



Prolegómenos. Derechos y Valores

ISSN: 0121-182X

derechos.valores@umng.edu.co

Universidad Militar Nueva Granada

Colombia

Aguirre, Javier Orlando; Pabón Mantilla, Ana Patricia

El derecho como un campo según Pierre Bourdieu: el caso del precedente constitucional sobre protección laboral a la maternidad. Posibilidades y límites del activismo constitucional

Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. X, núm. 20, julio-diciembre, 2007, pp. 149-160

Universidad Militar Nueva Granada

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**EL DERECHO COMO UN CAMPO
SEGÚN PIERRE BOURDIEU: EL CASO
DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL
SOBRE PROTECCIÓN LABORAL
A LA MATERNIDAD. POSIBILIDADES
Y LÍMITES DEL ACTIVISMO
CONSTITUCIONAL***

Javier Orlando Aguirre Román**

Ana Patricia Pabón Mantilla***

Universidad Industrial de Santander

Fecha de recepción: 18 de octubre de 2007.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2007.

Resumen

Entre los casos a través de los cuales la Corte Constitucional ha consolidado importantes precedentes, se destaca que se refiere a la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. El presente artículo retoma la discusión sobre el derecho como campo jurídico a partir de Pierre Bourdieu, y reconstruye una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional para ilustrar el problema. Finalmente, se reflexiona acerca de las relaciones entre el precedente judicial y activismo constitucional.

* El presente artículo surge dentro de un proyecto de investigación titulado *Justicia constitucional precedentes sobre protección a la maternidad*, dentro de la línea de investigación de Justicia Constitucional, adscrita al grupo de investigación Politeia de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander, institución principal en materia de financiación.

** Abogado y Filósofo egresado de la Universidad Industrial de Santander (UIS), actualmente adelanta estudios de especialización en docencia universitaria en la misma universidad y es Becario Fulbrith 2008. Es coautor de los libros *Justicia y Derechos en la Convivencia Escolar y Lenguaje y Derecho: Habermas y el debate iusfilosófico*, así como de numerosos artículos relacionados con derecho constitucional, filosofía y teoría del derecho y la argumentación. Email: javierorlandoguirre@gmail.com

*** Abogada y Filósofa egresada de la Universidad Industrial de Santander, actualmente adelanta estudios de especialización en docencia universitaria en la misma universidad. Es coautora del libro *Justicia y derechos en la convivencia escolar*, y es autora de diversos artículos relacionados con derecho constitucional. E-mail: ana-patricia.pabon@gmail.com

Palabras clave

Campo Jurídico, Maternidad, Jurisprudencia, estabilidad laboral, licencia de maternidad.

**LAW AS A FIELD ACCORDING
TO PIERRE BOURDIEU:
THE CONSTITUTIONAL PRECEDENT
ON LABOR PROTECTION
OF MATERNITY. POSSIBILITIES
AND LIMITS OF CONSTITUTIONAL
ACTIVISM**

Abstract

The constitutional protection of the right to the labor stability of the pregnant woman is among the most visible cases reviewed by the Constitutional Court to establish important precedents. This article summarizes the discussion about of Law in the light of Pierre Bourdieu's "field theory", and reconstructs this particular jurisprudential line of the Constitutional Court as an illustrative case. To conclude, the article reflects about the relations between the judicial precedent and constitutional activism.

Key words

Legal field, Maternity, Jurisprudence, labor stability, maternity license.

INTRODUCCIÓN

Es innegable que desde 1991 el mundo jurídico colombiano ha experimentado diversos cambios. Con la promulgación de la Constitución Política en dicho año y con el desarrollo que de ella ha hecho la Corte Constitucional se han modificado tradiciones tan arraigadas como la concepción de las fuentes del Derecho en el sistema jurídico colombiano. La Ley ha perdido su sitio de honor que la proclamaba como la fuente formal por excelencia del Derecho y, con esto, el juez ha dejado de ser visto como "la simple boca mediante la cual la ley se pronuncia".

Para nadie es un secreto que el papel del juez y de su jurisprudencia como auténtica fuente de creación del Derecho se ha fortalecido en la praxis jurídica colombiana de los últimos años.

Este cambio se ha visto especialmente en el trabajo de la Corte Constitucional¹.

Ahora bien, esto le plantea varias exigencias a los abogados y a los estudiosos del derecho en general. Entre ellas se puede destacar, evidentemente, la de saber manejar la jurisprudencia como una auténtica fuente de Derecho.

Pues bien, la anterior observación inspira la pretensión del presente texto. Durante estos últimos 15 años, la Corte Constitucional ha constituido ya una muy numerosa y diversa cantidad de sub-reglas para la interpretación de la Constitución. Entre estos casos pueden encontrarse uno de gran relevancia: el precedente de la Corte sobre la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral de la mujer embarazada.

Sin duda alguna, este asunto es de gran relevancia en el tema de los derechos de las mujeres. De cierta forma puede ser visto como desarrollo del artículo 11 de La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) que establece la obligación en cabeza de los Estados de impedir todo tipo de discriminación contra la mujer por razones de maternidad².

¹ Para revisar la discusión sobre el problema señalado Ver: LÓPEZ, Diego, *El Derecho de los jueces*, Ediciones Uniandes, Colombia, 2002. y CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, *Derecho constitucional jurisprudencial*. En: "Ámbito Jurídico" No. 204 Legis, Bogotá, 2006.

² La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer fue aprobada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981. Recientemente, mediante la Ley 984 de 2005 Colombia aprobó el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Pues bien, el artículo 11 de dicha Convención establece que: Artículo 11. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
- b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;

En el desarrollo del presente trabajo se reconstruye una de las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre los derechos que conforman, en parte, lo que se ha venido a llamar el "fuero laboral de la maternidad". Para ello se aplica el método de análisis dinámico de precedentes expuesto por el profesor Diego López Medina³. En un primer momento, se re-

- c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
 - d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;
 - e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;
 - f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.
2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:
- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
 - b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;
 - c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
 - d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.
3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.
- ³ El método de análisis jurisprudencial utilizado va a ser el método de análisis dinámico descrito por Diego López en su libro "El Derecho de los jueces". En dicho método se busca identificar la línea de solución que ha dado un tribunal a un problema jurídico determinado. Se identifica la línea a partir del reconocimiento de las sentencias más relevantes.

construye la concepción del derecho como un campo que desarrolla Pierre Bourdieu. Esto pues consideramos que tal concepción permite, por una parte, leer la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el activismo constitucional⁴ que existe detrás de ella y, por otra, señalar los reales límites y posibilidades hacia el futuro de ese mismo activismo.

1. EL DERECHO COMO UN CAMPO JURÍDICO: POSIBILIDADES Y LÍMITES DEL ACTIVISMO CONSTITUCIONAL

Entender el concepto de “campo jurídico” en Bourdieu, exige, en primer lugar, partir de la utilidad que esta noción tiene en la concepción del pensador francés acerca del derecho. En efecto, el mencionado concepto le sirve a Bourdieu para explicar “(...) la existencia de un universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica (...)”⁵.

Justamente esta relativa independencia del campo jurídico es la que posibilita y le da sentido a la existencia de estrategias de activismo judicial como una forma para lograr la inclusión y la emancipación social y política.

El concepto de *campo* es una noción bastante frecuente en los textos del sociólogo francés. Con él pretende hacer referencia a todo espacio de actividad social determinado por las diversas actividades estructuradas y reguladas al interior

del mismo. De ahí la relativa independencia que posee todo campo. Un *campo* es entonces todo ámbito de la vida social en el cual se desarrolla constantemente una lucha en la cual intervienen múltiples y variados actores, con fuerzas desiguales, que, sin embargo, deben aceptar las reglas propias de ese espacio social que definen sus límites y posibilidades de acción dentro del mismo⁶.

Ahora bien, en el campo jurídico los anteriores elementos se manifiestan de la siguiente forma⁷.

1.1 El campo jurídico es un espacio limitado de lucha

En el campo jurídico se enfrentan permanentemente diversas concepciones sobre la forma de entender el derecho y sobre los principios que deberían regirlo. Sin embargo, se trata de un enfrentamiento limitado esencialmente por la idea de “competencia jurídica”, la cual excluye a los profanos y a quienes no tienen ni la autoridad ni la capacidad de poner sus pretensiones en el lenguaje adecuado de tal forma que puedan ser objeto de debates jurídicos reglados. Entrar en el campo del derecho exige la adopción de un modo de expresión y de discusión que implica, por una parte, renunciar a la violencia física y a otras formas elementales de violencia simbólica y, por otra, reconocer las reglas específicas del campo. Lo que nos lleva al segundo elemento del campo jurídico.

1.2 Las reglas que operan en el campo jurídico determinan qué pueden y qué no pueden hacer los agentes e instituciones

En principio, Bourdieu, siguiendo a Austin, señala tres grandes exigencias implícitas que debe aceptar toda fuerza que desea ingresar al campo jurídico. Exigencias de las que, de una u otra forma, se derivan las demás reglas del campo.

⁴ Como advertencia previa debemos señalar que entenderemos el concepto de “activismo constitucional” de una forma bastante intuitiva y, si se quiere, hasta imprecisa. Estamos pensando simplemente en la idea según la cual se los Tribunales Constitucionales, pero también las fuerzas políticas interesadas, deben usar todos los principios legales y constitucionales existentes con el fin de lograr la materialización de los principales valores constitucionales como la igualdad, la justicia y la inclusión social. Todo esto sin prestar mayor atención a posibles trabas administrativas y legales que se puedan presentar. Básicamente creemos que ese complejo concepto implica la idea de transformar la realidad social mediante el uso del Derecho.

⁵ Ver: BOURDIEU, Pierre. *La fuerza del Derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000. p. 158.

⁶ *Ibid.*, p. 62.

⁷ *Ibid.*, p. 63.

La primera de ellas se refiere al hecho de que se llegará a una decisión relativamente blanca o negra, culpable o no culpable, que será favorable al demandante o al demandado. La segunda tiene que ver con el hecho de que todas las acusaciones y demandas deben colocarse “dentro de una de las categorías reconocidas de procedimiento que se han establecido en el curso de la historia”⁸. Finalmente, la tercera exigencia es el hecho de que uno debe referirse y conformarse a los precedentes existentes.

Estas reglas limitan las posibilidades de acción de los diversos sujetos dentro del campo jurídico.

Las diferentes reglas al interior del campo jurídico explican el carácter ineludiblemente conservador del derecho que, de una u otra forma, limita las metas del activismo judicial.

Y sin embargo, si se quiere de forma paradójica, este carácter conservador del derecho explica a la vez las posibilidades de cambio social que se pueden lograr mediante las luchas en el campo jurídico. Esto se da pues, “las instituciones jurídicas contribuyen universalmente, sin duda, a imponer una representación de la normalidad en relación con la cual todas las prácticas diferentes tienden a aparecer como desviadas, anormales, patológicas”⁹. Es por este efecto de normalización, propio del derecho, que se entiende la importancia que al mismo le conceden los distintos grupos sociales en busca de inclusión y reconocimiento. Todo esto implica que, de una u otra forma, el campo jurídico tenga generalizados periodos de equilibrio, pero también constantes y profundos conflictos; como se ve en el tercer elemento del campo.

1.3 Periódicamente las anteriores reglas son cuestionadas y el conflicto se extiende a las reglas mismas por las cuales los participantes se registrarán en el futuro al interior del campo

En efecto, cualquier historia del derecho permitiría observar que, dependiendo de las tradiciones jurídicas y de los momentos al interior de una misma tradición, las jerarquías existentes dentro de ella varían según las épocas, las tradiciones nacionales y la especialidad. Es innegable, por ejemplo, que en los últimos diez años el derecho público, en especial el constitucional, le ha arrebatado el lugar de preponderancia que anteriormente ostentaba el derecho privado.

De igual manera, desde esta perspectiva, las disputas teóricas que se han venido presentando en los últimos años en el derecho colombiano sobre el papel de las fuentes del derecho, en especial de la jurisprudencia y de los precedentes judiciales, pueden leerse como un conflicto contemporáneo acerca de las reglas que rigen el campo jurídico de nuestro país.

1.4 La significación práctica de la ley, así como la creación de la misma, se determina dentro de la confrontación entre las diferentes fuerzas actuantes al interior del campo

Esto significa que “el efecto jurídico de las reglas, su significación real, se determina en la relación de fuerzas específicas entre los profesionales”¹⁰. No es pues el diccionario ni la deducción lógica ni las distintas técnicas hermenéuticas por sí mismas, los elementos que nos van a decir qué es el derecho.

De esta manera, la creación de la ley resulta un acto complejo en el cual intervienen tanto la sociedad civil organizada que se manifiesta en el espacio público como los partidos políticos que articulan y generalizan los intereses de los grupos humanos. Se trata, entonces de una lucha

⁸ *Ibíd.*, p. 187.

⁹ *Ibíd.*, p. 211.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 180.

social y política por el poder de determinar qué es el derecho.

1.5 El poder al interior del campo jurídico suele ser equivalente a la posición de los agentes y las instituciones en el espacio social completo

Con esto, queda claro por qué la autonomía del campo jurídico es, de todas formas, siempre relativa. En efecto, para Bourdieu, es claro que la fuerza de los diferentes agentes en el campo jurídico debe ser puesta en relación con la posición general que ocupan dentro del campo de poder de todo el espacio social.

2. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA MATERNIDAD: UNA BATALLA EN EL CAMPO JURÍDICO COLOMBIANO

La Constitución de 1991 le otorgó una especial protección a la maternidad; la cual ha sido desarrollada por la Corte Constitucional a través de los pronunciamientos que resuelven las acciones de tutela sometidas a revisión. La mujer en estado de embarazo constituye, en nuestro Estado Social de Derecho, una categoría especial de personas alrededor de la cual se configura una protección reforzada de sus derechos no sólo por parte del Estado sino también de la Sociedad. Lo que se traduce en que el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre o que acaba de serlo. Esta protección ha sido elevada a rango constitucional por la relevancia que merece pues no sólo se ven involucrados derechos de las gestantes sino también de los niños.

En la Sentencia C-470 de 1997, la Corte Constitucional señaló cuatro fundamentos constitucionales de los cuales claramente se deriva tal protección¹¹.

1. Se busca lograr una igualdad efectiva entre los sexos.
2. La protección constitucional especial a la maternidad se justifica debido a la importancia que la vida tiene en el ordenamiento constitucional.
3. La protección especial que otorga a los derechos de los niños.
4. Finalmente, el papel preponderante que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano.

Este deber de protección, que se proyecta en todos los ámbitos de la vida social adquiere una connotación muy particular en el ámbito laboral ya que, debido a la maternidad, la mujer ha

pedida 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. En general el demandante consideraba que la norma, en última instancia, facultaba al empleador para despedir a una mujer embarazada sin las restricciones y limitaciones que debería tener en relación con los artículos 1º, 13, 16, 25, 29, 42, 43 y 229 de la Constitución. La Corte entonces se plantea el siguiente problema jurídico: ¿es la indemnización prevista por la norma acusada un mecanismo suficiente para proteger los derechos constitucionales de la mujer embarazada y de su hijo? La Corte concluye que no es suficiente, sin embargo, declarar la inexistencia de forma tal que quedara excluida del ordenamiento jurídico colombiano dejarían en una situación aún más precaria a la mujer embarazada. Por lo tanto la Corte Constitucional concluye que la única decisión admisible es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP art 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP arts 43 y 53), de tal manera que se entienda que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Según esto, es absolutamente obligatorio para el patrono el obtener la previa autorización del funcionario del trabajo para poder, después, proceder a terminar el contrato. Y, de no hacerlo, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz. No sobra mencionar que la Corte, aplicando la regla de la de unidad normativa, extendió los efectos de esta sentencia al artículo 2º de la Ley 197 de 1938 y al artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 que se refieren a la estabilidad laboral de las servidoras públicas embarazadas.

¹¹ En dicha sentencia, cuyo Magistrado Ponente fue Alejandro Martínez Caballero, se resolvió la exequibilidad del Artículo 239 ordinal 3º del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990. Dicha normativa prescribe que *La trabajadora des-*

sido objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo. Permitir que únicamente razones de productividad y de eficiencia se conviertan en los factores determinantes de las relaciones laborales puede implicar el dejar de lado criterios referentes a la dignidad y a los derechos humanos. Esto pues desde dichas razones la mujer en estado de embarazo puede ser fácilmente vista como una carga y un freno que afecta los objetivos de la empresa. La lógica y los argumentos de la competitividad subyugan a la lógica y a los argumentos de los derechos¹².

Pues bien, a la luz del “espíritu” de la Carta Política de 1991, lo anterior no puede ser permitido. En efecto, como se señaló líneas atrás, nuestra Constitución establece todo un “fuero de maternidad” y una protección especial a la maternidad que comprende todos esos amparos específicos que necesariamente el Derecho debe prever en favor de la mujer embarazada.

Entre estos derechos está el derecho a la estabilidad laboral reforzada por la maternidad, derecho al que se hará referencia a continuación.

2.1 Construcción de la línea jurisprudencial de fuero reforzado de maternidad

El problema jurídico planteado para reconstruir la línea jurisprudencial puede formularse en la siguiente pregunta ¿la protección a la mujer embarazada, en virtud de la cual se establece a su favor un derecho a la estabilidad laboral, es un derecho de rango constitucional fundamental susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela?¹³.

¹² En la sentencia C-710 de 1996, la Corte Constitucional reconoció lo anterior al afirmar que “Es sabido que en razón a los sobrecostos que implican para las empresas las mujeres en este estado, algunos empleadores buscan la forma de dar por terminada la relación laboral al tener conocimiento del embarazo de sus trabajadoras”.

¹³ Como sentencia “arquimédica” para iniciar la reconstrucción de la línea se tomó la sentencia T-354 de 2007. En los hechos de esta sentencia la actora trabajó como auxiliar de enfermería en el Hospital Infantil Universitario de Manizales desde finales de marzo hasta el 2 de septiembre de 2006. Durante ese año la trabaja-

2.1.1 Sentencia fundadora

Como sentencia fundadora de la línea se encontró la sentencia T-527 de 1992 cuyo Magistrado Ponente fue Fabio Morón Díaz¹⁴. En esta sentencia una señora que trabajaba en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, instaure acción de tutela en contra de tal entidad para que se ordene al Director el reintegro al cargo en el que ella se venía desempeñando desde el día 3 de abril de 1991 hasta el día 11 de marzo de 1992, fecha de su desvinculación. En la anterior fecha, la señora se encontraba en estado de embarazo el cual era conocido por su jefe inmediato y por toda la División con la que trabajó en el DAS.

dora tuvo dos órdenes de prestación de servicios con la entidad y luego laboró en el referido hospital como trabajadora en misión, al establecer vínculo laboral con una empresa de servicios temporales. El 23 de agosto de 2006 la accionante comunicó a su jefe inmediata en el hospital sobre su estado de gravidez, el 30 de agosto le fue comunicado que su contrato de trabajo se extendía únicamente hasta el 2 de septiembre, esto a pesar de que la actora ya se encontraba relacionada en el cuadro de turnos del mes de septiembre. A la fecha de la terminación del contrato la trabajadora ya contaba con 30 semanas de embarazo. El problema jurídico planteado por la misma Corte es el siguiente: determinar si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, el mínimo vital y el libre desarrollo de la personalidad de la accionante, por la terminación unilateral del contrato de trabajo celebrado entre ésta y la Empresa de Servicios Temporales, para que en calidad de trabajadora en misión, prestara sus servicios como auxiliar de enfermería en el Hospital Infantil Universitario. La sentencia revisada cumple con los requisitos que debe tener el “punto arquimédico”, esto es, a) que sea lo más reciente posible, y b) que sus hechos relevantes guarden una gran similitud con los hechos que configuran el problema jurídico que se pretende analizar.

¹⁴ Las sentencias fundadoras de línea tienden a ser fallos promulgados generalmente durante los primeros años de funcionamiento de la Corte Constitucional. Pero en general pueden definirse como aquellas sentencias en las que la Corte resuelve por primera vez hechos análogos a los del problema que se pretende resolver. La sentencia T-527 de 1992 es un buen ejemplo de lo anterior, su argumentación tiene un gran componente teórico e ideológico. Sin embargo, como se verá, difícilmente puede ser catalogada como una sentencia “progresista” que le de primacía a los derechos fundamentales de las personas sobre cualquier otra consideración.

En el análisis del caso concreto, los Magistrados le dieron primacía a tres argumentos que los llevaron a negar la tutela: a) el carácter subsidiario y residual de la tutela, b) el hecho de que el daño ya se encontraba consumado y c) la naturaleza no fundamental de la “especial asistencia y protección” que el Estado debe brindar durante el embarazo y después del parto.

La Corte negó la tutela por considerar que el carácter programático de la “especial asistencia y protección” que el Estado debe brindar a la mujer durante el embarazo y después del parto, así como la ubicación de la norma que contiene el anterior mandato (art. 43) dentro del Capítulo 2 del Título II referente a los derechos sociales, económicos y culturales, indicaban perfectamente el carácter no fundamental del derecho que se pretende hacer valer¹⁵.

Por todo esto, la Corte resuelve negativamente el problema jurídico planteado y por lo tanto afirma que la protección a la mujer embarazada, en virtud de la cual se establece a su favor un derecho a la estabilidad laboral, NO es un derecho de rango constitucional fundamental susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela.

2.1.2 Sentencias hito

En esta línea se encontraron tres sentencias hito, que son a) la T-119 de 1997, b) la T-373 de 1998 y c) la T-426 de 1998.

Tal vez la sentencia más relevante en la presente línea es la T-373 de 1998 del Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. En este caso, una mujer que trabajaba en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), instaura acción de tutela en su contra. La actora se vinculó al INPEC desde el día 23 de abril de 1996 en el cargo de Directora de la Cárcel del Distrito Judicial de Sincelejo. El 5 de diciembre de 1997 la actora fue declarada insubsistente, momento en el cual se encontraba en estado de embarazo, el cual acreditó plenamente ante el INPEC me-

dante comunicaciones fechadas los días 13 de noviembre y 3 de diciembre de 1997.

En sus consideraciones, lo primero que hace la Corte es determinar si la Constitución le otorga a la mujer en estado de embarazo algún tipo de protección *iusfundamental*. La Corte expone los planteamientos que niegan lo anterior, y que afirman que los derechos fundamentales sólo son aquellos que se predicán de TODAS las personas, sin excepción ni particularidad alguna. Si esto se acepta, es evidente que caeríamos en una gran contradicción si decimos que la mujer, y en especial, la mujer embarazada, es, en virtud de su estado, titular de derechos fundamentales “particulares y específicos”.

Sin embargo, para la Corte, el punto de partida de esta argumentación no es aceptable desde los criterios del Estado Social de Derecho y su consecuente *constitucionalismo social*. “Ciertamente, este último constituye un sistema en el cual se reconoce que la defensa de ciertos bienes jurídicos que interesan a todas las personas sólo puede satisfacerse si se confieren a quienes integran determinadas categorías sociales, derechos específicos y diferenciados”¹⁶.

Según los Magistrados, el constitucionalismo contemporáneo exige que, para que TODOS los miembros de una sociedad tengan el nivel suficiente de autonomía, algunos sectores específicos de la población (v.g. las mujeres en estado de embarazo) deben contar con una protección especial, que incluso puede llegar a consistir en la consagración de derechos fundamentales “especiales”, cuyos titulares son única y exclusivamente los miembros de tales sectores.

Al continuar su ejercicio dialéctico, la Corte señala que, así se acepten los planteamientos del constitucionalismo social, habría otro argumento para negar el carácter de fundamental a los “derechos especiales de las mujeres en estado de embarazo”. Es el argumento según el

¹⁵ Sentencia T-527 de 1992.

¹⁶ Sentencia T-373 de 1998 de la Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

cual sólo resultan fundamentales aquellos derechos constitucionales que no implican una erogación o un coste económico a cargo del Estado o de los particulares. Desde aquí, los llamados “derechos-prestación” o “derechos de desarrollo progresivo”, no son directamente aplicables por el poder judicial y necesitarían de una reglamentación por parte de los órganos de representación política. Esta objeción es rechazada por la Corte al recordar que “la clasificación entre derechos de libertad y derechos de prestación no es, en sí misma, adecuada para definir si un derecho constitucional es fundamental. En efecto, existen derechos fundamentales que necesariamente exigen, para su vigencia, erogaciones públicas, como el derecho a la asistencia letuada, el derecho a la educación básica o el núcleo esencial del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, mal puede afirmarse que el hecho de que la protección de un determinado derecho implique un costo público o privado inmediatamente le resta el carácter de derecho fundamental”¹⁷.

Ahora bien, descartadas las anteriores objeciones, queda aun pendiente encontrar un buen argumento que sustente la posición según la cual los derechos constitucionales que protegen a la mujer embarazada si son de naturaleza fundamental.

La Corte resuelve esta primera parte del problema jurídico a partir de la observación de que el derecho de la mujer embarazada a una “estabilidad laboral reforzada” “parte del reconocimiento de que la gestación de un hijo puede dar lugar a graves medidas de discriminación laboral en contra de la futura madre, por las complicaciones y costos que, en términos administrativos y financieros, ello puede generar”¹⁸. Esto hace que, en últimas, el derecho a la estabilidad en el empleo de la mujer embarazada encuentre su fundamento constitucional en el derecho a la igualdad.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

Resuelto parcialmente el problema jurídico, queda aun por averiguar si la acción tutela es procedente dada la existencia de otro mecanismo de defensa judicial. La posición de la sentencia fundadora de la línea, valga la pena recordarlo, es que, en el presente caso, la acción de tutela es improcedente en parte porque existe otro mecanismo de defensa judicial cuya utilización no arriesga la integridad de los derechos fundamentales eventualmente comprometidos.

Sin embargo, en esta oportunidad la Corte reconoce que aun a pesar de existir, en este caso concreto, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como mecanismo idóneo para controvertir la resolución que declaró insubsistente el nombramiento de la actora, la acción de tutela podría ser procedente como mecanismo transitorio de defensa si existiera el riesgo de que se consumara una lesión sobre alguno de los derechos fundamentales que están siendo afectados o amenazados.

Por regla general, la Corte Constitucional ha negado la procedencia de la acción de tutela. Sin embargo, también han quedado establecidas una situación de excepción:

La afectación al mínimo vital: La Corte ha aceptado que la acción de tutela es procedente para impugnar la desvinculación de la mujer embarazada de su empleo, cuando se trata de proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido. “Esta regla se refiere, por ejemplo, a aquellas mujeres cabeza de familia ubicadas dentro de la franja de la población más pobre, discapacitadas o, en general, con serias dificultades para insertarse nuevamente en el mercado laboral, para quienes el salario, el subsidio alimentario o de maternidad o, en general, los beneficios económicos que pueden desprenderse del contrato de trabajo, son absolutamente imprescindibles para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. En estos casos, la discriminación por parte del patrono, apareja una vulneración de las mínimas condiciones de dignidad de la mujer quien, al ser desvinculada de su empleo, no esta en capa-

cidad de garantizar la adecuada gestación del *nasciturus* ni la satisfacción de los bienes más elementales para sí misma o para los restantes miembros de su familia”¹⁹.

Hasta acá, parece estar resuelto todo el problema jurídico: los derechos alegados por la actora sí tienen el carácter de fundamentales, y la acción de tutela sí puede proceder, como mecanismo transitorio, para su defensa en el caso de ser verificada alguna de las dos hipótesis anteriormente señaladas. Sin embargo, a juicio de la Corte, la sentencia de segunda instancia de este proceso, proferida por la Sala Segunda del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, ha planteado una objeción de vital importancia: el proceso de tutela, preferente y sumario, tiene unos términos muy cortos que difícilmente garantizan la existencia de un debate judicial sometido a la plenitud de las garantías del debido proceso. En virtud de esta objeción, los Magistrados de la Corte Constitucional dejan claro que la actora tiene que dejar plenamente probado, en cada caso, la existencia de los elementos fácticos necesarios para que la acción de tutela sea procedente.

Tales elementos fácticos son: (1) que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (2) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso²⁰; (3) que a la fecha del despido el emplea-

dor conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora pues la trabajadora notifico o se trataba de un hecho notorio; (4) que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que produce es devastador.

2.1.3 Sentencias confirmadoras²¹

A partir de acá todas las sentencias de la Corte Constitucional que hacen parte de la línea han confirmado el precedente sólidamente creado por la Corte. Sin embargo, en el desarrollo de la línea se ha dejado de lado las consideraciones hechas en la sentencia T-373 de 1998 sobre los dos casos de procedencia como mecanismo transitorio de la acción de tutela, manteniéndose solamente la exigencia para la actora de probar (1) que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (2) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (3) que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; y (4) que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparea es devastador²².

¹⁹ *Ibidem*. Es interesante resaltar que esta hipótesis en la cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio es construida, en parte, con “ayuda” del precedente constitucional sobre protección a la mujer embarazada en lo referente al pago de la licencia de maternidad. Se ve acá un interesante caso de “entrecruzamiento de líneas jurisprudenciales y de precedentes” plenamente justificado por tratarse ambas de un mismo tema: protección especial a la maternidad.

²⁰ En la lectura de las sentencias de la Corte, hemos identificado tres tipos de requisitos: a) falta de motivación de las decisiones de desvinculación que así lo requieran (es el caso de esta sentencia); b) falta de causal objetiva y relevante que justifique la desvinculación; y c) falta de autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada.

²¹ Como es sabido, en las sentencias confirmadoras se ve la aplicación a nuevos casos de la sub-regla establecida como precedente en las sentencias anteriores. Estas sentencias, que representan en número la mayoría de los pronunciamientos que conforman la línea jurisprudencial, reflejan el deber de obediencia que se tiene con respecto al precedente.

²² Como ejemplos de sentencias confirmadoras pueden citarse, entre otras, las siguientes: T-232 de 1999, T-315 de 1999, T-362 de 1999, T-375 de 2000, T-406 de 2000, T-778 de 2000, T-1569 de 2000, T-311 de 2001, T-367 de 2001, T-1201 de 2001, T-161 de 2002, T-206 de 2002, T-308 de 2002, T-352 de 2002, T-028 de 2003, T-113 de 2003, T-167 de 2003, T-1138 de 2003, T-063 de 2004, T-149 de 2004, T-416 de 2004, T-469 de 2004, T-176 de 2005, T-185 de 2005, T-228 de 2005, T-291 de 2005, T-834 de 2005, T-866 de 2005, T-873 de 2005, T-002 de 2006, T-014 de 2006, T-021 de 2006, T-053 de 2006, T-063 de 2006, T-070 de 2006, T-217 de 2006, T-325 de 2006, T-546 de 2006, T-673 de 2006, T-056 de 2007, T-145 de 2007, T-221 de 2007, T-354 de 2007. En las últimas sentencias de esta línea la Corte Constitucional, aplicando lo señalado en el artículo octavo del

3. JUSTICIA REGIONAL Y ACTIVISMO CONSTITUCIONAL

Muy numerosos han sido los esfuerzos legales por lograr llevar a un plano de justicia e igualdad las condiciones sociales, económicas y familiares de las mujeres en todo el mundo. La legislación internacional ha sido abanderada en este proceso. El Estado colombiano ha suscrito importantes convenios en este sentido, con lo que de alguna manera manifiesta su buena voluntad de lograr una igualdad real para hombres y mujeres. Sin embargo, no se puede creer ingenuamente que la existencia de manifestaciones legales escritas acerca de la igualdad de derechos y aseguramiento de los mismos es suficiente para el logro real de iguales condiciones para los grupos sociales en desventaja.

Los convenios suscritos por Colombia imponen a los Estados Partes la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera laboral, con el fin de asegurar a la mujer condiciones de igualdad con los hombres. El logro de esa igualdad hace necesario no sólo la garantía de unos derechos especiales como los expresamente consagrados en nuestra legislación, sino de unas acciones y políticas concretas. Pese a esta obligación aceptada, el Estado Colombiano parece haber limitado su actuar a la mera consagración legal de estos derechos, descuidando la realización de acciones y políticas públicas con el fin de garantizar que esta igualdad sea efectiva.

En gran medida, en virtud de lo anterior, las mujeres han encontrado en la actividad judicial un aliado para garantizar la efectividad de sus derechos; sin embargo esta aliado es insuficiente, pues la jurisprudencia garantista y progresiva de la Corte Constitucional que ha asumido el compromiso de hacer valer los derechos de

las mujeres, como fuente del derecho, libra una batalla en el campo jurídico colombiano con las arraigadas tradiciones legalistas en aras de ser reconocida como válida y de obligatorio cumplimiento; lo que ha hecho que su alcance aun no sea total.

Innegablemente las mujeres que acuden ante la jurisdicción vía tutela han encontrado una herramienta de defensa efectiva para quienes logran fallos positivos en las instancias judiciales o en sede de revisión de la Corte. Sin embargo, es también una herramienta sumamente limitada.

Los límites de esta herramienta se encuentran, principalmente, en el siguiente ámbito: El de las mujeres que acudiendo al amparo judicial no logran conseguir la defensa de sus derechos porque los jueces de instancia no aplican los precedentes constitucionales vigentes, porque su tutela no es revisado por la Corte Constitucional.

Es preciso señalar que de la revisión de los fallos de instancia se puede concluir que no existe aún una disciplina del precedente a nivel de los operadores judiciales de inferior jerarquía, quienes se han mostrado inicialmente resistentes frente a la adopción de las subreglas constitucionales.

Se tiene la idea de que los Tribunales y jueces superiores de las zonas de centro del país están más al día con las decisiones del Tribunal Constitucional. Sin embargo el estudio de líneas de decisión a nivel regional indica que aun es muy lenta la penetración de las doctrinas de la Corte Constitucional, y que los juzgadores de instancia siguen considerando improcedente la tutela en los casos en que la Corte ya se ha pronunciado sobre su procedencia.

Esto se puede afirmar a partir de una reciente investigación sobre este tema en el Distrito Judicial de Bucaramanga, en la cual se encontró que estos casos no son aislados y que son muchos los operadores judiciales que hacen caso omiso de la doctrina del precedente constitucional al continuar fallando apegados simplemente al texto le-

Decreto 2591 de 1991, les ha advertido a las actoras, en la parte resolutive de las sentencias que concede, que deben instaurar la acción ordinaria que resuelva de manera definitiva sus casos dentro del término máximo de cuatro meses.

gal. La investigación propuso hacer la construcción de las líneas jurisprudenciales al interior del Tribunal Superior de Distrito en los casos de los precedentes estudiados sobre protección a la maternidad. Se revisó un periodo correspondiente a los años 1998 - 2005. Se estudiaron todos los fallos que resolvieron apelaciones interpuestas ante Jueces del Circuito, las razones de los jueces de primera instancia y las razones de los Magistrados, esto con el fin de comparar si existía vinculación con las razones constitucionales a la hora de decidir los casos concretos.

En la línea observada se encuentra que los jueces no tienen en cuenta elementos tan importantes de análisis como la doctrina sobre vulneración al derecho al mínimo vital. Se encontró que los jueces que se separan del precedente constitucional no sustentan de ninguna manera el por qué de la separación con la doctrina constitucional sentada por la Corte. Sólo unos pocos jueces hacen alusión a las subreglas jurisprudenciales elaboradas por la Corte, pero su apreciación de los hechos no es correcta a la hora de empatarlos con las subreglas.

Este panorama que se observa a nivel general en las sentencias que revisa la Corte es el mismo en el caso de los Jueces del Circuito y Magistrados del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, considerada una zona de centro en donde convergen ocho Facultades de Derecho, y en donde existen recursos para acceder a la literatura jurídica y a la jurisprudencia, pero en donde aun existe un sistema judicial regional que se resiste a aceptar las nuevas jerarquías que impone la existencia de una norma fundamental.

En la Sala Civil y de Familia, por ejemplo, la adopción de las subreglas constitucionales fue realizada con una gran lentitud. En el caso del fuero legal de maternidad, el primer caso se resolvió en el año 2001, luego de tres años de consolidación del precedente en esta materia; y en este primer fallo se observa la falta de penetración de las subreglas jurisprudenciales para el caso.

Esto muestra cómo a pesar de la ardua tarea de la Corte, en virtud del mandato constitucional que le impone unificar jurisprudencia mediante la revisión de fallos de tutela, las regiones siguen mostrándose conservadoras de las formas que rinden culto excesivo al texto de la ley.

Esto se observa de algún modo también con el buen número de sentencias de tutela revisadas por la Corte. Aun hoy el trabajo de la Corte continúa evidenciando la falta de aplicación de las reglas constitucionales, a pesar de que existe desde hace ya mucho tiempo un precedente consolidado sobre a materia.

El mensaje que deja esta realidad es que el activismo constitucional debe redireccionar sus escenarios de batalla. El campo jurídico colombiano no sólo está compuesto por los Tribunales centrales y de élite, como lo es la Corte Constitucional, sino por una gran cantidad de jueces regionales que, al parecer, se siguen negando a aplicar ese “derecho progresista y garantista” que decimos tener en Colombia. Lo que pasa en la capital a nivel de altas Cortes debe tomarse como tarea bien adelantada y se debe dirigir la mirada hacia las regiones, hacia lo que sucede día a día en la justicia regional y que es, en últimas, el grueso de la aplicación de justicia en nuestro país.

A nivel regional existe no sólo un vacío frente al estudio de funcionamiento de la justicia, y en especial de la justicia constitucional, sino también un vacío frente al control social que se debe ejercer sobre los administradores de justicia, con el fin de que el activismo se constituya en un garante de la correcta aplicación de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE Javier, PABÓN Patricia. La protección a la maternidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: los casos de la estabilidad laboral reforzada y el pago de la licencia de maternidad. En: *Revista Humanidades UIS*, Vol. 36 No. 1, enero – junio de 2006. Bucaramanga: Ed. Universidad Industrial de Santander.

AUTORES VARIOS, *Mecanismos de protección y participación de la mujer*, Editorial Leyer, Colombia 2001.

BOURDIEU, Pierre. *La fuerza del Derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000.

CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, *Derecho constitucional jurisprudencial*. En: "Ámbito Jurídico" No. 204 Legis, Bogotá, 2006.

Código Sustantivo del Trabajo.

Constitución Política Colombiana.

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

COOK, Rebecca, *La responsabilidad del Estado según la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*", En: "Derechos Humanos de la Mujer", PROFAMILIA Bogotá, 1997.

Decreto 2591 de 1991.

LÓPEZ MEDINA Diego, *El Derecho de los jueces* Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

PABÓN MANTILLA, Ana Patricia. *Doctrina del precedente constitucional: aplicación de precedentes sobre protección a la maternidad a nivel judicial y en especial en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga*. Monografía de Grado.

Universidad Industrial de Santander. Bucaramanga, 2006.

Jurisprudencia Corte Constitucional.

Sentencia T-527 de 1992.

Sentencia T-606 de 1995.

Sentencia T-100 de 1994.

Sentencia T-311 de 1996.

Sentencia T-568 de 1996.

Sentencia C-710 de 1996.

Sentencia T-119 de 1997.

Sentencia C-470 de 1997.

Sentencia T-373 de 1998.

Sentencia T-426 de 1998.

Sentencia T-232 de 1999.

Sentencia T-315 de 1999.

Sentencia T-362 de 1999.

Sentencia T-365 de 1999.

Sentencia SU-995 de 1999.

Sentencia T-375 de 2000.

Sentencia T-406 de 2000.

Sentencia T-311 de 2002.

Sentencia T-851 de 2003.

Sentencia T-999 de 2003.

Sentencia T-796 de 2005.

Sentencia T-005 de 2006.

Sentencia T-092 de 2006.

Sentencia T-217 de 2006.

Sentencia T-056 de 2007.

Sentencia T – 122 de 2007.

Sentencia T – 232 de 2007.

Sentencia T-238 de 2007.

Sentencia T-354 de 2007.

Sentencia T – 368 de 2007.