Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan finalidad académica, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

La Obligación de Progresividad: Protección Laboral de la Mujer
Trabajadora con Hijo Enfermo

Ibeth Maritza Porras Monroy

Proyecto de grado presentado como requisito para optar al título de
Magister en Derecho

Director

Deisy Yanet Acevedo Surmay

Doctoranda en Derecho

Magister Derecho del Trabajo

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho

2018

Contenido

	Pág.
Introducción	20
1. Objetivos	24
2. Breve reseña del Derecho Laboral Colombiano.	25
2.1 Del trabajo y su historia en Colombia desde la conquista.	27
2.2 Época contemporánea	37
2.3 El trabajo en nuestra constitución colombiana	38
3. El Contenido de la Obligación de Progresividad	39
3.1.1 Contenido y alcance de la obligación de progresividad según la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Sociales Económicos y Culturales.	46
3.1.1.1 Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	46
3.1.1.2 Interpretación por parte del Comité Interamericano de Derechos Sociales Económicos y culturales.	48
3.1.2 La obligación de Progresividad y el Bloque de Constitucionalidad	50
3.1.3 Control Constitucional frente a la obligación de Progresividad.	55
3.2 Conclusiones Parciales.....	59

4. Protección Laboral a la Mujer Embarazada.....	61
4.1 Fundamentos normativos de la protección laboral a la mujer embarazada	61
4.2 Evolución progresiva de los amparos específicos del fuero de maternidad	66
4.2.1 Descanso remunerado antes y después del parto.	66
4.2.2 Licencia remunerada para la lactancia del recién nacido.....	68
4.2.3 Estabilidad Laboral reforzada.	68
4.2.4 Alcance de la protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo.	80
5. Protección Laboral a la mujer trabajadora con hijo enfermo. Línea Jurisprudencial.	90
5.1. En relación con el Derecho a la Estabilidad Laboral Reforzada.	90
5.2. En relación con el Derecho a ser trasladado de un lugar de trabajo a otro.	97
5.3 En relación con la pensión de vejez anticipada.	100
6. Propuesta Progresiva para la Mujer Trabajadora con Hijo Enfermo.....	103
6.1 Evidencias de la necesidad de la propuesta.	111
6.1.1 Conforme al derecho interno.	111
6.1.2 Conforme al derecho comparado.	115
7. Conclusiones	120
Bibliografía	122

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. Línea Jurisprudencial	96
Tabla 2. Nicho Citacional	97
Tabla 3. Línea Jurisprudencial	99
Tabla 4. Nicho Citacional	99
Tabla 5. Nicho Citacional	103

Glosario

Accidente de trabajo: Que se produce de manera súbita y violenta, en el sentido laboral que se está examinando, esa idea no es aplicable; ya que puede estar representado por una dolencia latente que es revelada por el trabajo, así como por una enfermedad específica del trabajo o genérica ocasionada en el trabajo.

Alternativa: Acción o derecho que tiene cualquier persona o comunidad para ejecutar alguna cosa o gozar de ella alternando con otra. Opción entre dos cosas.

Armonizar: La coalición entre derechos fundamentales o principios constitucionales demandan una interpretación por parte del juez constitucional que al aplicar un bien constitucionalmente protegido no implique la paralela eliminación de otro.

Autoridad: La potestad que tiene una persona o corporación para dictar leyes, aplicarlas o ejecutarlas, imponiéndolas a los demás.

Bloque de Constitucionalidad: Se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución, por diversas vías.

Calamidad: Desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas. jurídico se encuentra vinculado

Cargo: Dignidad, empleo u oficio que confiere una función pública.

Comadrona: Persona que tiene por oficio asistir a la mujer en el parto; antiguamente, este oficio era ejercido sólo por mujeres basándose en la experiencia tradicional y actualmente requiere titulación específica.

Comité de Derechos Sociales: (CESCR) se estableció en virtud de la resolución 1985/17, del 27 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las naciones Unidas para desempeñar las funciones de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Sociales económicos y culturales.

Concurso: Competencia entre los que aspiran a encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas.

Constitucionalidad: Subordinación que media entre las leyes, decretos ordenanzas o resoluciones dictadas por los organismos administrativos con relación a las normas de la Constitución.

Contrato de trabajo: pacto entre trabajador y patrono, que regula toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad.

Contrato a término fijo: Es un contrato donde las partes pactan una duración cierta y limitada en el tiempo, en la que con anticipación las partes conocen la fecha de terminación del mismo.

Contrato a término indefinido: Existe un contrato de trabajo a término indefinido, cuando en él no se pactó un tiempo de duración.

Contrato de obra: Es el que se realiza entre dos partes y que tiene como condición que terminará una vez se haya entregado el producto.

Convención colectiva: Es un tipo peculiar del cual se deriva de contrato celebrado entre los trabajadores y los empleadores de una empresa o un sector laboral.

Convenios internacionales: Acuerdo entre dos o más Estados para resolver y regular la ejecución y desarrollo de sus relaciones sobre materias de interés recíproco.

Cooperativa de Trabajo Asociado: Es un tipo de cooperativa cuyo objeto es el proveer y mantener a sus socios de puestos de trabajo a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: (acrónimo: CIDH) es un órgano judicial de la Organización de Estados Americanos (OEA) que goza de autonomía frente a los demás órganos de aquella y que tiene su sede en San José de Costa Rica, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos.

Depósitos de Indios: Los “depósitos de indios” fue una modalidad de los repartimientos, consistentes en que los indios pasaban de manos de un conquistador a las de otro, según las necesidades de éstos y sus circunstancias, con la anuencia expresa o tácita de las autoridades coloniales hasta cuando los daban en encomienda en forma definitiva.

Derecho Comparado: Ciencia cuyo objeto es el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de dos o más países.

Derecho Fundamental: Son aquellos inherentes al ser humano, perteneciente a toda persona en razón a su dignidad humana.

Derecho Interno: Es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre individuos o instituciones o de éstos con el Estado. El término se usa en contraposición al Derecho Internacional, que regula las relaciones entre Estados u otros sujetos de Derecho Internacional.

Derechos Humanos: Son Derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión,

lengua, o cualquier condición, Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Derecho Laboral: Rama del Derecho cuyos principios y normas jurídicas tienen por objeto la tutela del trabajo humano realizado en forma libre, por cuenta ajena, en relación de dependencia y a cambio de una contraprestación.

Derechos Sociales Económicos y Culturales: Son los derechos humanos pertenecientes a los Derechos de la Segunda generación, relativo a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad, y hablan de cuestiones tan básicas como el trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, la vivienda digna, etc.

Descanso: Interrupción o cese temporal en el trabajo.

Despido: Se aplica respecto de la ruptura unilateral, que hace el patrono, del contrato individual de trabajo celebrado con uno o con varios trabajadores.

Dignidad Humana: Es un derecho Humano, de carácter fundamental, entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral.

Discriminación: Distinguir una cosa de otra.

Doctrina: Fuente del Derecho, lo relativo a los juristas y técnicos del Derecho en general que comentan y desentrañan el Derecho.

Eficacia: Consistente en el logro de la conducta prescrita; en la concordancia entre la conducta querida por el orden y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos a ese orden.

Embarazo: Lapso que transcurre desde el momento de la concepción hasta el del nacimiento o del aborto.

Empleador: sinónimo de patrono o empresario, por oposición a empleado.

Empleo: ocupación, actividad, puesto.

Empresas de Servicios Temporales: Empresa de servicios temporales es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios, para el desarrollo de sus actividades ordinarias, inherentes o conexas, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales.

Encomienda: Fue un sistema de trabajo que los españoles impusieron a los indios a su llegada a América. El hecho de que los aborígenes de los reinos americanos fueran considerados súbditos libres hacía que los indígenas no pudieran convertirse en esclavos, sino que debían ser asalariados.

Enfermedad: Alteración leve o grave del funcionamiento normal de un organismo o de alguna de sus partes debida a una causa interna o externa.

Enfermedad catastrófica: Enfermedades catastróficas o ruinosas, las cuales cobran una especial relevancia en la medida que al encontrarse estos sujetos en estado de debilidad manifiesta, merecen una singular atención por parte del Estado y de la sociedad. Tal es el caso de las personas portadoras del VIH/SIDA, y de las que padecen cáncer, quienes se encuentran en una condición de debilidad manifiesta consustancial a su patología y afrontan una serie de necesidades particulares que requieren de una protección reforzada.

Época contemporánea: Es el cuarto y último periodo en que se divide la historia Universal. Sus acontecimientos se inician con el estallido de la Revolución Francesa en 1789 (fines del siglo XVIII), y se prolonga hasta la actualidad (siglo XXI).

Época de la independencia: Se refiere a la independencia de los españoles se inicia en Colombia entre 1810 y 1819. Esta situación radicalizó el movimiento independentista y dio origen a la campaña libertadora comandada por Simón Bolívar que el 7 de agosto de 1819 con la "Batalla de Boyacá " fue definitiva para la independencia absoluta.

Esclavitud: Institución jurídica perteneciente a ordenamientos ya superados, que coloca al hombre en situación de cosa, en cuanto le niega personalidad jurídica y lo considera susceptible de aprobación.

Estabilidad Laboral: Se entiende por tal el derecho que todo trabajador por cuenta ajena tiene a conservar su empleo, con la correlativa obligación patronal de mantenerle en el mismo, salvo que aquel hubiese incurrido en causa justificada de despido legalmente determinada.

Estado: Organización Social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de impero, poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asume la mayor fuerza política.

Estado de Derecho: Se rige por normas jurídicas cualquiera sea su procedencia o autoridad de quien dimanen; con tal que tenga la posibilidad de hacer cumplir sus determinaciones dentro del orden interno.

Favorabilidad: El principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas. Cuando una norma admite varias interpretaciones, ha expuesto esta Corte que para la aplicación de la favorabilidad deben presentarse, además, dos elementos, a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, que sean aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.

Gestación: Estado en que se encuentra la mujer que ha concebido, hasta que da a luz.

Hermenéutica: Técnica o método de interpretación de textos.

Hijo: Descendiente en primer grado de una persona. De la relación paternofilial se deriva una larga serie de derechos y obligaciones, algunos de los cuales afectan exclusivamente al concepto padre (o madre, en su caso) e hijo; el cual sucede con la institución de la patria potestad; y otros que no les son exclusivos, como la recíproca prestación de alimentos, la sucesión mortis causa, la responsabilidad civil por determinados actos.

Igualdad: es un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales. La identificación de las cargas o los beneficios que se reparten a través de las medidas que generan un trato diferenciado, es eventualmente relevante para definir el grado de intensidad con el cual habrá de realizarse el juicio de igualdad, pero de ninguna manera puede ser utilizada para desvirtuarlo.

Informes: es un texto escrito en prosa con el objetivo de informar sobre hechos o actividades concretas a un determinado lector o lectores.

Instrumento Internacional: nombre genérico con el que se denomina cualquier acuerdo, pacto, tratado, protocolo, convenio o convención entre dos o más Estados (o sujetos de **derecho internacional**), sometido al **derecho internacional** y que crea obligaciones jurídicas para sus firmantes.

Jurisprudencia: del latín *iuris prudentia* con el significado de "conocimiento del derecho". En Colombia es el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de las cortes.

El término también puede utilizarse para hacer referencia al criterio sobre un problema jurídico que fue establecido por sentencias previas y a la ciencia del derecho en general.

Justa causa: en derecho laboral, es donde quien decide poner fin a la relación laboral, lo hace por razones justas según la ley.

Lactancia: es un tipo de alimentación que consiste en que un bebé se alimente con la leche de su madre. La leche, justamente, es un alimento de características únicas que permite que la madre transmita sus mecanismos de defensa al recién nacido, mientras que el acto de amamantar logra fortalecer la relación madre-hijo.

Ley Estatutaria: las leyes estatutarias están principalmente instituidas para la regulación y protección de los derechos. Estas leyes cuentan con las siguientes características: tienen trámite especial pues deben aprobarse por mayoría absoluta en las cámaras; son de exclusiva expedición por el Congreso y durante una misma legislatura; son revisadas por la Corte Constitucional, organismo que ejerce sobre estas leyes un control previo de constitucionalidad.

Licencia de maternidad: la licencia de maternidad es un beneficio que la ley laboral ha reconocido a la mujer que ha dado a luz un hijo e incluso en caso de aborto, siempre que este sea cotizante del sistema de salud, y que además cumpla con algunos requisitos, beneficio que consiste en 18 semanas de descanso remunerado. La licencia de maternidad es de 18 semanas según la reciente modificación que hiciera del artículo 236 del código sustantivo del trabajo la 1822 (2017).

Mita: sistema de trabajo obligatorio existente durante la época colonial, dicho sistema de trabajo surge en América, específicamente en las regiones andinas, durante el periodo incaico y durante la conquista española de América. Los trabajos realizados eran públicos, ya que de esta manera se pagaba tributo al Estado.

Mujer: palabra que se utiliza para definir al ser humano del sexo femenino.

Naboría: fue una institución social y jurídica de Nueva España, en el siglo XVI, consistente en el repartimiento a los conquistadores españoles de un cierto número de indios para su servicio personal, durante un tiempo determinado. También se denominó naboría a la clase social indefinida que se componía de indígenas, mestizos, mulatos y también, a veces, de españoles pobres y descastados.

Obligación: es el vínculo jurídico mediante el cual dos partes (acreedora y deudora) quedan ligadas, debiendo la parte deudora cumplir con una prestación objeto de la obligación. Dicha prestación puede consistir en dar, hacer o no hacer, teniendo que ser en los dos primeros casos posibles, lícitos y dentro del comercio. Los sujetos obligados, al igual que el objeto de la obligación, deberán estar determinados o ser determinables.

Ordenamiento jurídico: Es el conjunto de normas jurídicas que rigen en un lugar determinado.

Organización de Estados Americanos. OEA: Entidad panamericana que promueve el diálogo entre sus integrantes y las decisiones consensuadas en los asuntos de interés para el

Continente Americano. Entre los objetivos de la OEA, aparecen la consolidación de los regímenes democráticos, la defensa y promoción de los derechos humanos, el apoyo al crecimiento de la economía, la defensa de la seguridad y de la paz y la construcción de vínculos amistosos entre todos los países de América.

Organización Internacional: Es toda asociación conformada normalmente por sujetos de Derecho Internacional Público y regulada por un conjunto de normas propias, con miembros, alcance, o presencia internacional y unos fines comunes.

Pensión de sobrevivientes: Es la prestación que se reconoce a los beneficiarios cuando fallece el pensionado o afiliado.

Población: Es un conjunto de seres vivos de una especie que habita en un determinado lugar.

Peonaje: Es la denominación del proceso de conformación del sistema de mano de obra asalariada, inicialmente agrícola y por períodos con rasgos de servidumbre feudal, en Hispanoamérica.

Postparto: Es el período que empieza después del parto y se termina cuando aparece de nuevo la menstruación.

Preparto: Es una etapa previa al trabajo de parto propiamente dicho, una fase de preparación del cuerpo de la futura mamá.

Prestacionalidad: Incentivo que otorga una empresa a sus empleados, con el propósito de motivar a la nómina un sentido de pertenencia por la empresa u organización, protegiendo al mismo empleado de riesgos imprevistos y ayudando en la mejora de calidad de vida personal, social y familiar. Estas son adiciones al sueldo o salario de cada empleado, cancelado por los empleadores en dinero o especie.

Presunción: Ficción jurídica a través de la cual se establece un mecanismo legal automático, que considera que un determinado hecho, o un determinado acontecimiento, se entiende probado simplemente por darse los presupuestos para ello.

Programático: De la elaboración, distribución y ordenación de las partes que componen un plan.

Prohibición: Limitación que tiene un sujeto de tocar, utilizar y realizar algo. Las prohibiciones suelen estar respaldadas por leyes o normas, las cuales son fijadas por el Estado, por medio del poder judicial, quien es el encargado de aplicar las sanciones correspondientes en caso de que se violen dichas leyes. Las leyes les indican a los individuos que cosas pueden hacer y qué cosas no, dentro de los límites impuestos por la sociedad.

Protección Laboral Reforzada: Tiene como objeto garantizar el derecho al trabajo de aquellas personas que por su condición se encuentren en estado de vulnerabilidad manifiesta, obligando al empleador a garantizar su continuidad laboral.

Reglamento de trabajo: Es el conjunto de normas que determina las condiciones a que deben sujetarse el empleador y sus trabajadores en la prestación del servicio.

Reintegro: Es la acción y efecto de reintegrar (restituir o satisfacer algo, reconstruir la integridad de algo, recobrar lo que se había perdido).

Relación laboral: Es aquella relación contractual entre una empresa o persona llamada empleador y una persona natural llamada trabajador o empleado, relación mediante la cual el trabajador pone a disposición del empleador su capacidad física e intelectual para desarrollar una actividad determinada.

Renovación: Restablecimiento o reanudación de una cosa que se había interrumpido.

Repartimientos: Fue un sistema de trabajo semiforzado impuesto por los españoles en diversos lugares de América, desde fines del siglo XVI hasta principios del XIX.

Resguardo indígena: Son propiedad colectiva de las comunidades indígenas a favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Los resguardos indígenas son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una

organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio. (Artículo 21, decreto 2164 de 1995).

Sentencia de Unificación: Es una clase especial de sentencia expedida por el Consejo de Estado en la cual se manifiesta la voluntad de sentar una posición jurisprudencial sobre un tema en que sean idénticos los fundamentos de hecho y derecho.

Sexo: Serie de variantes que conducen a ideas en general, la diferenciación de las especies y la reproducción de la raza.

Sindicato: Agrupación de gente trabajadora que se desarrolla para defender los intereses financieros, profesionales y sociales vinculados a las tareas que llevan a cabo quienes la componen. Se trata de organizaciones de espíritu democrático que se dedican a negociar con quienes dan empleo las condiciones de contratación.

Sufragio: Derecho de participar a través del voto, de forma constitucional y política, en un sistema electoral donde se eligen entre las personas candidatas para que ocupen cargos en entidades públicas o privadas en la política.

Terminación del contrato de trabajo: Es la terminación de la relación jurídica laboral entre empleado y empleador.

Introducción

En este escrito se examina el contenido y alcance de la obligación de realizar progresivamente los derechos económicos y culturales, asumida por el Estado Colombiano, al suscribir el (i) el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, (ii) el artículo 1 del Protocolo de Salvador, (iii) el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La obligación de progresividad implica (i) un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales no se logra inmediatamente (ii) un aumento progresivo de las condiciones.

En virtud a ésta obligación los Estados se comprometieron a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos de que se disponga y para cumplir con éste objetivo se supone que los Estados cuentan con la vía legislativa u otros medios apropiados.

El propósito final de éste escrito es proponer a la comunidad jurídica una expresión adicional del derecho a la protección laboral de la mujer, teniendo como pilar el principio de progresividad.

El punto de partida, es el principio de progresividad, según el cual se reconoce que para lograr la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales no pueden lograrse en un período corto de tiempo.

El punto final de la propuesta es plantear una herramienta en procura de la protección progresiva a la mujer trabajadora que a su vez es madre y enfrenta una situación especial en razón a una condición de salud de su hijo menor de edad.

En la actualidad el ordenamiento jurídico Colombiano, como expresiones a la protección laboral de la mujer en estado de embarazo, contempla:

- Descanso remunerado antes y después del parto
- Licencia para lactancia recién nacido
- Estabilidad laboral reforzada

Por su parte la mujer cabeza de hogar con un hijo enfermo ha sido sujeto de especial protección en relación con:

- Estabilidad laboral reforzada.
- Traslado del lugar de trabajo
- Pensión de Vejez.

Si bien es cierto el artículo 57 del Código Sustantivo del trabajo (CST) (1950), contempla una licencia por calamidad doméstica, ésta es posible a juicio de la Corte constitucional que sea remunerada en la medida en que su duración sea razonable y se encuentra condicionada al desarrollo que se haga en los respectivos reglamentos de trabajo.

También se ha progresado en el amparo del trabajador cuando enfrenta, situaciones difíciles como la enfermedad o la discapacidad, de su compañera (o) permanente o cónyuge, hijos menores y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, permitiendo el establecimiento de horarios flexibles al trabajador para que este cumpla con los deberes de protección a sus familiares como lo enseña el ((artículo 3) de la ley (1857) de (2017)).

En consecuencia, no existe para la ciencia jurídica Colombiana una garantía legal, para que la mujer trabajadora con posterioridad a su estado de embarazo, a la cual pueden presentársele un sin número de vicisitudes tanto en su salud como en la de su menor hijo, la ley contemple la posibilidad de atender y acompañar la convalecencia de su hijo y pese a la ausencia laboral, ésta sea remunerada.

La propuesta que este escrito contiene, precisamente responde a esa necesidad, procurando en todo momento, el ciento por ciento de efectividad de los derechos que entran a jugar un rol importante, ante la dificultad que enfrentaría la mujer trabajadora, para cumplir con sus obligaciones laborales y atender la salud de su hijo menor de edad cuando ésta ha nacido enfermo o ha sufrido una grave afectación en su salud, ya fuere mediante accidente o enfermedad catastrófica.

La garantía que se propondrá, no sólo tiene como fin lograr el cien por ciento de efectividad de los derechos del menor, de quien en éste escrito no se ha concentrado su estudio, sino que pretende que la madre del menor, que a su vez presta su fuerza laboral, tenga la oportunidad de ausentarse de manera remunerada para atender una situación de salud grave que atraviese su hijo enfermo menor de edad.

1. Objetivos

Este escrito tiene como objeto el estudio del contenido de la obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, su definición y características y el examen del cumplimiento de ésta obligación desde el desarrollo de la protección a la mujer trabajadora.

El documento presenta en una primera la contextualización histórica del derecho laboral, y con posterioridad se presentan los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos, mediante los cuales el Estado Colombiano se obligó a respetar la progresividad de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales; en un segundo lugar se presenta la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Sociales Económicos y Culturales. Lo anterior permite concluir el contenido y el alcance de la Obligación de Progresividad dando cuenta de su estatus en el ordenamiento Jurídico Colombiano.

En la segunda parte de este trabajo y con base en las herramientas conceptuales trazadas en la primera, se analizará el desarrollo de la protección laboral a la mujer, en especial por su condición de embarazada en Colombia, en segundo lugar luego de evidenciarse la necesidad se propondrá las herramientas jurídicas que se estiman procedentes para que el desarrollo de la protección a la mujer trabajadora con un hijo enfermo sea progresiva. Por último, se presentarán las conclusiones.

El propósito de este trabajo consiste en (i) Establecer desde el punto de vista histórico la necesidad del derecho laboral, como aquellas garantías que la población trabajadora ha logrado ante la necesidad de la dignificación del recurso Humano, (ii) Establecer el contenido de la obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, su definición y características y con base en esto, enfrentar la protección laboral a la mujer; (iii) Determinar mediante qué instrumentos internacionales del derecho internacional de los derechos humanos, Colombia se obligó a respetar la progresividad de los derechos sociales económicos y culturales (iv) Describir las características de la obligación de progresividad y cuando se incumple con ésta obligación (v) determinar en el ordenamiento actual, las distintas instituciones que protegen a la mujer trabajadora. (vi) evidenciar la necesidad de consagrar la posibilidad legal de permitírsele a la mujer trabajadora, ausentarse de su jornada laboral, para acompañar a su mejor hijo enfermo en el proceso médico que éste enfrente (vii) Comparar el desarrollo de éste aspecto en otras legislaciones (viii) Proponer las herramientas jurídicas para que el desarrollo de la protección laboral a la mujer trabajadora que enfrenta una situación de enfermedad de su hijo, sea progresiva.

2. Breve reseña del Derecho Laboral Colombiano.

El derecho al trabajo está contenido dentro la clasificación de los Derechos Humanos de segunda generación denominada Sociales Económicos y Culturales, los cuales han sido fruto de la transformación de la concepción de un Estado Liberal a un Estado de Derecho.

La Corte Constitucional (1992) ha reconocido el cambio con las siguientes palabras:

Lo primero que debe ser advertido es que el término “social”, ahora agregado a la clasifica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional de derecho y del Estado. Sino por el contrario es producto de una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucional del mundo.

Es la oportunidad para recordar que la Declaración de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948) es evidencia de la necesidad que surgió después de la segunda guerra mundial, para garantizar la igualdad de trato ante la ley a las personas y en consecuencia los derechos y garantías de éstas, dejarían de depender del reconocimiento que hiciera el soberano¹ de acuerdo a la clase social del sujeto de derecho.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, incluyó seis Derechos Humanos de carácter económico, social y cultural: el derecho a la seguridad social², el derecho al trabajo³, el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre⁴, el derecho a un nivel de vida adecuado⁵, el

¹ “El Estado soy yo” proclamada por el Rey Luis XIV, Julio de 1789.

² Artículo 22. Toda Persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social.

³ Artículo 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia una existencia conforme a la dignidad humana y será completada, en caso necesario; por cualesquiera otros medios y protección social. 4. Toda persona tiene derechos fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

⁴ Artículo 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

⁵ Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a ciudadanos y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

derecho a la educación⁶ y el derecho a tomar parte libremente en la vida cultura de la comunidad⁷.

Son características de los Derechos Sociales (Bermúdez, 2012, p. 30):

- La prestacionalidad
- Igualdad
- Desarrollo progresivo
- De carácter programático

Precisamente en éste escrito se desarrollará ampliamente la tercera de las características enunciadas, de cara especialmente al Derecho al Trabajo de la Mujer trabajadora, para luego analizarlo especialmente cuando ella además debe atender los cuidados de un hijo enfermo.

2.1 Del trabajo y su historia en Colombia desde la conquista.

Se advierte que la historia que se expone en este aparte del texto, pretende contextualizar brevemente al lector en relación con la historia del Derecho en Colombia, más no se trata de un estudio histórico especializado y profundo. Para cumplir el objetivo, se hace un resumen tomado

⁶ Artículo 26. 1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada: el acceso a los estudios superiores será igual para todos en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a los hijos.

⁷ Artículo 27. 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar del progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

fundamentalmente la obra de Guerrero Figueroa, G., (1982), Introducción al Derecho al Trabajo, Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería, a quien se le reconoce todo el crédito de lo relacionado con la parte histórica de este escrito.

Es importante manifestar que del período anterior a la llegada de la cultura hispánica, no se tiene antecedentes del Derecho Laboral. (Freddyur Tovar, L. 2014)

Ahora, el período que pretende desarrollarse comprende: esto es desde el Descubrimiento de América, desde el 12 de Octubre de 1492, viviendo la conquista, luego la colonia hasta implementarse un régimen propio.

Durante este período, se desprende dos etapas: La primera, en la que la esclavitud fue abierta y declarada y la segunda en la que se ejerció la esclavitud de manera simulada, mediante la encomienda, los repartimientos y la mita. Pese a los intentos de la Corona española por eliminar la esclavitud, finalmente los encomendadores siempre la ejercieron, debido al poder que éstos tenían y la incapacidad de la corona para hacer cumplir las normas. (Guerrero Figueroa, G.),(1982),

A. La esclavitud.

Como consecuencia de la guerra y la antropofagia, se admitió la existencia de la esclavitud de los prisioneros y de los caníbales, según Real provisión de 30 de Octubre y reiterada por otra de 15 de Noviembre de 1505.

El señalamiento de la antropofagia se hizo como una estrategia para justificar la esclavización de los indios.

Este período de esclavitud, terminó con el real cédula del 30 de abril de 1508, expedida en Burgos por el Rey católico por medio de la cual se autorizaba llevar a la isla La Española indios de otros territorios, pero con el mandato expreso de que no se utilizaran como siervos, sino en labores, pagándoles un salario y dándoles lo que necesitaran, como se hacía con los otros indios libres de la isla de Santo Domingo.

B. El mercado de esclavos en Cartagena de Indias y su régimen.

La extensión de las tierras descubiertas y el afán desmedido de enriquecimiento de los colonizadores, creó la necesidad de traer trabajadores del África. Comienza, la era de la esclavitud, aceptada en las colonias españolas.

Según Armando Suescún en su obra “Derecho y Sociedad en la Historia de Colombia” A favor de los esclavos negros, no existió una legislación, ésta fue restrictiva, represiva y punitiva. No le permitían vivir sueltos sino sometidos a la dependencia de algún amo, se ordenó que “los negros se casen con negras y los esclavos no sean libres por haberse casado” y que no tuvieran relaciones sexuales con indias *so pena de ser cortada su naptura*” (*pene y testículos*)

C. Los repartimientos.

Consistía en el tributo de mantenimiento, por medio del cual los indios tenían la obligación de cultivar las tierras para sostener a los conquistadores. En la isla de Santo Domingo, los españoles exigieron el reparto de los indios mayores de 14 años, con el objeto de que estos prestaran servicios personales en beneficio de aquellos.

Cristóbal colón aceptó esta práctica, hasta adoptarse como institución, que se traducía en la entrega de tierras a los colonizadores y en la adscripción de indios a aquéllas, con la obligación de cultivarlas para los titulares de esa doble adjudicación de bienes y personas, a título gratuito. Guerrero Figueroa, G., (1982).

D. Los depósitos de indios.

Los “depósitos de indios” fue una modalidad de los repartimientos, consistentes en que los indios pasaban de manos de un conquistador a las de otro, según las necesidades de éstos y sus circunstancias, con la anuencia expresa o tácita de las autoridades coloniales hasta cuando los daban en encomienda en forma definitiva.

Debido al enfrentamiento de Antón Montesino a los conquistadores el 30 de noviembre de 1511 en la Isla La Española, el Rey y la junta de Juristas teólogos decidieron que los indios eran hombres libres y deberían ser tratados como tales, pero que debían ser obligados a trabajar al servicio de los españoles, dada su “natural pereza o tendencia al vicio”, que deben ser adoctrinados en la fe católica, y que los repartimientos eran necesarios, justos y conveniente, a la

luz de las leyes divinas y humanas, Sobre estas bases doctrinarias se expide la ley de Burgos expedidas en 1512.

E. La encomienda.

Los españoles impusieron los métodos feudales de trabajo y la correspondiente organización política y social, apareciendo la encomienda, que consistía en asignarle el pueblo a un encomendero, con derecho de percibir tributo de los indígenas, la obligación de instruirlos en la doctrina de la religión católica y protegerlos en sus personas y bienes.

El conquistador al incumplir sus obligaciones de amparo y protección al indio que tenían bajo su guarda, pero si exigía de éste los servicios personales y el tributo, para los años 1518 y 1523 se dictaron unas provisiones reales que prohibían el sistema de las encomiendas.

La encomienda se consideraba un bien inalienable; no podía ejercer disposición alguna sobre el mismo. A la Luz del derecho de trabajo, esta institución implantó el servicio personal obligatorio.

F. La Mita.

Surge durante el período Colonial, y en ella los indios se obligaban a laborar determinados días durante el año al servicio de los españoles, recibiendo por esas actividades una remuneración. El objeto primordial era solucionar el problema de la falta de mano de obra, sin tener que imponer el trabajo permanente en forma obligatorio.

G. La Naboría y Peonaje.

A través de ésta figura se adjudicaban indios en condición de criados, los que se transmitían con los fundos.

H. Los Resguardos Indígenas.

Al indio se le adjudicaba un pedazo de terreno, sólo disponía del usufructo del mismo, éste tenía la obligación de prestar servicios personales o la de realizar obras en beneficio de la comunidad gratuitamente, durante determinados días del año, el producido de éstos productos ingresaban en las cajas de censos y de bienes de la comunidad. Esta forma colectiva de explotar la tierra fue visto como una forma de conservación y en ella el indio se consideraba más “resguardado” que, si el fuera el dueño de una tierra extensa.

Intervención de religiosos y humanistas para proteger al indio. Para Guerrero Figueroa, G., (1982), La introducción de la religión Católica y su visión humanista hizo que se analizara la condición legal de indio y la necesidad de conformar un trato digno, elevando su condición de inferior, de ésta forma se introduce al indio como vasallo de la corona, más no esclavo y esa es la razón que sacude al africano, al que se le negó sus derechos substanciales, surgiendo de ésta manera la esclavitud en américa únicamente para tales individuos.

Con las leyes de indias, se fundamenta la protección laboral del indio en América Latina, y ésta recopilación fue puesta en vigor por Carlos II de España en 1680.

En primer lugar esta legislación fue producto de la compilación recomendada a la Casa de Contratación de las Indias, que consistió en contener ordenanzas y provisiones expedidas para ellas. Posteriormente por orden del Virrey de Nueva España se recopiló en un cedulaario todas las reales cédulas para el virreinato desde 1552 y 1562. Luego JUAN DE OBANDO en obra que lleva por título el código Obandino, realizó una compilación general de leyes dadas para la América Colonizada. En 1596 Diego Encinas, realiza otro esfuerzo.

La recopilación indiana, con un total de 10.000 leyes y precisamente uno de los contenidos hacía referencia a los indios, de su reducción y libertad, de las encomiendas, pensiones y servicios; como ejemplos de derecho colonial y laboral. Estas disposiciones se encaminaron a proteger el trabajo del indio y la defensa de su persona, era considerado libre, que pudiera hacer de sus personas lo que por bien tuvieran y en caso de requerirlos para trabajar, se les reconocía su justo jornal.

Trabajar se contempló como principio social para combatir la ociosidad, sin perjuicio de la libertad de trabajo, y la esclavitud como prohibición, también se hizo alusión a la jornada de trabajo y descansos, se estableció (Ley VI, 1593) para las indias la semana de 47 y horas y la diaria de ocho, repartida en dos mitades de cuatro, según conviniera más para la salud de los obreros, a fin de protegerse de los rayos del sol. Se reconocía un salario justo y mínimo, se encontraba prohibido el salario en especial. Se habló de la indemnización a favor del trabajador para cubrir contingencias de accidentes y enfermedades. El trabajo de mujeres y menores tuvo especial protección.

Las Leyes de indias proclamaron el principio de la personalidad humana, los derechos individuales del indígena, y la igualdad jurídica de las razas. Específicamente sobre la protección a la mujer, el Libro VI, título X, ley XV de la Recopilación de las Leyes Indias, prohibía que “ninguna india casada puede servir en casa de español, ni a esto sea apremiado si no sirviera si no sirviera en ella su marido”, o que prohíbe “sacar indias de los pueblos para que sean amas de leche de un hijo español” (Lafont, F. *Tratado de Derecho Laboral, Ediciones Ciencia y Derecho*)

Durante la época del embarazo se prohibía el trabajo y algunas leyes extendían este lapso hasta cuatro meses después del parto, “otros si ordenamos y mandamos, que ninguna mujer preñada después de pararse cuatro meses no la envíen a las minas, ni a hacer montones, sino que tales, personas que la tienen en la encomienda las tengan en las instancias y que sirvan en ellas en cosas que son poco trabajo así como hacer pan y guizar de comer y deshierbar y después que parieren críen sus hijos hasta que de tres años, sin que en todo este tiempo la mandaran ir a las minas, ni hacer montones, ni en otro caso en que traten ni reciban perjuicio”. (Paredes, J, (1973), *Recopilación de las leyes de los Reynos de las Indias, Madrid*, Ediciones Cultura Hispánica).

Las leyes de burgos. Estas leyes expedidas en 1512, contemplaban la regulación sobre las relaciones entre los encomenderos y los indios, se reconocía a éste como persona, merecedora de un trato digno y respetuoso. Las diferencias serían resueltas por los inspectores.

Las leyes nuevas de 1542. Se originan a partir de la Defensa que Fray Bartolomé de las casas le hacía a los indios, es el emperador Carlos V quien aprueba el 20 de noviembre de 1542 las “Leyes y ordenanzas nuevamente hechas por su majestad para la gobernación de las indias y

buen tratamiento y conservación de los indios”, conocidos con el nombre de las Leyes Nuevas de 1542.

En estas leyes se decía:

Proclamamos y declaramos universalmente la libertad de todos los indios e indias de cualquier calidad que sean, que estén debajo de servidumbre o color de esclavos en toda esa Nueva España y demás provincias sujetas a las audiencias, así los que estén en las casas y servicios de los españoles como en sus estancias y minas granjerías o haciendas en cualquier parte. Todos los indios de esas partes son iguales como los demás vasallos y súbditos nuestros de estos Reinos, que gocen de las mismas leyes de ellos, y deben ser gobernados en justicia por la vía y orden que son gobernados al presente los españoles de nuestra España. Nuestro principal intento y voluntad ha sido y es la conservación y buen gobierno, instrucción y administración, paz y amistad, comercio y comunicación y que sean bien tratados como personas libres y vasallos nuestros de la Corona de Castilla como lo son.

Cuando las leyes nuevas fueron dadas a conocer en Santa Fe, los encomenderos se amotinaron y protagonizaron un episodio que revela su actitud frente a las normas protectoras de los indios, por tanto la Corona claudicó en su propósito de hacer cumplir las leyes nuevas. Ahí terminó la posibilidad de eliminar los servicios personales forzados de los indios. Fue apenas un intento que se frustró rápidamente.

Todo volvió a ser como antes, las encomiendas siguieron funcionando y los indios siguieron siendo esclavos de los encomenderos. La situación de los indígenas se hizo más gravosa, ante la derogatoria de las normas se acentuó la explotación de los indios.

En 1548 otra vez el emperador ordenó poner en libertad a los indios esclavos en poder de los españoles, recompensando a los dueños, sin embargo la esclavitud continuó, en razón al interés de los encomendadores.

Formación del derecho colonial. El derecho durante éste período, estuvo compuesto por diferentes fuentes formales. En primer lugar la legislación castellana, que al producirse el descubrimiento de América con el patrocinio de la Reina Isabel de Castilla. En la medida del desarrollo de las relaciones sociales avanzaron, se fueron profiriendo leyes, ordenanzas, cédulas, provisiones, cartas reales, capitulaciones, instrucciones, reglamentos, autos y sentencias, normas que se aplicando para resolver situaciones no contempladas en el derecho castellano, éste pasó a ser fuente supletoria, o sea, se aplica sólo en ausencia de normas especiales para la América, éstas normas formaron el derecho propiamente.

Época de la independencia. España impone un sistema feudal sobre bases feudales, en las cuales se crean condiciones que hacen posible el nacimiento de capas artesanales, especialmente en lugares como el Socorro, San Gil, Guaduas y otros. Atendiendo al crecimiento de los impuestos, la situación dio lugar a que los vendedores acaudillaran el primer movimiento insurgente organizado, el de los comuneros que tuvo el respaldo del campesinado.

Los indios trabajaban el campo y los artesanos trabajaban en las ciudades, éstos constituían la clase más avanzada de los trabajadores y fueron los orientadores de los movimientos populares en la Colina, dieron lugar a la industrialización del país, pedía formación y mejoramiento de las condiciones de trabajo. Los artesanos se organizan y originan las Sociedades Democráticas, incipiente idea del sindicalismo.

En 1850 se decreta la libertad de esclavos; se abolió la pena de muerte, se reconoce la libertad de expresión de pensamiento por medio de la imprenta, se eliminaron los diezmos, se suprimió el fuero eclesiástico y se reformó la constitución en el sentido de garantizar derechos individuales.

2.2 Época contemporánea

Con el apogeo de la industrialización nace la nueva clase obrera colombiana que, a medida que adquiere conciencia de su posición en la sociedad, se va organizando en asociaciones profesionales. Surge con ella el sindicalismo y las medidas de acción directa como las huelgas.

La legislación laboral nace a partir del liderazgo realizado por Rafael Uribe Uribe, y en la convención liberal de Ibagué en 1922, se aspiró a la creación de una oficina de trabajo, la reglamentación y efectividad de los accidentes de trabajo, la fijación de salario mínimo, descanso semanal; jornada de trabajo; reglamentación del trabajo de las mujeres y menores; establecimiento del arbitraje obligatorio para solución de las huelgas; permitir la libre representación de los huelguistas y expedición de un código que reglamente el arrendamiento de servicios.

El partido conservador en 1931, hace declaraciones sobre la necesidad de una legislación social; la urgencia del seguro obligatorio para los obreros; y expedición de una ley sobre sindicatos de patronos y obreros.

Ambos partidos han contribuido a la conformación de la actual legislación laboral.

2.3 El trabajo en nuestra constitución colombiana

La constitución de 1991 consagró el derecho como derecho Humano y Fundamental⁸, en favor de los trabajadores y además de ello como un derecho social que garantiza la colaboración de todos en la actividad laboral y contribución al desarrollo de la economía.

La Honorable Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“El trabajo, además de ser un Derecho fundamental es un principio fundamente del Estado Colombiano (...) es ciertamente un Derecho Humano (art.29) pero también constituye, al mismo nivel del respeto a la dignidad humana un principio o elemento fundamental del nuevo orden Estatal (art. 1)” (M.S. Martínez, A., 1992).

El trabajo es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato.

⁸ Sentencias C -479 y C -546 (1992)

3. El Contenido de la Obligación de Progresividad

Aspectos Generales.

El desarrollo progresivo de los derechos sociales hace referencia a que estos derechos no se realizan de manera inmediata, sino que se alcanza su nivel máximo de eficacia con el paso del tiempo.

El alcance de ésta característica ha sido fijado por la Doctrina, la Jurisprudencia y los Organismos internacionales encargados de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Bermúdez, 2012, p. 34).

La Doctrina (Abramovich y Courtis, 2002, p. 93) ha afirmado que:

(...) La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta gradualidad (...) De allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales...

De otra parte, la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-077, 2017) también ha fijado el alcance y elementos de la progresividad de los derechos sociales:

Dicho principio “prescribe que la eficacia y cobertura de las dimensiones prestacionales de los derechos constitucionales debe ampliarse de manera gradual y de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico” (Sentencia C-493, 2015). A ese mandato se adscriben, según la propia Corte, cuatro tipos de exigencias: (i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas y en un plazo razonable, para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal, y (iv) la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos.

La progresividad de los derechos sociales, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, hace referencia entonces:

Al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores de cada uno de éstos derechos e implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección no se puede retroceder frente al nivel de protección al que se ha llegado o conseguido. Igualmente se ha acogido dentro de la jurisprudencia de la Corte la interpretación del principio de no regresividad que han dado los organismos internacionales en el sentido de que el mandato de progresividad de los DESC no excusa al Estado del cumplimiento del deber de que con el

máximo de los recursos disponibles se provea por la cobertura universal de los contenidos de éstos derechos⁹. (Sentencia T-638, 2016)

En ese orden de ideas, la Corte ha determinado que:

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección de un derecho social existe prima facie la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo en el caso de que se presenten legislaciones regresivas de éstos derechos. (Sentencia C-228, 2011).¹⁰

A través de la Sentencia C-038 (2004) la Corporación se pronunció sobre aquella presunción, en los siguientes términos:

(...) el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Ahora bien, como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta

⁹ En la sentencia C-671 de 2002 se dijo que, “La progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derecho...”. En el mismo sentido las sentencias C-251 de 1997, SU-225 de 1998, SU-624 de 1999, C-1165 y C-1489 de 2000.

¹⁰ Ver sentencias C-251 de 1997, SU-624 de 1999, C-1165 y 1489 de 2000, C-671 de 2002 y C-228 de 2011

sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.¹¹

Así mismo, el principio de progresividad ha sido interpretado como un mandato al legislador en el sentido de “erradicar las injusticias presentes” (Sentencia SU-225, 1998) (Sentencia C-644, 2012), de “corregir las visibles desigualdades sociales” y “estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos” (Sentencia C-727, 2009) (Sentencia C-644, 2012). Dicho principio, en consecuencia, ha sido concebido como un límite al ejercicio de las competencias del Legislador, cuya amplia libertad de configuración en relación con la delimitación de un orden económico específico se ve restringida en los siguientes aspectos: de una parte, “no caben en el sistema jurídico colombiano, normas discriminatorias o que vulneren la igualdad de oportunidades” (Sentencia C-074, 1993) y, de la otra, “todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático y debe presumirse en principio inconstitucional”. (Sentencia C-038, 2004).

Conceptualizado el principio de Progresividad en la Doctrina y la Jurisprudencia Constitucional Colombiana, ahora se presentan las fuentes del derecho internacional de los

¹¹ Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002.

derechos humanos que contienen la obligación de progresividad, así como la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Sociales Económicos y Culturales.

3.1 Contenido y alcance de la obligación de progresividad según los instrumentos internacionales.

Las disposiciones internacionales que contienen la obligación de desarrollo progresivo para la República de Colombia son: (i) el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, (ii) el artículo 1 del Protocolo de Salvador, (iii) el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Al respecto, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

Artículo 26. Desarrollo progresivo. Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Lo anterior significa, que los Estados partes al adoptar la convención en cuanto a los derechos Sociales Económicos y Culturales se *comprometieron* a “adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica”; *con un fin*: “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos”, al efecto se señalaron los *medios* mediante los cuales los Estados cumpliría con éste compromiso: “por vía legislativa u otros medios apropiados”

El artículo 1 del Protocolo de Salvador agregó un elemento adicional, los Estados partes se comprometieron “a adoptar las medidas necesarias... hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente”; reitera que el medio para ello es “la legislación interna”.

El Artículo 1 del Protocolo del Salvador dispone:

Artículo 1. Obligación de adoptar medidas. Los Estados parte en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo

De otra parte, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

De acuerdo a ello, los estados partes se encuentran comprometidos a adoptar medidas especialmente económicas y técnicas, para lograr progresivamente los derechos sociales, económicos y culturales.

En especial el pacto, señala como medio apropiado, de la efectividad de los derechos, la adopción de las medidas legislativas.

De acuerdo a la convención Americana, el Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, la obligación de progresividad implica:

- Que los estados adopten providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional.
- Las medidas son especialmente económicas, técnicas y legislativas hasta el máximo de los recursos que se disponga.

- Para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales económicos y culturales.

3.1.1 Contenido y alcance de la obligación de progresividad según la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Sociales Económicos y Culturales.

3.1.1.1 Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Órgano Judicial encargado de la aplicación e Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sobre el artículo 26 de la Convención y el artículo 1 del Protocolo de Salvador ha dicho:

Lo esencial es que los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en las normas internacionales y constitucionales reseñados tengan plena vigencia en la vida cotidiana de cada uno de los habitantes de Colombia, garantizando de este modo, un mínimo de condición de vida digna a los mismos (Informe de Colombia, 1997: Pár. 5)

Luego la Corte Interamericana de los Derechos Humanos aborda el tema de la progresividad de los derechos sociales:

El carácter progresivo del deber de realización de alguno de estos derechos, según lo reconocen las propias normas citadas, no implica que Colombia puede demorar la toma

de todas aquellas medidas que sean necesarias para hacerlos efectivos. Por el contrario, Colombia tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en dichas normas. Bajo ningún motivo, el carácter progresivo de los derechos significa que Colombia puede diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para su completa realización (Informe de Colombia, 1997: Pár. 6).

La Corte Interamericana, termina señalando que se exige como mínimo que la vigencia y el acceso de la población a los derechos sociales no se reduzca con el tiempo, con lo que la cobertura se convierte en un importante criterio de medición del cumplimiento progresivo de este tipo de derechos.

Con el Informe de Perú (2000), la CIDH sobre el tema de la progresividad precisa cuando se incumple con ésta obligación:

El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos. Luego, los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden configurar una violación, entre otras disposiciones, a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana (Informe de Perú, 2000: Pár. 11).

Por su parte, en el Informe de Paraguay (2001), la Corte señaló:

A menudo se sostiene que lo reducido de los recursos públicos constituye un impedimento para la plena realización de los derechos económicos y sociales. Al respecto debe tenerse en cuenta que es frecuente que los recursos destinados por el Estado para tales rubros sean insuficientes, pero además debe tomarse en cuenta, que no sólo se trata de cuánto se destina a gastos sociales, sino también la manera en que los fondos son utilizados. (Organización de los Estados Americanos, 2001).

De lo anterior se puede colegir, que con el Informe de Colombia, la Corte Interamericana consideró que la obligación de la progresividad supone un mínimo de condición de vida digna a cada uno de los habitantes de Colombia; y con el Informe de Perú agregó que se configuraba violación a la obligación cuando existía un retroceso en materia de derechos económicos, sociales y culturales; mientras con el Informe de Paragua relacionó la obligación de progresividad con la Disponibilidad y utilización de los recursos públicos (Los Recursos Humanos, 2008).

3.1.1.2 Interpretación por parte del Comité Interamericano de Derechos Sociales Económicos y culturales. Por su parte, la interpretación de las normas del PIDESC está a cargo del Comité interamericano de Derechos Sociales Económicos y Culturales, el cual ha desarrollado el contenido de la obligación de progresividad, a través de sus “observaciones generales”.

Sobre este artículo, el Comité ha señalado que el concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los DESC, en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Se requiere de un dispositivo con la flexibilidad necesaria para que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de estos derechos. (...)

Así mismo, el Comité señala, con claridad, que lo dispuesto en el artículo 2 debe interpretarse a la luz del objetivo general del Pacto de establecer claras obligaciones para los Estados Parte respecto a la plena efectividad de los derechos de que trata. De modo que impone la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo (...) (Observación General No. 3, 1990, Pár. 3).

De acuerdo al Comité, el cumplimiento de todas las obligaciones Sociales, Económicas y Culturales, supone un mínimo nivel de garantía de los derechos y que para la progresividad de los mismos, requiere que el Estado consulte su realidad y atienda a sus dificultades, planea con respecto a ello y en el tiempo la manera de cumplir lo más expedito y eficaz con la plena efectividad de los derechos.

En la observación general Nro. 3 del Comité interpreta, la naturaleza de las obligaciones de los Estados (art. 2 párrafo 1 del pacto). En éste documento se escribe que la naturaleza de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados partes que son de obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado, se señala que lo que se debe hacer es “adoptar

medidas” para cumplir con las obligaciones y cuáles son los medios “todos los medios apropiados, inclusive, en particular la adopción de medidas legislativas”

De acuerdo al Comité la principal obligación de resultado, es la de tomar medidas idóneas, con el fin de lograr progresivamente la plena realización de los derechos Sociales Económicos y Culturales.

La expresión progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un período corto de tiempo (...). Por otra parte, las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento máximo de recursos disponibles.

Por tanto, el Comité reconoce la obligación de progresividad de los derechos sociales económicos y culturales como una obligación de resultado, sujeta al aprovechamiento máximo de los recursos disponibles y a la utilización de medios idóneos a través del tiempo.

3.1.2 La obligación de Progresividad y el Bloque de Constitucionalidad. A la altura de éste escrito es dable cuestionarse, sobre la fuerza normativa de: (i) el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, (ii) el artículo 1 del Protocolo de Salvador, (iii) el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Al efecto, el artículo 93 de la Constitución Política establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia.

A la integración realizada con los tratados en los cuales se reconoce un derecho humano o sea de aquellos cuya limitación no se prohíba durante los estados de excepción con las normas constitucionales, la Jurisprudencia constitucional ha denominado Bloque de Constitucionalidad¹².

Para que opere la integración de las normas internacionales al ordenamiento interno, se exigen dos condiciones:

1. Que en el tratado se reconozca un derecho humano
2. Que el tratado sea de aquellos cuya limitación NO se prohíba durante los estados de excepción.

Las disposiciones que conforman el bloque de constitucional ostentan jerarquía constitucional, por tanto se trata de una fuente obligatoria de derecho¹³.

Específicamente sobre la incorporación de las normas laborales contenidas en instrumentos internacionales, la Corte Constitucional ha dicho que los derechos laborales contenidos en tratados internacionales hacen parte del Bloque de Constitucional, porque se trata de derechos humanos.

¹² “El bloque de constitucionalidad permite que el control constitucional de una ley se verifique no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de la comparación con otras disposiciones con carácter “supralegal” que tiene relevancia constitucional” Seminario. Análisis Jurisprudencial en Derechos Humanos. El Bloque de Constitucionalidad desde la Jurisprudencia Constitucional Colombiana.

¹³ Ver Artículo 230 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional en sentencia T-568 (1999) señaló: “Ante todo, es necesario aclarar que los derechos laborales son derechos humanos, pues así son reconocidos universalmente”.¹⁴

Además de lo anterior, la Corte Constitucional precisó en sentencia T- 568 de 1999 que: El bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos. (Sentencia T-568, 1999).

En providencia reciente de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, se ha dejado claro para la determinación de las obligaciones laborales, es fuente del derecho, el contenido de convenios internacionales, es así que en Sentencia SL-4934 (2017) se concluyó que el derecho de negociación colectiva, que garantizó el artículo 55 de la Constitución Política y los Convenios 98 (1949), 151 (1978) y 154 (1981) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), debe

¹⁴ Los derechos laborales se encuentran en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), arts. 23 y 25 ; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), art. XIV ; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), arts. 7 y 8 ; Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), art. 6 ; Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), art. 15.

ser atendido por el empleador y por ende se debe cumplir el acuerdo colectivo en la regulación de las condiciones de trabajo y de empleo.

Por tanto las normas laborales contenidas en los convenios de la OIT, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos hacen parte del Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos, en consecuencia son fuente formal de Derecho¹⁵ y de obligatoria observancia en el Estado Colombiano.

Específicamente sobre principios constitucionales mínimos del trabajo que deben ser respetados por cualquier reforma laboral, la Corte Constitucional en Sentencia C-038 (2004) que versó sobre la demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley 789 (2002), que reformaban el Código Sustantivo del Trabajo (1950), se expresó:

20- Ahora bien, y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corte, para determinar cuáles son esos principios constitucionales mínimos del trabajo que deben ser respetados por cualquier reforma laboral, es necesario tomar en cuenta también los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. En particular, en esta materia tienen mucha importancia los límites y deberes al Estado impuestos por los convenios de la OIT ratificados por Colombia, por el PIDESC, y por el Protocolo de San Salvador, todos los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad

¹⁵ Ver artículo 230 de la Constitución Política

con lo ordenado por el artículo 93 de la Carta, que establece que los “derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Y es que esta Corporación ha precisado que todo tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula de remisión del inciso segundo del artículo 93 superior. Ha dicho al respecto esta Corporación que el inciso segundo del artículo 93-2

Constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. (Sentencia T-1319, 2001)¹⁶.

También han sido incorporadas al bloque de Constitucionalidad las decisiones y la jurisprudencia de las instancias internacionales de los derechos humanos (Sentencia C-568, 1999). Es así como se concluye que hace parte en estricto sentido¹⁷ del Bloque

¹⁶ Tesis reiterada en las sentencias T-235^a de 2002 y C-04 de 2003.

¹⁷ Conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que tiene rango constitucional.

constitucionalidad las normas internacionales que contienen la Obligación de progresividad¹⁸, por tanto estas disposiciones tienen fuerza vinculante y son de obligatoria observancia por el Estado Colombiano.

3.1.3 Control Constitucional frente a la obligación de Progresividad. Sobre el tema de la obligación de progresividad, específicamente cuando se trata de la aplicación de los requisitos legales cuando el tránsito normativo hace más gravosa la condición del trabajador, la Corte Constitucional tiene una línea clara y establemente definida; bajo la Sentencia T-043 (2007), en la cual sobre el principio de progresividad, se sostiene la siguiente tesis:

8.9. Del anterior recuento jurisprudencial, la Sala concluye que, como regla general, el legislador goza de un amplio margen de configuración de los derechos sociales, para lo cual está facultado para modificar la legislación que define su contenido y condiciones de acceso, incluso si las nuevas condiciones afecten meras expectativas de consolidar un derecho bajo la antigua normatividad. Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad *prima facie*, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la

¹⁸ (i) el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, (ii) el artículo 1 del Protocolo de Salvador, (iii) el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas. (Sentencia T-043, 2007).

Por tanto, una norma se presume inconstitucional cuando en ella se contienen medidas regresivas frente a la anterior; para lograr desvirtuar la inconstitucionalidad, se debe determinar que: (i) es proporcionada; (ii) que no desconoce derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas.

El concepto control de convencionalidad se refiere a la revisión de congruencia entre las normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos y los demás instrumentos de protección de los derechos humanos.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional Colombiana, además de su función de Tribunal de Constitucionalidad, debe ejercer en control de convencionalidad verificando la armonía entre la legislación interna (incluida la Constitución) y la Convención.

El control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1., 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

El Artículo 1.1. Obliga:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...)

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (...)

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De la interpretación sistemática de las normas expuestas, puede concluirse que le Corresponde al Estado parte debe adoptar las medidas para cumplir con los compromisos adquiridos y así evitar que se incurra en responsabilidad internacional. De éstas medidas se desprende el deber de la Corte de implementar el control de convencionalidad y del Legislador evitar antinomias entre la legislación interna y la internacional.

La Corte Constitucional en virtud de lo anterior, en Sentencia C-556 (2009). declaró la inexequibilidad de los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797, (2003). “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”, al considerar que, mediante los literales acusados del artículo 12 de la Ley 797 (2003) fueron aumentados los requisitos previstos en la Ley 100 (1993) para obtener el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues en el anterior artículo sólo se exigía que el afiliado fallecido, si se encontraba aportando al régimen, hubiera cotizado un mínimo de 26 semanas al momento de producirse el deceso; y si había dejado de cotizar, hubiese efectuado aportes como mínimo por 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjo el fallecimiento.

El artículo 12 de la Ley 797 (2003), que modificó la norma original, exige que el afiliado fallecido hubiera cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años (los inmediatamente anteriores al fallecimiento) y que se acrediten los requisitos contemplados en los literales a) y b) de dicho artículo 12 acusado, donde se requiere, para que los beneficiarios tengan derecho, que los afiliados demuestren una fidelidad de cotización para con el sistema de al menos el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

3.2 Conclusiones Parciales

- Las normas internacionales que contienen la obligación de progresividad, hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, por tanto son fuente formal de derecho.
- Las disposiciones internacionales que contienen la obligación de desarrollo progresivo para la República de Colombia son: (i) el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, (ii) el artículo 1 del Protocolo de Salvador, (iii) el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- La principal obligación de resultado es la de garantizar la progresividad de los derechos sociales económicos y culturales.
- El concepto de progresividad constituye (i) un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales no se logran inmediatamente (ii) un aumento progresivo de las condiciones. En virtud a ésta obligación los Estados se comprometieron a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, hasta el

máximo de los recursos de que se disponga y para cumplir con éste objetivo se supone que los Estados cuentan con la vía legislativa u otros medios apropiados.

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que la obligación de Progresividad exige como mínimo que la vigencia y el acceso de la población a los derechos sociales no se reduzca con el tiempo, con lo que la cobertura se convierte en un importante criterio de medición del cumplimiento progresivo de este tipo de derechos.
- El Comité interamericano de Derechos Sociales Económicos y Culturales, ha señalado que el concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los DESC, en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Se requiere de un dispositivo con la flexibilidad necesaria para que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de estos derechos. (...)
- De acuerdo a la Corte Constitucional, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, por tanto dicha medida contradice el principio de progresividad.
- Una norma se presume inconstitucional cuando en ella se contienen medidas regresivas frente a la anterior; para lograr desvirtuar la inconstitucionalidad, se debe determinar que: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas.

4. Protección Laboral a la Mujer Embarazada

4.1 Fundamentos normativos de la protección laboral a la mujer embarazada

El fundamento constitucional del fuero de maternidad, es el derecho a la igualdad y la consecuente prohibición de la discriminación por razones de sexo, prescritas en los artículos 13¹⁹ y 43²⁰ de la Constitución.

La Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, ha protegido a la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo²¹, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia.

A nivel internacional, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966)²² y en los artículos 1²³ y 24²⁴ de la Convención Americana sobre Derechos

¹⁹ Artículo 13 de la Constitución: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

²⁰ Artículo 43 de la Constitución: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.

²¹ Ver sentencias T-088 de 2010, T-169-08, T-069 de 2007, T-221-07, entre otras.

²² Artículo 26 del PIDCP: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Humanos (CADH). Del mismo modo se funda en los artículos 2²⁵ y 6²⁶ del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y en los artículos 3²⁷ y 6²⁸ del Pacto de San Salvador, que en su conjunto consagran el derecho a trabajar para todas las personas sin distinciones de sexo. De forma más concreta, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), expedida en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU y aprobada por la Ley 51 (1981) en su artículo 11 dispone 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”.

Estos instrumentos internacionales protegen no sólo la remuneración laboral de la mujer embarazada sino que además, como lo dice claramente el texto, busca asegurarle su derecho

²³ Artículo 1 de la CADH: “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

²⁴ Artículo 24 de la CADH: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

²⁵ Artículo 2 del PIDESC: “(...) 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

²⁶ Artículo 6 del PIDESC: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

²⁷ Artículo 3 del Pacto de San Salvador: “Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

²⁸ Artículo 6 del Pacto de San Salvador: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo”.

efectivo a trabajar, lo cual concuerda con el primer ordinal de ese mismo artículo que consagra que “el derecho al trabajo” es un “derecho inalienable de todo ser humano”.

La Organización Internacional del Trabajo –OIT– ha desarrollado en su Constitución misma y en diferentes Convenios un deber fundamental a cargo de los Estados que consiste en promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el mundo laboral²⁹.

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 (1931) señaló en su artículo 3°:

En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;
- b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;

²⁹ Así lo establece la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo aprobada en 1919.

c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y las del hijo en buenas condiciones de higiene: dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona.

Esto concuerda con la Recomendación No. 95 de la OIT (1952), sobre protección de la maternidad, la cual constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance constitucional de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada. Según el artículo 4º de ese documento internacional, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto, implica que se debe no sólo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras “durante la ausencia legal, antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”.

Igualmente el Convenio 111 de la OIT (1958) sobre la discriminación en el trabajo, prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación por razones de “sexo” (artículo 1.1) y establece que los Estados tendrán la obligación de “promover la igualdad de oportunidades y de trato” en el entorno laboral (artículo 2). También el Convenio 100 de la OIT de 1951 sobre igualdad de remuneración, establece que se deberá garantizar la aplicación a todos los trabajadores del sin distinguir su género” (artículo 2).

En el mismo sentido, el Convenio 156 de la OIT (1981) sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, señala que deberá permitirse que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo “ejercen su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales” (artículo 3).

Finalmente, el Convenio 183 de la OIT (1952) relativo a la protección de la maternidad, estableció que los Estados:

Deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.

Este Convenio también desarrolla el derecho que tiene toda mujer “a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas” (artículo 4.1) y la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que “la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo” (artículo 9).

En Sentencia SU-070 (2013), la Corte concluye, que las disposiciones constitucionales y las normas internacionales establecen una garantía reforzada a la estabilidad en el trabajo de las

mujeres que se encuentran en el periodo de embarazo y lactancia. En este sentido, la Corte ha indicado que

En desarrollo del principio de igualdad y en aras de garantizar el derecho al trabajo de la mujer embarazada (...) tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. (Sentencia T-005, 2009).

Como expresiones al fuero de maternidad, se desprenden amparos específicos: el descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada.

4.2 Evolución progresiva de los amparos específicos del fuero de maternidad

4.2.1 Descanso remunerado antes y después del parto. El numeral 7 del artículo 1 de la Ley 1468 (2011), establece la forma como debe disfrutarse la licencia de maternidad, en los siguientes términos:

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho, de la siguiente manera:

- a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el posparto inmediato.
- b) Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

b) Licencia de maternidad postparto.

La licencia de maternidad se encuentra, en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo (1950), modificado por la Ley 1822 (2017), y consiste en el derecho que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

La norma derogó el artículo 1 de la Ley 1468 (2011), que contemplaba una licencia equivalente a 14 semanas de descanso remunerado.

El anterior texto normativo, esto es el contenido en el artículo 34 de la Ley 50 (1990), Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

El precedente normativo, decía:

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto podrá reducir a once (11) semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio.

En relación con ésta prestación, nuestra Legislación ha desarrollado de forma progresiva ésta obligación, en cumplimiento de los estándares internacionales establecidos por recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, y la Organización Mundial de la Salud, OMS.

4.2.2 Licencia remunerada para la lactancia del recién nacido. De acuerdo con el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo (1950), el empleador está en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos de 30 minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno del salario por dicho concepto durante los primeros seis (6) meses de edad. El empleador está en la obligación de conceder más descansos si la trabajadora presentare certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos.

4.2.3 Estabilidad Laboral reforzada. La Ley 1822 (2017), artículo 2 modificó el artículo 239 del CST (1950) con el siguiente contenido:

1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.

2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.
3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.
4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.

El Texto inicial del artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo (1950) enseñaba:

Prohibición de Despedir. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

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

3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de

trabajo, y además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado.

Con posterioridad éste texto fue Modificado por la Ley 50 (1990) que en su Artículo 35, consagró:

Prohibición de despedir.

1o) Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2o) Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro el período de embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

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

Con la modificación incorporada por la ley 50 (1990), la mujer trabajadora en estado de embarazo, además de los derechos consagradas en la norma anterior, al ser despedida en ese estado o tres meses después se tendría derecho no a 8 semanas sino a 12 semanas.

Con el fin de asegurar la eficacia de dicha prohibición, el artículo 240 prescribió que, para que el empleador pueda proceder a despedir a la mujer embarazada o lactante, debe solicitar

previamente una autorización ante el Inspector del Trabajo o el Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Esta autoridad sólo podrá otorgar el permiso si verifica la existencia de alguna de las justas causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, de esa forma se descarta la posibilidad de que la razón del despido sea el embarazo o la lactancia, es decir, se excluye la existencia de una discriminación.

Los anteriores preceptos fueron objeto de examen de constitucionalidad mediante la Sentencia C-470 (1997).

Al respecto concluyó, que los mecanismos indemnizatorios previstos en el ordinal tercero del artículo 239 del CST (1950), eran insuficientes para amparar el derecho constitucional que tiene toda mujer embarazada a una estabilidad laboral reforzada, y que por lo tanto debía proferirse una sentencia integradora para adecuar las disposiciones acusadas a los requerimientos de los preceptos constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos relevantes.

Sostuvo la Corte la siguiente tesis:

Por todo lo anterior, debe entenderse que los mandatos constitucionales sobre el derecho de las mujeres embarazadas a una estabilidad reforzada se proyectan sobre las normas legales preconstituyentes y obligan a una nueva comprensión del sentido de la indemnización en caso de despido sin autorización previa. Así, la única interpretación conforme con la actual Constitución es aquella que considera que la indemnización prevista por la norma impugnada no confiere eficacia al despido efectuado sin la

correspondiente autorización previa, sino que es una sanción suplementaria debido al incumplimiento patronal de la prohibición de despedir a una mujer por razones de maternidad.

Finalmente el artículo 2º de la Ley 1468 (2011) modificó el artículo 239 del CST (1950), la nueva redacción del texto legal es del siguiente tenor:

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.
2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.
3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.
4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.

Como se deriva de la anterior exposición, desde la perspectiva legal, la protección de la mujer embarazada y de la maternidad en el ámbito laboral está circunscrita a la figura del fuero de maternidad, de modo tal que se excluye de protección a las trabajadoras que laboran de manera independiente –contrato de prestación de servicios o mediante cooperativas de trabajo asociado–.

Así mismo, desde esta óptica, la protección aparece limitada a los casos de despido injusto dentro de un contrato laboral, lo cual descartaría cuando se ha terminado un contrato a término fijo, o por la terminación de la obra o labor, contratos por obra o labor contratada, en cuyas vinculación no se presente un despido.

En relación con la estabilidad laboral reforzada, de acuerdo a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, se ha mantenido la protección a través del tiempo. Lo anterior se afirma porque de la revisión de los pronunciamientos jurisprudenciales desde 1998 (CSJSL, 10993) a la fecha (CSJSL, 46731.) la protección en el empleo de la trabajadora embarazada, consagrada en el artículo 239 del CST (1950), es posible únicamente cuando la trabajadora le ha dado a conocer su estado de gravidez al empleador o el estado es un hecho notorio.

Si la protección legal consiste en la presunción de despido por motivo de embarazo, es lógico que no puede predicarse tal propósito de quien termina el nexo jurídico con ignorancia del embarazo.

Además de lo anterior con independencia del conocimiento del empleador, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia reconoce los descansos remunerados por maternidad y lactancia, y en general de las prestaciones económicas y asistenciales consagrados en el régimen pertinente.

Por su parte la Sala Laboral, ha intentado armonizar la protección laboral reforzada de la mujer embarazada, con el término de duración de los contratos a término fijo. En Sentencia SL-3535 (2015) planteó una tesis intermedia y expuso:

Como conclusión, la Corte precisa su jurisprudencia en cuanto a que, en el ámbito de los contratos de trabajo a término fijo, la finalización del vínculo por la expiración del plazo fijo pactado debe postergarse mientras dure el embarazo de la trabajadora y por el término de la licencia de maternidad posparto. Culminado ese lapso, si la intención no es la de prorrogarla, la vinculación debe fenecer sin formalidades adicionales.

Asimismo, si el empleador hace efectiva la desvinculación durante el referido lapso, sin tener en cuenta el tiempo de protección a la maternidad, debe entenderse que el contrato de trabajo permaneció vigente por lo menos mientras perduró el estado de embarazo y por el término de la licencia de maternidad, de manera que procede el pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir durante el referido lapso.

Es así como la Corte Suprema de Justicia, siguiendo las subreglas de la Corte Constitucional, expuestas en sentencia SU-070 (2013), intenta proteger a la mujer en estado de embarazo en los casos de terminación del contrato por culminar el plazo fijo pactado.

Como se anunció en el párrafo anterior, la Corte Constitucional, ha sido más amplia en el alcance de la protección, según la modalidad de relación laboral o de contratación desarrollada por la mujer gestante, así como del conocimiento del empleador o contratista sobre el estado de embarazo. Se resalta que en el tema de protección a la maternidad, la Corte Constitucional difiere de la tesis de la Corte Suprema de Justicia en que el no conocimiento por parte del empleador no determina la protección o no de la mujer en embarazada, sino el grado de protección que se le va a brindar; Además que el conocimiento del empleador, para la Corte Constitucional no exige mayores formalidades, este puede darse por medio de la notificación directa, o porque configure un hecho notorio o por la noticia de un tercero³⁰ en su lugar la Corte Suprema de justicia exige que preferentemente la información la suministre la propia trabajadora.

La sentencia Hito en el tema, es la sentencia SU-070 (2013), según la cual procede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional:

1. La exigencia de una relación laboral o de prestación
2. 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 de prestación.

³⁰ Ver sentencias T-589 de 2006, T-362 de 1999, T-778 de 2000 y T-1084 de 2002.

3. El alcance de la protección se determinará según la modalidad del contrato y según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación.

Siguiendo lo anterior, la Corte Constitucional ha entendido que algunas de las circunstancias en las cuales se entiende que el empleador tenía conocimiento del estado de embarazo de una trabajadora, aun cuando no se le hubiese notificado directamente, son:

- Cuando se trata de un hecho notorio³¹: ha planteado los siguientes casos a manera de

Ejemplo:

- Cuando el embarazo se encuentra en un estado que permite que sea inferido: La jurisprudencia constitucional ha entendido que cuando una mujer se encuentra en su quinto mes de embarazo³², sus cambios físicos le permiten al empleador inferir su estado.³³
- Cuando se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo³⁴.
- Cuando el embarazo es de conocimiento público por parte de los compañeros de trabajo: La Corte Constitucional ha entendido que, cuando el embarazo de la trabajadora es de conocimiento público por parte de sus compañeros, es posible asumir que el embarazo es un hecho notorio en sí mismo o que, por conducto de un tercero pudo enterarse el empleador³⁵.

³¹ Ver sentencias T-1062 de 2004 y T-793 de 2005.

³² Ver sentencia T-145 de 2007.

³³ Ver sentencia T 589 de 2006, T – 354 de 2007.

³⁴ Ver sentencias T-589 de 2006 y T-487 de 2006.

³⁵ Ver sentencia T-145 de 2007.

- Finalmente, la Corte ha establecido que se puede concluir que el empleador tenía conocimiento del embarazo, cuando las circunstancias que rodearon el despido y las conductas asumidas por el empleador permiten deducirlo³⁶.

La Corte Constitucional en reciente sentencia³⁷ decidió aplicar las reglas expuestas en sentencia SU-070 (2013), al considerar que la trabajadora fue despedida sin justa causa, con ocasión de la terminación unilateral del contrato a término indefinido, sin conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora por parte de su empleador.

Como quedó anotado, para dar aplicación del derecho a la protección laboral reforzada de la mujer gestante o lactante, en el fallo SU-070 (2013) la Corte puntualizó los presupuestos que dan lugar a la aplicación del fuero de maternidad, a saber:

- (i) La existencia de una relación laboral o de prestación de servicios, esta última cuando se esté frente a un contrato realidad. De acuerdo con la copia del contrato a término indefinido allegado por la accionante, se constata que entre ella y la empresa Helicol S.A.S., existió una relación laboral desde el 15 de mayo de 2006 hasta el 23 de febrero de 2015, la cual fue terminada de manera unilateral por el empleador argumentando despido sin justa causa.
- (ii) 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 de la prestación de servicios. De la

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Ver sentencia T – 92 de 2016

valoración conjunta del contrato a término indefinido, que estuvo vigente hasta el 23 de febrero de 2015; el oficio del 9 de marzo de 2015, recibido el 11 del mismo mes y año, mediante el cual la actora informó a Helicol S.A.S que tenía un embarazo de cuatro (4) semanas y seis (6) días; y los resultados de las pruebas de embarazo que demuestran la veracidad de la información suministrada por la accionante al empleador en el oficio referido, se tiene que efectivamente la señora Alvarado Flórez estaba embarazada al momento de la terminación del contrato, pues fue desvinculada, aproximadamente, al cabo de tres (3) semanas de gestación.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional concluye que la accionante tiene derecho a la protección de la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante o en periodo de lactancia. Por lo tanto, a continuación procedió a aplicar la regla jurisprudencial en cuanto a las medidas de protección establecidas para los contratos a término indefinido.

En consecuencia, Sala de Revisión, dictó las siguientes medidas de protección:

- Primero, ordenó el reconocimiento de la licencia de maternidad, como medida sustituta al pago de las cotizaciones;
- Segundo, ordenó que proceda a reintegrar, a la demandante, si ella está de acuerdo, a un cargo igual o superior al que venía desempeñando cuando se le despidió, acorde con su estado de salud actual.

Lo anterior, en razón a que puede colegirse que las causas del contrato laboral no han desaparecido. También el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde la fecha de la terminación del contrato hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro.

Para lo anterior, respecto de la indemnización recibida por la actora en razón a la terminación sin justa causa del contrato de trabajo, la Sala dispuso que el empleador podía hacer las compensaciones o cruces de cuentas con las sumas que pagó por este concepto. Además, no procederá ordenar la indemnización prevista en el artículo 239 del CST (1950), porque no se encontró demostrado el cumplimiento del requisito del conocimiento del estado de embarazo.

La Corte Constitucional, además de aminorar el formalismo, en la forma como debe de entenderse el conocimiento al empleador, la sentencia también en pro del alcance de la protección, determinó en función de la categoría de la relación unas opciones, como a continuación se explica:

La primera de estas premisas consiste en asumir que las modalidades de contratación por medio de 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 la segunda establece que cuando en algunos contratos con fecha o condición específica de terminación (por ejemplo los laborales a término fijo o los de obra o los de prestación de servicios), 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 embarazo y es posible presumir que la falta de renovación del contrato se dio por razón del embarazo.

Lo anterior ha permitido que la Corte adopte medidas de protección de la alternativa laboral de las mujeres gestantes, las cuales giran en torno a dos alternativas genéricas. La primera, que se reconozcan las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad; y la segunda, se ordene el 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.

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado entonces líneas jurisprudenciales cuyo fin ha sido asimilar las distintas alternativas laborales de las mujeres embarazadas a la categoría de relación laboral sin causales específicas de terminación, con el fin de extender su protección y cumplir con el carácter reforzado de la misma, ordenado por la Constitución.

4.2.4 Alcance de la protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo. A continuación se listarán las reglas jurisprudenciales resultantes del análisis precedente:

1. Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de una mujer embarazada, desarrollada mediante

Contrato a Término Indefinido.

1.1. Cuando el empleador **conoce** en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la empleada y la despide **sin la previa calificación de la justa causa** por parte del

inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST (1950) y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.¹

1.2 Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la empleada: en este evento surgen a la vez dos situaciones:

1.2.1 Cuando el empleador adujo justa causa (y **NO** conoce el estado de gestación de la empleada): En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa (si se presenta) se debe ventilar ante el juez ordinario laboral. El fundamento de esta protección es el principio de solidaridad y la consecuente protección objetiva constitucional de las mujeres embarazadas.

1.2.2 Cuando el empleador **NO** adujo justa causa (y **NO** conoce el estado de gestación de la empleada): En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y el reintegro sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Bajo esta hipótesis, se ordenará el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, los cuales serán compensados con las indemnizaciones recibidas por concepto de despido sin justa causa.

2. Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de una mujer embarazada, desarrollada mediante **Contrato a Término Fijo**.

2.1 Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones:

2.1.1 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST (1950) y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.

2.1.2 Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado: En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de

tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C.S.T. (1950)

2.2 Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas:

2.2.1 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, sin alegar justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Adicionalmente se puede ordenar por el juez de tutela que se paguen las indemnizaciones por despido sin justa causa.

2.2.2 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato pero alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa casusa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

2.2.3 Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando esto como una justa causa: En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de

tutela. En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado.

3. Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de una mujer embarazada, desarrollada mediante

Contrato de Obra.

3.1 Cuando el empleador **conoce** en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones:

3.1.1 Si la desvincula antes del vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST (1950) y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.

3.1.2 Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa la terminación de la obra o labor contratada: En este caso el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo

determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.

3.2 Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas:

3.2.1 Si la desvincula antes del cumplimiento de la obra, sin alegar justa causa En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela.

3.2.2 Si la desvincula antes del cumplimiento de la obra pero alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

3.2.3 Si la desvincula una vez cumplida la obra, alegando esto como una justa causa: En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela.

4. En relación con las cooperativas de trabajo asociado, cuando se presenten estos supuestos fácticos en el caso de las mujeres embarazadas o lactantes, el juez de tutela deberá proteger los derechos fundamentales de la trabajadora encubierta tras la calidad de asociada, y aplicar las garantías constitucionales de las que se deriva su protección reforzada.

Por todo lo anterior es que la Corte Constitucional considera que en los casos donde la trabajadora haya estado asociada a una cooperativa a través de la cual desempeñaba sus labores, lo primero que deberá probarse, por parte del juez constitucional, es si en su caso se configuran los supuestos de una verdadera relación laboral. Una vez verificada la existencia de un contrato realidad, y atendiendo al objeto mismo de esta forma de asociación previsto en el artículo 13 de la Ley 1233 (2008), el Alto Tribunal considera que deberán aplicarse las reglas propuestas en esta sentencia para los contratos a término indefinido, a término fijo o por obra o labor contratada, dependiendo de la naturaleza de la actividad realizada por la trabajadora. En todos los casos donde se logre demostrar la existencia de un contrato realidad, la cooperativa y la empresa donde se encuentra realizando labores la mujer embarazada, serán solidariamente responsables.

5. Las empresas de servicios temporales- La Corte Constitucional considera que, atendiendo a la modalidad contractual empleada por EST para vincular a sus trabajadoras y con ocasión a los

casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con una EST (artículo 6 (Decreto 4369, 2006)), para estos casos de no renovación del contrato de una mujer embarazada o lactante que se encontraba prestando sus servicios a una usuaria, deberán aplicarse las reglas propuestas para los contratos a término fijo o para los contratos por obra o labor, dependiendo de la modalidad contractual empleada por la EST.

Tanto en los supuestos de cooperativas de trabajo asociado, como en los de empresas de servicios temporales, se entenderá que hubo conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador cuando al menos conociera de éste (i) la cooperativa de trabajo asociado, (ii) la empresa de servicios temporales, o (iii) el tercero o empresa usuaria con el cual contrataron. Igualmente, deberá preverse que el reintegro procederá ante el tercero contratante o la empresa usuaria, y que en todo caso el lugar de reintegro podrá cambiar y ordenarse según el caso a la empresa usuaria o la cooperativa o EST, de resultar imposibilitada una u otra para garantizarlo.

6. En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral, en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela.

Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Corte Constitucional, ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. (Sentencia SU-070, 2013)

7. Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtir el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.

8. Cuando se trata de cargos de libre nombramiento y remoción hay que distinguir dos hipótesis: (i) si el empleador tuvo conocimiento antes de la declaratoria de insubsistencia habría lugar al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, (ii) si el empleador

no tuvo conocimiento, se aplicará la protección consistente en el pago de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

9. Cuando se trata del cargo de una trabajadora de carrera administrativa que es suprimido por cuenta de la liquidación de una entidad pública o por necesidades del servicio, se configuran las siguientes hipótesis: (i) en el caso de la liquidación de una entidad pública, si se crea con posterioridad una entidad destinada a desarrollar los mismos fines que la entidad liquidada, o se establece una planta de personal transitoria, producto de la liquidación, habría lugar al reintegro en un cargo igual o equivalente y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; (ii) si no se crea una entidad con mismos fines o una planta de personal transitoria, o si el cargo se suprimió por necesidades del servicio, se deberá ordenar el pago de los salarios y prestaciones hasta que se configure el derecho a la licencia de maternidad.

Las distintas medidas de protección acordadas en los anteriores supuestos (8, 9 y 10) encuentran sustento en el establecimiento del sistema constitucional de provisión de cargos mediante concurso de méritos, que justifica que “los servidores públicos que se encuentren inscritos en la carrera administrativa ostenten unos derechos subjetivos especiales que refuerzan el principio de estabilidad en el empleo”. Lo anterior por cuanto la jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la importancia del mérito y de los concursos como ingredientes principales del Régimen de Carrera Administrativa: sistema de promoción de personal característico de un Estado Social de Derecho.

5. Protección Laboral a la mujer trabajadora con hijo enfermo. Línea Jurisprudencial.

Para la Jurisprudencia Colombiana, la mujer trabajadora con menor hijo enfermo, ha sido analizada, desde tres aspectos:

1. En relación con el Derecho a la Estabilidad Laboral Reforzada
2. En relación el Derecho a ser trasladada de un lugar a otro de trabajo.
3. En relación con la pensión de vejez anticipada.

5.1. En relación con el Derecho a la Estabilidad Laboral Reforzada.

Respecto del primer ítem, se logró identificar tres pronunciamientos, todos ellos de la Corte Constitucional:

Es importante advertir, que el mayor número de pronunciamientos sobre la Estabilidad Laboral hace referencia a la protección a la mujer embarazada o en período en lactancia, cuyo pronunciamiento más reciente es la Sentencia T – 583 de 2017, tema que no se desarrollará en éste trabajo.

En este escrito se estudia la Estabilidad Laboral Reforzada de la Mujer Trabajadora con una connotación especial y es la de ser madre de un hijo enfermo. Como punto Arquimédico se expone la sentencia T – 345 de 2015, en ella se analiza si la demandante madre de un menor en

situación de discapacidad y cabeza de familia, se les vulneran derechos fundamentales al desvinculársele de la entidad para la cual se encontraba vinculada por medio de un contrato de prestación de servicios.

La demandante invocaba que le concedieran un trato especial en razón a la condición de salud de su menor hijo que padece de *Síndrome del Espectro Autista, Parálisis Cerebral y Trastorno del Sueño*, a quien se le calificó con una pérdida de capacidad laboral del 90.50%, además expuso que los honorarios que recibía por el trabajo que realizaba para la demandada, era su único sustento.

Colpensiones entidad demandada en el asunto en estudio, se opuso a las pretensiones de la demanda al estimar que la demandante no reunía los requisitos para ser considerada madre cabeza de familia, además que el fuero de estabilidad laboral reforzada era improcedente respecto de los contratos de prestación de servicios.

La Corte Constitucional en ésta providencia, resuelve el siguiente problema jurídico:

La accionada Colpensiones, desconoció los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, a la estabilidad laboral reforzada, a la familia, a la igualdad, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital, a recibir una protección especial por ser madre cabeza de familia de una persona en situación de discapacidad, aduciendo únicamente como fundamento de su actuación que la accionante se encontraba vinculada por medio de un contrato de prestación de servicios a término definido, esto sin perjuicio de que, conforme a la ley el vínculo que existía era un contrato realidad?.

Luego de encontrar probado los elementos del contrato realidad y reunidos los requisitos para la consideración de la calidad de madre cabeza de familia, la Corte, plantea la siguiente tesis:

Se debió respetar la estabilidad reforzada de la señora Rivero Rasgo, por cuanto: (i) se trata de una madre cabeza de hogar, que depende del salario recibido como contraprestación de su trabajo para subsistir y, (ii) tiene a su cargo a su hijo en situación de discapacidad, quien requiere de cuidados constantes y tiene hospitalización domiciliaria, la cual en realidad se encontraba ejecutando un contrato laboral y no uno de prestación de servicios y fue despedida sin justa causa.

Por último vale la pena resaltar que además de lo anterior, Colpensiones no probó que la causa por la cual se dio por terminado el contrato de la accionante hubiera obedecido a razones objetivas, diferentes al simple cumplimiento del plazo pactado, por lo cual, opera la presunción según la cual, en casos como el presente, si el empleador no demuestra la causa objetiva de la terminación de contrato, se entiende que la decisión fue tomada meramente debido a la situación especial, en este caso, ser madre cabeza de hogar de hijo en situación de discapacidad, situación que a todas luces era de conocimiento de la entidad.

En ésta sentencia, se reitera la jurisprudencia que sobre la estabilidad laboral reforzada de las madres cabeza de hogar se tiene y en ella se citan las sentencias: T-SU 388 (2005), T-926 (2009) y T- 162(2010).

Analizados los supuestos fácticos de las providencias que acabaron de enunciarse en ellos NO se analiza la especial condición de la madre a cargo de un hijo enfermo, en éstas sentencias se estudian los requisitos constitucionales para ser considerada la mujer como cabeza de hogar y de contera ser beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada.

Son requisitos jurisprudenciales SU-388 (2005) para que se considere una mujer cabeza de familia, los siguientes:

- (i) Que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar
- (ii) Que esa responsabilidad sea de carácter permanente
- (iii) No sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre;
- (iv) O bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte;
- (v) Por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Retomándose el tema de la protección laboral reforzada de una mujer cabeza de hogar, específicamente cuando tiene un hijo enfermo, la Corte en Sentencia T. 1101 (2003) volvió a tener la oportunidad de analizar la violación de derechos fundamentales que invocaba una mujer que invocó la condición de cabeza de hogar, además de tener una hija menor que padece varias

enfermedades: (i) síndrome de Turner, 45X0 congénito, con mosomía para el cromosoma x, (ii) hipotrofia uterino (iii) hipeteroidismo. En esta oportunidad la demandante, pese a encontrarse en carrera administrativa, la empleadora reestructuró la planta de personal y le comunicó a la trabajadora haber sido desvinculada.

La Corte Constitucional, analizó si con ocasión de la desvinculación de la demandante, se vulneró los derechos fundamentales de la madre cabeza de hogar y su hijo enfermo; y luego de considerar sobre la protección laboral reforzada de las madres cabeza de hogar y la preferencia constitucional de los menores de edad, máxime si éste se encuentra en discapacitado, sustuvo la siguiente tesis:

Dada la situación especial en que se encuentra la señora Maribel Oñate de Daza, la entidad demandada, a saber, el Hospital Regional San Rafael de San Juan de Cesar, ha debido incluir el nombre de la trabajadora dentro de las once auxiliares de enfermería que permanecieron en la institución a raíz de la reestructuración. Al desvincularla, dicha institución violó los derechos fundamentales de la peticionaria y de su menor hija e inválida, a saber:

a. Los derechos del niño a la vida, a la salud, a la seguridad social, en cuanto al dejar de ser beneficiario de su madre, queda desprotegido del sistema de seguridad social en salud, en el régimen del POS, ya que no se trata de una familia dentro de los estratos 2 o 1 que darían lugar al SISBEN; y, además, se rompió la continuidad en la prestación del servicio médico asistencial a un niño que requiere urgentemente de tratamiento médico;

- b. El derecho a la igualdad, por cuanto otras enfermeras auxiliares en el hospital de San Juan del Cesar no fueron desvinculadas, mientras que la señora Oñate de Daza si fue retirada del servicio, no obstante estar protegida por su situación especial de madre cabeza de familia y de sostener una menor hija minusválida;
- c. El derecho al trabajo por cuanto al perder su estabilidad laboral, estando protegida de manera especial, en su condición de madre cabeza de familia, de trabajadora en carrera administrativa y de madre que sostiene a su menor hija inválida, se le violaron derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la dignidad.
- d. Y, especialmente, porque en el presente caso concreto la tutela se concede para proteger a la familia de la señora Maribel Oñate de Daza y a su hija menor enferma: Liyanet Daza Oñate; como se dejó explicado en los considerados del presente fallo.

En ésta sentencia se cita como precedente la sentencia T-800 (1998), la cual tendría la condición de Sentencia Fundacional en la línea que se está presentando, en éste caso se protegió a una auxiliar de enfermería despedida de un Hospital, la cual sostenía con su única fuente de ingresos derivada de su salario a su hijo enfermo de bronconeumonía y a su madre.

La Corte consideró que los derechos fundamentales de la tutelante y los de su hijo, merecían ser protegidos de manera provisional a fin de precaver los perjuicios irremediables que podrían derivarse de la decisión emitida por el Director del Hospital, y al efecto sustuvo la siguiente tesis:

Los hechos que arriba se mencionan permiten vislumbrar que la pérdida del trabajo por parte de la demandante y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo. En estas condiciones la acción de tutela se erige como el mecanismo provisional idóneo para preservar, por un lado, el derecho al trabajo de la tutelante, y por el otro, el derecho a la salud y a la vida de su hijo, en virtud de la protección especial que la Carta Política reserva para los niños (art. 44), para las madres cabeza de familia (art. 43) y para aquellos individuos que por razones económicas, entre otras, se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (art. 13).

A continuación se expone la gráfica con la cual se representa la línea jurisprudencial, que acabó de explicarse:

¿Se vulneran los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, a la estabilidad laboral reforzada, a la familia, a la igualdad, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital, a recibir una protección especial por ser madre cabeza de familia de una persona en situación de discapacidad cuando se ha desvinculado sin justa causa y éste es su única fuente de ingresos?

Tabla 1.

Línea Jurisprudencial

SI	NO
T – 345 (2015) X	
T – 1103 (2003) X	
T – 800 (1998) X	

Tabla 2.

Nicho Citacional

T- 345 (2015)		T- 1103 (2003)		T- 800 (1998)	
T – SU 388 (2005)		T- 800 (1998)			
T- 926 (2009)					
T- 162 (2010)					
SU 388(2005)		T- 926 (2009)		T- 162 (2010)	
T- 1103 (2003)		T- 800 (1998)			
C- 184 (2003)		T- 522 (2006)		C- 371 (2000)	
T-494 (1992)		C- 184 (2003)		T- 770 (2002)	
T-512 (2001)		C- 964 (2003)		T- 753 (2003)	
T- 734 (2000)		C- 371 (2004)		T- 592 (2003)	
T-1039 (2003)		C-1121-(2000)		T- 577 (2003)	
T-792 (2004)		C-371 (2000)		T- 499 (2003)	
T- 964 (2004)		T- 500 (2002)		T- 117 (2003)	
T- 876 (2004)		C- 044 (2004)		T- 1183 (2005)	
T- 925 (2004)		C- 174 (2004)		T- 834 (2005)	
T- 1169 (2004)		SU- 388 (2005)		T- 768 (2005)	
T- 500 (2002)		T- 792 (2004)			
T- 783 (2003)		T- 061 (2006)			

5.2. En relación con el Derecho a ser trasladado de un lugar de trabajo a otro.

De otra parte, la condición de madre cabeza de hogar con la especial connotación de tener un hijo enfermo, también ha sido relevante para determinar si la negativa a conceder un traslado a una mujer trabajadora conlleva a la violación de sus derechos fundamentales, cuando es necesario para recibir o continuar con el tratamiento que el menor requiere.

Como punto arquimédico se exalta la Sentencia T – 079 (2017), en ésta oportunidad una docente instaura acción de tutela contra la Secretaría de Educación de Barranquilla, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales, en razón a que la demandada se niega a conceder un traslado a una institución educativa cercana a su residencia, solicitud que elevó en razón de su estado de salud y al de su hijo discapacitado que requiere de cuidados especiales y de atención permanente.

La Corte Constitucional, propuso la siguiente tesis:

En ese orden de ideas, la posibilidad de modificar las condiciones del trabajador que tiene el empleador, aparte de garantizar la correcta prestación del servicio, entre muchos otros factores, debe ser aplicada de igual manera para garantizar los derechos fundamentales tanto de quien solicita el traslado como de su entorno familiar, conforme a lo dispuesto en la Constitución

Como pronunciamiento anterior de ésta providencia, se cita la sentencia T - 664 (2011) en la cual se plantea la siguiente tesis:

La accionante solicitaba traslado del Municipio del Guamo a Ibagué, en el Departamento del Tolima, motivada en las complejas condiciones salud en las que se encontraban su madre y su hija menor de edad.

A fin de resolver el asunto, esta Corte, si bien encontró debidamente probada la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante y de sus familiares, estimó que ante la dificultad de hacer efectivo el traslado de manera inmediata, este debía ejecutarse en un plazo no mayor a 6 meses a partir de la notificación de la precitada providencia.

En esta misma dirección, la sentencia T – 319 de 2016, supeditó el traslado de una docente a la ciudad de Sincelejo – Sucre, a la disponibilidad de una vacante temporal o definitiva. Lo anterior con el fin de preservar las condiciones de salud de sus dos hijos, quienes por la ausencia de su madre presentaban problemas psicológicos.

En el mismo sentido se encuentran las providencias T -486 (2004) y T – 447 (1994).

Con fundamento en lo anterior se procede a graficar la línea jurisprudencial correspondiente:

¿Se vulneran los derechos fundamentales al interés superior, el derecho a la salud, al cuidado y amor y a la unidad familiar de la menor representada por su progenitora una mujer trabajadora y de su menor hijo enfermo cuando se niega el empleador a concederle el traslado al lugar dónde se le facilite el tratamiento médico de su hijo enfermo?

Tabla 3.

Línea Jurisprudencial.

SI	NO
T – 079 (2017) T- 664 (2011) T – 319 (2016) T- 213 (2015) T – 486 (2004) T - 447 (1994)	

Tabla 4.

Nicho Citacional

T-079 (2017)	T-664(2011)	T-319(2016)	T-213(2015)	T-486(2004)	T-447(1994)
T-664(2011)	T -326(2010)		T-468(2002)	T-447(1994)	
T-319(2016)	T-815(2013)		T-346(2002)		
T-213(2015)	T-825(2003)		T-077(2001)		
	T-909(2004)		T-1498(2000)		
	T-202(2008)		T-965(2000)		
			T-355(2000)		
			T-503(1999)		
			T-288(1998)		
			T-215(1996)		
			T-355(2000)		
			T-486(2004)		
			T-447(1994)		

De acuerdo a lo anterior, puede concluirse que bastamente la jurisprudencia se ha ocupado de estudiar y reiterar su criterio, sobre el fuero de estabilidad laboral reforzada de una mujer cabeza de hogar e incluso de garantizar el derecho a ser trasladada del lugar de trabajo, cuando reúne la condición de mujer cabeza de hogar; de esa universalidad, son pocas las veces que se ha ocupado la Judicatura de analizar una especial condición y es precisamente cuando la mujer trabajadora sufre con la enfermedad de su hijo y debe encargarse de sus cuidados y atenciones.

De los casos analizados, puede inferirse que se ha mantenido el criterio de la Corte Constitucional, según el cual debe ampararse a la mujer trabajadora cabeza de hogar y con un hijo enfermo, cuando ésta invoca el fuero de estabilidad laboral reforzada o pretende sea trasladada de un lugar a otro de trabajo, para facilitar la atención médica del menor y precisamente éste capítulo reflejó la postura actual de la Corte Constitucional.

5.3 En relación con la pensión de vejez anticipada.

El (artículo 33) ley 100 (1993)), previó una clase de pensión especial de madre o padre trabajadores cuyo hijo padezca una discapacidad física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúo como dependiente de la madre o padre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. (Parágrafo 4 inciso 2)

Sobre la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad, la Corte Constitucional ha realizado varios pronunciamientos para llegar a la norma como en este momento es aplicada.

Inicialmente el (artículo 33) de la (Ley 100 de 1993) estaba planteado de la siguiente manera:

La madre trabajadora cuyo hijo menor de 18 años padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor en situación de discapacidad, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo

Con posterioridad la Corte Constitucional en sentencia C-227 (2004), declaró (i) condicionalmente exequible el inciso en cita, en el entendido de que la dependencia del hijo con respecto a la madre es de carácter económico y; (ii) inexequible el aparte tachado. Posteriormente, en sentencia C-989 (2006), los apartes subrayados fueron declarados condicionalmente exequibles por el cargo analizado, en el entendido que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él.

Finalmente, en la sentencia C-758 (2014), ante una demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano contra la expresión siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, contenida en el (parágrafo 4° del artículo 9) (Ley 797 de 2003)), la exequibilidad condicionada de la misma, bajo el entendido de que el beneficio pensional previsto en dicho artículo, debe ser garantizado tanto a los padres y las madres afiliados al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, como a los padres y las madres afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Son requisitos sobre la pensión especial de vejez en situación de discapacidad, los siguientes:

- (i) La discapacidad física o mental que afecte al hijo debe ser de tal entidad que le impida valerse por sí mismo, es decir que no le permita subsistir dignamente en forma autónoma.
- (ii) La dependencia de la persona inválida con respecto a su madre o padre, debe ser de tipo económico, no siendo suficiente la sola necesidad efectiva o psicológica de contar con la presencia, cariño y acompañamiento de la madre o el padre.
- (iii) El beneficio económico no es susceptible de reclamación cuando el hijo dependiente padezca una discapacidad que le permita obtener los medios económicos requeridos para su subsistencia o cuando tenga bienes o rentas propios para mantenerse, y con el fin de conservar esta pretensión (i) el hijo afectado por la invalidez física o mental debe permanecer en esa condición y continuar dependiendo de su madre o padre y (ii) el padre o la madre de la persona inválida, debe abstenerse de reingresar a la fuerza laboral.

El Criterio de la Corte Constitucional, ha sido mantener la tesis de reconocer la pensión de vejez a cualquier edad a la madre o padre trabajador, responsable de un hijo discapacitado, siempre que se reúna el tiempo de cotización que exige la ley para la obtención de la pensión de vejez; la controversia ha sido marcada por la determinación del tiempo de cotización, por ello pese a la existencia de varios pronunciamientos, son pocos los que en ellos se reconoce al peticionario la pensión especial de vejez anticipada, por tener un hijo discapacitado.

Sobre el tema expuesto, el punto arquimédico se encontró en la sentencia T-657(2016) en la cual se citan las sentencias T-101 (2014) y T-176 (2010).

Tabla 5.

Nicho Citacional

T – 101 (2014)	T- 176 (2010)
C-227 (2004)	C-294 (2007)
T- 176(2010)	C-989 (2006)
C-986 (2006)	C-1024 (2004)
C-563 (2011)	C-227 (2004)
C-989 (2006)	C-073 (2004)

6. Propuesta Progresiva para la Mujer Trabajadora con Hijo Enfermo

El propósito final de éste escrito es proponer a la comunidad jurídica una expresión adicional del derecho a la protección laboral de la mujer, teniendo como pilar el principio de progresividad.

El punto de partida, es el principio de progresividad, según el cual se reconoce que para lograr la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales no pueden lograrse en un período corto de tiempo.

El punto final de la propuesta es lograr el cien por ciento de efectividad al derecho al trabajo a la protección de la mujer trabajadora que a su vez es madre y enfrenta una situación especial en razón a una condición de salud de su hijo menor de edad.

Ya se ha visto que en la actualidad el ordenamiento Jurídico Colombiano, como expresiones a la protección laboral de la mujer en estado de embarazo, contempla:

- Descanso remunerado antes y después del parto
- Licencia para lactancia recién nacido
- Estabilidad laboral reforzada

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que no existe para la ciencia jurídica Colombiana una garantía legal, para que la mujer trabajadora con posterioridad a su estado de embarazo, a la cual pueden presentársele un sin número de vicisitudes tanto en su salud como en la de su menor hijo.

Si bien el legislador ha previsto la figura de la "calamidad doméstica", dentro de las obligaciones especiales en cabeza del empleador, como aquellos eventos en los que el trabajador deba enfrentar situaciones de fuerza mayor que impidan o dificulten su presencia en el sitio de

trabajo, esta posibilidad no le permite a la mujer trabajadora que enfrenta la enfermedad de su hijo, legalmente ausentarse de su trabajo, por el tiempo que se requiera para asistir al menor y continuar devengando los recursos económicos requeridos para el sostenimiento suyo y de su núcleo familiar.

La licencia consagrada en el artículo 57 del C.S.T. (1950) está sujeta a un plazo razonable, lo cual exige la ponderación de distintas circunstancias para que el empleador analice y además esta posibilidad se encuentra sujeta a las condiciones establecidas en el reglamento interno de trabajo. En este sentido, el Artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo (1950) regula la calamidad doméstica en el numeral 6, el cual dispone:

Artículo 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL PATRONO. Son obligaciones especiales del patrono:

6) Conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio; para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación; en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada; para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización o para asistir al entierro de sus compañeros, siempre que avise con la debida oportunidad al patrono o su representante y que, en los dos (2) últimos casos, el número de los que se ausenten no sea tal que perjudique el funcionamiento de la empresa: En el reglamento de trabajo se señalarán las condiciones para las licencias antedichas. [Salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del empleador].

La parte encerrada entre corchetes fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-930 (2009) con la ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Así lo decidió la Corte Constitucional al declarar INEXEQUIBLE la expresión 'Salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del empleador', contenida en la parte final del numeral 6o del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo (1950) y EXEQUIBLE el resto del mismo numeral 6o, siempre que se entienda que las licencias laborales en caso de grava calamidad doméstica debidamente comprobada, para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, para desempeñar comisiones sindicales o para asistir al entierro de los compañeros, deben ser remuneradas y el trabajador no puede ser obligado a compensar el tiempo empleado en ellas".

Lo anterior, por cuanto la Corte consideró que la norma jurídica examinada, codificada en 1950, pero con antecedentes desde 1936, no respondía a los principios de solidaridad y dignidad que deben presidir las relaciones laborales en el Estado Social de Derecho, ni tenían en cuenta la interpretación del derecho de asociación sindical sugerida en la Recomendación No. 143 de la OIT (1971), "sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa", conforme a la cual el derecho de asociación sindical involucra la prerrogativa de "disfrutar, sin pérdida de salario" del tiempo para atender las comisiones sindicales.

En consecuencia, debe señalarse que en los casos taxativamente señalados en el Artículo 57, el empleador no podrá descontar del salario del trabajador o exigirle que compense, el tiempo destinado a los permisos; de donde se desprende entonces que los demás permisos que solicite el trabajador y que no estén referidos a los contemplados en el citado Artículo, deberán ser determinados en el Reglamento Interno de Trabajo, así como las condiciones en que se concederán y si serán descontables del salario del trabajador.

La propuesta que aquí se expone, no se descarta con la posibilidad que consagra el artículo 57 del C.S.T. (1950) inclusive reconociendo, que ésta licencia sea remunerada, por las siguientes razones:

1.- Aunque la posibilidad prevista en el C.S.T. (1950) tiene su fundamento en los principios de solidaridad y dignidad al trabajador, y la Corte Constitucional ha previsto que sea remunerada, ésta licencia puede disfrutarse en un plazo razonable, el cual será determinado por empleador mediante una ponderación de circunstancias, así lo estableció en sentencia:

Así las cosas, la Corte encuentra que los deberes constitucionales de solidaridad y respeto a la dignidad del trabajador exigen de parte del empleador un mínimo de consideración y apoyo en aquellas circunstancias que para aquel constituyen “grave calamidad doméstica debidamente comprobada”, como la grave situación de salud de un familiar cercano, la desaparición o secuestro del mismo, la importante afectación de la vivienda por fuerza mayor o caso fortuito, etc. Por lo anterior, estima que durante un lapso razonable, estos eventos deben dar lugar a licencia obligatoria remunerada, de manera que el trabajador

pueda superar la situación sin ver afectado su derecho fundamental e irrenunciable a percibir el salario, o ser afectado en su derecho al descanso, justamente cuando más necesidad tiene de lo uno y de lo otro. En todo caso, la Corte aclara que por calamidad doméstica deben ser entendidas aquellas situaciones de carácter negativo sobre las condiciones materiales o morales de vida del trabajador. (Sentencia C-930, 2009)

2.- La licencia consagrada en el artículo 57 del C.S.T (1950), en cuanto a las condiciones de otorgamiento de las licencias a que se refiere la disposición, la ley no contiene una regla general, de manera que el asunto queda deferido a lo que dispongan los acuerdos de trabajo, el reglamento interno de trabajo, al acuerdo entre el empleador y el trabajador o, en defecto de lo anterior, a las determinaciones unilaterales del primero.

De acuerdo a lo anterior, se concluye que la legislación actual, no prevé un mecanismo de protección a la mujer trabajadora que enfrente la enfermedad grave de su hijo y requiera de su atención, sin llegar a alterar por ésta situación sus condiciones laborales.

La propuesta que este escrito contiene, precisamente responde a esa necesidad, procurando en todo momento, el ciento por ciento de efectividad de los derechos que entregan a jugar un rol importante, ante la dificultad que enfrentaría la mujer trabajadora, para cumplir con sus obligaciones laborales y atender la salud de su hijo menor de edad cuando ésta ha nacido enfermo o ha sufrido una grave afectación en su salud, ya fuere mediante accidente o enfermedad catastrófica.

La dificultad especialmente es referente al tiempo, pues puede tratarse de una enfermedad terminal que para sus cuidados requiere de un tiempo prolongado y que si bien es necesario, NO resultaría razonable concederlo por el patrono, tal y como lo consagra el artículo 57 del C.S.T. (1950) y hacerse a su vez hacerse responsable de la remuneración de la trabajadora.

Se propone que en el caso de presentarse a la mujer trabajadora, la necesidad de atender a su hijo enfermo se le otorgue una licencia, la cual debe ser soportada por el sistema de seguridad social o a cargo del empleador (cuando no se realicen los respectivos aportes), equivalente ésta al tiempo que el médico tratante del menor enfermo, prescriba como necesaria para atender las necesidades del menor. De acuerdo a lo anterior, sería merecedora a un salario igual a la base de cotización durante el tiempo que el médico tratante del menor señala que se requiere indispensablemente la presencia de la madre y sería benefactora de protección laboral reforzada.

Ésta garantía no sólo tiene como fin lograr el desarrollo progresivo de los derechos del menor, de quien en éste escrito no se ha concentrado su estudio, sino que pretende que la madre del menor, que a su vez presta su fuerza laboral, tenga la oportunidad de ausentarse de manera remunerada para atender una situación de salud grave que atraviese su hijo enfermo menor de edad.

En la actualidad cuando una madre trabajadora, enfrenta una situación crítica de salud de su hijo, se ve compelida a renunciar a su trabajo, lo cual potencialmente podría poner en riesgo el mínimo vital del núcleo familiar o tendría que dejar de atender las necesidades de su menor hijo

enfermo, para que concentrarse en las obligaciones laborales que se derivan de su necesaria vinculación, lo cual implica un menoscabo y afectación a los derechos del menor.

Nuestro ordenamiento jurídico, requiere dar el primer paso, para extender las garantías laborales a la madre trabajadora, y cumplir de tal modo, el compromiso que ha adquirido ante la comunidad internacional, de aumentar progresivamente las garantías de los derechos sociales económicos y culturales, hasta el punto de lograr el ciento por ciento de efectividad en el goce y ejercicio de éstos derechos.

La finalidad consiste en permitirle a la mujer, concentrarse en el acompañamiento de la convalecencia de su menor hijo gravemente enfermo, apoyada precisamente por el sistema de seguridad social, que se encargaría de remunerar ésta licencia, con tan sólo acreditar el precario estado de salud de su menor hijo y la necesidad de acompañamiento del mismo.

Si bien es cierto el artículo 57 del Código Sustantivo del trabajo (CST) (1950), contempla una licencia por calamidad doméstica, ésta es posible a juicio de la Corte constitucional que sea remunerada en la medida en que su duración sea razonable y se encuentra condicionada al desarrollo que se haga en los respectivos reglamentos de trabajo.

También se ha progresado en el amparo del trabajador cuando enfrenta, situaciones difíciles como la enfermedad o la discapacidad, de su compañera (o) permanente o cónyuge, hijos menores y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, permitiendo el establecimiento

de horarios flexibles al trabajador para que este cumpla con los deberes de protección a sus familiares como lo enseña el ((artículo 3) de la ley (1857) de (2017)).

Esta última prerrogativa, no tiene el alcance de la herramienta que se propone en este escrito, porque la ley estableció la posibilidad de pactar horarios flexibles al trabajador y lo que se propone es una licencia remunerada que le permita a la mujer trabajadora con hijo enfermo, ausentarse de su trabajo para atender y acompañar a su descendiente.

6.1 Evidencias de la necesidad de la propuesta.

6.1.1 Conforme al derecho interno. Revisadas las bases de datos de las relatorías de Altas Cortes, se encontró la Sentencia T-133 (2015) emanada de la Corte Constitucional, en la cual, la demandante pretendía que en su condición de empleada de un Juzgado, se le concediera un permiso remunerado por el término que durara la hospitalización de su menor hijo y que en lo sucesivo se le concedieran los permisos requeridos a fin de acompañar a su hijo a todas las actividades médicas que se requirieran hasta lograr su recuperación.

Solicitado al Funcionario nominador de la demandante, el permiso pretendido, éste adujo que para ello la ley Estatutaria de Administración de Justicia le concedía la posibilidad de disfrutar de 3 días de permiso remunerado y que para los demás requerimientos debía solicitar una licencia no remunerada y por ende se opuso a tal solicitud.

La H. Corte Constitucional, concluyó si bien la actora se desempeña como escribiente en un Juzgado, y el salario que percibe lo recibe de recursos públicos, es posible encontrar otros mecanismos diferentes a negar el pago de los permisos remunerados, en aras de proteger los derechos fundamentales del menor, sin desconocer el fin de la norma. Por esto, esta Corporación considera que el Juez accionado como empleador, obedeciendo a los principios constitucionales previamente señalados puede tomar medidas alternas para contrarrestar los efectos nocivos que podría generar la inasistencia de la empleada a su lugar de trabajo, como permitirle trabajar en su casa, mientras cuida de su hijo.

La Sala Segunda de Revisión, es enfática en señalar que la diferencia de trato entre empleados públicos y privados persigue un fin constitucionalmente protegido como el la protección de los recursos del Estado y que la misma es coherente con las disposiciones constitucionales, en el caso en cuestión son las particularidades del mismo las que permiten llegar a la conclusión de que la diferencia de trato en cuanto a los permisos remunerados resulta violatoria de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional, ordenó al Juzgado Tercero Penal del Circuito con función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga conceder a favor de la señora Josefina Vera Hernández los permisos a los que haya lugar para atender el proceso de rehabilitación del menor José Julián Rojas Vera, de carácter remunerado, siempre y cuando medie orden médica en la que se prescriba la necesidad de acompañamiento permanente de la actora y el tiempo de duración del mismo.

Con ésta providencia, la Corte Constitucional evidenció que pese a la inexistencia de una posibilidad legal que le concediera a la demandante el permiso remunerado que solicitaba para atender la enfermedad de su menor hijo, era necesario conceder los permisos a los que hubiera lugar, de carácter remunerado, siempre y cuando medie orden médica en la que se prescriba la necesidad de acompañamiento permanente de la actora y el tiempo de duración del mismo.

También CEPAL³⁸ ha evidenciado la necesidad que los países legislen sobre licencias remuneradas para madres y padres que incluyan el ciclo de crianza y de vida, incorporando licencias por enfermedad de los hijos; así lo ha expuesto (CEPAL, 2011) en documento titulado: Desafíos. Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (CEPAL, 2011); así:

La urgencia de una mirada transversal y una agenda inclusiva Reducir las desigualdades de origen, así como las dinámicas que las refuerzan implica llevar a cabo políticas que universalicen, más allá del empleo formal, el derecho de niños y niñas a recibir cuidados. En este sentido, es necesario que el Estado maximice los escasos recursos existentes, aumente el gasto social en la primera infancia desde el nacimiento (el más bajo de todas las etapas del ciclo de vida en los países) y actúe como proveedor y garante de la calidad del cuidado. La intervención del Estado debe ser transversal, pues el cuidado interpela las áreas de economía, infancia, trabajo, educación, salud, seguridad social, género, infraestructura y presupuesto público. De este modo, y según los compromisos

³⁸ La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (**Cepal**) es el organismo dependiente de la Organización de las Naciones Unidas responsable de promover el desarrollo económico y social de la región. Sus labores se concentran en el campo de la investigación económica.

internacionales asumidos, se podrá aplicar un enfoque de derechos efectivo en el diseño de una nueva agenda de políticas sociales de infancia sin sesgos ni estereotipos sobre los proveedores y destinatarios del cuidado. Al respecto, es importante una agenda de reformas que incluya: (...) iv) legislar licencias remuneradas para madres y padres que incluyan el ciclo de crianza y de vida, incorporando licencias por enfermedad de los hijos; (...)

El legislador también ha intentado introducir una reforma, en un grado similar a la que se propone, del siguiente tenor:

“Por medio de la cual se protege el cuidado de la niñez”, esta ley ha sido denominada Ley Isaac. Esta ley tiene como objeto proteger los derechos de los niños y niñas por su especial cuidado, permitiéndole a quien tenga su custodia el reconocimiento de licencia remunerada para acompañarlo en casos de incapacidad médica, entre otros beneficios y conforme lo establece la presente ley.

Se otorgaría una licencia para el cuidado de la niñez remunerada otorgada a los trabajadores padres y en especial a los padres cabeza de hogar o a quien detente la custodia de un niño o niña que necesite acompañamiento o asistencia en los eventos en que la salud del niño o niña lo requiera. La licencia remunerada se otorgará cualquiera sea la modalidad de contratación o de vinculación laboral. El tiempo podrá ser distribuido según el requerimiento médico, el cual podrá ser utilizado en jornadas completas o parciales cuando:

- El niño o niña padezca enfermedad en fase terminal.
- El niño o niña padezca enfermedad común o grave.
- El niño o niña haya sufrido accidente grave.

El pago de la licencia remunerada para el cuidado de la niñez se hará de acuerdo a la legislación vigente contemplada para el pago de incapacidad por enfermedad no profesional. Cada día de la licencia de que trata el presente artículo solo podrá ser reconocido a uno de los padres o al padre cabeza de hogar, o a una de las personas que detente la custodia del niño o niña. Lo anterior, sin perjuicio de que puedan alternarse padre, madre o custodio del cuidado del niño o niña.

Estabilidad laboral reforzada. En ningún caso, quien detente la custodia de un niño o niña puede ser despedido por motivo de las licencias y beneficios establecidos en la presente ley. Se presume que la terminación del contrato laboral o de la vinculación legal y reglamentaria se efectuó por este motivo, cuando tiene lugar dentro del término de protección laboral reforzada. Para las licencias cuya causa sea por enfermedad en fase terminal, enfermedad o accidente grave, el término de protección laboral reforzada corresponde al tiempo de la última incapacidad médica del niño o niña más 6 meses. Para las licencias cuya causa sea enfermedad común que requiera hospitalización o accidente grave que no requiera hospitalización el término de protección laboral reforzada corresponde al tiempo de la última incapacidad médica del niño o niña más 2 meses.

6.1.2 Conforme al derecho comparado. Pese a que la Recomendación 165 de la OIT (1981) sobre trabajadores con responsabilidades familiares plantea permisos en caso de enfermedad del

hijo o de otro miembro de su familia directa, solo algunos países de la región consideran esto en sus legislaciones.

En Bahamas, por ejemplo, el trabajador tiene derecho a una licencia no remunerada de siete días al año. Esta puede ser tomada con ocasión del nacimiento de un hijo/a, pero también en caso de emergencias familiares.

En Chile, se otorga licencia remunerada por enfermedad del niño o niña menor de un año para uno de los padres (a elección de la madre), por un período determinado por el médico. También existe una licencia remunerada de 10 días anuales para la madre o el padre, por accidente grave, enfermedad terminal en su fase final o enfermedad aguda con probable riesgo de muerte, de un/a menor de 18 años.

En Uruguay, quienes trabajan en el sector público, pueden pedir una licencia especial de hasta 30 días, aunque este derecho no se refiere específicamente al cumplimiento de responsabilidades familiares. Más comunes son las licencias por calamidad familiar: la muerte de un hijo, cónyuge o padre/madre. Sin embargo, en el Caribe esto es muy poco frecuente, con la excepción ya mencionada de Bahamas, donde los/as trabajadores/as tienen derecho a una licencia por situaciones familiares no limitadas a la enfermedad o muerte de alguno de sus integrantes.

En los Países Bajos, la Ley sobre Trabajo y Cuidado Familiar establece el derecho a una licencia para el cuidado de miembros de la familia o para emergencias, que incluye una licencia por una emergencia de corta duración (por ejemplo, la muerte de un miembro de

la familia); y una licencia de corto plazo para el cuidado de familiares (de un máximo de diez días por año para cuidar a hijos/as o cónyuge enfermo/a, remunerados a nivel de salario mínimo o al 70% del salario total, cualquiera sea el más alto). (OIT, 2009)

En Chile (Dirección del Trabajo, s.f.) de conformidad con el artículo 199 del Código de Trabajo, cuando la salud de un niño menor de un año requiera la atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, hecho que debe ser acreditado con certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica del menor, la madre trabajadora tiene.

De igual manera éste mismo artículo consagra la posibilidad que cuando la salud de un menor de 18 años requiera la atención de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda o con probable riesgo de muerte la madre trabajadora tiene derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a 10 jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección de ella en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se consideran como trabajadas para todos los efectos legales. Para ejercer el derecho la trabajadora debe acreditar la circunstancia mediante certificado médico otorgado por el médico que tenga a su cargo la atención del menor. Es del caso señalar que si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, puede gozar del permiso en comento.

La norma legal establece que el tiempo no trabajado debe ser restituido por el trabajador mediante imputación a su próximo feriado anual o trabajando horas extraordinarias o a través de cualquier forma que convengan libremente las partes. En el evento de no ser posible aplicar

dichos mecanismos se puede descontar el tiempo equivalente al permiso obtenido de las remuneraciones mensuales del trabajador, en forma de un día por mes, por lo que podrá fraccionarse según sea el sistema de pago, o en forma íntegra si el trabajador cesare a su trabajo por cualquier causa.

En Argentina (WageIndicator, 2017) no hay ninguna disposición en la ley sobre apoyar el balance entre el trabajo y la vida de los padres o sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. Sin embargo, las horas de trabajo flexibles se pueden proporcionar a través de la negociación colectiva. Por otra parte, la madre de un niño enfermo puede renunciar para cuidar a ese niño. En este caso, tiene derecho a un pago equivalente al 25% de la indemnización que habría recibido si hubiera sido despedido sin causa. (Ley 20.744, 1976).

En Perú (Díaz, 2013) la Ley Nro. 30012, concede licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentren enfermos, en ésta ley se establece el derecho del trabajador de la actividad pública y privada a gozar de licencia en los casos de tener un hijo, padre o madre, cónyuge o conviviente enfermo diagnosticado en estado grave o terminal, o que sufra accidente que ponga en serio riesgo su vida, con el objeto de asistirlo.

La licencia a que se refiere es otorgada por el plazo máximo de siete días calendario, con goce de haber. De ser necesario más días de licencia, estos son concedidos por un lapso adicional no mayor de treinta días, a cuenta del derecho vacacional.

De existir una situación excepcional que haga ineludible la asistencia al familiar directo, fuera del plazo previsto en el párrafo precedente, se pueden compensar las horas utilizadas para dicho fin con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el empleador.

El trabajador comunica al empleador dando cuenta del ejercicio de este derecho, dentro de las cuarenta y ocho horas de producido o conocido el suceso, adjuntando el certificado médico suscrito por el profesional de la salud autorizado, con el que se acredite el estado grave o terminal o el serio riesgo para la vida como consecuencia del accidente sufrido por el familiar directo.

En Puerto Rico la Ley 251 (2015), consagra la posibilidad al trabajador de disponer de hasta cinco (5) días acumulados en su licencia por enfermedad para atender situaciones de enfermedad o relacionadas al tratamiento y convalecencia de éstas, de sus hijos, cónyuges y de personas de edad avanzada o con impedimentos, bajo su cuidado o tutela; y para otros fines.

En Venezuela la Ley Orgánica del Trabajo (s.f.), en el título VI, referente a la protección de la familia en el proceso social de trabajo, consagra una protección especial en caso de discapacidad o enfermedad, así:

La trabajadora o el trabajador que tenga uno o más hijos o hijas con alguna discapacidad o enfermedad que le impida o dificulte valerse por sí misma o por sí mismo, estará protegida o protegido de inamovilidad laboral en forma permanente, conforme a la ley.

7. Conclusiones

Este escrito tuvo como propósito establecer el contenido de la obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, su definición y características, al efecto se logró determinar que el concepto de progresividad constituye (i) un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales no se logran inmediatamente (ii) un aumento progresivo de las condiciones. En virtud a ésta obligación los Estados se comprometieron a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos de que se disponga y para cumplir con éste objetivo se supone que los Estados cuentan con la vía legislativa u otros medios apropiados.

Que a esta obligación se encuentra sometido el Estado Colombiano, en virtud a la suscripción (i) del artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, (ii) el artículo 1 del Protocolo de Salvador, (iii) el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (iv) se consagró en éste escrito la evolución que ha tenido la protección a los derechos de la mujer trabajadora en estado de embarazo y el fuero de estabilidad laboral reforzada (v) se evidenció en pro del desarrollo progresivo de los derechos de la mujer trabajadora, la necesidad de incorporar a la legislación la posibilidad legal que una mujer pueda ausentarse de su actividad laboral para acudir a la atención y acompañamiento, que requiera su hijo enfermo y éste permiso sea remunerado, teniendo como requisito acreditar la condición médica del menor y el tiempo que requiere para su asistencia. (vi) se compara con otras

legislaciones el desarrollo actual de la posibilidad que se concede a las trabajadoras para que de forma remunerada se les permita asistir el padecimiento de su hijo.

Bibliografía

Abramovich y Courtis (2002). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Declaración universal de los Derechos Humanos. Naciones Unidas.

Bermúdez, K. (2012), Progresividad en asuntos de seguridad social y laborales: aproximación a la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Universidad Externado de Colombia. P. 30

CEPAL y UNICEF, (2011). Cuidado infantil y licencias parentales. Revista Desafíos: Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

Número 12. ISSN 1816-7535. Recuperado de http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/desafios12_10082011_web.pdf

Código Sustantivo del Trabajo (1950)

Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). Costa Rica, San José.

Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-568 (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1999).

Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-133 (M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez, 2015)

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-038. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 2004)

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-077 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 2017)

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-228. (M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 2011).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-493. (M.P. María Victoria Calle Correa, 2015).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-556 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla, 2009).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-930 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2009)

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-070 (M.P. Alexei Julio Estrada, 2013).

Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T- 406 (M.P. Ciro Angarita Barón, 1992)

Corte Constitucional. Sala Séptima de revisión. Sentencia T-1319. (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, 2001)

Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-638 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 2016)

Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2009).

Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-043 (M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2007).

Corte Constitucional. Sentencia C-470 (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1997).

Corte Constitucional. Sentencia C-479 (M.S. Alejandro Martínez Caballero, 1992).

Corte Constitucional. Sentencia SL-4934. (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, 2017)

Corte Constitucional. Sentencia C-074 (M.P. Ciro Angarita, 1993).

Corte Constitucional. Sentencia C-644 (M.P. Adriana Guillén, 2012).

Corte Constitucional. Sentencia C-727 (M.P. María Victoria Calle, 2009)

Corte Constitucional. Sentencia SU-225 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1998)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL-3535 (M.P. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y Rigoberto Echeverri Bueno, 2015).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación Expediente No. 10993. (M.P. José Roberto Herrera Vergara, 1998)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. SL 7270. (MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, 2015).

Decreto 4369, (2006). Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones. 4 de diciembre de 2006. [El Presidente de la República de Colombia]

Díaz, H., (2013). Ley No. 30012: Concede licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad. Fundación Telefónica web site. Recuperado de <http://educared.fundacion.telefonica.com.pe/desafioseducacion/2013/05/27/ley-no-30012-concede-licencia-a-trabajadores-con-familiares-directos-que-se-encuentran-con-enfermedad/>

Dirección de trabajo, (s.f.). ¿Cuándo procede el permiso por hijo menor de un año gravemente enfermo? Gobierno de Chile. Recuperado de <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-60111.html>

Ley 100, (1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. Diario Oficial 41.148.

Ley 1233, (2008). Por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones. 22 de julio de 2008. Diario Oficial No. 47.058

Ley 129 (1931). Por la cual se aprueban varias convenciones adoptadas por la Conferencia

Internacional del Trabajo, en sus 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 y 11 sesiones. 14 de diciembre de 1931. Diario Oficial No 21.865.

Ley 1468, (2011). Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. 30 de junio del 2011. Diario Oficial 48116.

Ley 1822, (2017). Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. 4 de enero del 2017. Diario Oficial 50106.

Ley 251, (2015). Para enmendar la Ley Núm. 180 de 1998, Ley de Salario Mínimo, Vacaciones y Licencia por Enfermedad de Puerto Rico, a los fines de utilizar (5) días de enfermedad para atender enfermedad y tratamiento a los familiares. 31 de diciembre de 2015. (P. de la C. 695). Disponible en <http://www.lexjuris.com/lexlex/Leyes2015/lexl2015251.htm>

Ley 50, (1990). Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. 28 de diciembre de 1990.

Ley 51, (1981). Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980. 7 de julio de 1981. Diario Oficial 35794.

Ley 789 (2002). Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo. 27 de Diciembre de 2002. Diario Oficial 45.046.

Ley 797, (2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. 29 de enero del 2003. Diario Oficial 45.079.

Ley No. 20.744, (1976) Ley de Contrato de Trabajo: Arts-183 (b). 13 de mayo de 1976.

Ley orgánica del trabajo, los trabajadores y las trabajadoras, (s.f.). Título VI: Protección de la familia en el proceso social de trabajo. Sitio oficial de ley orgánica del trabajo, los trabajadores y las trabajadoras. Recuperado de <http://www.lottt.gob.ve/ley-del-trabajo/titulo-vi/>

Ley VI (1593). Felipe II ordena sobre la legislación laboral. Libro III, Título VI

Los Recursos Humanos, (2008). Los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (I). Los Recursos Humanos web site. Recuperado de <http://www.losrecursoshumanos.com/los-derechos-laborales-en-el-sistema-interamericano-de-proteccion-de-los-derechos-humanos-i/>.

Observación general Nro. 3, (1990). La índole de las obligaciones de los Estados Partes, adoptada el 14 de diciembre de 1990, Pár. 3.

Organización de los Estados Americanos, (2001). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de Paraguay. Pár. 12

Organización Internacional del Trabajo, (1949). Convenios 98.

Organización Internacional del Trabajo, (1952). Convenio 183.

Organización Internacional del Trabajo, (1952). Recomendación No. 95.

Organización Internacional del Trabajo, (1958). Convenio 111.

Organización Internacional del Trabajo, (1971). Recomendación No. 143.

Organización Internacional del Trabajo, (1978). Convenios 151.

Organización Internacional del Trabajo, (1981). Convenio 156.

Organización Internacional del Trabajo, (1981). Convenios 154.

Organización Internacional del Trabajo, (1981). Recomendación 165

Organización Internacional del Trabajo, (2009). Licencias y responsabilidades familiares.

Oficina Internacional del Trabajo. Notas OIT: Trabajo y familia. Revista No. 6.

Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_189335.pdf

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966.

WageIndicato, (2017). Responsabilidades Familiares. El Salario web site. Recuperado de <http://www.elsalario.com.ar/main/trabajo-decente/responsabilidades-familiares>