

asuntos

DE GÉNERO



LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DERECHOS DE LA MUJER

Una mirada
de género
a un conjunto
de sentencias

EDICIÓN ESPECIAL

Marzo 2006



contenido



Foto portada
Francisco Carranza



Introducción	3
Conceptos previos	4
La investigación	4
La Corte Constitucional y sus funciones	7
Principales sentencias en temas relacionados con las mujeres	11
1. Mujer y participación política	11
2. Mujer y familia	12
3. Mujer y violencia	13
4. Mujer y discriminación	16
5. Mujer y derechos sexuales y reproductivos	17
6. Mujer y derecho laboral	22
7. Mujer cabeza de familia	32
El OAG recomienda	35
Calendario	36

Observatorio de asuntos de género

Observatorio de Asuntos de Género
-OAG-
ISSN 1794-4082

República de Colombia

Álvaro Uribe Vélez
Presidente de la República

**Consejera Presidencial
para la Equidad de la Mujer**
Martha Lucía Vásquez Zawadzky

Publicación de:
Consejería Presidencial
para la Equidad de la Mujer

Coordinación e Investigación:
Vanessa Suelte Cock

Grupo de Investigación:
Linda Celemin Reyes
Felipe Forero Mantilla
Marcela Mantilla Martínez
Alexandra Quintero Benavides

Comité Editorial:
Martha Lucía Vásquez Zawadzky
María Carolina Melo Venegas
Ana Paola Tinoco Cote
Mónica Rodríguez Saavedra

Diseño de Portada:
Typo Diseño Gráfico

Foto de Portada:
Francisco Carranza

Diseño, Diagramación y Edición:
MTP Comunicaciones

Impresión:
Off-Set Gráfico

**Consejería Presidencial
para la Equidad de la Mujer**

Dirección: Calle 10 No 1-15
Teléfono: 2832252, 3361540
E-mail: oag@presidencia.gov.co
www.presidencia.gov.co/equidad

La Consejería Presidencial para la Mujer agradece al programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD–, a la Agencia Española de Cooperación Internacional –AECI– y a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana el apoyo brindado al Observatorio de Asuntos de Género.

El Observatorio de Asuntos de Género –OAG– ha dado cuenta en anteriores Boletines de los mecanismos puestos en marcha por el Gobierno Nacional y el Congreso de la República para lograr el propósito de que hombres y mujeres ejerzan plenamente sus derechos.

En esta oportunidad, el OAG ha trabajado un modelo de recolección y análisis jurisprudencial desde la perspectiva de género, a partir de una investigación sobre los fallos proferidos por la Corte Constitucional durante el período 1998-2004, modelo que esperamos consolidar para futuros análisis sobre los fallos emitidos por las demás Cortes.

El trabajo evidencia el esfuerzo de la Corte Constitucional por disminuir las distancias económicas, culturales o sociales entre hombres y mujeres, y dar aplicación a los mandatos constitucionales y a los convenios y declaraciones internacionales suscritos por el Estado colombiano a favor de la mujer.

En los pronunciamientos sobre los temas estudiados se dieron importantes avances jurídicos para la mujer, en cuanto al acceso efectivo a la seguridad social y salud, la protección de los derechos laborales y la maternidad, que han permitido paulatinamente irradiar los imaginarios sociales. Sin embargo, es sano reconocer que es necesario un mejor esfuerzo para que esta jurisprudencia logre permear los fallos de los operadores judiciales y favorecer un cambio sustancial en la cultura jurídica del país, que propenda por un trato igualitario y no discriminatorio para las mujeres colombianas.

Varios son los retos que para dicho órgano judicial se detectaron, como son los de abordar el trato diferenciado para mujeres integrantes de comunidades afrodescendientes o indígenas; o el de pronunciarse sobre la efectividad de los mecanismos de defensa consagrados en las leyes 294 del 1996 y 575 del 2000, para que las víctimas de la violencia intrafamiliar no se vean sometidas a tratos crueles y degradantes.

El esfuerzo de esta investigación contribuye a desarrollar el componente normativo-jurisprudencial del OAG, y a profundizar el conocimiento de la doctrina de la Corte Constitucional y el desarrollo y contenido de los derechos de las mujeres.

Martha Lucía Vásquez Zawadzky
Consejera Presidencial

La investigación

Objetivo

La Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer llevó a cabo desde el Observatorio de Asuntos de Género –OAG– una investigación sobre los fallos de la Corte Constitucional proferidos durante el período 1998-2004, con el objetivo de consolidar un modelo de recolección y análisis jurisprudencial desde la perspectiva de género¹.

A partir de las sentencias de la Corte seleccionadas y recopiladas, se hizo un rastreo analítico sobre la transformación del derecho en los fallos de revisión de tutela y constitucionalidad.

Metodología

Esta investigación, que contó con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional –AECI– y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD–, se basó en una muestra de 2.496 sentencias. El 57% de las sentencias estudiadas trataban temas como la protección de la estabilidad laboral reforzada, la licencia de maternidad y los salarios adeudados. El 43% restante se refería a sentencias que examinaban temas como derechos sexuales y reproductivos, violencia intrafamiliar, mujer cabeza de familia, discriminación por sexos, cónyuge y compañera.

La fase inicial de la investigación, centrada en la primera búsqueda jurisprudencial², fue realizada por la Pontificia Universidad Javeriana –Facultad de Ciencias Jurídicas– en desarrollo del convenio suscrito por dicha institución educativa con el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República –DAPR–. Esta fase permitió la selección de todas las sentencias de la Corte Constitucional proferidas entre los años 1998-2004³, que respondieran a los siguientes descriptores: mujer, igualdad de sexos, sexual, discriminación por sexo, embarazo, embarazada, cónyuge, conyugal, esposa, compañera/o permanente, violencia intrafamiliar, viudas, trabajadoras, mujer cabeza de familia, violencia sexual, delitos sexuales, violación, pornografía y acoso sexual.

Para avanzar en el trabajo de lectura jurisprudencial y elaboración de fichas, el Observatorio de Asuntos de Género coordinó una nueva revisión de la búsqueda inicial, a fin de definir los criterios de clasificación de las sentencias encontradas, de acuerdo con los derechos debatidos y las normas demandadas. Se contabilizaron 1.621 sentencias que se clasificaron según los descriptores establecidos.

1. Esta investigación permitió impulsar el primer componente normativo-jurisprudencial del Observatorio de Asuntos de Género.

2. La base de datos utilizada en la búsqueda general de las sentencias y primera clasificación, fue *lex base* (<http://www.lexbase.com>). Este método consiste en introducir en un motor de búsqueda de sentencias de la Corte Constitucional ciertas palabras descriptivas, cuyo resultado es un listado de todas las sentencias de constitucionalidad y de tutela que contengan dichos términos en su texto. De esta forma, muchas palabras o descriptores que estaban incorporados en el texto de una providencia, no se referían íntegramente al descriptor con el cual se identificaba el fallo.

3. En el punto del análisis de las sentencias, conviene señalar que en algunas ocasiones se vio la necesidad de estudiar fallos no comprendidos en el período 1998-2004, debido a que en ellos se abordó por primera vez el tema, lo que permitió, al compararlo con el período objeto de estudio, establecer tendencias jurisprudenciales. Asimismo, es pertinente indicar que para la investigación se concentró en la posición adoptada por la Corte en su conjunto, y no, en las posiciones disidentes consignadas en los salvamentos de voto.

Como resultado, se encontró que del total de sentencias estudiadas, 799 dan cuenta de la situación jurídica de la mujer en Colombia. Este elevado número implicó una labor compleja para la clasificación, elaboración de cuadros resúmenes y determinación de las subreglas más importantes.

Durante este proceso, se eliminaron de los sistemas de información consultados los fallos que no eran pertinentes para el estudio, por las siguientes razones:

- Corresponder a otros descriptores o listas asignadas.
- No poder ser ubicados de acuerdo con los descriptores con los que se identificaba el fallo en las diferentes bases.
- No contener o articular argumentos de género, o al menos alguna implicación con los derechos de las mujeres en Colombia⁴.

Realizado el proceso anterior, se construyeron cuadros resúmenes de las sentencias que en el período en cuestión tuvieran relación directa con la mujer.

Si se trataba de fallos que resolvían acciones de tutela, se elaboraban fichas teniendo en cuenta los siguientes referentes: fecha y número de sentencia, magistrado ponente, actores/as, descriptor o tema, derecho vulnerado o amenazado, situación fáctica, *ratio decidendi*⁵, decisión y normas y sentencias citadas. Ver cuadro 1.

FICHA SEGUIMIENTO TUTELA

Fecha y No. de la Sentencia. Magistrado ponente.	Actores / Demandado	Descriptor / Tema	Derecho del que se ocupa la Corte	Situación fáctica	<i>Ratio decidendi</i>	Decisión	Normas y sentencias citadas relacionadas con <i>ratio decidendi</i>
--------------------------------------------------	---------------------	-------------------	-----------------------------------	-------------------	------------------------	----------	---------------------------------------------------------------------

Cuadro 1

4. Así, la Facultad de Ciencias Jurídicas revisó 900 sentencias y elaboró 176 fichas, y el Observatorio de Asuntos de Género revisó 1.621 y realizó 648 fichas.

5. La *ratio decidendi* es la razón de la decisión, la cual constituye una regla que desarrolla el contenido de los derechos y principios constitucionales objeto de estudio.

conceptos previos

Tratándose de sentencias de constitucionalidad, los referentes utilizados fueron: fecha y número de sentencia, magistrado ponente, actores/demandado, descriptor o tema, norma sobre la cual recaía la demanda de constitucionalidad, *ratio decidendi*, decisión, antecedentes y normas, y sentencias citadas. Ver cuadro 2.

FICHA SEGUIMIENTO CONSTITUCIONALIDAD							
Fecha y No. de la Sentencia	Actores / Demandado	Descriptor / Tema	Norma de la que se ocupa la Corte	<i>Ratio decidendi</i>	Decisión	Antecedentes	Normas y sentencias citadas en relación con <i>ratio decidendi</i>
Magistrado ponente							

Cuadro 2

Una vez concluida esta etapa se elaboraron 799 fichas y se identificaron las subreglas para cada tema. Finalmente, teniendo en cuenta los resultados arrojados hasta ese momento y las sugerencias recibidas por parte del grupo de consultoras expertas en género⁶ con quienes se validaron los descriptores y la metodología utilizada, la investigación abordó los siguientes temas específicos, compuesto cada uno por los descriptores seleccionados en razón de su pertinencia para dar cuenta de la situación de la mujer en las sentencias de la Corte Constitucional⁷.

- 1 Mujer y Participación Política
- 2 Mujer y Familia
- 3 Mujer y Violencia
- 4 Mujer y Discriminación
- 5 Mujer y Derechos Sexuales y Reproductivos
- 6 Mujer y Derecho Laboral
- 7 Mujer Cabeza de Familia

El estudio realizado permitió identificar avances en la situación jurídica de las mujeres en Colombia, gracias a la doctrina constitucional que ha desarrollado los contenidos y alcances de los derechos fundamentales.

6. Ana Isabel Arenas, economista, y María Elvia Domínguez, sicóloga.

7. El periodo objeto de análisis (1998-2004) constituye un momento de transición entre las dos Cortes: la que inició labores en 1992 y la que fue nombrada en 2001, lo cual justifica ciertas variaciones y transformaciones en las tendencias jurisprudenciales.

La Corte Constitucional y sus funciones

Para entender el alcance de la jurisprudencia, es necesario conocer algunos conceptos jurídicos que permitan comprender el sentido de los fallos de la Corte Constitucional y las tendencias de la Corte en cada tema estudiado.

A partir de la Constitución Política de 1991, Colombia cuenta con una Corte Constitucional, que hace parte de la Rama Judicial y está integrada por nueve magistrados/as que pertenecen a diversas especialidades del Derecho⁸.

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución⁹, y se le asignan las siguientes funciones: decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que se presenten contra actos reformatorios de la Constitución y contra leyes y decretos del Gobierno que tengan fuerza de ley; revisar la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo para reformar la Constitución o a una Asamblea Nacional Constituyente; decidir sobre la constitucionalidad de referendos sobre leyes, plebiscitos de orden nacional y consultas populares; decidir sobre la constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno en los estados de excepción; decidir sobre las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Gobierno contra proyectos de ley aprobados por el Congreso; decidir sobre la constitucionalidad de las leyes estatutarias aprobadas por el Congreso; revisar las decisiones de tutela, y decidir sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueban¹⁰.

Jurisdicción Constitucional

El control de constitucionalidad lo ejercen la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. La primera, a través del control abstracto y concreto; el segundo, a través del control difuso. (Los pronunciamientos de este último tipo de control no son materia de esta investigación)¹¹. Ver cuadro 3.

8. Los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República para un período de ocho años, de temas presentadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Artículo 239 de la Constitución Política.

9. Artículo 241 de la Constitución Política.

10. Artículo 241 de la Constitución Política.

11. Hernández Galindo, José Gregorio, *Poder y Constitución. El actual constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Legis, 2001, p. 310.

conceptos previos

Control de constitucionalidad abstracto	Control de constitucionalidad concreto	Control de constitucionalidad difuso
<p>Control automático sobre leyes aprobatorias de tratados internacionales.</p> <p>Control que se ejerce sobre una acción pública de inconstitucionalidad.</p> <p>Decretos promulgados en virtud de uno de los estados de excepción (estado de guerra exterior o de conmoción interior).</p>	<p>Los casos de tutela seleccionados para su revisión.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El Consejo de Estado, sobre los decretos del Presidente de la República de contenido administrativo. • Los tribunales administrativos, sobre actos administrativos, • Los jueces de la República, no aplicando normas que consideren inconstitucionales (excepción de inconstitucionalidad), o en los fallos de tutela.

Cuadro 3

Procedimientos que se realizan ante la Corte:

Control de constitucionalidad sobre los tratados o convenios internacionales y las leyes que los aprueban

Consiste en un control previo, completo y automático de constitucionalidad del proyecto de tratado o convenio y de su ley aprobatoria, por razones de fondo y también de forma. Se revisa tanto la regularidad del trámite como el contenido del tratado.

Acción pública de inconstitucionalidad

Esta acción la puede ejercer cualquier ciudadano sin necesidad de apoderado judicial, contra una ley de la República o un decreto con fuerza de ley del Presidente, por considerar que la norma no se ajusta a la Constitución Política. Se denomina proceso de constitucionalidad ordinario.

Acción de tutela

La Constitución de 1991 consagra la acción de tutela como mecanismo para hacer efectivos los derechos fundamentales¹². Puede ser interpuesta directamente por cualquier persona (incluso los menores de edad, los incapaces y las personas jurídicas)¹³ en el lugar en que ocurrieron los hechos, ante cualquier juez, de forma escrita u oral. Esta acción se tramita de manera expedita ya que debe resolverse en diez días en primera instancia y en veinte días en segunda instancia¹⁴.

12. Artículo 86 de la Constitución Política.

13. Ver sentencias T-411 de 1992, T-430 de 1992, T-463 de 1992 y T396 de 1993, respecto del derecho de las personas jurídicas a interponer acción de tutela.

14. Decreto 2591 de 1991, Arts. 3, 4, 32 y 37.

La tutela procede contra las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos fundamentales. Asimismo, procede contra los particulares en los siguientes casos:

- Cuando prestan cualquier servicio público (domiciliarios, educación, salud).
- Cuando el solicitante tiene una relación de subordinación o indefensión (entre ellos un vínculo laboral) con una organización particular¹⁵.
- Cuando el particular ejerce cualquier otra función pública.
- Cuando se pretenda la protección del *habeas data* o el derecho a la intimidad.
- Cuando el derecho que se invoca sea el de no ser sometido a esclavitud, servidumbre y a no ser objeto de la trata de seres humanos.
- Cuando se pide la rectificación de informaciones.

Esta acción no procede cuando existan otros medios de defensa judicial, excepto cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁶.

Importancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La importancia de las sentencias de la Corte Constitucional puede establecerse a partir de tres aspectos: los efectos jurídicos de las sentencias, su valor como precedente judicial y su valor simbólico o posibilidad de influir en la construcción de discursos sociales.

Los efectos de las sentencias varían según sea la sentencia de constitucionalidad o de tutela simple. En la primera los efectos son generales, mientras que en la segunda los efectos sólo se dan entre las partes, para el caso concreto. Así, una sentencia en ejercicio del control de constitucionalidad tiene como efecto la exclusión de la norma del ordenamiento jurídico, si ésta es contraria a la Constitución Política, o su reafirmación, si se ajusta a ella.

En el caso de revisión de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, la sentencia autoriza la incorporación de la norma al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se ajuste a la carta política; en caso contrario, deberá realizarse la reserva correspondiente¹⁷.

15. Decreto 2591 de 1991, Art. 42.

16. Decreto 2591 de 1991, Art. 6.

17. Los tratados internacionales debidamente aprobados por el Congreso y que cuentan con el aval de la Corte Constitucional, tienen plena vigencia como leyes de la República. Si no cuentan con este aval de la Corte, el Presidente puede hacer la reserva correspondiente frente al artículo del tratado y, en tal caso, no podrá hacer parte del ordenamiento interno.

conceptos previos

Como precedente judicial, las sentencias unificadoras de jurisprudencia (SU), que sólo existen en casos de tutela, constituyen un referente para todas las decisiones de los jueces inferiores, quienes en consecuencia deben fallar teniendo en cuenta lo establecido por la Corte. Esto es lo que se denomina doctrina constitucional, la cual se construye a partir de las subreglas o *ratio decidendi*, es decir, reglas jurisprudenciales para solucionar el caso concreto¹⁸.

Al respecto, en sentencia C-037 de 1996, la Corte indicó que *“las sentencias de revisión de la Corte, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que los lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”*¹⁹.

Como valor simbólico, y desde el punto de vista sociológico, las sentencias de la Corte son una forma de entender los derechos fundamentales en su ejercicio diario dentro de una colectividad. Lo anterior, porque *“la Constitución se manifiesta como una formulación de valores que tienen vigencia para una comunidad, y [es] la expresión de las fuerzas y los elementos sociales que la representan”*²⁰.

Por tanto, la interpretación de la Constitución que realiza la Corte Constitucional será también parte de esa expresión de valores y de su desarrollo. A través de la doctrina constitucional, la corporación va desarrollando los contenidos y alcances de los derechos fundamentales, sociales y culturales. De esta forma, sus pronunciamientos van modificando los imaginarios sociales de la colectividad colombiana hasta influir en su cambio.

18. Ver sentencias SU-047 de 1999 y T-249 de 2003.

19. La Corte confirma el valor de las sentencias como precedente judicial en los fallos de tutela T-175 de 1997, T-321 de 1998, SU-168 de 1999 y T-068 de 2000. López, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Legis, 2000, p.49. El derecho a la igualdad se vulnera si un juez le da un tratamiento diferente a un caso similar que ya ha sido fallado por la Corte, sin justificar las razones de su decisión.

20. Sánchez Agesta, Luis, *Principios de Teoría Política*. Madrid. Editora Nacional, 1976, p.377. Citado en Hernández Galindo, op cit, p. 68.

Principales sentencias en temas relacionados con las mujeres

1. Mujer y Participación Política

En el período 1998-2004, en el cual se expidió la Ley de Cuotas (Ley 581 de 2000), la Corte se pronunció determinando la exequibilidad de la ley que consagra una acción afirmativa para garantizar la participación de la mujer en un mínimo del 30% de los cargos del “máximo nivel decisorio” y de “otros niveles decisorios” de la administración pública²¹.

Para su fallo, la Corte Constitucional tuvo en cuenta que la Ley 581 de 2000 se enmarca en los diferentes tratados y convenios de los que Colombia hace parte, y donde se establece que los Estados deben realizar acciones concretas para garantizar la participación de la mujer en el poder público de forma equitativa²². En este sentido, la Corte reconoce la Ley 581 de 2000 como una acción afirmativa, o de discriminación positiva; es decir, un tipo de acción que propende por brindar mejores condiciones para lograr una mayor representación de la mujer en los más altos niveles decisorios del Estado.

En este sentido, la Corte Constitucional señaló que las acciones afirmativas son: “...políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan²³, o bien con el fin de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tenga una mayor representación²⁴”.

Las acciones afirmativas, según el máximo tribunal constitucional, son necesarias para lograr la igualdad real y efectiva consagrada en el artículo 13 de la Constitución²⁵, de manera que puedan ser abolidas las situaciones de desventaja o marginalización en las que se encuentran ciertas personas o grupos. Es así como establecen un trato “desigual” para quienes son desiguales, con el fin de disminuir distancias económicas, culturales o sociales.

21. Ver sentencia C-371 de 2000.

22. Cfr. por ejemplo, el artículo 4 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer, Ley 51 de 1981: “La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas: estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”. En la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing, en septiembre de 1995, se aprobó la Plataforma de Acción Mundial, de la cual Colombia es signataria. Uno de los doce temas de especial preocupación en dicha plataforma, fue la desigualdad entre el hombre y la mujer en el ejercicio del poder y en la adopción de decisiones en todos los niveles. Por ello, entre otros mecanismos, incluyó la adopción de acciones positivas con miras a lograr una participación y representación igualitaria de hombres y mujeres en la vida pública y política.

23. Alfonso Ruiz, Miquel, “Discriminación Inversa e Igualdad”, en Amelia Varcácel (compiladora), *El Concepto de Igualdad*. Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 77-93.

24. Greenwalt Kent, “Discrimination and Reverse Discrimination”, New York, Alfred A. Knopf, 1983. Citado en: Michael Rosenfeld, *Affirmative Action Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*. New York, Yale University Press, 1991.

25. Otro tipo de acciones afirmativas son los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores.

Para la Corte Constitucional, la Ley de Cuotas constituye una acción afirmativa necesaria para corregir la desigual participación de hombres y mujeres en las instancias máximas de decisión del sector público, y un mecanismo idóneo para desarrollar el artículo 40 de la Constitución, en el que se señala que *“las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”*.

2. Mujer y Familia

Desde el período anterior (1992 a 1997) hasta la actualidad, la Corte Constitucional ha sostenido que las personas tienen derecho a fundar una familia o a no hacerlo, así como la libertad de crear el vínculo para formarla²⁶. Asimismo, ha señalado que las familias son iguales ante la ley, sin importar el tipo de vínculo por el cual fueron constituidas (unión marital de hecho o jurídicamente)²⁷.

La familia, según la Constitución y las interpretaciones que hace la corporación de los artículos 42 y 44, es el núcleo esencial de la sociedad²⁸, escenario predilecto para la crianza y socialización de los hijos e hijas. De ahí que, como institución social, la familia tenga obligaciones tanto entre sus miembros como con la sociedad. Uno de los principales deberes es el debido cuidado a los menores, en cumplimiento del principio de preeminencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los derechos de los demás²⁹.

A su vez, la Corte se ha pronunciado sobre la corresponsabilidad, señalando que *“es responsabilidad de la familia, junto con la sociedad y el Estado, participar de manera solidaria y concurrente en el apoyo al crecimiento, formación, protección y desarrollo de la infancia colombiana”*³⁰.

Desde el punto de vista sociológico, el máximo tribunal constitucional ha reconocido que no existe una sola forma de configuración familiar equiparable a la “familia nuclear” y en este sentido establece la existencia de varias formas de configuración familiar, presentes en los diversos grupos culturalmente diferenciados que existen en la sociedad colombiana³¹.

26. Al respecto ver las sentencias T-012 de 1995 y T-377 de 1995.

27. La Corte, en repetidas ocasiones, ha sostenido que el vínculo matrimonial y la unión marital de hecho son iguales frente a la ley. Esta afirmación la ha realizado tanto en sentencias de constitucionalidad, como de tutela. Ver sentencias C-239 de 1994, C-314 de 1997, C-482 de 1998, T-190 de 1993, T-553 de 1994, T-018 de 1997, T-266 de 1997, T-660 de 1998.

28. Ver sentencia T-041 de 1996.

29. Según el artículo 44 de la Constitución Política *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*.

30. Ver sentencia T-182 de 1999.

31. Al respecto, en sentencia T-523 de 1992 la Corte afirmó que: *“No existe un tipo único y privilegiado de familia sino un pluralismo evidente en los diversos vínculos que la originan, pues ellos pueden ser tanto de carácter natural como de carácter jurídico”*. En este sentido ver sentencia T-041 de 1996.

32. Artículo 15 de la Constitución Política.

Intimidad familiar:

En relación con este tema, la Corte señaló que la Constitución Política “*ampara a la familia como institución básica de la sociedad*”, y ese reconocimiento normativo se concreta en la consagración del derecho a la intimidad familiar³². Frente a este derecho, el Estado no está llamado a intervenir, salvo si dentro de la familia se vulneran los derechos fundamentales de alguno de sus miembros³³.

A partir de 1998, la Corte Constitucional ha establecido que la intervención del Estado en la instancia familiar “*...no podrá dirigirse a imponer un modelo determinado de comportamiento pero sí: I) para impedir la violación de derechos fundamentales, II) para garantizar los derechos de los miembros más débiles, III) para erradicar la violencia de la familia como prioridad de protección estatal, IV) para restaurar el equilibrio quebrantado que se origina en la posición dominante de uno de los miembros de la relación nuclear, V) o si existe gravedad en la alteración o en la amenaza de los derechos de quienes conforman el hogar y finalmente, VI) que la intromisión del Estado sea necesaria, proporcional y razonable*”³⁴.

La Corte desarrolla aquí el derecho a estar libre de violencia, limitando el derecho a la intimidad familiar y considerando necesaria la intervención del Estado para proteger los derechos fundamentales de aquellos miembros de la familia más débiles, entre ellos las mujeres.

3. Mujer y Violencia

Las sentencias de constitucionalidad y tutela emitidas por el máximo tribunal constitucional durante el período objeto de análisis, se refirieron a las situaciones en las que no procede la tutela por el delito de violencia intrafamiliar.

Es importante destacar las sentencias de constitucionalidad de la Corte en el período anterior, porque esto permitirá identificar el cambio de la tendencia jurisprudencial en relación con el período aquí estudiado. Por ejemplo, la sentencia C-285 de 1997 es una sentencia fundacional de jurisprudencia: en este pronunciamiento, además de declarar la constitucionalidad de la Ley 248 de 1995, aprobatoria de la Convención Belém do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, la Corte consideró que con esta convención Colombia avanzaba en la consolidación de los mecanismos jurídicos de protección a las mujeres, contra comportamientos violatorios de sus derechos, que por ser conductas o actitudes aceptadas socialmente, pasan desapercibidos pese a ser violatorios de la integridad física y moral de las mujeres.

33. Ver sentencia T-041 de 1996. Otras sentencias en el mismo sentido son: T-116 de 1995 y T-278 de 1994.

34. Ver sentencia C-273 de 1998..

La Corte destacó que esta convención preveía diversas herramientas: medidas legislativas, administrativas, educativas y preventivas para enfrentar la violencia contra las mujeres. Asimismo, que comprometía al Estado con la comunidad internacional, vinculándolo jurídicamente con la obligación de desarrollar los mecanismos necesarios para proteger a las mujeres de la violencia. En este sentido, el máximo tribunal destacó también que la inclusión de ese tratado en la normativa colombiana, ofrecía la posibilidad de encontrar nuevos elementos internos de presión para garantizar los derechos humanos de las mujeres.

Acciones de constitucionalidad en casos de violencia intrafamiliar

En cumplimiento de la Convención de Belém do Pará, se expidió la Ley 294 de 1996, Ley de Violencia Intrafamiliar, que fue examinada por la Corte en ejercicio del control de constitucionalidad³⁵. En su pronunciamiento, la corporación sostuvo que la protección del Estado a las personas no puede quedar reducida al ámbito de lo público y debe extenderse al espacio privado, y que la violencia intrafamiliar puede considerarse un delito autónomo, ya que encuentra sustento constitucional en el artículo 42 de la Carta, según el cual *“cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”*.

Al propender por la eliminación de la violencia en la familia, la norma que consagra el delito de violencia intrafamiliar, busca la protección de los miembros más débiles de la población (menores, ancianos y mujeres). Asimismo, la Corte considera que erradicar la violencia intrafamiliar es de interés general *“por ser la familia la institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad, y un espacio básico para la consolidación de la paz”*.

En el mismo fallo, la Corte se pronunció sobre el delito de violencia sexual entre cónyuges, compañeros permanentes, entre dos personas que tienen hijos comunes, o personas que cohabiten o hayan cohabitado. Al respecto, sostuvo que la libertad sexual de estas personas no puede considerarse disminuida por el vínculo que las une, y por tanto, la conducta del agresor debe ser considerada tan injusta cuando la violencia sexual se ejerce sobre su compañero o cónyuge, como cuando la víctima es una persona que no pertenece al ámbito familiar. Debe anotarse que pese a que la Corte considera reprochable social y jurídicamente el delito de violencia intrafamiliar, no considera más lesivo para la familia el delito de violencia sexual entre cónyuges, atenuando de esta forma su tendencia jurisprudencial hacia la necesidad de contar con mecanismos jurídicos sólidos para enfrentar la violencia en la familia.

35. Acción pública de inconstitucionalidad formulada por Gloria Guzmán Duque contra los artículos 22 y 25 de la Ley 294 de 1996. Ver sentencia C-285 de 1997.

En el período 1998-2004, en sentencia C-273 de 1998, la Corte vuelve a afirmar su posición sobre la necesaria idoneidad de los mecanismos jurídicos previstos en las normas para proteger los derechos de las mujeres. Al analizar la inconstitucionalidad de la norma que consagraba la presunción de desistimiento del delito de violencia intrafamiliar³⁶ cuando la denunciante o el denunciante no asiste a la audiencia de conciliación previa al juicio, sostuvo que la disposición era contraria a los mandatos constitucionales sobre protección integral a la familia. Para la corporación, la presunción de desistimiento debe obligar al juez a realizar un análisis sobre las pruebas incorporadas al expediente, y no a rechazar la solicitud por la no asistencia a la audiencia preliminar, lo cual atenta contra el derecho al debido proceso y a la efectiva protección de los derechos de las víctimas.

Acciones de tutela en casos de violencia intrafamiliar

En el tratamiento de la Corte frente a este tipo de violencia contra la mujer, debe hablarse de dos períodos distintos: antes de la Ley 294 de 1996 y después de ella.

Con anterioridad a la Ley 294, la Corte tutelaba los derechos de las víctimas del delito de violencia intrafamiliar, cuando en la demanda se indicaba que habían sido violados los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes por su cónyuge u otros miembros de su familia. En estos casos, el juez podía ordenar al agresor abstenerse de seguir agrediendo a la demandante y solicitar a las autoridades de policía prestarle a la víctima la ayuda necesaria³⁷.

Con posterioridad a la Ley 294 de 1996, la Corte no acoge más las tutelas en casos de violencia intrafamiliar, por existir un medio idóneo de defensa judicial que consiste en un procedimiento especial que permite a las víctimas de violencia intrafamiliar solicitar medidas de protección³⁸. El único caso en que la acción de tutela procede, es cuando se ejerce para proteger los derechos de niños/as o ancianos/as³⁹, por tratarse de población vulnerable que requiere de la protección estatal⁴⁰.

La corporación también concede la tutela cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, los medios judiciales existentes no han operado en debida forma, lo que hace inminente la protección por parte de la Corte a los derechos a la vida e integridad personal de las/los demandantes, que resultan amenazados⁴¹.

La tendencia de la Corte a no conceder las tutelas por violencia intrafamiliar, se consolidó con la expedición de la Ley 575 de 2000, que trasladó a las Comisarías de Familia la competencia para dictar medidas de protección. La corporación considera que las leyes 294 y 575 contienen los mecanismos idóneos para proteger los derechos fundamentales en los casos de violencia intrafamiliar.

36. Artículo 15 parcial de la Ley 294 de 1996.

37. En este sentido se fallaron las tutelas T-339 de 1993, T-503 de 1994, T-378 de 1995, T-199 de 1996, T-372 de 1996, T-507 de 1996.

38. Así, por ejemplo, en la sentencia T-282 de 2002 la Corte revocó la protección "que en primera instancia se le había otorgado a la demandante, quien era sometida a maltrato y abuso sexual de su cónyuge, por haber un medio judicial idóneo para la atención de la violencia intrafamiliar, la Ley 294 de 1996".

39. En el mismo sentido se falla la sentencia T-789 de 2001, para proteger a personas de tercera edad víctimas de violencia intrafamiliar.

40. Ver sentencia T-182 de 1999.

41. Ver sentencia T-789 de 2001.

Sin embargo, deja abierta la posibilidad de conceder la tutela cuando los instrumentos jurídicos contenidos en las leyes mencionadas no han funcionado adecuadamente.

4. Mujer y Discriminación

Desde 1994 hasta la actualidad, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la discriminación en razón del sexo. En sentencias de constitucionalidad ha identificado varias normas y conductas discriminatorias. Por ejemplo, ha encontrado que se viola el derecho a la igualdad en casos como los siguientes:

- Cuando se consagra una causal de nulidad del matrimonio que sólo se predica de la mujer⁴².
- Cuando se niega de plano a la población femenina el acceso a la única escuela de cadetes del país⁴³.
- Cuando una entidad de seguridad social permite a los hombres, y no a las mujeres, afiliarse a sus cónyuges⁴⁴.
- Cuando se exige que el matrimonio se celebre exclusivamente en el domicilio de la mujer⁴⁵.
- Cuando a la mujer se le prohíbe trabajar en horarios nocturnos⁴⁶.

En todos estos eventos, la corporación ha concluido *“que las diferencias en el trato, lejos de ser razonables y proporcionadas, perpetúan estereotipos culturales y, en general, una idea vitanda y contraria a la Constitución, de que la mujer es inferior al hombre”*⁴⁷.

Uno de los pronunciamientos de la Corte Constitucional que debe destacarse en casos de discriminación por razón del sexo, es la sentencia C-082 de 1999⁴⁸, en la que se examinó la constitucionalidad del artículo 40, numeral 7, del Código Civil, que contemplaba una causal de nulidad del matrimonio sólo predicable para la mujer. En su análisis, la Corte señaló que el ordenamiento jurídico no puede contemplar situaciones jurídicas más gravosas hacia determinadas personas, pues este tipo de normas vulnera el derecho a la igualdad y viola la Constitución Política, en cuanto contiene razones de discriminación en virtud del sexo. Por este motivo, declaró la inconstitucionalidad de la disposición⁴⁹.

42. Ver sentencia C-082 de 1999.

43. Ver sentencia T-624 de 1995.

44. Ver sentencia T-098 de 1994.

45. Ver sentencia C-112 de 2000.

46. Ver sentencia C-622 de 1997.

47. Ver otros casos de discriminación en razón del sexo, en las sentencias T-326 de 1995, T-026 de 1996, C-309 de 1996 y C-410 de 1996.

48. Exequibilidad de artículo 140, numeral 7, del Código Civil.

49. En la sentencia, la Corte señaló: “Si las relaciones de la familia se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja, es decir, en la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres que la conforman, no es equitativo ni razonable imponer una carga a uno de los miembros y eximir al otro, por su simple pertenencia a un determinado sexo. La norma implícitamente prescribe: la mujer adúltera debe ser “sancionada” si se casa con su “cómplice”; el hombre, por el contrario, no tiene límite a su voluntad y a su sexualidad. Esta concepción no es compatible con los postulados superiores que reconocen la igualdad de derechos y deberes de todo ser humano, tal y como se desprende de los artículos 13, 42 y 43 de la Carta. Como lo ha reiterado esta corporación, la decisión de contraer nuevas nupcias corresponde al fuero interno del individuo y, en consecuencia, es arbitraria toda injerencia que limite esa opción individual”.

Otro pronunciamiento importante de la Corte se produjo en el 2002, a raíz de una tutela interpuesta por varias mujeres que solicitaban el amparo de su derecho a la igualdad.

Consideraban ellas que sus empleadores les estaban vulnerando este derecho, porque para afiliar a sus esposos como beneficiarios de la seguridad social, les exigían mayores requerimientos de los previstos para las esposas de los trabajadores varones. La Corte explicó que dar un trato diferente por razón de la condición sexual sin ninguna justificación objetiva y razonable, es contrario al derecho fundamental a la igualdad⁵⁰. Añadió que las concepciones culturales que existen sobre los roles del hombre y la mujer no pueden convertirse en una justificación para privar a las mujeres del beneficio de extender la seguridad social a su esposo o compañero permanente⁵¹.

Puede así establecerse que la tendencia jurisprudencial es la de prohibir la discriminación por razón del sexo, porque atenta contra el derecho a la igualdad y contra el artículo 44 de la Carta Constitucional, que expresamente la prohíbe.

5. Mujer y Derechos Sexuales y Reproductivos⁵²

Las sentencias de tutela emitidas por la Corte Constitucional con relación a este tema, abarcaron el suministro de medicamentos⁵³ y la realización de tratamientos⁵⁴ o procedimientos médicos en tres aspectos:

- Enfermedades catastróficas como cáncer de útero, cáncer de mama y VIH/SIDA⁵⁵
- Atención médica a mujeres embarazadas⁵⁶
- Tratamientos de fertilidad⁵⁷

En todos los casos, para argumentar la negación en la prestación del servicio, las Empresas Promotoras de Salud (EPS) demandadas adujeron una de dos razones: el no cubrimiento del tratamiento o medicamento por el Plan Obligatorio de Salud (POS)⁵⁸, o el no tener un número mínimo de semanas cotizadas para acceder al procedimiento médico requerido.

Enfermedades catastróficas

Tratándose de las sentencias en las que la actora padecía de cáncer de mama o de cuello uterino⁵⁹, o del síndrome del VIH/SIDA⁶⁰, la Corte partió de un principio fundamental desarrollado en extensa argumentación proveniente del período anterior (1992-1997). Señaló que las EPS deben facilitar el tratamiento que el médico tratante indique, o suministrar el medicamento requerido, sobre la base de que en este caso el derecho a la salud está íntimamente ligado al derecho a la vida y a la vida digna⁶¹ y que respecto a este tipo de enfermedades, el derecho a la vida está expuesto a un peligro inminente.

50. Ver sentencia T-400 de 2002.
51. Ver sentencia T-500 de 2002.

52. Para este análisis se tienen en cuenta las definiciones de los derechos sexuales y reproductivos contenidas en los textos ratificados en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994 y en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing en 1994, los cuales igualmente incluyen la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

53. Ver sentencias T-125 de 1998, T-976 de 2000, T-517 de 2001, T-540 de 2002, T-768 de 2002, T-058 de 2004, T-423 de 2004.

54. Al respecto ver sentencias T-118, T-190, T-920, T-322, T-1120 de 2000; T-289, T-568, T-943, T-1037, T-1237, T-1277 de 2001; T-170, T-746, T-942, T-994 de 2002; T-264, T-953, T-1210 de 2003; T-185 y T-745 de 2004.

55. De la muestra de sentencias se tiene que tan sólo una providencia de tutela está relacionada con el síndrome de VIH/SIDA. Se refiere a una mujer que además de padecer el síndrome se encontraba en estado de embarazo, por lo cual el médico adscrito a la EPS demandada, a la cual estaba afiliada por el plan obligatorio de salud, prescribió una dosis diaria del medicamento AZT para evitar el contagio del bebé que esperaba. No obstante la EPS se negó a entregar el medicamento aduciendo no cumplimiento del período mínimo de cotización. Ver: T-171 de 1999.

56. Ver, entre otras, las sentencias T-706 de 1998, T-573, T-795, T-807 de 1999; T-337, T-933, T-1053 de 2000; T-577, T-960 de 2001; T-170 y T-850 de 2002.

57. Ver, por ejemplo, las sentencias T-1104 de 2000, T-572 de 2002, y T-242 de 2004.

58. La argumentación en este sentido puede apreciarse en las sentencias T-943 de 2001, T-170 de 2002 y T-423 de 2004.

59. De la muestra base de sentencias relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos, cinco tuvieron que ver con mujeres que adolecían de cáncer de mama y una de cuello uterino. En todos los casos medió la solicitud de suministro de medicamentos especiales y realización de quimioterapias; en un caso, una mujer solicitó la expedición de su carné del SISBEN. Ver sentencias: T-125 de 1998, T-016 de 1999, T-549 de 2000, T-1032 de 2001, T-1135 de 2001 y T-296 de 2004.

60. Ver sentencia T-171 de 1999.

61. Ver sentencias T-976 de 2000, T-517 de 2001, T-540 de 2002, T-768 de 2002 y T-058 de 2004.

principales sentencias

De igual manera, siguiendo la Resolución 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud, la Corte calificó el cáncer de mama, el de útero y el VIH/SIDA como enfermedades ruinosas o catastróficas. Estas dolencias están definidas como patologías que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y baja efectividad en su tratamiento⁶².

Con base en los argumentos anteriores, la jurisprudencia constitucional respecto al cáncer de mama, de útero y al síndrome VIH/SIDA se ha referido a dos aspectos puntuales para que proceda la tutela como mecanismo transitorio en este tipo de situaciones: requerimientos de medicamentos y períodos mínimos de cotización.

Medicamentos

En cuanto a los medicamentos, la Corporación ha hecho una diferenciación: por una parte, están los que figuran en el listado oficial, que son esenciales y genéricos –a menos que sólo existan de marca registrada–; y por otra, aquellos que no están contenidos en tal listado aprobado por el gobierno. En el caso de que los medicamentos no estén contenidos en el listado, la Corte ha indicado que si está de por medio la vida de la paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se prescriba, aunque no esté contenida en dicho listado⁶³. Considera la Corte que no se puede atentar contra la vida de la paciente, con la disculpa de que se trataría de una obligación estatal, por la omisión del gobierno al no hacer figurar en el listado el medicamento requerido⁶⁴.

Ahora bien, además de la cotización de un mínimo de semanas, la hermenéutica constitucional sobre el derecho a la salud ha considerado que la entrega de medicamentos, tratándose de las mujeres que tienen cáncer de mama o de útero o VIH/SIDA, está sometida al cumplimiento de algunas condiciones⁶⁵, a saber:

- Que el medicamento no pueda ser sustituido por otro contenido dentro del POS o que, en caso de existir un medicamento sustituto, éste no sea tan efectivo.
- Que la ausencia de medicamento amenace la vida o la integridad personal de la mujer.
- Que la mujer no disponga de los recursos económicos requeridos para pagar el medicamento.
- Que el medicamento señale haya sido formulado por el médico autorizado por la EPS a la que esté afiliada la paciente.

Si la usuaria del servicio de salud no cumple con los requisitos indicados anteriormente, la protección solicitada no prospera respecto de las EPS.

En el período comprendido entre 1992-1997, la Corte afirmó que sólo se prestaría el servicio correspondiente a lo permitido según las semanas cotizadas⁶⁶, y en caso de que la paciente no cumpliera con ese número mínimo, según lo contemplado en el Decreto 1938 de 1994, la mujer afiliada debía sufragar el valor de las semanas de cotización que le faltaran para completar los períodos mínimos en las enfermedades de alto costo.

62. Ver sentencias T-125 de 1998, T-171 de 1999, T-549 de 2000 y T-1457 de 2000.

63. Esta subregla de la Corte, en el caso de solicitud de medicamentos, se había sostenido en el período 1992-1997, en la sentencia SU-480 de 1997, así: *Si el medicamento figura en el listado oficial, y es esencial y genérico a menos que sólo existan de marca registrada, no importa la fecha de expedición del decreto o acuerdo que contenga el listado. Y si está de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale aunque no esté en el listado.*

64. Ver sentencias T-125 de 1998, T-768 de 2002 y T-423 de 2004.

65. Ver sentencia T-125 de 1998.

66. El Artículo 164 de la ley 100 de 1993 señala: *El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al sistema, podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder cien semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica.*

Con posterioridad al período referido, la Corporación señaló que aunque no se hayan cotizado las semanas suficientes para prestar determinado servicio en salud, si está de por medio la vida y si se está en presencia de gravedad comprobada, *“no es posible oponer períodos mínimos de cotización ante situaciones de urgencia, pues se violarían los derechos a la salud y la vida de quienes requieren estos servicios de alto costo”*⁶⁷. Claro está que si la paciente tiene recursos, debe cubrir el porcentaje de ley, pero si se demuestra la urgencia y que la usuaria no tiene los recursos económicos para cubrir el valor que le corresponde, la EPS debe prestar el servicio y repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del sistema de seguridad social en salud –FOSYGA– por el monto de los gastos adicionales en que incurra la entidad.

Tratamiento

En lo que se refiere a tratamiento, las EPS deben efectuar el tratamiento completo del cáncer y otras patologías a aquellas usuarias que han superado las cien semanas mínimas de cotización. La jurisprudencia constitucional ha señalado, además, que si la mujer enferma no ha cotizado el mínimo requerido, no queda desprotegida porque tiene la posibilidad –siempre y cuando esté de por medio la vida, y no cuente con recursos económicos– de recibir la atención requerida por las EPS, entidades que podrán repetir contra el FOSYGA.

Por consiguiente, las EPS no pueden exonerarse de la obligación de suministrar los medicamentos o realizar tratamientos a una enferma que padece de SIDA o cáncer de mama o de útero por el sólo hecho de no cumplir con el mínimo de semanas cotizadas.

Atención médica a mujeres embarazadas⁶⁸

Tratándose de los servicios de salud a mujeres durante el embarazo y después del parto, la jurisprudencia constitucional ha aplicado lo dispuesto en el artículo 43 de la Carta Política, según el cual la mujer y el hijo por nacer gozan de especial protección y atención del Estado, y en el artículo 44, relativo a los derechos de los niños⁶⁹. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la mujer embarazada debe ser protegida de manera eficiente, completa y oportuna, para que la maternidad tenga lugar en condiciones dignas tanto para la madre como para el que está por nacer, y se extienda a los días siguientes al parto⁷⁰.

67. Ver sentencias T-385 de 1998 y T-547 de 2000.

68. El artículo 166 de la ley 100 de 1993 de seguridad social, estableció que *el plan obligatorio de salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del posparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.*

69. En todas las sentencias en las que hay de por medio la protección al derecho a la salud de una mujer embarazada, la Corte Constitucional señaló cuatro motivos constitucionales que justifican la protección a la mujer embarazada de acuerdo con la sentencia C-470 de 1997, a saber: derechos de los niños, derecho a la vida, derecho a la familia y el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

70. Ver sentencias T-706 de 1998, T-171 de 1999, T-573 de 1999, T-795 de 1999, T-322 de 2000, T-477 de 2000, T-976 de 2000, T-1053 de 2000 y T-768 de 2002. Todas estas sentencias se refieren a situaciones de mujeres embarazadas –dos con diagnóstico de alto riesgo en la gestación– a las cuales las EPS demandadas les niegan sus servicios médicos de laboratorio, farmacia, controles ginecológicos y exámenes diagnósticos, aduciendo mora en el pago de los aportes, no cumplimiento del POS, no cumplimiento del número mínimo de semanas cotizadas, y un caso do donde una mujer se encuentra por fuera de la seguridad social.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte, en las sentencias analizadas, se refirió al caso en que el empleador de una mujer embarazada no cotizó oportunamente a la seguridad social. En tales fallos, la jurisprudencia constitucional formuló una doble solución: el empleador se torna responsable de la prestación del servicio médico y de la entrega de medicamento; o el trabajador le puede exigir a la EPS que lo atienda debidamente en razón de la voluntad del servicio público; la EPS puede cobrarle al empleador o, en algunos casos, repetir contra el FOSYGA.

Tratamientos de fertilidad

Respecto a la concepción biológica asistida o los servicios de fertilización⁷¹, la Corte ha iniciado el análisis de los casos a la luz de dos postulados: del derecho a la asistencia en salud como medio para garantizar la vida digna de la demandante y el derecho a la protección constitucional a la maternidad.

Por esa vía la Corte Constitucional ha concluido reiteradamente que la ley puede excluir los servicios de fertilidad como parte de los servicios obligatorios, y de esta forma, no someter a una afiliada a un tratamiento de fertilidad, dado que ello no implica la vulneración de derechos fundamentales.

A esta conclusión ha llegado por medio de dos argumentos: en primer lugar, la exclusión de los servicios de fertilidad, no sólo constituye para la Corte el legítimo desarrollo de una facultad de configuración legal, sino que además es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio colombiano. En segundo lugar, entendiendo el derecho a la maternidad como aquel referente a las prerrogativas de que goza la mujer, bien en razón de su estado de embarazo, o por haber, recientemente, dado a luz a su criatura, la Corte ha señalado que el derecho a la procreación mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico *per se* no le permite su goce⁷².

No obstante lo anterior, la corporación indicó que era obligatorio continuar con el suministro de medicamentos para restablecer la fertilidad de una mujer, siempre y cuando el tratamiento se hubiera iniciado con la autorización de la EPS. En ese momento, dado que el tratamiento ya había empezado, la jurisprudencia constitucional estimó que el suspenderlo atentaba contra la continuidad en la prestación del servicio y, por esa vía, vulneraba los derechos a la salud y a la integridad personal de la demandante⁷³.

71. Ver sentencias T-1104 de 2000, T-689 de 2001, T-572 de 2002 y T-242 de 2004. Estas sentencias tienen que ver con situaciones de mujeres que, a causa de la realización de una cirugía o por deficiencias orgánicas, no pueden quedar embarazadas. Por ello solicitan a las EPS demandadas la realización de tratamientos, cirugías y entrega de medicamentos que les permita ejercer la posibilidad de ser madres. En todos los casos las EPS alegan el no cubrimiento de procedimientos con ese tipo de fines dentro del POS.

72. Ver sentencia T-689 de 2000.

73. Ver sentencias T-341 de 1994: frente a la solicitud de amparo del derecho a la salud reproductiva de una mujer copiloto que fue despedida por encontrarse en un tratamiento reproductivo que le impedía volar, la Corte reconoció que recuperar la función reproductiva formaba parte del derecho a la salud de la mujer; y T-572 de 2002.

En otras sentencias de revisión de tutela, frente a solicitudes de mujeres que reclamaban que el servicio de seguridad en salud cubriera los gastos de la operación necesaria para recuperar su fertilidad⁷⁴, la Corte se pronunció señalando que el derecho a la salud sólo puede ser tutelado cuando éste afecte el derecho fundamental a la vida u otro derecho fundamental. De lo contrario, se trata de un derecho prestacional progresivo que por sí solo la Corte no puede amparar⁷⁵.

Libertad procreativa

Frente al derecho a la libertad procreativa, el que tienen las mujeres para decidir acerca de su maternidad, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la limitación que ejercen algunos colegios, señalando que los reglamentos de éstos *“no pueden regular aspectos o conductas del estudiante ajenas al centro educativo que puedan afectar su libertad, su autonomía o su intimidad o cualquier otro derecho, salvo en el evento de que la conducta externa del estudiante tenga alguna proyección o injerencia grave, que directa o indirectamente afecte la institución educativa”*⁷⁶.

Por otra parte, en la sentencia T-493 de 1993, la Corte estableció el derecho a la intimidad y a la autodeterminación frente a la opción de someterse o no a tratamientos médicos. Con respecto a la salud reproductiva, en sentencia T-437 1993, la Corte señaló que *“la mujer, sin importar su estado, merece recibir un trato digno por parte de las autoridades. Adicionalmente, durante el embarazo y después del parto, el artículo 43 de la Constitución le otorga una especial asistencia y protección, y le da derecho a un subsidio alimentario cuando estuviere desempleada o desamparada”*.

Por último, la Corte reiteró que estos derechos están consignados en los artículos 42 y 44 de la Constitución, y además se encuentran reconocidos internacionalmente por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW–⁷⁷.

74. Ver sentencias T-1104 de 2000, T-572 de 2002 y T-242 de 2004.

75. Ver sentencia T-1104 de 2000.

76. Ver sentencias T-420 de 1992; T-079 de 1994; T-211 de 1995; T-442 de 1995; T-543 de 1995; T-393 de 1997 y T-772 de 2000.

77. Al respecto, la Corte cita específicamente el artículo 12, numeral 2, de la Convención *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1º supra, los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”*.

6. Mujer y Derecho Laboral

Estabilidad Laboral Reforzada

En el período comprendido entre 1992 y 1997, la Corte Constitucional se pronunció de manera reiterada sobre el derecho a la estabilidad laboral de la mujer en estado de embarazo como un derecho fundamental, y acerca de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio frente a casos de despidos de mujeres por causa del embarazo⁷⁸.

En sentencia C-470 de 1997, la Corte se pronunció sobre el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo que regula todo lo concerniente al despido de la mujer embarazada trabajadora. En dicha sentencia, la corporación se refirió principalmente a tres aspectos:

- Los fundamentos constitucionales de la protección a la mujer trabajadora embarazada.
- El derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo.
- El carácter insuficiente de la indemnización mencionada en la disposición del Código Sustantivo de Trabajo, cuando el empleador despide a la mujer en estado de embarazo.

En primer lugar, la sentencia C-470 de 1997 indicó cuatro motivos constitucionales que justifican la protección a la mujer embarazada, particularmente en el campo laboral:

- Lograr la igualdad efectiva entre los sexos, buscando desarrollar el artículo 43 de la Carta.
- Dar la debida defensa al derecho a la vida, razón por la cual la mujer embarazada trabajadora es protegida primordialmente debido a que es considerada como “gestadora de vida”.
- Proteger los derechos de los niños, ya que se piensa que amparando a la mujer en estado de embarazo, ella puede ofrecer a sus hijos la atención y cuidado que éstos requieren.
- Expresar la importancia de la familia dentro del ordenamiento constitucional, porque si la madre reciente o futura no recibe el apoyo y protección respectivas, los vínculos familiares podrán sufrir graves consecuencias.

78. Ver, entre otras, las sentencias T-934, T-1247, T-1558, T-911 y T375 de 2000; T040a, T-367, T-664, T-697, T-1040 de 2001; T-161 de 2002, T-900 de 2004

En segundo lugar, la mencionada sentencia desarrolló y llenó de contenido el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo. Para ello partió de señalar que, si bien según el artículo 53 de la Constitución todos los trabajadores tienen derecho a una estabilidad en sus empleos, existen casos como el de la mujer embarazada, en donde ese derecho se torna más fuerte, razón por la cual se habla de una estabilidad laboral reforzada. Para la Corte, una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual es el despido injustificado de mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a las posibles cargas que tal situación puede implicar para las empresas⁷⁹.

Para la Corte, el principio de estabilidad laboral, en general, consiste en la garantía que tiene todo trabajador o trabajadora a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, si no existe una justa causa de su despido. Y, en concreto, implica que el ordenamiento debe otorgar una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene la mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad⁸⁰.

A partir de 1998, la Corte evidencia las consecuencias restrictivas que el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada tiene sobre la autonomía de la voluntad contractual entre el empleador y su trabajadora. Esto, porque el acuerdo que pretenda poner fin a la relación laboral se encuentra subordinado a las normas constitucionales y laborales que regulan la materia. Así, el empleador sólo puede efectuar el respectivo despido bajo el procedimiento fijado por la ley y únicamente por causas legales. En esta forma, *“si ese motivo resulta lesivo de derechos fundamentales, hace que el despido constituya un acto de atropello y no una situación jurídica que pueda ser reconocida como legal”*⁸¹.

En tercer lugar, teniendo en cuenta que el Código Sustantivo del Trabajo⁸² establece una indemnización como castigo al empleador que efectúa el despido dentro del período de embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la autorización previa del inspector de trabajo, la Corte demuestra cómo la indemnización, no sólo priva de eficacia jurídica al despido realizado, sino que además es insuficiente para proteger los derechos constitucionales de la mujer embarazada. Así, en la sentencia C-470 de 1997 concluye que la disposición acusada es de una constitucionalidad discutible y condicionada.

Indica que para que el despido de la mujer trabajadora embarazada sea eficaz, el empleador debe obtener la respectiva autorización del funcionario de trabajo⁸³, y en caso que no lo haga, no sólo deberá pagar la correspondiente indemnización, sino que el despido carece de todo efecto y, por tanto, debe reintegrar a la trabajadora a la labor que venía desempeñando⁸⁴.

79. Ver sentencia T-868 de 2000.

80. Ver sentencias T-1620 de 2000 y T-308 de 2002.

81. Ver sentencia T-739 de 1998.

82. Artículo 239. Prohibición de despedir. 1) Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2) Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente. 3) La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y, además, al pago de las doce (12) semanas del descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado.

83. Ver sentencia T-446 de 2000.

84. Ver sentencias T-375, T-496, T-934, T1033, T-1323, T-1620 de 2000; T-040A, T467, T-987, T110 de 2001; T-308 de 2002 y T-1185 de 2003.

principales sentencias

Por ende, la Corte crea una subregla⁸⁵ innovadora, según la cual es nulo todo despido injustificado de una mujer embarazada dentro de los períodos legalmente amparados, lo que da lugar al reintegro de la trabajadora, excepto cuando medie autorización previa del funcionario competente.

La Corte ha llegado a concluir que la mujer embarazada goza del derecho fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo cual conlleva el derecho fundamental a no ser despedida por ese hecho. Para ello, reiterando lo dicho en la sentencia C-470 de 1998, la corporación ha indicado que si bien en principio este derecho tiene un carácter programático, hay casos en los cuales se considera como un derecho fundamental, por referirse a aspectos relacionados con la igualdad entre sexos, el derecho a la vida, los derechos de los niños y de la familia⁸⁶.

Por consiguiente, la terminación unilateral de los contratos laborales por causa de embarazo puede rebasar los límites legales y adquirir el rango constitucional.

Sobre la posibilidad de interponer la acción de tutela en casos de despidos de mujeres embarazadas, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la regla general apunta a la improcedencia de ésta, como quiera que el mecanismo procesal adecuado es la demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, tratándose de empleados privados o trabajadores oficiales, y la acción contenciosa ante la jurisdicción contencioso-administrativa para los empleados públicos. Sin embargo, para el caso de proteger los derechos de la trabajadora embarazada y del que está por nacer, la acción de tutela procede, siempre y cuando concurren los elementos suficientes para presumir que el despido se dio por razón del embarazo y se esté frente a un perjuicio irremediable⁸⁷.

Elementos para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad laboral reforzada

La Corte, desde 1998 y hasta la actualidad, sin variación alguna, en todas las sentencias ha afirmado que una evaluación fáctica por parte del juez debe corroborar la presencia de uno o varios de los siguientes aspectos concomitantes:

- Que el despido se produzca en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del CST)⁸⁸.
- Que a la fecha del despido el empleador conociera o debiera conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley⁸⁹.

85. Cfr. Interpretaciones que hace la Corte Constitucional al examinar la concordancia entre las normas y la Constitución, así como cuando desarrolla los contenidos constitucionales. López, op. cit, Pág. 89.

86. Ver sentencias T-308 de 2002 y T-900 de 2004.

87. Ver, por ejemplo, la sentencia T-1245 de 2000.

88. Respecto a este lapso de protección, en el período 1998-2004 la Corte Constitucional adicionalmente estableció que la prohibición de despido se aplica a las situaciones en que la madre está en período de lactancia y en el que el embarazo finaliza con un aborto. De esta forma, si bien los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo imponen como lapso de protección a la mujer embarazada el período de embarazo y los tres meses posteriores al parto, la Corte, mediante la sentencia T-625 de 1999 protegió además a la madre que se encuentra en período de lactancia. Como novedad, mediante la sentencia T-1185 de 2003 extendió la protección a los casos en que la mujer trabajadora ha sido despedida durante un embarazo que no termina con un parto, o durante el período subsiguiente al aborto.

89. En caso que la trabajadora no haya notificado al empleador su embarazo, la Corte ha considerado que cuando dicho estado ha producido cambios físicos que lo convierten en un hecho notorio, no es relevante que la trabajadora no haya informado a la entidad empleadora acerca de su estado de gravidez y da por probado este requisito. Así, por ejemplo, en sentencia T-1456 de 2000, afirmó: "Si bien es cierto que la actora no informó a la entidad sobre su estado, como lo señala expresamente en tal declaración, también es cierto que en una mujer con cinco o seis meses de embarazo, se han producido los suficientes cambios físicos que convierten tal estado en un hecho notorio".

- Que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique.
- Que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública.
- Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer⁹⁰.

Respecto a lo anterior, la Corte ha sido enfática al afirmar⁹¹ que para la comprobación de esos requisitos hay que tener en cuenta que la acción de tutela se identifica por ser un procedimiento preferente y sumario que, si bien implica algunas garantías básicas para la validez constitucional de un proceso judicial, no está sometida a la extensión y al formalismo de otras disputas judiciales que permiten una más amplia participación de las partes y un mayor despliegue de sus derechos procesales.

Según la corporación, la arbitrariedad judicial se controla en la medida que el juez de tutela reclame, dentro de la especificidad de cada situación, una prueba suficiente del derecho amenazado o vulnerado de la actora y permita a la parte demandada impugnar en un lapso muy corto las pruebas aportadas. No obstante, si se debaten casos que deben ventilarse en un proceso judicial más extenso, y no existe plena prueba de las afirmaciones de las partes, el juez debe privarse de dictar un fallo que pueda menoscabar derechos legales o constitucionales de alguna de las partes.

Así las cosas, frente a cada caso concreto de despido o no renovación de contrato de una trabajadora embarazada, la Corte ha hecho un análisis de las condiciones objetivas del despido y las subjetivas de la mujer embarazada, para ratificar el cumplimiento de los elementos mencionados⁹². En caso de no cumplir con los requisitos, la Corte ha decidido negar el amparo a la accionante, indicándole la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria; si por el contrario, se cumplen todos los elementos fácticos requeridos, concede el amparo a la demandante, ordenando al empleador reintegrarla y a pagarle las indemnizaciones, salarios y prestaciones sociales a las que haya lugar⁹³.

90. Ver sentencias T-375, T-1121, T-1558 de 2000; T-040A, T-367, T-467, T-664 de 2001 T-1245 de 2000 y T-161 de 2002.

91. Cfr. fundamento jurídico No. 13 de la sentencia T-373 de 1998.

92. Ver sentencias T-375, T-868, T-899, T-1121, T-1245, T-1247, T-1562, T-1620 de 2000; T-130, T-154, T-367, T-664, T-697, T-765 de 2001 y T-161 de 2002.

93. Ver, entre otras, las sentencias T-375, T-496, T-934, T-1033, T-1323, T-1620 de 2000; T-040A, T-467, T-987, T-110 de 2001; T-308 de 2002 y T-1185 de 2003.

principales sentencias

Si se trata de un contrato laboral del sector privado, la Corte ha diferenciado entre los contratos a término fijo⁹⁴, a término indefinido por duración de la obra o labor,⁹⁵ y los casos en que media la relación con una empresa de servicios temporales⁹⁶.

En algunas sentencias en las que el empleador demandado ha sostenido la existencia de un contrato civil o comercial, más no laboral, la Corte, para estudiar el carácter laboral del contrato⁹⁷, ha cruzado los postulados de la estabilidad laboral reforzada con el principio del contrato realidad.

Cuando se ha tratado de un contrato laboral del sector público (trabajadora oficial o empleada pública), la Corte ha distinguido la situación, teniendo en cuenta si se trata de una trabajadora adscrita a carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción⁹⁸. Con todo, la Corte ha reiterado en esta jurisprudencia que una mujer en estado de embarazo no puede ser despedida, sin importar el tipo de contrato del que se trate⁹⁹.

Conviene precisar que frente al contrato a término fijo, ha señalado que el fuero de maternidad se mantiene si persisten las causas que dieron lugar al contrato; de lo contrario no puede mantenerse a la mujer si no existe ninguna labor o funciones que pueda realizar¹⁰⁰. En cambio, si examinadas las causas que dan lugar al contrato, se determina que permanecen las labores o funciones, el despido es nulo¹⁰¹.

De igual forma, en las sentencias T-494 y T-868 de 2000, la Corte señaló que la estabilidad reforzada en el empleo también se aplica a la servidora pública, sin importar si se encuentra sometida al régimen de carrera administrativa o al de libre nombramiento y remoción. Claro está que el nominador puede justificar que el retiro es necesario e indispensable para el cumplimiento eficiente y eficaz del servicio público, con lo cual esta garantía no se convierte en una carga exorbitante para el servidor.

En el caso de las empresas de servicios temporales la Corte ha entendido, siguiendo la Ley 50 de 1990, que el estatus de la madre trabajadora implica que si bien presta un servicio a un tercero, mantiene relación de subordinación con la empresa de servicios temporales, que es su verdadero empleador. Así, en todos los casos en que ha mediado la contratación de una empresa de servicios temporales, sin alejarse de la perspectiva de la protección constitucional a la trabajadora embarazada, la Corte ha concedido o no la tutela, según se hayan cumplido o no los elementos consagrados en la jurisprudencia, y ha concluido que en este tipo de contratación también debe existir protección constitucional¹⁰².

94. De la muestra base de este estudio se tiene que algunas de las sentencias en las cuales medió la modalidad de contrato a término fijo, fueron: T-416 de 2004, T-167 de 2003, T-113 de 2003, T-961 de 2002, T-472 de 2002, T-439 de 2002, T-206 de 2002, T-1209 de 2001, T-987 de 2001, T-765 de 2001, T-664 de 2001, T-657 de 2001, T-467 de 2001, T-352 de 2001, T-311 de 2001, T-040A de 2001, T-1620 de 2000, T-1559 de 2000, T-1473 de 2000, T-1456 de 2000, T-1323 de 2000, T-1245 de 2000, T-1244 de 2000, T-1126 de 2000, T-1121 de 2000, T-915 de 2000, T-902 de 2000, T-778 de 2000, T-406 de 2000, T-375 de 2000, T-904 de 1999, T-806 de 1999, T-736 de 1999, T-653 de 1999 y T-315 de 1999.

95. Acerca de este punto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-1185 de 2003, T-909 de 2002, T-1101 de 2001, T-1090 de 2001, T-154 de 2001, T-1392 de 2000, T-1247 de 2000, T-899 de 2000 y T-739 de 1998.

96. De la muestra base de este estudio se tiene que aquellas en las cuales medió la contratación de una empresa servicios temporales fueron: T-040 de 2004, T-472 de 2002, T-1101 de 2001, T-130 de 2001, T-1562 de 2000, T-1392 de 2000, T-1153 de 2000, T-1033 de 2000, T-969 de 2000, T-832 de 2000, T-005 de 2000, T-879 de 1999 y T-426 de 1998.

97. Ver, entre otras, las sentencias T-1201 de 2001, T-1070 de 2001, T-1243 de 2000, T-764 de 2000 y T-232 de 1999.

98. Ver al respecto las sentencias T-885 de 2003, T-610 de 2003, T-028 de 2003, T-1023 de 2000, T-771 de 2000, T-768 de 2000, T-494 de 2000, T-363 de 1999 y T-373 de 1998.

99. Ver sentencia T-1323 de 2000.

100. Ver sentencias T-130, T-765, T-987 y T-1209 de 2001.

101. Ver sentencia T-1033 de 2000.

102. Ver sentencias T-899 de 2000, T-1562 de 2000, T-1101 de 2001 y T-899 de 2000.

Ahora bien, conviene precisar que el fuero de maternidad o estabilidad laboral reforzada cobija a la mujer en la totalidad de su embarazo. En la sentencia T-308 de 2002, la Corte señaló que la gravedad del desconocimiento de la estabilidad reforzada de una mujer embarazada, que además de enferma se encuentra en alto riesgo de perder a su hijo, amerita el reintegro laboral y resarcimiento de los perjuicios económicos sufridos por la conducta de la empresa. La Corte ordena en estos casos el reintegro, el pago de la indemnización por despido ilegal, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de pagar hasta el reintegro¹⁰³.

Licencia de maternidad

Según la legislación laboral, las trabajadoras embarazadas tienen derecho a gozar de doce semanas de descanso remunerado por concepto del parto¹⁰⁴. La remuneración corresponde al salario que devengue la trabajadora cuando empiece a disfrutar del descanso, y si se trata de un salario variable, se tendrá como tal el promedio del salario devengado durante el último año de servicios.

Esta prerrogativa se hace extensiva a la madre adoptante cuando el hijo tiene menos de 7 años de edad, y se hace también extensiva al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente¹⁰⁵. La fecha del parto se asimila a la fecha de entrega oficial del niño o niña.

Durante el período 1998-2004, la corporación señaló que también se le debe reconocer el mismo período de licencia remunerada al padre biológico cuando fallece la madre.

En este caso la licencia de maternidad debe ser cancelada por la EPS escogida por la madre en el sistema contributivo de salud¹⁰⁶, por el empleador en el caso que éste no hubiere afiliado a la trabajadora al sistema, o en su defecto, estando ella afiliada, cuando ésta no hubiera cotizado al sistema el período mínimo para tener derecho a tal prestación¹⁰⁷.

En varias sentencias, la Corte ha aplicado el principio según el cual la maternidad es un estado que merece especial protección constitucional por parte del Estado y la sociedad, y ha puesto de presente que la falta de pago de licencia de maternidad a las madres, hace suponer una afectación al mínimo vital de la trabajadora o del hijo o hija recién nacido durante el tiempo que corresponde al descanso de maternidad, a menos que ésta tenga otros ingresos.

103. Ver sentencia T-904 de 2004.

104. Ver Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

105. Ver sentencia C-273 de 2003. Esto es reiterado el mismo año mediante la sentencia T-1078, en la cual la Corte concede amparo transitorio a un padre biológico de un recién nacido que por causa del fallecimiento de su cónyuge solicita a la EPS el pago de la licencia de maternidad y aduce la vulneración de los derechos a la vida, la salud, la igualdad, la niñez y la familia de él y su hijo.

106. Valor que será posteriormente pagado por el Fondo de Solidaridad de su cuenta de compensación a la EPS, de acuerdo con el artículo 207 de la Ley 100 de 1993.

107. Cfr. artículo 3 del Decreto Reglamentario 47 de 2000.

La Corte ha señalado que de acuerdo con la Constitución Política y algunos tratados y convenios internacionales, las mujeres embarazadas merecen una especial protección, por hacer parte del grupo de personas que son manifiestamente débiles en la sociedad, como los niños y las niñas, y las personas de la tercera edad.

Con base en ello, ha insistido en afirmar que la protección a las mujeres embarazadas no sólo se extiende durante el período de gestación, sino que además se prolonga después del parto, incluso dando un subsidio de alimentación si entonces se encuentra desamparada o sin empleo.

La Corte considera que la licencia de maternidad tiene por objeto darle a la madre el descanso suficiente para poder reponerse del parto y además brindarle al recién nacido las atenciones que necesita. En ese sentido, la corporación ha señalado que ese descanso debe necesariamente estar acompañado del pago del salario de la mujer gestante, con el fin de que ella pueda dedicar su cuidado y atención al recién nacido. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia, tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre.

Carácter fundamental de la licencia de maternidad

Tratándose del derecho al pago de la licencia de maternidad, la Corte ha indicado reiteradamente desde 1999 que si bien el artículo 43¹⁰⁸ de la Carta consagra un derecho prestacional en favor de la mujer y el recién nacido, éste puede adquirir el rango de fundamental cuando se encuentre relacionado con otros derechos como la vida digna, la seguridad social o la salud de la madre y del recién nacido¹⁰⁹. De ahí que, en algunas ocasiones, los derechos a la especial asistencia y protección durante y después del embarazo, adquieren la categoría *ius fundamental*.

La jurisprudencia constitucional ha manifestado en repetidas oportunidades que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad para las madres que acaban de dar a luz y que reúnen los requisitos para acceder a ella, involucra varios derechos de carácter fundamental, en tanto la licencia tiene la función de garantizar:

- La igualdad efectiva de los sexos.
- El derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de las mujeres.
- El derecho al mínimo vital tanto de la madre como del recién nacido.

108. Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

109. Al respecto ver, por ejemplo, las sentencias T-175 de 1999, T-210 de 1999, T-362 de 1999, T-496 de 1999, T-497 de 2002 y T-664 de 2002.

- El derecho de los niños a recibir cuidado y protección especial por parte del Estado, la sociedad y la familia, dado que la licencia busca que la madre pueda permanecer un tiempo considerable al lado de su hijo recién nacido, para brindarle los cuidados especiales que requiere durante sus primeros días de vida.
- La protección especial que se debe brindar a la familia como institución básica de la sociedad.

En relación con la procedencia de la acción de tutela, la Corte ha sido enfática en afirmar que aunque es viable la realización de un proceso ejecutivo laboral para el pago de algunas prestaciones –como la mesada pensional– también pueden ser reclamadas por medio de la acción de tutela cuando resulte claro que los efectos gravosos sobre los derechos fundamentales de las personas deriven en una vulneración al derecho al mínimo vital de los actores.

Por lo tanto, la tutela resulta procedente de manera excepcional para conceder el pago de la licencia de maternidad, pues con ello se busca ofrecer a la nueva madre y a su hijo los recursos necesarios para iniciar una nueva etapa de la vida, sin angustias económicas y con la garantía de protección a sus derechos fundamentales. En otras palabras, el derecho al pago de la licencia de maternidad adquiere relevancia constitucional cuando su vulneración o amenaza afectan el mínimo vital de la madre y el recién nacido¹¹⁰.

La Corte, frente a una justicia ordinaria lenta y dispendiosa, hace así realidad el derecho social de la protección de la maternidad.

En el período objeto de estudio, 1998-2004, las primeras sentencias de tutela tuvieron que ver con situaciones en las que se debatía el cambio normativo existente entre el Decreto 1983 de 1994¹¹¹ y el Decreto 806 de 1998¹¹², relativos a los requisitos necesarios para adquirir el derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad. Allí, la Corte se inclinó por concluir, con base en el principio jurídico laboral de favorabilidad (Art. 53 la Constitución), que las normas aplicables debían ser aquellas que, además de existir al momento de iniciar el período de embarazo, beneficiaran a la actora y le garantizaran la protección especial que al respecto señala la misma carta política. Es así como la Corte, reiterativamente, le dio una aplicación ultractiva¹¹³ al Decreto 1938 de 1994, y por lo tanto, no aplicó el Decreto 806 de 1998¹¹⁴.

110. Al respecto ver, por ejemplo las sentencias T-104 de 1999, T-139 de 1999, T-210 de 1999, T-365 de 1999, T-458 de 1999, T-258 de 2000, T-467 de 2000, T-1168 de 2000, T-736 de 2001, T-1002 de 2001 y T-707 de 2002.

111. Ver específicamente el artículo 25 de este decreto, según el cual: "La atención del parto y sus complicaciones no está sujeta a períodos mínimos de cotización. No obstante, el derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado por un período mínimo de doce (12) semanas antes del parto".

112. Ver específicamente el artículo 63 de este decreto, según el cual: "El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación".

113. En la sentencia C-450 de 1996, se explica el fenómeno de la ultractividad de las normas, que consiste en la aplicación de una ley derogada, después de que ha perdido su vigencia frente a una derogatoria expresa o tácita, a hechos que ocurrieron con posterioridad a su derogatoria.

114. Las sentencias del segundo período en las que se presentó esta situación fueron: T-792 de 1998, T-316 de 1999, T-347 de 1999, T-380 de 1999, T-496 de 1999, T-558 de 1999, T-567 de 1999, T-667 de 1999, T-905 de 1999, T-595 de 2000, T-706 de 2000, T-743A de 2000, T-765 de 2000, T-774 de 2000, T-776 de 2000, T-1355 de 2000, T-1464 de 2000, T-1609 de 2000 y T-513 de 2001.

En una segunda etapa de este período, particularmente en el 2000, la Corte se pronunció sobre dos casos en los que, si bien reconoce el cambio normativo en cuanto a la exigencia de los requisitos para proteger el derecho a la licencia de maternidad, debe aplicarse la norma más favorable a la trabajadora, esto es, el Decreto 1938 de 1994. Sin embargo, considera que sobre un segundo grupo de sentencias no procede dicha interpretación, por cuanto el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad en estos casos se concreta bajo la vigencia del Decreto 806 de 1998. Además de los dos casos mencionados, la Corte niega la aplicación de la norma más favorable, indicando que como lo que pretenden las actoras es la inaplicación del Decreto 806 de 1998, es claro que tal petición no procede, porque dicha figura sólo es viable¹¹⁵ en los eventos de incompatibilidad manifiesta de una norma con la Constitución.

Allanamiento a la mora

Desde el año 2000, la Corte se ha pronunciado sobre el allanamiento a la mora como excepción al principio de continuidad del sistema de seguridad social, y como fundamento para ordenar a las EPS el pago de la licencia de maternidad¹¹⁶. De acuerdo con lo anterior, frente a situaciones en las que varias trabajadoras –o sus empleadores– cotizaron ininterrumpidamente al Sistema General de Seguridad Social, aunque algunos aportes se hicieron en forma extemporánea, y las EPS a las que se encontraban afiliadas no se pronunciaron al respecto oportunamente, la Corte, en amplio grupo de sentencias, decidió la procedencia de la tutela, ordenando a las EPS que dentro de las 46 horas siguientes a la notificación de los fallos procedieran a pagar la licencia de maternidad a las demandantes. La Corporación buscó así restablecer el derecho al mínimo vital de las accionantes y sus hijos recién nacidos, como quiera que las EPS, al haberse allanado a la mora¹¹⁷, estaban obligadas a pagar la licencia de maternidad.

Oportunidad para interponer la acción de tutela

A partir del año 2000, la Corte fundamenta su decisión en la oportunidad de la solicitud de la tutela y en el perjuicio causado. Al respecto, en un primer momento, la jurisprudencia constitucional sostuvo que la tutela procedía como mecanismo excepcional cuando la acción se interpusiera dentro de los 84 días (doce semanas de acuerdo con el artículo 236 del CST) que la ley otorga de descanso, pues afirmaba que después de este período, en tanto la mujer podía reintegrarse a la vida laboral, terminaba la afectación del aludido derecho y se conformaba la figura del daño consumado¹¹⁸. En ese momento, la Corte consideró que la finalidad de la licencia remunerada de maternidad es, como ya se indicó, la de proveer el sustento y posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor en el período posterior al parto, y que por lo tanto, vencido este lapso, la licencia perdía tal carácter¹¹⁹.

115. Las sentencias correspondientes al segundo período en las que se presentó esta situación fueron: T-783 de 2000, T-914 de 2000, T-950 de 2000, T-1090 de 2000 y T-1249 de 2000.

116. Las sentencias correspondientes al segundo período en las que se presentó esta situación fueron: T-749 de 2000, T-765 de 2000, T-950 de 2000, T-1418 de 2000, T-1463 de 2000, T-1600 de 2000, T-161 de 1001, T-390 de 2001, T-473 de 2001, T-513 de 2001, T-694 de 2001, T-736 de 2001, T-1224 de 2001, T-211 de 2002, T-497 de 2002, T-885 de 2002, T-553 de 2003, T-848 de 2003, T-1014 de 2003, T-1068 de 2003, T-1073 de 2003, T-271 de 2004, T-284 de 2004, T-390 de 2004, T-421 de 2004, T-504 de 2004, T-584 de 2004, T-636 de 2004, T-665 de 2004, T-729 de 2004, T-845 de 2004 y T-869 de 2004, entre otras.

117. En un último grupo de sentencias del período analizado (1998-2994) el argumento del allanamiento a la mora, junto al análisis de la oportunidad para interponer la acción de tutela tratándose de solicitudes de licencia de maternidad, van a ser los fundamentos reiterados.

118. Al respecto, examinar las sentencias T-075 de 2001, T-1224 de 2001, T-653 de 2002, T-773 de 2002, T-996 de 2002, T-1013 de 2002, T-1014 de 2002, T-029 de 2003, T-118 de 2003, T-386 de 2003, T-460 de 2003, T-850 de 2003, T-851 de 2003 y T-986 de 2003.

119. Acerca de este tema es importante señalar que la tesis de la oportunidad y del perjuicio causado no es novedosa, sino que fue el argumento usado en las primeras sentencias del período anterior (1992-1997) en las que no fueron concedidos los amparos por que la revisión fue un año después del hecho, con lo que la Corte supuso que el daño ya se había consumado y por tanto no procedía la acción de tutela. En el segundo período es notable resaltar cómo la Corte, a partir de 2003, refuerza la protección de los derechos de la mujer, tratándose de la solicitud de licencias de maternidad, mediante la ampliación de la oportunidad para interponer la acción de tutela.

Pero a partir de la sentencia T-999 de 2003 –en la que se produjo un cambio en la jurisprudencia– la Corte Constitucional viene admitiendo que no es necesario que la acción de tutela sea presentada dentro de los 84 días que se conceden de descanso remunerado a la trabajadora, sino que incluso se puede presentar dentro del año siguiente al nacimiento del menor, toda vez que dentro de dicho lapso la Constitución prevé una protección especial para el recién nacido¹²⁰.

La Corte encontró que su argumentación se había convertido anteriormente en una limitante para el acceso efectivo de las trabajadoras y de los recién nacidos a las referidas prestaciones, puesto que las EPS comenzaron a emplear la tutela como un formalismo más, previo al reconocimiento y pago de las mismas.

Así las cosas, para que proceda la acción de tutela en el reconocimiento y pago de licencias de maternidad, hoy es necesario que la trabajadora acredite la existencia de un perjuicio irremediable –que normalmente está vinculado a la afectación grave de su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo menor– y que la demanda sea presentada dentro del año siguiente al nacimiento.

En este último grupo de sentencias se observa que, en un primer momento, la Corte niega el amparo por licencia de maternidad, dado que la protección se ha solicitado después del término de la incapacidad; por lo tanto, presume que la madre requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y las del menor durante ese lapso y que por haberse causado ya el perjuicio, no es posible proteger los derechos a través de la acción de tutela, según lo consagrado en el numeral 4 del artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991¹²¹. En un segundo momento, la Corte, en una actitud más permisiva y proteccionista de los derechos de la mujer, concede la mayoría de las tutelas con base en una ampliación de la oportunidad de solicitud del amparo: una vez transcurrido el primer año.

Licencia de maternidad de madres comunitarias

Otro de los temas abordados por la Corte en los años 2000 y 2001 tuvo que ver con el reclamo de la licencia de maternidad por parte de las llamadas “madres comunitarias”, integrantes de los *Hogares Comunitarios de Bienestar*¹²². En esos casos, la Corte concedió o negó el amparo luego de estudiar el régimen legal al cual la solicitante estuviera adscrita (Ley 100 de 1993 o Ley 509 de 1999) argumentando en todos los casos que para adquirir el derecho a la cancelación de la licencia de maternidad por la EPS, era indispensable el pago de la cotización¹²³.

120. Al respecto ver las sentencias T-231 de 2004, T-236 de 2004, T-271 de 2004 y T-389 de 2004.

121. Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: (...)

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

122. Con relación a este punto pueden consultarse las sentencias T-668 de 2000, T-978 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001 y T-159 de 2001.

123. La Ley 89 de 1988 creó los Hogares Comunitarios de Bienestar. Dicho programa es ejecutado por las madres comunitarias, quienes se encuentran vinculadas mediante contrato de naturaleza civil con la asociación de padres de familia de esos hogares, y tienen a su cargo la prestación de servicios de atención y asistencia inmediata a un grupo de niños usuarios, durante el tiempo que sus padres laboran. Por la prestación de los servicios, las madres comunitarias se encuentran afiliadas al sistema de seguridad social en salud a través del régimen subsidiado (Ley 100 de 1993). Posteriormente, la Ley 509 de 1999 señaló que las madres comunitarias del programa Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se harían acreedoras a las mismas prestaciones asistenciales y económicas de los cuales disfrutaban los afiliados al régimen contributivo previsto por la Ley 100 de 1993.

Salarios adeudados

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dejado en claro que la tutela no es el mecanismo judicial idóneo para el pago de acreencias laborales. Sin embargo, ésta procede de manera excepcional en aquellos casos en los cuales la falta de salario afecta las condiciones mínimas de las demandantes, cuando se busca evitar un perjuicio irremediable, cuando no se cuenta con otros medios de defensa judicial o cuando éstos resultan ineficaces para la protección de los derechos afectados, teniendo en cuenta el apremio que demanda su protección¹²⁴.

Con todo, en la sentencia T-1102 de 2001 sobre el caso de una mujer embarazada, la Corte sostuvo que la acción de tutela procede para el pago de los dineros adeudados correspondientes a la licencia de maternidad, pues existen circunstancias donde la licencia es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la mujer como para su familia, y en especial para el recién nacido.

7. Mujer Cabeza de Familia

Frente a la mujer cabeza de familia, categoría que reconoce la Ley 82 de 1993, la Corte se ha pronunciado en diversas sentencias utilizando argumentos de género¹²⁵. Así, señaló que:

"...en la sociedad colombiana la mujer ha sido víctima de discriminación (...) con notables esfuerzos se realiza un proceso de equiparación con el hombre en los diversos campos de la actividad social".

Señala la Corte que la protección especial para la mujer cabeza de familia se explica, por una parte, por las condiciones de discriminación y marginalización a las que se ha visto sometida la mujer durante muchos años; y por otra, en razón del significativo número de mujeres que por diversos motivos se han convertido en cabeza de familia, debiendo asumir, en condiciones precarias y sin apoyo de ninguna naturaleza, tanto las responsabilidades del hogar como las propias de la actividad de la que derivan el sustento familiar¹²⁶.

En desarrollo del artículo 43 de la Constitución, el cual dispone que el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia, la Ley 82 de 1993 estableció medidas concretas frente a las cuales, en la sentencia C-964 de 2003, se afirmó que:

124. Sobre el pago oportuno de la remuneración, consultar las sentencias T-167 de 1994, T-015 de 1995, T-063 de 1995, T-146 de 1996, T-437 de 1996, T-565 de 1996, T-641 de 1996, T-006 de 1997, T-081 de 1997, T-234 de 1997, T-273 de 1997, T-527 de 1997, T-529 de 1997, T-012 de 1998, T-696 de 1998, T-736 de 1999, entre otras.

125. Ver sentencia C-044 de 2004.

126. Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-414 de 1993, C-410 de 1994, C-034 de 1999, C-37100 de 2000 y C-184 de 2003.

“...además del llamado general al Estado y a la sociedad para que a partir de la vigencia de la misma (Ley 82 de 1993) busquen mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de familia” (art. 3), entre ellas pueden citarse las siguientes: I) Adopción de reglamentos que garanticen el ingreso a la seguridad social de la mujer cabeza de familia y de la familia a su cargo (art. 4); II) Creación de programas de capacitación gratuita y desarrollo de microempresas industriales, comerciales y artesanales; empresas de economía solidaria y empresas familiares, donde la mujer cabeza de familia realice una actividad económica rentable (arts. 8 y 20); III) Acceso preferencial a los auxilios educativos, así como servicio básico de textos y apoyo educativo a las entidades de economía solidaria integradas en su mayoría por mujeres cabeza de familia (art. 9) IV) Fijación de estímulos para que el sector privado cree programas especiales para las mujeres cabeza de familia (art. 10); V) Establecimiento, mediante reglamento, de un factor de ponderación que beneficie las propuestas de la mujer cabeza de familia o de las personas jurídicas en las cuales ella participe mayoritariamente, en los procesos de adquisición y venta de bienes estatales y de contratación de servicios también con el Estado. Factor que permitirá que se seleccione la oferta de la mujer cabeza de familia o de la correspondiente persona jurídica “siempre que sea por lo menos igual a las de las demás proponentes” (art. 11); VI) Especial atención de las entidades municipales o distritales de vivienda que en alguna forma reciban recursos del presupuesto nacional o participen en programas que tengan financiación de dicho origen (art. 12); VII) Planes especiales de vivienda (arts. 13 y 14), VIII) Programas especiales de crédito, asesoramiento técnico y vigilancia para las empresas y programas que tengan por objeto apoyar a la mujer cabeza de familia, por parte de las entidades oficiales de crédito (art. 15), IX) y acceso a líneas de crédito por parte de microempresas, famiempresas y similares que tengan mayoría de mujeres cabeza de familia (art. 20)”.

Ahora bien, en la sentencia C-964 de 2003, la Corte añadió que las medidas de orden legal expedidas en desarrollo del artículo 43 de la Constitución, protegen no sólo a la mujer cabeza de familia, sino también al núcleo familiar que de ella depende, que se supone compuesto por los hijos menores propios y otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar. En este sentido, en desarrollo de los principios de igualdad y protección especial del menor, las medidas de protección de la mujer cabeza de familia resultan igualmente aplicables a los menores que estén a cargo de un hombre que se encuentre en las mismas condiciones que la ley ha previsto para la mujer cabeza de familia.

Esto es, las medidas de protección que la ley ha previsto para los menores a cargo de una mujer cabeza de familia, también se aplican en los eventos en los que sea un hombre quien tenga a su cargo, de manera exclusiva, desde el punto de vista social y económico, el cuidado de los menores, y carezca de apoyo y otros recursos¹²⁷.

En la sentencia C-184 de 2000 se reafirma la anterior posición, indicando que cuando los destinatarios de las medidas especiales de protección son los menores, el fundamento de las mismas no es el inciso final de artículo 43 de la Constitución, sino el artículo 44, que consagra el principio del interés superior del niño. Por su parte, la Corte señaló que *“en la sociedad contemporánea, el fenómeno de los padres cabeza de familia, si bien no tiene la magnitud ni la dimensión que el de las mujeres cabeza de familia, sí existe y, cada día, va en aumento”*. Agregó la Corte que *“en la medida en que las mujeres han logrado ir superando los estereotipos y prejuicios, los hombres a su vez han comenzado a desempeñar nuevos roles, como por ejemplo, participar activamente en las actividades y labores que demanda la crianza de los hijos”*. De este modo, si bien los casos de hombres solos encargados de una familia con varios hijos no son muy frecuentes, en tales situaciones no existe justificación alguna para que los menores no puedan acceder a los mismos beneficios que la ley ha previsto para los que dependan de la mujer cabeza de familia.

En revisión de tutela, la Corte ha protegido a la mujer cabeza de familia cuando se le adeudan salarios y prestaciones sociales, señalando que en principio la tutela no procede para el pago de acreencias laborales, pero sí en los casos en que se afecten las condiciones mínimas de vida digna de la accionante y su familia, en la medida en que la Constitución Política impone al Estado (Art. 43) la obligación de apoyar *“de manera especial a la mujer cabeza de familia”*, dadas sus condiciones y el deber que tiene de proveer lo necesario para el sostenimiento del grupo familiar¹²⁸.

Bibliografía

1. Cabal Luisa, Lemaitre Julieta, Roa Mónica, *Cuerpo y Derecho, Legislación y Jurisprudencia en América Latina*. Bogotá, Temis, 2001.
2. Fraser Nancy, *Justicia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.
3. Gúezmes García, Ana, *Reforma del sector salud y derechos sexuales y reproductivos*. Washington, Organización Panamericana de la Salud, Unidad de género, etnia y salud, 2004.
4. Hernández Galindo, José Gregorio, *Poder y Constitución. El actual constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Legis, 2001.
5. López Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*. Bogotá, Legis, 2000.
6. Moser Caroline, McIlwaine Cathy, *La violencia y la exclusión en Colombia, según la percepción de Comunidades urbanas pobres*. Bogotá, Banco Mundial, Asdi y Tercer Mundo Editores, 2000.
7. Motta Cristina, Jaramillo Isabel Cristina, Perafán Betsy, Roa Mónica, *Observatorio Legal de la Mujer, El legado de la Constitución*. Bogotá, Universidad de los Andes y Dirección Nacional para la Equidad para las Mujeres, 1997.
8. Oquist Paul, *Violencia, conflicto y política en Colombia*. Bogotá, Instituto de Estudios Colombianos, 1978.
9. Parra Vera, Oscar, *El derecho a la Salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*. Bogotá, Defensoría del Pueblo Colombia, Serie DESC, 2003.
10. Rico de Alonzo, Anita, *Formas, cambios y tendencias en la organización familiar en Colombia*. Bogotá, Nómadas, 2000.

127. Ver sentencia C-044 de 2004.

128. Ver, entre otras, las sentencias T-057 de 2000, T-160 de 2002, T-420 de 2000, T-422 de 2000, T-1023 de 2000, T-1087 de 2002, T-160 de 2002, T-1735 de 2000.

El OAG recomienda

Teniendo en cuenta la importancia de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el respeto a la autonomía judicial, el Observatorio de Asuntos de Género destaca las subreglas derivadas de la jurisprudencia analizada que deberían ser tenidas en cuenta por los operadores jurídicos (abogados, jueces, docentes, fiscales, etc.)

Tema	Subreglas
Mujer y participación política	Las autoridades pueden utilizar acciones afirmativas con el fin de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado tengan una mayor participación en los cargos de alto nivel decisorio de la Administración Pública.
Mujer y Familia	No existe una sola forma de configuración de familia; los diversos vínculos que la originan, pueden ser de carácter natural o jurídico. El límite al derecho de la intimidad familiar es la violación de derechos fundamentales de algunos de sus miembros.
Mujer y Violencia	La Acción de Tutela no es procedente para la protección de los derechos de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar por existir autoridades y mecanismos de protección previstos en las Leyes 294 de 1996 y 575 de 2000, salvo que los derechos de las víctimas sigan siendo vulnerados a pesar de haber acudido a las autoridades competentes, o que se trate de menores de edad o personas de tercera edad.
Mujer y discriminación por razones de sexo	El ordenamiento jurídico no puede contemplar situaciones jurídicas más gravosas hacia las mujeres, por razón de la condición sexual y sin ninguna justificación objetiva y razonable.
Mujer y Derechos Sexuales y Reproductivos	<p>Las EPS deben facilitar el tratamiento que el médico ha establecido y suministrar el medicamento requerido, cuando el derecho a la salud este íntimamente ligado al derecho a la vida y a la vida digna.</p> <p>La mujer embarazada debe ser protegida de manera eficiente, completa y oportuna, para que la maternidad tenga lugar en condiciones dignas para la madre como para el que está por nacer, y se extiende a los días siguientes al parto.</p> <p>La exclusión de los servicios de fertilidad no implica la vulneración de derechos fundamentales pues éste constituye un derecho prestacional progresivo.</p> <p>Los establecimientos educativos no pueden regular conductas del estudiante que puedan afectar su libertad, su autonomía, intimidad o cualquier otro derecho, salvo cuando su conducta tenga alguna injerencia grave, que afecte la institución.</p>

Tema	Subreglas
Mujer y Derechos laborales	<p>Es nulo todo despido injustificado de una mujer embarazada dentro de los períodos legalmente amparados, sin que medie autorización previa del funcionario competente, lo que da lugar al reintegro de la trabajadora y al pago de las indemnizaciones correspondientes. El fuero de maternidad o estabilidad laboral reforzada cobija a la mujer en la totalidad de su embarazo.</p> <p>Se debe reconocer el mismo período de licencia remunerada previsto en la ley (12 semanas remuneradas), al padre biológico cuando fallece la madre, a la madre adoptante cuando el niño o la niña es menor de 7 años, asimilando la fecha del parto a la fecha de entrega oficial del niño o niña; y al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.</p> <p>La maternidad es un estado que merece especial protección constitucional por parte del Estado y la sociedad. En esa medida, la falta de pago de licencia de maternidad a las madres, hace suponer una afectación al mínimo vital de la trabajadora o del hijo o hija recién nacido durante el tiempo que corresponde al descanso de maternidad; por lo tanto es procedente la acción de tutela.</p> <p>Si el beneficiario está cobijado por la buena fe y la EPS allana la mora mediante el recibo de la suma debida, no puede abstenerse de pagar la licencia de maternidad.</p>
Mujer Cabeza de Familia	<p>Las medidas de protección de la mujer cabeza de familia, dispuestas en la Ley 82 de 1993, resultan igualmente aplicables a los menores que estén a cargo de hombres que se encuentre en las mismas condiciones que la ley ha previsto para la mujer cabeza de familia.</p>

calendario

Actividades · Mes de la Mujer · Marzo

Marzo 1. Jornada de Impulso al Espíritu Empresarial de las Mujeres. **Pasto, Nariño.**

Marzo 6. Jornada de Capacitación en Democracia Familiar. (Universidad Javeriana, AEI, Universidad de Cartagena y Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer). **Bogotá.**

Marzo 7. Adhesión "Acuerdo Nacional por la Equidad" y Encuentro de Mujeres Constructoras de Paz y

Desarrollo. Jornada pedagógica. **Gobernación de Cundinamarca.**

Marzo 8. Presentación de la Ley 1009 de 2006 por la cual se crea de manera permanente el Observatorio de Asuntos de Género y del Boletín Especial "Fallos de la Corte Constitucional frente a los derechos de las mujeres". Celebración Día Internacional de la Mujer, Campaña ¡Mujer únete al Deporte! **Bogotá.**

Marzo 13. Lanzamiento del Proyecto "Promoción de la Igualdad de la Mujer ante la Justicia". (Comunidad Autónoma de Madrid, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer). **Bogotá.**

Marzo 14-16. Seminario "Promoción de la Igualdad de la Mujer ante la Justicia". (Comunidad Autónoma de Madrid, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y Consejería Presidencial

para la Equidad de la Mujer). **Bogotá.**

Marzo 21. Instalación Jornada de capacitación en Democracia Familiar. (Universidad Javeriana, AEI, Universidad de Cartagena y Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer). **Cartagena, Bolívar.**