

**NOVEDAD JURISPRUDENCIAL:****LA MODIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN
LABORAL REFORZADA PARA MUJERES
EMBARAZADAS EN EL TRABAJO,
CUANDO EL EMPLEADOR DESCONOCE
SU ESTADO DE GESTACIÓN******MODIFICATION OF REINFORCED
LABOR PROTECTION FOR PREGNANT
WOMEN AT WORK, WHEN THE EMPLOYER
DOES NOT KNOW THEIR PREGNANCY
STATUS***

Corporación:	Corte Constitucional, Sala Plena
Magistrado Ponente:	M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado
Fecha:	24 de Julio de 2018
Tema:	Modificación de la estabilidad laboral reforzada con fuero de maternidad, para despido de mujeres embarazadas
Referencia: Expedientes acumulados: T-6.240.380 T-6.318.375 T-6.645.503	Radicación número: La sentencia aún no ha sido radicada en la relatoría de la Corte Constitucional. SU-075 de 2018

* Recopilación realizada por Ana Sofía Riaño Fonseca y Alfonso Ortega Perea, estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y miembros del comité editorial de la Revista.

<p>Principales hechos:</p>	<p><u>Sandra Milena Rojas Gutierrez contra T&S TEMSERVICE SAS</u></p> <p>T-6.240.380</p> <p>La accionante suscribió un <i>contrato de trabajo por obra o labor</i> el día 9 de diciembre del año 2016 dentro del cual se determinaba que la fecha de terminación del mismo sería a finales del mes de agosto del 2017. A razón de su contrato, se desempeñaría como residente de obra en la empresa usuaria Automotores San Jorge.</p> <p>El día 18 de enero, en horas de la mañana, fue informada por sus superiores en la empresa usuaria, acerca de la terminación de su contrato de trabajo. Ante esto, la accionante les responde que sospecha estar embarazada. Aun así, le informan que deberá presentarse al día siguiente a fin entregar formalmente su puesto de trabajo al siguiente trabajador. Esa misma tarde, asiste a una cita médica en la cual le confirman su estado de gravidez.</p> <p>Posteriormente, el día 19 de enero del mismo año, se acerca a su jefe en la empresa usuaria, al cual le confirma su estado de gravidez. Este le comunica que deberá dirigirse a la empresa T&S TEMSERVICE SAS. Allí recibe su carta de despido y además le informan que aunque se acababan de enterar de su estado de gestación, había sido el día anterior a ello, cuando la empresa usuaria había tomado la decisión de terminar su contrato de trabajo.</p> <p>El día 24 de enero del 2017, la accionante reiteró a la empresa de servicios temporales acerca de su estado de gravidez.</p> <p>La empresa accionada alegó que su despido se encontraba amparado por una causal legal objetiva debido a que el día en que le fue informado su despido, el requerimiento temporal de personal solicitado por parte de la Sociedad Automotores San Jorge (empresa usuaria) a T&S TEMSERVICE SAS, terminó. Adicionalmente, alegan que en el momento en que se toma la decisión acerca del despido, ellos no tenían conocimiento de su estado de embarazo.</p> <p>El día 17 de febrero del año 2017 interpone una acción de tutela contra T&S TEMSERVICE SAS.</p> <p><u>Sandra Liliana Tinoco Ramos contra Chilco Distribuidora de Gas y Energía SAS ESP</u></p> <p>T-6.318.375</p> <p>El día 10 de octubre del año 2016, la accionante Sandra Liliana Tinoco Ramos suscribe un <i>contrato de trabajo a término indefinido</i> con la compañía Chilco Distribuidora de Gas y Energía SAS ESP a raíz del cual se desempeñaría como ejecutiva comercial de envasado.</p> <p>El 15 de marzo del 2017, el empleador notifica a la señora Sandra Liliana acerca de la decisión de terminar de manera unilateral el contrato por medio de un despido sin justa causa. De igual manera le solicita a la accionante que se practique el examen médico de egreso.</p>
-----------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>Dos semanas después del día en que le fue notificado el despido, se practica una prueba de embarazo la cual arroja un resultado positivo. Para confirmar dicho resultado, decide practicarse el 31 de marzo una ecografía. Dicho examen le permite conocer que tiene 3.6 semanas de embarazo.</p> <p>El 10 de abril, la accionante realiza una petición a la empresa, en la cual les informa acerca de su estado de gravidez y adicionalmente les solicita un reintegro a sus anteriores funciones. Ocho días después, la empresa responde negativamente dicha solicitud. Adicionalmente, responde a la tutela que la accionante ni la accionante ni la parte empleadora tenían conocimiento del estado de embarazo en el momento en que se efectuó el despido. Por otro lado, alegan que Sandra Liliana no se practicó el examen médico de egreso sugerido por la empresa dentro del término que estipula la ley para ello.</p> <p>El día 24 de abril del año 2017, Sandra Liliana Tinoco Ramos interpone una acción de tutela contra Chilco Distribuidora de Gas y Energía SAS ESP.</p> <p><u>Ángela Sorany Salazar Urrea contra Almacenes Éxito S.A.</u></p> <p>T-6.645.503</p> <p>La accionante suscribió el 2 de octubre del año 2015 un <i>contrato de trabajo a término indefinido</i> con la sociedad Almacenes Éxito SA, en virtud del cual trabajaría para esta última como cajera de uno de sus almacenes.</p> <p>Dice ella misma que el 19 de julio del año 2017, fue despedida por la empresa luego de un proceso disciplinario en el cual fue supuestamente coaccionada hasta que terminó aceptando una conducta de la cual no era responsable.</p> <p>El 10 de agosto del mismo año se percató de estar embarazada luego de practicarse una ecografía que determinaba un tiempo de 6 semanas gestación. Cinco días después, el 15 de agosto, presenta una petición a la empresa accionada en la cual les informaba sobre su estado de gravidez y adicionalmente les solicitaba ser vinculada nuevamente al trabajo.</p> <p>Alega la accionante que en el momento del despido, la sociedad no le practicó el examen médico de egreso. De haberlo hecho, se habrían percatado de su estado de embarazo de tal manera que habría necesitado autorización del ministerio del trabajo para poder efectuar el despido.</p> <p>El día 22 de septiembre del año 2017, Ángela Sorany Salazar presentó una acción de tutela en contra de la sociedad Almacenes Éxito SA.</p> <p>Responde la sociedad demandada que el despido se debió a una justa causa al finalizar un proceso disciplinario en su contra. Dicho proceso, en el cual ella admitió los hechos, se llevó a cabo debido a un bono de descuento que además de ser exclusivo para clientes, fue redimido, alterando una factura de venta. De esta manera, alega la sociedad accionada, la accionante obtiene el dinero que correspondía al descuento de uso exclusivo para clientes.</p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	Adicional a lo anterior, alega la sociedad demandada que en el momento en que se efectúa el despido, ninguna de las dos partes tenía conocimiento del estado de embarazo. De esta manera, pretende demostrar que la causa del despido de la accionante nada tiene que ver con su estado gestacional.
Problema Jurídico:	¿Las empresas privadas accionadas desconocieron los derechos fundamentales de las mujeres gestantes al terminar unilateralmente sus contratos de trabajo, aun cuando los empleadores afirman no haber conocido el estado de embarazo de las trabajadoras?
Ratio Decidendi:	<p>La Sala Plena de la Corte Constitucional modifica la jurisprudencia que se venía aplicando en el país, y llega a la conclusión de que “el empleador no debe asumir el pago de cotizaciones a la seguridad social ni el pago de la licencia de maternidad cuando desvincula a la trabajadora sin conocer su estado de embarazo. Corresponde al Estado asumir la protección de las mujeres gestantes cuando se encuentren desamparadas o desempleadas, al tenor del artículo 43 Superior.” (pg. 87). Lo anterior implica que cuando la mujer no ha informado, por cualquier medio, de su estado, no es sujeto de estabilidad laboral reforzada para la protección de no ser despedida.</p> <p>Para respaldar este cambio jurisprudencial, la Corte expone las siguientes razones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La Corte Constitucional puede modificar el precedente jurisprudencial: “Cuando cierta jurisprudencia resulta contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico.” (Sentencia C-836 de 2011. M.P. Rodrigo Escobar Gil.) Las razones por las que la jurisprudencia anterior es contraria al ordenamiento jurídico son expuestas a continuación. 2. Hay una carga económica asignada al Estado: El artículo 43 de la Constitución Política, afirma que “Durante el embarazo y después del parto gozará [la mujer] de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. <p>La Carta Política consagra el derecho a las mujeres a recibir especial protección durante la maternidad, es decir, que si ellas se encuentran desempleadas o desamparadas, el Estado debe brindarles asistencia, y un subsidio alimentario para garantizarles la vida y la del naciurus. El objetivo del artículo es reconocer que la mujer se encuentra en un estado especial, de vulnerabilidad y que además de ella depende la vida de otro ser humano, por ello es el mismo Estado el que asume la responsabilidad de su cuidado y manutención económica en caso de que ella no tenga medios para subsistir. (Pg. 41).</p> <p>Esta carga económica, si bien es del Estado inicialmente, se ha aceptado que sea traspasada al empleador cuando él ha incurrido en el desconocimiento de la protección laboral reforzada en cabeza de las mujeres embarazadas. (Pg. 113). Sin embargo, no tiene sentido que la asuma cuando no ha discriminado a la mujer ni la ha desvinculado de sus labores por ella convertirse en madre.</p>

3 Hay una obligación desproporcionada para el empleador:

La jurisprudencia que estaba vigente afirmaba que el empleador, aun cuando desconocía el estado de embarazo de la trabajadora y la había despedido por otra razón, debía asumir el pago de los aportes a la seguridad social requeridos para cubrir su licencia de maternidad, o incluso reintegrar y/o pagar la licencias de maternidad (pg. 93).

Cuando el empleador desconoce el estado de legivitez de la trabajadora, es evidente que su despido no está motivado por esa razón y que no hay una discriminación hacia ella, sino que se despide por el simple uso de la facultad de subordinación y libertad contractual del empleador de mantener o no contratada a una persona.

Imponer una carga económica al empleador cuando se dan este tipo de circunstancias es desproporcionado, porque implica obligarlo a pagar una sanción por desconocer una estabilidad laboral reforzada producto de un embarazo, que en muchas ocasiones ni la misma mujer conocía. Además, porque el empleador debe asumir los costos de la ausencia de un trabajador, contratando a otros funcionarios, obligado a pagar las prestaciones sociales en la licencia de maternidad y el del nuevo trabajador. Hay así una sobrecarga de costos en cabeza del empleador, que asume aún así haya desconocido el estado de embarazo (pg. 100).

4. Las mujeres no quedan desprotegidas: La licencia de maternidad no es el único mecanismo de protección con el que cuentan las mujeres en estado de embarazo. Además de éste, ellas tienen el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, el reconocimiento de la cuota monetaria de subsidio a cargo del Estado y la entrega de bonos de alimentación por parte del ICBF. (Pg. 118).

Lo anterior tiene como consecuencia que la decisión de la Corte de liberar a los empleadores de la carga económica antes mencionada, no implica una desprotección a las mujeres ni violación de sus derechos fundamentales, ni los de los niños. Ellas siguen teniendo medios de ayuda económica para subsistir, con mínimo vital y salud por parte de las entidades del Estado, y no dependen solamente de la licencia de maternidad.

5. Hay una consecuencia contraria al objetivo de no discriminar a las mujeres en el ámbito laboral:

La Corte Constitucional, afirma, que en de los artículos 43 y 13 de la Carta Política se consagra que los hombres y las mujeres tienen iguales derechos y oportunidades, y además que una persona no puede ser discriminada por razones de sexo. En el caso concreto, se establece que cuando una mujer está embarazada, no puede ser discriminada por ello, y por lo tanto, ser desvinculada de su empleo por esa razón va en contra de la Constitución de 1991.

Las mujeres embarazadas implican una carga más fuerte para el empleador, porque es él quien tiene que asumir los costos de beneficios, pagos adicionales, multas, reintegros, sanciones, además de permisos y licencias. Sin lugar a dudas, ser trabajadora y madre implica un detrimento del objetivo productivo y eficiente de las empresas y por ello un desincentivo para su contratación. (pg. 43).

	<p>Para contrarrestar la difícil situación en la que se veían las futuras madres o mujeres lactantes en sus trabajos, el legislador consagró la estabilidad laboral reforzada de maternidad. Esta norma, establece que cuando un empleador termina o no renueva el contrato de trabajo de la mujer, conociendo de su condición, y sin autorización previa del Ministerio de trabajo, se presume que fue despedida por razón de su embarazo. El empleador va a ser sancionado y debe cumplir con las consecuencias que establece la ley para sus actos.</p> <p>Sin embargo, la jurisprudencia extendió esas consecuencias a los empleadores que despedían a las mujeres cuando su embarazo era desconocido. Para la Corte, en la sentencia en cuestión, esta jurisprudencia tienen un efecto contrario al buscado por el gobierno, ya que si bien lo que se quiere incentivar es la igualdad entre hombres y mujeres para que tengan las mismas condiciones al buscar, conseguir y mantenerse en el empleo, lo que se logra es que los empleadores no quieran contratar mujeres en edad de reproducción por temor a tener que asumir grandes cargas económicas a pesar de no haber tenido la intención de discriminar a la mujer.</p> <p>La jurisprudencia ha incrementado los costos de la contratación femenina, y ha incluido sanciones para los empleadores desproporcionadas y que contradicen el principio de razonabilidad (pg. 111). Es evidente que si un empleador, al contratar a una mujer, tiene que evitar despedirla, y si lo hace, es posible que deba asumir grandes cargas económicas por ignorar su estado de gravidez, va a preferir contratar hombres para sus puestos laborales. Este fenómeno va en contra de los objetivos del ordenamiento jurídico y de los estándares internacionales; por ello debe ser modificado, ya que se desea eliminar las desventajas y no hacerlas más profundas.</p>
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

JURISPRUDENCIA VIGENTE HASTA LA SENTENCIA SU-075 DE 2018:

La SU-075 de 2018, inicia con el análisis de tres casos sobre despido a mujeres embarazadas cuando el empleador desconoce la situación, y la respuesta de los jueces. Tal como se expuso anteriormente, los tres eventos expuestos demuestran las diferentes decisiones de los jueces en torno a este tema, a veces reconociendo la protección laboral reforzada para mujeres embarazadas como absoluta, aún así haya un total desconocimiento de la situación, y otras veces, aceptando que no hay lugar a la sanción del empleador. A continuación, se describen las decisiones de segunda instancia de cada una de las mujeres demandantes.

—Sandra Milena Rojas Gutiérrez contra T&S TEMSERVICE SAS
T-6.240.380, Decisión de Segunda instancia:

Se concede la protección de los derechos fundamentales de la accionante. Estima el ente juzgador que la competencia debe corresponder a la jurisdicción laboral ordinaria. Por esta misma razón, decide abstenerse de emitir un pronunciamiento pero ordena la afiliación de la accionante al Sistema General de Seguridad Social, así como que se garanticen los aportes al mismo hasta que se acabara la licencia de maternidad.

—Sandra Liliana Tinoco Ramos contra Chilco Distribuidora de Gas y Energía SAS ESP T-6.318.375. Decisión de Segunda instancia:

Se confirma el fallo de la primera instancia en que se niega el amparo solicitado por la accionante. Se considera que existen otros mecanismos judiciales para proteger los derechos pretendidos.

De igual manera, el juzgador reconoce que para el momento en que la accionante fue desvinculada de su actividad laboral, ésta efectivamente se encontraba embarazada. Aún así, determina que no se podía aplicar la presunción acerca de que el despido se debió al embarazo puesto que nada permitía concluir que el empleador estaba enterado de dicha situación, además de no tratarse aún de un hecho notorio.

—Ángela Sorany Salazar Urrea contra Almacenes Éxito S.A. T-6.645.503 de Segunda Instancia:

El ente juzgador en segunda instancia decide revocar el amparo que había sido otorgado a la accionante en la primera. Fundamenta su decisión en el hecho de que el despido de la accionante por parte de la sociedad demandada, no se debió a su estado de gravidez (tampoco se podía concluir esto). Por el contrario, el despido se debió a una causal objetiva y luego de haber realizado un proceso disciplinario en su contra. De esta manera se concluye que no existió conexidad entre el despido y el estado gestacional de la accionante.

Como se observa en los tres casos anteriores, hay grandes dudas entre los jueces a la hora de tomar decisiones cuando de proteger la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad se trata. Evidentemente, entre los jueces de primera y segunda instancia no hay unanimidad, suelen revocar las anteriores y dar argumentos completamente opuestos. Algunos de ellos cumplen la jurisprudencia anterior a pesar de que el empleador desconozca el estado de gravidez de la mujer trabajadora. Otros jueces, por el contrario, reconocieron que si no había una evidencia de que el despido estaba respaldado por el hecho de estar embarazada, no podía haber lugar a una sanción económica.

¿Cuál era la jurisprudencia vigente hasta la fecha de expedición de la sentencia de unificación en cuestión?

La jurisprudencia anterior, explicada en la sentencia SU-070 de 2013, afirmaba que la estabilidad laboral de una mujer embarazada no dependía del conocimiento de su estado por parte del empleador. Es decir que desde el instante en que ella estaba embarazada, así ni siquiera lo supiera, estaba protegida y no podía ser despedida sin justa causa, o sin autorización de un juez cuando hubiere justa causa. El hecho de saber que la trabajadora se encontraba en estado de gravidez solo modifica el grado de protección que iba a tener que ser reconocido por el juez. Es decir, que si se demostraba que era un asunto desconocido, en un contrato a término fijo por ejemplo, el empleador tenía que cubrir únicamente las cotizaciones al sistema de seguridad social de la trabajadora durante la gestación. Mientras que si evidentemente lo conocía podía ser obligado al pago de estas prestaciones, además de su reintegro y pago de sanciones.

Lo que sucedía era que siempre el empleador iba a tener que asumir cargas económicas por despedir a una mujer embarazada, pero podría tener que pagar más o menos dependiendo de si lo conocía o no. Esta situación tuvo una consecuencia no deseada, y era que si bien el objetivo era proteger a las mujeres de que no fuera discriminadas por su estado y perdieran sus ingresos de subsistencia, lo que ocasionó era que los empleadores optaran por contratar hombres porque les era mucho más favorable económicamente.

REALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN A LA MUJER:

La Corte Constitucional tiene el objetivo, con esta sentencia, crear condiciones que favorezcan a las mujeres en sus puestos de trabajo y evitar que sean discriminadas por su estado. La Corte reconoce que si bien ese ha sido, en los últimos años, el intento, se ha generado un efecto contrario y se ha fomentado el contrato de hombres, por los grandes costos que genera despedir a una mujer cuando ni ella sabía que estaba embarazada. En la presente sentencia, se hace un profundo análisis de las estadísticas de discriminación en el mundo y concluye afirmando que es esencial disminuir todos estos porcentajes.

Uno de los grandes argumentos que se utilizan para demostrar la discriminación que existe en Colombia hacia la mujer en cuestiones laborales, es que según el Dane, en un estudio que recoge datos de 2011 a enero de 2018, demuestra que la tasa de desempleo de las mujeres es considerablemente superior a la de los hombres. En el periodo entre noviembre de 2017 y enero de 2018, mientras el porcentaje de hombres desempleados era del 7,3%, el de las mujeres ascendía a 12,5%. Por otra parte, un informe del Banco Mundial afirma que mientras en Europa y Asia Central hay igualdad entre ambos sexos en número de personas

contratadas por un empleador en tiempo completo, en Latinoamérica y el caribe, los hombres son considerablemente más contratos de esta forma que las mujeres.

La Corte Constitucional conoce esta realidad, y por ello modifica la jurisprudencia anterior. La discriminación a la mujer en materia laboral debe desaparecer, y por ello hay que disminuir las cargas económicas extra que representa para los empleadores contratarlas y despedirlas cuando así lo deseen.

LA MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA:

Podemos concluir, que la principal razón que ha llevado a la Corte Constitucional al cambio jurisprudencial que denota la referida sentencia, es una carga desproporcionada que había sido impuesta al empleador. Consideró la Corte que el hecho de haber trasladado a los empleadores un deber de solidaridad, aún en los casos en que estos últimos no tenían conocimiento de la situación de gravidez de la mujer trabajadora y por ende el despido no respondía a razones discriminatorias, resultaba generando un mayor aislamiento de la mujer aislamiento de la mujer en el ámbito laboral.

Lo que se ha venido buscando a lo largo de los últimos tiempos, a través de los desarrollos jurisprudenciales, ha sido evitar la discriminación de la mujer en el ámbito laboral, así como la protección de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia. Teniendo esto en cuenta, la Corte toma la decisión de retirar una carga desproporcionada al empleador.

Por un lado, considera la Corte que la carga económica que implicaba la protección que se imponía a los empleadores, no encontraba justificación cuando estos no tenían conocimiento del embarazo. En estos casos, aun cuando el empleador no tenga conocimiento del embarazo, sin importar si se aduce como motivo del despido una justa causa, no se podrá imponer la carga económica (consistente generalmente en efectuar las cotizaciones requeridas para que la empleada pudiera acceder a la licencia de maternidad, así como tampoco prestaciones económicas a su cargo, ni la obligación de reintegrar a la trabajadora). De esta manera, se estaba trasladando al empleador un mandato constitucional que por naturaleza compete al Estado.

El artículo 43 de la Constitución Política¹ determina que la mujer *durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del*

1 *La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.*

Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. Es allí donde podemos evidenciar que la protección a la mujer embarazada desempleada o desamparada corresponde al Estado. Por ello mismo, por ningún motivo se debería imponer dicha carga a los empleadores cuyas motivaciones para despedir a una mujer trabajadora que estuviera en estado de gestación eran ajenas a un motivo de discriminación.

Al imponerse tan desmedidas cargas a los empleadores, que de acuerdo a la realidad nacional, muchos son pequeños y medianos empresarios, no se lograba la finalidad de evitar la discriminación. Por el contrario, considera la Corte que ello mismo podría llevar a los empleadores a evitar contratar mujeres con edad reproductiva pues ello podría implicar un alto riesgo económico para estos.

Por otro lado, tampoco considera la Corte que en virtud de las medidas que se tomaron, se vaya a dejar desprotegida a la mujer embarazada o en periodo de lactancia. En primer lugar, y como ya fue mencionado, existe un mandato constitucional que impone al Estado el deber de proteger y atender a las mujeres que en estado de embarazo se encuentren desempleadas o desamparadas.

En segundo lugar, se refiere la Corte al artículo 157² de la ley 100 del año 1993. En este artículo, se hace mención a quiénes son los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud bajo el régimen subsidiado. Es claro que a este pertenecen todos aquellos que no tienen la capacidad económica para realizar el pago del monto total de la cotización. Pero además de ello, el mismo artículo determina que dentro de este grupo, tendrán particular importancia *personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia (...) y los niños menores de un año.*

De igual manera, existen otros medios para lograr la protección de los derechos que generalmente son invocados por todas aquellas que buscan la protección por vía de tutela. Además de las anteriores, también se encuentran los subsidios alimentarios a cargo del ICBF y los subsidios al desempleo.

Es así como se evidencia que la protección vía tutela no es la única con la cual cuentan las mujeres embarazadas que han sido despedidas cuando su empleador no tenía conocimiento de su estado gestacional.

2 (...)Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias*, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año (...)

Acordando con lo establecido por la Corte Constitucional, la protección que se venía imponiendo por vía jurisprudencial, no representaba una verdadera medida en contra de la discriminación. Ello puesto que es evidente que resulta imposible discriminar en virtud de una situación que no es conocida.

Una de las muestras más importantes sobre la desigualdad en el ámbito laboral que deben sufrir las mujeres es justamente el acceso al empleo. Con medidas excesivas como el hacer responsable de discriminación a un empleador que sin conocimiento del embarazo decide despedir a una trabajadora, está lejos de lograr que esa brecha disminuya. Tal como lo menciona la corte, al representar un mayor riesgo económico, ello lo único que logra es que los empleadores se rehúsen en mayor medida a contratar mujeres con edad apta para la reproducción.

La desigualdad se logrará combatir a través de medidas que logren una efectiva participación de las mujeres dentro del mercado laboral. A ello podría llegarse, más que con cargas desproporcionadas, con incentivos y una mayor educación y concientización acerca de la importancia de la igualdad.