

LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN COLOMBIA EVOLUCIÓN NORMATIVA
DESDE 1950 HASTA LA ACTUALIDAD.

Autores:

CRISTIAN DAVID IBARRA RUIZ
ANDRES ESTEBAN LONDOÑO OSPINA

TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER TÍTULO DE
ABOGADO

Asesor:

MIGUEL ÁNGEL CORTÉS GARCÍA

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA- UNAULA
FACULTAD DE DERECHO

Medellín

2018

TABLA DE CONTENIDO.

OBJETIVOS	3
RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN COLOMBIA.....	9
1.1 La evolución legislativa de la licencia de maternidad antes de 1950.....	9
1.2 El Código Sustantivo del Trabajo y la evolucion normativa despues de 1950	15
1.3 La reforma de 1990 y normatividad actual.....	20
CAPÍTULO 2. CONFLICTOS NORMATIVOS.....	33
2.1 La obligacion de haber cotizado con anterioridad a la solicitud de lalicencia de maternidad	35
2.2 Las garantias fundamentales de la mujer en estado de gestacion y el trabajo informal.....	40
CAPÍTULO 3. ASPECTOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES	44
3.1 Alcances y objetivos de la licencia de maternidad	45
3.2 Termino para la reclamacion de la licencia	47
3.3 Principio de estabilidad laboral reforzada	48
3.4 Pago completo o proporcional de la licencia de maternidad	49
3.5 La mujer en estado de gravidez y el contrato de prestacion de servicios ...	52
CONCLUSIÓN.....	54
REFERENCIAS	58

OBJETIVOS

GENERAL.

1. Compilar la evolución normativa de la Licencia de Maternidad en Colombia, con el fin de conocer su alcance normativo y su situación jurídica actual.

ESPECÍFICOS.

1. Conocer la evolución normativa de la licencia de maternidad en Colombia.
2. Comprender los conflictos normativos actuales referentes a la materialización de la licencia de maternidad en Colombia como garantía constitucional.
3. Identificar los aspectos jurisprudenciales relevantes, de la Corte Constitucional en relación con la licencia de maternidad.

RESUMEN.

El presente trabajo tiene como base una metodología descriptiva y busca analizar la Licencia de Maternidad como una garantía constitucional en Colombia; para lo cual, se abordarán tres ejes temáticos, el primero de ellos, consiste en un análisis histórico de la evolución normativa de la licencia de maternidad; seguido por los conflictos normativos que actualmente se presentan en la materialización de dicha garantía y, por último, se expondrán los aspectos jurisprudenciales relevantes que con relación a la licencia de maternidad, la Corte Constitucional o las altas cortes han desarrollado, utilizando para ello una compilación de normas que fueron promulgadas en un lapso de tiempo comprendido entre los años 1950 y 2017, teniendo como referentes las normas constitucionales, decretos y leyes que atañen al tema de la licencia de Maternidad, es decir, pretendemos recolectar y analizar una serie de normas para demostrar que la licencia de maternidad no solo comprende un factor económico, sino que también comprende, protege y lleva conexos derechos fundamentales, como la vida del neonato, la vida de la madre, la salud y bienestar de los mismos, entre otros, y además con la finalidad de demostrar que consideramos inconstitucional el promulgar o crear normas que parcialicen o que exijan requisitos para obtener dicha garantía y que se cobije no sólo a las madres que laboran o poseen un contrato de trabajo sino también a las que no lo poseen o que su trabajo es informal. Para terminar, se dará una conclusión referente al tema de investigación argumentando que la licencia de maternidad en Colombia atraviesa por una serie de cortapisas jurídicas que han impedido su materialización conforme a los lineamientos constitucionales de la Carta Política de 1991.

PALABRAS CLAVES: Licencia de maternidad, garantía constitucional, conflictos normativos, desarrollo jurisprudencial.

ABSTRACT.

The present work is based on a descriptive methodology and seeks to analyze the Maternity License as a constitutional guarantee in Colombia; for which, three thematic axes will be addressed, the first of which consists of a historical analysis of the normative evolution of maternity leave; followed by the normative conflicts that are currently presented in the materialization of said guarantee and, lastly, the relevant jurisprudential aspects that regarding the maternity leave, the Constitutional Court has been developed. To conclude, a conclusion will be given regarding the research topic arguing that maternity leave in Colombia goes through a series of legal obstacles that have prevented its materialization according to the constitutional guidelines of the 1991 Political Charter.

KEY WORDS: Maternity leave, constitutional guarantee, regulatory conflicts, jurisprudential development.

INTRODUCCIÓN.

En la sociedad actual la mujer ocupa un papel más participativo y representativo en igualdad de condiciones que los hombres, en tanto que, hoy por hoy, se ha involucrado profundamente en áreas antes impensables como las artes, la política, la economía, la educación, entre otras, ganando un espacio importante en el sistema productivo de cada país, y en ocasiones desplazando la mano de obra masculina. Pues, en el ámbito laboral ya existen cargos y funciones diseñadas específicamente para la mujer.

En Colombia, el proceso evolutivo en cuanto a la participación de la mujer en la esfera laboral y económica del país ha sido lento y muy marcado por cuenta de las tendencias patriarcales y machistas arraigadas en nuestra cultura, que veían a la mujer como un ser ajeno al campo intelectual y productivo.

Por tal razón, las garantías y derechos de la mano de obra femenina eran mínimas por no decir, ninguna. Sin embargo, hechos históricos como la *revolución industrial*¹, los *movimientos feministas*², entre muchos otros, dieron lugar a comprender la participación de la mujer en sociedad, no solamente en el rol de madre, hija, o esposa. Sino también, en el ámbito laboral y productivo, sobre pasando así las obligaciones, fronteras y responsabilidades del hogar. Sobre lo anterior, expresa Montoya Ruiz; *“El reconocimiento y ejercicio de los derechos sociales, culturales y económicos de la mujer, de los que hace parte el derecho al trabajo, ha sido progresivo y posible gracias a los resultados de prolíficos movimientos sociales y académicos en diversas ciencias y disciplinas,*

¹LA REVOLUCION INDUSTRIAL, El rol de la mujer. <http://larevolucionindustrialmekhi.blogspot.com.co/2012/10/el-rol-de-la-mujer.html> consultado.

²Los movimientos feministas como motores del cambio social <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article135> consultado.

que han reclamado la inclusión y propugnado por tratamientos igualitarios entre hombres y mujeres, así como por consideraciones diferenciales en razón del género”³.

Por tanto, la participación de la mujer en el ámbito económico ha sido una conquista reiterada que ha dado lugar una serie de cambios en las legislaciones de cada país. Por cuanto, las garantías necesarias para la participación del sexo femenino en lo laboral requieren un trato especial.

Por ejemplo, el artículo 53 de nuestra Constitución expresa: *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”⁴.*
(subrayado fuera de texto)

En tal sentido, nuestra Carta Magna acoge un régimen especial en cuanto a la protección y garantías de la mujer en ámbito laboral que, no solamente se expresa como el elemento de una estabilidad laboral reforzada durante su

³ MONTOYA RUIZ, A. Mujeres y trabajo ¿derecho u ocupación? Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas, Universidad cooperativa de Colombia.

⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política Artículo. 53. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>, consultado.

etapa de embarazo. Sino, además como la protección especial requerida en los distintos roles que la mujer desempeña en sociedad. Siendo el principal, el rol de madre, y que por cuenta de este podría darse lugar a un despido injusto o aun actuar discriminatorio por parte del empleador.

Por tal razón, el artículo 43 inciso segundo expresa: *“La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado”*⁵. Así, nuestra Carta Política indico un trato diferenciado para aquella mujer trabajadora, que adquiere el papel de madre y que por tanto la Carta Magna le brinda una especial protección, nos referimos puntualmente, a la licencia de maternidad como garantía constitucional, que tiene la mujer durante y después de su gestación, para lo cual es preciso definir su alcance teórico y su significado, dando respuesta a la pregunta: ¿Qué es la licencia de maternidad? Entendida como: el reconocimiento de tipo económico que hace el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a la progenitora del recién nacido, a la madre adoptante del menor de 18 años o al padre adoptante cuando éste carezca de cónyuge o compañera permanente. Lo cual, al amparo de nuestra Constitución, conlleva la responsabilidad en cabeza del Estado y los empleadores, el permitir a la madre hacer uso y goce del derecho adquirido, además de los derechos que le asisten al nacido.

Pretende la presente compilación, dar cuenta del aspecto evolutivo de la normatividad nacional en cuanto a la protección de la mujer en el ámbito laboral, haciendo énfasis en la licencia de maternidad plasmada como garantía Constitucional en la Carta Política de 1991, y la serie de conflictos normativos que en la actualidad se presentan como obstáculo para que la mujer haga uso

⁵CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política Artículo. 43. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>, consultado

efectivo de las garantías constitucionales que le asisten.

Además de lo anterior, nos referiremos a los aspectos jurisprudenciales relevantes expresados por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en relación con la licencia de maternidad. Brindaremos además una serie de conclusiones basadas tanto en el campo laboral, social y cultural de nuestro país, aportando un punto de vista subjetivo frente al tema a tratar, para unas posibles observaciones a futuro por el lector y con la intención de crear conciencia frente a éste tema; que no sólo permea a la mujer, sino que también le compete a la familia como núcleo de la sociedad e inculca derechos de gran importancia como lo son los derechos de los niños o del que está por nacer y no solamente dirigiéndonos hacia el sector laboral sino hacia otras esferas que se relacionan con la licencia en cuestión.

La importancia de nuestro trabajo compilatorio radica en informar la situación actual de la licencia de maternidad en nuestro país, qué importancia o impacto jurídico tiene y qué aspectos jurisprudenciales importantes se han aportado a la legislación colombiana; es importante también porque nos enseña o nos da a conocer los diferentes términos y derechos que tienen las madres gestantes en cada una de sus etapas, las prestaciones económicas a las que tiene derecho y las garantías constitucionales tanto como empleada del sector formal como del informal.

CAPITULO 1

EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN COLOMBIA.

La evolución normativa en cuanto a las garantías laborales de la mujer en nuestro país, han surtido un proceso lento por aspectos culturales arraigados en

nuestro territorio. Por tal razón, las conquistas legales obtenidas por las mujeres en relación con sus derechos han sido muy significativas, para el estudio de estas dividiremos el desarrollo legal de la licencia de maternidad y demás derechos adquiridos, en tres periodos de tiempo a saber; el primero de ellos comprende los cambios legislativos referentes a la licencia de maternidad antes del año de 1950. El segundo, referente a la aparición del Código Sustantivo del Trabajo y demás actividad legislativa, hasta la reforma laboral de 1990. Donde, además se da inicio a un tercer periodo legislativo que abarca hasta la normatividad actual referente al tema de investigación.

1.1 La evolución legislativa de la licencia de maternidad antes de 1950.

El primer antecedente normativo referente a la evolución de la licencia de maternidad en Colombia puede considerarse *el convenio sobre la protección de la maternidad de 1919*⁶, el mismo trata temas referentes al empleo de las mujeres antes y después del parto, dicho convenio de la OIT fue adoptado por el Gobierno de Colombia mediante Ley 129 de 1931. Seguidamente se promulgaron una serie de leyes y decretos referentes al tema de investigación a saber:

Ley 129 de 1931.

Está ley, en lo referente a los derechos de la mujer trabajadora en estado de gestación, acoge en su totalidad los lineamientos del convenio 03 de 1919 de la OIT. De tal forma, en su artículo 3 en relación con la licencia de maternidad indica la procedencia de un descanso en las seis semanas próximas al parto y las seis siguientes después de dar a luz. Además de ello, pone en cabeza del

⁶INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, c003 – convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. (núm. 3). http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003 consultado.

Estado la obligación de garantizar las prestaciones suficientes para la manutención del hijo y de ella en condiciones dignas.

“(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;

(c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la 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. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

(d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia”⁷.

Así también, plasma un grado de estabilidad laboral reforzada, en cuanto indica la prohibición de despido por ausencia causada con motivos del embarazo, o de enfermedad sobreviniente del mismo. De lo cual, el artículo 4 del convenio expresa: *“Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una*

⁷INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, c003 – convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. (Núm. 3). http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003 consultado.

enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia”⁸.

Ley 53 de 1938.

Mediante la presente ley el Congreso de la Republica da su primer avance en relación con la protección de la maternidad. Dicha norma, consagra como derechos de la mujer embarazada; *la licencia remunerada*⁹ de 8 semanas, *la prohibición de despido*¹⁰ de su trabajo por motivos del embarazo o la etapa de lactancia, el permiso de 15 a 20 minutos cada 3 horas en etapa de lactancia para alimentar al nacido y *la procedencia de la indemnización*¹¹ cuando la mujer sea despedida sin mediar justa causa, dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto. Así, además *la licencia remunerada*¹² de 2 semanas de incapacidad y hasta 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, mediando para ello certificado médico. Indica, además la norma en estudio que estas licencias empezarán a contarse desde el día indicado por el médico de la interesada.

⁸INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, c003 – convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. (Núm. 3). http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003 consultado.

⁹CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 53 de 1938. (22, abril 1938). “Por la cual se protege la maternidad”. Diario Oficial. No. 23764. Bogotá, DC. Artículo 1.

¹⁰CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 53 de 1938. (22, abril 1938). “Por la cual se protege la maternidad”. Diario Oficial. No. 23764. Bogotá, DC. Artículo 2.

¹¹CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 53 de 1938. (22, abril 1938). “Por la cual se protege la maternidad”. Diario Oficial. No. 23764. Bogotá, DC. Artículo 3.

¹²CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 53 de 1938. (22, abril 1938). “Por la cual se protege la maternidad”. Diario Oficial. No. 23764. Bogotá, DC. Artículo 5.

Decreto 1632 de 1938.

Es importante recordar que, las garantías de la ley 53 de 1938 recaía únicamente sobre empleadas del sector privado. Ya que, las trabajadoras del sector público se regían por una normatividad especial. De lo anterior, la importancia del presente decreto pues dispuso extender lo referente a la licencia de maternidad a las empleadas del sector público.

“Todas Las trabajadoras, ya sean obreras o empleadas de entidades públicas o particulares, que presten servicios o ejecuten un trabajo por cuenta de un patrono y mediante una remuneración, tienen derecho a la protección que establece para ellas la Ley 53 de 1938”¹³.

Ley 197 de 1938.

Esta ley, reforma el artículo tercero de la ley 53 de 1938, indicando la procedencia de la *indemnización*¹⁴ a que tiene derecho la mujer en embarazo si es despedida injustamente, indicando que le asiste dicho derecho durante toda la etapa del embarazo y tres meses después del parto, siempre que medie comprobante facultativo. Vale recordar, que el artículo reformado solamente permitía la solicitud de indemnización, si el despido se producía durante los tres meses anteriores o posteriores al parto.

Decreto 1766 de 1939.

¹³CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1632 de 1938. (10, septiembre 1938). “Por el cual se reglamenta la ley 53 de 1938, que protege la maternidad”. Diario Oficial. No. 23884. Bogotá, DC. Artículo 1.

¹⁴CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 197 de 1938. (30, noviembre 1938). “Por la cual se reforman las leyes 178 y 162 de 1936”. Diario Oficial. Bogotá, DC.

El decreto en mención dispuso que el tiempo durante el cual la mujer estuviera en licencia de maternidad, su *remuneración*¹⁵ se fijaría con base en el valor del jornal diario devengado en los 30 días anteriores a la fecha en la cual se concede la licencia, multiplicando la cifra que ese jornal diario represente, por el número de días de la licencia.

Ley 6 de 1945.

Esta ley es de suma importancia por ser la primera, en referirse al concepto de *prestaciones sociales*¹⁶ de los trabajadores sin discriminar sexo, de esta manera nos aporta al tema de investigación. Toda vez, que dio abrió el camino para que surgieran nuevas legislaciones referentes a proteger y mejorar las condiciones laborales de las trabajadoras.

Ley 90 de 1946.

Como se indicó anteriormente, la ley 6 de 1945 dio lugar a nuevas legislaciones concernientes a proteger y garantizar los derechos de los trabajadores. Razón por la cual, mediante la presente ley el Congreso de la Republica creó el *Instituto colombiano de Seguros Sociales*¹⁷, como ente público encargado garantizar el cumplimiento en las prestaciones sociales, entre las que se encuentra la licencia de maternidad, entre otras.

¹⁵CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1766 de 1939. (05, septiembre 1939). “Por el cual se aclara el artículo 2 del decreto número 953 de 1939”. Diario Oficial. No. 24167. Bogotá, DC.

¹⁶CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 6 de 1945. (19, febrero 1945). “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”. Diario Oficial. No. 25790. Bogotá, DC.

¹⁷CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 90 de 1946. (26, diciembre 1946). “Por la cual se establece el seguro obligatorio y se crea el instituto de seguros sociales”. Diario Oficial. No. 25790. Bogotá, DC.

1.2 El Código Sustantivo del Trabajo y la evolución normativa después de 1950.

La evolución normativa, referente a la licencia de maternidad y demás derechos adquiridos por la mujer, después del año de 1950 se encuentra marcada por la expedición del Código Sustantivo del Trabajo. Dicha norma, es la base conceptual y jurídica del andamiaje legal desarrollado en los años posteriores. Vale además recordar, que es el primer Código Laboral en el cual los derechos y garantías legales de la mujer son reconocidas.

Decreto 2663 de 1950.

El Código Sustantivo del Trabajo, dispuso una especial protección a la maternidad, entre las cuales se encuentra, el *descanso remunerado*¹⁸ en época de parto. Es decir, una licencia de maternidad de 12 semanas, pagadas de conformidad con el sueldo devengado al momento de salir a disfrutar de la licencia, *la prohibición de despido por motivo del embarazo o lactancia*¹⁹, o la exigencia de permiso especial para despedir por causa justa, una indemnización correspondiente al pago de 60 días laborados, además del pago de las doce semanas remuneradas a que tiene derecho, en caso no haber sido autorizado el despido. Así mismo; *la prohibición*²⁰ de emplear la fuerza laboral femenina en trabajos insalubres, peligrosos o que requieran grandes esfuerzos para las mujeres en estado de embarazo, también indico la obligación de los patrones con más de cincuenta trabajadoras, de fundar y sostener una *sala cuna*²¹ para los hijos menores de dos años de las trabajadoras, así mismo

¹⁸CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2636 de 1950. (05, agosto 1950). “Código sustantivo del trabajo”. Diario Oficial. No. 27407. Bogotá, DC. Artículo 236.

¹⁹CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2636 de 1950. (05, agosto 1950). “Código sustantivo del trabajo”. Diario Oficial. No. 27407. Bogotá, DC. Artículo 239.

²⁰CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2636 de 1950. (05, agosto 1950). “Código sustantivo del trabajo”. Diario Oficial. No. 27407. Bogotá, DC. Artículo 242.

²¹CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2636 de 1950. (05, agosto 1950). “Código

dispuso una licencia de descanso para la mujer con parto prematuro o aborto de 2 a 4 semanas remuneradas.

Como aspecto importante del presente decreto, se destaca la extensión de las garantías en relación con la mujer u hombre adoptante.

“Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente”²². (subrayado fuera de texto).

Decreto 3743 de 1950.

El presente Decreto, tenía como fin introducir al Código Sustantivo del Trabajo una serie de modificaciones solicitadas por los gremios, las asociaciones patronales y de trabajadores. Así, los conceptos emitidos por los especialistas del derecho laboral, en cuando a la protección de la mujer, el decreto ratifico en su totalidad lo plasmado en el Decreto 2663 de 1950, no dispuso por lo tanto modificar o adherir normatividad alguna.

Ley 73 de 1966.

Esta ley, instituye la obligación del patrono, de conceder a la trabajadora dos descansos cada uno de 30 minutos, dentro de la jornada laboral para amamantar a su hijo, sin que ello conlleve descuento alguno en el salario.

Así, además plasma la obligación del patrono de conservar el empleo a la trabajadora que este disfrutando de algún descanso remunerado, o de licencia

sustantivo del trabajo”. Diario Oficial. No. 27407. Bogotá, DC. Artículo 245.

²²CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2636 de 1950. (05, agosto 1950). “Código sustantivo del trabajo”. Diario Oficial. No. 27407. Bogotá, DC. Artículo 236.

por enfermedad motivada por el embarazo o parto. Por tal razón, indica el artículo 8 numeral segundo; *“No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales periodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados”*²³. Es decir, la presente ley además de garantizar el derecho a la licencia de maternidad trata también un aspecto de estabilidad laboral reforzada para la mujer que se encuentre en dichas circunstancias.

Decreto 722 de 1973.

Este Decreto, reconoce a las trabajadoras oficiales, los mismos descansos a que tienen derechos las empleadas del sector privado, indicados en el artículo 7 de la ley 73 de 1966. Así, además indica el decreto en estudio.

“Prestaciones. En caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

a). Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada a que se refieren los dos artículos anteriores.

Si el salario fuere variable, esta prestación se pagará con base en el salario promedio mensual devengado por las empleadas en el último año de servicios inmediatamente anterior a la licencia o en todo el tiempo servido, si fuere inferior a un (1) año.

²³CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 73 de 1966. (13, diciembre 1966). “Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Legislación Laboral, en desarrollo de Convenios Internacionales”. Diario Oficial. No. 32112. Bogotá, DC.

*b. Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna*²⁴.

Decreto 770 de 1975.

Mediante el presente decreto, se aprobó el *acuerdo 536 de 1974*²⁵ del seguro social, en el cual se introdujeron dos modificaciones referentes a la protección de la maternidad:

1. Se otorgó a la compañera del trabajador afiliado la posibilidad de tener asistencia médica por maternidad en el seguro social.
2. Se dio competencia al Instituto del Seguro Social para la dirección, administración y vigilancia de los servicios y prestaciones establecidos contra los riegos de enfermedad general y maternidad.

Decreto 1045 de 1978.

Este Decreto, expresa taxativamente los derechos reconocidos a los trabajadores, entre ellos la licencia de maternidad.

“Artículo 5º.- De las prestaciones sociales. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los organismos a que se refiere el artículo 2 de este Decreto o las entidades de previsión, según el caso, reconocerán y pagarán las siguientes prestaciones sociales:

²⁴CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 722 de 1973. (16, abril 1973). "Por el cual se modifica el artículo 35 del Decreto 1848 de 1969". Diario Oficial. No. 33868. Bogotá, DC.

²⁵CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 770 de 1975. (30, abril 1975). "Por el cual se aprueba el Acuerdo número 536 de 1974 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales sobre reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad". Diario Oficial. No. 33868. Bogotá, DC.

- a) *Asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria;*
- b) *Servicio odontológico;*
- c) *Vacaciones;*
- d) *Prima de vacaciones;*
- e) *Prima de navidad;*
- f) *Auxilio por enfermedad;*
- g) *Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional;*
- h) *Auxilio de maternidad;*
- i) *Auxilio de cesantía;*
- j) *Pensión vitalicia de jubilación;*
- l) *Pensión de retiro por vejez;*
- m) *Auxilio funerario;*
- n) *Seguro por muerte*²⁶.

Así, en relación con la licencia el presente decreto ordena el pago del auxilio de maternidad como prestación económica. Indicando también, que el disfrute de la licencia de maternidad debe empezar por lo menos dos semanas antes del parto. Y plasmando, como causa de la *perdida de la licencia de maternidad*²⁷, la

²⁶CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1045 de 1978. (17, junio 1978). "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional". Diario Oficial. No. 35035. Bogotá, DC.

²⁷CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1045 de 1978. (17, junio 1978). "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional". Diario Oficial. No. 35035. Bogotá, DC. Artículo 39.

existencia de sentencia condenatoria contra la mujer por aborto, y si ya hubiere recibido el auxilio económico deberá reintegrarlo en su totalidad.

1.3 La reforma de 1990 y la normatividad actual.

La reforma, del código sustantivo del trabajo y las nuevas leyes referentes a la licencia de maternidad después del año de 1990, componen una tercera etapa referente a la evolución normativa en Colombia. En la cual, se tocan aspectos referentes a la licencia de paternidad, el aumento de las semanas de descanso y otras garantías y derechos de la madre y del nacido.

Ley 50 de 1990.

La ley 50 de 1990, reforma aspectos muy importantes del código sustantivo del trabajo, entre ellos dispuso en su artículo 34.

“1. 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.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable de parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto”²⁸.

Dispuso, el presente artículo de la ley 50 de 1990, una licencia de maternidad de 12 semanas pagadas con el salario devengado al momento de iniciar el disfrute de la licencia, como aspecto relevante de la presenta norma, evidenciamos la procedencia de una semana de descanso para el padre. Es decir, la mujer podría disponer de una de sus 12 semanas²⁹, para obtener apoyo por parte de su pareja al momento del parto o en la fase inicial del mismo.

Además de lo anterior, reitera la presente ley la extensión de la garantía de la licencia de maternidad, para la madre adoptante y para el padre adoptante sin conyugue o compañera permanente.

Ley 100 de 1993.

Con la expedición de esta ley, se efectuó uno de los más importantes avances sociales, como fue la creación del Sistema de Seguridad Social, con el propósito de garantizar atreves del mismo, el cubrimiento en el sector salud, a toda la población colombiana. Además, se garantizó la protección de la mujer en estado de embarazo disponiendo una serie de garantías y tratamientos.

“ARTICULO. 166.-Atención materno infantil. El plan obligatorio de salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control

²⁸CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 50 de 1990. (28, diciembre 1990). “Por el cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. Bogotá, DC. Artículo 34.

²⁹CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 50 de 1990. (28, diciembre 1990). “Por el cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. Bogotá, DC. Artículo 34.

prenatal, la atención del parto, el control del posparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

El plan obligatorio de salud para los menores de un año cubrirá la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencia, incluidos los medicamentos esenciales; y la rehabilitación cuando hubiere lugar, de conformidad con lo previsto en la presente ley y sus reglamentos.

Además del plan obligatorio de salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste”³⁰.

Decreto 1938 de 1994.

Este decreto, tuvo por objeto regular la prestación de los beneficios del servicio público en Salud, en todo el territorio nacional. Obligando, a todas las entidades públicas, privadas, mixtas o de economía solidaria debidamente autorizada para participar en el Sistema prestando uno o varios de los componentes del Plan de Beneficios de que trata este Decreto.

El Plan de Beneficios³¹ es el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud brinda a las personas, con el propósito de mantener o recuperar su salud

³⁰CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 de 1993. (23, diciembre 1993). “Por la cual se crea el sistema de seguridad social y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. No. 41148. Bogotá, DC.

³¹CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1938 de 1994. (05, agosto 1994). "Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994". Diario Oficial. No. 41478. Bogotá, DC.

y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general, maternidad y la incapacidad, discapacidad o invalidez derivada de los riesgos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional

El plan de Beneficios se compone de 6 subconjuntos diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como Afiliado cotizante, como Afiliado beneficiario o familiar, como Afiliado subsidiado, o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Los seis subconjuntos del Plan de Beneficios son:

Plan de Atención Básica en Salud. P.A. B³². Es un plan de carácter gratuito prestado directamente por el Estado o por particulares mediante contrato con el Estado que contiene acciones en Salud Pública tales como acciones de información y educación para la salud, algunas acciones de prevención primaria y diagnóstico precoz. Del P.A.B se deberán beneficiar desde el inicio del Sistema General de Seguridad Social en Salud todos los habitantes del territorio nacional.

Plan Obligatorio de Salud. P.O. S³³. Es el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimientos económicos al que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo y el mismo conjunto de

³²CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1938 de 1994. (05, agosto 1994). "Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994". Diario Oficial. No. 41478. Bogotá, DC. Artículo 3 literal A.

³³CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1938 de 1994. (05, agosto 1994). "Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994". Diario Oficial. No. 41478. Bogotá, DC. Artículo 3 literal B.

servicios al que está obligada a garantizar a sus afiliados toda Entidad Promotora de Salud autorizada para operar en el Sistema Plan Obligatorio.

Régimen Subsidiado. P.O.S. S³⁴. que es una categoría transitoria que identifica el conjunto de servicios que constituye a la vez el derecho de los afiliados al régimen subsidiado y la obligación de las entidades promotoras de salud, las Empresas Solidarias de Salud y demás entidades que administren los recursos del subsidio a la demanda de servicios de salud. El Plan Subsidiado, ofrecerá también transicionalmente cobertura integral a la maternidad y al niño durante el primer año de vida, para aquellas personas de más escasos recursos, programa que se denominará el Programa de Asistencia Materno Infantil P.A.M.I.

Planes de Atención Complementaria en Salud. P.A.C. S³⁵. Son un conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago que garantizan la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o que garantizan condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología o cualquier otra característica en la prestación de un servicio incluido en el P.O.S. y descrito en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, que podrán ser ofrecidos por las E.P.S.

Decreto 806 de 1998.

³⁴CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1938 de 1994. (05, agosto 1994). "Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994". Diario Oficial. No. 41478. Bogotá, DC. Artículo 3 literal C.

³⁵CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1938 de 1994. (05, agosto 1994). "Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994". Diario Oficial. No. 41478. Bogotá, DC. Artículo 3 literal D.

El presente decreto indica, la procedencia del pago de la licencia de maternidad por el empleador cuando el mismo se encuentre en mora de hacer los aportes que le corresponde, indica su artículo 80: "*Pago de incapacidades y licencias. Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el período de la misma y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social ni de las Entidades Promotoras de Salud ni de las Adaptadas*"³⁶.

Además de lo anterior, pone como requisito para el *reconocimiento del pago*³⁷ de la licencia de maternidad, que la afiliada al sistema haya cotizado por un periodo igual al periodo de gestación, y permite en el sector publico la posibilidad del *pago anticipado*³⁸ de las cotizaciones correspondientes al periodo de la licencia de maternidad.

Decreto 47 de 2000.

Dispuso ratificar en su integridad lo referente al requisito de cotización durante todo el periodo de gestación plasmado en la ley 100 de 1993, para que la trabajadora pueda gozar de las prestaciones económicas derivadas de su licencia de maternidad. Indica el artículo 3 numerales 2.

³⁶CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 806 de 1998. (30, abril 1998). "Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional". Diario Oficial. No. 43291. Bogotá, DC.

³⁷CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 806 de 1998. (30, abril 1998). "Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional". Diario Oficial. No. 43291. Bogotá, DC. Artículo 63.

³⁸CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 806 de 1998. (30, abril 1998). "Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional". Diario Oficial. No. 43291. Bogotá, DC. Artículo 70.

“2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud”³⁹.

Así, como requisitos para el acceso a la prestación económica por maternidad, la trabajadora cotizante debe estar afiliada en la fecha de inicio de la licencia por la empresa que realiza la solicitud. Además, en el periodo de cotización del mes en que inicia la licencia debe tener aportes por la empresa que solicita el reconocimiento y los aportes durante los nueve meses del período de gestación, a la fecha de inicio de la licencia deben estar completos e ininterrumpidos (30 días por cada mes). La trabajadora cotizante, debe tener aporte durante todos los días de la licencia. La vigencia, para el cobro de la licencia de maternidad es de un año a partir de la fecha de inicio de incapacidad, conforme al artículo 23 de la *resolución 2266 de 1998*⁴⁰.

³⁹CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 47 de 2000. (19, enero 2000). "Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial. No. 43882. Bogotá, DC.

⁴⁰ INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Resolución 2266 de 1998. (06 de agosto de 1998). "Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de Seguros Sociales". Diario Oficial. No. 43362. Bogotá, DC.

Ley 755 de 2002.

También conocida como la Ley María tiene como fin permitirle al padre del nacido, disfrutar de una licencia de 8 días, sin que ello signifique el descontarle una semana al tiempo de licencia que le asiste a la madre.

Como requisitos para la procedencia de esta, la ley establece que el padre haya estado cotizando en las semanas anteriores al nacimiento de la criatura. Además, indica que el pago de la licencia será a cargo de la EPS y que, en caso de no cotizar la madre, pero el padre si este último solo tendrá derecho a 4 días.

La ley al momento de su creación contemplaba que: *“La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia”*⁴¹. Sin embargo, los apartes resaltados fueron declarados INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-273 de 2003.

Al igual que, la exigencia de 100 semanas cotizadas con anterioridad al parto por parte del padre del naciente. *“La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”*⁴². (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-663 de 2009).

⁴¹CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 755 de 2002. (23, julio 2002). “Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María”. Diario Oficial. No. 44878. Bogotá, DC.

⁴²CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 755 de 2002. (23, julio 2002). “Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.” Diario Oficial. No. 44878. Bogotá, DC.

Ley 823 de 2003.

En el marco de la política institucional, se crea esta ley que pretende orientar las políticas y acciones por parte del Gobierno para garantizar la equidad y la igualdad de oportunidades de las mujeres, en los ámbitos público y privado. Además, pretende garantizar la especial protección de la mujer en estado de embarazo y después del parto, aun cuando, la mujer no se encuentre inscrita a ningún régimen de salud.

“Artículo 7º. Conforme a lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución, la mujer gozará de la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Para el cumplimiento de esta obligación, el Gobierno Nacional diseñará planes especiales de atención a las mujeres no afiliadas a un régimen de seguridad social.

Dentro de los doce meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el Gobierno Nacional establecerá un programa de subsidio alimentario para la mujer embarazada que estuviere desempleada o desamparada”⁴³.

Esta ley es de suma importancia porque desarrolla el artículo 43 de nuestra Constitución Política en cuanto expresa la garantía especial con que cuenta la mujer durante y después del parto, sin dar lugar alguno a discriminaciones o despidos injustos.

Ley 1468 de 2011.

Esta ley, amplía las 12 semanas de licencia de maternidad a 14 semanas, dando cumplimiento a los lineamientos de la OIT plasmados en el *convenio 103 de 1952*⁴⁴, entre las novedades introducidas por esta ley, se evidencian tres:

⁴³CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 823 de 2003. (07, julio 2003). “Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres” Diario Oficial. No. 45245. Bogotá, DC.

La primera de ellas es que la norma regula dos situaciones que no se encontraban en la normatividad anterior y son; el *parto prematuro*⁴⁵ y el parto múltiple. Indicando que se tendrán en cuenta las diferencias entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, y que las mismas se sumarán a las catorce semanas que establece la ley en análisis.

La segunda, es que en *caso de fallecimiento*⁴⁶ de la madre antes de haber terminado la licencia de maternidad, el empleador del padre del nacido le concederá una licencia de igual duración al tiempo que faltare, hasta que expire el período de licencia concedido a la madre.

Como última novedad, la trabajadora tiene la obligación de disfrutar una de las dos semanas con anterioridad a la fecha probable de parto (*licencia de maternidad preparto*⁴⁷). Es importante resaltar, que se indica como novedad en tanto que ya se prescribe como una obligación, pues en la normatividad anterior era opcional.

Además de lo anterior, en cuanto al *parto múltiple*⁴⁸, la norma en estudio indica que se concederán dieciséis semanas por licencia de maternidad.

⁴⁴INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, c103 – convenio sobre la protección de la maternidad, 1953. (núm. 103). http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C103 consultado.

⁴⁵CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1468 de 2011. (30, junio 2011). “Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. No. 48116. Bogotá, DC. Artículo 236. Numeral 5.

⁴⁶CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1468 de 2011. (30, junio 2011). “Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. No. 48116. Bogotá, DC. Artículo 236. Numeral 6.

⁴⁷CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1468 de 2011. (30, junio 2011). “Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. No. 48116. Bogotá, DC. Artículo 236. Numeral 7 Literal A.

⁴⁸CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1468 de 2011. (30, junio 2011). “Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. No.48116. Bogotá, DC. Artículo 239 numeral 4.

Ley 1822 de 2017.

Modifica los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo, disponiendo el reconocimiento de 18 semanas de descanso remunerado por concepto de licencia de maternidad expresa el artículo 1 de la presente ley; *Artículo 1°. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: "Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido,. 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"⁴⁹.*

Indicando además que dicha ampliación de la licencia no excluye a las trabajadoras del sector público.

Expresa, además: *"4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre. 5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuáles serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos (2) semanas más. 6. La*

⁴⁹CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1822 de 2017. (04, enero 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". Diario Oficial. Bogotá, DC. Artículo 1.

trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto i tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, I de la siguiente manera: ~ I a) Licencia de maternidad preparto, Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutarlas dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato. b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

Parágrafo 10. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

Parágrafo 20 • El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad. La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera. El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes la fecha del nacimiento del menor. ' La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

2 ----- - Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

Parágrafo 3°. Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y

la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad, o determinarla multiplicidad en el embarazo. El Ministerio de Salud reglamentará en un término rí o superior a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, lo concerniente al contenido de la certificación de que trata este párrafo y fijará los criterios médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla"⁵⁰.

También reitera la prohibición de despedir una trabajadora por motivos de su embarazo.

Finalizando, con ley 1822 de 2017, se esboza toda la normatividad colombiana referente a la licencia de maternidad y sus derechos conexos, partiendo desde la referida ley 53 de 1938, hemos podido estudiar la evolución normativa de este derecho que le asiste a la mujer gestante, seguidamente en el capítulo dos nos referiremos a la normatividad actual, que regula la aplicación de la licencia de maternidad, la serie de garantías constitucionales plasmadas por el Constituyente de 1991, y los conflictos normativos que actualmente afectan la aplicación debida de dicha garantía constitucional.

⁵⁰CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1822 de 2017. (04, enero 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". Diario Oficial. Bogotá, DC. Artículo 1.

CAPITULO 2

CONFLICTOS NORMATIVOS.

El tratamiento normativo, de la licencia de maternidad en Colombia, sea desarrollado durante la vigencia de dos Constituciones. La primera de ellas, *la Carta Política de 1886*⁵¹, en la cual los derechos de la mujer no se incluyeron. Por tal razón, los avances normativos que se dieron durante su vigencia se produjeron por medio de actividad legislativa y la ratificación de tratados internacionales (OIT).

La segunda Carta Política, dentro de la cual la evolución de la licencia de maternidad se ha desarrollado es la *Constitución de 1991*⁵². En la cual, el constituyente decidió dar estatus Constitucional a los derechos de la mujer. Expresándolo en los siguientes artículos:

*“ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”*⁵³.

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

⁵¹CONSTITUCION POLITICA DE 1886. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#0> Consultado.

⁵²CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> Consultado.

⁵³CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> Consultado.

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”⁵⁴.

En tal sentido, los derechos constitucionales que le asisten la mujer juegan un papel importante dentro su actividad laboral y económica. Pues, por su condición fisiológica, son estas garantías constitucionales las que permiten desarrollarse en un ambiente de igualdad, justo y equitativo. Y más, cuando su condición de mujer gestante ha dado lugar a su marginación del mercado laboral y acceso al trabajo.

Así, la Constitución Política brinda las garantías a la mujer trabajadora para que no sea víctima de tratos discriminatorios por cuenta de su etapa de gestación. Sin embargo, la normatividad desarrollada por el legislador en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales ha dado lugar, a que se obstaculice la materialización de los derechos constitucionales que le asisten a la mujer, ya que vemos claramente, como a través de leyes y decretos se ha vulnerado dicha garantía constitucional, exigiendo ciertos requisitos sin los cuales se hace imposible acceder a dicha licencia, generando discrepancia entre la constitución y la ley. Las normas citadas de la constitución (Art. 43 y Art.53), le establecen o le otorgan un rango constitucional a dicha garantía o prestación económica de

⁵⁴CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> Consultado.

la licencia de maternidad, es decir, no exigen requisitos adicionales o previos para poder que se le otorgue dicha prestación, y en contra vía de ello, los Decretos 47/00 y 2353/15, exigen el haber tenido que cotizar ininterrumpidamente en todo su estado de gestación para configurar o acceder a la misma, incluso ignorando, vulnerando o desconociendo el pago de la licencia proporcional al tiempo cotizado, reconocido en varias ocasiones por la corte constitucional, claro ejemplo del ello, es la sentencia T – 049 del 2011; la cual reconoce la licencia de maternidad o una prestación económica proporcional al tiempo cotizado, en palabras de la corte constitucional: *“una entidad promotora de salud viola el derecho fundamental a la salud y a la vida de una mujer, cuando le niega el reconocimiento de la licencia de maternidad porque no cumple con el requisito de que las semanas cotizadas deben ser iguales a las de gestación, y así poder obtener el derecho al pago de la aducida licencia, De acuerdo con la jurisprudencia, el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad. Así, esta Corte estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional”*.

Por lo anterior, procederemos a exponer algunos conflictos normativos que, en la legislación laboral actual, afectan el ejercicio y goce de los derechos constitucionalmente reconocidos a la mujer trabajadora en su etapa de gestación.

2.1 La obligación de haber cotizado con anterioridad a la solicitud de la licencia de maternidad.

Si bien, la Constitución Política en sus artículos no plasma, algún tipo de requisito previo para el goce de la licencia de maternidad y el auxilio económico que la misma conlleva. En tal sentido, nuestra Carta Política insta al Gobierno

Nacional a velar por las garantías que le asisten a la mujer en estado de embarazo y por consiguiente los derechos que como madre tiene.

“Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”⁵⁵.

Así mismo, en el área laboral indica la Carta Magna la especial protección a la mujer y a la maternidad como *principio fundamental*⁵⁶ del derecho laboral. Por tal razón, es del sentido de nuestra Constitución el permitir un acceso directo al ejercicio y goce de dichas garantías constitucionales. Sin embargo, el Legislador, en uso de sus facultades legales, prescribió como condición para lo obtención del derecho constitucionalmente reconocido, el que la mujer haya cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación.

“Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión”⁵⁷.

Es decir, impone la norma el cumplimiento de un requisito para materialización de un derecho de orden Constitucional. Así, indica la norma que en tanto no se cumpla con dicho requisito, concierte al empleador el pago de la respectiva prestación económica.

⁵⁵CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> artículo 43 Consultado.

⁵⁶CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> artículo 53. Consultado.

⁵⁷CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 47 de 2000. (19, enero 2000). "Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial. No. 43882 Bogotá, DC. Artículo 3.

“Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud”⁵⁸.

Lo cual, sin duda alguna solo ha generado la violación del derecho deprecado, por cuanto la mujer gestante tiene que acudir a vías judiciales como la tutela, el derecho de petición para reclamar una garantía constitucional que no requiere ningún tipo de tramitología o cumplimiento de requisitos previos impuestos por el Constituyente. Complementando lo anterior, podemos traer a colación lo expresado por la profesora Goyes Moreno la cual indica que;

“las mujeres se han visto obligadas a recurrir a la tutela como el único mecanismo efectivo para impedir la vulneración del derecho fundamental a la protección por maternidad. Las líneas jurisprudenciales sobre el tema que ha construido la Corte en los últimos años, devela la desafortunada realidad de un ámbito laboral que discrimina a la mujer por causa de embarazo, sin embargo, dichos pronunciamientos han restituido a las trabajadoras gestantes, la valoración y reconocimiento que les otorga el constituyente”⁵⁹.

Es, además importante resaltar que, por la condición de la mujer en estado de gestación, la licencia de maternidad y sus prestaciones económicas representan una asistencia de suma importancia, de carácter esencial que, en palabras de la Corte:

⁵⁸CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 47 de 2000. (19, enero 2000). "Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial. No. 43882 Bogotá, DC. Artículo 3 numeral 2.

⁵⁹ GOYES MORENO. Mujer, maternidad y trabajo en Colombia. Universidad de Nariño. 2005.

“La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere.

El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre”⁶⁰.

En igual sentido, se refiere el decreto 2353 de 2015, que dispone en su artículo 78 lo siguiente: *“Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.*

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un periodo inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al periodo real de gestación.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

⁶⁰CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-646 de 2012. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente T- 3389844.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.

En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar”⁶¹.

Impone el citado decreto, el pago de los aportes durante un periodo igual al de gestación o si es del caso el mismo no se efectuó en debida forma, solamente la procedencia de un pago proporcional. Si bien, el referido artículo dispone un reconocimiento el mismo no es efectivo en relación de la materialización de las garantías de la madre gestante y del recién nacido, pues se impone el cumplimiento de una condición para la materialización de un derecho constitucional.

Lo cierto de todo, es que dichas condiciones impuestas por el legislador le están cuartando el derecho a la mujer embarazada de recibir las garantías de

⁶¹CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2353 de 2015. (03, diciembre 2015). "Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud". Diario Oficial. No. 49715. Bogotá, DC.

que trata el artículo 43 de la Constitución en cuanto a esa asistencia especial y protección que brinda la Carta Política. Ya que, la misma se ve condicionada por cuenta de unos requisitos legales mas no constitucionales impuestos por la norma en mención. Máxime cuando la mujer se encuentre desempleada o desamparada. Por tal razón, el accionar de la vía judicial se expresa como el único medio para lograr que los Jueces Constitucionales mediante sus providencias otorguen un derecho que por sí solo no genera ningún tipo de tramitología, y menos el desgaste del aparato judicial. Ciertamente y en aras de lograr una materialización de la justicia y el articulado constitucional se debería hacer a un lado dicho requisito del orden legal pues obstaculiza la efectividad de las garantías y derechos de la mujer en estado de gestación.

2.2 Las garantías fundamentales de la mujer en estado de gestación y el trabajo informal.

Como se indicó anteriormente, en la Carta Política de 1991 el Constituyente dispuso elevar a rango de derecho constitucional las garantías que le asisten a la mujer en sus actividades económicas. Por tal razón, los artículos referidos a las garantías laborales de nuestra Carta Política le son aplicables a la mujer trabajadora sin discriminación alguna, máxime cuando el ya mencionado artículo 43 de la Carta indica:

“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado”⁶².

Si bien, es cierto que nuestra normatividad actual a impuesto como condición para la materialización de las garantías constitucionales en el área laboral que;

⁶²CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> artículo 43 Consultado

la actividad económica realizada se encuentre formalizada. Es decir, que cumpla con los requisitos de ley y con las responsabilidades tributarias generadas por la actividad económica desarrollada, en tanto le corresponden al empleador, o de ser desarrolladas de forma independiente, requiere también el pago de las cotizaciones y demás requisitos de ley para su reconocimiento y pago.

Lo cual, ha causado que el acceso a los beneficios estatales se encuentra vedado para quienes desarrollan su actividad laboral fuera del control del Estado, ya que no cumplen sus responsabilidades como contribuyentes o cotizantes. Sin embargo, las garantías constitucionales reconocidas en la Carta Política no pueden ser omitidas con fundamento en la informalización de la actividad, pues no constituye un delito, el carecer de los medios económicos, suficientes y necesarios para cumplir con sus obligaciones (cotizar).

Además que, de aceptar la parcialización de las garantías constitucionales en favor solamente de aquellas mujeres que cuentan con un trabajo formal y que por lo tanto les es posible cotizar al sistema de seguridad social con los beneficios que ello conlleva, sería dar al traste como el Estado Social de Derecho reconocido en el artículo primero de nuestra Constitución que además impone como fines esenciales del Estado.

“ARTICULO 2. son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”⁶³. Indicando además, “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”⁶⁴.

⁶³CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>. Consultado.

⁶⁴CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente.

Lo anterior, por cuanto es una realidad palpable en nuestro país que muchas mujeres en estado de gestación no cuentan con un trabajo formal y mucho menos con la capacidad de hacer sus aportes al sistema de seguridad social. Sin que lo anterior, signifique que no desarrollen una actividad económica de la cual subsistan y que a la luz del artículo 25 de nuestra Constitución se reconozca como una actividad laboral protegida por el Constituyente.

“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”⁶⁵.

Es decir, las garantías reconocidas en el área laboral no imponen al beneficiario el cumplimiento de formalidad alguna. Máxime cuando, no solo se encuentran en juego los derechos de esa madre gestante. Sino también, los que le asisten al naciente que, a la luz de la Carta Magna, encuentran una superioridad jerárquica en tanto que prevalecen por encima de los derechos de los demás ciudadanos.

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>. Artículo 13.

⁶⁵CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>. Consultado.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquiera persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*⁶⁶.

De lo anterior, la importancia del reconocimiento de las garantías fundamentales que le asisten a la mujer trabajadora aun cuando no se encuentre afiliada al Sistema de Seguridad Social. Si bien el mismo el artículo 43, indica una especial protección por parte del estado, recibiendo de este un subsidio alimentario en caso de encontrarse desempleada o desamparada.

Es evidente, que las necesidades básicas de un naciente no se resumen en un factor alimenticio, al igual que las necesidades de la madre que por el desgaste físico, requiere un estado de reposo constante para poder recuperar sus fuerzas y dar la atención necesaria al nacido. En tal sentido como bien lo dice la Corte Constitucional: *“el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre*⁶⁷.

Por lo anterior la especial asistencia y protección que reza el artículo 43 de nuestra Constitución Política, no debería resumirse a un simple subsidio a alimentario, pues las necesidades de la madre se expresan en un ámbito también de carácter económico. Y en tanto, esa ayuda es esencial para su recuperación física y anímica. Vale, además recordar que por mandato de la Constitución le asiste a todo colombiano el derecho constitucional a la seguridad social.

⁶⁶CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>. Artículo 44.

⁶⁷CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-646 de 2012. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente T- 3389844.

“Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley”⁶⁸. Y por tanto, las garantías que este derecho conlleva y le son conexas, deben ser aplicables aun si la madre gestante no cuenta con los medios para cotizar al sistema.

Por lo anterior, la responsabilidad del Gobierno Nacional y la constante omisión de esta en garantizar los medios económicos necesarios y pertinentes para que la madre gestante tenga como garantía la materialización de sus derechos constitucionales al igual que los del naciente, actualmente se avizora como un conflicto normativo que sesga el articulado constitucional.

3. CAPÍTULO 3

ASPECTOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES.

El desarrollo, de la licencia de maternidad en Colombia ha sido un tema de suma importancia en las Altas Cortes. Ya que, dicha licencia conlleva una relación directa con una serie de derechos fundamentales, que la Corte Constitucional por medio de sus fallos y desarrollo jurisprudencial ha venido tutelando.

Dicho tema, también ha sido del estudio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que concierne a este Alto Tribunal dirimir y conocer de todo lo referente a la justicia ordinaria. Entre ello, los conflictos en las relaciones laborales.

⁶⁸CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>. Artículo 48.

Si bien, la normatividad antes citada compone todo el andamiaje legal referente al reconocimiento y aplicación de la licencia de maternidad. Los aportes, hechos por estos Altos Tribunales son de suma importancia. Puesto que, desarrollan la interpretación de las garantías fundamentales relacionadas con dicha licencia de maternidad y aclaran la procedencia de la normatividad vigente, en aras de evitar violaciones y desconocimientos de los postulados constitucionales en cuanto a los derechos de la mujer en estado de embarazo.

Por lo anterior, procederemos a exponer algunos aspectos relevantes desarrollados por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en lo referente a los derechos fundamentales y la aplicación de la licencia de maternidad.

3.1 Alcances y objetivos de la licencia de maternidad.

En estudio de la Corte Constitucional, la licencia de maternidad compone una serie de garantías que en sí mismas se encuentran conexas con otros derechos fundamentales. Por tal razón, ha reconocido la Corte que su alcance va más allá de un simple factor económico, pues dicha licencia comprende en sí misma un derecho fundamental. Expresa el Alto Tribunal:

“la Corte Constitucional ha sido enfática en definir la licencia de maternidad como un elemento idóneo para salvaguardar derechos fundamentales de la madre y del neonato, pues se trata de una protección especial conferida a las mujeres durante la etapa de la maternidad para que puedan recuperarse del esfuerzo físico y psicológico que acarrea el proceso de gravidez y de parto, así como para que puedan brindarles el cuidado necesario a sus hijos recién nacidos. En este orden de ideas, tal prestación es inescindible de derechos tales como la vida digna, el mínimo vital y la salud de la madre y el recién nacido. Por esto, los mismos imperativos supra legales aplicables en el territorio

colombiano y las leyes que los desarrollan no desconocen la importancia de la licencia de maternidad y no pueden ser interpretados de forma contraria.

En conclusión, aun cuando para acceder a la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad sea necesario cumplir determinados requisitos previamente establecidos, el pago de tal prestación configura un derecho fundamental, siendo así susceptible de protección por vía de acción de tutela”⁶⁹.

En tal sentido, indica el Alto Tribunal, que el reconocimiento de la licencia de maternidad comprende la garantía de los derechos fundamentales del recién nacido y que por tal razón al amparo de la Carta Política gozan de especial protección por parte del Estado y los Tratados Internacionales ratificados por Colombia, es decir, su reconocimiento comprende un estatus de constitucional.

“Inicialmente, el pago de esta licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional”⁷⁰.

⁶⁹CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-1167 de 2008. M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería. Expedientes T- T-2.032.170, T-2.032.600, T-2.043.752, T-2.043.857, T-2.044.136 y T-2.046.681.

⁷⁰CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-646 de 2012. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente T- 3389844.

Es además importante indicar que, el objetivo primordial de la licencia de maternidad, para la Corte no se enmarca en el simple pago de una prestación económica. Sino más bien, la salvaguarda de los derechos del nacido y de su madre, que además comprende el tiempo prudencial para garantizar la recuperación física y emocional que requiere la madre, para poder brindarle los cuidados necesarios al recién nacido.

3.2 Término para la reclamación de la licencia.

Ha indicado la Corte Constitucional, en cuanto a la procedencia de la tutela como medio excepcional para solicitar la protección, de los derechos fundamentales implicados con la licencia de maternidad y las prestaciones económicas, que la regla general es su improcedencia. Sin embargo, por los derechos constitucionales impetrados en la solicitud es factible solicitar el amparo constitucional. *“La regla general indica que la acción de tutela no procede para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; no obstante, se ha definido que excepcionalmente el amparo procede para proteger derechos fundamentales como el mínimo vital. Así conforme a la jurisprudencia constitucional”*⁷¹. Por tal razón, indica la Corte, que el trámite de reclamación por vía judicial debe surtirse dentro del año siguiente al parto.

*“Para que la acción de tutela proceda en el caso de reclamar licencias de maternidad, la solicitud de protección debe presentarse en el término del año siguiente, contado a partir del nacimiento de la niña o el niño”*⁷². Vale recordar, que la acción de tutela es un medio excepcional que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos se vean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad.

⁷¹CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-1062 de 2012. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 3594860.

⁷²CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-1062 de 2012. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 3594860.

Por lo anterior, el término impuesto vía jurisprudencial por la Corte pretende evitar dilaciones injustificadas y dar a la madre la posibilidad de solicitar el amparo constitucional cuando evidencie la vulneración de sus derechos durante su gestación o lactancia.

3.3 Principio de estabilidad laboral reforzada.

Para la Corte, la especial protección de que habla el artículo 43 de nuestra Constitución, no solamente se expresa en la protección de las garantías de la mujer. Sino también, en evitar tratos discriminatorios por parte del empleador que tengan como fundamento su estado de embarazo o de lactancia. Por tal razón, en cumplimiento de los principios cardinales de nuestra Carta Política y de los tratados internacionales firmados y ratificados por Colombia, afirma la Corte.

“la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, 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”⁷³.

En tal sentido, la Corte ha considerado además que la protección por fuero de maternidad no solamente garantiza la estabilidad laboral durante la gestación, sino que la misma debe entenderse durante el periodo de lactancia, *“la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz”⁷⁴*. Toda vez, que la

⁷³CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia SU-070 de 2013. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 2361117.

⁷⁴CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia SU-070 de 2013. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 2361117.

protección especial que busca tutelar la Corte pretende además evitar despidos injustos, la terminación del contrato o la no renovación del mismo con motivo del embarazo o la etapa de lactancia.

Por lo anterior que indique el Alto Tribunal, *“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”*⁷⁵.

Es decir, la procedencia de la estabilidad laboral se extiende hasta los tres meses siguientes al parto, siempre y cuando no medie justa causa evidenciada por el inspector del trabajo que diera lugar a un despido. Sin embargo, de presentarse dicha circunstancia se deben garantizar los pagos de las cotizaciones que aseguren la prestación económica de la licencia de maternidad.

En igual sentido se ha referido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, en caso de mediar justa causa, como la terminación del contrato solamente corresponde al empleador garantizar el pago de las cotizaciones necesarias para el reconocimiento de la licencia de maternidad, sin que ello signifique una renovación del contrato, a menos que los motivos que dieron lugar a la unión contractual de las partes subsista.

3.4 Pago completo o proporcional de la licencia de maternidad.

“la Corte ha determinado que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o

⁷⁵CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia SU-070 de 2013. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 2361117.

proporcional, esto, con el fin también de salvaguardar el equilibrio económico del sistema. De esta manera, existen dos hipótesis que el juez de tutela debe considerar al momento de ordenar el pago:

- (i) si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa,*
- (ii) si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”⁷⁶.*

Es además importante indicar que la Corte, ha determinado que el andamiaje constitucional no permite la interpretación mecánica y desmedida de las obligaciones en relación con el pago oportuno y completo de las cotizaciones necesarias para el reconocimiento de la licencia de maternidad y sus prestaciones económicas. Por tanto, excepcionalmente aun con la falta del cumplimiento de dicho requerimiento, se debe dar lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad y sus prestaciones económicas. Esto, por cuanto;

“la Corte ha señalado en varias oportunidades que en relación con el alcance que se le debe dar al artículo 63 del decreto 806 de 1998 y al mismo artículo 3 del Decreto 047 de 2000, se ha considerado que dichas disposiciones imponen “un requisito que hace nugatorio el derecho de la mujer a que se le reconozca la prestación económica derivada la licencia de maternidad, hecho que en sí mismo haría necesaria su inaplicación, a los casos en revisión, por desconocer los derechos que la Constitución y los tratados internacionales han consagrado en cabeza de la mujer parturienta y el recién nacido”⁷⁷.

⁷⁶CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-092 de 2016. M.P.: Dr. Alejandro Linares Cantillo. Expedientes T-5.123.820, T-5.184.324 y T-5.189.266.

⁷⁷CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-530 de 2007. M.P.: Dr. Marco Gerardo

Por lo anterior; “... *La Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social en Salud no está facultada para denegar el reconocimiento de una licencia de maternidad con fundamento en el pago de manera interrumpida o extemporánea de las cotizaciones de la afiliada, toda vez que prevalecen las cláusulas constitucionales de protección a las mujeres y a los niños, a las que están sujetas no solamente las autoridades públicas sino también los particulares, en este caso las E.P.S. y, en consecuencia, si la entidad persiste en denegar el reconocimiento de las licencias y con ello afecta los derechos fundamentales, le corresponderá al juez constitucional en cada situación, garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas a través de sus pronunciamientos*”⁷⁸.

Por ello, la Corte ha reconocido el pago de la licencia de maternidad aun cuando la solicitante no cuente con los requisitos impuestos. Sin embargo, el mismo Tribunal ha reconocido que el pago no se debe hacer en su totalidad, pues ello constituiría un desequilibrio a la balanza económica del Sistema de Seguridad Social. Debiendo entonces, ser un pago proporcional al número de semanas cotizadas durante el periodo de gestación. Pero, si la falta de cotización es menor a dos meses, ha indicado la corte que procede el pago total de la prestación, pues no constituye un desbalance significativo al sistema de seguridad social.

Además de lo anterior, la Corte ha determinado la procedencia del cien por ciento del pago de la licencia de maternidad, cuando la solicitante es cabeza de familia pues por su condición le asiste una doble garantía constitucional, y aun no contando con las semanas de cotización exigidas, se le debe reconocer la prestación económica en garantía de sus derechos y los del menor.

Monroy Cabra. Expedientes T- T-1547227, T-1549565, T-1549683, T-1552575, T-1554056, T-1554317, T-1555177, T-1567130, T-1572922, T-1575081, T-1575810, T-1575897, T-1576786, T-1579127, T-1579539, T-1579596, T-1597389 y T-1556303.

⁷⁸CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-1168 de 2005. M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

“tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el período de cotización debe ser igual al de la gestación”⁷⁹.

3.5 La mujer en estado de gravidez y el contrato de prestación de servicios.

En cuanto, a las distintas modalidades de vinculación, en especial la contractual, permitidas por la ley colombiana, el Alto Tribunal ha determinado que las garantías que le asisten a la mujer en sus actividades económicas no pueden verse menoscabadas por cuenta del contrato de prestación de servicios.

Así, ha indicado la Corte que la terminación contractual facultativa en cabeza del empleador, por cuenta de los contratos de obra labor, prestación de servicios o termino fijo, no es ilimitada. En tanto, dicha facultad puede conllevar la vulneración o desconocimiento de principios constitucionales. Por tanto, *“ha dicho la Corte Constitucional que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo”⁸⁰.*

⁷⁹CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-530 de 2007. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expedientes T- T-1547227, T-1549565, T-1549683, T-1552575, T-1554056, T-1554317, T-1555177, T-1567130, T-1572922, T-1575081, T-1575810, T-1575897, T-1576786, T-1579127, T-1579539, T-1579596, T-1597389 y T-1556303.

⁸⁰CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia SU-070 de 2013. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 2361117.

Por ello, en sentido del Alto Tribunal la estabilidad laboral reforzada derivada de la maternidad, procede aun ante la cesación de la relación laboral, cuando se evidencie la subsistencia de las causas objetivas que dieron lugar a la relación, siendo competente el inspector del trabajo para determinar dicha subsistencia, y en caso de determinar el funcionario la no existencia de dichas causas solo corresponderá al empleador el pago de las cotizaciones pertinentes que garanticen el derecho a la licencia de maternidad y sus prestaciones económicas. En caso contrario, indica la corte, *“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”*⁸¹.

De lo anterior, que si el empleador pretende desvincular a la mujer en estado de gestación por cuanto el contrato ya se encuentra próximo a vencerse, deberá acudir antes del vencimiento del contrato al inspector del trabajo, para que este determine la subsistencia de la causa que dio origen al contrato, y si este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores, buscando así, garantizar los derechos de la mujer gestante y los del naciente.

⁸¹CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia SU-070 de 2013. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 2361117.

CONCLUSIÓN.

Después del análisis evolutivo referente a la licencia de maternidad y sus prestaciones económicas, además, referente a los conflictos normativos en cuanto a su aplicación y protección material, el desarrollo jurisprudencial de las Altas Cortes en búsqueda de hacer efectiva las garantías constitucionales que le asisten a la mujer en estado de gestación y por consiguiente al recién nacido.

Se puede concluir que la asistencia a la mujer en estado de gestación. No solamente representa un factor económico, por cuanto, supone la protección de los derechos de un recién nacido, los cuales están por encima de los demás derechos primando su aplicación y además, la oportunidad para que la madre recupere su estado físico y anímico. Por otra parte, que nuestra Constitución plasma dicha garantía como un derecho fundamental y de especial protección por cuenta del Estado.

Sin embargo, se advierte también la carencia de su efectividad y su parcialización por cuenta de los requisitos exigidos por la normatividad actual para su reconocimiento, lo cual a nuestro modo de ver es inconstitucional. Puesto que, la condición de ser madre no solamente se acoge durante un vínculo laboral y los derechos que le asisten a la mujer trabajadora también deben cobijar a la que no cuenta con un empleo fijo y formalizado, sin que ello implique que a la luz del artículo 25 de la Constitución su actividad económica no se reconozca como un trabajo que le brinde los medios para subsistir, y más cuando la realidad social de nuestro país así lo demuestra.

Por lo anterior, es indiscutible la necesidad de que el Estado en cumplimiento de sus responsabilidades constitucionales haga efectivo los derechos que le asisten a la madre gestante y al recién nacido por medio de una política de inclusión social y garantista, que permita materializar los derechos constitucionales implicados, evitando así la parcialización de dichas garantías,

en cuanto solo favorecen a quienes cuentan con los medios necesarios para cumplir con la obligación de cotizar.

Además de ello, es incuestionable la necesidad de una intervención directa por parte del Estado en relación con los entes públicos y privados encargados de reconocer y pagar las prestaciones económicas que la licencia de maternidad conlleva. Esto por cuanto, la exigencia injustificada de tener que recurrir a los medios judiciales para encontrar efectividad de un derecho que por orden de nuestra Carta Política no requiere ningún tipo de tramitología. Y más cuando los pronunciamientos de la Corte Constitucional han sido claros y concisos en lo referente a la responsabilidad del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Se debe reconocer, que con la expedición de la ley 1822 de 2017, nuestro país amplió a 18 semanas de descanso remunerado la licencia de maternidad y las prestaciones que ella conlleva con relación a la madre gestante o la adoptante. Tal situación, es plausible pues acerca cada vez más nuestra normatividad a los estándares internacionales y al cumplimiento de los tratados firmados y ratificados por Colombia.

Sin embargo, consideramos primordial desde una óptica garantista reconocer la necesidad de materialización de los derechos económicos de la mujer y del naciente. Ciertamente, una de las grandes discusiones que hoy en día se sostiene desde la Teoría Constitucional, es precisamente el reconocimiento de los derechos económicos como derechos del orden constitucional y no como simples enunciados programáticos, debemos recordar que el modelo de Estado Social de Derecho acogido por Colombia en la Carta Política de 1991 funde sus raíces en la teoría Neoconstitucional, haciendo énfasis en los derechos sociales y teniendo como base de estos la dignidad humana, la justicia material y no un formalismo frívolo.

Así, desde esta postura al ser la licencia de maternidad una prestación de carácter económico que no busca un fin distinto que garantizar precisamente un mínimo de dignidad humana a la mujer en estado de gestación y al naciente de forma prioritaria. Encontrando su base teórica en una de las tres instituciones que fundamentan precisamente la existencia del Estado Social de Derecho; nos referimos puntualmente a la consagración constitucional de los derechos sociales o derechos económicos. Los cuales, exigen del Estado un comportamiento positivo en aras de lograr su cumplimiento. Es decir, unas prestaciones económicas que por orden de la Carta Política se deben reconocer por medio de políticas públicas que permitan el ejercicio eficaz de dichos derechos en cabeza de la madre gestante, sin el cumplimiento previo o concomitante de requisitos como los cuales hemos evidenciado en el desarrollo del presente trabajo.

Es de anotar que la presente compilación pretende evidenciar que el tratamiento de las normas concernientes al tema de la Licencia de Maternidad se ve afectado por la falta de garantías legales en cuánto a la materialización de dicho derecho está sujeto a diferentes requisitos que deben tener de forma previa al momento de hacer efectiva dicha materialización, dejando a un lado todas las trabajadoras que no cuenten con un trabajo formal y que no tengan el acceso y el poder económico para culminar todo aspecto que la ley exige para ello.

A manera de conclusión, y observando la licencia de maternidad desde un punto de vista cultural y /o social, vemos que dicha garantía constitucional ha tenido un avance muy significativo para las mujeres en estado de gravidez y para la sociedad como tal, destacando entre sus mayores avances actuales, el haber aumentado las semanas de descanso y/o recuperación de la madre, por un término a 18 semanas de licencia remunerada, el conceder al padre una semana de licencia remunerada (ley María) y el poder obtener dicha garantía de manera parcializada proporcional a las semanas cotizadas durante su etapa de gestación. Estos avances han hecho que la licencia de maternidad sea una

garantía más protegida y menos vulnerada en la sociedad, además, culturalmente nos hemos enfocado y hemos tomado conciencia, para saber que dicha licencia de maternidad, no es solo un factor económico, sino más una garantía constitucional que busca proteger a la madre para una sana recuperación, proteger la vida del neonato o del menor nacido y el poder compartir la crianza del mismo. Es claro resaltar que nuestro tema de compilación no solo se basa en la normatividad legal, ya que depende de la conciencia y de cómo lo asimile cada ciudadano, por consiguiente, es necesario un cambio también cultural frente a la licencia de maternidad en el sentido de que debe haber un compromiso mayor con el padre hacia el hijo a la hora de criar (una igualdad de condiciones) , y un mayor compromiso con la sociedad frente a la mujer que goza de dicha garantía, ya que sabemos, la mujer tiene y cría hijos, no para ella, sino para la sociedad como tal, porque si lo analizamos de un modo más intelectual o productivo, ellos (nuestros hijos) serán el futuro de este país. Se podría pensar en una corresponsabilidad por parte del estado, la sociedad y la familia conexas a la mujer en estado de gravidez, si lo que buscamos es proteger la vida del neonato o del menor nacido.

Los cambios legislativos y avances normativos frente al tema no es lo único que necesita la sociedad actual para desarrollar y llevar a la practica la licencia de maternidad como derecho que le asiste a la mujer en estado de embarazo, ya que estos cambios legislativos en ocasiones lo que hacen es vulnerar dicha garantía o indicar requisitos para acceder a la misma, condicionando un derecho de rango constitucional, más bien, dicha licencia de maternidad debe ser trabajada y analizada desde la cultura o el modo de vida en sociedad, argumentando que el cambio social radica en que no podemos seguir permitiendo la discriminación laboral que hay, por parte de los empleadores a hacia las mujeres de mayor fertilidad por miedo a un embarazo que le generaría un costo adicional y el tener que conseguir reemplazos temporales, generando esta situación que las mujeres pertenecientes al grupo de mayor fertilidad terminen participando menos en el campo laboral, ocupándose más en el sector informal, es triste ver esta situación, más aun, cuando se pide prueba de embarazo en algunas empresas para poder trabajar o cuando se despide una mujer sin justa causa por motivo de su embarazo, hay que acabar con la

discriminación frente a la mujer y hay que acabar con el pensamiento machista o patriarcal que en cultura pasadas se evidenciaba, ya que sabemos, la mujer esta igualdad de condiciones a los hombres, y cuando ella está en estado de gravidez, debemos pensar es en su vida, en su salud y en la vida y la salud del niño que está por nacer quien será el futuro de esta sociedad.

REFERENCIAS.

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política de 1991. Artículo 53. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>, consultado.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 53 de 1938. (22, abril 1938). “Por la cual se protege la maternidad”. Diario Oficial. No. 23764. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1632 de 1938. (10, septiembre 1938). “Por el cual se reglamenta la ley 53 de 1938, que protege la maternidad”. Diario Oficial. No. 23884. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 197 de 1938. (30, noviembre 1938). “Por la cual Se reforman las leyes 178 y 162 de 1936”. Diario Oficial. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1766 de 1939. (05, septiembre 1939). “Por el cual se aclara el artículo 2 del decreto número 953 de 1939”. Diario Oficial. No. 24167. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 6 de 1945. (19, febrero 1945). “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”. Diario Oficial. No. 25790. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 90 de 1946. (26, diciembre 1946).

“Por la cual se establece el seguro obligatorio y se crea el instituto de seguros sociales”. Diario Oficial. N. 25790 Bogotá, DC.

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2636 de 1950. (05, agosto 1950). “Código sustantivo del trabajo”. Diario Oficial. No. 27407. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 73 de 1966. (13, diciembre 1966). “Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Legislación laboral, en desarrollo de Convenios Internacionales”. Diario Oficial. No. 32112. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 722 de 1973. (16, abril 1973). “Por el cual se modifica el artículo 35 del Decreto 1848 de 1969”. Diario Oficial. No. 33868. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 770 de 1975. (30, abril 1975). “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 536 de 1974 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales sobre reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad”. Diario Oficial. No. 33868. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1045 de 1978. (17, junio 1978). “Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”. Diario Oficial. No. 35035 Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 50 de 1990. (28, diciembre 1990). “Por el cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 de 1993. (23, diciembre 1993). “Por la cual se crea el sistema de seguridad social y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. No. 41148. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 806 de 1998. (30, abril 1998). “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social

en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”. Diario Oficial. No. 43291. Bogotá, DC.

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 47 de 2000. (19, enero 2000). "Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. No. 43882. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 755 de 2002. (23, julio 2002). "Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.” Diario Oficial. No. 44878. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 823 de 2003. (07, julio 2003). "Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres” Diario Oficial. No. 45245. Bogotá, DC.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1468 de 2011. (30, junio 2011). "Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial. No. 48116. Bogotá, DC.
- MONTROYA RUIZ, A. Mujeres y trabajo ¿derecho u ocupación? Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas, Universidad cooperativa de Colombia.
- GOYES MORENO. Mujer, maternidad y trabajo en Colombia. Universidad de Nariño. 2005.

CIBERGRAFIA.

- LA REVOLUCION INDUSTRIAL, El Rol De La Mujer. <http://larevolucionindustrialmekhi.blogspot.com.co/2012/10/el-rol-de-la-mujer.html>. Consultado.

- Los movimientos feministas como motores del cambio social <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article135>. Consultado.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, c003 – convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. (núm. 3). http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003. Consultado.
- CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#0>. Consultado.
- CONSTITUCION POLITICA DE 1886. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#0>. Consultado.

JURISPRUDENCIA.

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-646 de 2012. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente T- 3389844.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-1167 de 2008. M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería. Expedientes T- T-2.032.170, T- 2.032.600, T-2.043.752, T-2.043.857, T-2.044.136 y T-2.046.681.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-1062 de 2012. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 3594860.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia SU-070 de 2013. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 2361117.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-092 de 2016. M.P.: Dr. Alejandro Linares Cantillo. Expedientes T-5.123.820, T- 5.184.324 y T-5.189.266.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-530 de 2007. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expedientes T- T-1547227, T- 1549565, T-1549683, T-1552575, T-1554056, T-1554317, T-1555177, T-

1567130, T-1572922, T-1575081, T-1575810, T-1575897, T-1576786, T-1579127, T-1579539, T-1579596, T-1597389 y T-1556303.

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-1168 de 2005. M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis.