

**CARGA DE LA PRUEBA EN LA PROTECCIÓN OCUPACIONAL REFORZADA
DE LA MATERNIDAD EN EL PERIODO DE LACTANCIA**

DIEGO FERNANDO CABRERA GONZÁLEZ

MARÍA MERCEDES ROJAS RAMÍREZ

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA – UCEVA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS**

PROGRAMA DE DERECHO

TULUÁ (VALLE)

2021

**CARGA DE LA PRUEBA EN LA PROTECCIÓN OCUPACIONAL REFORZADA
DE LA MATERNIDAD EN EL PERIODO DE LACTANCIA**

DIEGO FERNANDO CABRERA GONZÁLEZ

MARÍA MERCEDES ROJAS RAMÍREZ

MONOGRAFÍA DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

DR. HENRY GÓMEZ CAICEDO

Director

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA – UCEVA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS**

PROGRAMA DE DERECHO

TULUÁ (VALLE)

2021

NOTA DE ACEPTACIÓN

FIRMA DEL JURADO

FIRMA DEL JURADO

FIRMA DEL JURADO

Tuluá, Valle del Cauca. Mayo de 2021

DEDICATORIA

Le dedico este logro a Dios, por permitirme haber nacido en una familia muy hermosa, integrada por mi madre JANETH GONZÁLEZ, mi Padre DIEGO CABRERA, mis hermanas JENNIFER CABRERA y VANESSA CABRERA, quienes me han brindado todo el amor y apoyo incondicional durante toda mi vida.

DIEGO FERNANDO CABRERA GONZÁLEZ

A Dios, a mi Padre LIBARDO ROJAS, mi Madre YENNY RAMÍREZ, quienes me han educado en valores y brindado su apoyo en todo momento, así mismo a mi hermana MARÍA EMA ROJAS, quien me acompaña y da apoyo moral en momentos que lo he necesitado.

MARÍA MERCEDES ROJAS RAMÍREZ

AGRADECIMIENTOS

Hoy expresamos agradecimientos al:

Director de Trabajo, Dr. Henry Gómez Caicedo, quien fue un elemento muy importante en el desarrollo de este trabajo de grado, que condujo este estudio con sus importantes apreciaciones al tema y nos proporcionó información al respecto, así como también nos motivó a plantearnos interrogantes significativos para el mejoramiento de este estudio.

Al Dr. Julio César Rosero Bonilla, en la orientación y aportes significativos sobre los principios constitucionales, que permitieron desarrollar con una buena y profunda argumentación teórica el problema planteado en el trabajo de investigación.

Al Comité de Trabajos de grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanísticas, Programa de Derecho quienes dieron tramite oportuno a este trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

1. INTRODUCCIÓN.....	11
1. TITULO.....	13
2. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA.....	14
2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
2.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	15
3. OBJETIVOS.....	16
3.1. OBJETIVO GENERAL.....	16
3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	16
4. JUSTIFICACIÓN.....	17
5. MARCO REFERENCIAL.....	20
5.1. ESTADO DEL ARTE.....	20
5.2. MARCO TEÓRICO.....	22
5.3. MARCO CONCEPTUAL.....	26
5.4. MARCO LEGAL.....	29
6. METODOLOGÍA.....	34
6.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	34
6.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	34
6.3. TIPO DE INVESTIGACIÓN DESDE EL DERECHO Y DESDE LOS OBJETIVOS.....	34
6.4. FUENTES DE INFORMACIÓN.....	35

6.5. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	35
7. DESARROLLO CAPITULAR.....	36
7.1. LA SENTENCIA SU-075 DE 2018 INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA CUANDO LA TRABAJADORA ES DESPEDIDA EN LOS ÚLTIMOS TRES MESES DEL PERIODO DE LACTANCIA	36
7.1.1. CARGA DE LA PRUEBA.....	36
7.1.2. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.....	38
7.1.3. FUERO DE MATERNIDAD.....	42
7.1.4. PERIODO DE LACTANCIA	45
7.1.5. ANÁLISIS OBJETO DE ESTUDIO	48
7.2. LA SENTENCIA SU-075 DE 2018 DESCONOCE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA CARGA DE LA PRUEBA.	57
7.2.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE ROBERT ALEXY.....	58
8. CONCLUSIONES	80
9. BIBLIOGRAFÍA.....	83

GLOSARIO

CARGA DE LA PRUEBA: Este concepto es conocido como el Onus Probandi, una expresión latina del principio jurídico que señala quien está obligada a probar un determinado hecho, esta institución jurídica tiene vigencia en el artículo 167 del actual Código General del Proceso.

PROTECCIÓN OCUPACIONAL REFORZADA DE LA MATERNIDAD: Es un amparo o una protección de orden constitucional contenido en los artículos 43 y 53 de la Constitución Política vigente, y no es la simple prohibición del despido a una trabajadora en estado de embarazo o lactancia, esta protección constituye el desarrollo del contenido del artículo 4 constitucional sobre la prevalencia normativa de la Constitución Política vigente frente a otros contenidos jurídicos.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: “La noción de supremacía constitucional parte de la naturaleza normativa de la Constitución, que se revela en el carácter de fuente primaria del ordenamiento jurídico. En tal sentido, el artículo 4 de la Constitución Política indica: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.¹

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: “Es una herramienta argumentativa, empleada para evitar o controlar que se restrinjan derechos fundamentales, evitado un sacrificio inútil, desproporcionado e innecesario de los mismos”.²

¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415. Expediente D-8820 (06, junio, 2012). M.P. Mauricio González Cuervo [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2018. p. 2. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-415-12.htm>

² CUELLO QUIÑONEZ, Melba y SARDOTH REDONDO, Aiskeli Kixari. Principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnica para dar solución a derechos fundamentales en conflicto en derecho administrativo en el tiempo posmoderno. Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Santo Thomas. Facultad de Derecho. Especialización en Derecho Administrativo. 2017. 7 p.

RESUMEN

En el presente estudio jurídico se hace un análisis crítico, bajo el objetivo general de establecer si se desconoce la protección ocupacional reforzada de la maternidad al analizar cómo se invierte la carga de la prueba en desfavor de la trabajadora cuando es despedida durante los dos últimos meses del periodo de lactancia en la sentencia SU-075 de 2018. De esa premisa parte el trabajo de investigación, que giró en un enfoque cualitativo, descriptivo y argumentativo, fundamentado en aspectos teóricos contenidos en el diseño bibliográfico, donde se analizaron desde diferentes concepciones jurídicas, por una parte el concepto de fuero de maternidad y por otra la carga probatoria y su inversión.

La sentencia SU-075 del 2018, por ser una decisión del máximo tribunal de la justicia constitucional se hizo imperativo identificar bajo el principio de proporcionalidad si la Corte Constitucional incurrió en el desconocimiento de la garantía del fuero de maternidad y la inversión de la prueba sin tener en cuenta el juicio de igualdad desconociendo la supremacía constitucional.

Palabras Claves: Protección Ocupacional Reforzada de la Maternidad, Carga de la Prueba, Periodo de Lactancia, Supremacía Constitucional y Principio de Proporcionalidad.

ABSTRACT

In the previous legal study a critical analysis is made, under the general objective of establishing whether the reinforced occupational protection of maternity is unknown, analyzing if the burden of proof is reversed to a disadvantage of the worker if she is fired during the last two months of the lactation period, in judgment SU-075 of 2018. this premise research work starts, turned on a qualitative, descriptive and argumentative approach, based on theoretical aspects contained in the bibliographic design, where they were analyzed from different legal conceptions, the concept of maternity jurisdiction and, on the other, the burden of proof and its investment.

Judgment SU-075 of 2018, a decision of the highest court of constitutional justice, was imperative to identify under the principle of proportionality if the Constitutional Court incurred in ignorance of the guarantee of maternity jurisdiction and the reversal test without take into account judgment of equality ignoring constitutional supremacy.

Key Words: Reinforced Occupational Protection of Maternity, Burden of Proof, Lactation Period, Constitutional Supremacy and Principle of Proportionality.

1. INTRODUCCIÓN

Los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo prohíben los despidos sin justa causa de las mujeres embarazadas o lactantes, en el caso de los despidos con justa causa estas mismas disposiciones obligan al empleador a solicitar una autorización a la autoridad administrativa competente.

De esta postura sobre el fuero de maternidad en lo que ocupa la atención de este trabajo de investigación, es que esta institución jurídica tiene una relevancia de carácter superior con la finalidad de proteger de una manera especial ese extremo más débil de la relación laboral, de allí surge la necesidad y la importancia de este trabajo de investigación, para entender cuáles fueron los criterios o la interpretación contenida en la sentencia SU-075 de 2018, cuando se advierte que en el segundo trimestre del periodo de lactancia “la regla general es que incumbe al demandante probar aquello alega”, imponiéndole a la trabajadora que pruebe que su despido fue por motivo de la lactancia, bajo esa premisa es que el objetivo general será establecer si se desconoce la protección laboral reforzada de la maternidad en la decisión anteriormente citada, para tal fin, a través del desarrollo de los objetivos específicos 1. Analizar en la sentencia SU-075 de 2018, como se invierte la carga de la prueba cuando la trabajadora es despedida en los últimos tres meses del periodo de lactancia, 2. Identificar en la sentencia SU-075 de 2018, el desconocimiento del principio de proporcionalidad de la carga de la prueba, se dará respuesta al problema planteado.

Debe entenderse que esta discusión de la protección laboral reforzada no es ni ha sido pacífica, todo lo contrario, desde los primeros inicios de consolidarnos como República ya se venía hablando de esta protección laboral reforzada de manera incipiente con el Decreto Ley 3743 de 1950, pero ya en entrada de la Constitución Política de 1991, este instituto de protección a la mujer en embarazo o lactante

adquirió un rango de carácter constitucional, es decir, de derecho fundamental como claramente se puede evidenciar en los artículos 43 y 53 de la norma superior.

1. TITULO

**CARGA DE LA PRUEBA EN LA PROTECCIÓN OCUPACIONAL REFORZADA
DE LA MATERNIDAD EN EL PERIODO DE LACTANCIA**

2. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De las situaciones más comunes y diarias que ocupan en gran medida la atención, tanto de la comunidad académica como jurídica, están las relaciones laborales en sus diferentes modalidades, siendo el punto más álgido o de mayor discusión el periodo de gestación o lactancia de las trabajadoras.

El artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo numeral 2 y la jurisprudencia vigente de las Altas Cortes, han considerado que cuando el despido sin justa causa ocurre dentro de los primeros tres meses posteriores al parto se presume que el despido fue con motivo de la maternidad, en este evento será el empleador quien tendrá la responsabilidad de probar que el despido no fue por motivo de embarazo (presunción de derecho), pero si el despido ocurrió en el segundo trimestre posterior al parto y antes de vencerse el periodo de lactancia, la trabajadora deberá demostrar que el motivo del despido fue por la maternidad (presunción de hecho).

En este sentido, la presente investigación, se encausará en demostrar si se violenta o se desconoce la protección ocupacional reforzada de la maternidad cuando a la trabajadora la despiden en los últimos tres meses del periodo de lactancia, todo esto fundamentado en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y conforme a la sentencia SU-075 de 2018. No solamente se fundamentará la discusión planteada, sino que habrá de tenerse en cuenta los antecedentes jurisprudenciales, doctrinales y teóricos para determinar con precisión si se desconoce la protección ocupacional reforzada de la maternidad de origen constitucional con los últimos precedentes establecidos por la Corte

Constitucional, es decir, se abordará la discusión desde aspectos generales a particulares.

Para tal fin, habrá de tocarse aspectos específicos como el juicio de igualdad para aplicar el principio de proporcionalidad, la carga dinámica de la prueba, la inversión de la carga de la prueba, las presunciones de derecho y hecho, todo esto a través de la interpretación sistemática que se hará a la sentencia SU-075 de 2018, bajo el argumento planteado por la Corte Constitucional al determinar “la regla general es que incumbe al demandante probar aquello que alega”.³

2.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Se desconoce la protección ocupacional reforzada de la maternidad en la sentencia SU-075 de 2018, al invertir la carga de la prueba cuando la trabajadora debe demostrar el motivo del despido en los últimos tres meses del periodo de lactancia?

³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-075 (24, 06, 2018). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2018. p. 2. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. p. 56. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

3. OBJETIVOS

3.1. OBJETIVO GENERAL

Establecer si se desconoce la protección ocupacional reforzada de la maternidad en la sentencia SU-075 de 2018.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

3.2.1 Analizar en la sentencia SU-075 de 2018, como se invirtió la carga de la prueba cuando la trabajadora es despedida en los últimos tres meses del periodo de lactancia.

3.2.2 Identificar en la SU-075 de 2018, el desconocimiento del principio de proporcionalidad de la carga de la prueba.

4. JUSTIFICACIÓN

Desde antes de entrar en vigencia la Constitución Política de 1991, el Estado colombiano ya había generado disposiciones para proteger a las trabajadoras gestantes y lactantes, normatividad que aunque incipiente, ya determinaba la prohibición jurídica del despido en ocasión del embarazo o la lactancia, estos presupuestos normativos de protección se han mantenido y ya en entrada de la Constitución Política de 1991, adquirió esta protección un rango de carácter constitucional, es decir, de garantía fundamental, ya en vigencia de la Carta Política hablamos de una nueva teología constitucional fundamentada en los artículos 43 y 53 de la norma superior.

Bajo estos nuevos criterios constitucionales, el trabajo es para el Estado una obligación y un derecho fundamental que debe ser garantizado y más cuando existe un sector de la sociedad con una debilidad manifiesta reconocida no solamente en el ordenamiento jurídico interno, sino en los mismos Tratados Internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad como es el caso de la mujer en estado de embarazo o lactancia. De allí entonces que el artículo 13 constitucional establezca el derecho a la igualdad ante las legislaciones y ante las autoridades, pero esa misma disposición trae implícita que se deberá otorgar por parte del Estado una protección especial a aquellas personas que por su condición física, económica, social, cultural y mental se encuentren en una debilidad manifiesta.

En efecto, el Estado en cumplimiento de sus funciones esenciales debe garantizar el trabajo, pero también la protección al extremo más débil de la relación laboral, es allí donde cobra sentido la protección ocupacional reforzada o también conocido como fuero de maternidad, haciendo entonces que se justifique la presente investigación denominada "Carga de la Prueba en la Protección

Ocupacional Reforzada de la Maternidad en el Periodo de Lactancia”, redundando entonces como objetivo general de la investigación, establecer si se desconoce la protección ocupacional reforzada de la maternidad en la sentencia SU-075 de 2018, que sería el que hacer de la investigación y para cumplir dicho objetivo se desarrollará en dos puntuales objetivos específicos: 1. Analizar en la sentencia SU-075 de 2018, como se invierte la carga de la prueba cuando la trabajadora es despedida en los últimos tres meses del periodo de lactancia y, 2. Identificar en la sentencia SU-075 de 2018, el desconocimiento del principio de proporcionalidad de la carga de la prueba.

De lo dicho anteriormente se puede evidenciar la importancia y el aporte a la discusión jurídica del presente trabajo académico, no para pretender que la discusión se agote, sino todo lo contrario, para que se atempere a los cambios sociales, el fortalecimiento de las garantías y derechos fundamentales, como es el caso de la institución jurídico desde una concepción más antropocéntrica, más sistemática realizada por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-075 de 2018.

También es importante resaltar que algún sector académico y jurídico tiene posturas disonantes, no solamente a lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia en comentario, al considerar estos que se le pone una carga injustificada a la trabajadora como criterio de discriminación el probar que el objeto del despido en ocasión del segundo trimestre del periodo de lactancia no la cobijaría la presunción de derecho del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Otro sector jurídico sostiene que lo realizado por la Corte Constitucional es la aplicación moderada de las normas que regulan el concepto de fuero de maternidad o de protección ocupacional reforzada como método de interpretación.

La discusión aquí planteada en este trabajo de investigación no agotará todas las posibilidades, pero si agotará de manera específica aspectos esenciales que contribuirán a enriquecer la discusión jurídica en aspectos no tratados de manera puntual como son las presunciones de derecho y hecho, el principio de proporcionalidad, todo esto con la finalidad de dar respuesta al objetivo general planteado.

5. MARCO REFERENCIAL

5.1. ESTADO DEL ARTE

Inicialmente frente a la protección ocupacional reforzada como institución jurídica se han dicho muchas cosas y se tendrán que decir otras tantas. Este no ha sido un asunto exclusivo del saber jurídico, pero el saber jurídico en especial desde la academia tiene una deuda histórica y social con las trabajadoras en estado de embarazo o lactancia, otros sectores también han hecho parte de la discusión, pero llama profundamente la atención como las Cortes de cierre en las diferentes jurisdicciones de la justicia tienen posturas tan disonantes que ellas también han dicho otro tanto.

Antes de adentrarnos a mayor profundidad frente a este instituto jurídico de protección en favor de la mujer objeto de estudio, las voces disonantes y a favor han venido de todos los sectores en especial frente a la sentencia SU-075 de 2018, que varió en desfavor de la trabajadora el precedente jurisprudencial que durante años la Corte Constitucional había trazado en una línea sólida, así que nada de lo dicho desde los diferentes sectores es conclusivo y está todo por hacer.

En la construcción de la discusión teórica constitucional que se planteó desde el inicio de este trabajo de investigación se realizaron diferentes lecturas, pero llamó la atención un estudio denominado “La protección de la estabilidad reforzada de la mujer en estado de embarazo: análisis jurisprudencial del fuero de maternidad en los contratos a término fijo”⁴, donde se destaca una consolidada línea

⁴ RIVERA AGUIRRE, Christian David. La protección de la estabilidad reforzada de la mujer en estado de embarazo: análisis jurisprudencial del fuero de maternidad en los contratos a término fijo. En: Revista CES Derecho. Medellín: Universidad de Antioquia, Mayo, 2014, vol. 5, nro. 1, p. 106-118. ISSN 2145-7719.

jurisprudencial proferida por la Corte Constitucional, respecto al tema de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, también conocida como fuero de maternidad, hoy denominada “protección ocupacional reforzada según la sentencia SU-075 de 2018”.

Siguiendo con el anterior presupuesto y para efecto de tener un orden, digamos en primer lugar como ha sido el desarrollo normativo de la protección ocupacional reforzada, partiendo de las normas constitucionales a la normatividad que la desarrolla así:

En Colombia, el tema de la protección laboral a la mujer en estado de embarazo, tiene arraigo constitucional en los artículos 43 y 53 de la Carta Política, los cuales consagran la prohibición de someter a la mujer a cualquier clase de discriminación y la protección especial que debe brindar el Estado a la maternidad y lactancia.

A su vez, la protección laboral reforzada a la mujer en estado de embarazo o lactancia encuentra su consagración legal en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual fue modificado, primero por la Ley 50 de 1990 y luego por la Ley 1468 de 2011, donde se establece la prohibición de despedir a las mujeres que se encuentren en embarazo o lactancia, siendo así que se imponen una serie de indemnizaciones inclusive el reintegro a favor de la trabajadora, que estando en tales circunstancias sea despedida. Ahora bien, el referido artículo fue interpretado por la Corte Constitucional, la cual lo declaró exequible en el entendido de que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente.

Este es el panorama legal que se tiene actualmente en el ordenamiento jurídico, sin embargo, por vía de sentencias del alto tribunal constitucional, el tema ha sufrido profundos cambios estructurales y conceptuales, de modo que hoy se hace imperioso

consultar no solo la normatividad legal vigente, sino también la extensa jurisprudencia que al respecto se ha elaborado, principalmente por vía de sentencias de tutela, y que ha dado nuevos contenidos a lo que hoy se conoce como estabilidad ocupacional reforzada de la mujer en estado de embarazo o lactancia “fuero de maternidad”.⁵

5.2. MARCO TEÓRICO

Sobre la protección ocupacional reforzada se han dicho muchas cosas y se tendrán que decir otras más en razón a la naturaleza jurídica que rige al Estado colombiano. Desde esta perspectiva se hace obligatorio decir en este apartado de esta investigación que:

Colombia es un Estado Social de Derecho, así lo establece el artículo 1 de la Constitución Política, el cual hace referencia⁶ a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes de un país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance”⁷.

Es indudable que con la expedición de la Constitución Política de 1991 el derecho laboral ha adquirido un rango superior al que tenía anteriormente. Esto se debe a que se considera al Estado colombiano como Estado Social de Derecho, a la especial protección que goza el trabajo por parte del Estado, a la consagración como derecho fundamental, a las garantías exclusivas establecidas en el artículo 53 de la Carta, al

⁵ *Ibíd.*, p. 107.

⁶ ROJAS, Armando. Fuero de maternidad. Garantía a la estabilidad laboral. En: Revista de Derecho. Barranquilla: Universidad del Norte, junio, 2003, núm. 19, p. 127. ISSN 0121-8697

⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 Expediente T-82 (24, junio, 1992). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 1992. p. 1. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-426-92.htm>

establecimiento de la tutela como mecanismo para evitar la violación de derechos fundamentales, entre otras.⁸

De lo anteriormente dicho, debemos entender la transición jurídico constitucional entre la Constitución de 1886 y la Constitución de 1991, esta última fundamenta en su parte dogmática la protección especial reforzada a las personas que se encuentran bajo una debilidad manifiesta, de allí entonces como se han dicho en otros estudios académicos:

“En nuestro ordenamiento jurídico existen normas de carácter constitucional y legal que protegen la gestación y la lactancia en materia laboral, el artículo 43 de la Constitución Política dispone al respecto: “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”, pero esta norma debe ser además concordada con el principio de igualdad que establece el artículo 13 de la norma superior, que por una parte proscribía la discriminación por cualquier tipo de razón, entre esas razones de género; y por otra parte la correlativa obligación del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.”⁹

Para el Estado colombiano no ha sido ajeno el tema, pues antes incluso de promulgarse la Constitución Política de 1991 y por tanto las normas antes referidas, el Código Sustantivo del Trabajo¹⁰ establecía unas reglas para la protección a las trabajadoras gestantes y lactantes, según las cuales estaba prohibido despedirlas por dicho motivo. Estas reglas han mantenido vigencia, con algunas modificaciones, entre las cuales se destacan las reformas introducidas por el artículo 35 de la Ley 50

⁸ ROJAS, Op. cit., p. 127.

⁹ YÁÑEZ GIRALDO, Silvia Milena. Fuero de maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano. discrepancias entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre la protección a las madres gestantes y lactantes durante la relación laboral. Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado. Medellín: Universidad EAFIT. Facultad de Derecho. 2017. p. 1.

¹⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Ley 3743 (20, diciembre, 1950). Por el cual se modifica el Decreto número 2663 de 1950, sobre Código Sustantivo del Trabajo [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Presidencia de la República, 1950. p. 1-18. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/pdf/decreto_3743_1950.pdf

de 1990, en vigencia de la anterior Constitución, y por los artículos 2 de la Ley 1468 de 2011 que se produjo ya en vigencia de la Constitución de 1991, y 2 de la Ley 1822 de 2017 que se expidió recientemente, en armonía con los pronunciamientos de las Altas Cortes sobre la materia. Estas reglas se han hecho extensivas también a las funcionarias públicas, en virtud de normas como el Decreto 3135 de 1968 y, más recientemente, de la Ley 909 de 2004.¹¹

A pesar de parecer suficientemente claro el propósito del legislador en la protección de la maternidad, ha sido necesario que el intérprete natural de la Ley, como lo son los jueces, hayan realizado esfuerzos inmensos por moldear y resaltar las características más relevantes de esta protección, a tal punto que incluso han chocado en algunas definiciones y algunos entendimientos, pero al tiempo han dotado de elementos jurídicamente sólidos la figura del denominado fuero de maternidad, a tal punto que resulta más comprensible para la comunidad jurídica y, sobre todo, para los empleadores y trabajadoras que son los directamente implicados en este tipo de asuntos.

Este desarrollo normativo y jurisprudencial ha sido producto de los procesos de transformación que se han dado a nivel global, incluso muchos de los elementos que han sido desarrollados por los jueces en sus providencias y por el legislador mismo, encuentran fundamento en instrumentos internacionales que han sido de gran ayuda a la hora de determinar la importancia y el impacto de este tipo de regulaciones. Es así como han hecho parte fundamental en nuestro desarrollo legislativo las regulaciones contenidas en tratados, pactos, recomendaciones y demás instrumentos internacionales que gozan de plena legitimidad en nuestro ordenamiento jurídico en el marco del denominado bloque de constitucionalidad.

¹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 909 (23, septiembre, 2004). Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2004. Nro. 27.504. p. 35. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_909_sp.pdf

Los principales instrumentos que hacen parte del Bloque de constitucionalidad, es decir, que han sido ratificados por el Estado colombiano y contienen normas de carácter protector en materia de gestación y lactancia, han sido los siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “PIDESC” (artículo 10.2), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer “CEDAW” (artículo 12.2), Convención Americana sobre Derechos Humanos “CADH” (artículos 1 y 24), Pacto de San Salvador (artículos 3 y 6), Convenios de la OIT No 3, aprobado por Colombia mediante Ley 129 de 1931, No 111 de 1958, No 156 de 1981, No 183 de 1952. Estos son los principales instrumentos internacionales en los que ha encontrado fundamento el desarrollo normativo y jurisprudencial del denominado fuero de maternidad, que comporta la garantía para la mujer embarazada o lactante de mantener un ingreso que le permita una vida en condiciones dignas para ella y para su recién nacido.

Esta protección especial a la que se viene haciendo referencia para las trabajadoras gestantes y lactantes, ha sido englobada bajo la figura del “fuero de maternidad” para indicar con ello que no solamente se trata de un conjunto de normas de carácter prohibitivo e indemnizatorio, sino que se trata de un fin del Estado en sí mismo, en el que se involucran todos los empleadores, tanto del sector público como del sector privado, para materializar el derecho a la igualdad de las trabajadoras, que constituye un principio rector del ordenamiento jurídico colombiano. Este denominado fuero de maternidad implica unas prerrogativas en favor de la mujer gestante o lactante, que no se agota únicamente en las restricciones para finalizar el vínculo laboral, sino que involucra además el derecho a la atención médica y hospitalaria, a la continuidad en la afiliación al sistema integral de seguridad social, de tal suerte que se garantice el pago de la licencia de maternidad, y la estabilidad laboral reforzada, que comprende incluso relaciones de trabajo distintas al contrato de trabajo.¹²

¹² YÁÑEZ GIRALDO, Silvia Milena. Fuero de maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano. discrepancias entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre la protección a las madres gestantes y lactantes durante la relación laboral. Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado. Medellín: Universidad EAFIT. Facultad de Derecho. 2017. p. 12-14.

5.3. MARCO CONCEPTUAL

En el desarrollo de este marco se relacionan conceptos como Carga de la Prueba, Carga Dinámica de la Prueba, Estabilidad Ocupacional Reforzada, Fuero de Maternidad, Principio de Supremacía Constitucional y Principio de Proporcionalidad.

Carga de la Prueba: Este concepto es conocido como el Onus Probandi, una expresión latina del principio jurídico que señala quien está obligada a probar un determinado hecho, esta institución jurídica tiene vigencia en el artículo 167 del actual Código General del Proceso.

Carga Dinámica de la Prueba: Conforme lo enseña el maestro Jairo Parra Quijano, es una tutela judicial que salvaguarda el derecho al debido proceso, para que sea el que está en mejor posición de probar quien lo haga por la imposibilidad que pueda tener alguna de las partes, porque de no ser así se estaría vulnerando el principio de igualdad contenido en el artículo 13 constitucional. Lo que quiere decir, que la carga dinámica de la prueba se sustenta en el principio de solidaridad probatoria.

Estabilidad Ocupacional Reforzada:

Consiste en la garantía que tiene todo trabajador o trabajadora a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales incluso contra la voluntad del empleador y no existe una causa relevante que justifique el despido. La Estabilidad Ocupacional Reforzada implica en el ordenamiento jurídico una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene

una mujer en estado de embarazo a no ser despedida en ningún caso, por razón de la maternidad.¹³

Fuero de Maternidad: Es un amparo o una protección de orden constitucional contenido en los artículos 43 y 53 de la Constitución Política vigente, y no es la simple prohibición del despido a una trabajadora en estado de embarazo o lactancia, esta protección constituye el desarrollo del contenido del artículo 4 constitucional sobre la prevalencia normativa de la Constitución Política vigente frente a otros contenidos jurídicos.

Principio de Supremacía Constitucional:

La noción de supremacía constitucional parte de la naturaleza normativa de la Constitución, que se revela en el carácter de fuente primaria del ordenamiento jurídico. En tal sentido, el artículo 4 de la Constitución Política indica: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Así, la naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución.¹⁴

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-470. Expediente D-1606. (25, septiembre, 1997). M.P. Alejandro Martínez Caballero [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 1997. p. 2. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-470-97.htm>

¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415. Expediente D-8820. (06, junio, 2012). M.P. Mauricio González Cuervo [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2018. p. 2. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-415-12.htm#:~:text=Esta%20norma%20faculta%20a%20todo,infracci%C3%B3n%20directa%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%E2%80%9D%2C>

“La Constitución es suprema por los valores y principios fundamentales que alberga, por esta razón es que debe contener una fuerza normativa lo suficientemente eficaz que permita el funcionamiento estructural del sistema jurídico y, de esta manera, no existan elementos que se antepongan a ella”.¹⁵

Principio de Proporcionalidad: “Es una herramienta argumentativa, empleada para evitar o controlar que se restrinjan derechos fundamentales, evitado un sacrificio inútil, desproporcionado e innecesario de los mismos”.¹⁶

El principio de proporcionalidad se compone de tres sub-principios: de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización. En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los sub-principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimización de Pareto. El tercer sub-principio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer sub-principio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación”.¹⁷

¹⁵ DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos Francisco. La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. En: *Díkaion*. Chía: Universidad La Sabana, abril-junio de 2011, Vol. 20, nro. 1, p. 102. ISSN 0120-8942.

¹⁶ CUELLO QUIÑONEZ, Melba y SARDOTH REDONDO, Aiskeli Kixari. Principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnica para dar solución a derechos fundamentales en conflicto en derecho administrativo en el tiempo posmoderno. Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Santo Thomas. Facultad de Derecho. Especialización en Derecho Administrativo. 2017. 7 p.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 8.

5.4. MARCO LEGAL

NORMATIVIDAD NACIONAL

Constitución Política:

La primera normatividad a la que se hará referencia es a la Constitución Política vigente, porque de ella emana la garantía fundamental de la protección ocupacional reforzada para la trabajadora en estado de gestación y lactancia, de esta disposición superior se relacionará directamente los artículos que fueron objeto del desarrollo de este trabajo de investigación de la siguiente manera:

Artículo 4. Desde los postulados del profesor Robert Alexy en su libro Teoría de los Derechos Fundamentales,¹⁸ se enaltece la importancia de la supremacía de la norma constitucional, ya que de ella se derivan los derechos fundamentales que regulan de una manera especial la protección de las personas en su dignidad, libertad e igualdad, que no es otra cosa que el desarrollo de los conceptos de los fines del Estado y la relación que tiene con la protección ocupacional reforzada que está estrechamente relacionado en cuanto a la categoría de derecho fundamental.

Artículo 13.

El derecho a la igualdad deviene del concepto de dignidad humana, lo que trae consigo que todas las personas tienen derecho a solicitar de las autoridades públicas el mismo trato y en ese orden de ideas son merecedoras de la misma consideración. El art. 13 constitucional establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones

¹⁸ ALEXYS, Robert. Libro Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 22. ISBN 84-259-0939-2.

de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. La misma norma señala que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adopte medidas a favor de grupos discriminados o marginados. Además, el Estado debe proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física y mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.¹⁹

Artículo 43. Este amparo constitucional busca proteger a las mujeres cuando se encuentran más vulnerables como es el estado de embarazo y de la lactancia, brindándole la garantía constitucional de que el Estado debe ser el garante de su asistencia especial y más aún cuando se encuentran desamparadas.

Los precedentes jurisprudenciales a lo largo de su trayectoria han encaminado sus decisiones con el objetivo de equilibrar las desigualdades que han existido entre los hombres y las mujeres, brindando a esta última una mayor protección ante los cambios sociales.

Otro aspecto que hay que tener en cuenta frente a esta norma superior, es que el constituyente del 1991, rompió la brecha de desigualdad existente por décadas entre hombres y mujeres, exaltando en esta última su condición, no solo como un individuo productor, sino también en su rol de reproductor de la vida y la garantía de la subsistencia de la especie humana como lo afirmó en el Salvamento de voto la magistrada Diana Fajardo Rivera en la sentencia SU-075 de 2018.

¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-609. Expediente D-8928. (01, agosto, 2012). M.P. Jorge Iván Palacio Palacio [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2012. p. 39. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-609-12.htm#:~:text=Por%20la%20cual%20se%20dictan,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones>.

Artículo 53. Esta norma se reviste para el caso que nos ocupa no solamente en el derecho en igualdad de condiciones con el hombre al trabajo como una obligación del Estado, sino que también operan otros factores como la estabilidad laboral, la irrenunciabilidad a los beneficios laborales, sino que la misma normatividad atempera una especial protección a la mujer y a la maternidad, ya la Corte Constitucional ha reiterado que la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad ocupacional reforzada. “Este derecho parte del reconocimiento de la gestación de un hijo que puede dar lugar a graves medidas de discriminación laboral en contra de la futura madre”.²⁰

Código Sustantivo del Trabajo:

En desarrollo de la garantías fundamentales contenidas en los artículos 43 y 53 de la norma superior, se desarrollan en el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 238, 239, 240 y 241 disposiciones que tratan la misma materia jurídica. Son estas normas sobre las que gira la discusión jurídica en la sentencia SU-075 de 2018 y que finalmente serán el objeto de estudio sobre la protección ocupacional reforzada.

Código General del Proceso:

Como norma integradora se tendrá en cuenta el artículo 167 de este Código para efectos probatorios.

Leyes:

Hay que destacar dos leyes:

La Ley 1822 de 2017 que “extendió la licencia de maternidad a 18 semanas, lo que equivale a más de 4 meses en los que la madre puede cuidar y amamantar a

²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-373 (22, julio, 1998). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 1998. p. 12. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-373-98.htm>

su bebé y por consiguiente, el empleador tiene prohibido despedirle durante este periodo, en caso de realizar esta acción en cualquier de las dos circunstancias, se entenderá que lo hizo basado en el estado de gravidez de la mujer y por ende, su despido se tornará ineficaz”.²¹

Por último la Ley 1823 de 2017 que para estos efectos de la lactancia crea las salas amigas.

Jurisprudencia:

Se tendrán en cuenta las sentencias corridas por la Corte Constitucional C-005 de 2017, SU-075 de 2018 y la C-118 de 2020, porque en ellas se plantean discusiones sobre la protección ocupacional reforzada, inclusive este fuero se hace extensivo para el hombre bajo el presupuesto de hacerlo participe de esa labor que siempre ha sido responsabilidad de la mujer, ellos deben entenderse según la Corte Constitucional como un avance en materia de protección en su rol reproductora y quien sustenta la existencia humana.

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

Dentro de esos instrumentos se pueden resaltar:

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer –Convención de Belem Do Para- (1994), la Declaración de la UNESCO sobre la contribución de las mujeres a una cultura de paz (1995), la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), así como los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo destinados a garantizar la igualdad de

²¹ LINARES AMAYA, Yeimy Angélica. La figura del fuero laboral reforzado por maternidad extendida a los hombres. Una protección a la mujer, al menor y a la familia. Artículo reflexivo para optar al título de abogado. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. 2017 p. 19.

oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, al unísono han categorizado a la protección a la maternidad como un derecho humano laboral.²²

También es importante el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículos 2 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por las disposiciones propias de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).

Todos estos instrumentos internacionales tienen una misma naturaleza jurídica y protectora en favor de la mujer, donde se le reconoce ese carácter de especial protección y debilidad manifiesta que busca proteger el fuero de maternidad o como lo trata la legislación interna “la protección ocupacional reforzada”, más aun cuando se encuentra en estado de gestación, porque esta normatividad internacional pretende evitar por esa misma condición posibles escenarios de discriminación y va mucho más allá al reconocer el estado de gestación y lactancia como un derecho humano.

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-075 (24, junio, 2018). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2018. p. 12. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. p. 142 Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

6. METODOLOGÍA

6.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Esta investigación se desarrolló a través de un método cualitativo de tipo descriptivo-argumentativo, porque lo que se realizó es considerar si las apreciaciones realizadas por la Corte Constitucional en la sentencia que es objeto de este trabajo de investigación se adaptaron a los parámetros de orden constitucional contenidos en los artículos 43 y 53 de la norma superior. Se optó por este método, porque es la manera de expresar conceptos e ir más allá de la mera descripción interpretativa, en otras palabras es la búsqueda para dar explicación de la realidad social para generar claridad y buscar entendimientos en el reconocimiento y legitimación de una situación jurídica.

6.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de investigación aquí realizado se soportó en aspectos documentales y Bibliográficos. Documentales en razón a los diferentes precedentes jurisprudenciales y bibliográficos en razón a las diferentes posturas sobre el problema de investigación. Así mismo, se consultaron normativas del Código Sustantivo del Trabajo y artículos de revistas especializadas.

6.3. TIPO DE INVESTIGACIÓN DESDE EL DERECHO Y DESDE LOS OBJETIVOS

Desde la perspectiva del Derecho esta investigación es jurídica, descriptiva y argumentativa, donde se analizó la aplicación de un método de interpretación normativo sobre la carga de la prueba y el principio de proporcionalidad en la

protección ocupacional reforzada de la maternidad en el periodo de lactancia como garantía de la supremacía constitucional.

6.4. FUENTES DE INFORMACIÓN

Como fuentes primarias se manejaron la Constitución Política, Código Sustantivo del Trabajo, Código General del Proceso y Jurisprudencia; las fuentes secundarias usadas fueron todos aquellos trabajos de grado y artículos relacionados con el tema.

6.5. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La técnica consistió en el análisis documental proveniente de las fuentes primarias mencionadas como la Constitución Política, Código Sustantivo del Trabajo y Código General del Proceso, haciendo referencia a la tendencia jurisprudencial en las Altas Cortes respecto a la carga de la prueba en los tres últimos meses del periodo de lactancia.

7. DESARROLLO CAPITULAR

7.1. LA SENTENCIA SU-075 DE 2018 INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA CUANDO LA TRABAJADORA ES DESPEDIDA EN LOS ÚLTIMOS TRES MESES DEL PERIODO DE LACTANCIA

En el presente capítulo se abordará inicialmente algunos aspectos de manera conceptual, facilitando al lector el entendimiento de algunas instituciones jurídicas, como carga de la prueba, carga dinámica de la prueba, fuero de maternidad y periodo de lactancia, todas estas conceptualizaciones ayudaran a entender el objetivo de este trabajo de investigación con referencia a la sentencia SU-075 de 2018, para determinar si está se armoniza frente a los artículos 13, 43 y 53 de la norma superior.

7.1.1. CARGA DE LA PRUEBA

Este concepto es conocido como el Onus Probandi, una expresión latina del principio jurídico que señala quien está obligada a probar un determinado hecho, esta institución jurídica tiene vigencia en el artículo 167 del actual Código General del Proceso.

Sobre esta institución del derecho probatorio, académicos y doctrinantes han sentado diferentes posturas, como Jairo Parra Quijano, Hernando Devis Echandía, entre otros, como la del magistrado Jorge Tirado Hernández de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cartagena que definió la carga de la prueba:

Sin la prueba el Estado no puede administrar justicia para aplicar el derecho al caso controvertido o actuación penal respectiva. Sin ella el Estado no puede ejercer la función jurisdiccional que le compete para amparar la armonía social y establecer el

orden jurídico, donde quiera que haya sido infringido, sino existe prueba no puede existir administración de justicia ni orden jurídico alguno. Sin la prueba la sociedad sería la anarquía y lo corriente sería la impunidad y el imperio del abuso del derecho por parte de los asociados.²³

La anterior postura se acompasa con lo dicho por Jeremy Bentham “la prueba es el alma del proceso”, es lo que mueve el proceso, también debe entenderse que la carga de la prueba es un derecho que hace parte del debido proceso, la doctrina lo ha determinado como el derecho a probar y por ende es de vital importancia en la administración de justicia, desde luego en el ámbito del derecho procesal, conforma la columna vertebral, porque la prueba sirve de instrumento indispensable para concretar y hacer efectivos los derechos sustantivos, su relevancia y trascendencia fue fijada desde el mismo origen de las instituciones jurídicas por los pletores romanos en la máxima “Ídem est non esse aut non probari”, debe entenderse de esta premisa jurídica que no probar es carecer del derecho.²⁴ En otras palabras, probar es la expresión de las propias razones de quien alega una pretensión como lo afirmó Kant.

La discusión académica presentada en este trabajo de investigación parte de dos escenarios fundamentales relacionados con la carga de la prueba frente a la manera como la Corte Constitucional resolvió el asunto tratado en la sentencia SU-075 de 2018, por una parte, la generalidad probatoria de “que incumbe al demandante probar aquello que alega, y por otro si de esa premisa jurídica desequilibra el extremo más débil de la relación laboral.

²³ ARRIETA DÍAZ, Harrison, et al. La carga de la prueba y el derecho a probar en el código general del proceso. En: Revista Cultural UNILIBRE. Cartagena: Universidad Libre, diciembre, 2014. nro 2. p.53. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista_cultural/article/view/4092/3454

²⁴ *Ibid.*, p. 54.

7.1.2. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

Lo primero que hay que decir, es que la carga dinámica de la prueba conforme lo enseña el maestro Jairo Parra Quijano, es una tutela judicial que salvaguarda el derecho al debido proceso, para que sea el que está en mejor posición de probar quien lo haga por la imposibilidad que pueda tener alguna de las partes, porque de no ser así se estaría vulnerando el principio de igualdad contenido en el artículo 13 constitucional. Lo que quiere decir, que la carga dinámica de la prueba se sustenta en el principio de solidaridad probatoria.

Otra postura bien interesante es la expuesta por el profesor Juan Carlos Díaz Restrepo al decir:

La carga dinámica de la prueba es una regla de juicio en materia probatoria, vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, que consiste en asignar el gravamen de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo. Su implementación trae importantes y novedosas consecuencias prácticas, que analizadas a la luz de razonamientos constitucionales, atentan contra la supremacía constitucional en materia de igualdad. Esta regla favorece a uno de los extremos procesales y se consagra como una medida de diferenciación instituida en virtud del mandato de trato diferencial equitativo incluido en la Constitución Política. Por ello se debe acreditar, para su válida procedencia, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Corte, como: la existencia de una justificación objetiva y razonable, una relación de proporcionalidad y racionalidad entre la justificación, los hechos y el fin perseguido. Sin embargo, la regla no cumple con el requisito de ser cimentada sobre una justificación que sea objetiva y, por ello, constituye una diferenciación que contrario a materializar la igualdad real, termina por ocasionar su vulneración. Por esa razón se propone la regulación de la norma, a fin de asegurar que su aplicación solo se dé cuando exista justificación objetiva y razonable, esto es, ante la verificación de un desequilibrio real, que posea la entidad suficiente para hacer

imperiosa la distribución de las cargas, ante la inminencia de afectación del derecho de defensa.²⁵

Carga dinámica de la prueba: esta noción de carga de la prueba aplica un paradigma más laxo del derecho probatorio, usada por el juez cuando de la aplicación de los presupuestos tradicionales de carga de la prueba existe la posibilidad de que quede la verdad al margen del proceso ante un marcado desequilibrio entre las partes, radicado en que sobre una de ellas pesa la imposibilidad de aportar la prueba en relación con los hechos que sustentan la norma que invoca y la pretensión que persigue. De aquí que el juez, con el objetivo de dar prevalencia a la verdad e invocando la equidad, puede distribuir la responsabilidad de probar tales hechos entre las partes, en atención al criterio de favorabilidad de la posición de cada parte respecto de la tarea de desahogar la prueba en cuestión, sin consideración al efecto jurídico procesal que una u otra parte persigan.²⁶

Ante esta última modalidad de carga de la prueba se propone la redefinición del concepto general de carga de la prueba señalado por el Consejo de Estado, dado que este solo incluye la noción de carga de la prueba en su modalidad estática, pues en la modalidad dinámica ya no se trata de la mera autorresponsabilidad de las partes de demostrar los hechos que constituyen el presupuesto fáctico de la norma cuya aplicación reclaman, sino la responsabilidad de estas relativa a probar bien sea tales hechos, o los que el juez le imponga probar apelando a la facultad de distribución de la carga de la prueba. De ese modo la autorresponsabilidad es relativa conforme a la experiencia de cada caso y a la distribución de la responsabilidad de probar los hechos que el juez estime necesario realizar, en procura que en el proceso aparezcan demostrados los hechos en que se fundan las alegaciones de las partes, indistintamente de cuál es la posición procesal ocupada por cada una de ellas y cuál

²⁵ DÍAZ RESTREPO, Juan Carlos. La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. *En*: Entramado [En línea]. Santiago de Cali: Universidad Libre, enero - julio, 2016 vol. 12, nro. 1, p. 202. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. DOI: <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>

²⁶ *Ibid.*, p. 209.

es el efecto jurídico que están persiguiendo en el proceso, orientando de ese modo la actividad probatoria hacia la búsqueda de la verdad.

Cuando hay un hecho que es necesario aclarar por resultar neurálgico para la resolución justa de la litis, pero la parte a la que tal hecho le incumbe su probanza, por ser el sustento de la norma cuya aplicación invoca, no se encuentra en condiciones para probarlo y por el contrario, la otra parte cuenta con mejores elementos para el efecto; el juez puede aislarse de las reglas del *onus probandi* estático, que indican que quien alega un hecho debe probarlo, para vincular la actividad probatoria a la noción de verdad y justificado en la buena fe procesal como deber de las partes, imponerle a la parte contraria la carga de probar tal hecho por estar en mejores condiciones para lograrlo, es decir, aplicar las reglas del *onus probandi* dinámico o de la carga dinámica de la prueba. Lo anterior tiene su origen legal en lo dispuesto en el artículo 167 inciso 2 del nuevo Código General del Proceso que tiene aplicación en asuntos de naturaleza civil, comercial, de familia y agraria, y subsidiariamente, en otros asuntos jurisdiccionales y actuaciones administrativas cuando estos no se encuentren regulados en otras leyes, en lo que tiene que ver con la actividad procesal.

Al tenor de la disposición transcrita, se dejan atrás en el sistema procesal y de justicia colombiano las reglas férreas e inflexibles de origen romano que han caracterizado el manejo judicial de la carga de la prueba, en las que: i) *onus probando incumbit actori* (incumbe probar al demandante); ii) *reus in exceptione fit actor* (cuando el demandado propone excepciones debe probar); y, iii) *actore non probante, reus absolvitur* (si el actor no prueba, absuélvase al demandado); para pasar a un sistema en el que en principio y guardando coherencia con las reglas tradicionales, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, pero que posteriormente, le otorga la posibilidad al juez, que en atención a las particularidades del caso, distribuya entre las partes la carga de la prueba, lo que puede implicar su traslación total o parcial, sea en el momento de

realizar el decreto de estas o durante su práctica o en cualquier otro momento antes que se dicte sentencia.²⁷

De lo dicho anteriormente, deviene una institución jurídica y novedosa a la que se refiere el inciso 2 del artículo 167 del Código General del Proceso como es la mejor posición para probar:

El ingrediente normativo sin el cual no es posible que el juez apele la distribución de la carga probatoria, es indudablemente, que a la parte que se le impone la carga de probar se encuentre en una situación más favorable para aportar la prueba en cuestión, de manera que esa situación como lo establece la norma se puede configurar en varias hipótesis de hecho:

- En virtud de su cercanía con el material probatorio
- Por tener en su poder el objeto de prueba
- Por circunstancias técnicas especiales
- Por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio
- Por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte
- Entre otras circunstancias similares

Estas son las hipótesis de hecho que conforme a la definición legal del artículo 167 integran el concepto de mejor posición para probar. En alguna de ellas, se debe encontrar respecto de la prueba la parte a la que se le grave, con la responsabilidad de desahogarla, a través de la distribución hecha por el juez.

La verificación de la mejor posición para probar habilita al juez para hacer uso de su facultad de distribución de la carga de la prueba. Como condición exigida, para que proceda la aplicación de la carga de la prueba en su modalidad dinámica, produce

²⁷ *Ibíd.*, p. 210.

que esta sea una regla de aplicación excepcional sujeta a la verificación en el caso concreto de alguna de las hipótesis de hecho que dan lugar a que una de las partes sea considerada por el juez en mejor posición para desahogar la prueba.²⁸

7.1.3. FUERO DE MATERNIDAD

Antes de profundizarse en el concepto de fuero de maternidad es importante para el objeto de estudio que se viene desarrollando establecer con toda claridad:

El rol trascendental que cumple la mujer y que sin duda alguna la convierte en uno de los pilares en los que se fundamenta y derivan una serie de prerrogativas dirigidas en proteger, no solamente a ella, sino también a los menores de edad y la familia como núcleo fundamental de la sociedad, es por ello, que al interior de un Estado Social de Derecho se le debe brindar una protección especial y progresiva a través de la implementación de medidas normativas y políticas que permitan garantizar, salvaguardar y ampliar el goce y disfrute de sus derechos con el objetivo de otorgarles mejor calidad de vida en condiciones dignas y de eliminar las barreras de desigualdad y de discriminación que se presentan en los distintos ámbitos donde se desenvuelve.²⁹

De lo dicho anteriormente, lo que debe quedar claro es que el fuero de maternidad es un amparo o una protección de orden constitucional contenido en los artículos 43 y 53 de la Constitución Política vigente, y no es la simple prohibición del despido a una trabajadora en estado de embarazo o lactancia, esta protección constituye el desarrollo del contenido del artículo 4 constitucional sobre la prevalencia normativa de la Constitución Política vigente frente a otros contenidos jurídicos.

²⁸ *Ibíd.*, p. 211.

²⁹ LINARES AMAYA, Yeimy Angélica. La figura del fuero laboral reforzado por maternidad extendida a los hombres. Una protección a la mujer, al menor y a la familia. Artículo reflexivo para optar al título de abogado. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. 2017 p. 2.

Lo que significa que la protección de la mujer, especialmente, cuando la misma se encuentra en estado de embarazo o lactancia, es un deber constitucional y, por lo tanto, un objetivo que se tiene al interior de un Estado Social de Derecho el cual busca la realización y materialización de prerrogativas de carácter fundamental para todos sus asociados.

Como bien mencionó Luis Villar Borda en su artículo denominado “Estado de Derecho y Estado Social de Derecho”, El Estado Social de Derecho “trae como consecuencia la obligación de proteger derechos tales como el del empleo, el del arrendatario, el de la mujer y la juventud, el de seguridad social y asistencia médica, el de educación, etc.”³⁰. Por lo tanto, la mujer es un sujeto de derechos que tiene una trascendental relevancia y especial prevalencia al interior de nuestro ordenamiento jurídico.

Muestra de ello, es el fuero de maternidad el cual “presume que el despido de la trabajadora durante el tiempo de embarazo o en los tres meses posteriores al parto es por razón de su estado de gravidez”.³¹ En consecuencia, dicho despido se hace ineficaz a la luz del Código Sustantivo del Trabajo, el cual exige que se cuente con el permiso del Ministerio para que el mismo pueda llevarse a cabo.

“Lo anterior garantiza a la mujer en estado de embarazo una estabilidad ocupacional reforzada, esto último, le permitiría contar con una salvaguarda frente a eventualidades de carácter económico que se le puedan presentar durante la gestación del nasciturus, y lo más importante, es que le permitirá protegerse a ella

³⁰ VILLAR BORDA, Luis. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. En: Revista Derecho del Estado [en línea]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, diciembre de 2007. nro. 20. p. 83. [Consultado: 03 de marzo de 2021] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3400539.pdf>

³¹ ROJAS, Armando. Fuero de maternidad. Garantía a la estabilidad laboral. En: Revista derecho [en línea]. Barranquilla: Universidad del Norte, junio de 2003. nro. 19. p. 129. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/851/85101908> ISSN: 0121-8697.

y a su bebé a través del acceso a los servicios de salud y podrá recibir el pago de su licencia de maternidad, situaciones que se desprenden del vínculo laboral”.³²

Este mecanismo de protección de la maternidad se encuentra regulado por los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo y tiene su fundamento en el devenir y en el desarrollo de importantes normas y Tratados Internacionales que le han impuesto una obligación al Estado con el fin de proteger a la mujer frente a actos de discriminación que se pueden originar como consecuencia de su estado de gravidez o por motivo del periodo de lactancia en el que se encuentre. Situaciones que, sin duda alguna, ubican a la mujer en un estado de vulnerabilidad que debe ser evitado por el marco jurídico interno.³³

Es así, que la protección que se le brinda a la mujer a través del fuero de maternidad salvaguarda no solo el derecho de la estabilidad laboral de la mujer, sino que, además, ampara importantes derechos de categoría superior, tales como la igualdad, la vida digna, el mínimo vital, la familia, la vida y el interés superior del niño y de la niña. Por lo tanto, el marco normativo en el que se basa esta institución jurídica se encuentra conformado en primer lugar por los artículos 13 y 43 de la Constitución Política, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículos 2 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por las disposiciones propias de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).³⁴

Ahora bien, el fuero de estabilidad por maternidad se encuentra conformado por la prohibición que se le impone al empleador para que despida a una mujer que se encuentra en estado de embarazo al igual que le queda prohibido el despido de la

³² LINARES AMAYA, Yeimy Angélica. La figura del fuero laboral reforzado por maternidad extendida a los hombres. Una protección a la mujer, al menor y a la familia. Artículo reflexivo para optar al título de abogado. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. 2017 p. 6.

³³ *Ibíd.*, 17-18.

³⁴ *Ibíd.*, p. 18.

misma durante los tres meses siguientes al nacimiento del menor, que es lo que se conoce como el periodo de lactancia o licencia de maternidad, aunque, con la Ley 1822 de 2017, se extendió dicha licencia de maternidad a 18 semanas, lo que equivale a más de 4 meses en los que la madre puede cuidar y amamantar a su bebé y por consiguiente, el empleador tiene prohibido despedirle durante este periodo, en caso de realizar esta acción en cualquier de las dos circunstancias, se entenderá que lo hizo basado en el estado de gravidez de la mujer y por ende, su despido se tornará ineficaz.³⁵

7.1.4. PERIODO DE LACTANCIA

Bajo el mismo lineamiento de discusión jurídica aquí planteado en este trabajo de investigación toma importante relevancia hacer una mirada al derecho comparado, en especial a lo definido en la doctrina ecuatoriana como periodo de lactancia, de allí que la doctrinante Ruth Elizabeth García Alarcón:

La lactancia se ha reconocido, en Ecuador, como un derecho en consonancia con el marco internacional de derechos humanos. A pesar de los esfuerzos para promoverla, persisten situaciones de discriminación en contra de sus titulares. El derecho merece protección específica en virtud de sus características, pero a pretexto de esto no puede exigírsele exclusivamente a la madre lactante esa responsabilidad; ella requiere estar empoderada e informada para decidir. De igual modo, el Estado, como garante de derechos, y la sociedad en general, debe contribuir al pleno goce de la lactancia. Es indispensable combinar el enfoque de derechos humanos, la categoría género y los principios de la doctrina de protección integral de la niñez al analizar el derecho a la lactancia, a fin de garantizar tanto el goce efectivo como el respeto a la autonomía de quienes desean y deciden

³⁵ *Ibid.*, p. 18-19.

amamantar. No hay una contradicción entre el ejercicio del derecho y la responsabilidad de su protección efectiva.³⁶

Esta importante postura, tiene una mayor relevancia al darle una nueva categoría al periodo de lactancia por conexidad a los derechos humanos, esto implica que se demande una mayor efectividad en su protección en razón a lo establecido en el Bloque de Constitucionalidad contenido en el artículo 93 de la norma superior.

Durante el período de lactancia, la madre con su hijo o hija constituyen una unidad biológica y social inseparable por nutrición y vínculo afectivo, pero diferenciada en cada caso. La lactancia como tema de estudio ha sido el foco de diversas disciplinas, tanto por su relevancia en la salud materna infantil, cuanto por el interés como proceso social a favor de su naturalización como práctica cultural que confronta la dicotomía entre lo privado y lo público. En el ámbito jurídico, también ha sido objeto de estudio; reconociéndose el derecho a la lactancia, estableciéndose garantías para su protección y su ejercicio; por ser la leche humana es insustituible para la salud y para el desarrollo psicológico de niños y niñas, y la salud de las madres lactantes.³⁷

De la postura anterior se deja entrever aspectos jurídicos y sociales de suma importancia que necesariamente tiene que ser objeto de esta discusión, que si bien es una discusión que se plantea en el derecho ecuatoriano, esto no implica no que sea acogido por estos autores, en razón a que las características de discusión jurídica son semejantes a las nuestras.

Así las cosas, el centro del análisis legal respecto de la lactancia en el ordenamiento jurídico colombiano “se ha limitado al ámbito familiar y laboral

³⁶ GARCÍA ALARCÓN, Ruth Elizabeth. Lactancia: derecho garantizado en el sistema jurídico ecuatoriano. Una mirada desde el enfoque de género y la doctrina de protección integral de la niñez. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas [En línea]. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, julio-diciembre, 2019, Vol. 49, nro. 131, p. 328. [Consultado: 03 de marzo de 2021] DOI: <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v49n131.a05> ISSN: 2390-0016.

³⁷ *Ibíd.*, p. 330.

dejando vacíos en la reflexión en el ordenamiento jurídico”³⁸. De allí entonces que la Corte Constitucional en múltiples oportunidades ha tenido que llenar los mismos a través de sus decisiones, algunas veces de manera más acertada que otras, pero en su gran mayoría lejos de la realidad social, como por ejemplo en el apartado 21 contenido en la sentencia SU-075 de 2018.

Otro aspecto que es importante traer a colación a este trabajo de investigación es el contenido del artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, porque este establece que dentro de la jornada laboral la trabajadora tiene dos descansos de treinta (30) minutos cada uno, para amamantar a su hijo, sin descuento alguno de orden salarial por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad.

Este contenido toma relevancia en razón a la Ley 1822 del 2017, en concordancia con la Ley 1823 de 2017, que para estos efectos de la lactancia crea las salas amigas, normatividad última que fue objeto de demanda de constitucionalidad y la Corte Constitucional la desató mediante la sentencia C-118 del 2020, a la cuál en líneas posteriores se hará referencia por cuanto enriquece la discusión jurídica contenida en este estudio.

No puede pasarse por alto, para lo que aquí nos ocupa en este estudio jurídico, como se dijo anteriormente, la Ley 1822 de 2017³⁹ “extendió la licencia de maternidad a 18 semanas y especificó que el despido de la mujer gestante o lactante debe contar con autorización del Ministerio del Trabajo, lo que equivale a

³⁸ *Ibíd.*, p. 330.

³⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1822 (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 [En línea]. Diario Oficial. Santa Fe de Bogotá, 2017, nro. 50.106. p. 2-4. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=78833

más de 4 meses en los que la madre puede cuidar y amamantar a su bebé y por consiguiente, el empleador tiene prohibido despedirle durante este periodo”⁴⁰.

7.1.5. ANÁLISIS OBJETO DE ESTUDIO

En este último acápite de este capítulo y teniendo como base fundamental los anteriores conceptos relativos a la protección ocupacional reforzada o como se denomina en el artículo 43 de la norma constitucional “igualdad y protección a la mujer y el embarazo”, no deja duda para este trabajo de investigación que son determinantes en cuanto a lo que será el análisis de la sentencia SU-075 de 2018, en razón al despido de la trabajadora dentro de los últimos tres meses del periodo de lactancia. De allí se deriva si la decisión de la Corte Constitucional invierte la carga de la prueba, desfavoreciendo el extremo más débil de la relación laboral, o si por el contrario, esa obligación de probar está ajustada a los principios de supremacía constitucional frente al juicio de igualdad que serán objeto de estudio en el próximo capítulo, pero que aquí se hace indispensable traerlos al determinarse una novedosa manera de probar, que la doctrina en materia procesal la ha identificado como la carga dinámica de la prueba, una circunstancia alegada más allá del simple apotegma jurídico “que incumbe al demandante probar aquello que alega”⁴¹.

Estos criterios, nos permiten en desarrollo del objetivo general de este trabajo de investigación profundizar al decir lo siguiente:

⁴⁰ LINARES AMAYA, Yeimy Angélica. La figura del fuero laboral reforzado por maternidad extendida a los hombres. Una protección a la mujer, al menor y a la familia. Artículo reflexivo para optar al título de abogado. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. 2017 p. 19.

⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-075 (24, junio, 2018). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2018. p. 56. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

Es un tema que debe abordarse de una manera fragmentaria, es decir, sin desconocer las diferentes voces académicas, como jurídicas y sus posturas en cuanto a la manera como la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-075 de 2018, deja ver su marcada interpretación exegética en el apartado 21, pero a criterio de estos autores, en otros apartados de la misma decisión utilice un método sistemático para desatar los problemas jurídicos allí planteados, esto no quiere decir que la Corte Constitucional utilizó dos métodos de interpretación, por una parte sistemático y por otra exegética, como se verá más adelante.

Las voces disonantes a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-075 de 2018, deviene con tres salvamentos parcial de voto de los magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y Diana Fajardo Rivera. Más allá de sus posturas frente a lo decidido por la Sala mayoritaria, lo cierto es que frente a la estabilidad ocupacional reforzada no hay unanimidad en el máximo tribunal de la justicia constitucional, pero en una democracia tan incipiente es apenas lógico que exista dualidad de criterios y más aún con nuestra tradición jurídica tan desimanada. Estas posturas son importantes tenerlas en cuenta a la hora del análisis de la decisión objeto de estudio en especial la de los magistrados Rojas y Fajardo.

Del fuero de maternidad y las muchas posturas, como de criterios que se han escuchado, invitan a la academia jurídica a pagar una deuda histórica en defensa de los derechos de la mujer, sin querer dar a entender que en este estudio se vaya a realizar una defensa sexista, la invitación, es a un análisis adecuado, incluir los principios constitucionales, como los principios de la doctrina jurídica de protección integral y de género como factores de protección judicial y supranacional. De allí que se entienda la voz disidente de la magistrada Diana Fajardo Rivera quien en su postura identifica un criterio de discriminación y retroceso frente a la decisión mayoritaria en contra de los derechos de la mujer. De esa postura disidente, se

puede identificar un enfoque diferencial que pone en disyuntiva la garantía judicial, si se privilegian los derechos de unas mujeres sobre otras y los derechos de algunos niños sobre otros, como nos referiremos más adelante.

Empecemos por decir, frente a los derechos de la mujer existe un amplio número de instrumentos internacionales que debieron ser tenidos en cuenta en la sentencia SU-075 de 2018, como lo destaca el magistrado Carlos Alberto Rojas Ríos en el salvamento de voto, ese criterio debe entenderse bajo dos líneas del pensamiento constitucional como son la supremacía constitucional y la obligatoriedad de la adhesión a los Tratados Internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, como lo establece el artículo 93 de la norma superior, con la única finalidad de la seguridad jurídica y así no retrotraer los precedentes jurisprudenciales de esa misma Corporación, precedentes que en su gran mayoría se han fundamentado en muchos de los instrumentos internacionales que al final buscan fortalecer la protección ocupacional reforzada. Dentro de esos instrumentos se pueden resaltar:

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer –Convención de Belem Do Para- (1994), la Declaración de la UNESCO sobre la contribución de las mujeres a una cultura de paz (1995), la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), así como los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, al unísono han categorizado a la protección a la maternidad como un derecho humano laboral.⁴²

⁴² *Ibid.*, p. 142.

El magistrado disidente profundiza diciendo: “A mi juicio, como he insistido desde el inicio, las medidas de protección a las mujeres, para conseguir igualdad de oportunidades y trato en el trabajo no pueden declinarse, sobre supuestos no comprobados, menos teniendo a cambio una prolífica estructura jurídica y política que ha permitido ensanchar los derechos de las mujeres y que han resultado exitosas, sin que ello suponga desconocer que todavía hay mucho por hacer”.⁴³

Ha de entenderse el criterio anterior que frente a la sentencia SU-075 de 2018, el problema no es únicamente sobre imponer una carga probatoria en el apartado 21, de ser así, se desquebrajaría la seguridad jurídica frente a los compromisos internacionales asumidos por Colombia e igualmente frente a fines del Estado contemplado en el artículo 2 superior.

La anterior posición disidente frente a lo decidido por la Sala mayoritaria de la Corte Constitucional, a criterio de estos autores, se puede evidenciar que la fundamentación del salvamento de voto se dirige a un aspecto muy puntual como lo es la figura propia del instituto del fuero de maternidad, pero se queda corta en lo que tiene que ver con la carga de la prueba, muy a pesar de que se diga “A mi juicio, como he insistido desde el inicio, las medidas de protección a las mujeres, para conseguir igualdad de oportunidades y trato en el trabajo no pueden declinarse, sobre supuestos no comprobados”.

Si se hace una lectura crítica a lo dicho por el magistrado Rojas Ríos, en nada deja entrever lo que realmente es preocupante en cuanto al extremo más débil de la relación laboral que para el caso que nos ocupa es la trabajadora que se encuentra en los últimos tres meses del periodo de lactancia al tener esta que

⁴³Ibíd., p. 145

asumir la carga de probar las razones del despido bajo el presupuesto normativo que “incumbe al demandante probar aquello que alega”.

Si bien, la administración de justicia debe garantizarle a los dos extremos de la relación laboral que no se vean vulnerados sus derechos, lo cierto también es que al ser uno de esos extremos el que tiene la posición más débil, no se le puede imponer cargas que no puede comprobar desde un inicio, más aun cuando la posición dominante la tiene el empleador. Por la imposibilidad de probar su pretensión es que se hace necesario que de manera excepcional se invierta la carga de la prueba estática y se convierta en dinámica, todo esto fundamentando en el fuero de maternidad del que goza la trabajadora.

De la discusión objeto de estudio es importante resaltar el artículo 239 inciso 2 del Código Sustantivo del Trabajo, porque en su contenido normativo se establece una presunción de Derecho, la cual expresa que si la trabajadora se encuentra en estado de gestación o dentro de los primeros tres meses del periodo de lactancia y esta es despedida sin una justa causa, se entenderá que fue por su estado que la despidieron. En integración normativa con la norma anterior se debe tener en cuenta la Ley 1822 de 2017, dicho compendio normativo extendió las semanas de la licencia de maternidad de 14 a 18 semanas, es decir, cuatro meses. Por consiguiente, la presunción de derecho se extendió a cuatro meses.

En ese sentido, cuando la Corte Constitucional manifestó en el apartado 21 de la sentencia SU-075 de 2018, de que en el segundo trimestre del periodo de lactancia es la trabajadora la que debe de probar el motivo del despido, no tuvo en cuenta principios constitucionales como el de solidaridad que se integra a la protección ocupacional reforzada. En efecto, se olvida la Corte de la posibilidad jurídica de dinamizar las cargas probatorias a través de la excepcionalidad de la carga dinámica de la prueba de quien este en mejor posición de probar un

supuesto de hecho sea quien la aporte, conforme al inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso, bajo ese entendido se puede traer a colación lo dicho por el maestro Jairo Parra Quijano “la intención del proceso no es ganarlo a como dé lugar, generando desventaja para alguna de las partes”.

Precisamente la crítica que se hace a la sentencia SU-075 de 2018, porque obliga en franco retroceso a la trabajadora en estado de embarazo o lactancia a probar no solamente su estado de gestación o lactancia, como el motivo de terminación laboral que obedeció a esa causa, es decir, se invirtió la carga de la prueba en desfavor de la trabajadora, contrariando los postulados de protección contenidos en el fuero de maternidad como ya se dijo, construyendo una dialéctica jurídica de discriminación en contra de la mujer.

El cuestionamiento se ahonda contra la sentencia SU-075 de 2018, en lo dicho por la magistrada Diana Fajardo Rivera y será un criterio fundamental en el capítulo segundo de este trabajo de investigación bajo el presupuesto constitucional del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso en que incurrió la Corte cuando se desconoce el contenido del artículo 13, 43 y 53 de la norma superior.

Con el cambio del precedente se retrocede en equidad de género en el trabajo y en la protección a la maternidad y a la vida del que está por nacer, que era una línea sólida dejando:

Desamparadas a las trabajadoras que quedan embarazadas y no lo saben y a aquellas que, pese a saberlo, optan legítimamente por no divulgarlo. Aunque se encuentren en estado de embarazo, para la mayoría de la Sala Plena, es como si no lo estuvieran, pues ninguna protección constitucional les asistirá. Además, de forma por completo injustificada, la Sentencia ignoró el valor central que el Constituyente

confirió a la maternidad y a la vida del que está por nacer, así como el derecho a la igualdad de los niños.⁴⁴

Según lo dicho anteriormente, no solamente se despoja de la garantía constitucional de la protección ocupacional reforzada a la mujer en estado de embarazo o lactancia, sino que la discrimina retrotrayendo los derechos alcanzados justamente por estas.

De lo dicho anteriormente, se derivan dos situaciones probatorias particulares que constituyen el eje central de la discusión que se ha venido desarrollando en este trabajo de investigación; por un lado la carga probatoria que se le impone a la trabajadora, quien tendrá que probar su estado de embarazo ante su empleador para que opere el fuero de maternidad, es decir, se condiciona a revelar su estado de gestación, porque de lo contrario no podrá alegar la protección constitucional. Ahora bien, el otro aspecto que genera mayor preocupación jurídica, es si bajo esa obligatoriedad de la carga de la prueba en cabeza de la trabajadora, lo que realmente estableció la Corte Constitucional en el apartado 21 de la sentencia SU-075 de 2018, fue una inversión de la carga de la prueba, al ser la trabajadora quien a partir de esa decisión tenga que probar el motivo del despido, privilegiando nuevamente al extremo dominante de la relación laboral.

Surge un sin número de interrogantes que no se tratarán en este trabajo de investigación, pero si alimentarán la discusión académica y jurídica como son: ¿Se está privilegiando nuevamente al empleador?, ¿Se está afectando la expectativa razonable de intimidad de la trabajadora al tener que obligatoriamente revelar su estado de embarazo?, ¿Se desconoció la supremacía constitucional del artículo 43 y 53 de la norma superior?, ¿Cuál sería la finalidad del inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso? y ¿Cómo operaría la justificación

⁴⁴ *Ibid.*, p. 165-166.

para que el operador judicial dinamizara la carga de la prueba para el que tenga mayor cercanía a ella, no en cuento al estado de embarazo, porque se constituiría este un hecho notorio, sino la causal del despido a pesar de su estado de gestación o lactancia a partir del cuarto mes posterior al parto, conforme a la Ley 1822 de 2017?.

Lo que queda claro de la discusión que se abordó en este capítulo, es que la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-075 de 2018, qué ha sido objeto de estudio, no solamente varió los precedentes jurisprudenciales sobre la protección ocupacional reforzada retrotrayéndose a criterios de desigualdad, discriminación, debilidad manifiesta, sino que condicionó el reconocimiento de la supremacía constitucional de los artículos 43 y 53 en desfavor de la mujer en estado de embarazo, al crear dos tipos de mujeres en estado de gestación, i. unas que revelan su estado y que serán privilegiadas con el fuero de maternidad y ii. otras que no lo revelan y que no podrán alegar la protección de carácter constitucional.

Como se dijo mediante la decisión constitucional se establecieron criterios de discriminación jurídica que contrarían la voluntad del constituyente primario en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, Por otra parte todos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que Colombia se ha acogido y de los cuales concluyen que el estado de embarazo y la lactancia no es un simple estado biológico de la mujer trabajadora, sino que es un derecho humano.

Todo esto con mayor relevancia en lo que tiene que ver con las cargas probatorias, porque no hay discusión alguna sobre quien en las relaciones laborales es el extremo débil. En lo decidido por la Corte Constitucional, surge con fuerza el apotegma jurídico odioso, sexista y liberal del abuso de la posición dominante de Derecho, que es un retroceso a los avances de los Estados

constitucionales y Democráticos de Derecho, es decir, se creó un desequilibrio en materia probatoria para el más débil, generando así un peso insostenible por la realidad socio-jurídica de nuestro Estado, inllevable para la trabajadora en estado de embarazo o lactancia, ya no solo por tener que revelar su estado de gestación, sino que adicional a esto tener que probar que fue despedida en ocasión del estado de lactancia cuando se supera el cuarto mes posterior al parto.

Bajo esa postura de la sentencia SU-075 de 2018, estos autores, comparten la tesis de la magistrada disidente Diana Fajardo Rivera al decir:

Para comenzar, la Sentencia emplea dos razonamientos conceptualmente insostenibles. De acuerdo con el primer razonamiento, el fuero de maternidad es esencialmente una acción afirmativa destinada a garantizar que las mujeres no sean discriminadas en el trabajo a causa de su rol reproductivo. En consecuencia, cuando el empleador despide a la trabajadora embarazada, sin conocer su estado, no la discrimina y, por lo tanto, carece de sentido asignarle una responsabilidad mínima de protección. Esta tesis me resulta imposible de acoger.⁴⁵

⁴⁵ *Ibid.*, p. 149.

7.2. LA SENTENCIA SU-075 DE 2018 DESCONOCE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

En este capítulo, se abordará una discusión más de carácter constitucional entre reglas y principios para identificar porque en el apartado 21 de la sentencia SU-075 de 2018, la Corte Constitucional al retrotraer su propia jurisprudencia en materia de protección ocupacional reforzada generó un desequilibrio sin justificación alguna de discriminación y desigualdad al tener que probar la trabajadora que el motivo del despido fue en ocasión del periodo de lactancia en especial en sus dos últimos meses, es decir, que ese precedente jurisprudencial invirtió la carga de la prueba.

Para tal tarea se hará un recuento conceptual del Principio de Proporcionalidad y los sub-principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o prohibición de exceso como también se conoce este último sub-principio. En términos generales lo que se propone en este capítulo es identificar la manera en que el Tribunal Constitucional fundamentó su decisión y si efectivamente aplicó el método de proporcionalidad para hacer efectivo los derechos constitucionales y optimizar las probables colisiones entre reglas y principios, aspectos estos que se debieron tener en cuenta al momento de resolverse los conflictos propuestos en cada una de las tutelas que fueron unificadas.

Será importante desde la Teoría de los Derechos Fundamentales del profesor Robert Alexy, desarraigar las dudas que esta decisión ha generado en la comunidad académica y jurídica, no solo frente al tema del fuero de maternidad, sino en especial frente a la inversión de la carga de la prueba, como mandato imperativo contenido en la sentencia SU-075 de 2018, que obliga a la trabajadora asumir una carga probatoria que antes de esta decisión estaba en cabeza del empleador, si esta particularidad probatoria desnaturaliza los valores superiores

contenidos en los artículos 13, 43 y 53 de la norma constitucional frente al artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 167 del Código General del Proceso.

Está será una ardua discusión jurídica de orden constitucional, despertará seguramente discusiones más profundas de las que en este estudio se plantea, pero que precisamente esa fue la labor que desde un inicio se trazó.

Será el juicio de proporcionalidad quien dará las razones si efectivamente se genera una desprotección invirtiendo la carga probatoria, como se dijo en el capítulo anterior, asunto que se abordará en este desde la perspectiva constitucional, pero no sin antes efectuar algunos comentarios sobre tal instituto en el pensamiento de Robert Alexy.

7.2.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE ROBERT ALEXY

Uno de los aspectos que se dijo a tratar eran los conceptos de reglas y principios, esa finalidad será el marco de solución de los conflictos o colisión de derechos fundamentales que se presentaron en la sentencia SU-075 de 2018.

Para el profesor Alexy la distinción básica, y que sirve de fundamento para construir teóricamente el juicio de proporcionalidad como forma de solución de conflictos de derechos fundamentales, es aquella que diferencia entre principios y reglas, como dos tipos de normas diferentes: “toda norma o bien es una regla o un principio”, “las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como “mandatos definitivos”; en cambio, “los principios son normas de un tipo completamente distinto son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las posibilidades jurídicas, además de

depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados. Los derechos que se basan en principios son derechos prima facie”, no derechos definitivos. Lo importante aquí es que “los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y que los principios son mandatos de optimización”.⁴⁶

Para entender con mayor facilidad cómo se dio la colisión, si se dio entre reglas y principios en la sentencia SU-075 de 2018, hay que identificar la estructura del juicio de proporcionalidad dentro de esa decisión bajo los presupuestos teóricos de Alexy.

Para resolver casos de colisión de derechos fundamentales ha de aplicarse, según Alexy, el principio de proporcionalidad, producto de lo cual se logrará la determinación analítica de los pesos relativos de los derechos que se encuentren en disputa. Para llevar adelante esta tarea Alexy se ve obligado a negar que un juicio de ponderación solo esconde una mera decisión arbitraria irracional o intuición, y en su lugar, propone que es posible llevar adelante un procedimiento racional de ponderación, que se encuentre fundado y estructurado desde la teoría de los principios. Desde ahí señala que “los principios son mandatos de optimización y como tales, implican lo que en la doctrina alemana se llama la “regla de proporcionalidad”. Esta regla comprende tres sub-reglas: la regla de la adecuación, la regla de necesidad y la regla de proporcionalidad en sentido estricto”. El sub-principio de adecuación “excluye la adopción de medios que infrinjan un derecho constitucional sin promover ningún derecho u objetivo para los que se adoptaron tales medios”; el sub-principio de necesidad prescribe que de entre dos medios que promueven idóneamente un mismo principio, ha de escogerse aquel que interfiera menos en el principio que se encuentra en colisión; y por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto (identificable con la ley de colisión) señala que

⁴⁶ RUAY SÁEZ, Francisco Alberto. El juicio de ponderación en el procedimiento de tutela laboral. En: Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social. Chile: Universidad de Chile, 2011, Vol. 2, nro. 4, p. 144. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. DOI: [10.5354/0719-7551.2016.42901](https://doi.org/10.5354/0719-7551.2016.42901)

“cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, más importante tiene que ser la realización del otro”.⁴⁷

De la contextualización jurídica constitucional anterior, por medio de las sub-reglas o sub-principios de la proporcionalidad, la sentencia SU-075 de 2018, se apartó de esos razonamientos y claramente ese desconocimiento generó una discriminación para la trabajadora, los argumentos de las tutelas unificadas y los derechos en pugna debieron ser filtrados por la Corporación bajo el tamiz de los sub-principios, de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, cada uno de ellos permitirían los pesos y la protección constitucional de la trabajadora en estado de embarazo o en periodo de lactancia dejare de ser un simple anunciado normativo.

Se puntualizará partiendo de cuál fue la adecuación que debió hacer y no hizo la Corte de los casos unificados, para así excluir aspectos que infringían la garantía constitucional del reconocimiento de la protección ocupacional reforzada de la maternidad por una parte y por otra que es determinante en este estudio jurídico, como es la inversión de la carga de la prueba, si frente a los problemas jurídicos que se estudió existía el enfrentamiento insostenible de dos normas jurídicas, si de esa situación se construyó la necesidad jurídica insalvable de acogerse a uno de esos principios que se encontraban en colisión, ahora bien, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, cuál de los dos principios incumplían más frente a los derechos en pugna para que este menguara dando paso al otro y de allí se derivara un cambio del precedente jurisprudencial, que como se dijo no solo fue en cuanto a la garantía constitucional del fuero de maternidad sino frente a la carga de la prueba.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 145.

Para poder determinar la colisión entre reglas y principios, como la procedencia del juicio de proporcionalidad frente a la sentencia SU-075 de 2018, se hace obligatorio igualmente tener como referente, en cuanto a la naturaleza de la discusión allí contenida, la sentencia C-118 del 2020, y desde ese precedente jurisprudencial determinar que bajo presupuestos constitucionales la mujer es un sujeto de especial protección, y sobre todo encontrándose en estado de embarazo y en periodo de lactancia, postura o línea jurisprudencial que en este último precedente es reiterado por la Corte Constitucional.

Ese presupuesto y en la línea del pensamiento que se viene tratando, la Corte Constitucional en la sentencia C-118 de 2020, tratándose del fuero de maternidad y como consecuencia el periodo de lactancia, incorporó el juicio de proporcionalidad en el juicio de igualdad, como ya se dijo en el capítulo anterior existe constitucionalmente una relación directa entre el fuero de maternidad y el derecho de igualdad, tanto en hombres como en mujeres, así lo establece los artículos 43 y 53 superior, a tal punto que en la sentencia C-005 de 2017, esta Corporación extendió la maternidad al compañero, compañera permanente, cónyuge de la mujer en estado de embarazo o periodo de lactancia al declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 239 inciso 1 y 240 inciso 1 del Código Sustantivo del Trabajo.

La incorporación del principio de proporcionalidad busca garantizar y salvaguardar la supremacía constitucional así se refirió la Corporación:

Reiteradamente la Corte ha indicado que el escrutinio de constitucionalidad de un precepto por violación del derecho a la igualdad se sirve del juicio de proporcionalidad que comprende el estudio de la idoneidad de la medida, el análisis de su necesidad para establecer “si existe una medida menos lesiva que logre alcanzar el fin propuesto”, y la realización de un examen de proporcionalidad en

sentido estricto “con el fin de determinar si la medida adoptada sacrifica valores y principios constitucionales de mayor envergadura que los protegidos con el fin propuesto”.⁴⁸

De los referentes jurisprudenciales citados queda claro que entre el derecho a la igualdad y el fuero de maternidad, que incluye el periodo de lactancia hay una unidad de carácter constitucional inescindible, esta tiene una finalidad de principio optimizador para evitar actos de discriminación como hace reseña la sentencia C-118 de 2020, citando la sentencia SU-075 de 2018.

El salvamento de voto de la magistrada Diana Fajardo Rivera dejó sentado un trato desigual entre mujeres y niños en razón del fuero de maternidad, según su criterio, habrán unas mujeres que informando su estado de embarazo al empleador y como consecuente la lactancia, no tendrán la carga probatoria en el caso de despido, como lo dice el apartado 21 (incumbe al demandante probar aquello que alega) de la decisión bajo estudio, es decir, la protege el fuero de maternidad, pero habrán otras mujeres que ejerciendo su derecho a la intimidad y precisamente para evitar ser discriminada por su rol reproductor deciden no informar a su empleador de su estado de embarazo, en caso de despido no podrán alegar el reconocimiento del fuero de maternidad.

Esta situación de desigualdad y discriminación creada por la Corte en la sentencia SU-075 de 2018, no deja duda para esta discusión jurídica constitucional que se quebranta innecesaria el juicio de igualdad y por consiguiente desconoce el principio de proporcionalidad y sus tres sub-reglas o sub-principios como se explicara en cada uno de ellos.

⁴⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-118. Expedientes acumulados D-12060, 12070 y 12073 (15, abril, 2020). M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2020. p. 12. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. p. 3. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/C-118-20.htm#:~:text=Las%20Salas%20Amigas%20de%20la,PAR%C3%81GRAFO>.

Recientemente la Sala Plena ha reiterado que “la estabilidad laboral reforzada para las trabajadoras en estado de gestación es una respuesta a la discriminación histórica que han enfrentado las mujeres en el ámbito laboral, quienes fueron y aún son despedidas por causa del embarazo”⁴⁹, lo que explica que “desde 1938 se hayan previsto medidas encaminadas a la promoción de la igualdad de las mujeres trabajadoras”.⁵⁰ Según la jurisprudencia constitucional, esas medidas “han derivado en un fuero de maternidad, cuyo grado de protección se ha incrementado progresivamente”⁵¹ a partir de su regulación legal, que en la actualidad se encuentra plasmada “primordialmente en los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo”,⁵² de conformidad con la cual esta Corte ha precisado que el mencionado fuero “se extiende desde el momento en que la trabajadora se encuentra en estado de gestación hasta que culmina el periodo de lactancia previsto en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo”⁵³.

Para cerrar en este capítulo, es importante delimitar cada una de las sub-reglas de la proporcionalidad en lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-075 de 2018, discusión que girará en torno a los principios de igualdad e intimidad, en colisión con lo normado en los artículos 239 Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 167 del Código General del Proceso. Esta discusión de principios no cierra la discusión jurídica actual, todo lo contrario, esta se abre bajo un nuevo concepto de integración como lo refirió la Corte Constitucional en la decisión C-118 de 2020, al incorporar el juicio de proporcionalidad en el juicio de igualdad, para evitar que la trabajadora sea objeto de discriminación por su rol reproductor y reafirma la importancia de la protección especial que tiene.

⁴⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-075 (24, junio, 2018). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2018. p. 54. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

⁵⁰ *Ibid.*, p. 54.

⁵¹ *Ibid.*, p. 54.

⁵² *Ibid.*, p. 55.

⁵³ *Ibid.*, p. 56.

Previamente a profundizar en los aspectos determinantes de los sub-principios contenidos en la proporcionalidad, se debe dejar sentado unos aspectos teóricos y jurisprudenciales sobre el derecho a la libertad de elección de la maternidad, como derecho a elegir, reflexión que se establece como garantía de Derecho Humano de la maternidad “la maternidad es una elección y no una vocación universal”⁵⁴.

Antes de la sentencia SU-075 de 2018, la Corte Constitucional había sentado una línea jurisprudencial sólida y pacífica sobre la no obligatoriedad de la trabajadora de informar al empleador su estado de embarazo, situación deviene de la salvaguarda de los derechos fundamentales de igualdad e intimidad, contra toda forma de discriminación que se pudiera generar en contra de la trabajadora por su estado de embarazo, así lo deja sentado la sentencia de tutela T-583 de 2017.

SUB-PRINCIPIO DE ADECUACIÓN

Como se dijo al inicio de este capítulo, el test o juicio de proporcional es un parámetro de control de constitucionalidad, cuya aplicación se da para evitar un desconocimiento de los principios constitucionales. En este apartado, conforme a la sentencia C-144 de 2015, donde la Corte Constitucional ha reconocido como elementos fundamentales o esenciales que deben ser considerados por el juez constitucional a la hora de realizar un test de proporcionalidad: a. “La idoneidad o adecuación de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir”.

⁵⁴ MARSICO, Gaia. Bioética: Voces de Mujeres, Madrid: Narcea. 2003 citado por: IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia. De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado. Tesis Doctoral. Barcelona. Universitat Autònoma de Barcelona. Departament de Ciència Política i Dret Públic. 2010. p.5.

Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución”.⁵⁵

Este aspecto, en relación con la sentencia objeto de estudio, nos indica que la Corte Constitucional, teniendo una línea jurisprudencial sólida sobre el juicio de proporcionalidad como parámetro de control constitucional se alejó de ella y no tuvo en cuenta la idoneidad o adecuación al momento de unificar las tutelas.

A criterio de estos autores, los derechos que habían en pugna como el trabajo, la igualdad, la no discriminación, el mínimo vital y la estabilidad laboral reforzada, debieron tener un tratamiento de protección constitucional para las accionantes, que fortaleciera y privilegiara su rol reproductor, efectivizando los derechos fundamentales que se reclamaban, esa injerencia por parte del Estado en los derechos de los ciudadanos no podría ser a cualquier costo, y menos tratándose de un sector de la sociedad que como se ha demostrado históricamente que son sujetos de especial protección constitucional, si el fin del amparo constitucional de la acción de tutela es la protección de los derechos y garantías constitucionales, misma que en la sentencia SU-075 de 2018, fueron retrotraídas aun pasado de discriminación que precisamente gracias a la función de guardiana de la Corte Constitución cada día se fortalecía.

Es importante traer un apartado de la sentencia SU-075 de 2018, donde la Corporación estudia dos de las tutelas unificadas (Expediente T-6.240.380 y Expediente T-6.318.375), que reclaman la protección de los mismos derechos fundamentales, pero la decisión es distinta en ambos casos. Se ha dicho desde el capítulo anterior, que la Corte creó vía jurisprudencial una discriminación entre las

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-144 (06, abril, 2015). M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2015. p. 2. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-144-15.htm>

mujeres en estado de embarazo, unas que en estado de gravidez tienen derecho a la protección del fuero de maternidad y otras que en el mismo no lo tienen, esta situación crea una discriminación odiosa entre ellas y por otra parte un escenario de reclamo jurídico distinto con las consecuencias probatorias que de ella se desprende como ya se demostró.

Tutela de la accionante Sandra Milena Rojas Gutiérrez:

En razón de lo expuesto anteriormente, la Sala Plena **confirmará parcialmente** la Sentencia de segunda instancia dictada en el presente asunto y **modificará** el numeral segundo de dicha providencia, en el sentido de **ordenar** a la empresa de servicios temporales T&S TEMSERVICE S.A.S y a la empresa usuaria Automotores San Jorge S.A., de manera solidaria, sufragar los siguientes conceptos: (i) la totalidad de los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta el momento en el cual culminó su período de lactancia, con deducción de los valores pagados al momento de la liquidación; y (ii) la indemnización por despido sin autorización de la oficina del trabajo prevista en el numeral tercero del artículo 239 del CST⁵⁶.

La Corte Constitucional, en el asunto de la accionante Sandra Milena, le ampara los derechos invocados en razón a que esta le informó a su empleador que se encontraba en estado de embarazo el 18 de enero de 2017 y el empleador la despidió el 19 de enero del 2017.

⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-075 (24, junio, 2018). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2018. p. 130. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

Tutela de la accionante Sandra Liliana Tinoco Ramos:

En razón de lo anterior, en la medida en que la propia accionante ha reconocido que para el momento en que fue desvinculada laboralmente de la empresa accionada **ella misma no conocía de su estado de embarazo**, es claro que el despido no tuvo un fundamento discriminatorio, por lo cual la conducta del empleador fue legítima en el asunto objeto de estudio.

Además, la Sala advierte que entre el momento de la terminación del contrato laboral por despido sin justa causa (15 de marzo de 2017) y el momento en el cual la accionante informó de su estado de gravidez (10 de abril de 2017) transcurrió casi un mes. Por ende, la Sala Plena **confirmará** la decisión de segunda instancia en cuanto negó la protección de los derechos fundamentales de la actora, por los motivos expuestos en la presente providencia.⁵⁷

En cuanto a la accionante Sandra Liliana, la Corte Constitucional no amparó los derechos invocados para su protección, bajo el argumento de que esta accionante no informó el estado de embarazo a su empleador cuando este la despidió el 15 de marzo del 2017, pero lo que no se tuvo en cuenta fue que la accionante se enteró del estado de embarazo solo hasta el 29 de marzo del 2017.

Frente al sub-principio de idoneidad o adecuación que se viene tratando surgen varios interrogantes originados en la sentencia SU-075 de 2018, en razón de la medida tomada ¿crea una desigualdad entre quienes informan y quienes no informan el estado de embarazo al empleador? ¿Se efectiviza el derecho fundamental que se reclama?

⁵⁷ Ibid., p. 131-132.

La doctrina constitucional desarrollada por Alexy, ha indicado que la finalidad del juicio de proporcionalidad a través del sub-principio de adecuación es propender por un objetivo constitucionalmente válido, si bien se ha dicho que los principios son optimizadores de hacer en la medida posible una circunstancia jurídica, la Corte Constitucional no establece con claridad cuál es la razón para desconocerle el Estado de embarazo y negarle el amparo constitucional a la accionante Sandra Liliana, el único que se aflora es el simple evento de que accionante no le anunció el estado de embarazo a su empleador.

Lo que interesa en este estudio y bajo esos argumentos anteriormente expuestos en la decisión, es la manera como la Corte Constitucional condicionó el reconocimiento del fuero de maternidad y los otros derechos reclamados por la accionante Sandra Liliana Tinoco, condicionar a una trabajadora, a probar y a conocer el inicio de su estado de gravidez para que esta pueda alegar la protección constitucional es opuesto al juicio de proporcionalidad desarrollado por el profesor Alexy contenido en la teoría de la sub-regla o sub-principio de idoneidad o adecuación, porque este busca es que la intervención en ese derecho fundamental sea efectivizarlo y propender su consecución protectora.

La sentencia SU-075 de 2018, no efectiviza y tampoco propende la consecución protectora del artículo 43 superior, alejándose del aspecto teórico contenido en las garantías constitucionales como lo ha explicado y desarrollado Robert Alexy, y en extenso por la misma Corporación y por las otras Cortes de cierre. Esta es la crítica a esa decisión, porque se establece una discriminación innecesaria quebrantando el juicio de igualdad, a la cual nos referiremos en este estudio posteriormente.

Establecer que informarle al empleador o no informarle interrumpe o desaparece la condición biológica del estado de embarazo para que se justifique por una parte

la no protección del reconocimiento del fuero de maternidad como garantía constitucional, es un desacierto jurídico, por otra parte que trabajadora tenga que acudir al proceso ordinario y probar que su despido se dio en ocasión del embarazo es contrario a los postulados sobre garantías constitucionales.

SUB-PRINCIPIO DE NECESIDAD

Desde diferentes sectores académicos y jurídicos, se ha indicado que el escrutinio de constitucionalidad a un precepto por su desconocimiento o vulneración debe darse por medio de un parámetro de control para efectivizarlo, parámetro que la doctrina jurídica - constitucional ha denominado ponderación o proporcionalidad.

En lo que interesa en este estudio debe dejarse claro la correlación existente entre el principio de igualdad artículo 13 y el fuero de maternidad artículos 43 y 53 superior, correlación que propende por evitar juicios de discriminación en contra de la trabajadora en estado de embarazo o lactancia, desde este criterio, identificar si la razón jurídica y el asunto resuelto en la unificación de las acciones de tutela en sede revisión por la Corte Constitucional que devino la sentencia SU-075 del 2018, se sirvió del juicio de proporcionalidad, como si lo hizo en reciente decisión de constitucionalidad (sentencia C-118 de 2020), donde dentro del juicio de igualdad la Corte incorporó el juicio de proporcionalidad y aplicó las sub-reglas o sub-principios, reconociendo que ese test era utilizado por diferentes Tribunales Internacionales, para resolver las colisiones entre derechos fundamentales o entre reglas y principios de naturaleza constitucional.

A través del sub-principio de necesidad se debe realizar un análisis de necesidad riguroso a la sentencia SU-075 de 2018, para identificar si la Corte Constitucional en el juicio de valor realizado a los problemas jurídicos estableció en desarrollo del juicio de igualdad integrado al sub-principio de necesidad, un examen de tal

injerencia para establecer “si existe una medida menos lesiva que logre alcanzar el fin propuesto”.⁵⁸

La realización del examen que se le pedida a la Corte Constitucional bajo el sub-principio de necesidad, como parámetro de optimización era esencialmente valorativa frente a los problemas jurídicos propuestos en las acciones de tutela, por esa vía elegir la alternativa menos gravosa y que satisfaga de manera conveniente el fin legítimo previsto por la medida de intervención constitucional que se reclamaba. Lo que en el estudio propuesto se evidencia es la desnaturalización de la supremacía constitucional que revestía el fuero de maternidad, producto de una sólida jurisprudencia protectora de la trabajadora en estado de embarazo o lactancia.

La sentencia SU-075 de 2018, retrotrae esa protección y por consiguiente la afectación que se derivó en los derechos fundamentales a la igualdad y la protección ocupacional reforzada que devino una carga invertida de la prueba innecesaria y en desfavor de la mujer.

No se denota en los argumentos expuestos en la sentencia objeto de estudio valoraciones de eficacia, que es un examen al interior del sub-principio de necesidad o estudio de eficiencia y eficacia de las alternativas disponibles, esto era lo que la Corte Constitucional tenía que determinar, el costo-beneficio de los derechos que estaban en pugna, no necesariamente cuantitativo como lo dejó entrever la decisión al decir que si el empleador no tenía conocimiento del estado

⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-118. Expedientes acumulados D-12060, 12070 y 12073 (15, abril, 2020). M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2020. p. 3. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/C-118-20.htm#:~:text=Las%20Salas%20Amigas%20de%20la,PAR%C3%81GRAFO.>

de embarazo esa carga económica o de responsabilidad prestacional no se le podía imponer.

Para concluir, la sentencia SU-075 de 2018, apremió el formalismo sobre las garantías constitucionales, dejando como lo aprecia la magistrada disidente Diana Fajardo Rivera, en total desprotección a la trabajadora en estado de embarazo, lo que quiere decir que esa intervención no fue menos lesiva como lo demanda la Teoría de los Derechos Fundamentales y el juicio de proporcionalidad, haciendo referencia a los conceptos teóricos de Alexy.

SUB-PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Dentro de las sub-reglas o sub-principios, el de proporcionalidad en sentido estricto se debe realizar “con el fin de determinar si la medida adoptada sacrifica valores y principios constitucionales de mayor envergadura que los protegidos con el fin propuesto”.⁵⁹ “La proporcionalidad en sentido estricto alude a la optimización de derechos fundamentales dentro de sus posibilidades jurídicas”⁶⁰ cuyo concepto es establecer cuál de los intereses en conflicto, jerárquicamente iguales en abstracto, tiene mayor peso en el caso concreto”.⁶¹

Este sub-principio, se debe de tener en cuenta en lo referente al apartado 21 de la sentencia SU-075 de 2018, en donde encontramos que el periodo de lactancia fue fragmentando en un cuatrimestre donde opera la presunción de derecho y en un bimestre donde opera la presunción de hecho. Presunciones que se diferencian en a quien corresponde la carga de la prueba y donde la presunción de derecho fue

⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-035. Expediente D-10864 (08, febrero, 2016). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2016. p. 77. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm>

⁶⁰ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. Idea, validation and criticism of the principle of balancing. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Mexico: UNAM, enero-abril, 2014, nro. 139, p. 69. Nueva serie. ISSN-e 0041-8633.

⁶¹ *Ibid.*, p. 75.

extendida conforme a la Ley 1822 de 2017 que estableció que la licencia de maternidad corresponde a 18 semanas.

La sentencia SU-075 de 2018, elude el juicio de prohibición de exceso a criterio de estos autores e innecesariamente sacrifica derechos de importancia constitucional, no solamente afectó el derecho a la igualdad o el juicio de igualdad como ya se estableció en líneas anteriores y determinó una marcada discriminación, como también en el apartado 21 puntualmente desequilibró la teoría de pesos y contra pesos de los derechos fundamentales al invertir la carga de la prueba en el periodo de lactancia, porque la Corte Constitucional debió bajo ese sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto “realizar dos tipos de estudio: uno normativo y otro de carácter empírico. El estudio normativo se ocupa del lugar que los derechos fundamentales en conflicto y sus respectivos bienes tutelados tienen en el ordenamiento, su nivel de importancia o de fundamentalidad; igualmente, atiende a los niveles de intensidad con los que la preferencia por un derecho fundamental afecta al derecho fundamental en conflicto”.⁶²

La doctrina mexicana dice: “El nivel de importancia de un derecho fundamental respecto al otro deviene casi siempre del estatus constitucional del derecho y de su relación con los otros derechos y principios, según se hayan definido ya en la jurisprudencia, la dogmática y las prácticas constitucionales. Esta parte del estudio normativo en abstracto es insuficiente para realizar el juicio de ponderación porque los derechos fundamentales no están *a priori* unos por encima de otros”.⁶³

El nivel de intensidad o afectación en los derechos fundamentales como parte del análisis normativo se mide por la cantidad de afectación al derecho fundamental concreto. Si son muchas las porciones normativas del derecho fundamental que

⁶² *Ibid.*, p. 75.

⁶³ *Ibid.*, p. 75.

fueron intervenidas o afectadas por la medida, la intensidad en la intervención o afectación es mayor. Si el nivel de intensidad es grave o mayor y se obtiene con la intervención o afectación un beneficio leve, la medida de intervención o afectación será ilegítima o no correcta.⁶⁴

En el estudio empírico lo que importa es medir, por una parte, la intensidad de la intervención leve, media, grave, empleando las variables de eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la medida y, tomando en cuenta los conocimientos de la ciencia o la técnica, el sentido común y la racionalidad general y, por la otra, se mide el beneficio empírico que los fines mediatos e inmediatos de la medida de intervención o afectación en los derechos fundamentales reportan en relación con el otro derecho fundamental en colisión, tomando igualmente en cuenta la información empírica de la que se disponga y que sea parte del caso.⁶⁵

En síntesis, la argumentación del principio de proporcionalidad en sentido estricto toma en cuenta los siguientes pasos: la primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio. Esta ley es enunciada por Alexy de esta forma: "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro". La idea central de la ley de la ponderación es la optimización de las posibilidades jurídicas de los principios en colisión⁶⁶.

Los argumentos teóricos expuestos anteriormente, frente a los argumentos esbozados por la Corte Constitucional, no se evidencia por parte de esa Corporación una argumentación teórica o jurídica en donde se haya precisado el mayor o el menor grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios

⁶⁴ *Ibid.*, p. 76.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 76.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 76.

que entraron en colisión en la sentencia SU-075 de 2018. Se sostiene esta fundamentación teórica en la argumentación del profesor Alexy por la insatisfacción y detrimento de los derechos fundamentales que estaban siendo reclamados en las acciones de tutela.

No era simplemente hacerse a una modificación del precedente jurisprudencial en cuanto al fuero de maternidad, era medir y valorar el grado de insatisfacción que la consolidada jurisprudencia frente al fuero de maternidad producto de esa protección ocupacional reforzada de la mujer en estado de embarazo o lactancia se reclamaba por parte de las accionantes. De allí entonces que esas tres fases a las que se hicieron alusión y que hacen parte de la teoría del sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto o prohibición de exceso se hubieran tenido en cuenta para resolver los reclamos constitucionales. La idea central de la ponderación es la optimización de las posibilidades jurídicas de los principios en colisión, la sentencia SU-075 de 2018, no genera ninguna posibilidad jurídica si encontró o sino encontró insatisfacción en los principios o reglas que garantizaran el fuero de maternidad y el periodo de lactancia.

MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El juicio de proporcionalidad es un parámetro de efectivización de los derechos fundamentales como se explicó, el cual la Corte Constitucional debió usar para resolver las acciones de tutela que unificó, pero eludió esa posibilidad jurídica. Ese examen no era el único que debía hacer o podía hacer. La disputa jurídica debía darse como se dijo en las primeras líneas de este estudio, sobre los métodos de interpretación constitucional y ser un punto de partida en la sentencia SU-075 de 2018, aspecto que será tratado para cerrar esta discusión.

La interpretación constitucional permite darle alcance y sentido a lo dispuesto en la norma suprema, con ella es posible determinar la constitucionalidad de un precepto o la vulneración de derechos fundamentales, en muchas oportunidades la norma en estudio no genera mayor dificultad al momento de dar solución a un caso concreto, por lo que solo basta con la aplicación de los métodos tradicionales de interpretación constitucional, pero en otras oportunidades es necesario realizar análisis profundos que requieren de técnicas adicionales para establecer con mayor fundamento la decisión tomada.⁶⁷

En este acápite se analizará el concepto de interpretación constitucional y los métodos utilizados por la Corte Constitucional en desarrollo de la facultad otorgada por la Carta Política, con el objetivo de evidenciar cuál de estos métodos utilizó al momento de proferir la sentencia SU-075 de 2018, dichos métodos de interpretación constitucional dotan las decisiones de certeza y validez de acierto para la garantía de los derechos fundamentales.

En vigencia de la Constitución Política de 1991 como norma suprema, y bajo esa denominación y categoría jurídica, esta no puede ser contrariada por ninguna otra disposición, y deviene para todo el ordenamiento jurídico su constitucionalización. Con ella la facultad otorgada a la Corte Constitucional como guardiana de su integridad y supremacía, generando un avance notable en la aplicación de los métodos de interpretación constitucional, evidenciado en la evolución de los mismos a través de las sentencias de la Corte, que han logrado establecer el alcance y sentido de las normas.

La interpretación constitucional debe ser acorde a unos principios y métodos establecidos, con el fin de que no se pierda su carácter de norma fundamental ni se

⁶⁷ ESPITIA RINCÓN, Daisy Yolima. La interpretación constitucional y su evolución en las sentencias de la corte constitucional colombiana. Trabajo de grado. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. 2016. p. 1.

contrarié lo previsto en ella por el constituyente. Podemos decir que los métodos de interpretación constitucional usados en nuestro país son el literal, el histórico, el teleológico y el sistemático, pero “la insuficiencia de los criterios hermenéuticos más tradicionales, texto e historia, han ocasionado que en Colombia, cada vez con mayor fuerza, prevalezcan interpretaciones sistemáticas y finalistas de la Constitución”.⁶⁸

Con el surgimiento de la actividad interpretativa de la Corte Constitucional se empezaron a utilizar diferentes técnicas, unas tomadas de metodologías dadas por otros países, para apoyar el análisis de los derechos contrapuestos o para mirar la constitucionalidad de las normas en el proceso que conlleva la interpretación constitucional. Los fallos emitidos por la Corte, también permitieron la implementación y desarrollo de la doctrina del precedente constitucional basado en principios y derechos constitucionales.⁶⁹

Estas apreciaciones conceptuales nos prolija la tarea de entender que es el método de la interpretación constitucional, pero para hablar de interpretación constitucional es necesario definir cada uno de los términos que componen este título.

“Interpretar es darle sentido a un texto, a una acción o a un concepto o en términos generales es atribuir un significado a un signo lingüístico, se interpreta en la medida en que se posibilita la comprensión. “la interpretación no es un acto complementario a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión”.⁷⁰

Con respecto al término constitucional, lo es todo aquello plasmado en la Constitución que rige nuestro ordenamiento, el texto constitucional es el límite

⁶⁸ *Ibid.*, p. 6.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 6.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 7.

principal para la realización de las normas y toda interpretación realizada a las normas debe ser acorde a la Carta Política.

Ferrajoli y Ruiz Manero definen al respecto: “El termino Constitución se emplea sobre todo para referirse al documento normativo, situado en el vértice del sistema jurídico y dotado de un régimen jurídico especial, que, por un lado, establece las competencias de los principales órganos del Estado y, por otro, pone límites y proporciona guías positivas para el ejercicio de esas competencias”.⁷¹

En consecuencia, la interpretación constitucional es la manera de determinar el alcance y sentido de las normas constitucionales para su aplicación. Esta interpretación presenta un alto grado de complejidad debido a que la normas constitucionales no tienen jerarquía, están en un mismo nivel, lo que implica tensiones al momento de su interpretación, además porque existen enunciados en el texto constitucional que no se identifican con la noción tradicional de norma o regla, sino que son normas que reconocen principios, valores y derechos fundamentales, que hacen necesario tener en cuenta las estructuras sociales y circunstancias al momento de su interpretación y posterior aplicación porque determinan el sentido en el que se debe interpretar las demás normas del texto constitucional y de todo el ordenamiento jurídico en general.⁷²

Como se dijo en líneas anteriores existen diferentes métodos de interpretación constitucional (exegético, histórico, teleológico y sistemático), pero para el caso que nos ocupa en este estudio de investigación, haremos referencia solo a dos de ellos referente a la sentencia SU-075 de 2018.

Método exegético: “Este método se basa en la interpretación gramatical del texto, en el sentido de las palabras y es considerado de vital importancia en la

⁷¹ *Ibíd.*, p. 7.

⁷² *Ibíd.*, p. 7-8.

interpretación en general porque constituye su punto de partida. Existen casos en los que la interpretación literal es tan clara y terminante que no se requiere recurrir a otros métodos, la simple literalidad del texto arroja un resultado decisivo”.⁷³

Método sistemático: “Este método permite interrelacionar diferentes preceptos, considerando que todos forman un sistema normativo. Para López Medina este método consiste, “en la identificación de una o varias normas, fines, valores o principios constitucionales que tienen mayor abstracción y en los que se plasma objetivos morales y políticos de signo más universal y consensuado”.⁷⁴

De lo expuesto en la decisión SU-075 de 2018, la Corte Constitucional utilizó un método de interpretación exegético, entendiendo por este el apego a la literalidad de la norma aplicable al problema jurídico que tenía que resolver. En los criterios expuestos se debe advertir que la interpretación que debía hacer la Corte era una interpretación sistemática en razón a que los artículos 238, 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo, son el desarrollo de las garantías constitucionales del fuero de maternidad artículo 43 y la protección ocupacional reforzada artículo 53 superior.

Como se sostuvo a lo largo de este trabajo de investigación, esas garantías no operan prima face, porque las mismas deben ser interpretadas e integradas bajo los principios constitucionales de integración normativa y supremacía constitucional. No puede pasarse por alto que la protección ocupacional reforzada es un todo a la vista de la norma constitucional, por eso se debe integrar para su fin protector con el artículo 13 superior como ya ha sido explicado en este trabajo, pero lo que se nota en la sentencia SU-075 de 2018, es que la Corte dejó de lado

⁷³ Ibid., p. 15.

⁷⁴ Ibid., p. 16.

este método de interpretación constitucional y de allí entonces que existan apartados como el 21 y se haya variado el precedente de protección jurisprudencial a la trabajadora en estado de embarazo o lactancia.

8. CONCLUSIONES

Es importante haber llegado a este punto de la investigación propuesta, porque desde aquí se retoma el pensamiento originalmente determinado en el planeamiento del problema, la temática de discusión en razón a lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-075 de 2018, en lo relativo al fuero de maternidad bajo dos aspectos de orden jurídico-constitucional, protección ocupacional reforzada y carga de la prueba, lo que implicó ahondar en escenarios teóricos estructurados, en precedentes jurisprudenciales, en la doctrina Internacional, en el Derecho comparado y Tratados de Derechos Humanos a los cuales Colombia sea adherido.

La trascendencia de la discusión formulada por la importancia de la garantía constitucional que estaba o que está en tensión hizo desde el primer momento cuestionar la decisión contenida en la sentencia SU-075 del 2018, ese retroceso al precedente jurisprudencial de protección a la trabajadora en estado de embarazo y lactancia hacía suponer de la Corte Constitucional en esa función de su naturaleza jurídica “guardiana de la Carta Política”, tendría un criterio más antropocéntrico propio de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Esa discusión nos llevó a plantear, si el retroceso del precedente jurisprudencial que durante años protegió a la trabajadora en estado de embarazo y lactancia se establecía como objetivo general en la investigación, cuestionarnos si la decisión SU-075 de 2018, desconoció la protección ocupacional reforzada de la maternidad, uniéndonos a las voces disidentes de los salvamentos de voto, en especial de los magistrados Carlos Alberto Rojas Ríos y Diana Fajardo Rivera.

La discusión se fue ampliando sobre aspectos estructurales contenidos en la decisión que se criticó en este trabajo de investigación, que llevo analizar aspectos

puntuales como la carga dinámica de la prueba, para concluir en este aspecto que no se podía hablar propiamente de dinamización probatoria, porque la sentencia SU-075 del 2018, contenía una discusión particularmente alejada de ese instituto y se evidenciaba más una discusión relacionada con la inversión de la carga probatoria, talante jurídico contenido en el apartado 21 de ese plexo decisorio, este escenario llevo a preguntarse sobre la importancia y el valor de las reglas y principios constitucionales.

Esa ardua tarea académica y jurídica, que se construyó en largas noches de lectura, de discusión, reflexionando sobre teóricos del saber jurídico-constitucional como Robert Alexy, Carlos Bernal Pulido, entre otros, llevó a identificar teóricamente aspectos de gran valía con el juicio de igualdad y el juicio de proporcionalidad, reafirmando la postura crítica al encontrarse entre muchas páginas leídas la decisión C-118 de 2020.

Lo que en últimas lleva a concluir dos aspectos relevantes para lo que fue el desarrollo y contenido de este trabajo de investigación que hoy se pone a disposición y a consideración de la comunidad académica, en primer lugar lo planteado del desconocimiento y desnaturalización del derecho constitucional de la protección ocupacional reforzada de la mujer en estado de embarazo y lactancia quedo evidenciado en la sentencia SU-075 del 2018, sumado a la inversión de la carga de la prueba, que desequilibró la relación laboral en el extremo más débil de la misma, generando una desigualdad entre las mujeres y en segundo lugar, como la Corte Constitucional en la decisión se alejó de su propia jurisprudencia sobre principios constitucionales al olvidar su rol de juez optimizador de la garantías constitucionales.

Lo cierto es que esta discusión aquí desarrollada en este trabajo de investigación deja la puerta abierta para que en otros estudios se ahonde en la manera como la Corte Constitucional resuelve los asuntos sensibles de la sociedad.

9. BIBLIOGRAFÍA

ALEXYS, Robert. Libro Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 22. ISBN 84-259-0939-2.

ARRIETA DÍAZ, Harrison, et al. La carga de la prueba y el derecho a probar en el código general del proceso. En: Revista Cultural UNILIBRE. Cartagena: Universidad Libre, diciembre, 2014. nro 2. p.53. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista_cultural/article/view/4092/3454

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. Idea, validation and criticism of the principle of balancing. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México: UNAM, enero-abril, 2014, nro. 139, p. 69. Nueva serie. ISSN-e 0041-8633.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1822 (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 [En línea]. Diario Oficial. Santa Fe de Bogotá, 2017, nro. 50.106. p. 2-4. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=78833

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 909 (23, septiembre, 2004). Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2004. Nro. 27.504. p. 35. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_909_sp.pdf

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-035. Expediente D-10864 (08, febrero, 2016). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2016. p. 77. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-118. Expedientes acumulados D-12060, 12070 y 12073 (15, abril, 2020). M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2020. p. 12. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. p. 3. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/C-118-20.htm#:~:text=Las%20Salas%20Amigas%20de%20la,PAR%C3%81GRAFO.>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-118. Expedientes acumulados D-12060, 12070 y 12073 (15, abril, 2020). M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2020. p. 3. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/C-118-20.htm#:~:text=Las%20Salas%20Amigas%20de%20la,PAR%C3%81GRAFO.>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-144 (06, abril, 2015). M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2015. p. 2. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-144-15.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415. Expediente D-8820 (06, junio, 2012). M.P. Mauricio González Cuervo [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2018. p. 2. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-415-12.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415. Expediente D-8820. (06, junio, 2012). M.P. Mauricio González Cuervo [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2018. p. 2. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-415-12.htm#:~:text=Esta%20norma%20faculta%20a%20todo,infracci%C3%B3n%20directa%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%E2%80%9D%2C>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-470. Expediente D-1606. (25, septiembre, 1997). M.P. Alejandro Martínez Caballero [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 1997. p. 2. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-470-97.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-609. Expediente D-8928. (01, agosto, 2012). M.P. Jorge Iván Palacio Palacio [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2012. p. 39. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-60912.htm#:~:text=Por%20la%20cual%20se%20dictan,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones.>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-075 (24, 06, 2018). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2018. p. 2. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. p. 56. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-075 (24, junio, 2018). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte.

2018. p. 12. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. p. 142 Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-075 (24, junio, 2018). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2018. p. 56. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-075 (24, junio, 2018). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2018. p. 54. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-075 (24, junio, 2018). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2018. p. 130. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-373 (22, julio, 1998). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 1998. p. 12. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-373-98.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 Expediente T-82 (24, junio, 1992). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [En línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 1992. p. 1. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-426-92.htm>

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Ley 3743 (20, diciembre, 1950). Por el cual se modifica el Decreto número 2663 de 1950, sobre Código Sustantivo del Trabajo [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Presidencia de la República, 1950. p. 1-18. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/pdf/decreto_3743_1950.pdf

CUELLO QUIÑONEZ, Melba y SARDOTH REDONDO, Aiskeli Kixari. Principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnica para dar solución a derechos fundamentales en conflicto en derecho administrativo en el tiempo posmoderno. Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Santo Thomas. Facultad de Derecho. Especialización en Derecho Administrativo. 2017. 7 p.

DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos Francisco. La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. En: Dikaion. Chía: Universidad La Sabana, abril-junio de 2011, Vol. 20, nro. 1. p. 102. ISSN 0120-8942.

DÍAZ RESTREPO, Juan Carlos. La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. En: Entramado [En línea]. Santiago de Cali: Universidad Libre, enero - julio, 2016 vol. 12, nro. 1, p. 202. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. DOI: <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>

ESPITIA RINCÓN, Daisy Yolima. La interpretación constitucional y su evolución en las sentencias de la corte constitucional colombiana. Trabajo de grado. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. 2016. p. 1.

GARCÍA ALARCÓN, Ruth Elizabeth. Lactancia: derecho garantizado en el sistema jurídico ecuatoriano. Una mirada desde el enfoque de género y la doctrina de protección integral de la niñez. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas [En línea]. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, julio-diciembre, 2019, Vol. 49, nro. 131, p. 328. [Consultado: 03 de marzo de 2021] DOI: <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v49n131.a05> ISSN: 2390-0016.

LINARES AMAYA, Yeimy Angélica. La figura del fuero laboral reforzado por maternidad extendida a los hombres. Una protección a la mujer, al menor y a la familia. Artículo reflexivo para optar al título de abogado. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. 2017 p. 19.

LINARES AMAYA, Yeimy Angélica. La figura del fuero laboral reforzado por maternidad extendida a los hombres. Una protección a la mujer, al menor y a la familia. Artículo reflexivo para optar al título de abogado. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. 2017 p. 2.

LINARES AMAYA, Yeimy Angélica. La figura del fuero laboral reforzado por maternidad extendida a los hombres. Una protección a la mujer, al menor y a la familia. Artículo reflexivo para optar al título de abogado. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. 2017 p. 6.

MARSICO, Gaia. Bioética: Voces de Mujeres, Madrid: Narcea. 2003 citado por: IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia. De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado. Tesis Doctoral. Barcelona. Universitat Autònoma de Barcelona. Departament de Ciència Política i Dret Públic. 2010. p.5.

RIVERA AGUIRRE, Christian David. La protección de la estabilidad reforzada de la mujer en estado de embarazo: análisis jurisprudencial del fuero de maternidad en los contratos a término fijo. En: Revista CES Derecho. Medellín: Universidad de Antioquia, Mayo, 2014, vol. 5, nro. 1, p. 106-118. ISSN 2145-7719.

ROJAS, Armando. Fuero de maternidad. Garantía a la estabilidad laboral. En: Revista de Derecho. Barranquilla: Universidad del Norte, junio, 2003, núm. 19, p. 127. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/851/85101908> ISSN 0121-8697.

ROJAS, Armando. Fuero de maternidad. Garantía a la estabilidad laboral. En: Revista derecho [en línea]. Barranquilla: Universidad del Norte, junio de 2003. nro. 19. p. 129. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/851/85101908> ISSN: 0121-8697.

RUAY SÁEZ, Francisco Alberto. El juicio de ponderación en el procedimiento de tutela laboral. En: Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social. Chile: Universidad de Chile, 2011, Vol. 2, nro. 4, p. 144. [Consultado: 03 de marzo de 2021]. DOI: [10.5354/0719-7551.2016.42901](https://doi.org/10.5354/0719-7551.2016.42901)

VILLAR BORDA, Luis. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. En: Revista Derecho del Estado [en línea]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, diciembre de 2007. nro. 20. p. 83. [Consultado: 03 de marzo de 2021] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3400539.pdf>

YÁÑEZ GIRALDO, Silvia Milena. Fuero de maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano. discrepancias entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre la protección a las madres gestantes y lactantes durante la relación laboral. Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado. Medellín: Universidad EAFIT. Facultad de Derecho. 2017. p. 1.

YÁÑEZ GIRALDO, Silvia Milena. Fuero de maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano. discrepancias entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre la protección a las madres gestantes y lactantes durante la relación laboral. Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado. Medellín: Universidad EAFIT. Facultad de Derecho. 2017. p. 12-14.