



**Búsqueda de protección a la  
maternidad con perspectiva de género**

**Isabel Goyes Moreno  
Mónica Hidalgo Oviedo**

Picasso  
1958



## Resumen

Este artículo proviene de un estudio comparado de principios laborales en América Latina y pretende contrastar los avances constitucionales y legales que alcanzaron los países latinoamericanos a partir de las directrices establecidas por la ONU y la OIT, en una realidad con una permanente discriminación que afecta los derechos de las mujeres en estado de gestación al momento de acceder, permanecer o retirarse del mercado laboral, en un contexto de cambios y reconocimiento de la importancia de la economía del cuidado, más en sociedades comprometidas con la construcción de la paz y la equidad de género. En este panorama, se plantea la protección integral de la maternidad que la asimile a una necesidad de supervivencia, merecedora de la protección social sin consideración de un vínculo de trabajo, puesto que la tareas que impone el embarazo, el parto, la lactancia y la crianza son quehaceres de trascendencia colectiva cuya responsabilidad compromete a la madre, al padre, a la familia y a toda la sociedad.

**Palabras clave:** principios, América Latina, maternidad, protección social, economía de cuidado, género.

## **Búsqueda de protección a la maternidad con perspectiva de género\***

*Search for protection of motherhood with a gender perspective*

*Procurar proteção à maternidade com perspectiva de gênero*

Isabel Goyes Moreno<sup>2</sup>

Mónica Hidalgo Oviedo

Universidad de Nariño - Colombia

Para citar este artículo:

Goyes, I. y Hidalgo, M. (2017). Búsqueda de protección a la maternidad con perspectiva de género. *Ambiente Jurídico* N° 21: pp. 11-40.

Recibido el 20 de octubre de 2016, aprobado el 18 de febrero de 2017

---

<sup>1</sup> Este artículo de investigación proviene de un estudio comparado de los avances constitucionales y legales en América Latina de protección de la maternidad en el ámbito laboral, adelantado en la Universidad de Nariño.

<sup>2</sup> Docentes Facultad de Derecho. Universidad de Nariño. Integrantes Grupo de Investigación Derecho, Justicia y Región –DEJURE-

## Resumo

Este artigo vem de um estudo comparativo dos princípios do trabalho na América Latina e busca contrastar o progresso constitucional e jurídico feito pelos países latino-americanos com base nas diretrizes estabelecidas pela ONU e pela OIT, na realidade com discriminação permanente que afeta os direitos das mulheres na gravidez no momento do acesso, permanência ou retirada do mercado de trabalho, em um contexto de mudanças e reconhecimento da importância da economia de cuidados, mais nas sociedades comprometidas com a construção da paz e da igualdade de gênero. Neste panorama, propõe-se a proteção integral da maternidade, assimilando-a a uma necessidade de sobrevivência, digna de proteção social sem considerar uma relação de trabalho, uma vez que as tarefas impostas pela gravidez, parto, lactação e Parenting são tarefas de transcendência coletiva, cuja responsabilidade compromete a mãe, o pai, a família e toda a sociedade.

Palavras-chave: princípios, América Latina, maternidade, proteção social, economia de cuidados, gênero.

## Abstract

This article comes from a comparative study of labor principles in Latin America and seeks to contrast the constitutional and legal progress made by Latin American countries based on the guidelines established by the UN and the ILO, in a reality with permanent discrimination that affects the rights of women in pregnancy at the time of accessing, remaining or withdrawing from the labor market, in a context of changes and recognition of the importance of the care economy, more in societies committed to the construction of peace and gender equity. In this panorama, the integral protection of motherhood is proposed, assimilating it to a survival need, worthy of social protection without considering a work relationship, since the tasks imposed by pregnancy, delivery, lactation and Parenting are tasks of collective transcendence whose responsibility commits the mother, the father, the family and the whole society.

Keywords: principles, Latin America, motherhood, social protection, care economy, gender.

## Introducción

Pensar la maternidad como mujeres, resulta fácil. Hacer pensar a los demás con perspectiva de género no lo es, dado que el discurso sobre la maternidad es ambiguo, porque de la misma manera en que esta es ponderada y sacralizada en ciertos espacios de la vida social, es objeto de reproche y discriminación en otros ámbitos, uno de ellos el laboral. De ahí que el propósito de otorgarle una protección jurídica integral a la maternidad requiere de un esfuerzo para incluirla como parte de la protección social que les corresponde asumir a los Estados democráticos y constitucionales.

Esta propuesta no es una mera consigna feminista sino el producto de una reflexión filosófica, económica, cultural y social que se fundamenta en criterios de justicia, de equidad, de productividad y rentabilidad, aspectos que se trabajan en el primer aparte de este artículo. De esta manera la protección a la maternidad se concreta a favor de las mujeres y hombres que asumen esa opción de vida, superando la concepción de tratarse de un privilegio exclusivamente femenino o una medida de discriminación positiva para entenderlo como una necesidad social. Son los grupos humanos que requieren que las mujeres tengan descendencia y que sean ellas quienes la atiendan en las primeras etapas de crianza.

Sobre la protección a la maternidad existe un marco jurídico mundial a través de la CEDAW y del Convenio 183 de la OIT, que permeó las Constituciones latinoamericanas y las legislaciones de buena parte de estos países. Las diferencias de carácter terminológico entre una y otra nación no desvirtúan el interés por otorgar amparo a la maternidad, sin embargo, la forma como se regula dicha protección hace que la misma se convierta en una ilusión<sup>1</sup> dado el efecto perverso de impedir el acceso al trabajo a una mujer en edad fértil y que la licencia o supuesto “descanso remunerado” hace invisible el incremento, en ocasiones inhumano, del trabajo de la mujer en los primeros meses de la crianza, especialmente, cuando el padre no asume con la debida responsabilidad dicho rol.

Es ya aceptado que las leyes por sí mismas no cambian realidades, sino que se requieren procesos de interpretación y aplicación normativa

---

<sup>1</sup> “(...) pensar que existan formas en que el derecho ayuda a construir una ilusión de igualdad que apuntala una verdadera desigualdad contradice la ilusión de que este es una parte de la solución y no del problema” (Alviar, Jaramillo, 2012, 137).

tendientes a producir justicia material, que para los asuntos de las mujeres implican otorgar a dichos pronunciamientos perspectivas de género.

En América Latina, hay comisiones de género de los altos tribunales de justicia, con la finalidad de realizar procesos educativos de los funcionarios judiciales para que actúen de manera consecuente e integren en sus fallos esta mirada, como un componente trasversal, en aras de garantizar la igualdad y equidad de género. Al respecto, las Altas Cortes colombianas manifestaron: “(...) la discriminación contra la mujer ha sido reconocida como una forma de violencia que compromete a la administración de justicia tanto en su conocimiento y comprensión como en su abordaje integral” (Comisión Nacional de Género, 2011, p. 12).

Desde esta óptica se analizaron los pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales y las Supremas Cortes de la justicia laboral y seguridad social existentes en algunos países de la región (Colombia, Perú, Ecuador, Argentina, Méjico y Chile), obteniendo las tendencias tuitivas de la justicia latinoamericana en materia de maternidad.

Las estadísticas y estudios realizados por la OIT y los específicos de algunos países demuestran sin lugar a equívocos, que la discriminación basada en la maternidad sigue presentándose en la zona, razón por la cual, la franja de desempleo más alta hace referencia a la franja de mujeres ubicada entre 18 y 30 años, esto es, en edad fértil, aunque inciden otros factores como la escolaridad, el nivel de desarrollo de los países, la distribución de las labores de cuidado, la condición de madres o su potencialidad genera obstáculos para su debida inserción laboral. Este prejuicio impide a su vez el aporte productivo de la mujer y su capacidad de mejorar los estándares económicos y calidad de vida personal y familiar.

Tales oposiciones entre los avances jurídicos y los impedimentos reales frente al trabajo femenino, a partir de su maternidad, permiten esgrimir que ésta es una decisión (ojalá, siempre consciente) cuyas consecuencias recaen mayoritariamente en las mujeres afectando todos los aspectos de su vida, entre ellos el laboral, con lo cual se afecta su autonomía económica, reforzando lazos de dependencia que pueden llegar a lesionar su dignidad.

La tesis que se defiende es que la maternidad no es solamente del resorte de la mujer y su familia, sino que atañe a toda la sociedad, puesto que es la fuente de su propia supervivencia en cuanto asegura el relevo generacional. En consecuencia, la adscripción de una alternativa únicamente al

empleador deja sin protección a las mujeres que por la misma maternidad salieron o no han ingresado al mercado laboral. Es entonces, la condición de ser madre la que debe desatar la protección y el amparo social, sin subeditarse a la existencia de un vínculo de trabajo (por cuenta propia o por cuenta ajena, urbano, rural) y menos aún a la modalidad del contrato o relación de trabajo (a término fijo, indefinido, en provisionalidad, en período de prueba).

Lo anterior conlleva una reconceptualización del trabajo de cuidado no remunerado (OIT, 2014), del cual hace parte la maternidad, para que sea salvaguardado por los sistemas de protección social de cada país de manera sostenible. Entender que la maternidad es una parte del ciclo de la vida de todos los seres humanos (y no solamente de la madre implicada) reclama la solidaridad de todo el conglomerado social (empleadores, grupos políticos, iglesias, juntas de vecinos y la familia) e impone contribuciones económicas constantes.

De conformidad con lo anterior se plantean cuatro acápites i) construcciones teóricas alternativas sobre la maternidad. ii) marco jurídico sobre la maternidad en América Latina; iii) tendencias jurisprudenciales sobre maternidad y iv) maternidad y trabajo de cuidado no remunerado.

## ***Construcciones teóricas alternativas sobre la maternidad***

En contraposición a las teorías clásicas jurídicas (iusnaturalismo, positivismo, la dogmática jurídica, conceptualismo, realismo) aparece la teoría crítica del derecho que se ocupó de tres temas centrales “1. Las contradicciones internas del pensamiento jurídico dogmático y su imposibilidad de resolverlas racionalmente, 2) la función política de legitimación de dicho pensamiento llevada a cabo en las sociedades capitalistas modernas y 3) la posible transformación progresista de la sociedad según una concepción política de izquierda” (García, 2001, p.10).

Una de las teorías críticas, es la teoría feminista del derecho que agrupa diferentes corrientes y líneas de pensamiento, se caracteriza por otorgar al estudio del derecho, de sus instituciones y sus normas, una perspectiva antes desconocida, que involucra el carácter discriminatorio que subyace a los ordenamientos jurídicos y que resultan desventajosos para las mujeres por cuanto reflejan una visión antropocéntrica, en la que al hombre (género masculino) se le reconocen posiciones privilegiadas o patriarcales.

El feminismo nace de las mujeres y de sus propias experiencias de vida, las que mediante la observación y la teorización ratifican la existencia de tratos desiguales cuya única justificación es el sexo de las personas. En el desarrollo de las teorías feministas se diferencian distintas tendencias, desde las liberales o formalistas hasta las radicales que pretenden transformaciones que equilibren el acceso al poder.

La teoría femenina del derecho descubre que los ordenamientos jurídicos sustentan una cultura patriarcal que durante siglos ubicó a las mujeres en lugares secundarios y subordinados, proponiendo en su lugar, reformas normativas que busquen e implementen la igualdad entre los sexos y que inclusive, consagren medidas de discriminación positiva capaces de superar las desigualdades existentes.

Esta mirada apertura la visibilidad de otros grupos sociales, igualmente discriminados que son los que conforman la población LGBTI y que irrumpieron para poner en duda la concepción binaria de los sexos. A partir de ello, se generalizó el uso del término género que hace relación a los roles sociales asignados a hombres y mujeres con independencia del sexo de los mismos. El concepto género resulta más incluyente y se superpone al concepto de sexo, razón por la cual se habla de género masculino y femenino, cuya perspectiva debe ser introducida al derecho.

La perspectiva o enfoque de género se convierte así en una herramienta de análisis, para todas las áreas del conocimiento, cobrando auge en las ciencias sociales y en la economía. A partir de esta visión fue posible que las mujeres pusieran de manifiesto sus metas y emprendieran las acciones para superar la discriminación y actuar como sujetos históricos. La formulación de políticas públicas, de normas y de fallos, así como los estudios financieros y económicos deben estar permeadas por esta mirada integral.

Desde 1995, con la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer se acogió la propuesta de incluir los asuntos de género en las agendas oficiales de los Estados. A esta iniciativa se debe la creación en 2011 de ONU Mujeres (Desde <http://www.unwomen.org/es/csw/brief-rrrdddhistory#sthash.WqFwcQdY.dpuf>). Para esta organización el reconocimiento del trabajo no remunerado que realizan las mujeres en la vida doméstica cotidiana debe ser debidamente valorado, teniendo en cuenta los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) y su meta de alcanzar un planeta “50-50 en 2030”, acorde

con los cambios impuestos por la globalización y los avances tecnológicos, la informalidad laboral, la inestabilidad de los ingresos, las políticas fiscales y comerciales, el impacto ambiental y la construcción de la paz.

De otra parte, los estudios feministas sobre la distribución de la fuerza laboral masculina y femenina en el mercado pusieron de presente la inequidad existente. Los avances normativos y los incentivos para la vinculación laboral no confrontan el problema de fondo relacionado con la sectorización del mercado laboral que ubica a las mujeres en los trabajos más bajos y peor remunerados, inclusive, cuando la escolarización femenina es superior este hecho no elimina las diferencias salariales.

Para estas teóricas la causa de la discriminación está en las políticas macroeconómicas defendidas por el FMI que no valoran el trabajo del cuidado no remunerado en su real dimensión.

(...) Se calcula que en 2009-2010 la economía del cuidado no remunerado equivalió a \$112.4 mil millones, 8.8 por ciento del PIB, aportando casi el 20 por ciento de todo el empleo remunerado. También se calcula que el trabajo de cuidados no remunerado ascendió a \$650.1 mil millones, equivalentes al 50.6 por ciento del PIB y seis veces el tamaño del sector del trabajo de cuidados remunerado. Las mujeres contribuyeron el 77 por ciento del trabajo de cuidados remunerado y el 66 por ciento del trabajo de cuidados no remunerado.

No basta con el análisis de la tasa de participación femenina en la fuerza laboral (TPFFL) sino que se hace necesario “que las cuestiones del trabajo no remunerado, la producción de subsistencia y la participación comunitaria que determinan las decisiones relacionadas con el mercado laboral para la gran mayoría de las mujeres en este mundo estén en primer plano del análisis económico”. (Seguino, Braunstein, Mukherjee, 2014, Desde: <https://www.awid.org/.../economistas-feministas-responden-al-documento-de-analisis-...>).

Las anteriores estadísticas justifican plenamente la protección social de la maternidad ya que no se trata de un gasto del Estado sino de un mínimo acto de reciprocidad con el aporte del trabajo del cuidado al PIB mundial.

A su vez, teóricas de la justicia como Martha Nussbaum fundada en el pensamiento liberal analiza la situación de la mujer, especialmente, en los países en vías de desarrollo, denunciando las limitaciones impuestas

históricamente y que le impiden alcanzar el pleno de sus capacidades, planteando un feminismo universalista válido en todos los tiempos y lugares, a través de la garantía de diez “capacidades humanas básicas”, así: i) Vida, como opuesta a la muerte prematura que afecta primordialmente a mujeres, ii) Salud física, incluida la salud reproductiva, alimentación y vivienda, iii) Integridad física, libertad de movilización y exclusión de la violencia sexual, doméstica y física, iv) Sentidos, imaginación y pensamiento, como garantía de la libertad de expresión, libertad, religiosa, cultural, v) emociones “poder amar a aquellos que nos aman”, vi) Razón práctica, esto es, reflexionar críticamente sobre los propios planes de vida, vii) Afiliación o interacción social con respeto, dignidad e igual valor contrario a la discriminación por raza, sexo u orientación sexual, viii) Otras especies, respeto por los animales, planta y el mundo natural, ix) Juego, reír y disfrutar de actividades recreativas; x) Control sobre el propio entorno político mediante la participación, libertad de expresión y de asociación y material, acceder al derecho de propiedad en un plano de igualdad (Nussbaum, 2012, p. 88-89).

Dado que todo tipo de ordenamiento persigue una adecuada distribución de las ganancias y pérdidas de una sociedad, resulta acorde con las teorías de la justicia que las mujeres accedan a una protección mayor cuando su capacidad productiva se ve menguada por la maternidad, según el esquema patriarcal de la economía, puesto que las cifras denotan que el trabajo del cuidado no remunerado contribuye al crecimiento económico mundial.

## **Marco jurídico de la maternidad en América Latina**

La protección a la maternidad en América Latina compendia la defensa de la trabajadora en estado de embarazo garantizando su estabilidad en el empleo y la prestación de los servicios asistenciales (atención en salud a la madre y al menor) y económicos (“descanso” y auxilio económico).

El origen de este derecho data de 1919, año en que mediante el Convenio No. 3 la OIT se ocupó de la maternidad, tema que mantiene en su agenda y que permitió que en el año 2000, a través del Convenio 183, se fijaran unas directrices mundiales que se sintetizan así:

- a. Artículo 3 que garantiza la protección en salud, excluyéndola de aquellos trabajos que conlleven un riesgo para la salud de la madre o el hijo.
- b. Artículo 4 que consagró la licencia de maternidad de al menos 14 semanas, de las cuales, 6 se otorgarán después del parto.

- c. Artículo 5 que contempla la posibilidad de otorgar licencia antes del parto para evitar complicaciones del embarazo o el parto.
- d. Artículo 6 que determina prestaciones pecuniarias “en una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado” y la posibilidad de soportar su reconocimiento en “fondos de asistencia social” cuando la mujer no cumple las condiciones exigidas para su disfrute. Además, prestaciones médicas para la madre y el hijo.
- e. Artículo 8 que prohíbe el despido durante el embarazo, la licencia o durante la lactancia, radicando la carga de la prueba de los motivos de la desvinculación en el empleador. Así mismo garantiza el derecho a la reincorporación al trabajo en iguales sin desmejoramiento alguno.
- f. Artículo 9 para adoptar medidas que garanticen que la maternidad no sea causa de discriminación para el acceso y permanencia. Prohíbe así la práctica de las pruebas de embarazo cuando no sean justificadas.
- g. Artículo 10 que estipula el derecho a reducir o interrumpir la jornada de trabajo para la lactancia, sin impactar su remuneración.

Las Naciones Unidas en 1979 expidieron la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) la que, se fundamentó en la concepción de la discriminación como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (ONU, 1979).

El artículo 2 de la CEDAW comprometió a los Estados partes con la consagración constitucional y/o legal del “principio de la igualdad del hombre y de la mujer” y su realización práctica.

El artículo 11 determinó que el derecho al trabajo como derecho humano, implica igualdad entre hombres y mujeres, y en consecuencia, el derecho a disfrutar de las mismas garantías (libertad de profesión u oficio, derecho al ascenso, estabilidad, prestaciones económicas, acceso a información y adiestramiento).

En el numeral 2 se hizo referencia a que la protección a la maternidad exige de parte de los empleadores garantizar la estabilidad en el trabajo y

# AMBIENTE JURÍDICO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

reconocer las prestaciones económicas pertinentes, además de brindar el suministro de los servicios sociales de apoyo para procurar el cuidado de los niños.

A nivel constitucional casi todos los países de América Latina consagran el principio protector de la maternidad o el protectorio del trabajo y el de igualdad, tal como se corrobora con los mandatos que a continuación se recogen:

*Tabla 1. Nivel de protección constitucional de la maternidad*

País	Nivel alto de protección constitucional
<b>Méjico</b>	Art. 123 “Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos (...)”
<b>Ecuador</b>	<b>Art. 43.-</b> El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral. 2. La gratuidad de los servicios de salud materna. 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto. 4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.
<b>Colombia</b>	<b>ARTICULO 43.</b> 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. <b>ARTICULO 53.</b> El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (...)

<b>Nivel medio de protección constitucional</b>	
<b>Perú</b>	<b>Artículo 23°.-</b> El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

<b>Nivel bajo de protección constitucional</b>	
<b>Chile Constitución de 1980</b>	<b>Artículo 19.</b> La constitución asegura a todas las personas. (...) No 16º.- La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos (...).
<b>Argentina</b>	<b>Artículo 14 bis.-</b> El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; (...); protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. (...) El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. (...); la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

Se otorga el calificativo de nivel alto de protección a aquellos países que expresamente consagran la protección a la maternidad y a la mujer en sus textos constitucionales, en este sentido, van más allá de la garantía de igualdad y no discriminación de carácter general. La protección expresa en varios contextos da origen a acciones positivas de diferenciación. Por su parte, el nivel medio tuitivo hace referencia a la mujer y su estado materno de manera tímida, sin incluir, principios protectores especiales como ocurre con la Constitución Peruana. Por el contrario, los países de nivel bajo, si bien consagran la igualdad y la libertad de trabajo, lo hacen de manera general, sin hacer referencia al caso puntual de las mujeres con actividad laboral y estado de gestación.

No obstante, debe advertirse que la consagración constitucional per se no constituye una radiografía de la realidad de cada país, pero sí de la realidad normativa y la potencialidad que la protección refleja al estipularse en las Cartas Políticas. De ahí la importancia de verificar algunas de las sentencias que en cada país ilustran el dinamismo de estos mandatos constitucionales.

## **Tendencias jurisprudenciales sobre maternidad**

El análisis jurisprudencial se realiza siguiendo la clasificación sobre el nivel de protección, lo que permitirá contrastar los postulados constitucionales con las decisiones judiciales. De cada país se tomaron dos sentencias que corroboran el ejercicio interpretativo de las Altas Cortes.

### ***México***

Este fue el primer país que constitucionalizó el Derecho Laboral en 1917. Sus postulados iluminaron las Cartas Constitucionales y las normas sobre el trabajo en gran parte de los países latinoamericanos. La jurisprudencia constitucional que a continuación se analiza, da cuenta de las dificultades de para realizar la justicia material en los casos concretos de mujeres trabajadoras despedidas en estado de embarazo y de la ocurrencia de conductas discriminatorias que se ocultan bajo argucias procesales y cargas probatorias en contra de las mujeres.

**Caso 1:** Mujer embarazada renuncia en blanco. En acción de amparo directo en revisión 2752 del 24 de febrero de 2015 (Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos) la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la petición de pago de indemnización constitucional por despido injustificado, salarios caídos y demás prestaciones accesorias de una trabajadora quien alegó que jamás presentó renuncia y que el escrito contentivo de la misma fue suscrito en blanco al ingresar por petición expresa del empleador, vulnerando de esta manera, la protección a la maternidad.

La Suprema Corte consideró que se trataba de un asunto de relevancia constitucional pues hacía referencia a la protección del empleo de las trabajadoras embarazadas e incluyó “un análisis con perspectiva de género”. Sin embargo al analizar los “agravios” encontró que para su examen se debía tomar en cuenta: i) la demostración de la legalidad de la causa de rescisión contractual (artículo 784, fracción IV, de la Ley Federal del Trabajo), ii) la presunción “de

existencia del despido injustificado con mayor intensidad”, iii) hacer “escrutinio del material probatorio con mayor rigor y severidad”; iv) “verificar que no sea inverosímil el hecho de haber otorgado su consentimiento para separarse de su empleo” y v) que es “jurídicamente irrelevante que el tribunal laboral no se pronuncie sobre el estado de embarazo de la actora, cuando de las pruebas aportadas por la partes no se advierta que la causa de la rescisión de la relación laboral hubiese obedecido a tal circunstancia, sino a alguna otra, como puede ser la renuncia indubitable y verosímil de la propia trabajadora”.

Por ello consideró que ante la demostración de la autenticidad de la renuncia y finiquito, la ausencia de vicios en su consentimiento, y el no desconocimiento del contenido y firma por parte de la trabajadora, la carga de la prueba patronal se encontraba satisfecha a su favor.

Agregando que era a la trabajadora a quien correspondía “(...) probar su afirmación en el sentido de que cuando ingresó a laborar se le obligó a firmar hojas sin texto, así como su aseveración de que uno de esos documentos fue utilizado para plasmar su renuncia y finiquito”.

Pese a la advertencia de la Corte por examinar la verosimilitud de la renuncia y el frecuente uso de esta práctica empresarial, negó el amparo.

**Caso 2:** Inoperancia protección a la maternidad en contrato eventual. La revisión de una acción de amparo directo por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, distinguida con el número 353 de 6 de mayo de 2015. (Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos) le permitió pronunciarse sobre el caso de una trabajadora quien con fundamento en los artículos 1o., 14, 16, 17, 29, 123 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reclamó la reinstalación forzosa al cargo y en las condiciones que venía desempeñando en la Secretaría de Salud, así como el reembolso de los montos cancelados por atención médica y hospitalaria de su hijo, y la sanción de pago de intereses.

La trabajadora alegó la inamovilidad derivada de la antigüedad en el cargo, informando que su despido se debió a la situación de embarazo, hecho que ocurrió en presencia de varias personas, sin cumplir los requisitos de procedibilidad del mismo y sin la intervención del sindicato requerida cuando se trata de causas graves. La entidad discutió la temporalidad de la designación y la inexistencia de plazas vacantes.

La Corte concluyó que el despido no obedeció al estado de gravedad de la trabajadora sino a “la temporalidad de su nombramiento,

ya que laboraba para el titular demandado como trabajadora eventual (...) amén, que la sola demostración de la temporalidad del contrato, destruyó la afirmación de que fue despedida con motivo de su estado de gravidez”. Por tanto, consideró “(...) irrelevante realizar la interpretación conforme al artículo 1o. de la Constitución, del artículo 2, inciso a), de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”.

Afirmó la Suprema Corte que

“(...) la sola petición en los agravios de que se realice la interpretación de algún precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con un instrumento internacional, apoyada únicamente en el argumento de que la autoridad responsable y tribunal colegiado debieron valorar en determinado sentido pruebas ofrecidas en el juicio natural, no constituye propiamente un planteamiento de constitucionalidad, porque los aspectos relacionados con el análisis y estudio de los medios probatorios están vinculados a las formalidades esenciales del procedimiento, y forman parte de la garantía de legalidad tutelada por el artículo 14 constitucional; por lo que deben considerarse inoperantes”.

De ahí que no concediera el amparo.

## ***Ecuador***

A partir de 2008 esta Nación expidió una nueva Constitución que contiene una carta de derechos fundamentales, entre los cuales se sitúa la protección a la maternidad y confirió a la Corte Constitucional su guarda e interpretación a través de las acciones constitucionales. En materia de embarazo se destacan dos recientes pronunciamientos:

Caso 1: Reparación integral por despido en embarazo. La Corte Constitucional del Ecuador mediante sentencia del 21 de septiembre de 2016 No. 3016-SEP-CC, Caso No. 1927-11-EP, decidió la acción de amparo interpuesta por una mujer vinculada a una entidad bancaria estatal mediante contrato de servicios ocasionales, regulados por la ley orgánica de servicio público que en el inciso 6 del artículo 58 estableció: “Este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para emisión de su nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento, lo cual podrá constar del texto de los respectivos contratos”.

Para la verificación de la vulneración de los derechos invocados por la mujer gestante recordó la Corte que:

“(...) el texto constitucional las reconoce como personas que requieren atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. Los derechos derivados de su condición, de acuerdo con la Constitución de la República incluyen la prohibición de discriminación en los ámbitos educativo, social y laboral; la gratuidad de los servicios de salud-materna; la protección prioritaria y cuidado de su salud y vida antes y después del parto; y, disponerle facilidades para su recuperación después del embarazo y durante el período de lactancia”.

Al decidir el caso particular observó que se trataba de una persona en situación de vulnerabilidad puesto que su sustento dependía del trabajo. Por lo tanto y para proteger el derecho a la igualdad decidió:

“incluir entre las excepciones al límite de suscripción de contratos ocasionales a aquellos en los que la servidora pública sea una mujer embarazada o en período de lactancia; y que, dichos, contratos deberán durar hasta el fin del ejercicio fiscal en el que el mencionado período de lactancia termine, conforme a la ley”.

De este modo concedió el amparo y otorgó entre otras medidas de reparación integral las siguientes: i) publicar la sentencia en el portal web del banco por 6 meses, ii) ofrecer disculpas públicas a la trabajadora y su familia en un diario de circulación nacional en lugar de fácil acceso y en sitio visible de la página web institucional, señalando el texto a publicar, iii) pago de los salarios dejados de percibir desde la desvinculación hasta que termine el período de lactancia, iv) declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 58 de la ley orgánica del servicio público.

Caso 2: Servidora pública con rendimiento deficiente. En la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana del 1º de junio de 2016 (175-16-SEP-CC, Caso N. 0 1507-12-EP) se estudió la acción de protección propuesta por el empleador de una mujer despedida en estado de embarazo, con posterioridad a un proceso de visto bueno ante la Inspección de Trabajo, a quien judicialmente se le ampararon sus derechos como madre gestante.

El Tribunal Constitucional insistió en la obligación de los jueces de verificar si en el caso concreto se vulneraron o no los derechos constitucionales invocados por una trabajadora en estado de embarazo, con base en el artículo 43 de la Carta Política. Señaló que el empleador aplicó debidamente el proce-

dimiento del visto bueno, en consideración a las causales de desvinculación establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 172 del Código de Trabajo, las que operan con independencia de estado gestante o no de una trabajadora.

Por lo anterior, la Corte concluyó que la desvinculación de la servidora obedeció a su falta de diligencia laboral y que el empleador hizo bien al adelantar los trámites administrativos exigidos en estos eventos, concediendo el recurso de amparo y ordenando proferir nueva sentencia acorde con la dicha realidad.

## **Colombia**

A partir de 1991, la Corte Constitucional como intérprete de autoridad de los principios laborales y concretamente de la protección a la maternidad ha proferido innumerables fallos tendientes a la realización de la igualdad material y a la eliminación de la discriminación contra las mujeres trabajadoras, por razón del embarazo, constituyéndose en uno de los Tribunales referentes a nivel de América Latina. Los avances teóricos no siempre significan conquistas reales puesto que los actos de discriminación originados en el embarazo persisten, sin contar con la vulneración del derecho a la salud y a las prestaciones económicas y asistenciales por parte de las empresas promotoras de salud (EPS).

**Caso 1:** Sentencia de Unificación. SU-070 de 2013. 33hipótesis.

En la sentencia SU 070 de 2013, la Corte Constitucional colombiana analizó 33 eventos relacionados con mujeres despedidas en estado de embarazo, con patrones fácticos disímiles respecto de su forma de vinculación y la notificación o no al empleador, derivando de esas circunstancias consecuencias tuitivas diferentes, con base en los principios constitucionales contenidos en el artículo 53 y que configuran el denominado fuero de maternidad y/o estabilidad laboral reforzada.

La línea jurisprudencial precedente se inició en el año 1994, siendo una sentencia hito la C-470 de 1997 en cuanto impuso una nueva hermenéutica del ordenamiento jurídico laboral bajo la óptica del derecho fundamental de la mujer a la protección de su maternidad. Dicha línea de interpretación se fue ampliando progresivamente hasta que en el año 2013 se emite la sentencia de unificación en comento.

La primera conclusión a la que arriba la Corte en relación con el acto de comunicación del embarazo al empleador consiste en que: “(...) no es

# AMBIENTE JURÍDICO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS

necesaria la notificación expresa del embarazo al empleador, sino su conocimiento por cualquier medio”, como puede ser, cuando se trata de un hecho notorio, cuando la trabajadora tiene incapacidades por su estado de embarazo, o cuando se entera por cuenta de otros trabajadores, entre otras opciones.

Respecto a la forma de vinculación, los casos analizados en dicho fallo se sistematizan así:

TIPO EMPLEADOR	MODALIDAD DE VINCULACIÓN	CONTRATO	NO RELACION LABORAL	EMPLADOR CONOCE	EMPLADOR NO CONOCE	JUSTA CAUSA/PLAZO CALIFICADO	JUSTA CAUSA/PLAZO NO CALIFICADO	SIN JUSTA CAUSA	PERISTEN CAUSA/ CONTRATO	NO PERISTEN CAUSA/ CONTRATO	ANTES VENCER PLAZO		VENCIDO PLAZO		CONSECUENCIAS	
		REALIDAD									PERISTE CAUSA/ CONTRATO	NO PERISTE CAUSA/ CONTRATO	PERISTE CAUSA/ CONTRATO	NO PERISTE CAUSA/ CONTRATO		
PARTICULAR, EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES	CONTRATO A TERMINO INDEFINIDO		X		X		X								Ineficacia, reintegro, pago erogaciones	
				X												Cotización periodo gestación, juez califica
					X				X	X						Cotización periodo gestación, Reintegro por tutela, Salarios, devuelve indemnización recibida
					X						X					Cotización periodo gestación, sin reintegro
					X							X				Ineficacia, reintegro, pago erogaciones
	CONTRATO A TERMINO FIJO O LABOR POR OBRAS			X		X								X		Estabilidad por embarazo y 3 meses más
					X		X								X	Desvincula al vencimiento y cotiza periodo gestación
					X			X							X	Estabilidad, Cotización periodo de gestación y sanción pago de 60 días
					X		X	X				X				Estabilidad, Cotización periodo de gestación, indemnización por despido
					X		X	X					X			Cotiza periodo gestación
CTA				X	X							X			Cotización periodo gestación, juez califica justa causa	
				X	X								X		Cotización periodo gestación, renovación, no pago de salarios	
	CONTRATISTA PRESTACIÓN SERVICIOS	X			X									X	Cotización periodo gestación	
															Cotización periodo gestación	
															Con afectación mínimo vital, declara vinculo y consecuencia contrato término fijo	

	CONOCE ANTES INSUBSISTE INICIA	NO CONOCE ANTES INSUBS.	CONCURSO	SUPRESIÓN	CONSECUENCIAS
SERVIDORA PÚBLICA LNYR	X				Reintegro, pago salarios y prestaciones
		X			Pago cotización hasta licencia
EMPLEADA PÚBLICA CARRERA				X	Crea entidad/ planta transitoria: Reintegro, salarios y prestaciones
					No crea entidad/ no planta transitoria: Salarios y prestaciones hasta licencia
EMPLEADA PÚBLICA PROVISIONAL			X		Estabilidad hasta ser último cargo a proveer-Provisto: pago salarios y prestaciones hasta licencia
				X	Estabilidad hasta licencia. Si no es posible: salarios y prestaciones hasta licencia.

## Perú

La clasificación de Perú en el nivel medio de protección constitucional se desarrolla a través de las sentencias proferidas por el Tribunal Constitucional en las que fija el alcance de los mandatos del constituyente primario.

Caso 1: Protección a la maternidad en contrato realidad. El Tribunal Constitucional del Perú en sentencia del 6 de noviembre de 2008, dentro del expediente No. 05652-2007-PA/TC, resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por una trabajadora que fue desvinculada de

# AMBIENTE JURÍDICO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

una sociedad de beneficencia y del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, solicitando la reposición en su puesto de trabajo y el abono de las remuneraciones dejadas de percibir.

La trabajadora se desempeñaba como apoderada judicial de la oficina jurídica en virtud de diversos contratos de servicio, suscritos desde el 2001 a 2004. Alega despido discriminatorio puesto que el mismo se realizó después de informar su estado de embarazo. Las demandadas alegan desconocer tal suceso y el vencimiento del término del contrato.

La Corte luego de motivar su decisión en las regulaciones internacionales y en el reconocimiento de los derechos laborales de la mujer especialmente de la igualdad concluye que:

“(...) la prohibición internacional de discriminación basada en el sexo busca promover la igualdad real de las mujeres. Acorde con este propósito, el Estado peruano ha asumido la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para aplicar el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer o para remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno del derecho a la igualdad; de dar a las mujeres oportunidades de entablar acciones y pedir protección frente a la discriminación; de tomar las medidas necesarias para eliminar la discriminación tanto en la esfera pública como en el ámbito privado; y de adoptar medidas de acción positiva para acelerar la igualdad de hecho entre el hombre y la mujer”.

Señaló que el embarazo se convierte en un factor de discriminación que afecta exclusivamente a las mujeres por lo que amerita una amplia protección que:

“(...) no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador”.

En el caso concreto dio aplicación al principio del contrato realidad para establecer la existencia de un vínculo dependiente y subordinado que finalizó de manera arbitraria y por razón del estado gestante, razón por la cual el Tribunal Constitucional le confirió el amparo y ordenó su reincorporación a un cargo de igual o similar categoría.

**Caso 2:** Desprotección a la maternidad en período de prueba. El Tribunal Constitucional profirió la sentencia 02456-2012-PA/TC, del 22 de

octubre de 2012, en la cual decidió el recurso de agravio interpuesto por una trabajadora despedida a pesar de que el empleador conocía su estado de embarazo, con lo cual, a juicio de la actora se impartió un trato discriminatorio por razón de sexo.

Realizado el análisis pertinente, encontró el Tribunal que la trabajadora se había vinculado de manera temporal y pactando un período de prueba de seis meses. De conformidad con la legislación vigente, la protección por maternidad surge una vez se ha vencido el período de prueba. Dice el artículo 1o del Decreto Supremo 003-97-TR, lo siguiente:

“(...) el período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.”

En el caso concreto, se amplió de común acuerdo el período de prueba a seis meses y la desvinculación como lo alegó la empresa demandada se realizó en vigencia de dicha etapa. Por lo mismo concluyó el Tribunal que no se había consolidado el surgimiento de la protección a la maternidad y declaró infundada la demanda.

## *Chile*

La ubicación de este país en el nivel bajo de protección, con base en las estipulaciones constitucionales, concita la revisión de las decisiones judiciales para entender el nivel de protección de las mujeres trabajadoras.

Caso 1: Protección a la maternidad vs. naturaleza del cargo. La Corte de Apelaciones de Chile en sentencia del 5 de marzo de 2010 conoció la sentencia que negó la solicitud de “desafuero maternal” propuesto por la entidad Municipal que solicitó autorización para despedir a una mujer en embarazo respecto de quien no hay claridad sobre el carácter de trabajadora o funcionaria, ya que dependiendo de ello existen procedimientos diversos para el amparo del fuero maternal y la aplicabilidad del artículo 194 del Código del Trabajo que otorga inamovilidad a las mujeres en estado de embarazo y hasta un año después del término del

descanso post natal (artículo 174, 201) y que sólo puede ser removida con autorización de un Tribunal.

Por el contrario, para el empleo público rige el artículo 30 de la ley 18.695 que establece el libre despido, tratándose de dos regulaciones incompatibles, ya que el uno consagra el principio protector y de continuidad mientras que el otros, desecha esos principios.

La Corte consideró

“(…) Que las normas sobre protección a la maternidad, en su faz protectora de la fuente laboral, tienen por finalidad garantizar la vida del que está por nacer, lo que le confiere jerarquía superior a la legal, lo que obliga a su aplicación íntegra, con preferencia de los preceptos legales”. Por lo tanto, ratificó la validez del fallo y negó el recurso de nulidad interpuesto por la municipalidad.

**Caso 2:** Diferencia de trato permiso postnatal puerperal y parental sector público/privado. El Tribunal Constitucional de Chile con fecha 18 de junio de 2013 decidió la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la primera parte del inciso 2 del artículo 6° de la Ley 20.545, de 17 de octubre de 2011, por la cual se modificaron las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental, excluyendo a los funcionarios públicos que reclamen tal permiso conforme al artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Salud, de 2006, que otorga:

“licencia médica por enfermedad, descanso de maternidad o enfermedad grave del hijo menor de un año, tendrán derecho a la mantención del total de sus remuneraciones y que su pago corresponderá al servicio o institución empleadora”.

Dichas disposiciones fueron impugnadas debido a que establecen, según las accionantes un trato discriminatorio adscritas al sector público, quienes tienen topes para el otorgamiento de subsidios en el descanso postnatal parental acorde con sus ingresos. Por el contrario, cuando se trata de enfermedad general los subsidios son superiores y no están atados a los ingresos.

Para el Tribunal el trato diferenciado entre el permiso posnatal puerperal establecido en beneficio de la mujer y el descanso posnatal parental, regulado a favor del menor, se justifica en el sector público en razón de los ingresos y teniendo en cuenta que el embarazo y el alumbramiento no se consideran enfermedades y por lo mismo, no pueden recibir dicho tratamiento.

Explicó el Tribunal:

“ (...) desde la perspectiva operacional, el permiso posnatal parental no está causado por una enfermedad que se cubra con licencia médica que sirva de base para un subsidio por incapacidad laboral temporal que, a su vez, en el sector público en realidad no se paga, sino que se reemplaza por la mantención de la remuneración, como un beneficio estatutario remuneracional o retributivo que se radica más allá del estado de necesidad de salud propiamente tal, provocado por una enfermedad o un evento legalmente asimilado a ella (...) Todavía más, lo cierto es que lo que se reprocha por las requirentes no es la desigualdad en el otorgamiento legal de un beneficio de seguridad social en sí -ya que el subsidio correspondiente al permiso posnatal parental es exactamente idéntico para todas las trabajadoras, tanto del sector público como del sector privado-, sino que su queja radica en que no se le extiende al permiso posnatal parental el mismo beneficio remuneracional excepcional para los trabajadores públicos de toda licencia médica, más que propia del permiso posnatal puerperal, en circunstancias que – como ha quedado dicho - no procede tal acto administrativo de licencia en estos casos”.

En ese sentido a juicio del Tribunal Constitucional no existe la alegada discriminación.

## ***Argentina***

La protección mínima desde la óptica constitucional obliga la revisión de fallos de distintos órganos de administración de justicia, que en razón de su competencia, asumen el conocimiento de asuntos relativos al trabajo y la maternidad.

**Caso 1.** Guarderías. La Cámara Contencioso Administrativo Federal en su Sala I, como máximo organismo federal para dirimir las controversias planteadas contra el Estado, mediante la causa No. 49220 de 2015 decidió el 14 de febrero de 2017 la acción de amparo que inicialmente le fue negada a los demandante que pretendían la reglamentación del artículo 179 de la ley del contrato de trabajo<sup>1</sup>, según la cual,

---

<sup>1</sup> El artículo 179 de la ley 20.744 dispuso que: “(...) en los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan (...)”.

las empresas estaban obligadas a mantener guarderías dentro de sus instalaciones, y en el evento, en que por el número de trabajadores no tuvieran este compromiso, deberían cancelar o reconocer los montos pagados por los padres por este servicio.

Para la Corporación, a pesar de haber transcurrido 40 años de ausencia de reglamentación, se configuró una omisión constitucional que perjudica el principio de igualdad de las mujeres y en general de los padres, al impedir el pleno desarrollo de sus actividades laborales, a través de los servicios de cuidado de los menores, prestado de manera directa por los empleadores. Tal omisión se suma a los múltiples obstáculos que enfrentan las mujeres para ingresar al mercado laboral en condiciones de igualdad.

Por lo tanto, concedió el amparo y ordenó que en el término de 90 días se reglamente el mencionado artículo 179.

**Caso 2:** Protección a la madre adoptante. En sentencia del 8 de mayo de 2014 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, dentro del expediente 13.904/2010, se decidió el recurso de apelación interpuesto por una trabajadora despedida con posterioridad a la fecha de comunicación de “la guarda con fines de adopción”. La empresa demandada manifestó que el despido por aviso se envió con anterioridad a dicha información y que la devolución del telegrama no invalida la fecha de la decisión de ruptura contractual.

La Corporación recordó los postulados protectores de la CEDAW y el compromiso de los Estados de procurar condiciones de igualdad reales en el mundo del trabajo. Así mismo equiparó la adopción con la maternidad, como de manera expresa lo reconoce la ley No. 24.714 de Asignaciones Familiares. En dicho contexto, consideró procedente la apelación y dado que en el caso concreto se probó que la información de la trabajadora sobre su decisión de adopción fue anterior a la fecha de terminación incausada del contrato, decidió conceder el recurso y ordenar a la empresa demandada cancelar los montos establecido en la Ley de Contrato de Trabajo puesto que la trabajadora satisfizo la obligación de comunicación su maternidad, por lo que, de conformidad con el artículo 178 *ibídem*<sup>1</sup> fue esta la causa de la ruptura.

---

<sup>1</sup> El artículo 178 L.C.T. dispone que: “(...) Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así como, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 182 de esta ley”.

## **Conclusiones. Maternidad y trabajo de cuidado no remunerado**

América Latina guarda identidades desde el punto de vista jurídico y plantea diferencias tuitivas a la mujer trabajadora que opta por la maternidad. No obstante las regulaciones normativas lejos están de propiciar una igualdad material en tanto persiste una cultura que subvalora el trabajo de cuidado femenino en el ámbito doméstico y que a la vez, intenta colocar barreras al trabajo fuera del hogar.

Ese contexto que se repite en la mayoría de los países Latinoamericanos contrasta con los avances teóricos explícitos o implícitos en todos los ordenamientos jurídicos que reproducen las conquistas internacionales de las mujeres en el espacio de los derechos humanos (CEDAW) y específicamente en el mundo del trabajo (OIT). Sin que por ello se pueda desdeñar la validez de alcanzar niveles altos de protección constitucional, aunque reconociendo que los mismos, por sí solos, no tienen la posibilidad de cambiar las realidades culturales, sociales, económicas y políticas que de manera recurrente tienden a excluir a las mujeres del mercado laboral, lo cual permea a la administración de justicia y sus operadores, razón por la cual, en varios países la Rama Judicial acoge con carácter obligatorio dar a sus fallos una perspectiva de género.

La protección a la maternidad no debe ser vista exclusivamente como una conquista femenina sino como una carga compleja para la sociedad que desea preservarse como especie. Son comunes hoy, las sociedades que envejecen sin posibilidades de futuro debido a que las mujeres, en edad fértil se vieron obligadas a renunciar a la maternidad por cuanto la misma constituía un obstáculo para su realización personal y profesional. La maternidad debe ser una alternativa de libre opción, no una imposición religiosa, familiar o social, y por ello, la decisión de ser madre no puede acarrear limitaciones, ni desconocimiento de los derechos laborales, y menos aún, la exclusión del mercado de trabajo.

Los esfuerzos familiares, de pareja, sociales, empresariales, institucionales, estatales deben orientarse consensuadamente en procura de compartir y solidarizarse con las labores de cuidado de las madres y los hijos recién nacidos. La vinculación de los padres al cuidado, la redistribución de las tareas domésticas, espacios adecuados para la lactancia en el sitio de trabajo, las

guarderías empresariales o de barrio, las opciones de trabajo desde el hogar, la protección social para las actividades domésticas, el trato igualitario para las mujeres madres, son medidas que pueden contribuir a alcanzar la igualdad de género y que van más allá de lo puramente normativo.

La prohibición de no despedir en estado de embarazo, durante la etapa pospueral, la lactancia e incluso durante los primeros años de vida del menor amerita esfuerzo social y Estatal conjunto, pues es lo cierto, que el amparo pleno de dicha contingencia en un buen número de personas asegura beneficios a la economía total del país.

En este proceso, la administración de justicia está llamada a jugar un rol fundamental que debe partir de un replanteamiento de las propias visiones personales para asumir la perspectiva de género en todas sus decisiones, incluso a través de la inversión de la carga de la prueba cuando se trate de asuntos que involucren a las mujeres trabajadoras, así como abandonar una arraigada tradición *ius privatista* que en aras de la salvaguarda de los procedimientos legales poner en entredicho principios constitucionales tuitivos de la madre gestante.

Se hace necesaria una comprensión y compromiso de diversos actores para lograr la armonización entre la vida familiar, laboral y social, puesto que la justicia requiere que hombres y mujeres tengan posibilidades de un desarrollo integral en la medida en que sea viable poner en funcionamiento las diez capacidades humanas básicas de que nos habla Martha Nussbaum como requisitos de la dignidad humana: “(...) creo que este proceso y esta lista, pueden concitar un amplio acuerdo intercultural parecido a los acuerdos internacionales alcanzados en relación con los derechos humanos básicos. De hecho, el enfoque de las capacidades es en mi opinión, una especificación del enfoque de los derechos humanos, los cuales han sido a menudo asociados también, en un sentido parecido, a la idea de la dignidad humana” (Nussbaum, 2012, p. 90).

En este esquema, la seguridad social como mecanismo de redistribución del riesgo y contingencias sociales debe procurar el amparo a la maternidad y al menor durante sus primeros años de vida, con independencia

---

<sup>1</sup> Aquí debe advertirse que no obstante que este es un criterio en el que la Corte lo ha aplicado para todos los casos de obligaciones solidarias laborales, por razones metodológicas, el tema solamente será tratado en este capítulo relacionado con el contratista independiente.

de la existencia o no de un vínculo laboral subordinado de la madre. El trabajo por cuenta propia y el trabajo del núcleo familiar impactado con la maternidad debe ser ampliamente favorecido. En este sentido, decisiones judiciales que extienden el fuero de estabilidad laboral reforzada al padre<sup>1</sup> u otros miembros de la familia, de cuyo salario dependen el bienestar de la mujer madre, constituyen avances que deben ser apropiados por el legislador.

La búsqueda de la protección a la maternidad con perspectiva de género es un compromiso de hombres y mujeres en pos de la dignidad, la justicia y la convivencia.

## Bibliografía

Alviar, H., Jaramillo, I. (2012). *Feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

Cámara Contencioso Administrativo Federal Sala I (Argentina) ; Causa No. 49220 de 2015; Sentencia del 14 de febrero de 2017; Magistrados: Do Pico – Grecco – Fazio. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/camara-nac-apelac-contencioso-administrativo-federal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-etcheverry-juan-bautista-otros--amparo-ley-16986-fa17100001-2017-02-14/123456789-100-0017-1ots-eupmocsollaf?&o=10&f=Total%7CFecha/2017/02%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B25%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=382>

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala 05; Id SAIJ: FA14040014; Sentencia del 8 de mayo de 2014; Expediente 13.904/2010; Magistrados Zas – Gilbert. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-af-geijerstam-marianne-elena-alianza-fran>

---

<sup>1</sup> La sentencia C-005 de 2017 de la Corte Constitucional sentó precedente al condicionar la exigibilidad de los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo que establecen el fuero materno, el cual se hizo extensivo a los hombres, en los eventos en que la mujer embarazada dependa económicamente de él.

# AMBIENTE JURÍDICO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

cesa-fa14040014-2014-05-08/123456789-410-0404-1ots-eu-pmocsollaf?&o=0&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=154679

- Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. (2011) Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, MDG/F, UNFPA.
- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos; Pág. 97; Recuperado de: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>
- Constitución del Ecuador; Pág. 34; Recuperado de: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)
- Constitución Política de Colombia; Pág. 18 – 22; Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>
- Constitución Política del Perú; Pág. 8; Recuperado de: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>
- Constitución Política de la República de Chile; Pág. 17; Recuperado de: [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Chile.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf)
- Constitución de la Nación Argentina; Pág. 3; Recuperado de: [http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD18/contenidos/informacion/leyes/constituciones/constitucion\\_nacional.pdf](http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD18/contenidos/informacion/leyes/constituciones/constitucion_nacional.pdf)
- Corte Constitucional de Colombia; Sentencia SU-070 de 2013; Magistrado Ponente Alexei Julio Estrada. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/SU070-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-470 de 1997; Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-470-97.htm>
- Corte Constitucional del Ecuador; Sentencia N° 309-16-CC – Caso No. 1927-11-EP; 21 de septiembre de 2016. Presidente Alfredo Ruiz Guzmán. Recuperado de: <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/>

- alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/94e4025d-6a37-444a-857a-95ef30137049/1927-11-ep-sen.pdf?guest=true
- Corte Constitucional del Ecuador; Sentencia N° 175-16-SEP-CC – Caso No. 1507-12-EP; 1 de junio de 2016. Presidente Alfredo Ruiz Guzmán. Recuperado de : <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/00f67652-423f-4b5b-9003-483471124046/1507-12-ep-sen.pdf?guest=true>
- Corte de Apelaciones de Chile; Sentencia del 5 de marzo de 2010 Rol N°117-2009. Recuperado de: <http://www.jurischile.com/2010/06/proteccion-la-maternidad.html>
- OIT (2014). La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo. Desde: García Villegas, M. (2001). Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- ONU. (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0031>: Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.
- Naciones Unidas. [www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/spanish/Convention-CEDAW-Spanish.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/spanish/Convention-CEDAW-Spanish.pdf)
- Nussbaum, M. (2012). Las fronteras de la justicia. Barcelona, Paidós.
- Seguino, Braunstein, Mukherjee (2014). Notas de los Viernes de AWID. Título original: Feminist economists respond to the recent IMF Discussion Note Women, Work, and the Economy: Macroeconomic gains from Gender Equity (Part 2). Trad. Asturias, L. Desde: <https://www.awid.org/.../economistas-feministas-responden-al-documento-de-analisis-...>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) Expediente 2752/2015; Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos; Sesionado el 24/02/2016. Recuperado de <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=181843>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) Expediente 353/2015; Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos; Sesionado el 06/05/2015. Recu-

# AMBIENTE JURÍDICO

---

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

---

perado de: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=176269>

Tribunal Constitucional de Chile; Sentencia del 18 de junio de 2013 Rol 2250-12. Recuperado de: [http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar\\_sentencia.php?id=2785](http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia.php?id=2785)

Tribunal Constitucional del Perú; Sentencia del 6 de noviembre de 2008 - Expediente No. 05652-2007-PA/TC; Recuperado de: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú; Sentencia del 22 de octubre de 2012 – Expediente No. 02456-2012-AA/TC; Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02456-2012-AA.html>