima que implica la coherencia y estabilidad en el tiempo de las reglas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos.²²

Por estas cuatro razones debe predicarse la obligatoriedad del precedente no sólo constitucional sino el de todas las áreas del derecho. En este punto es importante aclarar que en la primera década de vigencia de la Constitución de 1991 la lucha por definir qué era el derecho dejó dos polos claros: uno el de la jurisdicción de lo constitucional que, luego de una disputa interna, reconoció el valor del precedente judicial y otro, el de la jurisdicción ordinaria que profería jurisprudencia con el valor de mera doctrina probable, según el histórico reconocimiento legal de la misma en iguales términos, lo cual implicaba que aquélla se pudiera cambiar en cualquier momento y sin mayor carga argumentativa. Estos dos polos se concilian no solo por las cuatro razones explicitadas anteriormente sobre la obligatoriedad del precedente, sino porque a partir del año 2001 se obligó a través de sentencia de constitucionalidad al Alto Tribunal de lo ordinario a seguir sus propios precedentes. Por esta razón, en Colombia, en la actualidad, las Altas Cortes como la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia se encuentran atados a sus pronunciamientos anteriores cuando sean precedente frente a nuevos casos.²³

De lo anterior se resalta que la obligatoriedad del precedente debe predicarse en términos relativos y no absolutos, pues los jueces no pueden estar sometidos indefinidamente a los fallos judiciales por ellos emitidos o por Tribunales de mayor jerarquía al estilo del mejor formalismo, cuando la realidad social, política, económica y cultural de las sociedades es cambiante y requiere transformaciones importantes en el derecho máxime cuando existe la consagración constitucional de la autonomía judicial.²⁴

No obstante cabe mencionar que a pesar del gran avance en el desarrollo de un precedente judicial fuerte sentado por la Corte Constitucional su eficacia sigue siendo baja, toda vez que los jueces se adhieren a los argumentos tradicionales: (i) independencia judicial (Art. 228 C.P.), (ii) la auxiliaridad de la jurisprudencia (Arts. 230 C.P. y Art.48 Ley Estatutaria de Administración de Justicia –LEAJ-) al mismo tiempo niegan, desconocen o confrontan la condición interpretativa que la Corte introdujo al Artículo 48²⁵ antes mencionado. Esto revela el choque entre teorías y culturas jurídicas que dividió primero a la Corte Constitucional a su interior y que continúan enfrentado a la jurisdicción constitucional con los jueces comunes dado que en algunos casos dichos

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.* P. 16

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ La línea jurisprudencial comienza con la Sentencias C-083 de 1995, T-123 de 1995 y T- 260 de 1995, consolidándose sólida y paralela en la Sentencia C-037 de 1996.

precedentes son diferentes a los establecidos por la Corte Constitucional. Es decir, se dan aplicaciones e interpretaciones diferentes de una misma norma.²⁶

En razón a ello han sido numerosas las ocasiones en que las posiciones entre las Altas Cortes difieren y chocan toda vez que la jurisdicción ordinaria y constitucional en muchas ocasiones convergen en diferentes caminos. De esta manera la jurisprudencia de las Altas Cortes como son la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia no han concertado en reiterados pronunciamientos relacionados con la relevancia jurídica de derechos consagrados en los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo que enmarcan los derechos aplicables a la mujer en estado de embarazo, mediante los cuales se encuentra protegida de posibles discriminaciones que en el campo laboral se puedan ocasionar, especialmente relacionado con el fuero de maternidad dado que el empleador queda supeditado a la imposibilidad de despedir a la mujer por causa de su embarazo.

En este sentido el presente trabajo de investigación pretende abordar el análisis de los precedentes judiciales de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional con el fin de contrastarlos, encontrar sus puntos de encuentro, diferencias y evidenciar el problema de uso de diferentes fuentes del derecho en la aplicación de la interpretación jurídica en el caso de la denominada estabilidad laboral reforzada, o “fuero de maternidad” para la mujer trabajadora en estado de gravidez, en razón a ello, procederemos a verificar como ha sido la aplicación de la mencionada protección en algunos de los fallos judiciales más relevantes de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, para realizar un análisis jurídico comparativo de las líneas argumentativa de una y otra corte, así mismo tomaremos fallos proferidos por los jueces de primera o segunda instancia en vía ordinaria y vía acción de tutela relacionados con el caso que pretendemos desarrollar a fin de demostrar el problema de la multiplicidad en la interpretación del caso de las trabajadoras en estado de gestación, también analizaremos la normatividad de la Constitución Nacional, las leyes y los tratados o convenios internacionales que forman parte del denominado bloque de constitucionalidad, iniciando desde la Constitución Política de 1886 para pasar a los cambios más significativos introducidos con la Constitución de 1991 en la materia y su actual tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas el tema de investigación se desarrollará en cinco partes a saber: La primera de ellas relataremos los antecedentes normativos y jurisprudenciales, la posición acogida por la Corte Suprema de Justicia, organismo que en su momento, era el único órgano jurisdiccional con la facultad de fallar en temas tanto constitucionales como laborales. La segunda parte de este texto, se pretende explicar los cambios jurídicos normativos, que se configuraron a través de la Constitución Política de Colombia de 1991, mediante la cual, como bien se ha referido previamente, se crearon diferentes Cortes especializadas, entre ellas, la Corte Constitucional, órgano competente para salvaguardar el contenido de la Constitución Política Colombiana, y

²⁶ LOPEZ Medina Diego Eduardo “El Derecho de los Jueces” Legis. Ed. Segunda. 2006. Colombia. P. 60 y 61

finalmente demostraremos, el cambio sufrido en este lapso de tiempo con relación al tema de la validez del precedente judicial, con la finalidad de comprender y realizar un análisis sistemático de las diversas posiciones que ha tenido la Corte Constitucional en este tema y las diferencias que las mismas han presentado frente al precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia. La tercera parte consiste en un análisis jurídico de las sentencias hito fundante de la línea argumentativa de una y otra Corte con la finalidad de evidenciar las diferencias entre las posturas. En la cuarta parte nos basaremos en la aplicación práctica de dichas líneas argumentativas en fallos judiciales de jueces de primera y segunda instancia. Finalmente señalaremos como resuelve la Corte Constitucional estas diferencias a través de las sentencias de unificación SU- 070 de 2013 y SU-071 de 2013, todo lo anterior, se lleva a cabo a través de actividades prácticas y teóricas, basadas en la aplicación de las ciencias y la investigación socio-jurídica, posteriormente se realizará un análisis, par

Utilizando como herramientas de estudio: La recopilación de información de los diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, normatividad laboral y constitucional antes y después de la Constitución Política de 1991, así como la normatividad internacional que forma parte integral del denominado bloque de constitucionalidad en materia de protección laboral a la mujer en estado de embarazo.

En cuanto a la metodología utilizada para este trabajo de investigación, hemos optado por un estudio de tipo explicativo transversal, que se enfocará en la obtención y análisis de las providencias judiciales proferidas por la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional en el caso en relación, así como la interpretación que dichos órganos jurisdiccionales realizan de la normatividad y ley aplicable para los casos de protección especial para la mujer trabajadora en estado de embarazo, utilizando un método cualitativo hermenéutico clásico, cuya finalidad será la de descubrir y desarrollar la aplicación práctica en la actualidad frente a los casos de protección laboral a la mujer en estado de gestación.

I. Antecedentes Históricos

Constitución Política de 1886 y la Corte Suprema de Justicia.

Conforme a la jurisprudencia anterior a la Carta de 1991, el Preámbulo de la Constitución Política no era una norma jurídica, ni un conjunto de normas de dicha jerarquía²⁷. Se tomaba entonces, apenas como una definición de principios y fines de los constituyentes “*Extraídos en determinado momento histórico de las aspiraciones del pueblo sobre su querer ser y su deber ser*”.²⁸

Sin embargo con base a los fallos judiciales proferidos por la Corte Suprema de Justicia de la década de los 80's, este órgano señaló la existencia de tres posiciones: 1. La de quienes sostenían que el Preámbulo de una constitución es como una fachada, a través de la cual, se interioriza el conjunto normativo, el estilo político y jurídico. 2. Otros, quienes consideraban el Preámbulo como un conjunto de principios con fuerza directiva, de manera que se configura en ellos una verdadera normatividad supraconstitucional con jerarquía superior a la de los preceptos de la Carta que deben ser su desarrollo; y 3. Quienes entendían el Preámbulo como declaración de principios y como el señalamiento de los fines y motivos que animan al constituyente para expedir el Código Superior.

En efecto este Honorable Tribunal sostuvo en sentencia de 1988:

“...Los efectos jurídicos del contenido ideológico del Preámbulo quedan limitados a su función como medios de interpretación (...). Debe observarse que esta teoría, al restringir el alcance de los conceptos del Preámbulo a elemento dotados apenas del valor hermenéutico, niega a los mismos el carácter de normas jurídicas o preceptos aplicables “per se” (...) Como consecuencia de ello, se predica que no es posible encontrar infracción directa e inmediata de una norma respecto de aquellas [sic], pues no lo son, lo cual significa, en la teoría del control constitucional, que no puede declararse violación ninguna del Estatuto Superior que, en este punto como acaba de decirse, no es normativo”²⁹

De lo anterior se colige que el significado del Preámbulo representaba una insustituible referencia para la interpretación de las normas constitucionales, a fin de esclarecer sus puntos dudosos y mantener la vigencia del espíritu que las inspiró.³⁰ Por ello el preámbulo de la Constitución Política de 1886³¹

²⁷ Ver Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 19 de mayo de 1988

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 2 de octubre de 1980

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 19 de mayo de 1988

³⁰ Paráfrasis. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 2 de octubre de 1980

³¹ **Constitución Política de Colombia de 1886:** “*En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad. Los Delegatarios de los Estados Colombianos de Antioquía, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima, reunidos en Consejo Nacional Constituyente; Y con el fin de*

establecía principios como justicia y libertad de manera general, sin incluir expresamente principios como la igualdad, el cual tuvo que ser deducido mediante fallos judiciales, como se puede observar de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, único órgano con facultades de unificación jurisprudencial:

“Existe, pues, un principio general de igualdad entre las personas, cuyo carácter no puede tomarse como absoluto, ya que el supuesto del cual se parte no es el de la plena identidad entre los individuos (igualdad de hecho), de suyo imposible, sino el de una esencia común perfectamente compatible con la natural diversidad de caracteres, propiedades, ventajas y defectos de cada uno y con las distintas circunstancias en medio de las cuales actúan. De ahí que la igualdad ante la ley en su genuina concepción jurídica, lejos de significar ciega uniformidad, representa razonable disposición del Derecho, previa ponderación de los factores que inciden de manera real en el medio dentro del cual habrá de aplicarse y de las diversidades allí existentes. Así lo tiene establecido de tiempo atrás la jurisprudencia constitucional colombiana, como puede observarse en la Sentencia mediante la cual, citando a León Duguít, la Corte Suprema de Justicia afirmó que la igualdad no puede interpretarse como absoluta, matemática, sino "en el sentido de que todos los hombres deben ser igualmente protegidos por la ley; que las cargas deben ser no aritméticamente iguales, sino proporcionales. Es preciso no olvidar jamás que queriendo realizarla igualdad matemática de los hombres, se corre fuerte riesgo de crear la desigualdad”³².

Del principio de igualdad se derivó una protección mayor a ciertos grupos humanos que por sus características y condiciones especiales requerían un trato diferencial y garantista por parte del Estado, fue así como el Código Sustantivo del Trabajo predica la protección especial a la mujer trabajadora en estado de gestación, en los Artículos 237 – licencia remunerada para la mujer trabajadora en caso de sufrir aborto o parto prematuro-, 238 –descansos dentro de la jornada de trabajo para amantar-, 239 –prohibición para el empleador de despedir a la mujer trabajadora por motivos de embarazo o lactancia-, 240 – requisitos legales para despedir a una mujer en estado de gravidez-, 241 – ineficacia del despido cuando la mujer se encuentra gozando de sus descanso remunerado motivado por embarazo o parto- y 246- protección especial por parte del estado a la mujer en estado de gestación-

La Constitución Política de 1886 trajo consigo la creación de un sólo órgano con funciones de unificación de la jurisprudencia: la Corte Suprema de Justicia

afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, hemos venido en decretar, como decretamos, la siguiente: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA”

³² Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia de marzo 5 de 1970. Ponente: Magistrado Luis Sarmiento Buitrago. G.J. Tomo CXXXVII bis, No. 2338 bis, pág. 72

a través de la cual se instituyó la denominada “doctrina legal” en donde la interpretación que la Corte diera a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. Al igual que las declaraciones que hiciera en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran.

Con relación a lo anterior, los fallos judiciales proferidos por la Corte Suprema de Justicia en este lapso de tiempo volvía cada vez más rígido el sistema de doctrina legal, lo que obligó a la Corte a modificar este sistema severo y formalista de sus precedentes para que el mismo se convirtiera en un sistema en desarrollar de manera paulatina y flexiblemente la interpretación correcta de los códigos y leyes nacionales, naciendo entonces la denominada “doctrina probable”³³.

Ante este sistema libre de jurisprudencia no vinculante, la Corte Suprema de Justicia venía sentando su posición. Frente al tema que nos ocupa tomaremos algunos de sus pronunciamientos judiciales con la finalidad de conocer la posición de este Alto Tribunal en relación con el “fuero de maternidad”:

A través de sentencia del 2 de septiembre de 1967, la Corte Suprema de Justicia determinó los requisitos para que opere la presunción que el despido se da en razón al estado de gestación de la trabajadora: a) que el patrono haya despedido a la trabajadora, b) que dicho despido se haya producido cuando ésta se encontrara dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, según el caso, c) que el patrono no haya obtenido para proceder de esta manera la debida autorización del inspector del trabajo, o del alcalde del lugar se faltare éste.³⁴

En Sentencia del 4 de marzo de 1982, con ponencia del Magistrado Fernando Uribe Restrepo, en la cual, la Sala de Casación Laboral señaló con relación a los artículos 236, 237 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo una interpretación en la cual sostuvo que el pago de una indemnización a la trabajadora resarcía el despido sin autorización y por tanto no opera la nulidad del despido, pues este sólo tiene lugar cuando éste ocurre durante los períodos de descanso o licencia por maternidad, parto o aborto y los mismos no podían confundirse con los períodos que comprende la protección consagrada en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo³⁵.

La misma posición es reiterada en sentencia del 14 de septiembre de 1987 con ponencia del Magistrado Ramón Zúñiga Valverde, en la cual además de continuar con esta misma línea argumentativa se indica a través de este fallo judicial el patrono no tiene que presumir el estado de embarazo de la trabajadora³⁶.

De acuerdo con los planteamientos anteriores de la H. Corte Suprema, destacamos que es clara la existencia de una normatividad que exigiese una

³³ Ob. Cit. P. 28

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 2 de septiembre de 1969.

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 4 de marzo de 1982 M.P. Fernando Uribe Restrepo

³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 14 de septiembre de 1987 M.P. Ramón Zúñiga Valverde

protección especial para la mujer trabajadora en estado de gestación, no obstante, con base en esta interpretación anterior a la Constitución Política de 1991 aún no se reconocía la estabilidad laboral reforzada a favor de la mujer en estado de embarazo fundamentada en el Código Sustantivo del Trabajo por los Artículos 239 y 240³⁷ según la creación jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana.

En contraste con lo anterior la Corte Constitucional ha sostenido que:

*“Así, los dos primeros ordinales del Artículo 239 del CST, interpretados en consonancia con el Artículo 240 de ese mismo estatuto, **prohíben todo despido de una mujer embarazada, sin que exista una previa autorización del funcionario del trabajo.** En cambio, el ordinal tercero acusado, y conforme a la interpretación anteriormente señalada sobre su sentido, **parece conferir eficacia jurídica a tal despido, aun cuando establece una indemnización en favor de la trabajadora.** La tensión es evidente, pues mientras que las primeras normas establecen unos requisitos sin los cuales no es posible terminar el contrato de trabajo a una mujer embarazada, con lo cual podría entenderse que el despido que se efectúe sin tales formalidades carece de todo efecto jurídico, **el ordinal acusado, conforme a la interpretación de la Corte Suprema antes de la vigencia de la Constitución de 1991, restringe la fuerza normativa de esa prohibición:** así, conforme a tal ordinal, el despido es válido pero genera una sanción indemnizatoria en contra del patrono y en favor de la trabajadora.” (Negrilla nuestra)³⁸*

II. La expedición de una nueva Constitución Política de 1991.

2.1 Normatividad Constitución Política 1991.

El proceso cuyo resultado es nuestra actual Constitución Política trajo consigo modificaciones tanto políticas como jurídicas en las que el cambio más significativo fue una mayor protección, inclusión y consideración de los derechos de las personas que requerían mayores garantías por parte del Estado, dentro de estos grupos de personas se encuentran las trabajadoras en estado de gravidez quienes como sujetos de protección, se les otorgó a través del ordenamiento jurídico y la Carta Política de 1991 tres herramientas principales que constituyen el marco de protección a sus derechos

³⁷ Paráfrasis. MESA, Pulgarin Jhon Alejandro “La estabilidad laboral reforzada a favor de la mujer en estado de gravidez.” Disponible desde internet[<http://abogadoalejandromesa.blogspot.com/2012/08/linea-jurisprudencial-laestabilidad.html>] (Con acceso 11 de abril de 2013)

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-470 de 25 de septiembre 1997 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

fundamentales: (i) Las normas constitucionales que específicamente aluden a la protección constitucional de la mujer, (ii) El bloque de constitucionalidad y (iii) Las acciones constitucionales como herramientas para lograr la efectividad de sus derechos³⁹.

De ahí que la estabilidad laboral reforzada a favor de la mujer gestante se ha fundamentado en aquellos convenios, pactos, tratado o recomendaciones de carácter internacional, lo cuales han sido objeto de ratificación por el Estado Colombiano, dichos instrumentos internacionales tienen fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano y constituyen criterios auxiliares de interpretación de los derechos constitucionales, tal y como lo ha reconocido la misma Corte Constitucional en sus sentencias.⁴⁰

Así las cosas la Corte en sus pronunciamientos han reconocido, y sólo nombrar algunos, los siguientes instrumentos internacionales relacionados a la protección especial para las mujeres trabajadoras en estado de gestación de los cuales Colombia hace parte; la Corte ha destacado:

1. La Declaración Universal de derechos Humanos: Que en su Artículo 25, señala que: “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”.
2. Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales: Aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, que en el Artículo 10.2 del citado pacto, establece que: “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.”
3. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: Expedida en Nueva York, del 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada en Colombia por la Ley 51 de 1981, igualmente, en el Artículo 11 de la citada convención, establece que es obligación de los Estados adoptar: “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”.

³⁹ Paráfrasis. ACOSTA, Alvarado Paola Andrea “ La protección de los derechos de las mujeres en la Constitución Colombiana” Disponible en internet:[https://mailattachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=d091c43af3&view=att&th=13df73534380e296&attid=0.1&disp=inline&realattid=f_hfddyqk30&safe=1&zw&saduie=AG9B_PhMcwg4xHM5stWFOodOzKN&sadet=1365871053703&sads=xKDCIma4ELFx2Znnp5Ky8Rjs7_I_] (Con acceso el 9 de abril de 2013) P. 49, 50.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-649 de 2009. 17 de septiembre de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. “Esta especial protección y asistencia por parte del Estado, ha sido entendida por el intérprete constitucional como una estabilidad laboral reforzada que le permite a la trabajadora “permanecer en el empleo y (...) obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, inclusive, en contra de la propia voluntad de su empleador, en caso de no existir una causa que justifique el despido, que de ninguna manera puede ser consecuencia de su estado de embarazo o de lactancia”, garantía que igualmente se hace presente en instrumentos internacionales que tienen fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano y que constituyen criterios auxiliares de interpretación de los derechos constitucionales”

4. Convenio 111 de la OIT: Por su parte, prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo. Pero es más; desde principios de siglo, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada. Así, el Convenio No 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931”.⁴¹

Adicional a lo anterior encontramos que las normas constitucionales que consagran la protección especial a la mujer en estado de gravidez, se reconocen en todo el texto constitucional a través de garantías de mayor amplitud que a la luz del tema que estamos desarrollando, son conceptos determinantes para la protección de los derechos de las trabajadoras puesto que no sólo se garantiza el trabajo sino también el derecho a un trato en igualdad de condiciones para todos.⁴² Dichos “principios fundamentales” establecidos en la Constitución Política de 1991 la jurisprudencia los ha definido como “*prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, de allí que sean normas de aplicación inmediata, tanto para el legislador como por el juez constitucional*”⁴³.

Conforme a lo anterior los Artículos 1, 5, 13, 25, 42, 43, 44 y 53 constitucionales indican que el Estado protege el respeto por la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, la primacía de los derecho de la familia como institución básica de la sociedad de ahí que, se le debe reconocer a la mujer embarazada una serie de derechos y garantías que protejan y motiven la conformación de una familia, por tanto también se prohíbe toda clase de discriminación en razón del sexo y se establece un tratamiento de igualdad real y material para ciertos grupos, cabe mencionar que sobre este derecho es que se erige el marco constitucional de protección a las mujeres en estado de gravidez⁴⁴. Igualmente se destaca la obligación del Estado de proteger los derechos de los trabajadores en condiciones dignas y justas, lo cual constituye el marco dentro del que se debe establecer la relación empleador-empleado, pone en justo equilibrio a los individuos en una relación laboral y se otorga la estabilidad laboral reforzada establecida a favor de determinados sujetos y se protege el derecho de los niños como uno de carácter fundamental.⁴⁵

Con base en lo previamente expuesto, procederemos a analizar la posición de la Corte Constitucional frente a la estabilidad laboral reforzada para la mujer en

⁴¹ Paráfrasis. Ibíd.

⁴² Paráfrasis. THOMAS, Daniel. VERGARA, Jairo. MUSKUS, Juan Manuel. “Evolución legal sobre los derechos de la mujer en la maternidad en el campo laboral en Colombia”. Artículo. Disponible desde internet [<http://maternidadlaboral.blogspot.com/p/evolucion-legal-detallada.html>] (Con acceso el 9 de abril de 2013)

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita

⁴⁴ Paráfrasis. Ob. Cit.

⁴⁵ Paráfrasis. THOMAS, Daniel. VERGARA, Jairo. MUSKUS, Juan Manuel. “Evolución legal sobre los derechos de la mujer en la maternidad en el campo laboral en Colombia”. Artículo. Disponible desde internet [<http://maternidadlaboral.blogspot.com/p/evolucion-legal-detallada.html>] (Con acceso el 9 de abril de 2013)

estado de gravidez, con relación a las sentencias más importantes en esta línea argumentativa, no obstante previo a dicho análisis realizaremos un recuento del valor jurisprudencial de las sentencias de la Corte Constitucional.

2.2 Pronunciamientos Corte Constitucional. Estabilidad laboral reforzada para la mujer trabajadora

La Corte Constitucional a través de sus vastos desarrollos jurisprudenciales⁴⁶, defiende su postura frente a la obligatoriedad de los fallos a la luz de la doctrina de la cosa juzgada constitucional (Art. 243 C.P.), enunciando que una sentencia de constitucionalidad es obligatoria cuando la misma es declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad de una norma, por ello son pronunciamientos que no pueden ser desconocidos, de allí que, una norma declarada inconstitucional por el Tribunal debe ser removida del ordenamiento jurídico, de tal forma que nadie en adelante, podrá usar la norma como fuente de derecho cuando ésta haya sido declarada inconstitucional. Por ello la jurisprudencia de la Corte en cumplimiento de los atributos del numeral 4 del Artículo 241 constitucional, es diferente a la jurisprudencia de otros Tribunales y jueces, toda vez que sus fallos son erga omnes mientras que las decisiones judiciales corrientes – incluidos los fallos de tutela⁴⁷ - tienen efecto inter partes⁴⁸.

Ahora bien en relación a los fallos de tutela la Corte Constitucional a través de sentencia T-123 de 1995⁴⁹ aumentó el valor de estos, proponiendo un mecanismo denominado “*disciplina jurisprudencial*” en el cual los jueces tienen la obligación positiva de atender las diferentes fuentes que constituyen el derecho, entre estas, la jurisprudencia⁵⁰:

“Es importante considerar que a través de la jurisprudencia- criterio auxiliar de la actividad judicial- de los Altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego sin, perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las Altas Cortes, que lo hagan, pero siempre que justifique de manera suficiente y adecuada su decisión pues de lo contrario, estaría infringiendo el principio de igualdad (Art. 13 de C.P.)”.

⁴⁶ Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.

⁴⁷ De ahí que, el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, mediante el cual se reguló la acción de tutela, redujo el valor de los fallos de tutela a efectos inter partes.

⁴⁸ LOPEZ Medina Diego Eduardo “El derecho de los Jueces”. Legis. Ed. Segunda. 2006. Colombia P. 39 y 40.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-123 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁵⁰ Óp. Cit. P. 49

Sin embargo el legislativo en un esfuerzo por alinear el tradicionalismo de fuentes, expidió la Ley Estatutaria de Administración de Justicia –LEAJ-, por medio de la cual se emitió nuevas reglas restrictivas del valor del precedente constitucional. De acuerdo con el Artículo 48 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia –LEAJ-)⁵¹ las sentencias de la Corte Constitucional en materia de juzgamiento sobre exequibilidad de las leyes “*solo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive*” y la parte motiva constituye criterio auxiliar para la actividad judicial.

Ante este escenario, la Corte enmarca el valor de la doctrina constitucional vigente sobre las sentencias de constitucionalidad abstracta y las sentencias de tutela señalando que para las primeras, así tengan carácter de legislación negativa o positiva son de obligatorio cumplimiento, esto es, que tienen efectos *erga omnes*, en opinión de este órgano, dicha obligatoriedad incluye ahora las condiciones o modalidades interpretativas bajo las que se entienden una norma a todos estos elementos se les denominó “*cosa juzgada explícita*”, por la cual, debe entenderse que son obligatorios todos aquellos apartes o motivaciones de la Corte “*que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia*”⁵². Dichos apartes son obligatorios, mientras que el resto son de carácter indicativo, a estos últimos se le denomina *obiter dictum*. En contraposición, aquellos que recubren valor de la cosa juzgada constituyen *la ratio decidendi* del fallo, esto es las consideraciones sin las cuales el fallo no tiene la plenitud de significado.⁵³

A través de la doctrina de la *cosa juzgada implícita* la Corte Constitucional logra determinar por sí misma el efecto de sus sentencias, introduciendo teorías sobre el efecto de los diferentes tipos de sentencias, enmarcándolas en “C-”, “T-”, “SU-”, las cuales son aquellas sentencias proferidas bajo el control abstracto de constitucionalidad, tutela, y las que se profieren en las salas de revisión de tutela, en sala plena y que son consideradas como modificatorias de la doctrina establecida hasta el momento por la Corporación.⁵⁴

No obstante, cabe decir que la Corte Constitucional se apartó de la práctica usual en el control constitucional, que consistía en decidir solamente si una norma era o no contraria a la Constitución, en cuyo caso, se profería una

⁵¹ Artículo 48-“Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en el ejercicio del control constitucional, tienen el siguiente efecto: 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. [Sólo] la interpretación que por vía de autoridad hace [el Congreso de la República] tiene carácter obligatorio general. 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye un criterio auxiliar para la actividad de los jueces” Las expresiones en paréntesis cuadrados fueron declaradas inexecutable en la Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Paráfrasis. LOPEZ Medina Diego Eduardo “El Derecho de los Jueces” Legis. Ed. Segunda. 2006. Colombia. P. 56

sentencia por medio de la cual, se eliminaba normas contrarias a la Carta o se confirmaba su validez, exponiendo sí o no a la petición de inexecutable. ⁵⁵ En cambio, la Corte Constitucional, empezó a expedir sentencias con las que declaraba la constitucionalidad a *condición* que dependía de la interpretación que la Corte pronunciara como requisito de adecuación al estatuto superior, introduciendo así texto legislativo. A través de dichos fallos condicionados, la Corte pudo concluir del valor de los fallos proferidos en control abstracto de constitucionalidad ⁵⁶:

“En efecto, sólo serán de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece [el Artículo 48 LEAJ], está constituye un criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una estrecha directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella”⁵⁷

Por su parte, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia –LEAJ- introdujo normas respecto del valor de las sentencias de tutela, en el mismo Artículo 48: *“Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tiene carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”*

No obstante, la Corte Constitucional al realizar el examen de constitucionalidad del mencionado artículo 48 agrega un párrafo en el cual condiciona, como señalamos previamente, la interpretación del mismo transformando el texto legal bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales que sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de romper con el principio de igualdad. ⁵⁸

⁵⁵ Se trataba según Kelsen de un legislador negativo.

⁵⁶ Paráfrasis. Ob. Cit. P. 57, 58 y 59

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 175 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo: *“Por lo demás cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, solo tienen efecto en relación con las partes que intervienen en el proceso. Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierten en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los*

De ahí que la doctrina constitucional tiene una fuerza gravitacional que atrae a los demás casos que sean planteados ante los jueces y que sean fácticamente similares al ya decidido por la Corte. El juez debe seguir el precedente constitucional, a menos que justifique suficientemente el tratamiento diferencial con el que se pretenda valorar el caso. Si no lo hace, el juez estaría violando con ello el Artículo 13 de la Constitución.⁵⁹

Con base en lo antedicho procederemos a realizar un análisis jurídico de las sentencias más relevantes de la línea argumentativa de la Corte Constitucional referentes al caso de la denominada estabilidad laboral reforzada, o “fuero de maternidad” para la mujer trabajadora en estado de gravidez, a fin de evidenciar el problema de uso de diferentes fuentes del derecho:

2.2.1 Sentencia hito C-470 de 1997-

Por medio de esta sentencia se procedió a ampliar paulatinamente el fuero de maternidad, concediendo al tutela como mecanismos transitorio de protección, armonizando la misma con los principios constitucionales como la igualdad, protección a la maternidad, la vida, la familia y los derechos de los niños, todos enmarcados como derechos fundamentales, a través de esta sentencia se logró darle carácter de contenido constitucional fundamental al fuero de la mujer trabajadora en estado de gravidez.

“En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar.”⁶⁰

altos órganos jurisdiccionales por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad.(...) la exequibilidad del Artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, si pena de infringir el principio de igualdad”

⁵⁹ Paráfrasis. LOPEZ Medina Diego Eduardo “El Derecho de los Jueces” Legis. Ed. Segunda. 2006. Colombia. P. 61

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

De esta forma, el carácter de derecho fundamental, otorgado a la protección laboral reforzada a las mujeres en estado de gestación en la sentencia C470 de 1997, es de una vital importancia, pues permitió su desarrollo a la par de los cambios sociales, en pro de la igualdad de la mujer en estado de gravidez y de la no discriminación.

“La única decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (Constitución Nacional Artículos 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (Constitución Nacional Artículos 43 y 53), de suerte que debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz. Esto significa que existe una suerte de omisión relativa del Legislador, puesto que el ordinal acusado no consagró una protección suficiente a la maternidad.”⁶¹

En este orden de ideas, a través del mencionado fallo, la Corte Constitucional consagra la especial protección a la mujer y a la maternidad. Tomando para ello, como bien se había señalado previamente, la disposición constitucional que señala la especial protección a la mujer por parte del Estado. Cabe mencionar, que con el fuero o protección reforzada, también se busca proteger el derecho de los niños, lo cual recae sobre en el recién nacido o el que está por nacer. Por otra parte, es conveniente indicar que los convenios y recomendaciones de la OIT ratificados por Colombia, señalados anteriormente en este texto, que garantizan la protección a la trabajadora en estado de gravidez, hacen parte de nuestro ordenamiento, los cuales sirven como fuente de aplicación supletoria en materia laboral, y hacen parte integral dentro del denominado bloque de constitucionalidad.

Así mismo, la precitada sentencia C-470 de 1997, enseña que la protección a la mujer en estado de gravidez no sólo se limita a las relaciones privadas de trabajo, sino que este mandato constitucional es aplicable a las servidoras públicas; esto incluye a las vinculadas a la administración por relación legal y reglamentaria (empleada pública) y a las vinculadas por relación contractual (trabajadora oficial), pero la indemnización prevista por esas normas, ha dicho la Corte Constitucional, “es exequible siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales,

⁶¹ Ibid.

o sin la correspondiente autorización motivada del jefe respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas”.
62

Cabe resaltar, que en virtud de esta sentencia se otorga la exequibilidad condicionada al Artículo 239 numeral 3 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece, que la indemnización por despido sin el permiso administrativo, no puede considerarse como una validación de la terminación del contrato de trabajo si no como una sanción complementaria.

Por otra parte, a través de fallos posteriores con relación a este asunto, la Corte Constitucional ha reiterado, que para ser procedente la protección a la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante, debía comprobarse el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“i) Que el despido se ocasione durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produzca en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto;

ii) Que a la fecha del despido el empleador conociera o debiera conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley;

iii) Que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique;

iv) Que no medie autorización expresa del inspector del trabajo, si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública;

v) Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer”⁶³

Se concluye entonces, que si bien es cierto que para que se origine la terminación de la relación contractual de la mujer en período de gestación o lactancia, se requiere de la autorización administrativa del inspector del trabajo, no obstante, el juez constitucional debe analizar cada caso en particular para determinar las circunstancias y la modalidad en la cual, se dieron los hechos y los motivos que originaron ese despido.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Cfr. Entre otras las sentencias: T-373 de 1998, T-426 de 1998, T-362 de 1999, T-879 de 1999, T-375 de 2000, T-778 de 2000, T-832 de 2000, T-352 de 2001, T-404 de 2001, T-206 de 2002, T-961 de 2002, T-862 de 2003, T-1138 de 2003, T-1177 de 2003, T-848 de 2004, T-900 de 2004, T-173 de 2005, T-176 de 2005, T-185 de 2005, T-291 de 2005, T-006 de 2006, T-021 de 2006, T-546 de 2006, T-589 de 2005, T-807 de 2006, T-1003 de 2006, T-1040 de 2006, T-354 de 2007, T-546 de 2007.

2.2.2. Sentencia hito T-373 de 1998

La Corte Constitucional con base en esta línea argumentativa ha protegido la estabilidad laboral de la mujer embarazada, otorgándole carácter de derecho fundamental a dicha protección.

Respecto del carácter fundamental de este derecho, la Corte mediante esta sentencia sostuvo: *“En suma, una interpretación del artículo 13 de la Carta, a la luz de los artículos 43 y 53 del mismo texto, permite afirmar que la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que aparece, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa del embarazo, es decir, a una estabilidad laboral reforzada o a lo que se ha denominado el “fuero de maternidad.”*

En razón a esta sentencia se indica que la acción de tutela es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, que únicamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial de defensa, o cuando existiendo otro mecanismo de defensa, el mismo no resulte idóneo, perentorio y efectivo para la protección de los derechos fundamentales del afectado, del mismo modo que la acción de tutela. Por esta razón, para garantizar el derecho fundamental a la estabilidad laboral de la mujer embarazada, que pretenda hacer valer su derecho a la estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional permitió la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo de protección, siempre que se demuestre el cumplimiento de los presupuestos facticos exigidos por la jurisprudencia, entre los que se encuentra “que el despido amenace el mínimo vital de la actora y/o su hijo por nacer.”

En este sentido, la Corte ha señalado a través de este fallo judicial que el despido de una mujer en estado de embarazo coloca a la trabajadora en una situación propicia para la configuración de un perjuicio irremediable:

“en tanto se ven afectados sus medios de subsistencia en condiciones dignas al perder su empleo, lo que le impide garantizar la adecuada gestación del recién nacido, satisfacerse ella y su familia en lo necesario sin lugar a dudas, amenazado su mínimo vital y el de su hijo, en la medida en que éste se encuentra constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano”

2.2.3. Sentencia hito T-095 de 2008

A través de este fallo se reformuló la interpretación que la Corte Constitucional había realizado sobre la presunción legal que ampara la estabilidad laboral de la mujer embarazada señalando que el requisito de conformidad con el cual para otorgar la protección a la mujer trabajadora en estado de gravidez resulta indispensable que el empleador conozca o deba conocer de la existencia del estado de gravidez de la trabajadora, no puede interpretarse de manera en demasiado restrictiva toda vez que de esta exigencia deriva en que el amparo que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos ordenan conferir a la mujer trabajadora en estado de gravidez con frecuencia únicamente se otorga cuando se ha constatado que la mujer ha sido despedida por causa o con ocasión del embarazo.⁶⁴

En efecto esta sentencia, consideró que el segundo requisito concerniente con el conocimiento que debía tener el empleador sobre el estado de gravidez de la mujer trabajadora, bajo una interpretación armónica con los instrumentos internacionales de derechos humanos que forman parte del Bloque de Constitucionalidad y la Constitución, resultaba una carga excesiva para la mujer gestante.

Por ello, a través de la mencionada sentencia, basta para hacer procedente el amparo de protección que la mujer pruebe que la terminación de la relación laboral se produjo durante el embarazo o en los tres meses siguientes al parto. Con ello, la carga probatoria se traslada al empleador y hace innecesario que la mujer gestante demuestre que comunicó al empleador, con anterioridad al despido, su estado de embarazo. En consecuencia, esta sentencia, resaltó que ni la normatividad constitucional ni legal, exigían que el empleador debiera conocer el estado de embarazo de su trabajadora previo al despido sino que bastaba con que este hubiere tenido lugar en el periodo amparado.

Lo anterior produce un importante cambio jurisprudencial en el precedente de la Corte Constitucional, pues determina que la estabilidad laboral reforzada no se aplica en virtud de la presunción según la cual el despido se da como consecuencia del estado, **sino que el fuero de maternidad se genera en la necesidad de aplicarlo en lo sucesivo con base en la necesidad de asistencia a la mujer en estado de gravidez independiente de la modalidad**

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-095 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “*Considera esta Sala de Revisión que el desarrollo de la línea descrita en el párrafo anterior debe conducir a proteger de la manera más amplia los derechos de la mujer trabajadora que ha quedado en estado de embarazo durante la vigencia del contrato laboral, tal como lo ordena la Constitución y, por la vía de lo establecido en el artículo 93 superior, también el derecho internacional de los derechos humanos. Estima la Sala que el requisito de conformidad con el cual para otorgar la protección a la mujer trabajadora en estado de gravidez resulta indispensable que el empleador conozca o deba conocer de la existencia del estado de gravidez de la trabajadora, no puede interpretarse de manera en exceso rígida. Estima la Sala que una interpretación demasiado restrictiva de esta exigencia deriva en que el amparo que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos ordenan conferir a la mujer trabajadora en estado de gravidez con frecuencia únicamente se otorga cuando se ha constatado que la mujer ha sido despedida por causa o con ocasión del embarazo.*”

contractual y aun independiente de que existiera preaviso de terminación laboral.⁶⁵

En consecuencia, la citada Sentencia T-095 de 2008 define la aplicación directa del principio constitucional de solidaridad en los casos de desvinculación laboral de la mujer embarazada y el derecho a la no discriminación por razón de género con fundamento en los Artículos 13 y 43 constitucionales.

2.2.4. Sentencia T-649 de 2009

En esta sentencia reiteró la Corte lo expresado en la Sentencia T-404 de 2005, en la que señaló que para dar por terminado el contrato es necesario contar con la autorización previa del Ministerio de Protección Social, para ello indicó que la mujer en el periodo de gestación o de lactancia goza de una estabilidad laboral reforzada, en razón a ello debe garantizarse su derecho efectivo a trabajar, independientemente de la clase de contrato, esto es, de si es a término indefinido, o a término fijo, o por el tiempo que dure la realización de la obra o por la naturaleza de la labor contratada.

En virtud de lo anterior, el despido de una mujer que se halla en esta condición, debe darse por con el cumplimiento de los requisitos expresados en la ley. El desconocimiento de esos requisitos, hace que el despido sea ineficaz y procede el reintegro, puesto que hay una presunción de despido por motivo del embarazo o la lactancia si se da por terminado el contrato sin la autorización previa.

Así mismo se señala en este fallo judicial, que el conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador es un requisito de aplicación flexible. De ahí que las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, no establecen que el estado de gravidez debe ser conocido por el empleador antes de la terminación del contrato de trabajo, sino que la protección para la mujer opera siempre y cuando la terminación del vínculo laboral se haya efectuado dentro del período del embarazo o de lactancia.

Por ello la Corte consideró que debe darse la orden de reintegro e indemnización o pago de la licencia de la mujer en estado de gravidez y por esto determina que es necesario que el juez de tutela verifique las particularidades de cada tipo de contratación para determinar la prestación económica a la que tiene derecho la mujer gestante, pues si bien la protección constitucional es de naturaleza objetiva, es decir, la exonera del deber de notificar a su empleador sobre su estado de gravidez por tratarse de un asunto de difícil superación probatoria y es suficiente que el embarazo hubiera empezado durante la vigencia del contrato para que opere la presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, como quedó también se mencionó en sentencia T-095 de 2008.

⁶⁵ Paráfrasis, MESA, Pulgarin John Alejandro "Línea Jurisprudencial –La estabilidad laboral reforzada a favor de la mujer en estado de gravidez" 18 de agosto de 2012 [<http://abogadoalejandromesa.blogspot.com/2012/08/linea-jurisprudencial-laestabilidad.html>](Con acceso a internet 9 de abril de 2013)

2.2.5. Sentencia hito T- 069 de 2010

Conforme vimos previamente a través de sentencia T- 095 de 2008 se amplía el margen el fuero de protección a la mujer gestante extendiendo la protección a las diferentes modalidades de contratación, no obstante, el fuero de maternidad en los contratos de prestación de servicios se interpretaba conforme a “la regla de experiencia” que establecía una tendencia que algunos empleadores a utilizar los contratos de prestación de servicios para distraer la configuración de una relación laboral, y es en virtud de la misma que se justifica el amparo.

La Corte Constitucional por intermedio de la Sentencia T-069 de 2010 enseña que la estabilidad laboral es independiente del tipo de relación contractual vigente entre la trabajadora embarazada y su empleador.

Esta sentencia, es considerada una sentencia de unificación, en la medida en que en ella se recoge en sus consideraciones, las principales definiciones que la Corte ha dado al fuero a favor de la maternidad, su *ratio decidendi* es una reiteración de jurisprudencia, el supuesto configurado con la Sentencia T-095 de 2008, haciendo una reiteración de jurisprudencia frente a la cual, se resalta la aplicación de la estabilidad laboral de la mujer en estado de gravidez, independiente del tipo de vinculación. No obstante, cabe decir que esta decisión de la Corte Constitucional no ha sido de gran recibo por la jurisprudencia de otras Altas Cortes, corporaciones las cuales consideran que el precedente de la Corte Constitucional no ha sido tan claro y definido.

Así las cosas, a través de esta sentencia, el fuero de maternidad en los contratos de prestación de servicios cambia, pues se aplica preferiblemente sin importar el tipo de contratación, anulando la anterior interpretación, en la cual, los jueces analizaban cada caso conforme a “la regla de experiencia” en consecuencia, los jueces de tutela que antes sólo podían proteger las mujeres embarazadas cuando tenían la certeza de que realmente existió una relación laboral o cuando el contrato de prestación de servicios terminaba en la época de la gestación en donde eran beneficiarias de la misma protección que tenían las mujeres que se encontraban en una relación laboral típica, tuvieron que modificar su jurisprudencia a raíz de la Sentencia T-069 en donde se señala que la estabilidad laboral es independiente del tipo de relación contractual vigente entre la trabajadora embarazada y su empleador, en efecto, la Corte prohibió desvincular a las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, independientemente a su relación laboral.⁶⁶

Señala esta sentencia:

“El fuero de maternidad de naturaleza constitucional, debe garantizarse en cualquier tipo de relación laboral. En consecuencia, sin importar si es un contrato laboral o uno de prestación de servicios, o si el servicio se presta por intermedio de una cooperativa de trabajo asociado e incluso en el

⁶⁶ Paráfrasis. *Ibíd.*

evento de presentarse sustitución patronal, siempre será obligatorio para el empleador no desvincular a la mujer que se encuentre en estado de embarazo o en periodo de lactancia.”⁶⁷

2.2.6. Sentencia T-082 de 2012

A través de esta sentencia el Alto Tribunal indica que la protección objetiva a la mujer embarazada se da cuando la terminación del contrato de la trabajadora se efectúa dentro del periodo del embarazo y sin autorización alguna del inspector del trabajo, conduciendo al reconocimiento de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad - la cual procede con independencia de la modalidad contractual adoptada – y que deben ajustarse a las particularidades del caso y bajo ningún caso se requiere de la notificación que haga la trabajadora a su empleador sobre su estado de gravidez antes de la terminación del contrato.

El alcance de dichas medidas de protección, como se analiza en esta sentencia se basa en la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional que ha señalado en varias oportunidades que estas se basan en la conservación de la relación laboral mediante órdenes de reintegro o renovación del contrato, como un desarrollo del principio constitucional a la estabilidad laboral del artículo 53, y por esta razón dicha medida de protección se aplica por excelencia en los casos de despido de mujeres gestantes.

Sin embargo, se analiza en este fallo judicial como bajo esta misma línea argumentativa también se ha sostenido que en ciertas ocasiones cuando no es posible la medida de reintegro o renovación debido a las particularidades de la alternativa laboral y de los hechos que rodean el caso, la protección de la mujer gestante estará dada por medidas sustitutas como los aportes al sistema de seguridad social y el consecuente reconocimiento de la licencia de maternidad.

Por ello se considera en esta sentencia que las mujeres trabajadoras en estado de embarazo en atención a la especial protección constitucional que merecen, no tienen la obligación de soportar la carga que se deriva de la terminación por causas objetivas de la relación laboral que les provee el sustento. Por tal razón, cuando no es posible el reintegro de la trabajadora debido a la misma naturaleza de la causa que dio lugar a la desvinculación, deberá reconocerse a favor de ella y a cargo del verdadero empleador (tal como se ha hecho en otros casos sentencias T-375/00; T-534/09; T-245/07; T633/07; T-069/07; T-1210/05), las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad.

Con bases en las sentencias analizadas previamente encontramos que la Corte Constitucional ha modificado su posición en relación a la protección a la mujer

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-069 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

trabajadora en estado de gestación, complementado y ampliando la gama o espectro de así las cosas tenemos:

(i) La indemnización por despido de una mujer en estado de gestación, la Corte considera la indemnización como una sanción complementaria, y por tanto la autorización para el despido debe ser previa, por tanto la indemnización no confiere eficacia al despido. Ha dicho la corte que: *“De todo lo expuesto se impone una conclusión: la mujer en el periodo de gestación o de lactancia goza de una estabilidad laboral cualificada o reforzada, en consecuencia, debe garantizarse su derecho efectivo a trabajar, independientemente de la clase de contrato, esto es, de si es a término indefinido, o a término fijo, o por el tiempo que dure la realización de la obra o por la naturaleza de la labor contratada (contratos generalmente suscritos con empresas de servicios temporales). El despido de una mujer que se halla en esta condición, debe obedecer a una causal objetiva o causa justa debidamente comprobada, además de la autorización de la autoridad administrativa competente. **El desconocimiento de los requisitos aludidos, hace que el despido sea ineficaz y procede el reintegro.**”*⁶⁸

(ii) En cuanto al conocimiento del estado de gravidez de la mujer, por parte del empleador, para proceder a dar aplicación al principio de estabilidad laboral, la Corte modifica su jurisprudencia en el sentido de que es una carga flexible que no debe imputársele a la mujer, como podemos observar en este ítem se evoluciona en el tiempo, toda vez, que en un principio se establecía a la mujer la carga de probar plenamente al empleador su estado, con posterioridad se disminuye dicha rigurosidad pero se mantiene, pero mediante las sentencia T-095 de 2008, T-649 de 2009 y T-069 de 2010, se reformula la carga probatoria y se consagra una presunción a favor de la mujer, indicando la Corte que no existe ningún precepto legal que exija que el estado de embarazo debe ser conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo establecido en la ley es que para que el despido sea objeto de reprobación debe haberse efectuado en el periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto y que el despido se ha dado en razón a su estado, siendo este conocido o no por el empleador.

(iii) Finalmente, la Corte Constitucional, ha señalado en su vasta jurisprudencia, que sin importar si se trata de un contrato laboral o uno de prestación de servicios, o si incluso el mismo se presta por intermedio de una cooperativa de trabajo asociado e incluso de presentarse sustitución patronal, siempre será obligado el empleador a no desvincular a la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia, no obstante, esto no es absoluto, toda vez, que si el despido ocurre con ocasión a una de las causales consagradas en el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador podrá pedir permiso previo al inspector del trabajo y a través de él podrá proceder a la terminación del contrato de trabajo, si no lo hace, deberá el empleador a restituir a la mujer a

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-649 de 2009 M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Reiterando la Sentencia T-404 de 2005.

sus labores, pagarle los salarios adeudados y demás prestaciones dejadas de percibir e incurrirá en una sanción suplementaria de 60 días de salario.

2.3 Posición Corte Suprema de Justicia

2.3.1 Sentencia hito Radicación 13561 de 2000

No obstante la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia hito Rad. 13561 con ponencia del Magistrado Germán G. Valdés Sánchez, señala una posición que contrasta ostensiblemente con la posición garantista de la Corte Constitucional, en la cual procede a estudiar la interpretación de los artículos 239 y 241 del C.S.T., que reconocen el fuero de maternidad.

Para la Corte Suprema de Justicia la única interpretación con carácter obligatorio respecto de una ley, es la que hace el propio legislador por vía de autoridad, dado que es él quien la produce como facultad derivada de su función legislativa. De ese modo, se expidió la Ley 270 de 1996 Ley Estatutaria de Administración de Justicia –LEAJ- que en la expresión final del aparte 1 del Artículo 48 indica que *“Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tiene carácter obligatorio únicamente para las partes. **Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces**”* (Negrita nuestra), la cual fue modificada por decisión de exequibilidad de la Corte Constitucional, como previamente habíamos señalado.

Adicionalmente, afirma la Corte Suprema de Justicia que la interpretación de una norma jurídica debe hacerse con base en la doctrina hermenéutica preceptuada en el Código Civil en su Artículo 25 preceptúa que: *“La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador”*.

Siguiendo la interpretación de estas dos normas tal como lo señala esta sentencia se puede observar que las mismas operan de manera independiente bajo supuestos bien definidos, por su parte el artículo 239 del C.S.T con la modificación introducida por el artículo 35 de la ley 50 de 1990, no contempla la ineficacia del despido de la trabajadora durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente. Y reconoce el fuero de maternidad por un tiempo prudente comprendido desde el momento en que la trabajadora notifica al empleador de su estado de gravidez hasta los tres meses posteriores al parto. La mencionada norma se divide en tres momentos: el primero, comprendido desde la notificación del estado de gravidez hasta el momento en que empieza a disfrutar de la licencia doce semanas; el segundo comprende la época en que la trabajadora se encuentra disfrutando de la licencia de maternidad; y el tercero desde el momento en que finaliza la licencia de maternidad y no se han cumplido los tres meses posteriores al parto.

En el primer evento muestra este fallo judicial que el empleador puede despedir a la trabajadora con la autorización del inspector del trabajo, caso en el cual el despido produce plenos efectos y no se genera indemnización alguna; también puede suceder el evento en el que el despido se efectúe sin la autorización del

inspector del trabajo, por ello debe analizarse si hubo o no justa causa: en cualquier caso el despido produce plenos efectos, ya que se desvirtúa la presunción establecida en el artículo 239 del C.S.T., debido a que la relación laboral termina por causas propias del contrato y no del embarazo; para ello el empleador al efectuar el despido debe manifestar la causal o motivo de esa determinación, sin perjuicio de la obligación de reconocer a la trabajadora las indemnizaciones establecidas en el artículo 239 del C.S.T., y demás convencionales que sean exigibles. En el segundo evento, caso en el cual el despido es sin justa causa, el empleador debe indemnizar plenamente a la trabajadora, debido a que se presume que el despido obedeció a causa del embarazo de la trabajadora, lo que le obliga a reconocerle las indemnizaciones establecidas en el mencionado artículo 239 del C.S.T., sin perjuicio de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, la cual se fijará dependiendo del tipo de contrato que vinculaba a las partes y de otras indemnizaciones de origen convencional; debe aclararse que el despido produce plenos efectos.

La segunda norma bajo el análisis de esta sentencia radica en el momento en que la trabajadora se encuentra disfrutando de la licencia de maternidad o de cualquier otro descanso remunerado, establecido en el título VIII, capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo, caso en el cual cualquier despido que se efectúe no produce efecto alguno, el despido es plenamente ineficaz, no nace a la vida jurídica, por lo tanto no produce efectos jurídicos y en este caso según la Corte Suprema es cuando aplica la estabilidad laboral absoluta o la plena garantía del fuero de maternidad; No obstante, esto no excluye la posibilidad de terminar el contrato por justa causa, pero es indispensable la intervención del inspector del trabajo para que lo autorice, ya que el empleador no lo puede hacer directamente, de lo contrario se producen los efectos previamente mencionado.

La tercera norma estudiada se enmarca en el artículo 241 del C.S.T. en el momento en que finalizada la licencia de maternidad, y comienza con el período de lactancia, momento en el cual la trabajadora gozará de toda la protección laboral reforzada durante los lapsos de tiempo en que el empleador le concede los treinta minutos de la jornada de ley para amamantar su hijo, sin perjuicio de que ello sea acumulable, hasta los primeros seis meses de edad de la criatura.

Las dos normas señaladas (Artículos 239 y 241 del C.S.T.), dice la Corte Suprema de Justicia, contiene dos consecuencias señalados entre las primeras, una es de carácter general originada en el despido injusto y otra, la especial, contemplada solo para el caso de ser la afectada una trabajadora embarazada a quien se le termina el contrato, por lo tanto, esta última se refiere exclusivamente a la garantía del descanso materno remunerado para la época del parto que naturalmente involucra la protección del menor.

La Corte a través de este fallo, señala que:

“Es claro que si se establecen unas indemnizaciones es porque se presupone el perjuicio que genera la decisión

patronal y ese perjuicio corresponde concretamente a la pérdida del empleo. Es decir, en una de sus hipótesis, cuando el despido no es por razón del embarazo pero no cuenta con el debido permiso, el artículo 239 CST le reconoce eficacia jurídica, por lo que no prevé como consecuencia el reintegro sino una indemnización especial y adicional a la que contempla el artículo 6 de la ley 50 de 1990. (Subraya para hacer énfasis)

“En contraste con el texto del precepto en cuestión, se encuentra el del Artículo 241 del C.S.T. modificado por el Artículo 8º del Decreto 13 de 1967, en cuyo segundo inciso se contempla claramente la ineficacia del despido que el empleador comuniqué a la trabajadora en los eventos contemplados en el inciso primero de la misma norma, es decir, cuando la trabajadora “esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por embarazo o parto”, sin importar la causa de la decisión patronal, es decir, sea el estado de embarazo o cualquiera de las justas causas previstas en la ley. (Subraya para hacer énfasis)⁶⁹

2.3.2. Sentencia Rad. 13812 de 2000

Posteriormente, el 27 de junio de 2000, reiteró la Sala de casación labora, en el proceso No.13812 que el artículo 239 del C.S.T, en primer lugar, consagra una prohibición para el empleador de despedir a toda trabajadora por causa de su embarazo o lactancia; en segundo lugar, consagra la presunción que el despido se ha efectuado por tal motivo cuando ha tenido ocurrencia, sin autorización del inspector de trabajo, dentro del estado de gravidez o los tres meses posteriores al parto. Esto es, ningún empleador puede desvincular a una trabajadora teniendo como único motivo la preñez, el alumbramiento o la lactancia. Así mismo se expresa en esta sentencia que pesar de haber omitido el patrono tal permiso administrativo, puede acreditar en juicio que esa no fue la real razón del despido, vale decir, desvirtuar la presunción que pesa en su contra que la desvinculación se produce durante el embarazo o los tres meses posteriores al parto, probada la terminación del contrato por razones ajenas al embarazo y en su lugar se demuestra que las razones aducidas son en virtud de una natural o normal culminación de la relación laboral, el empleador solo se encontrará obligado a pagar las indemnizaciones de ley.

Empero, si el despido además de esa inobservancia se basa en el simple hecho del embarazo o lactancia, se estructura una grave lesión, ya no sólo por incumplirse un procedimiento, sino por afectar bienes jurídicos altamente estimables, la dignidad humana y la estabilidad especial instituida constitucional y legalmente en este período, que ese acto reprobable no puede

⁶⁹ Ibíd.

enervarla, por lo que la consecuencia natural será igualmente la ineficacia del despido.

2.3.3 Sentencia Radicación 6684 de 1994.

En relación al reintegro de la trabajadora, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que si bien es cierto que no en todos los casos se produce el reintegro de la trabajadora; eso sucede sólo si se cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 241 del C.S.T. En materia laboral, el efecto de la ineficacia del despido conlleva a la aplicación del artículo 140 del C.S.T., que establece que el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio cuando éste haya sucedido por culpa o por disposición del empleador.⁷⁰

Pero no sólo se limita al concepto de salario; del mismo modo debe percibir las prestaciones sociales, ya sean legales o convencionales, a las cuales tenga derecho. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia se pronunció a través de esta sentencia indicando:

“a) Si la ley tiene por ineficaz un despido, no hay lugar a reclamar judicialmente la anulación del mismo sino la declaratoria de su ineficacia, ya que esta ineficacia ocurre ipso jure desde el mismo momento de la emisión del acto rescisorio, vale decir que es un hecho jurídico anterior a la sentencia, la cual sencillamente lo reconoce (...)

b) se procede a la declaratoria de ineficacia, y corresponde entender que el respectivo contrato no terminó por el despido cuestionado sino que siguió vigente aún después del mismo.

c) al paso que la ineficacia del despido coloca al trabajador en la situación del artículo 140 del CS.T. (...) esto implica que el empleado tiene derecho a los salarios y demás emolumentos salariales que le corresponde al servidor activo, hasta el que el empleador accede a ofrecerle trabajo o finalice eficazmente el nexo laboral mediante cualquiera de 105 modos válidos de terminación (...)

d) (...) la acción para declarar la ineficacia de un despido, dado que lo que se busca es el reconocimiento judicial de un hecho anterior, no prescribe, en cuanto tal, sino que prescriben ordinariamente los derechos que sucesivamente se van causando como consecuencia de hallarse el trabajador en la situación del artículo 140”

Con la expedición de la ley 50 de 1990 el legislador, en cuanto al fuero de maternidad, propuso brindarle a la trabajadora en estado de gravidez la

⁷⁰ Paráfrasis. ROJAS Armando. Artículo de Revista de derecho. Universidad del Norte. “Fuero de Maternidad. Garantía a la estabilidad laboral”. 2003. P. 139 y 140

protección de su puesto de trabajo, con la finalidad de garantizarle a ella y a su futuro hijo los medios económicos indispensables para tener una vida digna, la cual en las mayorías de las veces sólo se obtiene con los ingresos que se percibe por medio del salario, de allí que sea indispensable reforzar la estabilidad laboral⁷¹.

Así las cosas tenemos que la posición de la Corte Suprema de Justicia con relación a la estabilidad laboral reforzada a la mujer trabajadora es mucho más restringida y que su posición no ha fluctuado significativamente. De esta manera, la Corte sostiene la eficacia al despido de la mujer en estado de embarazo en las causales señaladas por el Artículo 239 del C.S.T.

III. Análisis comparativo sentencias hito:

Corte Constitucional sentencia C-470 de 1997 y Corte Suprema de Justicia sentencia Radicación 13561 de 2000

En este acápite procederemos a desarrollar los puntos más relevantes de la sentencias fundantes de las líneas argumentativas de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia respectivamente, las cuales como se podrá observar difieren en cuanto a las herramientas de interpretación y las fuentes de derecho utilizadas en una y otra. Para ello señalaremos los planteamientos más significativos de la sentencia C-470 de 1997 de la Corte Constitucional para consecuentemente proceder con su comparación con la sentencia Rad. 13561 de 2000 proferida por la Corte Suprema de Justicia.

Por medio de esta sentencia se amplió el fuero de maternidad concediendo la tutela como mecanismo transitorio de protección, armonizando la misma con los principios constitucionales como la igualdad, protección a la maternidad, la vida, la familia y los derechos de los niños, lo que logró darle carácter de contenido constitucional fundamental al fuero de la mujer trabajadora en estado de gravidez.

En este fallo judicial se demanda el ordinal 3 del Artículo 239 del C.S.T, afirmando que este no protege a la mujer embarazada, al permitir su despido a cambio de una indemnización, al respecto sostiene la Corte Constitucional que toda norma pre constituyente debe ser reinterpretada de acuerdo a la Constitución Política de 1991 y por ello de esta examen de constitucionalidad se declara que la citada norma es exequible, es decir, reconoce su validez en el ordenamiento jurídico, pero dicha validez se encuentra condicionada bajo el entendido que la indemnización es una sanción al empleador por incumplimiento en sus obligaciones legales, y que toda mujer embarazada o en los primeros tres meses posteriores al parto, despedida sin justa causa debe ser reintegrada por el empleador y por tanto el despido es ineficaz⁷²:

⁷¹ Ibíd.

⁷² IRAGORRI Molinos Camila. Artículo de Revista. Coyuntura Económica: Investigación Económica y Social. Volumen XLII. 2011 "La ley de protección a la maternidad como incentivo de participación laboral femenina: el caso colombiano" P. 97 y 98

“(...) carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competentes. (...) Esto significa que el reintegro es simplemente una consecuencia de la ineficacia del despido de la mujer embarazada, cuando el patrono no cumple las formalidades establecidas por la ley”

Así mismo, la precitada sentencia C-470 de 1997 enseña que la protección a la mujer en estado de gravidez no sólo se limita a las relaciones privadas de trabajo, sino que este mandato constitucional es aplicable a las servidoras públicas; esto incluye a las vinculadas a la administración por relación legal y reglamentaria (empleada pública) y a las vinculadas por relación contractual (trabajadora oficial).

Por su parte la sentencia Rad. 13561 del 2000 señala que debe interpretarse de manera diferente el citado artículo 239 a la par del artículo 241 C.S.T., dado que se tratan de situaciones diferentes las contempladas en las normas en cuestión, para ello la Corte Suprema sostiene que las mismas no puede tratarse bajo el concepto de igualdad, toda vez, que no puede aceptarse que se invierta la intensidad de la protección que ameritan las trabajadoras embarazadas en uno y otro caso. (Sic). Es decir, que a través del fallo C-470 de 1997 proferido por la Corte Constitucional, lo que se logra, es brindarle una mayor protección a aquella trabajadora que a pesar de su estado de gravidez, se encuentra disfrutando de su capacidad normal de trabajo, en contraposición con otra que se encuentra incapacitada toda vez que se encuentra disfrutando de su periodo de lactancia.

De esta manera prueba la Corte Suprema de Justicia que se encuentra en desigualdad manifiesta aquella mujer trabajadora enmarcada en la hipótesis del Artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que solo tendrá la figura de la ineficacia del despido con las consecuencias que se puedan derivar de ello, mientras que la mujer que se encuentra en una de las causales del Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo no despedida por razón del embarazo, además de tal protección continuará con acceso a las indemnizaciones y prestaciones que contempla este mismo Artículo 239, de lo anterior, se deriva no solo el pago de las indemnizaciones y prestaciones allí contempladas sino la ineficacia del despido, lo cual resulta ser una antinomia pues una cosa no puede simultáneamente ser y no ser. Si hay indemnización es porque el despido produjo el efecto de terminar el contrato y si es ineficaz ese despido no pudo producir tal efecto. Es decir, el despido no puede a la vez ser y no ser tal.⁷³ Lo que sucede, explica la Corte Suprema, es que con relación a estas dos normas es que las mismas contemplan hipótesis diferentes, puesto que el legislador así lo previó para personas en condiciones distintas⁷⁴.

⁷³ Paráfrasis. Ibid.

⁷⁴ “el artículo 239 prevé la situación de la trabajadora que está trabajando cuando es despedida, o sea que está desarrollando en condiciones de normalidad su capacidad de trabajo, salvo la natural afectación por su estado de gravidez que no supone en sí mismo un impedimento laboral, mientras que

Así mismo indica la Corte Suprema de Justicia que pese a los condicionamientos señalados en Sentencia C-470 de 1997 proferida por la Corte Constitucional, la norma fue declarada exequible y que por dicha razón los mismos no pueden tener el efecto de desfigurar la decisión de declarar la disposición como ajustada a la Carta Política, como tampoco de modificar el tenor de la norma pertinente, que con tales orientaciones interpretativas termina diciendo una cosa totalmente diferente a lo que señala su tenor original.⁷⁵

Considera la Corte Suprema de Justicia que la Corte Constitucional se desborda en sus atribuciones, toda vez que en cumplimiento de sus funciones de control constitucional abstracto, no puede ir más allá de declarar la exequibilidad o no de una norma acusada de ser contraria a la Constitución, en efecto, cuando la Corte Constitucional declara exequible el Artículo 239 C.S.T., no sólo se está eliminando la acusación que se formuló sino que se están ratificando su contenido y su expresión, tal como fue expedida por el Congreso. Es decir, con el fallo proferido se declara su exequibilidad y por tanto la norma no sufre cambio alguno y continúa idéntica dentro del ordenamiento jurídico pertinente. Si ella no corresponde en rigor al orden constitucional, en su lugar lo que procede es declararla inexecutable, total o parcialmente.

Sostiene la Corte Suprema de Justicia que el Artículo 239 C.S.T. con la modificación introducida por el Artículo 35 de la Ley 50 de 1990, no contempla la ineficacia del despido de la trabajadora *“durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente”*. Dice la Corte que la norma solamente prevé la prohibición de despedir *“por motivo de embarazo o lactancia”* en el Artículo 241 C.S.T., lo cual es una presunción, y en tal evento la decisión patronal no podrá producir efectos, cualquiera sea el momento en que se presente, pero así mismo contempla el despido sin autorización de la autoridad competente, por motivos diferentes al embarazo, y en tal caso señala las consecuencias de tal evento, las que solo pueden materializarse en la medida en que efectivamente el despido produzca su efecto natural, que es la terminación del contrato de trabajo (sic).⁷⁶

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, indica que las razones por las cuales la Corte Constitucional argumenta para igualar las dos disposiciones en cuanto a la ineficacia del despido como consecuencia de incurrir el empleador en cualquiera de las hipótesis allí previstas, no son procedentes, toda vez que las dos disposiciones son distintas y no se les puede otorgar el mismo carácter, sin entrar a desfigurar su redacción.⁷⁷

el artículo 241 presupone el estado de incapacidad o situación de licencia de dicha trabajadora, lo que significa que en el momento en que se le comunica el despido tiene afectada su potencialidad laboral y ello la margina de cualquier actividad remunerativa”.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 13561. M.P. Germán G. Valdés Sánchez.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ *Ibíd.* “En rigor, si una norma brinda diferentes posibilidades de entendimiento o de aplicación, la definición en uno u otro sentido corresponde precisamente a la actividad judicial y el señalamiento de la

IV. Problema Práctico en la aplicación del derecho: El caso de las mujeres en estado de gravidez.

Conforme a la argumentación previamente señalada, nos encontramos ante un escenario a través del cual, se presentan dos posiciones disímiles en las que el problema central se enmarca en una Corte Suprema que se resiste al cambio en relación al valor del precedente jurisprudencial e interpretación de las normas a la luz de la Constitución y frente a una Corte Constitucional que promulga el señalado cambio.

En este orden de ideas, nos centraremos en señalar el problema de hermenéutica jurídica o de interpretación del derecho, puesto que la Corte Constitucional, viene de un franco proceso de fortalecimiento del valor formativo de sus sentencias a partir del valor primordial de la igualdad ante la Constitución colombiana, no obstante lo anterior, resulta ser muy polémico frente a otros jueces de la República, de allí que se deriven los choques y desobedecimientos a los precedentes establecidos por la Corte.

La propuesta de la Corte Constitucional, es un sistema de disciplina jurisprudencial mediante el cual, revoca fallos de los jueces que violen o desconozcan sin adecuada argumentación, las líneas jurisprudenciales que la Corte haya proferido.⁷⁸ En razón a ello, la Corte, a través de Sentencia C- 836 de 2001, acoge un sistema relativo aunque vinculante de jurisprudencia, de esta manera, un precedente ya adoptado tiene peso jurídico, contando como argumento para decidir en el mismo sentido y con los mismos argumentos un nuevo caso análogo, utilizando en este caso de precedentes, la metáfora de Ronald Dworkin, una cierta fuerza gravitacional que atrae el nuevo fallo⁷⁹.

No obstante lo anterior, se presenta disparidad en los fallos proferidos por los jueces de la República, con relación a las posiciones presentadas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional frente al tema de la estabilidad laboral reforzada para la mujer en estado de gestación, toda vez que, los argumentos esgrimidos para un caso cuya pretensión sea la aplicación del fuero de protección a la mujer en estado de embarazo, vía acción de tutela, difieren versus a un caso análogo presentado vía proceso laboral ordinario, tal y como lo presentaremos a continuación.

orientación jurisprudencial para el efecto es la función de la Corte Suprema en la jurisdicción ordinaria, por la vía del recurso de casación, cuya finalidad es precisamente la unificación de la jurisprudencia nacional como medio, a su vez, de procurar la seguridad jurídica. Por vía general el intérprete de la ley es el Congreso de la República y por vía particular, el intérprete de la misma es el juez.”

⁷⁸ Paráfrasis. LÓPEZ, Medina Diego Eduardo. El derecho de los Jueces. Segunda Edición. Bogotá. 2006. P. 70 y 71.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald “Los casos difíciles” en Los Derechos en serio, Barcelona, Ariel. 1984 P. 185: “La fuerza gravitacional del precedente no puede ser captada por ninguna teoría que suponga que el precedente tiene fuerza de ley como la legislación. Pero lo inadecuado de tal enfoque sugiere otra teoría, superior. La fuerza gravitacional del precedente se puede explicar apelando, no a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de trata de manera semejante los casos semejantes.”

Se tiene la Sentencia No. 67 proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santiago de Cali, con fecha 18 de abril de 2013, en este caso, la demandante, presenta vía acción de tutela en su propio nombre contra una empresa solicitado el reintegro a su cargo y de igual manera solicita de manera provisional el pago de aporte de seguridad social, señalando para ello como vulnerados sus derechos constitucionales a la salud y estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada. La accionada contesta la demanda señalando que no existe en cabeza de la accionante el amparo constitucional del fuero de estabilidad laboral reforzada de la trabajadora embarazada, más cuando existe manifestación expresa de esta última, al indicar que al momento de terminarse su contrato, desconocía su estado de gravidez, y en razón a esto último, la empresa debía exonerarse de responsabilidades, debido a que no se reunían los requisitos previsto para exigir la protección constitucional, derivada del Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto ninguna de las partes era conocedora del embarazo y por tanto no puede señalarse como origen o como causa para la terminación del contrato dicha situación.

En contraposición a lo anterior, el despacho procedió a resolver si la actora al momento de su despido se encontraba amparada por el fuero a la maternidad, para posteriormente determinar si el amparo de tutela era procedente con la finalidad de ordenar el reintegro al puesto de trabajo o renovación del contrato de trabajo laboral.

En efecto, el Juez de instancia procedió a señalar la jurisprudencia señalada por la Corte Constitucional, indicando que la evolución jurisprudencial en este tema, se ha flexibilizado más aún hasta llegar a denominarla “protección objetiva de la mujer embarazada”, de ahí que , se libera a la mujer embarazada o lactante de la carga de notificar a su empleador sobre su estado de gravidez, por tratar de un asunto de difícil superación probatoria, siendo suficiente para que haya lugar a la protección derivada del fuero de la maternidad, el haber quedado embarazada durante la vigencia de la relación laboral, mediante la cual se encontraba vinculada, cualquiera que ésta fuera.

Frente el argumento precedente, el despacho entra a establecer el cumplimiento del requisito esencial en aras de determinar si la accionante tiene o no derecho a la estabilidad laboral reforzada, para lo cual indica que tanto el empleador y las trabajadora coinciden en afirmar, para el caso planteado, que el empleador no fue notificado del estado de embarazo de aquella, debido sencillamente a que era desconocido inclusive para la misma trabajadora. No obstante, el Juez de instancia afirma que dicho aspecto no tiene incidencia alguna para definir la protección constitucional a que tiene derecho la interesada por el hecho de estar embarazada para el momento del despido, y sólo lo tiene con referencia a lo relacionado con la imposibilidad de imponerle al accionado el pago de la indemnización establecida en los Artículo 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo, debido a que el empleador no fue notificado de este estado de embarazo sumado a la difícil prueba para misma trabajadora.

Colige de lo anterior, el juzgado que se encuentra probado la vulneración de los derechos fundamentales de la solicitante, toda vez, que la misma se encontraba en situación de vulnerabilidad.

Por otra parte, entra el despacho a esclarecer el alcance de las medidas de protección para el citado caso, para lo cual se remite nuevamente al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, por cuanto en el mismo, se señalan unas sub-reglas a observar, entre las cuales se encuentra el reintegro o renovación del contrato laboral y cuando ninguna de las últimas sea posible, se procede con el reconocimiento de cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, y el correlativo reconocimiento de la maternidad, para tal efecto, el despacho esclareció la causa de la desvinculación laboral de la trabajadora, con la finalidad de desentrañar si esta obedeció a una discriminación o en su defecto fue una causal legítima y objetiva.

En este orden de ideas, encontró que dicha causal se encontraba probada aplicando por analogía el precedente señalado por la Corte Constitucional en Sentencia T-082 de 2012, de esta manera, concede el mecanismo transitorio de la acción de tutela a la accionante, ordena al empleador el reintegro de la solicitante al cargo que se desempeñaba o uno de similar naturaleza, con la consecuencial cancelación de los salarios y prestaciones sociales causadas y no pagadas desde el momento en que la demandante fue desvinculada de sus labores hasta su reintegro y su vinculación inmediata a sistema de seguridad social integral.

Como se puede observar, el Juez del caso, se ciñe al precedente constitucional sentado por la Corte para el tema de protección laboral reforzada para la mujer en estado de gestación.

En contraposición a la referida sentencia, encontramos en fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en la que la actora presenta acción de tutela a fin de que el juzgado tutele sus derechos de trabajo, estabilidad laboral reforzada, igualdad, mínimo vital y maternidad, debido a ella alega que su despido sucedió por su estado de gestación, en este trámite de primera instancia el Juzgado mediante sentencia calendada del 14 de julio de 2011, denegó el amparo deprecado, esgrimiendo como argumentos que, se establecieron subreglas vía jurisprudencial para otorgar el amparo constitucional, a saber:

- (i) Que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto
- (ii) La desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso
- (iii) El empleador conocía o debía conocer el estado de la empleada o trabajadora.
- (iv) El despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparece es devastador.

Para analizar cada una de estas subreglas, el despacho toma para demostrar la segunda condición en el proceso de tutela, como punto de análisis, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, mediante la cual ha dicho que el empleador no está obligado a presumir por sí solo el estado de embarazo de la trabajadora, sino que esta debe ponerle en conocimiento dicha situación de manera idónea, y sólo cuando se ha demostrado el estado de gravidez se presume que el despido se efectuó por motivo de ese estado.

También se argumentó a través de este fallo, que tratándose de un contrato de trabajo a término fijo con una empresa de servicios temporales, para la cual se fija fecha para la terminación del contrato de trabajo este motivo no es justa causa para terminarlo cuando la trabajadora se encuentra en estado de embarazo.

El caso bajo estudio no existe la ocurrencia de los mentados requisitos, ya que a pesar de que la actora se encontraba en estado de embarazo para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, no se demostró el requisito consistente en que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la embarazada, por cuanto ni la misma trabajadora conocía de su estado de gravidez.

En efecto la actora impugnó el mencionado fallo ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial en la Sala de decisión Laboral, el cual a través de sentencia proferida de fecha 6 de septiembre de 2011 con ponencia del Dr. Juan Carlos Muñoz, se determinó mediante las enseñanzas jurisprudenciales vertidas por la H. Corte Constitucionales, van encaminadas a proteger a la mujer trabajadora en estado de gestación sin importar el tipo de vinculación, por cuanto, considera el Tribunal, que la mujer se encuentra en un estado de indefensión respecto de su empleador, en este fallo también señaló que a través de Sentencia T-095 de 2008, reformuló la interpretación que la Corte Constitucional había realizado sobre la presunción legal que ampara la estabilidad laboral de la mujer embarazada.

Para este Tribunal, se encuentra probado que la actora suscribió contrato por obra o labor contratada como trabajadora en misión, igualmente está demostrado que la actora para la fecha en que se dio por terminado el contrato de trabajo, ya se encontraba en estado de embarazado, situación que fue informada al empleador.

Con base en los anteriores argumentos, el Tribunal reitera que para que opere la protección reforzada de la mujer en estado de embarazo ya no se requiere que el empleador tenga conocimiento de dicha situación, sino que simplemente para la fecha en que terminó la relación laboral la trabajadora se encuentre en estado de embarazo, siendo ello así, para el Tribunal si opera la mencionada protección reforzada por cuanto se ha demostrado que para la fecha en que terminó la relación laboral de la accionante se encontraba en estado de embarazo, siendo obligación de la entidad empleadora renovar el contrato de trabajo, máxime cuando no existió justa causa para dar por terminada la relación laboral.

De allí que la conclusión a la que llega el Tribunal, que el empleador vulneró los derechos de la accionante a la estabilidad laboral reforzada y al trabajo de la accionante, en razón a ello, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Laboral, revoca el fallo proferido dentro del presente proceso tutelar del 14 de julio de 2011, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, seguidamente tutelaron el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la accionante y ordena al empleador el reintegro de la accionante.

En este orden de ideas, vemos como, cuando el Juzgado al apartarse de la línea jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional su fallo es revocado en segunda instancia, mediante el cual, se regresa o se continúa con la misma línea asentada por la Corte.

Por su parte mediante sentencia No. 072 proferida por Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Cali Sala Laboral en proceso ordinario laboral en contraste nos encontramos que ante una controversia direccionada a determinar si para terminar el contrato de trabajo se cumplieron las formalidades previstas en las normas legales, contractuales y reglamentarias, o si el mismo fue con ocasión del estado de embarazo de la demandante, para ello, el tribunal se acoge a la línea argumentativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia Rad. 13561 de 2000 en la que CONFIRMAR la sentencia 043 del 13 de marzo de 2007, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, al determinar que no hay lugar a la indemnización por despido en estado de embarazo ni al descanso remunerado como tampoco a la indemnización por despido injusto, toda vez que el despido de la demandante se ajustó a lo previsto en la cláusula quinta del contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes y la interpretación realizada por la Corte Suprema de los artículo 239 y 241 del C.S.T.

V. Corte Constitucional. Sentencias de unificación 2013

Ahora bien, sobre el tema relativo a la fuerza vinculante del precedente judicial como fuente de derecho y el valor de la jurisprudencia de unificación cabe anotar que la Corte Constitucional tiene una amplia jurisprudencia en donde ha resaltado la importancia, el papel y el grado de vinculatoriedad que le corresponde a la jurisprudencia de las Altas Cortes y a la jurisprudencia constitucional, en el marco de la Constitución de 1991, que fijó un Estado Social y Democrático de Derecho.

Así las cosas procederemos a señalar algunas de las sentencias en las que la Corte Constitucional reafirma el valor del precedente judicial basándonos en el análisis realizado en sentencia C-539 de 2011 con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, de este modo, en la sentencia C-104 de 1993 afirmó que la diferencia entre la jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país y la constitucional, es que (i) las sentencias de la Corte Constitucional, como las del Consejo de Estado que declaren o nieguen una nulidad -art. 175

del código contencioso administrativo- tienen efectos erga omnes, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos inter partes; de manera que (ii) la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio, constituyendo solo un criterio auxiliar –art. 230 Superior-, mientras que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.”

Mediante la sentencia C-113 de 1993, analizada previamente en este documento, la Corte estudió el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que regula los efectos de los fallos de la Corte en asuntos de constitucionalidad, para concluir que (i) las decisiones en firme de la Corte son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades, además de las decisiones que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, las cuales tienen efecto erga omnes, por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad; (ii) en relación con el inciso segundo que fijaba los efectos de las decisiones de la Corte la Corte afirmó que con fundamento en la Constitución, puede en la misma sentencia podían señalar los efectos de sus sentencias, máxime cuando se trata de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad.

Posteriormente, en la sentencia C-131 de 1993, la Corte analizó en primer lugar, las características formales del ordenamiento jurídico, al ratificar el principio de supremacía de la Constitución, y reconocer que la Constitución es norma de normas –art. 4 Superior-, de manera que las normas inferiores deben ajustarse a las superiores y finalmente todas deben ajustarse a la norma de normas o Constitución.

De otra parte analizó al referirse a la cosa juzgada constitucional que con base en el artículo 243 C.P. las sentencias de constitucionalidad de la Corte tienen efectos erga omnes y no simplemente inter partes, y que a diferencia del resto de los fallos, la cosa juzgada constitucional tiene expreso y directo fundamento constitucional -art. 243 CP-. Y en razón a ello, los operadores jurídicos quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte Constitucional resolviendo que las sentencias de la Corte Constitucional son fuente obligatoria para las autoridades.

Mediante la sentencia C-037 de 1996, ya estudiada en este documento la Corte entro a analizar la constitucionalidad de los Artículo 45 y 48 de la Ley 270 de 1996 o ley Estatutaria de la Administración de Justicia, fallo en el cual determinó la exequibilidad condicionada del numeral segundo del artículo 48, y la inexecuibilidad de algunas expresiones del numeral primero del artículo en comento. En esta decisión la Corte advirtió que además de la parte resolutive de los fallos de constitucionalidad, las expresiones de la parte motiva de éstos que guarden “una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive” tienen fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos.

En la sentencia C-836 de 2001, la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 69 de 1896, que precisa la noción de “doctrina probable”, su alcance y aplicación, en la cual enfatizó en que una interpretación correcta

del concepto de autonomía de los jueces, debe estar mediada por el concepto de sometimiento de los jueces a la Constitución y a la ley, cuya finalidad es la garantía de los principios y derechos fundamentales, y al principio de razón suficiente, de tal manera que no puede desconocerse estos principios, derechos y deberes. En esta sentencia la Corte afirmó que la función creadora del juez mediante su jurisprudencia se lleva a cabo a través de la construcción y ponderación de principios de derecho, que informan el ordenamiento jurídico a través de la tarea de interpretación e integración del ordenamiento jurídico, y que es allí precisamente donde radica la importancia de la tarea del juez y del precedente judicial.

En esta sentencia se establece el principio según el cual la doctrina del precedente judicial (aplicada en la jurisdicción constitucional) es aplicable, exactamente por las mismas razones jurídicas al tratamiento de la jurisprudencia producida por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, adicionalmente se indica que la certeza que puedan tener los ciudadanos y la comunidad jurídica acerca de las decisiones similares de las autoridades es una garantía basada en el principio de seguridad jurídica, ya que la previsibilidad de la interpretación y aplicación de la ley en las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones, certeza que tiene un valor indiscutible para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas, razón por la cual se excluye la posibilidad de cambios arbitrarios de la jurisprudencia.

De otra parte, en materia de unificación de la jurisprudencia en materia de control concreto de constitucionalidad en fallos de tutela la Corte Constitucional estableció que aunque los efectos jurídicos de la parte resolutive de un fallo de revisión obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos y consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado, interpretación que hace parte del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces de conformidad con el artículo 230 C.P.. Así mismo, enumeró los múltiples fines constitucionales que cumplen la uniformidad de la jurisprudencia, entre los cuales se encuentra la promoción de (a) los derechos y la justicia material, (b) la confianza, credibilidad y buena fe, (c) la unificación de la interpretación razonable y la disminución de la arbitrariedad, (d) la estabilidad y seguridad jurídica, entre otros⁸⁰. [Sic]

Igualmente se indicó que es a los jueces y especialmente a la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal, les corresponde la función de unificar la jurisprudencia nacional a través de la interpretación del ordenamiento jurídico.

Con base en el recuento previamente señalado procederemos a indicar las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en sentencias de unificación de la jurisprudencia relacionadas al “fuero de maternidad”.

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

SU- 070 de 2013

Por su parte la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de treinta y tres casos en los que trabajadoras en estado de embarazo que fueron desvinculadas de sus actividades laborales, y teniendo en cuenta que existían posiciones diferentes en la jurisprudencia constitucional en relación al análisis y el alcance de la protección laboral reforzada que las ampara; la Corte Constitucional, procedió a proferir una sentencia de unificación con la finalidad establecer criterios análogos en correlación a dos temas particulares:

- (i) **El conocimiento del embarazo por parte del empleador**
- (ii) **La modalidad bajo la cual se encontraba trabajando la mujer gestante**

En esta sentencia, para la Corte, la estabilidad laboral reforzada a la maternidad consiste principalmente en garantizar a la mujer su “derecho efectivo a trabajar”, independientemente de la alternativa laboral en que se encuentre. Para ello, recalcó que para despedir a una mujer en esas circunstancias, el empleador debe demostrar de manera suficiente que media una justa causa y dada esta, debe adicionalmente, contar con el permiso de la autoridad administrativa competente.

En relación al conocimiento del embarazo de la trabajadora por parte del empleador, la Corte señaló, tal y como lo hizo en Sentencia T-095 de 2008, que *“no es requisito para establecer si hay lugar o no a la protección, sino únicamente para determinar el grado de protección”*. Debido a la presunción existente, pues se asume que el despido obedeció al embarazo y por ende, a un factor de discriminación en razón del sexo, de tal forma que, ese conocimiento da lugar a una protección integral y completa. **No obstante, cuando no existe tal conocimiento da lugar a una protección diferente, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia consagrada desde la Constitución Nacional, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido.**

Por otra parte, la Corte sostuvo a través de este fallo, que no se exigen mayores formalidades para que se configure el conocimiento del empleador del estado de embarazo de la trabajadora, toda vez, que este hecho puede ser conocido a través de diferentes medios, como lo son: notificación directa, un hecho notorio o por la noticia de un tercero, o en los casos, en los cuales el embarazo se encuentra en un estado que permite ser inferido, o se solicitan permisos o se dan incapacidades laborales por razón del mismo, o cuando el hecho es de conocimiento público por los compañeros de trabajo y así mismo, puede inferirse dicho conocimiento del estado de gestación cuando las circunstancias o los hechos del despido y las conductas asumidas por el empleador lo sugieran, tal y como lo había sostenido la Corte sus pronunciamientos anteriores.

En relación a la modalidad de la relación laboral, la Corte procedió a reiterar las cargas que de acuerdo con la ley y la Constitución Política debe asumir el empleador y lo cuales, están a favor de la trabajadora, todo ello, con el fin de definir el alcance de la protección reforzada; en relación a este punto, la Corte aseguró que según la categoría de dicha relación definida por la ley o dada por la existencia de un contrato-realidad, en los términos del artículo 53 de la Constitución, estará dado el fuero a la maternidad. En este sentido, reafirmó dos premisas que en su jurisprudencia ha desarrollado, con el fin de extender la protección general que la Constitución brinda a las mujeres gestantes en materia laboral a los demás alternativas de trabajo, al determinar que:

(i) Las modalidades de contratación mediante empresas de cooperativas de trabajo asociado o servicios temporales implican, en principio, la existencia de una relación laboral sin causales específicas de terminación entre la empleada embarazada y estas empresas; y

(ii) Cuando en algunos contratos con fecha o condición específica de terminación (v.gr. contratos a término fijo, de prestación de servicios o de obra), la necesidad del servicio o de la obra pendiente de realizar o del objeto del contrato desaparece en momentos en que la empleada o contratista ha quedado en estado de embarazo, es posible presumir que la falta de renovación del contrato se dio por causa del embarazo.

En suma, para que proceda la protección reforzada derivada de la maternidad, en caso de cesación de la alternativa laboral, basta demostrar: a) la existencia de una relación laboral y b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o prestación.

Ya en concreto, las medidas de protección de las mujeres gestantes adoptadas por la Corte Constitucional, consistieron en:

(i) El reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiriera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad; (ii) la orden de reintegro de la mujer embarazada o la renovación de su contrato, a menos que se demuestre que el reintegro o la renovación no son posibles. Adicionalmente, (iii) En algunos casos procede la indemnización prevista en el artículo 239 del C.S.T. cuando hay conocimiento del estado de embarazo por parte del trabajador y se procede al despido sin justa causa.

Con fundamento en estos criterios, la Corte Constitucional, procedió a aplicar las reglas fijadas a los casos revisados, según se tratara de contrato a término indefinido, con conocimiento o no del empleador del estado de embarazo y existencia o no de justa causa para la terminación del contrato; contrato a término fijo, en las mismas condiciones y según el momento en que se dio la desvinculación de la trabajadora gestante; contrato de obra, en el que además hubo que determinar si la causa del contrato subsistía, para efectos de su

continuación: contrato de prestación de servicios que configura un contrato-realidad laboral; y modalidades contractuales mediante cooperativas de trabajo asociado o empresas de servicios temporales. De igual modo, la H. Corte Constitucional precisó la forma de protección de la trabajadora gestante o lactante vinculada a entidades de Estado, bien sea en cargo de libre nombramiento y remoción, cargo de carrera en provisionalidad que entra a concurso o es suprimido.

La decisión de la Corte, en estos treinta casos revisados fue la revocación de los fallos de tutela dictados en segunda o única instancia, que negaban la tutela incoada por trabajadoras en estado de embarazo, y concedió la tutela de sus derechos fundamentales por haberse desconocido el fuero de maternidad.

En dos de los casos confirmó las sentencias, que habían concedido la tutela; y en uno confirmó el fallo que denegó el amparo, por no encajar en los supuestos que dan lugar al fuero de maternidad.

Las órdenes de protección dadas por las Corte se agruparon en:

a) pago dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, de la licencia de maternidad y de los salarios y demás prestaciones laborales dejadas de percibir desde la sentencia de primera instancia y hasta la fecha del parto, a las accionantes.

b) pago dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, de la licencia de maternidad y de los salarios y demás prestaciones laborales dejadas de percibir desde la fecha de desvinculación hasta el parto y de la indemnización prevista en el artículo 239 del C.S.T., a las accionantes.

c) pago dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, de la licencia de maternidad a las accionantes.

La Corte precisó que en el caso de que se haya pagado indemnización a la trabajadora, procederá el cruce de cuentas de las sumas que le fueron entregadas por dicho concepto. De igual modo, el pago de la licencia procederá en caso de no haberse hecho por el Sistema de Seguridad Social en Salud; y las prestaciones económicas que deben pagarse corresponden únicamente al período de la gestación y los tres meses posteriores al parto.

En esta sentencia de unificación, hubo salvamentos de voto parciales y aclaraciones de voto, fue así como el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva mostró su desacuerdo con el esquema de análisis y solución acogido en la sentencia SU-070/13. Por esa razón, su disidencia con la sentencia es transversal, en tanto no comparte las reglas formuladas por la mayoría ni, en consecuencia, la solución que la Sala dio al asunto en aplicación de las mismas. Considera que la providencia se aleja de la línea jurisprudencia sobre la materia, dispuesta en la sentencia C-470 de 1997; estima que la decisión abordó asuntos y problemas jurídicos que no debieron ser objeto de análisis; aprecia que el estudio de asuntos ajenos a la estabilidad laboral reforzada

condujo a la invasión de competencias propias del legislador. Igualmente, en su opinión la sentencia realiza una interpretación errónea de los Artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo; confiere al fuero de maternidad una protección limitada e insuficiente frente a la salvaguarda más garantista otorgada por la legislación laboral, y complejiza innecesariamente la protección laboral reforzada que impone el fuero de maternidad.

La magistrada María Victoria Calle Correa también manifestó su salvamento parcial de voto. Consideró que en todos los casos en los cuales el empleador conoce el embarazo de la trabajadora y pese a ello decide desvincularla sin autorización del inspector del trabajo y sin justa causa, debería ordenarse: (i) el reintegro de la mujer, (ii) el pago de los salarios y prestaciones debidas y (iii) el pago de la indemnización por discriminación cuando así lo disponga la ley. A su juicio, ordenar menos que eso, incluso si es con fundamento en los motivos esgrimidos en esta providencia, es contradecir no sólo los precedentes establecidos por esta Corte durante casi una década, sin justificación suficiente, sino incluso desconocer la cosa juzgada a la cual hizo tránsito la sentencia C-470 de 1997.

De otra parte, el magistrado Mauricio González Cuervo, salvó el voto por considerar que la ampliación que la Corte hace en la sentencia SU-070/13, del alcance de la protección reforzada a que da lugar fuero de maternidad, va más allá del fundamento constitucional que tiene su aplicación por vía de tutela, cual es la discriminación de que puede ser objeto la mujer trabajadora, por el hecho del embarazo. Estimó que, entre otros aspectos, la falta de conocimiento del empleador del estado de embarazo de la trabajadora o la terminación del contrato al vencimiento del plazo convenido o la obra contratada, no debería dar lugar a la imposición de cargas salariales y prestacionales, a quien no ha incurrido en un trato discriminatorio, ya que la desvinculación de la trabajadora obedece a razones distintas de su embarazo.

Los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Pinilla Pinilla anunciaron la presentación de sendas aclaraciones de voto en relación con algunas de las reglas establecidas en esta sentencia de unificación de jurisprudencia.

SU-071 de 2013

En aplicación de las reglas establecidas en la sentencia SU-070/13, la H. Corte Constitucional concedió el amparo de los derechos fundamentales de la accionante, vulnerados por la empresa de servicios temporales, al decidir dar por terminado el contrato individual de trabajo en misión, por el término que dure la labor, estando la accionante en embarazo.

De acuerdo con esas reglas, la acción de tutela era procedente en la medida en que: (i) la peticionaria solicita la protección laboral reforzada que deriva de la maternidad y que se concreta en la prohibición de ser discriminada por ocasión del embarazo y de otros derechos de rango fundamental, como el derecho a la seguridad social y al mínimo vital; (ii) existe legitimación por activa, porque la

peticionaria es titular de los derechos fundamentales invocados; y por pasiva, porque tuvo un vínculo laboral con la empresa de servicios temporales, de modo que se encuentra en una situación de subordinación frente a esta; (iii) la acción se interpone como mecanismo subsidiario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, debido a que el mínimo vital de la accionante se encuentra amenazado, en la medida en que se trata de una persona que sobrevive con un salario mínimo y no cuenta con otros medios para subsistir. Adicionalmente, al momento de impetrar la tutela, se trataba de un sujeto de especial protección que se encontraba en situación de indefensión debido a su estado de embarazo.

Teniendo en cuenta que el empleador no conocía el estado de gestación de la trabajadora que se encontraba vinculada mediante un contrato por obra o labor, y que la desvinculación de la accionante se dio una vez cumplida la obra, alegando esto como justa causa, la medida de renovación del contrato no procede, pues el empleador demostró que el objeto del mismo finalizó y que esta fue la única causa para darlo por terminado. De este modo, la protección debía consistir en el reconocimiento de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud durante el período de gestación posterior a la terminación de su contrato. No obstante, en este caso concreto, esta orden fue reemplazada por el pago de la licencia de maternidad.

Así mismo, dado que no se encontró demostrado el conocimiento del empleador del embarazo, no hubo lugar a ordenar la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo.

VI. Conclusiones:

1. El problema central encontrado frente a el tema de estudio, es que a pesar de que existe una doctrina bien consolidada en la Corte Constitucional, la misma no logra tener la suficiente eficacia para ser acogida por las jurisprudencia producida por la Corte Suprema de Justicia, toda vez que los jueces se siguen adhiriendo a argumentos tradicionalistas del sistema de fuentes anterior a la Constitución Nacional de 1991, por esta razón, para la Corte Suprema de Justicia, el control de constitucionalidad abstracto debe limitarse a indicar si una norma se declara o no exequible. Por ello de ser declarada constitucional, ella continúa intacta y con su texto original, el cual podrá ser aplicado o interpretado según el criterio del juez, en virtud de la independencia judicial (Artículo 228 C.P.), la auxiliaridad de la jurisprudencia, en la cual, los jueces solo están sometidos al imperio de la Ley, como lo determina el Artículo 230 de la Carta Política. En este orden de ideas para la Corte Suprema, la jurisprudencia y la doctrina, según esa misma norma, solo “son criterios auxiliares de la actividad judicial”, por lo que en su concepto, no se le pueden imponer como obligatorios al fallador.
2. El problema central radica en que existe una Corte Suprema de Justicia que se resiste a un cambio y por su parte, la Corte Constitucional que lo promulga, puesto que esta última promulga la obligatoriedad de la jurisprudencia, sin embargo, su eficacia sigue siendo baja, toda vez, que las demás Altas Cortes se adhieren a los argumentos tradicionales, indicando que: (i) La independencia judicial (Art. 228 C.P.), (ii) La auxiliaridad de la jurisprudencia (Arts. 230 C.P. y Art.48 LEAJ) al mismo tiempo niegan, desconocen o confrontan la condición interpretativa que la Corte introdujo al Artículo 48⁸¹ antes mencionado. Este trabajo revela, el choque entre teorías y culturas jurídicas que dividió primero a la Corte Constitucional a su interior y que continúan enfrentado a la jurisdicción constitucional con los jueces comunes.
3. La Corte Constitucional ha sostenido en múltiples pronunciamientos judiciales, la fuerza vinculante del precedente judicial al redundar en igualdad, seguridad jurídica, garantía de principios y derechos fundamentales, todo ello, pese a que nuestro sistema jurídico de origen romanista, legislado y de tradición continental europea constituya a la ley como fuente primaria para la creación del derecho.
4. La H. Corte Constitucional a lo largo de su línea jurisprudencial ha modificado su posición en tres ocasiones, complementado y ampliando el espectro de protección a la mujer trabajadora en estado de gestación:
 - (i) En relación al tema de la indemnización por despido de una mujer en estado de gestación, la Corte la considera como una sanción complementaria, y por tanto la autorización para el despido debe ser previa,

⁸¹ La línea jurisprudencial comienza con la Sentencias C-083 de 1995, T-123 de 1995 y T- 260 de 1995, consolidándose sólida y paralela en la Sentencia C-037 de 1996.

por tanto la indemnización no confiere eficacia “***El desconocimiento de los requisitos aludidos, hace que el despido sea ineficaz y procede el reintegro.***”⁸²

(ii) En cuanto al conocimiento del estado de gravidez de la mujer, por parte del empleador, la Corte modifica su jurisprudencia en el sentido de que se reformula la carga probatoria y se consagra una presunción a favor de la mujer, indicando la Corte, que no existe ningún precepto legal que exija que el estado de embarazo debe ser conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo establecido en la ley es que para que el despido sea objeto de reprobación debe haberse efectuado en el periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto y que el despido se ha dado en razón a su estado, siendo este conocido o no por el empleador.

(iii) Finalmente, la Corte Constitucional, ha señalado, que sin importar si se trata de un contrato laboral o uno de prestación de servicios, o si incluso el mismo se presta por intermedio de una cooperativa de trabajo asociado e incluso de presentarse sustitución patronal, siempre será obligado el empleador a no desvincular a la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia, no obstante, si el despido ocurre con ocasión en una de las causales consagradas en el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador podrá pedir permiso previo al inspector del trabajo y a través de él podrá proceder a la terminación del contrato de trabajo.

5. En contraposición de lo anterior, la H. Corte Suprema de Justicia, ha establecido como posición, que el Artículo 239 C.S.T., con la modificación introducida por el Artículo 35 de la Ley 50 de 1990, no contempla la ineficacia del despido de la trabajadora “durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente”. Dice la Corte que la norma solamente prevé la prohibición de despedir “*por motivo de embarazo o lactancia*” en el Artículo 241 C.S.T., lo cual es una presunción, y en tal evento la decisión patronal no podrá producir efectos, cualquiera sea el momento en que se presente, pero así mismo contempla el despido sin autorización de la autoridad competente, por motivos diferentes al embarazo, y en tal caso señala las consecuencias de tal evento, las que solo pueden materializarse en la medida en que efectivamente el despido produzca su efecto natural, que es la terminación del contrato de trabajo, de allí que, señale el error en el que incurre la Corte Constitucional al equiparar estas dos normas que a su juicio contienen marcos normativos y sanciones disímiles que no pueden ser igualados y como tal, señala la Corte Suprema de Justicia, que la Corte Constitucional, se desborda en sus facultades al declarar una exequibilidad condicionada a su propia argumentación.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia T-649 de 2009 M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Reiterando la Sentencia T-404 de 2005.

6. Finalmente, la Corte Constitucional, señaló a través de sentencia de unificación SU-070 de 2013, correlación a dos temas particulares: (i) El conocimiento del embarazo por parte del empleador (ii) La modalidad bajo la cual se encontraba trabajando la mujer gestante, señalando que la estabilidad laboral reforzada a la maternidad consiste principalmente en garantizar a la mujer su “derecho efectivo a trabajar”, independientemente de la alternativa laboral en que se encuentre. Para ello, recalcó que para despedir a una mujer en esas circunstancias, el empleador debe demostrar de manera suficiente que media una justa causa y dada esta, debe adicionalmente, contar con el permiso de la autoridad administrativa competente.

Frente al tema, del conocimiento del embarazo de la trabajadora por parte del empleador, la Corte señaló, que no es requisito para establecer si hay lugar o no a la protección, sino únicamente para determinar el grado de protección. Debido a la presunción existente, pues se asume que el despido obedeció al embarazo y por ende, a un factor de discriminación en razón del sexo, de tal forma que, ese conocimiento da lugar a una protección integral y completa. **No obstante, cuando no existe tal conocimiento da lugar a una protección diferente, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia consagrada desde la Constitución Nacional, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido.**

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, Alvarado Paola Andrea “La protección de los derechos de las mujeres en la Constitución Colombiana”.

BUITRAGO Guzmán María Rosalba “Metodología del precedente judicial en la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de derecho del trabajo y de la seguridad social. Universidad Nacional de Colombia. 2011

COLOMBIA

----- Constitución Política de Colombia 1886

----- Constitución Política de Colombia 1991

----- Código Sustantivo del Trabajo

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL

----- Corte Constitucional de Colombia. Disponible desde internet [<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/>] (con acceso el 10 de abril de 2013)
LONDOÑO Díaz Jorge Andrés, “ Estado Social de Derecho y Neoliberalismo en Colombia: Estudio del cambio social a finales del Siglo XX” Disponible desde internet: [[http://virajes.ucaldas.edu.co/downloads/Virajes11_8 .pdf](http://virajes.ucaldas.edu.co/downloads/Virajes11_8.pdf)]

----- Sentencia T-406 de 1992.

----- Sentencia C-131 de 1993.

----- Sentencia C-113 de 1993.

----- Sentencia C-083 de 1995.

----- Sentencia T-123 de 1995.

----- Sentencia T-260 de 1995.

----- Sentencia C-037 de 1996.

----- Sentencia C- 175 de 1997.

----- Sentencia C-470 de 1997.

----- Sentencia T- 373 de 1998.

- Sentencia T-375 de 2000.
- Sentencia T-404 de 2005.
- Sentencia T-1210 de 2005.
- Sentencia T-245 de 2007.
- Sentencia T-633 de 2007.
- Sentencia T-069 de 2007.
- Sentencia T-095 de 2008.
- Sentencia T-649 de 2009.
- Sentencia T-069 de 2010.
- Sentencia C-539 de 2011.
- Sentencia T-082 de 2012.
- Sentencia SU- 070 de 2013.
- Sentencia SU-071 de 2013.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

- Sala de Casación Laboral. Sentencia del 2 de septiembre de 1967.
- Sala Plena. Sentencia de marzo 5 de 1970.
- Sala de Casación Laboral. Sentencia del 4 de marzo de 1972.
- Sala Plena. Sentencia del 2 de octubre de 1980.
- Sala de Casación Laboral. Sentencia del 14 de septiembre de 1987.
- Sala Plena. Sentencia del 19 de mayo de 1988.
- Sala de Casación Laboral. Sentencia Rad. 6684 de 1994.
- Sala de Casación Laboral. Sentencia Rad. 13561 del 10 de mayo de 2000.
- Sala de Casación Laboral. Sentencia Rad. 13812 del 27 de junio de 2000.

COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

----- Concepto 313924 de 12 de octubre de 2011

COLOMBIA

----- Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto. Rad. 2011-00221

----- Juzgado Segundo Civil Municipal de Santiago de Pasto. Rad.2003-00255

-----Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Cali. Rad. 2010-0783.

----- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Laboral. Rad. 2011-00221

----- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala Laboral. Rad. 760013105 – 009 2007 00829 01

DWORKIN, Ronald “Los casos difíciles” en Los Derechos en serio, Barcelona, Ariel. 1984

IRAGORRI Molinos Camila. Artículo de Revista. Coyuntura Económica: Investigación Económica y Social. Volumen XLII. 2011 “La ley de protección a la maternidad como incentivo de participación laboral femenina: el caso colombiano

LOPEZ Medina Diego Eduardo “El derecho de los Jueces”. Legis. Ed. Segunda 2006. Colombia.

LOPEZ Medina Diego Eduardo. “Interpretación Constitucional” Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Universidad Nacional de Colombia. Ed. Segunda. 2006.

MADRID- Malo Mario. Constitución Política de Colombia. Comentada por la comisión colombiana de juristas. Preámbulo. De los principios fundamentales. De la reforma de la Constitución. Bogotá, Colombia. 1998.

MESA, Pulgarin Jhon Alejandro “La estabilidad laboral reforzada a favor de la mujer en estado de gravidez.” Disponible desde internet[[http:// abogado alejandromesa.blogspot .com/ 2012/08/ linea-jurisprudencial-laestabilidad.html](http://abogadoalejandromesa.blogspot.com/2012/08/linea-jurisprudencial-laestabilidad.html)]

ROJAS Armando. Artículo de Revista de derecho. Universidad del Norte. “Fuero de Maternidad. Garantía a la estabilidad laboral”. 2003.

THOMAS, Daniel. VERGARA, Jairo. MUSKUS, Juan Manuel. “Evolución legal sobre los derechos de la mujer en la maternidad en el campo laboral en Colombia”. Artículo. Disponible desde internet [<http://maternidadlaboral.blogspot.com/p/evolucion-legal-detallada.html>]