

**Título de Ponencia:**

La ampliación de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada a la pareja:  
¿nueva discriminación?

**Autores de ponencia:**

Daniella Marcela López Sanín y Geraldine Pardo Duque

**Índice**

**1. Introducción**

**1.1. Origen Conceptual**

**1.2 Definición de conceptos**

**2. Antecedentes históricos**

**3. Origen normativo Internacional del fuero de maternidad**

**4. Implicaciones en el mercado laboral de Colombia como consecuencia del fuero de maternidad: en la legislación, la jurisprudencia y en las representaciones cuantitativas.**

**4.1. Legislación Colombiana y del derecho internacional que muestra el desarrollo de la estabilidad laboral reforzada por razón de la maternidad**

**4.2 Principal jurisprudencia que muestra el desarrollo de la estabilidad laboral reforzada por razón de la maternidad y la extensión a su pareja**

**4.3. Análisis cuantitativo del Mercado laboral en Colombia**

**5. Efectos de ampliar el fuero de maternidad en el mercado laboral**

**6. Conclusiones**

**7. Referencias**

## **Resumen**

En el mercado laboral colombiano las mujeres han enfrentado una barrera: la discriminación en razón a la posibilidad de la maternidad. Dicho fenómeno social y jurídico ha tenido lugar gracias a la creencia de los empleadores de que una mujer en estado de gravidez y periodo de lactancia generan sobrecostos de talento humano y de trámites. En consecuencia, la Corte Constitucional emitió la sentencia C-005 de 2017 donde se ordena que la pareja de la mujer embarazada goza de la ampliación de la estabilidad laboral reforzada, siempre que se cumplan los requisitos de los cuales se hablarán en este documento. No obstante, lo que la Corte Constitucional se preguntó es: ¿la ampliación de la estabilidad laboral reforzada a la pareja de la mujer embarazada generaría discriminación en el mercado laboral hacia los hombres en edad de formar familia? Por lo anterior, este proyecto de investigación tiene el objetivo de establecer si la sentencia C-005 de 2017 genera un nuevo tipo de discriminación hacia la pareja de la mujer que está en un grupo etéreo de formar familia, y por lo tanto si las medidas de la Corte Constitucional tienen un efecto adverso al deseado.

**Palabras clave:** maternidad, embarazo, estabilidad laboral reforzada, ampliación de la estabilidad laboral reforzada, mercado laboral, discriminación, familia, protección.

### **1. Introducción:**

#### **1.1. Origen conceptual**

Preguntarse: cómo ser mamá en el siglo XXI, cómo realizarse profesionalmente y al mismo tiempo ser atractivas para el mercado laboral. Teniendo en cuenta que los hombres tienen ventajas en el mundo laboral en comparación con las mujeres, porque según la tasa de desempleo, la cual es definida como la tasa porcentual entre el número de personas que están buscando trabajo y el número de personas que integran la fuerza laboral (Ministerio de Salud y Protección Social, 2022) se presenta una brecha de 6,12% entre hombres y mujeres desde el 2009 hasta el 2019. Siendo esta brecha desfavorable para las mujeres.

Por otro lado, el Estado consagra en la Constitución Política, en el Código Sustantivo del Trabajo, y en convenios una protección de estabilidad laboral reforzada por razón de maternidad, los cuales han sido interpretados y desarrollados por la jurisprudencia. Pero a partir de 2017 esa protección ya no ha sido únicamente

para las mujeres, ahora también lo es para su pareja. Entonces cabe preguntarse: ¿cuáles son las consecuencias en el mercado laboral que podría generar la ampliación de la estabilidad laboral reforzada a la pareja de la mujer embarazada?

El objetivo de esta ponencia es demostrar cómo la aplicación de la estabilidad laboral reforzada a la pareja de la mujer embarazada no ha sido una solución eficaz por parte de la Corte Constitucional, ya que según cifras del DANE y del Banco Mundial se evidencia como sigue creciendo la tasa de desempleo no solo para las mujeres, sino para las parejas que se encuentran en el grupo etario de formar familia. Se pretende hacer una exposición de la legislación nacional, internacional y de la jurisprudencia para demostrar que con estas herramientas jurídicas el Estado no puede intervenir en cada negocio jurídico individual ni asegurar éxito en el mercado laboral a las parejas que quieran formar familia, ya que hay otros factores sociales como el machismo.

Este trabajo de investigación es relevante porque demuestra cómo las políticas que son fijadas por la Corte Constitucional a temas actuales, como lo es la estabilidad laboral reforzada, terminan generando un efecto adverso a la protección, es decir la discriminación. Entonces los lectores deberán reflexionar a partir de la investigación y preguntarse cuáles serían las políticas públicas eficientes y eficaces para que estas poblaciones vulnerables tengan una real y efectiva protección, y que las medidas de supuesta protección no se queden en letra muerta.

El propósito de esta ponencia se llevará a cabo de la siguiente manera: primero, se definirán conceptos. En segundo lugar, se hará una recopilación histórica. Tercero, se expondrá cómo surge la estabilidad laboral reforzada por causa de la maternidad y sus consecuencias en el mercado laboral. En cuarto lugar, mediante jurisprudencia y estadísticas se mostrará las implicaciones en el mercado laboral Colombiano que generaría la ampliación de la estabilidad laboral reforzada a la pareja de la mujer embarazada. Por último, se expondrán unas conclusiones de la investigación.

## **1.2 Definición de conceptos**

El derecho fundamental a la estabilidad laboral es un derecho del que gozan los trabajadores según el artículo 53 de la Carta Política. Pero en algunos casos hay quienes gozan de estabilidad laboral reforzada porque esas personas se encuentran

en una situación de potencial desventaja, y por esto, requieren un amparo adicional de sus derechos fundamentales; como es el caso de las mujeres embarazadas. Una de las formas de protección a estas personas que se encuentran en situación de potencial desventaja es la inversión de la carga de la prueba, ya que el demandado, es decir el empleador tendrá que probar que la causal de despido es objetiva y no en razón al estado de embarazo (M.P. Martínez Caballero, 1997).

Por otra parte, el fuero de maternidad es la base para el desarrollo del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de gravidez, que está compuesto por las medidas de protección que la ley les brinda para garantizar que no sean excluidas del mercado laboral (M.P. Ortiz Delgado, 2018). Por lo tanto, hay que aclarar que en este trabajo de investigación estará enfocado en la estabilidad laboral reforzada en razón de la maternidad, y no en el fuero de maternidad. Las garantías de las que habla la Corte Constitucional están consagradas en el Código Sustantivo del trabajo en los artículos 239, 240 y 241:

i. prohibición general de despido a las mujeres por motivo de embarazo o lactancia (3 meses posteriores al parto) y se precisa que dicha desvinculación únicamente puede realizarse con *“la autorización previa del Ministerio de Trabajo (inspector del trabajo) que avale una justa causa” pues de lo contrario se entiende que el motivo fue el embarazo o la lactancia y la mujer tendrá derecho a la indemnización;*”

ii. la mujer trabajadora, cuando por alguna *“razón excepcional”* exista alguna interrupción total o parcial del período de descanso remunerado al cual tiene derecho, se debe efectuar el pago correspondiente de la licencia de maternidad durante dicho término;”

iii. obligación para el empleador de mantener vinculada a la trabajadora que disfruta de los descansos remunerados contemplados en dicho capítulo (licencia de maternidad, lactancia y descanso remunerado en caso de aborto). Además, sanciona con el efecto de ineficacia el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos (M.P. Ortiz Delgado, 2018).

## **2. Antecedentes históricos**

Ahora bien, es necesario entender el origen de la estabilidad laboral reforzada en Colombia. La cual surgió porque las mujeres deben atravesar más obstáculos por la

posible maternidad en el trabajo (Muñoz & Zúñiga, 2020), ya que las trabajadoras en estado de gravidez han tenido históricamente un trato discriminatorio, ya que fueron y aún son despedidas por causa del embarazo. En este sentido, se puede ver que las mujeres trabajadoras están en una situación de desventaja histórica en razón del embarazo. Entonces, lo que busca la estabilidad laboral reforzada es asegurar su estabilidad en el trabajo, la conservación de su trabajo y al mismo tiempo tener hijos (M.P. ORTIZ DELGADO, 2018).

Adicionalmente, la sociedad está inmersa dentro de prejuicios socioculturales, subjetivos o profesionales para alcanzar sus aspiraciones laborales. Para hacer contra peso a esta mentalidad enganchada en la cultura y realidad organizacional, han surgido normas jurídicas para que la posibilidad de maternidad o el hecho de la maternidad no sea un factor de discriminación (Muñoz & Zúñiga, 2020).

En Colombia, la protección para evitar la discriminación se materializa desde el Convenio de la OIT sobre la protección de la maternidad de 1919, ratificado por Colombia el 20 de junio de 1933. Posteriormente, en 1950, en el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, se puede evidenciar su protección en los artículos 236, 239, 240, 241 y 241 A de este código. En adición, se reitera en la Constitución Política de Colombia de 1991 en algunos de sus artículos, como se hará referencia de manera posterior.

### **3. Origen normativo Internacional del fuero de maternidad**

El primer tratado ratificado por Colombia, como se expuso anteriormente, es el Convenio de la OIT sobre la protección de la maternidad de 1919. El cual consagra que la mujer no puede ser despedida posteriormente al parto ni podrá ser forzada a abandonar el trabajo, si certifica unas semanas antes que va a parir. Además, tendrá derecho a prestaciones para la manutención de sus hijos, en donde se incluye asistencia médica gratuita. También, tendrá derecho a descansos para la lactancia.

Ahora bien, con la consagración de este primer tratado, a lo largo del tiempo surgen normas y recomendaciones que lo complementan, como se puede evidenciar a continuación:

En efecto, la Organización Internacional del Trabajo desde su creación mostró un especial interés en proteger a la mujer trabajadora en estado de embarazo, tanto así que fue en la Primera Conferencia Internacional del Trabajo, en 1919, donde se

adoptó el Primer Convenio sobre la Protección de la Maternidad (Convenio No. 03), ratificado por Colombia el 20 de junio de 1933, relativo a la protección de las mujeres antes y después del parto, por medio del cual se otorgó una licencia por maternidad de seis semanas posteriores al parto. Además, se estableció el pago de una licencia de maternidad con las prestaciones necesarias para la manutención de la madre y del recién nacido (Corte Constitucional, M.P Cepeda, 2007).

El Convenio 103 de 1952 dice que la duración del descanso será de doce semanas por lo menos, una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto. Además, la duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso puede ser inferior a seis semanas (Corte Constitucional, M.P. Cepeda, 2007).

En la Recomendación No. 95 de la OIT de 1952, que se encarga de la protección de la maternidad. En esta se precisa el alcance constitucional de la protección de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada. En donde se busca la protección del empleo de la mujer antes, durante y después del parto; como también asegura que pueda ocupar nuevamente su cargo sin variación en su remuneración (Corte Constitucional, M.P. Silva, 2017).

En adición, el Convenio 111 de la OIT de 1958 habla sobre la prohibición de la discriminación en el trabajo por razones de sexo, y ordena que se debe promover la igualdad de oportunidades y de trato. En el mismo sentido, el Convenio 156 de la OIT de 1981 consagra que se debe promover la igualdad de trato y oportunidades entre trabajadores con responsabilidad familiar (Corte Constitucional, M.P. Silva, 2017).

También existe el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, prescribe en su artículo 10 la especial protección a las madres, durante un período de tiempo razonable, pre y posparto. Adicionalmente, consagra para las madres trabajadoras la remuneración de su licencia de maternidad y prestaciones adecuadas de seguridad social-(Corte Constitucional, M.P. Cepeda, 2007).

Adicionalmente se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, que dictamina en su artículo 10 la especial protección a las madres, durante un período de tiempo razonable, pre y posparto. Adicionalmente, consagra para las madres

trabajadoras la remuneración de su licencia de maternidad y prestaciones adecuadas de seguridad social (Corte Constitucional, M.P. Cepeda, 2007).

Adicionalmente, existe la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, expedida en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de la Naciones Unidas, aprobada en Colombia mediante la ley 51 de 1981, en esta se estableció el pago de una licencia de maternidad, con el propósito de impedir la discriminación contra la mujer. En virtud de ello, insta a los Estados a tomar medidas para prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como implementar dicha licencia con condiciones salariales diferentes (Corte Constitucional, M.P. Cepeda, 2007).

Cabe agregar el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento interno colombiano mediante la Ley 319 de 1996, que consagra en su artículo 9 el derecho a la seguridad social y respecto de la licencia de maternidad retribuida antes y después del parto, y establece que esta debe ser cubierta por el sistema de seguridad social-(Corte Constitucional, M.P. Cepeda, 2007).

También se consagra en el Convenio 183 de 2000, que si bien no ha sido ratificado por Colombia, hace parte de sus fuentes auxiliares, en virtud del artículo 7 del Código de Comercio. En este Convenio se regula que el periodo de licencia de maternidad es de 18 semanas (art. 4 del Convenio 183), y se consagra que en caso de enfermedad, complicaciones o riesgos relacionados con el embarazo se puede extender este tiempo. Es claro que en este periodo lo que se busca es que se proteja la salud y el bienestar de la madre y de su hijo (OIT, 2009). En la Recomendación 191 expedida por la OIT en el año 2000 se recomienda ampliar la licencia de maternidad a dieciocho (18) semanas—(Corte Constitucional, M.P. Cepeda, 2007).

El convenio *ibídem* no sólo se ha preocupado por la salud, sino por garantizar la continuidad en el empleo. Por lo cual, se prohíbe el despido de la mujer durante el embarazo, durante la licencia de maternidad y un periodo después del reintegro al trabajo – periodo que varía en cada país –. Adicionalmente, en caso de despido, el empleador debe demostrar que el motivo no está vinculado con el embarazo o con la licencia de su trabajadora. En la misma línea el Convenio 183

consagra que los países deben adoptar medidas para que no se cause discriminación por la maternidad, ni que este sea un obstáculo para acceder al mercado laboral (OIT, 2009).

#### **4. Implicaciones en el mercado laboral de Colombia como consecuencia del fuero de maternidad: en la legislación, la jurisprudencia y en las representaciones cuantitativas**

##### **4.1. Legislación Colombiana y derecho internacional que muestra el desarrollo de la estabilidad laboral reforzada por razón de la maternidad.**

En Colombia, como país miembro de la OIT, se han adoptado medidas legislativas que garantizan la protección de la mujer embarazada. Así se hace expreso en los artículos 1, 2, 5, 13, 43 y 44 de la Constitución Política y el posterior reconocimiento de la licencia de maternidad en la legislación laboral está contenida en el Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 100 de 1993, el Decreto 806 de 1998 y el Decreto 047 de 2000, en esta normatividad se desarrolla la obligación del Estado de asistir y proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto y de garantizar los derechos fundamentales del recién nacido. En los artículos 236, 239, 240, 241 y 241 A del Código Sustantivo del Trabajo se desarrolla el tema en cuestión (Corte Constitucional, M.P. Cepeda, 2007). A continuación se enuncian las normas domésticas del Código Sustantivo del Trabajo y su relación con las normas del derecho internacional: La protección que se tiene en la legislación interna se ve influenciada por los Convenios Internacionales, expuestos anteriormente, como se ilustra a continuación.

En primer lugar, en el artículo 236 modificado por el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 del Código Sustantivo del Trabajo, estipula que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a dieciocho (18) semanas en la época de parto, con el salario que devengaba al momento de su licencia, lo cual se evidencia que es resultado del Convenio de 1919, ya que consagra el descanso que se le debe dar a la mujer semanas después del parto. No obstante, en el Convenio *ibídem* eran seis (6) semanas, y nuestra legislación ordena dieciocho (18) semanas. También la Recomendación No. 95 de la OIT de 1952 ilustra que se debe asegurar que la mujer pueda ocupar nuevamente su cargo sin variación en la remuneración. De igual

manera, relacionado con el objeto de la ponencia, se evidencia una novedad en la norma y es que desarrolla la licencia de paternidad -Ley 2114 de 2021-, lo cual conlleva a que los padres le puedan dar la adecuada atención y sostenibilidad económica al recién nacido.

En segundo lugar, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017, expresa que ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia, y en caso de despido con justa causa debe contar con la autorización de la autoridad competente, que es el inspector de trabajo. La norma está inspirada por el Convenio 111 de la OIT de 1958 y el Convenio 156 de la OIT de 1981. En estos, se prohíbe la discriminación en el trabajo por razones de sexo, y se debe garantizar la igualdad de trato y de oportunidad, independientemente si el trabajador tiene responsabilidades familiares (OIT, 1958) (OIT, 1981). Como también, lo desarrolla el Convenio 183 de 2000, que consagra que el periodo de licencia de maternidad es de dieciocho (18) semanas y en caso de enfermedad, complicaciones o riesgos relacionados con el embarazo se puede extender este tiempo, y es claro que en este periodo la mujer no podrá ser despedida (OIT, 2000).

En tercer lugar, el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 2 de la Ley 2141 de 2021, contiene ante qué autoridades se puede requerir la autorización para despedir una mujer en estado de embarazo o a las 18 semanas posteriores, lo cual también hace parte de la protección para la no discriminación, igualdad de oportunidades y de trato que consagra los convenios *ibídem*. En igual sentido, según el asunto de esta ponencia, en esta norma se amplía la autorización anterior para el cónyuge o el compañero permanente de la mujer.

En cuarto lugar, el artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 80 del Decreto 13 de 1967 consagra que el empleador está obligado a conservar el puesto de la trabajadora, si está disfrutando de descansos remunerados o de licencia por enfermedad motivada por el parto o por el embarazo. Asimismo, si el empleador comunica el despido en los periodos mencionados, la decisión será ineficaz, o si al hacer uso del preaviso expira durante los descansos o licencias mencionadas.

Lo cual desarrolla lo traído por el Convenio de 1919, en el cual se evidencia que la mujer no puede ser despedida por unos periodos de tiempo antes y después del parto.

En quinto lugar, el artículo 241 A del Código Sustantivo del Trabajo adicionado por el artículo 3 de la Ley 2114 de 2021 prohíbe al empleador pedir pruebas de embarazo, como requisito para acceder o permanecer en cualquier actividad laboral. De igual manera, en las entrevistas de trabajo quedan prohibidas las preguntas relacionadas con planes reproductivos, y si se llegarán a hacer estas preguntas, se presumirán como prácticas discriminatorias. Lo cual demuestra la evolución de los Convenios 111 de la OIT de 1958 y el Convenio 156 de la OIT de 1981, los cuales prohíben prácticas discriminatorias por razones de sexo o por tener responsabilidades familiares.

En sexto lugar, la Ley 2114 de 2021 consagra la licencia de paternidad y modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo. Antes, el padre solo tenía derecho a ocho (8) días de licencia de paternidad. Ahora, la nueva norma garantiza dos (2) semanas de licencia de paternidad. Cabe resaltar que ningún convenio internacional otorga beneficio o garantía a la paternidad, por eso es una norma innovadora.

Por último, la Ley 2141 de 2021 modificó el artículo 239 en su numeral quinto del Código Sustantivo del Trabajo. Aquí se prohíbe el despido del trabajador que tenga una cónyuge, pareja o compañera permanente que esté en estado de gestación o hasta 18 semanas después del parto y se encuentre en situación de desempleo. En este caso, también se presenta la situación anterior: ningún convenio de la OIT ratificado por Colombia brinda garantías a la pareja, cónyuge o compañero permanente de la mujer embarazada o en periodo de posparto.

Conforme a esta recopilación normativa, se evidencia cómo la mujer ha sido protegida en el ámbito laboral para evitar que sufra de discriminación, por el hecho de estar embarazada o en periodo de lactancia. En este periodo se debe garantizar un tiempo de licencia remunerada, como también se prohíbe despedir a la mujer en estado de embarazo sin justa causa y sin el permiso de la autoridad competente. En adición, se resalta la obligación por parte del empleador de conservar su puesto de trabajo en los descansos remunerados o en las licencias. Y finalmente, protege a la mujer para que tenga acceso al trabajo, ya que para acceder o mantenerse en su trabajo no tiene que hacer expresos sus planes de formar familia.

#### **4.2 Principal jurisprudencia que muestra el desarrollo de la estabilidad laboral reforzada por razón de la maternidad y la extensión a su pareja.**

En primer lugar, se utilizará la jurisprudencia que desarrolla la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo; y en segundo lugar, se desarrollará la jurisprudencia que amplía la estabilidad laboral reforzada de la madre a cónyuges y compañeros permanentes. Lo anterior, en orden cronológico.

La sentencia C-470 de 1997 destaca que desde la Constitución de 1991 en su artículo 43 nace la necesidad de establecer una cláusula específica de igualdad para lograr amparar la dignidad y el libre desarrollo de las mujeres, porque la maternidad ha sido fuente de múltiples discriminaciones, por eso, la condición natural y especial de las mujeres que por siglos la situó en una situación de inferioridad, ahora debe enaltecerla.

Adicionalmente, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, entonces la mujer no podría elegir libremente ser madre por las consecuencias sociales y laborales que podría tener. Las mujeres en estado de gravidez también deben ser protegidas constitucionalmente con base en los artículos 2, 11 y 44 de la Constitución Política, ya que son gestoras de vida del nasciturus. En efecto, se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que sea discriminada en los campos de su vida social, como el trabajo. Como también lograr la protección necesaria al menor, garantizando un buen cuidado y un sustento económico.

Teniendo en cuenta la especial protección que el Estado le debe brindar a la mujer embarazada y a su hijo, el ordenamiento jurídico debe garantizar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo. Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que la mujer embarazada tiene derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Además, de esta manera se mitiga una de las más claras manifestaciones de discriminación sexual, la cual es el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de embarazo, debido a los sobrecostos o inconformidades en las empresas.

En adición, dentro del ordenamiento jurídico en el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo y que fue declarado exequible por la C-710 de 1996 hay mecanismos para que la estabilidad laboral reforzada sea una realidad en la práctica, uno de ellos es que la norma señala que se presume que el despido se ha realizado por motivo de embarazo o lactancia cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, si tal despido

se efectúa sin la autorización del inspector del trabajo, el cual sólo puede conferir el permiso cuando se configuren causas legales para que el empleador pueda dar por terminado el contrato por justa causa; luego de tener en cuenta el debido proceso en donde debe escuchar a la trabajadora y practicar las pruebas correspondientes.

En esta sentencia se discute la constitucionalidad del #3 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo el cual ordenaba que:

*“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 hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y, además, al pago de las doce (12) semanas del descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado”.*

La Corte Constitucional dice que este artículo es de constitucionalidad discutible porque este le confería eficacia jurídica al despido que se realizaba sin la autorización previa del funcionario del trabajo, y la indemnización prevista va en contra de la salvaguarda de los derechos constitucionales y de la estabilidad laboral reforzada de la cual goza la mujer embarazada.

La sentencia SU-070 de 2013 dice que la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello, la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es (Corte Constitucional M.P. Alexei Estrada, 2013). Con esta sentencia se entiende que la protección en cualquier ámbito a la mujer embarazada, incluso en la estabilidad laboral, apela a que es gestora de la vida humana, entonces se debe encargarse del que está por nacer; lo que es un valor esencial del Estado colombiano (Corte Constitucional M.P. Alexei Estrada, 2013).

Por su parte, la sentencia SL4791 de 2015 trae un aspecto a colación muy importante. El cual versa que sin importar el tipo de contrato laboral que tenga la mujer embarazada o en periodo de lactancia, siempre gozará de la protección de la estabilidad laboral reforzada. Además, resalta que la estabilidad laboral reforzada es sumamente importante para que la madre pueda tener los ingresos suficientes para

sufragar los gastos de sí misma, los gastos médicos y los de su hijo (Corte Suprema de Justicia, MP. Dueñas, 2015).

Asimismo, recalca la importancia de lo que la Corte llama 'estado de gravidez de la mujer'; pues usualmente las mujeres en esta situación son rechazadas en el mercado laboral, porque los empleadores consideran que representan un sobrecoste y las mujeres tienen malestares de salud constantes que no contribuyen a la eficiencia laboral. En esta sentencia la Corte muestra que la maternidad implica que en el primer periodo de vida del recién nacido, las mujeres deben ausentarse temporalmente del trabajo, lo cual tiene implicaciones en el mercado laboral. Debido a que es un desincentivo para el empleador contratar a mujeres que ejerzan ambos roles simultáneamente (el de trabajadora y el reproductivo / maternidad) porque se ha percibido que con la maternidad se puede tener un posible detrimento del objetivo productivo y eficiente que debe realizar un trabajador en una empresa. Por tanto, el ejercicio del rol reproductivo implica una desventaja para las mujeres en el mercado laboral (Corte Suprema de Justicia, MP. Dueñas, 2015).

En adición, la sentencia SL 4289 de 2017 recalca que el fuero en cuestión brinda protección: i. durante toda la gestación desde la notificación al empleador; ii. durante los siguientes seis meses al día del nacimiento. Además, durante los primeros tres meses se presumirá que la razón del despido fue el estado de lactancia de la madre.

En línea con lo anterior, la Corte Constitucional dijo en el 2017 que:

*“El fuero de maternidad desarrolla el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes y se compone de varias medidas de protección que, aunque diferenciadas, son complementarias y corresponden al propósito de garantizar que no se excluya a las mujeres del mercado laboral en razón del proceso de gestación”* (Corte Constitucional, M.P. Silva, 2017).

Esta misma sentencia definió reglas para el desarrollo del fuero de maternidad enfocado en el problema jurídico planteado:

*“¿las empresas privadas accionadas desconocieron los derechos fundamentales de las mujeres gestantes al terminar unilateralmente el contrato de trabajo, aun cuando los empleadores afirman no haber conocido*

*el estado de embarazo de las trabajadoras?”(Corte Constitucional, M.P. Silva, 2017).*

Sobre este problema se hacen precisiones, la primera es que el conocimiento del embarazo de la trabajadora por parte del empleador no es un requisito para establecer la existencia la estabilidad laboral reforzada en razón a la maternidad, sino que sirve para determinar el grado de protección que debe brindarse. En otras palabras, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas no depende del conocimiento que tiene el empleador de su estado, ya que la estabilidad laboral reforzada existe y se debe respaldar por la especial protección constitucional; entonces, si bien la notificación es relevante para establecer el alcance de las medidas que los jueces constitucionales pueden otorgar en estos casos, esta no constituye el derecho (Sánchez, Silves y Valencia, sf).

Adicionalmente, analiza un tema de suma relevancia para el objeto de investigación, porque la Corte Constitucional dice que las medidas de protección emanadas de la estabilidad laboral reforzadas en razón de la maternidad son contrarias al espíritu de la norma, ya que en lugar de evitar la discriminación por razón del embarazo en el mercado laboral por las implicaciones económicas y legales del fuero para el empleador; genera la obstaculización al derecho de la igualdad y del acceso al trabajo (Sánchez, Silves y Valencia, sf).

Por otro lado, la sentencia SL1319 de 2018 también resalta aspectos importantes para nuestro objeto de investigación. Este pronunciamiento tiene un valor agregado en la línea jurisprudencial porque le otorga valor a la salud psíquica y emocional de la madre. Pues con las protecciones derivadas de la estabilidad reforzada, se disminuye la preocupación de la madre de no perder su empleo ni su remuneración, y al mismo tiempo puede compartir con el recién nacido el tiempo necesario, lo cual representa menos estrés emocional y mayor bienestar psíquico. Teniendo un impacto positivo en el desarrollo del *nasciturus* y del recién nacido. Lo cual garantiza el interés constitucional de primacía del menor -artículo 44 de la Constitución Política- (Corte Suprema de Justicia, M.P Castillo, 2018).

Los modelos de familia han evolucionado y ahora los hombres también participan de las labores del hogar y desempeñan el papel de cuidador de los hijos. Esto ha abierto nuevas discusiones sobre la estabilidad laboral reforzada de la madre, debido a que los hombres o la pareja de la mujer también se encarga del cuidado del recién nacido y tienen un impacto en el *nasciturus* (Muñoz, Zúñiga,

Camacho-Ramírez, 2020).

La nueva participación del hombre en el cuidado de la familia abre la puerta a aplicar lo que se dijo en la Sentencia SL1319 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia de la Sala de Casación Laboral. Esta sentencia consagra una garantía para la madre trabajadora, la cual consta en que la trabajadora no tenga la preocupación de perder su trabajo y su remuneración; al liberarla de esta preocupación, promueve que la madre esté en mejor situación física, psíquica y emocional para proveer los cuidados necesarios al neonato para proteger de este modo el bien jurídico superior de la familia. Tratándose de que el interés es proteger el bienestar físico, emocional y psíquico de la madre, cualquier situación que pueda poner en riesgo tal estabilidad para esta debe ser sancionada conforme a la ley (Corte Suprema de Justicia, M.P. Castillo, 2018).

Ahora bien, adentrándonos en la extensión de la estabilidad laboral reforzada y teniendo en cuenta el cambio de la visión de los papeles de género que se ha desarrollado y el objeto de la ponencia, la Honorable Corte Constitucional no se quedó atrás y emitió la C-005 del 2017 en que desarrolló el siguiente problema jurídico:

*“¿la no inclusión en las disposiciones del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo del cónyuge o compañero permanente, trabajador de la mujer embarazada no trabajadora, como beneficiario de la estabilidad laboral reforzada contraria los artículos 11, 13, 43, 44, 48 y 53 de la Constitución Política y el numeral 2 del artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer?”* (Corte Constitucional, M.P. Silva, 2017).

Frente al problema jurídico, la Sala trae a colación el criterio de comparación, el cual debe ser utilizado para identificar situaciones análogas que ameritan el mismo trato y protección constitucional. Teniendo en cuenta el criterio de comparación, la Corte Constitucional dice que el trabajador, cuya pareja (no trabajadora) se encuentre en período de embarazo o lactancia, se halla en una situación análoga a la trabajadora, a quien por estar en estado de embarazo o lactancia se le reconoce la garantía de la estabilidad laboral reforzada. Esta garantía encuentra su razón de ser en las necesidades familiares específicas, como lo es la llegada de un nuevo miembro del grupo familiar, lo cual demanda protección reforzada que la Constitución Política reconoce (Corte Constitucional, M.P. Silva, 2017).

Lo anterior se sustenta en que la Corte ha dicho que esta garantía de la mujer gestante trasciende de su mero propósito de evitar la discriminación laboral generada por tener estabilidad laboral reforzada, ya que esta se desarrolla a partir de la protección que el Constituyente le quiere dar a la familia, como núcleo fundamental de la sociedad (artículo 42 de la Constitución Política); así como la protección del interés superior del menor (artículo 44 de la Constitución Política). En este sentido, los fines de protección que consagra la constitución no solo se cumplen en la situación en que la madre trabajadora esté embarazada, sino también se incluye a su pareja trabajadora, teniendo en cuenta que este sostiene el núcleo fundamental de la sociedad, es decir, a la familia (Corte Constitucional, M.P. Silva, 2017).

La Corte enfatiza que la armonización constitucional del trabajo con la vida familiar, ha llevado a que la pareja trabajadora pueda ser titular de derechos específicos que le permitan vincularse de forma activa y autónoma a las responsabilidades dentro de su familia, como lo es la compañía a su hijo durante la gestación y sus primeros días de vida. Y en este sentido, se supera la posición accesoria que se le ha reconocido, ya que sus derechos no pueden seguir siendo reconocidos como derivados de los derechos que se le reconocen a la madre gestante (Corte Constitucional, MP. Silva, 2017).

La Corte resalta los supuestos análogos para hacer extensiva la estabilidad laboral reforzada al supuesto de hecho objeto de investigación, en donde dice que el criterio tomado en cuenta por el legislador para diseñar la protección fue el de la relación laboral de la mujer gestante o lactante. La cual es análoga a la situación en que un trabajador que constituye el soporte material y emocional de la mujer gestante o lactante, ya que logra cumplir los fines constitucionales de proteger la maternidad, la vida en gestación, el interés superior de los niños, la unidad familiar, y la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja (Corte Constitucional, MP. Silva, 2017).

Hay que considerar que al excluir a la pareja de las trabajadoras que se encuentran en periodo de gestación y lactancia discrimina no solo a la pareja, sino a demás miembros del núcleo familiar, como lo es la mujer gestante, debido a que su estabilidad depende de su pareja que tiene una vinculación laboral. Es la misma Corte Constitucional quien estipula en la sentencia que se viene desarrollando, que también se estaría discriminando al que está por nacer porque se pondría en riesgo

su asistencia, su atención de salud de forma oportuna y la continuidad de su proceso de gestación, y posteriormente de nacimiento. La Corte Constitucional adiciona que al ampliar la estabilidad laboral reforzada a su pareja desfocaliza o neutraliza la discriminación hacia la mujer, ya que no sería la única destinataria de la protección, lo cual haría que haya menos prevenciones a la hora de tener que vincularla laboralmente (Corte Constitucional, M.P. Silva, 2017).

Por los motivos anteriores, la decisión de la Corte fue la siguiente: declarar la exequibilidad condicionada del numeral primero del artículo 239 y el numeral primero del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo la comprensión de que la prohibición del despido y el permiso que autoriza el despido será también aplicable al cónyuge o compañero permanente de la mujer que se encuentre en gestación o lactancia (Corte Constitucional, M.P. Silva, 2017). Por último, vale la pena dejar en claro que en Sentencia SU-075/18 la Corte Constitucional limitó la protección de la mujer embarazada únicamente a los eventos en que el empleador conoce de la situación del embarazo, circunstancia que fue también reconocida por la Ley 2141 de 2021 para la determinación de la estabilidad laboral reforzada en razón de la maternidad y su extensión a la pareja.

#### **4.3. Análisis cuantitativo del Mercado laboral en Colombia**

La metodología del análisis consiste primero en presentar los datos del DANE de la tasa de ocupación según el sexo; la tasa de desempleo anual según el sexo y la tasa de desempleo según el sexo y la edad. Posteriormente, se hará un análisis de las tres gráficas expuestas en conjunto.

Cabe recalcar que la tasa de desempleo es definida como la relación porcentual entre el número de personas que están buscando trabajo y el número de personas que integran la fuerza laboral – (Ministerio de Salud y Protección Social, 2022).

La tasa de ocupación es entendida como la relación porcentual entre la población ocupada y el número de personas que integran la población en edad de trabajar (Ministerio de Salud y Protección Social, 2022).

Para comenzar, es importante aclarar que si bien existe protección constitucional, legal y jurisprudencial hacia las mujeres, según cifras del DANE se encuentra que existen brechas con relación a la tasa de desempleo y con relación a

la tasa de ocupación entre hombres y mujeres, como se puede ilustrar en las siguientes estadísticas:

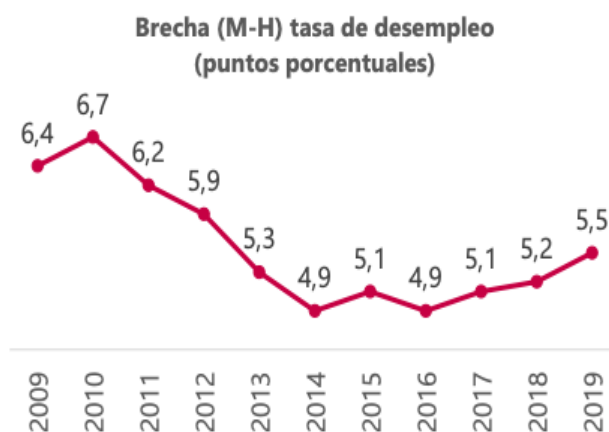
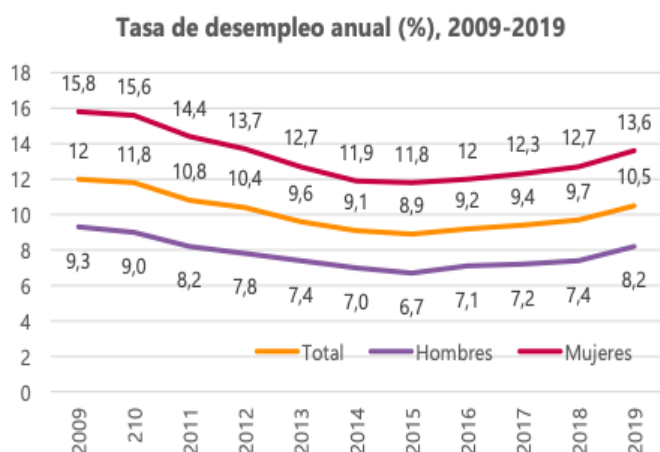
### Gráfica 1. Tasa de ocupación según sexo

Fuente: DANE, GEIH, 2009-2019



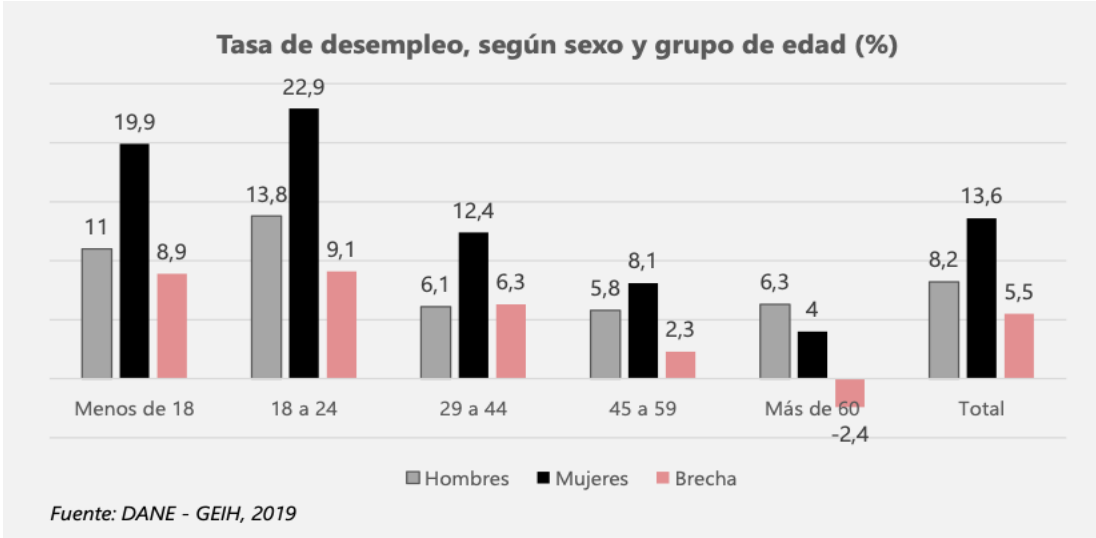
En la Gráfica 1 se puede evidenciar cómo desde el 2009 hasta el 2019 las mujeres tienen menor tasa de ocupación que los hombres. En el 2009 la tasa de ocupación de las mujeres es un 24,6% menor que la de los hombres, en el 2010 disminuye a 23,9%, luego en el 2011 es de 23,8% y en los años subsiguientes se puede ver la disminución de la brecha de la tasa de ocupación, pero a lo largo de la gráfica se muestra que el patrón es que sigue siendo menor la tasa de ocupación de las mujeres. En el 2012 es de 22,4%, en el 2013 es de 22,3%, en el 2014 es de 22,1%, en el 2015 es de 21,8%, en el 2016 es de 21,6%, en el 2017 continúa siendo de 21,6%, en el 2018 se aumenta en un 0,5% a 22,1%, en el 2019 es de 22% la diferencia de tasa de ocupación entre hombres y mujeres. Siendo siempre la tendencia que la tasa de ocupación de las mujeres es menor, para así lograr un promedio de una brecha de 22,6% de la tasa de ocupación.

### Gráfica 2. Tasa de desempleo anual



En la gráfica 2 se evidencia como la tasa de desempleo es mayor la de las mujeres que la de los hombres del 2009 al 2019. En el 2009 se evidencia que la brecha de la tasa de desempleo entre hombres y mujeres es de 6,4%. Luego en el 2010 aumenta 0,3%, en el 2011 disminuye un 0,5% la brecha de tasa de desempleo, en el 2012 continúa la tendencia a disminuir la brecha con un 0,3%, y en el 2013 disminuye la brecha hasta un 0,6%. Posteriormente, en el 2014 los puntos porcentuales que muestran la diferencia en la tasa de desempleo de hombre y mujeres llega a uno de los puntos más bajos, junto con el año 2016 a un 4,9% de brecha de tasa de desempleo. Pero vale recalcar que en el 2015 aumenta un 0,4% respecto del año 2014 y luego vuelve a disminuir un 0,4% en 2016. En el año 2017 la tendencia es nuevamente a aumentar en un 0,2% la brecha, asimismo en el 2018 aumenta 1% y en el 2019 aumenta 0,3% la brecha de la tasa de desempleo. Por lo que el promedio de brecha de desempleo es de 6,12% durante los años objeto de estudio.

**Gráfica 3. Tasa de desempleo, según sexo y grupo de edad**



En la gráfica 3 se constata cómo la tasa de desempleo en menores de 18 años en mujeres es 8,9% mayor que la de los hombres. Después, en el grupo de edad de 18 a 24 años se ilustra como la tasa de desempleo sigue siendo 9,1% mayor que la de los hombres. Luego, entre 29 y 44 años, la brecha de tasa de desempleo entre hombres y mujeres se reduce a 9,3%, pero continúa siendo mayor la tasa de desempleo de las mujeres. En la sección, de los 45 a los 59 años, se evidencia que la tasa de desempleo es mayor para las mujeres, porque existe una brecha de 2,3%. Después, se evidencia un cambio en la tendencia que demuestra la

gráfica, ya que los hombres en la edad de más de 60 años tienen una tasa de desempleo mayor, con una brecha de 2,4%. Finalmente, se puede evidenciar que los hombres tienen menor tasa de desempleo a lo largo de su vida, con un total de 8,2%, mientras que las mujeres tienen una mayor tasa de desempleo con un 13,6%, y una brecha de 5,5% en total, es decir a lo largo de su vida.

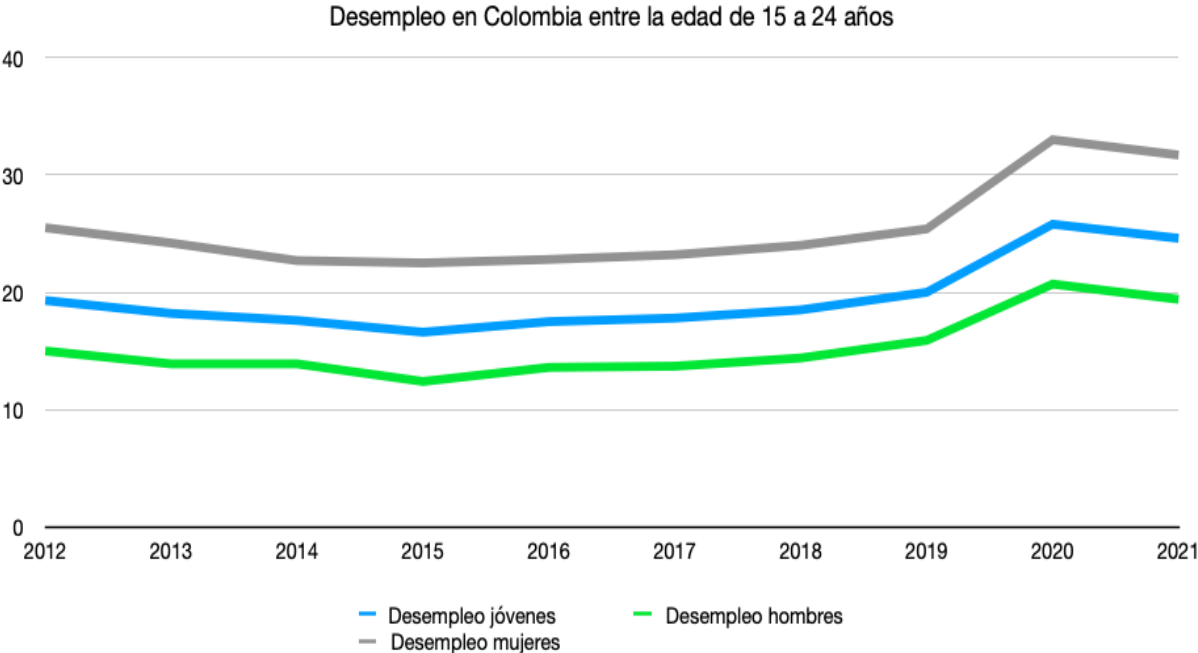
Con relación al análisis cuantitativo expuesto, se puede constatar que la tasa de ocupación – entendida como la relación porcentual entre la población ocupada y el número de personas que integran la población en edad de trabajar (Ministerio de Salud y Protección Social, 2022) – muestra que las mujeres ocupadas que tienen edad de trabajar son un 22,6% menor que los hombres ocupados que tienen edad de trabajar, con lo cual se evidencia desigualdad de género desde la perspectiva desde la cual hay menos mujeres que hombres ocupados con posibilidades de trabajar.

Con relación a la tasa de desempleo – definida como la relación porcentual entre el número de personas que están buscando trabajo y el número de personas que integran la fuerza laboral – (Ministerio de Salud y Protección Social, 2022) se puede confirmar que las mujeres dentro del 2009 y el 2019 tienen una tasa de desempleo 6,12% mayor que la de los hombres durante toda la tendencia de la gráfica 2. Además, con relación a la tasa de desempleo según las edades, como lo ilustra la **gráfica 3** la mayor tasa de desempleo para las mujeres se encuentra en las mujeres entre 18 a 22 años, y seguido de las mujeres menores de 18 años. En adición, se puede ilustrar que según cifras del DANE tomadas en el 2018, la edad promedio de maternidad es mayor entre los 15 y los 24 años (Heraldo, 2018), lo cual coincide las edades donde se concentra el mayor desempleo; por lo tanto, se puede ver una relación proporcional al estar en la edad con más incidencia hacia la maternidad, asimismo el desempleo será mayor.

Ahora bien, trayendo a colación las normas citadas en comparación con las cifras del DANE, se puede corroborar que la excesiva protección normativa y jurisprudencial a la mujer en estado de embarazo; así como las limitaciones al empleador para poder despedirla; ha generado una mayor brecha entre la tasa de desempleo femenino y masculino que se presenta en las edades en las que los embarazos son más frecuentes, es decir entre los 15 y 24 años. Lo que sin duda sugiere que los empleadores no están dispuestos a contratar mujeres que estén en una edad en la que puedan quedar en embarazo. Esto a su vez significa, que las

normas sobre la protección de la maternidad, lejos de cumplir su función de evitar la discriminación, la recrudecen, ya que antes de permitir a las mujeres, acceder al empleo, las ajena de dicha posibilidad.

**Gráfica 4. Tasa de desempleo según sexo desde el 2012 hasta el 2021.**



Autores: Daniella López y Geraldine Pardo, 2022.

La gráfica expuesta se basa en datos recolectados por el Banco Mundial que se fundamenta en la base de datos de los indicadores claves del mercado de la OIT. En la gráfica se muestra cómo a partir del 2018 la tendencia del desempleo aumenta para hombres y para mujeres. Hasta el 2017 se evidencia como la tasa de desempleo es de 14% en promedio, mientras que el promedio del 2018 al 2021 sube cuatro (4) puntos porcentuales la cantidad de personas no ocupadas, alcanzando un promedio de 18% de tasa de personas sin empleo para hombres y mujeres. La brecha entre hombres y mujeres en el 2015 es de 9%, luego en el 2013 es de 10%, en el 2014 es de 9%, en el 2015 es de 11%, en el 2016 es de 9%, en el 2017 es de 9%, en el 2018 es de 10%, en el 2019 es de 9%, en el 2020 es de 12% y en el 2021 es de 13%.

En este sentido, es claro cómo aumenta el desempleo en los hombres y en los jóvenes en general, pero la brecha entre hombres y mujeres no se reduce significativamente, oscilando entre el 9% al 13%.

Hay que tener en cuenta un acontecimiento relevante en el 2017, el cual fue la sentencia C-005-17, en la cual se ampliaba el fuero de maternidad al cónyuge o compañero permanente, y como se evidencia en la gráfica se demuestra que a partir de ese momento el desempleo tanto como para hombres, como para mujeres aumenta, de esta manera se focaliza el desempleo en los jóvenes pasando de tener un desempleo promedio de 18% hasta el 2017, y a partir de este año el desempleo promedio llegó a 22,5%, en este sentido a partir de esta providencia el desempleo aumentó en un 4,5%.

Además, como se pudo analizar, la brecha de tasa de desempleo entre hombres y mujeres no se redujo significativamente, es más, las brechas más altas se encuentran en el 2020 y 2021, por lo que se evidencia que no se logró el cometido de la Corte de reducir la brecha de desempleo entre hombres y mujeres, y evitar la discriminación de estas últimas. Por el contrario, lo que logró estadísticamente fue aumentar la tasa de desempleo también para los hombres y para el grupo de 15 a 24 años en general.

### **5. Efectos de ampliar el fuero de maternidad en el mercado laboral.**

En este punto, se entrará a revisar la influencia de la sentencia C-005 de 2017 en el mercado laboral. Para esto, hay que decir que se evidencia en estadísticas que la edad promedio de gestación en América Latina es desde el inicio de la adolescencia hasta los 30 años (National Geographic, 2019). En línea con lo anterior, a partir de los 45 años de edad es muy poco probable que una mujer pueda quedar embarazada con sus propios óvulos conforme a la literatura científica (Acuña, Schwarze, Villa, y Pommer, 2013); por esa razón, para un empleador es un incentivo contratar a mujeres mayores de 45 años, ya que de lo contrario tendrían que incurrir en costos adicionales por contratar una mujer embarazada o que pueda quedar embarazada, por ejemplo, gastos en talento humano y en trámites.

La contratación laboral a mujeres en estado de gestación y lactancia implica unos costos para el empleador. A saber, se identifican cinco costos puntuales que se tendrán en cuenta.

En primer lugar, están las incapacidades médicas por enfermedad de origen común de la trabajadora, las cuales son definidas como “el estado de inhabilidad física o mental que le impide a una persona desarrollar su capacidad laboral por un tiempo determinado, originado por una enfermedad general o accidente común y

que no ha sido calificada como enfermedad de origen laboral o accidente de trabajo” (Decreto 1427, 2022). Pues durante dicho periodo de tiempo el estado de salud de la mujer es más delicado y tiende a sufrir más afecciones clínicas que implican el reposo sin posibilidad de trabajar. Por esto, el empleador no podrá contar con la prestación del servicio de la mujer contratada y deberá incurrir en otros gastos de recursos para encontrar un trabajador que realice las tareas que desarrollaba la mujer embarazada por el tiempo que esté incapacitada, por esto, los empleadores tienen que incurrir en otros gastos como por ejemplo los relativos a talento humano.

En segundo lugar, después del momento del parto, la madre tendrá una licencia de maternidad, la cual durará 18 semanas. Durante dicha licencia, el empleador deberá seguir realizando los aportes correspondientes de seguridad social y la madre trabajadora deberá recibir el pago completo de la licencia de maternidad, bien sea por parte de la EPS o por el empleador (Supersalud, 2018). Aún cuando el empleador no reciba ningún tipo de contraprestación (trabajo) por parte de la mujer. Además, deberá contratar a alguien más que desempeñe las funciones que tenía la trabajadora, que ahora es madre; incurriendo así en gastos extras — pagar otro salario —.

Posteriormente, hay un periodo lactancia como lo ordena el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, en el cual el empleador está obligado a concederle a la trabajadora dos descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad (López, 2020).

En esta misma línea, no se puede olvidar que el recién nacido aún es muy pequeño y, por tanto, puede tener fácil y frecuentemente contingencias de salud. El empleador, por mandato de la ley, al tratarse de una calamidad doméstica tiene la obligación de darle permiso a la madre para que se ausente y pueda acompañar a su hijo. Bajo este escenario, tampoco podrá contar con la prestación personal del servicio de la madre y tendrá que realizar los debidos aportes a seguridad social y pagarle su salario.

En adición, hay que tener en cuenta que si el empleador despide a una mujer que goce de la estabilidad laboral reforzada en razón de la maternidad sin la debida autorización del ministerio de trabajo; el juez competente podrá ordenar el reintegro de la trabajadora y habrá lugar a una indemnización.

Teniendo en cuenta los costos anteriormente mencionados que genera

contratar una mujer en estado de embarazo hace que sea mucho más costoso para el empleador que una mujer u hombre que no está en edad de formar familia. Sin embargo, con la ampliación de la estabilidad laboral reforzada a la pareja de la mujer embarazada, el empleador tendrá que hacer una ponderación costo-beneficio a la hora de contratar ya sean hombres o mujeres que tengan edad de formar familia versus los que ya superan la edad promedio de reproducción o adopción.

Por lo tanto, este intento de protección a la pareja de la mujer embarazada, puede convertirse en una nueva discriminación a la hora de acceder a un empleo, ya que ahora el empleador no se guiará por los costos y restricciones que le puede generar contratar a una mujer, sino por la edad promedio en que las parejas tienden a formar familia con hijos, como se pudo evidenciar en la gráfica número 4, en donde la tasa de desempleo aumenta un 4,5% desde el 2017 hasta el 2021. Y en este sentido se optará por trabajadores que no tengan la intención ni la edad de tener hijos.

Lo anterior, conlleva a que la razón de ser de la jurisprudencia y legislación que extiende la estabilidad laboral reforzada tenga un efecto contrario, ya que como dice la sentencia C-007-2015 se debe proteger el núcleo fundamental de la sociedad (artículo 42 de la Constitución Política) y el interés superior del menor (artículo 44). Sin embargo, al extender la estabilidad laboral reforzada se generaría un desincentivo para el empleador para contratar a personas que quieran formar familia o estén en edad para hacerlo. Por lo cual no se protege el núcleo fundamental de la sociedad, sino que, por el contrario, se discrimina a las personas que quieren formar familia, porque pueden representar un costo muy alto para el empleador. Tampoco se protege el interés superior del menor, porque ahora no solo su madre, sino su padre, o la pareja de su madre, va a tener dificultades para acceder a un empleo, y asimismo darle un sustento económico y unas condiciones dignas de vida al menor (Corte Constitucional, MP. Ortiz, 2015).

Debe resaltarse que cuando una pareja quiere tener hijos, y el padre o la pareja de la madre, no puede acceder a un empleo por este motivo, en vez de lograr ser el soporte material y emocional de la mujer gestante o lactante, como lo dice la C-007-2015, se convierte en una nueva preocupación para la familia, ya que será difícil conseguir lo necesario para garantizarle una vida digna al menor, e incluso lo mínimo para que la pareja también pueda tener un mínimo vital (Corte Constitucional, MP. Ortiz, 2015).

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional señala que al no existir la extensión de la estabilidad laboral reforzada, se generaría discriminación a la pareja de la mujer y al que está por nacer (Corte Constitucional, MP. Ortiz, 2015). Por el contrario, se considera que al no ser atractivo ninguno de los miembros de la pareja para el mercado laboral, no se puede garantizar de manera plena que el recién nacido o incluso el que esté por nacer tenga comida, vestido, vivienda, y medicamentos que no cubra ni la EPS o el régimen subsidiado de salud.

Adicionalmente, si bien la Corte Constitucional al ampliar la estabilidad laboral reforzada de la pareja tiene la intención de neutralizar la discriminación hacia la mujer, al no ser la única destinataria del mencionado fuero. Este cometido no se logra, ya que como se evidenció, la brecha de desempleo entre hombres y mujeres no se disminuye, sino, por el contrario, después del 2017 las brechas más altas tienen lugar en el 2020 y 2021, como se expuso la gráfica número 4 (Corte Constitucional, MP. Ortiz, 2015).

En adición, hay que destacar que aunque el Estado como Estado Social y Estado Paternalista ha intentado regular la estabilidad laboral reforzada a poblaciones que considere que tienen alguna debilidad, para así lograr la igualdad material. El Estado no puede definir cada una de las políticas empresariales o sus estatutos, ni tampoco puede ser omnipotente y estar en cada negocio jurídico particular supervisando que las mujeres gestantes o lactantes, y su cónyuge o compañero permanente puedan acceder a un empleo. Por el contrario, se considera que sus políticas públicas tienen que estar dirigidas a generar incentivos para que se logren los fines constitucionales como la estabilidad laboral reforzada, y se pueda generar el efecto adverso a la discriminación.

Finalmente, es importante resaltar, que un factor que también influye en la brecha de desempleo, la cual no deja de existir entre hombres y mujeres, es la visión machista en la sociedad y en la cultura. La mayoría de las mujeres, además de ser trabajadoras, deben ser madres, esposas y/o compañeras permanentes; lo que implica que deben invertir una buena parte del tiempo en las labores del hogar y el cuidado de los hijos. Esto implica que las mujeres deben responder por ambos grupos de obligaciones, por esto los empleadores tienen la creencia de que las mujeres no pueden desempeñarse de manera eficiente y eficaz en el trabajo. Entonces a pesar de que exista un mecanismo jurídico que le otorgue estabilidad laboral reforzada a hombres y mujeres, y evitar su discriminación. No existe un

mecanismo desde el ámbito jurídico que elimine la cultura empresarial machista y los prejuicios hacia las mujeres embarazadas o que tienen un recién nacido (Múñoz & Zúñiga, 2020).

## **6. Conclusiones**

El régimen constitucional, la legislación y la jurisprudencia que se desarrolló a lo largo de toda la ponencia intenta proteger el querer formar familia, entendiéndola como el núcleo esencial de la sociedad; pero se ha generado un efecto adverso, pues esa protección genera discriminación a la hora de contratar a una mujer que pueda formar familia o que esté en estado de embarazo. Debido a que el empleador va a tener restricciones y costos adicionales que no tendría con otro trabajador que no tenga intención de formar familia o esté en etapa infértil. Lo cual se soportó a lo largo de la ponencia con las cifras del DANE que muestran la brecha de la tasa de ocupación es de 22,6%, la brecha de tasa de desempleo de 6,12% entre hombres y mujeres del 2009 al 2019, siendo desfavorable para las mujeres. Como también, se evidencia una brecha de desempleo 5,5% a lo largo de toda la vida de un hombre y una mujer, siendo desfavorable para las mujeres; así como también las tasas de desempleo más altas se concentran entre en el rango de edad de menores de 18 años, y entre 18 y 24 años, siendo la tasa de desempleo más alta para las mujeres que para los hombres.

Teniendo en cuenta que al ampliar la protección de la estabilidad laboral reforzada a la pareja de la mujer embarazada, esta protección generaría costos y obstáculos para el empleador a la hora de contratar el cónyuge o compañero permanente de una mujer con ánimo de formar familia. Por lo cual como se demostró a lo largo del escrito, la protección desarrollada por Corte Constitucional generaría el efecto adverso de la protección, y es la discriminación a la pareja a la hora de acceder a un empleo.

Entonces, hay que preguntarse: ¿para acceder a un trabajo no se puede formar familia simultáneamente?, ¿es un desincentivo contratar a personas que quieran construir el núcleo esencial de la sociedad?. La respuesta a estas debería ser no, ya que ser padre o madre es un incentivo más para trabajar de manera eficiente y productiva, para lograr un futuro adecuado para un hijo. Además, la familia es un nuevo mundo de posibilidades, sueños y esperanzas en donde se hace

necesario un trabajo digno para construir el núcleo esencial de la sociedad.

Pero en la práctica vemos que la respuesta a estas preguntas es sí, ya que es un desincentivo económico en ámbito de costos de oportunidad contratar a un trabajador que quiera formar familia, debido a que las empresas por lo general buscan maximizar sus utilidades y evitar pérdidas de tiempo, de trabajo, de producción y económicas. Por último, si bien se puede dar un giro a la jurisprudencia e incluso a la ley, esta no tendrá efectos prácticos, sino se generan incentivos a las empresas para contratar personas en edad o con intención de formar familia.

## **7. Referencias**

Banco Mundial. (2022) Desempleo total de jóvenes en Colombia. Recuperado de:

<https://datos.bancomundial.org/indicador/SL.UEM.1524.MA.NE.ZS?end=2021&locations=CO&start=2012>

Constitución Política de Colombia, 1991. (2022). (47 ed.). Bogotá D.C.: Legis Colección de Códigos Básicos.

Código Sustantivo del Trabajo. (2022). (49 ed.). Bogotá D.C.: Legis Colección de Códigos Básicos.

Corte Constitucional- Sala Plena. (13, febrero, 2013). Sentencia SU-070 de 2013. Fundamentos normativos de la protección laboral reforzada de mujer embarazada. Magistrado Ponente Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional - Sala Plena. (18, enero, 2017). Sentencia C-005 de 2017. La estabilidad laboral reforzada a pareja de mujer embarazada o lactante no trabajadora. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Congreso de Colombia (julio 29, 2021). Ley 2114 de 2021

Cuervo, M. (n.d.). Análisis Jurisprudencial en Relación a la Protección Laboral Reforzada de la Mujer Embarazada en Colombia. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22939/1/Análisis%20Jurisprudencial%20en%20Relación%20a%20la%20Protección%20Laboral%20Reforzada%20de%20la%20Mujer%20Embarazada%20en%20.pdf>

DANE. (2022, August 11). Boletín Técnico Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH). Recuperado de: [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech\\_genero/boletin\\_GEIH\\_sexo\\_abr22\\_jun22.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_genero/boletin_GEIH_sexo_abr22_jun22.pdf)

DANE. (n.d.). PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES COLOMBIANAS EN EL MERCADO LABORAL. Recuperado en abril del 2022, de [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech\\_genero/boletin\\_GEIH\\_sexo\\_abr22\\_jun22.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_genero/boletin_GEIH_sexo_abr22_jun22.pdf)

El Heraldo, & Dane. (n.d.). *Colombianas Están Postergando La Edad Para Ser Madres*: Dane. <https://doi.org/https://www.elheraldo.co/colombia/colombianas-estan-postergando-la-edad-para-ser-madres-dane-640299>

Ministerio de Salud y Protección Social. (n.d.). Definiciones básicas. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/trabajoEmpleo/Paginas/definiciones.aspx>

Sánchez, L., Silvestre, M., & Valencia, D. (n.d.). *UNA MIRADA CRÍTICA AL FUERO DE MATERNIDAD DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA*. Recuperado de: [https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/11869/200812\\_Revista\\_Estrado\\_Vol\\_6\\_no-11\\_16-29.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/11869/200812_Revista_Estrado_Vol_6_no-11_16-29.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Muñoz, A. M., y Zúñiga, M. (2020). ¿Podemos tenerlo todo? Discusiones alrededor del techo de cristal. El trabajo y las mujeres (pp. 73-102). Bogotá D.C, Colombia: Tirant Humanidades.

Organización Internacional del Trabajo. (2000). *Convenio sobre la protección de la maternidad*. Recuperado de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C183](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183)

Organización Internacional del Trabajo. (2009). *Notas OIT sobre el trabajo y la familia*. Recuperado de:

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_189333.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_189333.pdf)

DANE. (2021). *Principales indicadores del mercado laboral*. Recuperado de: [https://img.lalr.co/cms/2021/11/30163259/bol\\_empleo\\_oct\\_21.pdf](https://img.lalr.co/cms/2021/11/30163259/bol_empleo_oct_21.pdf)

La natalidad en el mundo: madres más mayores y menos prolíficas. (5 de mayo de 2019). National Geographic. Recuperado de: [https://www.nationalgeographic.com.es/mundo-ng/natalidad-mundo-madres-mas-mayores-y-menos-prolificas\\_11118](https://www.nationalgeographic.com.es/mundo-ng/natalidad-mundo-madres-mas-mayores-y-menos-prolificas_11118)

Acuña, G., Schwarze, J. E., Villa, S., y Pommer, R. (2013). Edad máxima en la que una mujer puede ser madre con sus propios óvulos. Revisión sistemática. *Rev Chil Obstet Ginecol*, volumen (78(5)), 357 - 359. Recuperado de: [https://www.google.com/url?sa=t&source=kweb&rct=j&url=https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchog/v78n5/art05.pdf&ved=2ahUKEwin976VkJr6AhW3TDABHeBsDuA4ChAWegQIFBAB&usg=AOvVaw2Z\\_LIHbaCFvQY6ez0dtsCo](https://www.google.com/url?sa=t&source=kweb&rct=j&url=https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchog/v78n5/art05.pdf&ved=2ahUKEwin976VkJr6AhW3TDABHeBsDuA4ChAWegQIFBAB&usg=AOvVaw2Z_LIHbaCFvQY6ez0dtsCo)

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. (21, marzo, 2018). Sentencia SL-1319 de 2018. Radicación No. 51585. Magistrado Ponente Fernando Castillo Cadena.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. (15, abril, 2015). Sentencia SL-4791 de 2015. Radicación No. 47001. Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Descongestión Laboral. (13, septiembre, 2021). Sentencia SL-4289 de 2021. Radicación No. 83036. Magistrado Ponente Omar de Jesús Restrepo Ochoa.

Corte Constitucional. (25, septiembre, 1997). Sentencia C-470 de 1997. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (26 de enero, 2007) sentencia T-034 de 2007, Magistrado Ponente MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Organización Internacional del Trabajo. (2009). Notas OIT sobre el trabajo y la familia.

Organización Internacional del Trabajo. (1952). Recomendación sobre la protección de la maternidad. Recomendación No. 95.

Organización Internacional del Trabajo. (1958). Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). Convenio 111.

Organización Internacional del Trabajo. (1981). Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. Convenio 156.

Organización Internacional del Trabajo. (2000). Convenio sobre la protección de la maternidad. Convenio 183.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

Decreto número 1427 de 2022. (2022). Ministerio de Salud y Protección Social.

Superintendencia de Salud. (2023). Trabajadora debe recibir pago completo de la licencia de maternidad. Ámbito Jurídico. Recuperado de:

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/laboral-y-seguridad-social/trabajadora-debe-recibir-pago-completo-de-la-licencia>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2020). Concepto 223241 de 2020. Recuperado de:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=140919>

Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-470-97, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-470-97.htm>