

La licencia de maternidad en el régimen internacional laboral y su desarrollo en Colombia a partir de la Constitución de 1991*

Yilly Vanessa Pacheco **

El presente artículo constituye un avance del desarrollo del proyecto de investigación titulado *Análisis de la evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana respecto al pago de las prestaciones económicas por maternidad*, realizado en el marco de la línea *Proyecciones jurídicas políticas del derecho internacional y los derechos humanos en el contexto norte sur*, del Grupo de Investigación Gipcode, Universidad de San Buenaventura Cali.

** Abogada, egresada de la Universidad Santiago de Cali. Estudiante de último semestre de la Maestría en Derecho de la USC, con énfasis en Derecho Público. Docente investigadora de la Universidad de San Buenaventura en el área de Derecho Laboral y Seguridad Social. Coordinadora académica de la Especialización en Seguridad Social de la Universidad San Buenaventura – Cali. Joven investigadora de Colciencias 2010-2011.

Correo electrónico: yvpacheco@usbcali.edu.co, yilly.pacheco@gmail.com.

Resumen

En materia laboral y de seguridad social, las normas internacionales de trabajo expedidas por la OIT constituyen el marco normativo a nivel internacional que, en consonancia con diversos tratados de protección de los derechos humanos, consagran los derechos de los trabajadores y sus garantías mínimas, lo que se denomina el régimen internacional laboral. En ese contexto, la licencia de maternidad se erige como norma social y económica en dicho régimen del sistema internacional, y es una que, en virtud de su relación con la protección de los derechos de la mujer trabajadora y con los derechos fundamentales de los niños, ha logrado todo un desarrollo a través de múltiples instrumentos normativos, los cuales han sido aprobados por el Estado colombiano. Así, a nivel nacional, tal prestación se reconoce a partir de la expedición de la Carta Política de 1991 y, desde entonces, su evolución en el ordenamiento jurídico interno se ha dado fundamentalmente por vía de jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional colombiana.

Palabras clave

Globalización, normas internacionales de trabajo, licencia de maternidad, jurisprudencia, derechos fundamentales, Corte Constitucional.

Abstract

In a globalized world, international labor standards issued by the International Labor Organization constitute the international legal framework, which, together with various treaties protecting human rights, enshrined the rights of workers and their minimum guarantees. Collectively, these rules are called the international labor regime. In this context, maternity leave stands as a social and economic policy that is part of the international system, but because of its relation to the protection of the rights of working women and children's fundamental rights, it has been developed through multiple legal instruments, which have been approved by the Colombian state. Thus, in Colombia, maternity leave has been recognized since the Constitution of 1991 was passed. Since then, its development in the domestic legal order has been mainly through the rulings of the Colombian Constitutional Court.

Keywords

Globalization, international labor standards, maternity leave, jurisprudence, human rights, Constitutional Court.



1. Introducción

El proceso multidimensional de la globalización ha traído repercusiones en el campo del derecho, especialmente a partir de la proliferación de instrumentos normativos de derecho internacional sobre diferentes temas objeto de protección por parte de la comunidad internacional, y en la creación de regímenes internacionales. En efecto, el derecho laboral internacional ha venido desarrollándose vertiginosamente por cuenta de la aparición de la OIT y la expedición de las normas internacionales de trabajo (en adelante, NIT) sobre diversos asuntos en materia laboral y de seguridad social, lo que a su vez genera para los Estados miembros de esta organización la necesidad de ajustar sus ordenamientos jurídicos internos a los estándares internacionales, dando cumplimiento a las obligaciones adquiridas en el plano internacional.

Ahora bien, la protección de la mujer en estado de embarazo y el reconocimiento de prestaciones económicas por maternidad encuentra asidero en múltiples instrumentos jurídicos del régimen internacional de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (art. 10, numeral 2), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979 (art. 11, numeral 2, literal b; y art. 12, numeral 2), el Convenio 111 de la OIT, el Convenio No. 3 sobre la protección de la maternidad de 1919, el Convenio 103 de 1952, con la Recomendación 95, entre otros, los cuales han sido suscritos por el Estado colombiano, y, que mediante la figura del bloque de constitucionalidad, consagrada en la Carta Política de 1991 por el constituyente, se incorporan al ordenamiento jurídico colombiano.

En ese sentido, la licencia de maternidad contemplada en la legislación laboral colombiana ha tenido un mayor desarrollo y alcance por medio de los pronunciamientos de la Corte Constitucional con un criterio más garantista y proteccionista de los derechos de las mujeres trabajadoras, tomando como referencia además de la Constitución Política —en el

marco de la denominada constitucionalización del derecho laboral—, las NIT proferidas por la OIT sobre la materia.

Por ello, el presente artículo se estructura en tres partes: en primer lugar, se aborda en el marco del proceso de globalización, la aparición del régimen internacional laboral y las NIT. En segundo lugar, se estudia específicamente la licencia de maternidad en el régimen internacional laboral; y en tercer lugar, se analiza la licencia de maternidad a nivel nacional, destacando el papel desempeñado por la Corte Constitucional que desde su creación en 1991, a través de sus sentencias, ha permitido el desarrollo de dicha institución en el marco de un paradigma progresista, garantista y proteccionista de los derechos fundamentales de los asociados.

2. Metodología

La presente investigación corresponde a una investigación básica-jurídica, de tipo hermenéutico en el marco del paradigma cualitativo-interpretativo de las ciencias sociales, toda vez que está orientada a la interpretación de las realidades sociales en el proceso de globalización y su incidencia en el campo jurídico, y por otra parte, a la interpretación de las NIT, la legislación laboral colombiana y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En efecto, para esta investigación se emplean fuentes primarias, como los instrumentos jurídicos de derecho internacional (tratados, convenciones, convenios, declaraciones, recomendaciones), la legislación laboral interna que regula la licencia de maternidad, y los pronunciamientos de la Corte Constitucional; y fuentes secundarias, como artículos de investigación y libros especializados sobre la materia.

3. Globalización, régimen internacional laboral y normas internacionales de trabajo

Desde la visión de la escuela transformacionalista de la globalización, este fenómeno puede entenderse como el conjunto de procesos interconectados que se desarrollan en múltiples dimensiones: económicas, políticas, ambientales, culturales, sociales, militares y tecnológicas, tendiente a eliminar las fronteras del Estado nación a

través de la ampliación espacio-temporal de las prácticas sociales, del nacimiento de instituciones transnacionales y de la difusión de patrones culturales (P(1952), 2005: 268). En efecto, este proceso multidimensional obedece a un proceso histórico más abierto que no se ajusta con los modelos lineales ortodoxos del cambio social (Held, 2002: XLIII), y que está cambiando el mundo (Martell, 2007: 176), toda vez que afecta áreas específicas del desarrollo social, lo cual impide interpretarlo como un proceso unívoco, sino más bien como una multiplicidad de procesos que se entrecruzan y se contradicen (Pastrana, 2009).

Dentro de esas áreas específicas de desarrollo social se ubican las relaciones laborales, que históricamente han estado ligadas al desarrollo económico y productivo de los Estados. En ese sentido, el contexto actual de la globalización ha generado que algunos países se beneficien de altas tasas de crecimiento económico y creación de empleo, y simultáneamente, que la integración económica mundial haya llevado a muchos otros países y sectores a enfrentar grandes desafíos en lo relativo a la desigualdad de ingresos, los altos niveles de desempleo y pobreza persistentes, la vulnerabilidad de las economías ante las crisis externas y el aumento tanto del trabajo no protegido como de la economía informal (Conferencia Internacional del Trabajo, 2008).

De hecho, la globalización se caracteriza por la aparición de problemas transnacionales y globales, imposibles de ser superados por la acción individual del Estado nación, y el surgimiento y proliferación de nuevos actores globales estatales y no estatales, tales como organizaciones internacionales, corporaciones transnacionales, movimientos sociales transnacionales, agencias reguladoras internacionales, ONG, organizaciones intergubernamentales, entre otros (Held, 2002: XL), que desempeñan un poderoso papel en cuanto a gobernabilidad global se refiere. En ese sentido, la interacción de estos distintos actores del escenario internacional, en torno a la solución de problemas y desafíos globales, entre ellos la protección de las relaciones laborales, requiere de un marco normativo, conocido como regímenes internacionales.

Precisamente, los regímenes internacionales han sido definidos como un sistema de normas y reglas consagradas en acuerdos multilaterales

celebrados entre varios Estados para regular acciones nacionales sobre un tema específico o sobre un conjunto de asuntos interrelacionados. Por ello, se han convertido en importantes instrumentos de regulación de problemas transfronterizos, en los cuales los Estados se ponen de acuerdo sobre reglamentaciones obligatorias y duraderas en virtud de intereses o de metas comunes, pero sobre todo a causa de la presión de los problemas que no es posible superar mediante la acción estatal individual (Messner, 2001: 60).

Así, el régimen internacional laboral está integrado fundamentalmente por los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y las disposiciones normativas de derecho internacional laboral, conocidas como “normas internacionales del trabajo” (NIT). Para Sengenberger (2006), las NIT entrañan un carácter prescriptivo o normativo, en el entendido de que estipulan “lo que debería ser” en materia de términos y condiciones de trabajo. Ellas están consagradas en los Convenios de la OIT, los cuales crean obligaciones internacionales para los Estados que los ratifican, y en las recomendaciones, que brindan directrices para la acción de los gobiernos (2006: 40-41).

Con relación a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que integran el régimen internacional laboral, podría incluso afirmarse que este es en sí mismo un régimen de derechos humanos para los trabajadores, puesto que lo que hace es consagrar los derechos y garantías fundamentales en favor de los trabajadores para desarrollar en condiciones de dignidad su actividad laboral. En efecto, la normatividad internacional sobre derechos humanos ha sido determinante para la expedición de las NIT por parte de la OIT, y para los Estados, por cuanto establecen principios fundamentales que enmarcan sus distintas normatividades nacionales. Se destacan, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora bien, el régimen internacional de derechos humanos de la OIT inicia realmente hacia 1944, con la Declaración de Filadelfia, que,

además de establecer principios universales para la labor de la organización, sentó sobre sólidos cimientos intelectuales la función normativa en materia de derechos humanos de otras organizaciones internacionales. En efecto, durante los primeros decenios después de la II Guerra Mundial, la labor de la OIT en el campo de los derechos humanos consistió en buena medida en la elaboración de normas relativas a los derechos humanos fundamentales, algunas de las cuales dieron protección frente a regímenes totalitarios y otras reconocieron derechos económicos y sociales, suprimieron obstáculos al acceso al trabajo de las mujeres y las minorías étnicas y de otra índole, y sentaron las bases de unas condiciones de trabajo dignas. Las cuestiones abordadas fueron la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, el trabajo forzoso, la discriminación en el trabajo y el trabajo infantil, todas las cuales se recogieron posteriormente en la Declaración de 1998, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en tanto que normas básicas del trabajo (Rodgers *et al.*, 2009: 2-3).

Así, el sistema de normas internacionales de trabajo mantenido y desarrollado por la OIT desde 1919, tiene como objetivo la promoción de oportunidades para hombres y mujeres, con el fin de que éstos consigan trabajos decentes y productivos, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad en el marco de la actual economía globalizada que requiere crecimiento beneficioso para todos (OIT, 2011). Actualmente, este sistema de NIT se concreta en la expedición de los 188 convenios y 199 recomendaciones de la OIT, tendientes a regular diferentes aspectos de la relación laboral y a orientar a los Estados para la formulación de políticas nacionales dirigidas a la protección de los trabajadores en todas sus formas. En consecuencia, a través de las NIT se han consagrado, por una parte, derechos básicos de los trabajadores, tales como los de libertad de asociación, negociación colectiva, abolición del trabajo forzoso y obligatorio, abolición del trabajo infantil y abolición de la discriminación en el empleo y el trabajo; y por otra, se han estipulado normas sociales, llamadas derechos económicos y sociales, tales como las normas sobre el empleo y la capacitación, la terminación del empleo, la seguridad y salud en el trabajo, los salarios mínimos, los horarios máximos por día o semana, los periodos de descanso mínimos, las vacaciones remuneradas, la

licencia por maternidad, la protección de los trabajadores con necesidades especiales —como trabajadores inmigrantes y domésticos—, la seguridad social y las normas para la resolución de los conflictos (Sengenberger, 2006: 40-41).

4. La licencia de maternidad en el régimen internacional laboral

La licencia de maternidad ha sido reconocida no solo a nivel de las NIT expedidas por la OIT, sino también en múltiples instrumentos jurídicos sobre derechos humanos a lo largo de la historia. Al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra para la maternidad y la infancia cuidados y asistencias especiales. En su artículo 25, señala que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Por otra parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, expedida en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de la ONU, aprobada en Colombia mediante la ley 51 de 1981, estableció el pago de una licencia de maternidad, con el propósito de impedir la discriminación contra la mujer. En virtud de ello, insta a los Estados a tomar medidas para prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad así como a implementar dicha licencia en las mismas condiciones salariales (artículo 12.1). Por otra parte, el artículo 12.2 consagra que adicionalmente los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados con relación al embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, prescribe en su artículo 10 la especial protección a las madres, durante un período de tiempo razonable pre y posparto. Adicionalmente, consagra para las madres trabajadoras la remuneración de su licencia de maternidad y prestaciones adecuadas de seguridad social.

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

De igual manera, y en concordancia con lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 15 señala el compromiso de los Estados parte de brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, la cual entró en vigencia el 22 de enero de 1991, consagra el reconocimiento de los Estados a garantizar una protección especial a los niños en orden de satisfacer sus necesidades básicas y el derecho a salud y servicios sanitarios de alta calidad. En ese sentido, el artículo 24 prescribe atención prenatal y posnatal adecuada para las madres, y el deber de los Estados de garantizar tal situación en aras de evitar prácticas perjudiciales para la salud de los niños.

Ahora bien, respecto de las NIT la licencia de maternidad ha sido concebida como norma social, es decir, entre los denominados derechos económicos y sociales. En efecto, la Organización Internacional del Trabajo desde su creación mostró un especial interés en proteger a la mujer trabajadora en estado de embarazo, tanto así que fue en la Primera Conferencia Internacional del Trabajo, en 1919, donde se adoptó el Primer Convenio sobre la Protección de la Maternidad (Convenio No. 03), ratificado por Colombia el 20 de junio de 1933, relativo a la protección de las mujeres antes y después del parto, por medio del cual se hizo lo siguiente:

- Se otorgó una licencia por maternidad de seis semanas posteriores al parto.

- Se estableció el pago de una licencia de maternidad con las prestaciones necesarias para la manutención de la madre y del menor recién nacido.
- Se prohibieron los despidos durante ese lapso (seis semanas).
- Se otorgó dos descansos de 30 minutos al día en el horario de trabajo para lactar.
- Se estableció que los pagos correspondientes a las prestaciones para manutención de la madre y su hijo recién nacido corresponden al Estado o al sistema de seguridad social de cada país.
- Se estableció como ilegal el despido que realice el empleador de la mujer trabajadora que haya tenido que extender su incapacidad por motivos de enfermedades sobrevinientes con el embarazo o parto.

Por su parte, la Recomendación 012 de 1921 amplía el espectro de protección a las mujeres trabajadoras en cuanto a licencia de maternidad al establecer la protección de la maternidad a las trabajadoras que desarrollan su actividad laboral dedicadas a la agricultura, toda vez que el Convenio 03 en su artículo primero solo consagraba tal protección a las mujeres que laboraban en las empresas industriales o comerciales. Al respecto, la mencionada recomendación sugiere lo siguiente:

Que cada Miembro de la Organización Internacional del Trabajo adopte medidas para garantizar a las mujeres asalariadas empleadas en las empresas agrícolas una protección, antes y después del parto, semejante a la protección concedida por el Convenio adoptado en Washington por la Conferencia Internacional del Trabajo a las mujeres empleadas en la industria y en el comercio, y que dichas medidas comprendan el derecho a un período de ausencia, antes y después del parto, y a una prestación durante el mismo período, financiada con fondos públicos, o por un sistema de seguros.

El Convenio No. 03 de 1919 debió ser revisado por medio del Convenio 103 de 1952, el cual logró extender la calidad de trabajo a numerosas

actividades que hasta la fecha no eran consideradas como tales, por no estar relacionadas con los sectores industrial o agrícola, como los desarrollados en establecimientos comerciales, servidores de correos y telecomunicaciones, trabajos de oficina, hoteles, pensiones, restaurantes, círculos, cafés y otros establecimientos análogos, los establecimientos dedicados al tratamiento u hospitalización de enfermos, lisiados o indigentes y los orfanatos, y trabajo doméstico asalariado efectuado en hogares privados. Lo anterior implica una extensión de la cobertura para las mujeres en estado de embarazo que venían desempeñando este tipo de labores.

Igualmente, a favor de la protección de la mujer en estado de embarazo, además de mantener las prerrogativas concedidas en el Convenio 03, consagró:

- La asistencia médica durante los nueve meses de embarazo, así como en el parto y el posparto.
- La remuneración de las interrupciones que realicen las mujeres trabajadoras para la lactancia de sus hijos, por considerarse como horas de trabajo.
- La libre elección del médico y la libre elección entre un hospital público o privado.
- La duración del descanso será de doce semanas por lo menos; una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto.
- La duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas.
- La prórroga de la licencia de maternidad en caso de error con respecto a la fecha del parto y, en caso de enfermedad, cuando esta es consecuencia del embarazo o del parto.

Por otra parte, la Recomendación 95 de 1952 sugiere la ampliación de la duración de la licencia de doce (12) a catorce (14) semanas, reforzada por la Recomendación 165 de 1981. Así mismo, propuso que deberían tomarse disposiciones a fin de organizar, de preferencia, en la parte externa de las empresas donde estén trabajando las mujeres, instalaciones para la lactancia de los hijos y para la asistencia que deba prestárseles durante la jornada. Siempre que sea posible, deberían

tomarse disposiciones para que esas instalaciones y esa asistencia sean financiadas, o al menos subvencionadas, con cargo a la colectividad o en virtud de un sistema de seguro social obligatorio.

Posteriormente, con la Recomendación 165 de 1981, conocida como la recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, la OIT sugiere en el artículo 22 una licencia parental, es decir que durante un período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, la madre o el padre deberían tener la posibilidad de obtener una licencia (licencia parental) sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él.

El Convenio 183 de 2000, mediante el cual se revisó el Convenio 103, mantuvo los principios fundamentales de la protección de la maternidad, y entre otros cambios, extiende la protección a todas las mujeres empleadas, cubriendo todas las complicaciones que puedan derivarse del embarazo y el parto, y no solo a las enfermedades que sean consecuencia de estos.

Por otra parte, de conformidad con la Recomendación 95, el Convenio 183 dispone dos situaciones que son fundamentales: primero, en lo atinente al contenido de la prestación, este Convenio en su artículo 3 trasciende las prestaciones médicas y económicas, al establecer que ninguna mujer podrá ser obligada a trabajar en actividades que entrañen perjuicio para la salud suya o de su hijo, según lo defina la legislación nacional o se pruebe el riesgo significativo. Segundo, amplía el término de duración de la maternidad a catorce (14) semanas. Finalmente, aspectos como el período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, y la remuneración de horas de trabajo destinadas a la lactancia del bebé (interrupciones o disminuciones en el horario de trabajo), entre otras, se conservan bajo los postulados establecidos en los convenios antecesores 03 y 103.

Por último, la Recomendación 191 expedida por la OIT en el año 2000 propone, entre otras cosas, lo siguiente:

- Ampliar la licencia de maternidad a dieciocho (18) semanas.
- Prolongar la licencia de maternidad en los casos de nacimientos múltiples (lo cual es muy acertado, debido a que el embarazo

múltiple requiere de mayor cuidado y un tratamiento diferente al habitual, mayor reposo, visitas prenatales al médico con mayor frecuencia, un trabajo de parto especial por la complejidad del mismo, por lo tanto la gestante tiene un mayor desgaste tanto físico como mental).

- La libertad de las mujeres de elegir cuándo tomarán la parte no obligatoria de su licencia de maternidad, antes o después del parto.
- En el ámbito de las prestaciones médicas, asistencia médica general o especialista a domicilio, productos, farmacéuticos y médicos, exámenes y análisis necesarios prescritos por un médico u otra persona cualificada.
- Asistencia odontológica y quirúrgica.
- Seguro social obligatorio para la financiación de las prestaciones.
- En materia de protección a la salud esboza la eliminación del riesgo mediante la adaptación de sus condiciones de trabajo; o incluso, el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, cuando dicha adaptación no sea posible.
- La prohibición de que una mujer embarazada o lactante sea obligada a realizar trabajos nocturnos incompatibles con su estado, si así lo establece un certificado médico.

En conclusión, los distintos instrumentos internacionales han sido claros en señalar como necesaria la protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada (sentencia T-697/01). En consecuencia, del análisis de los instrumentos internacionales que conforman el régimen internacional laboral se concluye el avance que ha dado el derecho internacional en los últimos años en cuanto a protección de la maternidad. No obstante, el progreso obtenido en las normas internacionales exige verse reflejado en las legislaciones internas de cada Estado, así como en la implementación de adecuadas políticas y programas que involucren los diferentes actores estatales y no estatales para garantizar el goce efectivo de estos derechos. Precisamente, en consonancia con los estándares internacionales, recientemente el Estado colombiano ha extendido la licencia de maternidad de doce a catorce (14) semanas.

5. Reconocimiento de la licencia de maternidad en Colombia y su desarrollo a partir de la jurisprudencia constitucional

Pese a la consagración en el escenario internacional de la licencia de maternidad, e incluso a pesar de la ratificación del Estado colombiano de algunas convenciones en torno a la protección de la mujer en estado de embarazo, el reconocimiento de la licencia de maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano solo se da a partir de la Carta Política de 1991, cuando el constituyente consagró a favor de la mujer la protección y la especial asistencia por parte del Estado durante el embarazo y después del parto (art. 43 CP).

En efecto, el posterior reconocimiento de la licencia de maternidad en la legislación laboral —contenido en el Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 100 de 1993, el Decreto 806 de 1998 y el Decreto 047 de 2000—, es desarrollo de la obligación del Estado de asistir y proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto y de garantizar los derechos fundamentales del recién nacido (sentencia T-034/07).

Ahora bien, no obstante el carácter prestacional que ostenta la licencia de maternidad, al permitir el goce efectivo de otros derechos de carácter fundamental, como es el caso de la salud en conexidad con la vida, la dignidad humana y los derechos de los niños (Sentencia T-996/02), su protección se hace posible por vía de acción de tutela, lo que ocasionó que desde 1996 empezaran los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto al pago de la licencia de maternidad (T-568/96, T-270/97, T-662/97, T-139/99, T-792/98 y T-093/99). Posteriormente, este tribunal estableció en sentencia T-460/03 las reglas para que fuera procedente la acción de tutela orientada al pago de la licencia:

En la primera regla, la corte puntualmente establece que pese a que el auxilio de maternidad es un derecho de carácter prestacional no susceptible de proteger por vía del amparo constitucional, cuando se halla en relación inescindible con otros derechos fundamentales de la madre o del recién nacido —tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud—, el derecho al pago de la licencia de maternidad es un derecho fundamental por conexidad y, por lo tanto, protegible por vía de tutela (sentencia T-460/03).

Por otra parte, la Corte Constitucional, confirmando la posición asumida desde las primeras sentencias respecto a la relación entre licencia de maternidad y mínimo vital de la madre y del recién nacido, consagra en la segunda regla que bajo este supuesto excepcional el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el juez de tutela, aun cuando exista la jurisdicción ordinaria laboral, dado el carácter relevantemente constitucional que se presenta ante estas circunstancias.

En la tercera regla se establece la responsabilidad del empleador en tanto que es éste quien debe realizar los pagos o cotizaciones al sistema de seguridad social en salud. Así, pues, en los casos en que el empleador no pagó los aportes o cuando estos fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica a favor de la madre.

La obligación de las EPS de asumir el pago de la licencia de maternidad cuando se presenta la figura del allanamiento a la mora es consagrada en la cuarta regla que fija la Corte Constitucional en esta sentencia. Ciertamente, hay lugar al allanamiento a la mora en los eventos en que el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud.

La quinta regla ordena para la procedencia de la acción de tutela respecto de las reclamaciones por licencia de maternidad bajo la afectación al mínimo vital, que ésta sea incoada antes del vencimiento del término de la licencia. En consecuencia, cuando el auxilio por maternidad es solicitado posterior al término prescrito para tal efecto, se ha de presumir que la madre no necesitó del pago para atender sus necesidades y las del menor, y, en consecuencia, no hay vulneración alguna al mínimo vital.

Con relación a esta disposición, la Corte no hizo más que allanarse a lo establecido en su precedente en cuanto al término para la interposición de acción de tutela por violación al derecho fundamental de la licencia de maternidad. En efecto, el criterio de los 84 días se mantenía vigente en la corte desde el año 2001, a través de múltiples sentencias, entre

ellas la T-075/01; T-1013/02, MP Jaime Córdoba Triviño, reiterada por la sentencia T-118/03; T-029/03, MP Rodrigo Escobar Gil; y T-1224/01, MP Álvaro Tafur Galvis.

La última regla fijada por la Alta Corporación establece la improcedencia del derecho de amparo cuando se ha vencido el término de la licencia para su pago efectivo, por cuanto se está ante un perjuicio causado y por ello no es viable la protección constitucional de los derechos (sentencia T-460/03).

Con el establecimiento de estas reglas en cuanto a la procedencia de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad se produjo un desarrollo considerable de esta institución en el ordenamiento jurídico colombiano. Ciertamente, esta sentencia conllevó al incremento de la interposición del recurso de amparo en Colombia, lo que obligó a la corte a revisar otros aspectos relacionados con el pago de la licencia de maternidad y pronunciarse sobre ellos, ordenando la inaplicación de las reglas contenidas en la ley para tal efecto.

Así, la jurisprudencia del Alto Tribunal a partir del año 2003 ha girado en torno a la procedibilidad de la acción de tutela, los periodos mínimos de cotización, el pago total o proporcional de la licencia, la responsabilidad del empleador, e incluso ha ordenado medidas estructurales en el sistema para garantizar el pago efectivo de la licencia de maternidad, tal como ocurrió en la sentencia T-1223/08. No obstante, los pronunciamientos de la Corte Constitucional no se han mantenido en un mismo sentido. De hecho, se evidencian cambios en las posiciones jurisprudenciales del Alto Tribunal.

Los cambios en la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional identificados hasta ahora con respecto al pago de las prestaciones económicas por maternidad dan cuenta de una corte progresista, más garantista de los derechos fundamentales. Para empezar, la Corte Constitucional se había allanado en múltiples ocasiones a lo consagrado en la ley en cuanto al periodo mínimo de cotización contenido en el Decreto 047/00 para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad. Así, las sentencias T-681/05, T-414/06, y T-603/06, por citar solo algunas, exigen el cumplimiento de requisitos específicos,

entre los que se destaca la cotización completa e ininterrumpida de la madre al sistema de salud durante todo el período de gestación.

Sin embargo, en el mismo período de tiempo, la corte accedió al reconocimiento y pago total de la licencia de maternidad aun cuando no se completaba la totalidad de semanas requeridas (T-931/03, T-1010/04, T-549/05 y T-790/05) y por otra parte, ordenó el pago proporcional de dichas prestaciones conforme al tiempo cotizado por la solicitante (T-1243/05, T-598/06, T-034/07, T-053/07 y T-206/07, entre otras).

En igual sentido se presenta una variación importante entre la sentencia T-460/03 y la sentencia T-999/03, por cuanto extiende el término de interposición de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia en comento, de 84 días a 12 meses, en consonancia con la especial protección constitucional que gozan los niños durante su primer año de vida (art. 50 CP).

Finalmente, a través de la sentencia C-543/10, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “del menor de siete años de edad”, contemplada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 50 de 1990, que concedía el descanso remunerado a las madres adoptantes solo cuando el hijo era menor de siete años, por cuanto violaba derechos fundamentales como la dignidad, la seguridad social, el mínimo vital y la salud, toda vez que la adopción se equipara al hecho del parto, en aras de proteger los derechos de los niños en situación de adaptabilidad.

Al respecto, Vidales Rodríguez (2001) sostiene que los cambios jurisprudenciales se sustentan a partir del dinamismo y la mutabilidad que caracteriza a la jurisprudencia, toda vez que entre sus cometidos se halla precisamente el de ir adecuando la ley —que nace con una clara vocación de permanencia— a los cambios que se van produciendo en la sociedad (2001: 89).

En ese orden de ideas, y en virtud de la lectura que hace la Corte de la compleja realidad social colombiana que condiciona y limita el pago de la licencia de maternidad por parte de las EPS, el Alto Tribunal evidencia la necesidad de ordenar reformas estructurales al sistema, en

aras de evitar la sistemática violación de los derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, la dignidad humana, la seguridad social, y la protección especial de los niños.

Así, la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-1223/08, ordena al Ministerio de la Protección Social (MPS) y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) o a la Comisión de Regulación en Salud —de estar en funcionamiento—, que al término máximo de cuatro (4) meses adopte medidas correctivas frente a la creación de un mecanismo de resolución de conflictos para el pago de la licencia de maternidad, tendiente a reducir la vulneración de derechos fundamentales, y con ello la interposición de acciones de tutela. De lo contrario, las EPS quedan sometidas a realizar los pagos y recobrar al FOSYGA directamente sin necesidad de orden judicial, entidad que deberá pagar en los siguientes casos:

- Mujeres pobres que pagaron tarde, en el caso de allanamiento a la mora por parte de las EPS.
- Mujeres pobres que pagaron incompleto, es decir, aquellas cuyo IBC es inferior o igual a 1 SMMLV que no cotizaron durante todo el periodo de gestación, caso en el cual si faltan 10 semanas por cotizar, tienen derecho al pago completo, y si es superior a 10 semanas, pago proporcional por el tiempo cotizado.

6. Conclusiones

El fenómeno de la globalización se ha caracterizado por la aparición de problemas globales desde diferentes áreas que se interrelacionan dadas las condiciones de interdependencia que generan los actores en el mundo actual. Tal es el caso de las políticas de desarrollo económico que inciden directamente en los ordenamientos jurídicos de los Estados, poniendo en peligro los derechos y garantías que se desprenden de la relación laboral entre los trabajadores y sus empleados.

Por lo anterior, se hace necesario desde la comunidad internacional impulsar una normatividad garantista de los derechos de los trabajadores en el contexto de la globalización. Este sistema de normas integra el régimen internacional laboral, que sirve para fortalecer las relaciones entre los diferentes actores que han emergido como respuesta

al proceso de globalización y coadyuvar a la solución de los problemas transnacionales que no puede ya solucionar el Estado nación de manera individual.

El régimen internacional laboral está integrado tanto por instrumentos jurídicos internacionales de protección de derechos humanos, como por las NIT, las cuales son emitidas por la OIT sobre diversos temas relacionados con la seguridad laboral, que requieren atención de parte de la comunidad internacional. Entre estos asuntos se encuentra la licencia de maternidad, que históricamente ha tenido un desarrollo en el plano internacional, pero que solo aparece en el sistema jurídico colombiano con la Constitución de 1991.

A nivel nacional, la Constitución permitió al Estado colombiano —al menos desde el punto de vista formal— ponerse en consonancia con las normas del régimen internacional, que inclusive habían sido aprobadas por Colombia en el marco del multilateralismo de la OIT. Igualmente, la Corte Constitucional ha posibilitado el desarrollo a nivel nacional de la licencia de maternidad por vía de jurisprudencia, la cual se ha caracterizado por inaplicar reglas contenidas en la ley, en virtud de la protección de los derechos fundamentales de la madre y del menor recién nacido.

Bibliografía

Libros y artículos

- Held, David. *Transformaciones globales: política, economía y cultura*. México: Oxford University Press (2002).
- Martell, Luke. “The Third Wave in Globalization Theory”. *International Studies Review* (2007). Disponible en <http://www.sussex.ac.uk/Users/ssfa2/thirdwaveweb.htm>
- Messner, Dirk. “Globalización y gobernabilidad global”. *Revista Nueva Sociedad* (2001). Disponible en www.nuso.org
- Pastrana Buelvas, Eduardo. “Extinción o reinención del Estado – Nación frente a los desafíos globales”. *Desafíos* 12 (2005), pp. 266-282.
- Sengenberger, Werner. “Globalización y progreso social: la función y el impacto de las Normas Internacionales del Trabajo”. *Revista Nueva Sociedad* (2006). Disponible en www.nuso.org

Vidales Rodríguez, Caty. *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch (2001).

Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-996 de 2002, MP Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-931 de 2003, MP Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-640 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-549 de 2005, MP Jaime Araujo Rentería.

Sentencia T-790 de 2005, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-1243 de 2005, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-598 de 2006, MP Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T-034 de 2007, MP Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia T-053 de 2007, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-1223 de 2008, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-543 de 2010, MP Mauricio González Cuervo.

Normatividad internacional

Conferencia Internacional del Trabajo (2008). Declaración sobre justicia social.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Organización Internacional del Trabajo (1919). *Convenio 03 de 1919*.

Disponible en línea: www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C003

Organización Internacional del Trabajo (2011). Disponible en:

<http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/lang--es/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo. Convenio 103 de 1952.

Organización Internacional del Trabajo. Convenio 183 de 2000.

Organización Internacional del Trabajo. Recomendación 012 de 1921.

Organización Internacional del Trabajo. Recomendación 95 de 1952.

Organización Internacional del Trabajo. Recomendación 165 de 1981.

Organización Internacional del Trabajo. Recomendación 191 de 2000.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.