



La regresividad de la Corte Constitucional: la quimera en derecho laboral

The regression of the Constitutional Court: the chimera in labor law

Paula Alejandra Castro Ruiz

Resumen:

El Derecho fundamental del fuero de maternidad alcanzó el nivel de protección más alto con la Sentencia SU-070/13 de la Corte Constitucional. Sin embargo, a través de la Sentencia SU-075/18, esta corporación disminuyó las garantías en la parte subjetiva del Derecho en lo que respecta a las prestaciones de las mujeres gestantes. De esta manera, se ha vulnerado el principio de progresividad y no regresividad que se encuentra consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos 2 y 26, específicamente, de la cual es parte el Estado de Colombia. Por tal razón, es menester cuestionar si la Corte Constitucional está facultada para disminuir la protección de estos derechos. El derecho al trabajo de las mujeres en embarazo debe garantizarse. Igualmente, debe tenerse en cuenta que son empleadas que tienen necesidades diferentes a las de los demás trabajadores y que la normatividad nacional e internacional, así lo regula. La Constitución Política estableció el control de convencionalidad, cuando existan actuaciones y disposiciones legales que vayan en contra de los tratados ratificados por el Estado en materia de Derechos Fundamentales. Esto implica que el Estado colombiano podría caer en responsabilidad por hecho ilícito al vulnerar, en este caso, el derecho fundamental del fuero de maternidad.

Palabras clave:

Progresividad, regresividad, fuero de maternidad, responsabilidad en hecho ilícito internacional

Abstract:

The fundamental law of the maternity force reached the highest level of protection in Judgment SU-070/13 of the Constitutional Court, however, through judgment SU-075/18 this corporation reduced the guarantees in the subjective part of the right in what concerning the benefits of pregnant women, thus violating the principle of progressiveness and non-regression, which is enshrined in the American Convention on Human Rights in articles 2 and 26 specifically, of which the State of Human Rights is a party, of which the State of Colombia, for this reason, it is necessary to question, whether the Constitutional Court is empowered to diminish the protection of these rights? The right to work of women in pregnancy must also be ensured, it should be borne in mind that they are employees who have different needs from other workers, and national and international regulations regulate it.

The Political Constitution established the control of conventionality, where there are legal actions and provisions that go against treaties ratified by the State on Fundamental Rights which implies that the Colombian State could to be held liable for wrongdoing in breaching, in this case, the fundamental law of the jurisdiction of maternity.

Keywords:

Progressivity, regressivity, maternal jurisdiction, responsibility in international wrongful act

Introducción

En este documento, se indagará la falla en los mecanismos que implementa el Estado para dar protección a las mujeres embarazadas con la finalidad de que puedan acceder y gozar plenamente de sus derechos laborales. Se busca identificar estas falencias desde el ámbito nacional e internacional y analizar cómo ley podría ser vinculante frente a estas minorías. Para esto, iniciaremos hablando del papel de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional, a través de la sentencia C-005/17 y el Código Sustantivo del Trabajo (1951) en sus artículos 239 y 240, describe la figura del fuero de maternidad conocido también como fuero de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo. El documento hace énfasis en el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo (1951), dentro del cual son explicados mediante 3 incisos las causales para despedir a una persona en estado de gravidez. A su vez, explica la necesidad que el empleador otorgue los permisos ante las correspondientes entidades de inspección laboral. Para despedir a una persona durante la gestación o después de tres meses de haber dado a luz, se debe demostrar los argumentos que demuestren validez o justa causa. Empero, se debe tener en cuenta que existe una brecha que separa la teoría de la praxis; y el fuero de maternidad no es la excepción.

En materia internacional, el Convenio C-183 sobre Protección de la Maternidad estipula las reglas que tanto empleador como empleado deben acatar. Colombia es parte de este convenio desde el 07 de febrero del 2002. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) especifica las garantías laborales que toda persona posee, sin exclusiones. En él, se hace especial referencia al derecho de cada ciudadano por el acceso a un mínimo vital que le salvaguarde sus condiciones básicas.

Colombia, al ser parte del convenio anteriormente mencionado, debería garantizar sus incisos; a pesar de ello, se han creado vacíos jurídicos en la medida en que no se ha implementado, en el ordenamiento interno, doctrina referente al fuero de maternidad. Por lo mismo, se puede hablar de discriminación laboral.

La convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, organizada y operada por la Organización de Naciones Unidas (ONU), afirma que bajo ningún pretexto debe existir discriminación contra la mujer gestante frente a temas laborales. Esto debe incluir una defensa del derecho al trabajo y de la garantía de condiciones justas que, según esta organización, es inalienable para todo individuo.

Esta investigación teórica usó una metodología cualitativa con un enfoque descriptivo, desde una mirada analítica sintética. Con esta exploración, se buscó responder la pregunta problema: ¿Está facultada la

Corte Constitucional para obviar el principio de no regresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales concretamente el Derecho de las personas en estado de gravidez?

I. Principios de protección de derechos humanos

Los principios de protección de derechos humanos se desarrollan para alcanzar la materialización efectiva de los derechos humanos. Así, funcionan como pautas y criterios para la aplicación de tales derechos. El reconocimiento y garantía de estos principios son imprescindibles en Colombia, como estado que otorga carácter vinculante a los tratados que defienden postulados de defensa. Es de gran relevancia para el tema en cuestión, la exposición del principio de progresividad y no regresividad en lo que respecta la garantía real de protección a las madres gestantes.

I.1 Principio de progresividad

La Corte Constitucional en Sentencia C-046/18 define la progresividad como:

La forma en la que el Estado debe hacer efectiva la faceta prestacional de los derechos, lo cual implica que su eficacia y cobertura debe ampliarse gradualmente y de conformidad con la capacidad económica e institucional del Estado. Se resalta que dicho principio se predica de algunos aspectos de tal faceta, pues existen otros que aun cuando tienen un componente prestacional son exigibles de forma inmediata. Estos se refieren, principalmente, a aquellos relacionados con el principio de no discriminación y con el contenido esencial de cada derecho, que suponen mínimos de protección.

La irreversibilidad es complementaria al principio de progresividad. Resulta necesaria para reducir la protección alcanzada y es reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el artículo 4 en ambos casos. Lo convierte en un principio argumentando que es el criterio de conservación del régimen más favorable para el trabajador.

Éste aspecto es de suma relevancia con respecto a las madres cabeza de familia o madres gestantes amparadas por el artículo 43 de la *Constitución Política de Colombia* (1991) en donde se afirma que la mujer no debe ser discriminada frente al hombre y menos si está en estado de embarazo. A pesar de cobijar de cierta manera algunos aspectos importantes en torno a la igualdad de la mujer, no actúa de manera progresiva porque algunos aspectos quedan cortos. Esto impide el avance del cumplimiento de derechos a nivel social y a nivel laboral

en el contexto de la maternidad. Esto exige acudir al concepto del principio de regresividad para analizar cómo este es desarrollado por la *Corte Constitucional* en el caso de las madres gestantes.

1.2. Principio de regresividad

Colombia, al ser parte de tratados como el Pacto de San José de Costa Rica, el PIDESC y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se rige por sus lineamientos y criterios. Según lo establecido en los artículos 2, (Debe de adoptar disposiciones de derecho interno) y 26 (Desarrollo Progresivo) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH) y el artículo 1 y 2 del *Pacto de San José*, se estipula un principio de no-regresividad o irreversibilidad que debe ser garantizado por los países parte de estos acuerdos y pactos. Del mismo modo, en el PIDESC (1966), se estipula como principio no tomar medidas regresivas para el cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). En fin, se establece que la prohibición de la regresividad forma desarrollos precisos de obligatoriedad general de respeto en lo que corresponde a los derechos sociales. Así, el Estado obliga a abstenerse de tomar medidas que vayan en contra de este principio.

Garantías

Lo básico en esta apreciación es que se establece la prohibición de la regresividad de los DESC con base en las políticas internas del país. La prohibición del retroceso se deriva del deber de progresividad instaurado en el artículo 2.1 del PIDESC. Busca la satisfacción y cumplimiento de los derechos sociales. Con su sostén, se hace inválida cualquier medida que no incremente la protección de los DESC o que, por el contrario, la disminuya injustificadamente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso *Cinco Pensionistas vs Perú*, se pronunció sobre el artículo 26 (Desarrollo Progresivo) ante la petición de la comisión y los representantes de las víctimas que declararon violación por parte del Estado:

Los DESC tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de DESC de las Naciones Unidas 158, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social, teniendo presentes los imperativos de la equidad social.

En el momento de la ratificación del pacto, se asumió el compromiso de avanzar de manera eficaz y ágil para lograr la plena efectividad de los derechos sociales (Rosii, 2006).

Es así como aparece la supremacía convencional de la carta interamericana en la CIDH cuyo interés es el de colegir, de un bloque de constitucionalidad (aún bloque de convencionalidad), decisiones y pronunciamientos tales como: 1. Sentencias; 2. Medidas provisionales; 3. Recomendaciones; 4. Opiniones consultivas; 5. Supervisiones de cumplimiento hasta un efecto extensivo; 6. Medidas cautelares pronunciadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (Garzón, 2016). Esto hace que toda normativa internacional sea parte del ordenamiento nacional; por ello, las decisiones de las cortes internas tienen que hacerlos respetar.

En Colombia se comenzó a hablar de la protección de este principio con la Sentencia T-426/92 que defendió los DESC de un ciudadano frente al derecho a la seguridad social; pero, hasta 1997, con la ley 418, se enunció claramente la garantía de progresividad y no regresividad. Así, se expone que una vez alcanzado cierto nivel de protección del nivel actual de derecho, se asume como principio inconstitucional la regresividad, por lo tanto, está prohibida. Existe una única forma de aceptar el retroceso en la protección del derecho social de manera constitucional. Esto ocurre cuando la autoridad pertinente demuestra la existencia de una razón imperiosa que haga necesario un paso regresivo frente al derecho social. También lo podemos encontrar en las Sentencias C-251/97, SU-624/99, C-1165/00 y C-1489/00 (Arango, 2006).

No obstante, es importante tener en cuenta que en Colombia a nivel constitucional también se generó un aspecto interesante y muy particular, relacionado con las obligaciones que debe tener el contratante para con sus empleados. El resumen se ve reflejado en el Artículo 53 de la *Constitución Política de Colombia* de (1991). Sin embargo, cabe recalcar que, pese a que dicho artículo habla de una protección de los Derechos a los trabajadores, lo realmente importante es que hace alusión a madres gestantes y hace acoplo a las sentencias anteriormente mencionadas las cuales explican el principio de no regresividad.

En la Sentencia C-038/04, la Corte Constitucional adicionó, para el caso de los derechos laborales, tres condiciones para admitir medidas regresivas de derechos sociales. La primera, que no se omitan derechos adquiridos. La segunda, que se rijan bajo los principios constitucionales en lo referente al trabajo. Por último, que sea proporcional. Aunque en esta sentencia, no se especifica que se habla del principio de no-regresividad, se pone en la mesa impedimentos al legislador cuando se desconocen derechos adquiridos y se recuerda el uso de los principios constitucionales.

La *Corte Constitucional*, en la Sentencia T-469/13, establece que la regresividad de una medida legislativa o de cualquier otra índole se presenta en tres escenarios: (i) Cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del res-

pectivo derecho, (ii) Cuando aumentan los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho, (iii) Cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho.

El fuero especial por maternidad lo encontramos en el artículo 43 de la *Constitución Política de Colombia* (1991), el cual expresa que la mujer no puede ser sometida a discriminación de ningún tipo, y le garantiza una especial protección y asistencia durante el estado de embarazo y después del parto.

En los compromisos que el Estado colombiano ha realizado en los escenarios internacionales como el pacto de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, (CEDAW) se protegen los derechos de las mujeres durante el embarazo y la lactancia. Estos compromisos no sólo comprenden a las mujeres trabajadoras, sino que se extiende a todas las mujeres.

Es evidente que el Estado, en la sentencia SU-075/18 proferida por la *Corte Constitucional*, incurre en una clara violación al principio de progresividad y prohibición de la regresividad debido a que, a pesar de los esfuerzos hechos por clarificar la responsabilidad que debe tener el Estado en los casos en que el contratante despide a una trabajadora embarazada, se excluye a quien lo haga sin tener conocimiento de su condición. La Corte estableció en la jurisprudencia, concretamente, en la Sentencia SU-070/13, que el empleador debía subsidiar la licencia de maternidad de la gestante, inclusive, si este no estaba enterado de su estado, acudiendo al principio de solidaridad y la consecuente protección objetiva constitucional de las mujeres embarazadas.

Con base en lo anterior, evidenciamos la regresión en el sentido de que ya la mujer ha adquirido unos derechos por medio de las disposiciones de la Sentencia SU-070/13 basándose, entre otras cosas, en el principio de solidaridad. Luego, con el fallo cuestionado, estos derechos se ven menoscabados y revertidos, lo cual se considera una expresa violación a la CIDH y al Pacto de San Salvador en los artículos mencionados anteriormente y a la *Constitución Política* (1991) en su artículo 53. Puntualmente se ha dado la inaplicación del principio *in dubio pro operario* y como consecuencia de los fueros constitucionales laborales.

Para determinar la postura de la *Corte Constitucional* sobre los derechos laborales de las mujeres gestantes, a través del tiempo, se analizará una línea jurisprudencial con base en la pregunta investigativa: ¿La Corte Constitucional protege los derechos de las madres gestantes amparando la estabilidad reforzada de manera progresiva? La postura de la Corte Constitucional, en sentencias sobre el fuero de maternidad, ha tomado distintas posturas; y ha cambiado el precedente sobre el fuero de maternidad en distintos momentos, desde la sentencia T-527/92, como primer acercamiento, hasta la sentencia SU-075/18.

La *Corte Constitucional*, en sus pronunciamientos, ha destacado aspectos importantes en lo que refiere al derecho fundamental del fuero de maternidad. En primera instancia, en la sentencia T-527/92, la *Corte Constitucional*, de manera exegética y conservadora, aclaró que el derecho al refuerzo de estabilidad no se considera un Derecho fundamental. Por lo tanto, no fue la *Corte Constitucional* quien se encargó por medio de tutela de estos asuntos. Con el tiempo, en el pronunciamiento T-497/93, la *Corte Constitucional* expresó que la terminación de un vínculo laboral no era una violación del derecho al trabajo, sin importar el estado del trabajador. Se evidenció que se seguía negando la protección de la estabilidad reforzada. Aunque, sí comenzó a tener en cuenta los derechos asistenciales a los que tienen acceso las mujeres en embarazo. En este mismo año, la Corte Constitucional -en decisión C-470/93- analizó el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. El resultado fue la generación del concepto de fuero de maternidad. Esto le dio fundamento normativo a través de los art 2,11,44 de la Constitución Colombiana (1991); e internacionalmente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en el artículo 25, el artículo 10.2 del PIDESC. También, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo. Al tener un precedente vinculante internacional que entra al ordenamiento nacional por medio del art 93 de la carta magna, se hace necesario el cumplimiento de estos.

Años después, la Corte Constitucional -en la sentencia T-373/98- dio al fuero de maternidad el carácter de fundamental autónomo. Esto implica que se exige que, si las madres durante los meses de embarazo o lactancia (tres meses siguientes al parto) se despiden sin una de las causas establecidas en la ley, el empleador está obligado a reintegrar a la empleada que se encuentra amparada por el fuero de maternidad. Posteriormente, en el fallo T-426/98, la *Corte Constitucional* expresó que la terminación de un contrato a término definido está sujeto a condiciones como la subsistencia de causas, la materia del trabajo y el cumplimiento de funciones por parte de la trabajadora. Si no existe incumplimiento de estas, el empleador estará obligado a renovar el contrato.

En la sentencia T-872/00, la *Corte Constitucional* muestra rechazo ante la falta de ética de los empleadores que realizan despidos a mujeres en embarazo por vencimiento de contratos a término fijo. Expresa que el embarazo no es una causal de terminación y castiga a los empleadores que lo usan de esa manera. En el pronunciamiento T-664/01, la *Corte Constitucional*, a pesar del precedente en Sentencia T-426/98, declara que, si el despido coincide con la fecha de terminación de contrato definido, no será considerado discriminación ni una falta a la protección reforzada a la trabajadora en embarazo.

Tras mucho tiempo, la Corte Constitucional -en sentencia de unificación SU-070/13- expresa las condiciones para el desarrollo y protección de dicho fuero. También aclara cómo proteger a la trabajadora en las distintas relaciones

contractuales con el fin de garantizar los derechos de la mujer y de *nasciturus*. En la sentencia T-583/17, la Corte explica que la estabilidad laboral reforzada para las mujeres en embarazo es aplicable a todas las trabajadoras sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato. También determina que no existe un deber de informar acerca del estado de gestación al empleador al inicio del contrato de trabajo y tiene en consideración que no todos los embarazos tienen un curso tradicional.

En la sentencia SU-075/18, se presenta un cambio de precedente notable en la parte prestacional del derecho fundamental del fuero de maternidad. En esta providencia la *Corte Constitucional* se pronuncia de manera regresiva a la protección reforzada del fuero de maternidad. Dice que el fuero de maternidad se protegerá y respetará si el empleador está notificado del embarazo de la trabajadora; de lo contrario, la mujer perderá todo beneficio que la estabilidad reforzada le pueda otorgar.

A pesar de este fuerte cambio de precedente en la sentencia anteriormente nombrada, sentencia T-030718, la *Corte Constitucional* resolvió la duda y confirmó, de manera clara y precisa, que la acción de tutela en los casos del reconocimiento de los derechos laborales de las madres gestantes se puede proteger una vez se hayan vulnerado, a través de la acción de tutela. Este proceso es de naturaleza meramente laboral; pero, por el solo hecho de verse implicado el derecho al mínimo vital -tanto de la madre como del hijo que está por nacer o que ya nació- puede proceder la acción de tutela ante esta situación.

Tras esta última decisión, la Corte Suprema de Justicia, en la sala laboral en la sentencia SL1319/2018, aclara que la protección laboral reforzada, a causa de la maternidad, va más allá de lo formal en la ley. En especial, en lo referente a causales de despido, debido a que es una garantía de estabilidad que implica la eliminación de la constante preocupación de la posible pérdida del empleo debido a que protege el derecho constitucional del neonato de la familia. Hace de la misma manera, la diferencia entre el derecho y la obligación contenida en el artículo 241 C.S.T: anota que, si bien el fuero de maternidad es un derecho que tiene la madre, también tiene la obligación de informar de su estado al empleador ya que este deberá tener en cuenta la condicional de protección en caso de que conozca del estado de la mujer.

Gracias a este análisis, se puede evidenciar que a lo largo del tiempo, la tendencia que ha prevalecido en la *Corte Constitucional* es la de proteger y garantizar la estabilidad reforzada de la mujer en embarazo que le brinda el fuero de maternidad. Los empleadores deben garantizar todo lo que este fuero abarca. También, es más que evidente la violación del principio de no regresividad en la Sentencia SU-075/18, debido a que el nivel del derecho que las mujeres trabajadoras gestantes habían alcanzado se reduce con la necesidad de notificación

al empleador en derechos como la intimidad. Esto se había adquirido ya en un alto nivel; y fue disminuido por esta decisión de la Corte. Con base en el principio de progresividad, es pertinente dar paso al análisis del principio *pro homine*, su significado y cómo este repercute en la responsabilidad por hecho ilícito.

1.3. Principio Pro Homine

Existe un conjunto de normas internacionales e internas que, usualmente, tratan de un mismo tema en cuestión o de uno con afinidad en sus partes. Bajo normas universales, declaraciones de derechos y tratados internacionales, cada estado asume responsabilidades y compromisos. Entre ellos, el de acoplar su normativa interna con lo expuesto dentro de las normas universales. Sin interponerse en la jerarquización o en la supremacía que ha de usar cada Estado con la aplicación de su normativa, se exige que exista una compatibilidad plena entre los derechos humanos protegidos y las responsabilidades que ha de asumir cada Estado para la protección de los mismos.

Conjuntamente, cada Estado -que incorpore dentro de su normativa una constitución- debe tener en cuenta que es necesario un catálogo de derechos fundamentales para concebir una jerarquía igualitaria entre las normas nacionales e internacionales. Y con ello, que el pueblo no solo conozca de la estructura y el funcionamiento del Estado sino que, también, conozca los derechos y deberes que tiene dentro de la constitución. Así se crea una ponderación eficiente entre los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y la normativa interna para centrarse en la creación de vías legales dispuestas a abarcar la cohesión de estos.

Como consecuencia de la integración de ambas normativas surge el principio *Pro Homine*, el cual es definido por Pinto (2018) como:

Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los Derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los Derechos Humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (p.163).

Lo anterior, refiere que el principio *Pro Homine* es un mecanismo para la resolución de una situación fáctica de hecho jurídico que el juez tenga que conocer y dar paso a la ponderación de la acción que sea más favorable conforme al estudio de las dos leyes y el control de convencionalidad al que se encuentra sujeto el Estado. Conforme a esto, el juez determina qué ley le favorece al ciudadano. La *Corte Constitucional* se ha pronunciado respecto al principio *Pro Homine* en la

Sentencia C-438/13 y ha expresado que el Estado colombiano, por medio de los jueces y demás asociados, al estar fundado por el respeto a la dignidad humana y tener el deber de garantizar la efectividad de principios, deberes y obligaciones, tomará la decisión y tendrá en cuenta el criterio más favorable para dignidad humana. A esta obligación se le ha determinado como “principio de interpretación *Pro Homine*” o “pro persona” que se encargará de imponer la interpretación de normas jurídicas que sean más favorables a la persona y sus derechos.

Conforme a lo estipulado anteriormente, no solo se debe garantizar la protección de la mujer sino que debe prevalecer el derecho a la vida y la dignidad humana del *nasciturus*. Por lo tanto, se toma en cuenta que no es viable la existencia de un lapso de tiempo definido para que la mujer informe a su empleador de su estado de gestación puesto que no en todos los casos es posible determinar desde cuando existe fecundación en el útero.

Existe un deber por parte del Estado de garantizar el desarrollo normal y sano del menor desde un ámbito psicológico partiendo desde la gestación hasta el nacimiento del mismo. Teniendo en cuenta que los intereses de los niños priman por encima de cualquier otro, al afectar de manera económica a la madre gestante, se están vulnerando tanto los derechos civiles como las garantías jurídicas al *nasciturus*. Entonces, cabe preguntar: ¿cuál es la garantía empleada por el Estado para la protección del bienestar infantil conforme al régimen constitucional que ha de proteger a la madre según el artículo 43 de la Constitución Política de Colombia (1991)?

En el artículo 3, Convenio 003 sobre la protección de la maternidad, de La Conferencia General de la OIT de 1919, ratificado por Colombia en 1933, se expone que, en toda empresa, industria o comercio, público o privado, exceptuando a las empresas familiares, las mujeres tendrán derecho a: Primero, ausentarse al trabajo durante seis semanas después del parto. Segundo, tendrá derecho a recibir las prestaciones suficientes para la manutención del menor y de la mujer, dichas prestaciones serán fijadas por cada país y pagadas por el Estado. Tercero y último, si amamanta a su hijo, tendrá derecho a dos descansos de media hora con el fin de lactar a su hijo.

II. Responsabilidad por hecho ilícito internacional

Admitida la idea de un derecho que tiene por destinatarios de sus normas a los Estados en sus recíprocas relaciones, es claro que la actividad de éstos puede ser conforme o contraria a aquellas reglas. Acto ilícito internacional, será, pues, el emanado de cualquier persona física, de una parte, contraria a las normas establecidas por el Derecho de Gentes, y, de otra, susceptible de atribuirse, en virtud de un proceso de imputación, de manera directa o indirecta, a un Estado.

En el contexto del Derecho Internacional, es importante mencionar que la responsabilidad desplegada para los Estados partes de un convenio es un conjunto de derechos, obligaciones, principios y fundamentos constantes en las cartas supranacionales firmadas y ratificadas. La causalidad de dichos compromisos establece la responsabilidad de adoptar medidas jurisdiccionales internas para la adopción del convenio Art. 2 *CADH* (1969) o, posteriormente, conocido como el control de convencionalidad.

A partir de lo anterior, surge la figura jurídica respecto a la responsabilidad de los Estados, al que se nomina hecho ilícito:

Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado (Garde Castillo, 1950, p. 121).

En las disposiciones del artículo doce de esta misma convención, también se menciona que la existencia de violación de una obligación internacional se presenta cuando un Estado y sus decisiones no van de acuerdo a la política internacional y, por el contrario, van en contra de esta. Entonces, tendrá que responder por los hechos que ocasionen una violación.

Colombia, en su carta política y de manera implícita, ha señalado las obligaciones que el Estado promueve frente a sus ciudadanos y la protección de los mismos. Al incluir los diversos derechos reconocidos a nivel internacional, reconoce -entre otros- los derechos fundamentales, DESC. A su vez, ha adoptado la ratificación de los diferentes tratados que, como nación, lo han obligado a adecuar su derecho interno a los estándares internacionales. En consecuencia, se ha generado obligaciones adicionales en materia de protección del derecho a nivel internacional y en su orden interno. Colombia aprobó el PIDESC bajo la ley 74 de 1968 y lo ratificó el 29 de octubre de 1969.

De su texto, es prudente resaltar el artículo 6 por ser relevante tanto para el Derecho Interno, como el Derecho Internacional. Con él se busca la protección de todo tipo de persona bajo la percepción de su labor; y, así mismo, la garantía del ejercicio de sus derechos sin exclusión alguna. Partiendo de los supuestos anteriores, es importante también aclarar que este artículo protege a todo tipo de persona sin importar su condición humana o sexo; y a su vez de manera clara, busca la protección de este derecho para toda persona.

Es propio, a su vez, mencionar que Colombia ha aceptado la convención de *Belém do Pará*, Ley N° 248 del 29 de diciembre de 1995, norma que fue declarada exequible por la misma *Corte Constitucional* en su Sentencia C-408/96 en la cual resalta:

No sólo la mujer, debe ser protegida en su dignidad y derechos constitucionales, como toda persona, por lo cual el Estado tiene el deber de librarla de la violencia, sino que, además, de manera específica, la Constitución proscribire toda discriminación contra la mujer y ordena la realización de la igualdad de derechos y oportunidades entre hombre y mujer (*Corte Constitucional*. Sentencia C-408/96).

En cuanto al ámbito internacional, podemos encontrar que frente a la violencia contra la mujer, se establecen precedentes importantes como los siguientes:

III. Referencias Jurisprudenciales Internacionales

III.1. Caso penal Miguel Castro VS. Perú

Este caso nos permite establecer una conexión entre la problemática de la sociedad colombiana y la falta de protección de los derechos sociales de las mujeres. Mediante esta referencia se puede observar que se discrimina, no solo de manera violenta, sino en el acceso a diferentes oficios o profesiones por el hecho de ser mujeres.

III.2. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú

De este caso, citamos una parte clarificadora:

Al respecto, la Corte considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. En este orden de ideas, la Corte ha identificado estereotipos de género que son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y respecto de los cuales los Estados deben tomar medidas para erradicarlos (Corte IDH, 2014)

El párrafo refiere los distintos hechos de discriminación que han sufrido las mujeres y los estereotipos adoptados por los empleadores frente a las madres gestantes. Hasta hoy, el estado colombiano parece no erradicar este tipo de discriminación; sino, por el contrario, ha fortalecido los estereotipos en los que se basa.

III.3 Caso Nadege Dorzema y otros VS. República Dominicana

La cita siguiente describe la violación de derechos a la igualdad:

...una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación,

o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables (Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros VS. República Dominicana, 2012).

El texto parte de entender que la mujer en estado de embarazo es un sujeto de protección; por tanto, considerando el artículo 43 de la *Constitución Política de Colombia* (1991), no puede ser sujeto de normas que la expongan a un estado de vulneración de derecho o un estado de indefensión.

Además, en el contexto colombiano, existen precedentes constitucionales importantes con relación a este derecho. Así, bajo los principios constitucionales que promulga el estado se consagra, en el artículo 13 de la Carta Política, la igualdad que evita cualquier tipo de discriminación por sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Este caso fue relevante para erradicar la discriminación por sexo frente a la condición de la mujer gestante con la promulgación del artículo 43 en la *Constitución Política de Colombia* (1991).

Además, en ámbitos jurisprudenciales en Colombia, se ha visto que existen posturas o retrocesos respecto a la promoción y protección de ciertos derechos. De hecho, es importante resaltar que la situación explícita en la sentencia de unificación 075 de 2018 cambia el margen de la estructura de fuero especial para las mujeres en etapa de embarazo. Esto porque, en el comunicado número 28 de julio 24 de 2018, se esboza la existencia de cambios ideológicos frente a las posiciones generales de la mayoría de los magistrados prestos al fallo. En fin, el comunicado establece alrededor de 5 salvamentos de voto en la consideración para evaluar si el cambio jurisprudencial de postura es, en realidad, el más idóneo y favorable para suprimir las discriminaciones hacia la mujer.

Frente a lo mencionado con anterioridad, y tomando en cuenta los artículos 2 y 12 de la responsabilidad de los Estados parte por ocasión de un hecho ilícito -tras la ratificación de los tratados como el PIDESC, la convención de Belém do Pará, sus artículos constitucionales y la regresividad que ha tenido en el manejo de sus derechos internos- las obligaciones del Estado se ponen en duda. Es decir, se pone en duda la protección que el Estado puede brindar a la mujer en embarazo. E inclusive, se pone en duda su responsabilidad a nivel internacional con base en la interpretación errónea de sus altas cortes. Cabría preguntarse si los fallos de la corte constitucional están acorde a los principios democráticos y de promoción de derechos que, en su momento, hicieron que surgiera tal institución social. Para tal efecto, es necesario saber que nuestra Carta Política ha sufrido muchas reformas y, a su vez, se han ratificado diversos convenios de derecho internacional.

Sin embargo, la cuestión es crítica cuando analizamos los mecanismos de protección de derechos para las mujeres gestantes. De hecho, ahora mismo, no se está promulgando ni legislando nada relacionado con esta problemática. Al contrario, se define hacia las relaciones contractuales y los deberes que tiene su empleador. Sobre la validez constitucional de los últimos fallos de la corte constitucional, se tendría que evaluar si en realidad se están estructurando mecanismos eficientes para la protección de las mujeres. Por ello, es necesario establecer un juicio de valor que pondere si la legitimidad de estos fallos, que están a favor del empleador, favorece también a las mujeres. Es imperativo mencionar, a manera de reflexión y parafraseando a Kelsen en su obra *Teoría pura del derecho*, que una norma puede ser válida y sin embargo puede ser injusta o reprochable. Es una circunstancia que, actualmente, afrontan las instituciones colombianas al no tener en cuenta una adecuada ponderación del derecho.

Conclusiones

El fuero de maternidad abarca el conjunto de redes o acciones que cobijan la protección y garantías de los derechos de las mujeres embarazadas respecto a temas laborales ya sea: desempleo, empleo informal o cesación de contratos sin justa causa. Este tipo de ordenamiento procesal es de gran importancia dentro del marco normativo colombiano. Responde a la necesidad de la madre gestante, a la protección del *nasciturus* y su futuro laboral.

Para garantizar la adecuación de los DESC, se concluye que el principio de progresividad y no regresividad representa, tanto en la normatividad interna como externa en materia de convencionalismo- una figura importante que tiene como objetivo primordial la equivalencia y eficacia de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y su correcto cumplimiento para prevenir la vulneración de los mismos.

La Corte Constitucional de Colombia incurrió en regresividad, con la Sentencia SU-075/18, en lo que concierne al derecho del fuero de maternidad. Especialmente, en la parte subjetiva del derecho correspondiente a las prestaciones.

La Responsabilidad por hecho ilícito internacional se determina a partir del control de convencionalidad. En el marco de este control, se efectúa las disposiciones correspondientes y se jerarquiza el cumplimiento de las normas internas. Colombia como parte del PIDESCG, debe acatar los respectivos acuerdos para evitar la negligencia en la adhesión de las normas. Frente a los mecanismos de protección a las mujeres gestantes, en el ámbito internacional, se aprecia cierta dificultad para encontrar una norma eficaz y viable en aras de proteger los derechos laborales a esta parte de la población.

Se evidencia una discriminación a las mujeres gestantes no trabajadoras pese a que el código sustantivo de trabajo colombiano en sus artículos 236 a 238 regulan y garantizan derechos para las madres en situaciones de parto, alimentación, entre otros. Asimismo, se debe tener en cuenta la garantía del efectivo goce de los derechos de todas las madres gestantes y lactantes para que el Estado colombiano no incurra en responsabilidad internacional.

Referencias bibliográficas

- Arango. R. (2006). Prohibición de retroceso en Colombia. Ni un pasó atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Chistian Courtis (Comp.). *CEDAL-CELS*. Pp. 156-158.
- Código sustantivo del trabajo. http://leyes.co/codigo_sustantivo_del_trabajo/239.htm
- Comisión Colombiana de juristas. (2010). Informe sobre la prohibición de la regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: Fundamentación y casos (2002 – 2008) https://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/inf_2010_n1.pdf
- Comisión de Derecho Internacional. (2007). Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53° período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Costa Rica. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-005/17. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-005-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-046/18. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-046-18.htm>
- Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C (160), 303.
- Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, 205, 397-401.
- Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.



- Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, 235.
- Corte IDH. Comunicado No. 28 Julio 24 de 2018. I. Expediente T-6.240.380 AC - Sentencia SU-075/18 (Julio 24) M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2028%20comunicado%2024%20de%20julio%20de%202018.pdf>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-038/04. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-038-04.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003) Caso cinco pensionistas vs. Perú. 28 de febrero de 2003. Fondo, reparaciones y costas. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf
- Garzón, E. (2016). Derechos innominados en el sistema interamericano. *Dixi* 18 (24). <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/1520>
- Garde, J. (1950) Introducción a la Teoría de la Responsabilidad del derecho internacional público. https://www.jstor.org/stable/44292682?seq=1#page_scan_tab_contents
- Ley 74 de 1968. -Art 6. Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 16 de diciembre de 1966. https://siic.mininterior.gov.co/sites/default/files/upload/SIIC/Jurisprudencia/antes1991/ley_74_de_1968.pdf
- Organización Internacional del trabajo. (1919). Convenio sobre la Protección de la Maternidad. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Pinto. M. (2018). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>
- Rosii. J. (2006). La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Chistian Courtis (Comp.) *CEDAL-CELS*, 107. http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf