

**PROTECCIÓN A LA MUJER  
TRABAJADORA EN LA  
CONSTITUCIÓN POLÍTICA  
DE 1991**

**DIANA MARÍA GÓMEZ DE ORTIZ.** Profesora de Derecho  
Laboral Individual en la Facultad de Derecho  
de la Universidad de la Sabana

## SUMARIO:

Introducción. 1. Antecedentes de la Constitución Política sobre la igualdad entre el hombre y la mujer. 1.1. Proyectos de actos reformativos presentados en la Asamblea Nacional Constituyente. 1.1.1. Proyecto N°3. 1.1.2. Proyecto N° 5. 1.1.3. Proyecto N° 9. 1.1.4. Proyecto N° 12. 1.1.5. Proyecto N° 16. 1.1.6. Proyecto N° 50. 1.1.7. Proyecto N° 90. 1.1.8. Proyecto N° 119. 1.1.9. Proyecto N° 125. 1.2. Proyectos no institucionales presentados a la Asamblea Nacional Constituyente. 1.2.1. Proyecto sobre derechos individuales y colectivos de carácter laboral. 1.3. Propuestas de organizaciones no gubernamentales. 1.3.1. Propuesta N° 4. 1.4. Ponencias presentadas por los Constituyentes. 1.4.1. Ponencia sobre el trabajo y el trabajador. 1.4.2. Ponencia-Informe sobre los derechos de la familia, el niño, el joven, la mujer y la tercera edad. 1.5. Documento inédito sobre la Carta de los derechos humanos. 2. Desarrollo constitucional sobre la igualdad entre el hombre y la mujer y la protección especial a la mujer. 2.1. Generalidades. 2.2. Igualdad. 2.3. Protección. 2.3.1. Factores biológicos. 2.3.2. Factores económicos y sociales. 2.4. Artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Política. 3. Desarrollo legal de la protección

especial a la mujer trabajadora en las normas laborales. 3.1. Igualdad de trabajadores. 3.2. A trabajo igual, salario igual. 3.3. Jornada nocturna prohibida en algunos casos para las mujeres. 3.4. Protección especial a la maternidad en el C.S.T. Conclusión.

## INTRODUCCIÓN

El hombre y la mujer son personas humanas, compuestas de cuerpo y alma, pero sexualmente diferentes. Esta diferencia ha originado la creencia que la mujer debe subordinarse al hombre, pues su naturaleza así lo ordena. Es así como la diferente estructura biológica entre el hombre y la mujer, ha trascendido en todos los campos, lo cual ha hecho necesario recordar que existe la igualdad entre los sexos, pero atendiendo las especiales circunstancias de unos y otros. Surge entonces el tratamiento privilegiado para la mujer trabajadora, constituyéndose simplemente en el trato distinto a ella, por ser distinta al hombre; sería una injusticia el trato idéntico para ambos sexos.

Este artículo pretende dar una visión general sobre los proyectos, propuestas y ponencias referentes a la igualdad entre el hombre y la mujer y la protección a la mujer, presentados en la Asamblea Nacional Constituyente, para después adentrarnos en el análisis de los artículos 13, 43 y 53 de la aprobada y promulgada Constitución Política de Colombia, concluyendo luego con algunos comentarios al Código Sustantivo del Trabajo sobre el tratamiento privilegiado a la trabajadora.

A la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente le correspondió tratar los siguientes aspectos: principios, derechos, deberes, garantías y libertades fundamentales; mecanismos e instituciones de protección; participación democrática, sistemas electorales, partidos políticos, estatuto de la oposición y mecanismo de reforma constitucional. A su vez, la Subcomisión Segunda, tuvo a su cargo la tarea específica de tratar los temas referentes a derechos, deberes, garantías y libertades fundamentales.

## 1. ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA SOBRE LA IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER Y LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LA MUJER

### 1.1. Proyectos de actos reformativos presentados en la Asamblea Nacional Constituyente

Fueron muchos los proyectos que se presentaron a la Asamblea Nacional Constituyente sobre el tema que nos ocupa; merecen destacarse los siguientes:

1.1.1. Proyecto No. 3. Autor: Guillermo Guerrero Figuroa. "Igualdad de trato sin discriminación alguna. No establecer distinción por motivo de raza, sexo, credo religioso, doctrina política o condición social, salvo las razonables excepciones expresamente señaladas"<sup>1</sup>.

Se incluía el concepto "razonabilidad" para indicar que sólo por ella habría excepciones a la igualdad de trato entre las personas.

Esa razonabilidad seguramente implicaba que de modo consciente y responsable se diera un trato preferencial a la mujer, por sus especiales condiciones. Consideramos entonces, que se integraba tanto el reconocimiento a la igualdad entre el hombre y la mujer, como la protección especial a ella.

1.1.2. Proyecto No. 5. Autor: Francisco Maturana. "Derecho a la igualdad. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades, deberes y oportunidades. Nadie puede ser objeto de ninguna forma de discriminación por razón de raza, sexo, idioma, religión, opinión, credo político, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición"<sup>2</sup>.

---

1 COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Proyecto No. 3, en *Gaceta Constitucional* N° 6, págs. 1-3. (En adelante se citará el número del proyecto y el número de la *Gaceta Constitucional* con la abreviatura GC y la correspondiente página).

2 Proyecto No. 5, GC No. 6, pág. 6.

Se aumentaba la lista del Doctor Figueroa, respecto a los criterios sobre no discriminación. Pero mientras el Doctor Figueroa se refería a la “libertad de trato”, el señor Maturana era más amplio, dando cabida a derechos, libertades, deberes y oportunidades.

1.1.3. Proyecto No. 9. Autores: Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño. “Todas las personas naturales son iguales ante la ley...”<sup>3</sup>.

Introducía el concepto de persona natural, diferenciando entonces la persona jurídica.

1.1.4. Proyecto No 12. Autor: Alfredo Vásquez Carrizosa. Hacía una lista de los derechos humanos, incluyendo el derecho a la igualdad política y civil<sup>4</sup>.

1.1.5. Proyecto No. 16. Autor: Angelino Carzón. Manifestaba que “el trabajo es un derecho y una obligación social, especialmente protegido por el Estado. La legislación social debe garantizar: ... La ayuda a la madre trabajadora independiente que careciendo de protección deberá recibir subsidio equivalente al salario mínimo por doce (12) semanas”<sup>5</sup>.

Curiosamente incluía solamente a la madre trabajadora independiente, excluyendo a la asalariada. ¿El subsidio hubiese sido solamente para la independiente?, ¿o no integró a la dependiente, por cuanto las normas laborales ya lo establecían así?

1.1.6. Proyecto No. 50. Autor: Antonio Navarro Wolff. Diferenció los derechos que “incorporamos, introducimos, mantenemos y precisamos”. Dentro de los derechos incorporados -que son los que por su aceptación universal identifican a una nación civilizada-, citó “la plena igualdad de la mujer en el ejercicio de los derechos”<sup>6</sup>.

---

3 Proyecto No. 9, CC No. 9, pág. 2.

4 Proyecto No. 12, CC No. 10, pág. 5.

5 Proyecto No. 16, CC N° 11, pág. 10.

6 Proyecto No. 50, CC N° 22, págs. 7-8.

Respecto a la igualdad, la redacción era muy parecida a los demás, pero manifestaba que la igualdad “no fuera objeto de ninguna forma de discriminación por nacimiento”.

1.1.7. Proyecto No. 90. Autores: Horacio Serpa Uribe, Guillermo Perry Rubio y Eduardo Verano de la Rosa. Este proyecto, a nuestro parecer, era el más completo y acertado, por cuanto consagraba la igualdad entre hombre y mujer y establecía la especial protección a la mujer, no solo en la época de la maternidad, sino asegurándole un salario igual que el del hombre por el mismo trabajo, entre otros.

“Artículo 2. En ningún caso podrán reconocerse a la mujer menos derechos que al varón”.

La redacción es más amplia. No se basaron en ningún criterio para establecer la igualdad entre el hombre y la mujer. Simplemente lo expresaron en una frase: “en ningún caso”.

“Artículo 3. La mujer trabajadora tendrá las mismas retribuciones por un trabajo igual que el varón trabajador. Las condiciones laborales deberán permitirle el cumplimiento de su esencial función familiar y asegurarle como madre y a sus hijos una especial y adecuada protección”.

Aunque las normas laborales (artículo 143 C.S.T.) consagran que no pueden establecerse diferencias en el salario por razón de sexo, existe la preocupación de estos autores en el sentido de que el hombre devenga más que la mujer a pesar de desempeñarse en un trabajo igual. Se aprecia claramente, la conciliación entre igualdad y protección especial.

Los autores citados en su exposición de motivos insisten que, respecto a normas, en Colombia se ha avanzado en el campo de la igualdad de derechos, pero en la práctica la discriminación consciente e inconsciente, sigue siendo generalizada. No bastaron la expedición del Decreto 2820 de 1.974 (estatuto de igualdad jurídica de los sexos), y la incorporación mediante la Ley 51 de 1.981 de la Convención de

la Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, pues ejemplos abundan sobre la discriminación a ella: el salario promedio de la mujer es la mitad del varón, y los oficios “netamente femeninos” son los menos remunerados<sup>7</sup>.

1.1.8. Proyecto No. 119. Autor: Francisco Rojas Birry. “Se reconoce la igualdad de derechos y oportunidades a las mujeres y a los hombres. El Estado protegerá especialmente a las mujeres contra toda violencia y discriminación, y les garantizará: 1) La participación efectiva en las esferas políticas, económicas, sociales y culturales. 2)... la atención en los períodos de embarazo, parto y lactancia, con especial protección del derecho al trabajo en estos casos”.

Mientras los anteriores constituyentes predicaban la igualdad de hombre y mujer en todos los casos, el señor Rojas Birry sostenía el reconocimiento de la igualdad de derechos y oportunidades. Además manifestaba que la mujer debía ser protegida contra toda violencia y discriminación, pero no tenía en cuenta que la protección se debía dar por sus especiales circunstancias. Así mismo incluía la especial protección del trabajo de las mujeres embarazadas, norma que ya está consagrada en el C.S.T. (fuero de maternidad).

Vale la pena resaltar que en su exposición de motivos textualmente se lee:

Se dirá que el pueblo es uno solo y que por tanto son preferibles los términos genéricos para denominar a la población y no entrar en el texto constitucional a mencionar hombres y mujeres. Sin embargo, si bien ser (sic) observa en la homogenización de los seres humanos es que se ha negado siempre el reconocimiento de las diferencias y en particular la de las mujeres, pues casi siempre los derechos se predicen como “derechos del hombre”, en una expresión donde sin razón han de entenderse incluídas las mujeres. De ahí que propongamos incluir textualmente a las mujeres y los hombres como diferentes que son, pero con igualdad en derechos y oportunidades<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Proyecto N° 90, GC N° 24, págs. 27-28.

<sup>8</sup> Proyecto N° 119, GC N° 29, pág. 6.

Efectivamente los hombres y mujeres son diferentes, y esa diferencia hace que su tratamiento sea distinto. Pero también son iguales, ya lo veremos, por su dignidad de personas.

1.1.9. Proyecto No. 125. Autor: Fernando Carrillo Flórez. Hacía una relación de los derechos fundamentales, entre los cuales citaba “El derecho a una remuneración por trabajo, suficiente para satisfacer las necesidades básicas del trabajador y de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de raza o de condición social”<sup>9</sup>.

Estimamos que fue una restricción el considerar como factores discriminatorios solamente la raza o la condición social, para efectos de un salario igual; pues en ninguno de éstos puede incluirse el sexo, y sabemos que en nuestro país la discriminación salarial por este concepto, es palpable.

## 1.2. Proyectos no institucionales presentados a la Asamblea Nacional Constituyente

1.2.1. Proyecto sobre derechos individuales y colectivos de carácter laboral. Autores: Instituto Andino de Trabajo y Federación de Trabajadores de Bogotá y Cundinamarca.

El título 2 (derechos individuales), capítulo V, se refiere al derecho de la mujer trabajadora:

Dentro del proceso de garantizar la igualdad en las condiciones de trabajo de la mujer respecto del hombre era obvio y natural que se llegara a la conclusión de que, si bien era justa la inquietud feminista de otorgar igualdad de oportunidades en el mercado de trabajo a las mujeres, se les diera a ellas -por excepción- un tratamiento especial en el caso de que resultaren en estado de embarazo durante el lapso del trabajo.

---

9 Proyecto N° 125, CC N° 31, pág. 2.

Nadie niega, por lo menos teóricamente, que el noble estado del embarazo de la mujer trabajadora merece un tratamiento privilegiado que va de la prohibición expresa del despido hasta la protección asistencial económica y en tiempo, durante las épocas de preparto, parto y postparto<sup>10</sup>.

### 1.3. Propuestas de organizaciones no gubernamentales

Organismos no gubernamentales, también se unieron a la Asamblea Nacional Constituyente, para presentar sus propuestas de reforma a la Constitución Política. Mencionaremos la siguiente:

1.3.1. Propuesta No. 4. Autor: Colegio de Altos Estudios Quirama. Respecto a la igualdad manifestó que “es prohibido establecer discriminaciones o privilegios basados en la religión, la clase social, la raza, las creencias ideológicas o políticas, o cualquiera otra condición personal o social”. Así mismo “se garantizan la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer...”<sup>11</sup>.

Creemos que dentro de la “otra condición personal” está el sexo, y por tanto al prohibirse establecer privilegios se estaría negando la protección especial a la mujer.

### 1.4. Ponencias presentadas por los Constituyentes

1.4.1. Ponencia sobre el trabajo y el trabajador. Autores: Guillermo Guerrero Figueroa, Angelino Garzón, Tulio Cuevas, Jaime Benítez, Guillermo Perry Rubio e Iván Marulanda<sup>12</sup>.

Uno de los títulos de esta ponencia se refiere a la protección a la maternidad y al menor. Recuerdan que el Convenio No. 3 (1.919) de

---

<sup>10</sup> Proyecto del Instituto Andino de Trabajo y Federación de Trabajadores de Bogotá y Guandianamarca, CC N° 72, pág. 14.

<sup>11</sup> Propuesta N° 4, CC N° 34, pág. 2.

<sup>12</sup> Ponencia sobre el trabajo y el trabajador, CC N° 45, pág. 10.

la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) sobre protección a la maternidad, se aplica a las mujeres que trabajan en la industria y en el comercio, especificando detalladamente las actividades que deben considerarse como "empresas industriales" o "comerciales". Se define el término mujer como "toda persona de sexo femenino cualquiera que sea su edad o nacionalidad, casada y no". Es así como dispone que toda mujer encinta tendrá derecho a abandonar su trabajo, mediante la presentación de un certificado médico que declare que el parto sobrevendrá, aproximadamente, en un término de seis semanas posteriores a él; recibirá prestaciones suficientes para la manutención en esta época de ella y su hijo; tendrá derecho a la atención médica gratuita; gozará de dos períodos diarios de lactancia de media hora cada uno, al regresar al trabajo; y no podrá ser despedida, y debe conservársele el empleo.

El Convenio 103 de 1952 revisó el anterior, reemplazando la expresión "empresas comerciales" por "trabajos no industriales", incluyéndose a las trabajadoras domésticas asalariadas, y a las trabajadoras agrícolas.

1.4.2. Ponencia-Informe sobre los derechos de la familia, el niño, el joven, la mujer y la tercera edad. Autores: Iván Marulanda, Jaime Benítez, Tulio Cuevas, Guillermo Perry, Angelino Garzón y Guillermo Guerrero<sup>13</sup>.

Respecto a la mujer, los ponentes sostienen que la sociedad no siempre estuvo dominada por el sexo masculino. Pero diferentes factores socio-culturales, relacionados con el proceso de la producción biológica de la raza humana y la distribución del trabajo, llevaron a la mujer a asumir las tareas domésticas. Esto fue definiendo valores, creencias y actitudes dentro de la sociedad que se tradujeron en actos discriminatorios, subordinación y subvaloración de la mujer.

En nuestro país, por ejemplo, en el campo político la mujer siempre ha estado a la zaga del hombre. "Es así como hasta 1932 se le consi-

---

13 Ponencia-Informe sobre los derechos de la familia, el niño, el joven, la mujer y la tercera edad. CC N° 49, págs. 2-6.

deró incapaz para manejar sus propios bienes; sólo hasta 1.957 pudo votar, es decir, ser ciudadana; y hasta 1.974 estuvo sometida a la potestad marital que le obligaba a llevar el apellido de su cónyuge”<sup>14</sup>.

Finalmente los ponentes, sobre la protección especial de la mujer, afirman que como gestadora de vida, cumple una función vital para el género humano. “Esa condición, que por siglos la colocó en una situación de inferioridad -aun cuando por esta acción pone en peligro su vida-, debe servir para enaltecerla (la negrilla es nuestra). Es indispensable, entonces, proteger a la mujer desde la infancia y prodigarle los cuidados que requiere para que pueda realizarse como individuo”<sup>15</sup>.

#### 1.5. Documento inédito sobre la Carta de los derechos humanos

Autores: Humberto de la Calle Lombana (Ministro de Gobierno) y Manuel José Cepeda (Consejero para la Asamblea Constituyente)<sup>16</sup>.

Respecto a la igualdad, dicen los Drs. de la Calle y Cepeda que este derecho no está consagrado en la Constitución vigente (1.886). De los varios (pero pocos) fallos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, no se concluye la definición de sus principales elementos, ni qué distinciones no son razonables sino discriminatorias, y por lo tanto, inadmisibles en una democracia. “Tampoco se han establecido las clasificaciones que no pueden ser toleradas por envolver, prima facie, una arbitrariedad, como podría serlo, por ejemplo, las que se basan en el origen étnico, el sexo y el parentesco”<sup>17</sup>.

Además señalan cómo la jurisprudencia ha enunciado dos principios abstractos para explicar sus fallos en esta materia. El primero consiste en afirmar que situaciones iguales requieren un tratamiento

---

14. *Ibidem*, pág. 5.

15. *Ob. y loc. cit.*

16. GC N° 126, págs. 5-6.

17. *Ibidem*, pág. 6.

igual y que situaciones disímiles requieran un tratamiento desigual. Pero no se han establecido las reglas para saber qué situaciones son iguales o desiguales, o los elementos relevantes o irrelevantes para considerar una u otra situación. El segundo se refiere a que cuando una ley es general, y por lo tanto igual para todos, no se viola el derecho a la igualdad. Este principio contradice el primero.

Y finalizan afirmando que:

Si se define la igualdad como igualdad de derechos, libertades y oportunidades seguirá predominando la concepción formalista que le ha quitado fuerza a este derecho. Si no hay criterios generales para orientar qué distinciones son legítimas y cuáles discriminatorias, o para establecer qué diferencias son relevantes cuando se cuentan dos situaciones y cuáles son irrelevantes, también subsistirán los vacíos de la jurisprudencia actual<sup>18</sup>.

## 2. DESARROLLO CONSTITUCIONAL SOBRE LA IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER, Y LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LA MUJER

### 2.1. Generalidades

La situación de desigualdad entre el hombre y la mujer, que ha existido desde siempre, hizo que las mujeres pensaran en revelarse. El pensamiento sobre la igualdad entre los sexos comenzó a rondar, al mismo tiempo que la protección especial a la mujer fue teniendo acogida en la normatividad.

Hoy en día los principios de igualdad de derechos y de oportunidades entre el hombre y la mujer han sido reconocidos en los organismos internacionales, así como en las Constituciones y leyes de la mayor parte de los países del mundo.

---

18 *Ibidem*, pág. 6.

La I Reunión de la Conferencia General de la O.I.T., celebrada en Washington en octubre de 1.919, puso de manifiesto la importancia social que tiene la protección del trabajo de las mujeres, su prohibición antes y después del alumbramiento, durante la noche o cuando se trate de actividades insalubres, y enunció el principio de salario igual para trabajo igual, sin distinción de sexo.

En la XXIX Reunión de la Conferencia General de la O.I.T. (Montreal, 1.946), se constituyó una organización permanente, encargada de velar, entre otros, por el mejoramiento de las condiciones de trabajo de las mujeres.

Así mismo, la XXX Reunión de la Conferencia General de la O.I.T. (Ginebra, 1.947), proclamó la no discriminación en concepto de raza, color, sexo, etc.<sup>19</sup>.

Entre los Convenios de dicha organización, se tienen los siguientes sobre el tema: Convenio No. 3 relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto; Convenio No. 4 sobre el trabajo nocturno de las mujeres; Convenio No. 100 sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por trabajo igual; y el Convenio No. 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La O.I.T. resulta entonces la primera en reconocer el tratamiento privilegiado a la mujer, tanto en la época del embarazo como del parto, y de prohibirle determinados trabajos por su carácter peligroso. Como siempre, el área laboral se adelanta a las demás ramas del Derecho, en este caso situando en un lugar muy especial, a la mujer trabajadora.

Ahora bien; en el preámbulo, y en algunos de los artículos de la Carta firmada en San Francisco el 26 de junio de 1.945, aparece el principio de igualdad sexual. La III sesión de la Asamblea General de la O.N.U., en su primera parte aprobó y proclamó, mediante la resolu-

---

19 MARSA VANCELES, PLUTARCO. *La mujer en el derecho político* (Pamplona, 1970), Einsa, págs. 81-83.

ción 217 del 10 de Diciembre de 1.948, un documento de gran trascendencia, constituido por la Declaración Universal de Derechos Humanos; se declara en él la igualdad de todos los seres humanos, sin distinción de sexo<sup>20</sup>.

Y en 1.979, la O.N.U. adoptó la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

La tendencia netamente igualitaria de los sexos, se vislumbra en todas las Constituciones posteriores a la I Guerra Mundial. Es así como la Constitución de Rusia de 1.936, manifestaba que la mujer goza de idénticos derechos que el hombre en todos los aspectos de la vida, incluso en el orden laboral (remuneraciones, etc.). La Constitución española de 1.931 declaraba que no podía ser fundamento de un privilegio jurídico, el sexo. La ley fundamental de la República Federal alemana establecía que hombres y mujeres son iguales y nadie puede ser perjudicado ni privilegiado a causa de su sexo. La Constitución italiana declara la igualdad de los ciudadanos ante la ley sin distinción de sexo, y entre otros dispone la igualdad de derechos de la mujer trabajadora. La Constitución de la República Oriental alemana consagraba el trato idéntico de hombres y mujeres. Y la Constitución francesa de 1.936 declara que la ley garantiza a la mujer, en todos los aspectos, derechos iguales a los hombres y previene una especial protección a la madre<sup>21</sup>.

Pero, ¿Por qué siempre que hablamos de tratamiento especial a la mujer, debemos hablar de igualdad? Veamos:

## 2.2. Igualdad

La igualdad tiene pluralidad de significados: conformidad, correspondencia, proporción, equivalencia, identidad. En su sentido sim-

---

20 MARSA VANCELLS, PLUTARCO, *La mujer en el derecho civil* (Pamplona, 1970), Eunsa, págs. 76-77.

21 ZARZALEJOS, J. A., *Derechos de la mujer*, en *Gran Enciclopedia del mundo*. Bajo los auspicios de don Ramón Menéndez Pidal. (Bilbao, 1963), Durvan S.A., tomo 13, pág. 647.

ple, es la conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, cantidad o calidad. Así mismo son sus significados diversos si se relaciona con el hombre: si se atiende a las condiciones naturales como criatura humana, o a sus características o cualidades como integrante de una sociedad organizada<sup>22</sup>.

Sea cual fuere el significado de la igualdad, las personas humanas nacen iguales, y deben conservar los mismos derechos. De acuerdo con la concepción agustiniana, "por ley natural no hay propiamente derecho de un hombre a mandar a otros. Dios ha sometido a los hombres los reptiles, los peces, los pájaros, pero no los demás hombres. El poder de los hombres sobre los animales, todo lo han recibido; como todos han sido creados a imagen de Dios y poseen un alma, siendo así -por naturaleza- iguales y libres"<sup>23</sup>.

Pero desde un punto de vista, los seres humanos son todos iguales; desde otro, son muy diferentes entre sí, por variadas características. Es así como "en términos más precisos se debe decir que cada hombre en ciertos aspectos es: a) parecido a todos los demás hombres; b) parecido a algunos otros hombres; c) diferente de todos los demás hombres"<sup>24</sup>. ¿Cómo se explica esto?: es parecido a todos los demás, pues los hombres tienen características biológicas, psíquicas y funcionales que constituyen la vida propiamente humana: tienen estructura parecida (cabeza, tronco, extremidades); realizan idénticas funciones (respiratoria, circulatoria, digestiva, etc.); sienten, tienen memoria, tienen imaginación. Es parecido a algunos, pues existen negros y blancos, mulatos y zambos, altos y bajos, gordos y flacos, hombres y mujeres. Y es diferente de todos los demás, por su unicidad. "Ser hombre quiere decir ser un individuo único, diferente de todos los demás, incanjeable, intransferible, singular, irreductible a cualquier otro"<sup>25</sup>.

22 CASTAGNO, ANTONIO. Igualdad, en *Enciclopedia jurídica Omnia* (Buenos Aires, 1962), Driskill S.A., tomo XIV, pág. 891.

23 *Ob. cit.*, pág. 897.

24 RECASÉNS SICHES, LUIS. Igualdad jurídica, en *Enciclopedia jurídica Omnia* (Buenos Aires, 1962), Driskill S. A., Tomo XIV, pág. 937.

Ahora bien; a pesar de las diferencias entre hombres y mujeres, desde el punto de vista de la dignidad de la persona, son esencialmente iguales entre sí. El ser humano “posee el rango ético de la persona, es decir, del ser que tiene fines propios que cumplir por sí mismo, mediante su libre conducta”<sup>26</sup>.

### 2.3. Protección

¿Por qué se debe proteger especialmente a la mujer, si estamos proclamando la igualdad? Este cuestionamiento, puede contestarse de la siguiente manera:

2.3.1. Factores biológicos. La mujer potencialmente es portadora de vida. El Papa Juan Pablo II en la Carta Apostólica “Dignidad de la Mujer” expresa que “La maternidad, ya desde un comienzo mismo, implica una apertura especial hacia la nueva persona; y éste es precisamente el ‘papel’ de la mujer. En dicha apertura, ésto es, en el concebir y dar a luz el hijo, la mujer ‘se realiza en plenitud a través del don sincero de sí’”<sup>27</sup>.

Pero, ¿Por qué debe predicarse la protección especial a la mujer por el don de la maternidad, si no puede ser madre si no hay un padre? Esta pregunta también se puede responder con diáfana claridad: “El hombre, no obstante toda su participación en el ser padre, se encuentra siempre ‘fuera’ del proceso de gestación y nacimiento del niño y debe, en tantos aspectos, conocer por la madre su propia ‘paternidad’”<sup>28</sup>.

Es esta la razón más importante y valedera. La mujer puede llevar dentro de sí, por nueve meses, otro ser. Y aunque el padre participa

---

25 RECASÉNS SICHES, LUIS. Tratado general de filosofía del derecho (México, 1959). Porrúa, págs. 246-259.

26 RECASÉNS SICHES, LUIS. Igualdad Jurídica..., cit., pág. 942.

27 JUAN PABLO II. Carta Apostólica *Mulieris Dignitatem*, VI, N° 18.

28 *Ibidem*.

en el proceso de la concepción, no está presente en el de la gestación, ni en el del nacimiento. Engendrar un hijo, y llevarlo dentro, es una de las más grandes cosas de la vida; además es la manera directa de participar en la conservación de la especie.

El médico español Don Gregorio Marañón se refería así a la diferencia entre los sexos: "El hombre, no nos cansaremos de repetirlo, es un motor, muscular y psíquico, provisto de un modo casi accesorio, de un órgano generador. La mujer es un gran mecanismo generador dotado de una sensibilidad exquisita para reaccionar ante el ambiente, en provecho del fruto de esa generación. Y cada uno tiene su aplicación en la marcha del mundo, como la tienen diferente el clavo y el martillo"<sup>29</sup>.

Para este autor, el hombre tiene un órgano generador, mientras que la mujer es un mecanismo generador. Se nota entonces, la importancia que se le da a la mujer, pues puede potencialmente dentro de sí, llevar vida; mientras que la función del hombre es depositar su semilla generadora en ella.

2.3.2. Factores económicos y sociales. La mujer, por su propia naturaleza, siempre ha desempeñado las labores domésticas. Administra el hogar, cuida de los hijos, atiende al marido. El hombre debe trabajar, y ella debe manejar los bienes que adquiere el jefe de familia. Pero luego, ambos deben salir de casa, para procurar el pan cotidiano, ya que el devengo del jefe no alcanza para satisfacer las necesidades. Así, la mujer trabaja en su hogar y fuera de él; sigue teniendo sus responsabilidades en la casa, adicionalmente a sus obligaciones en el trabajo.

Para Don Gregorio Marañón, una buena madre durante los años de fecundidad, que son centrales en su vida, no podrá ser otra cosa que madre. No estaba de acuerdo con que las madres trabajaran, a pesar de que en algunas fábricas hacían compatible el trabajo con la fun-

---

29 MARAÑÓN, GREGORIO. Tres ensayos sobre la vida sexual, capítulo II Maternidad y feminismo (diferencia biológica de la actividad de cada sexo) (Madrid, 1927), Biblioteca Nueva, págs. 124-125.

ción maternal; y añadía que solo la razón económica -que consideraba vergonzosa- podía prevalecer sobre las razones naturales que aconsejaban la supresión del trabajo sistemático de las madres. Si no había padre, el Estado debía sostener a la mujer madre.

Y encontraba otros argumentos para su tesis sobre la incompatibilidad entre la maternidad y el trabajo físico: "En la naturaleza, la hembra-madre no trabaja en ninguna especie zoológica. Y hay una república animal, la más perfecta de cuantas pueblan el mundo, la de las abejas, en la que se da el hecho ejemplar de que la hembra que procrea, la reina, queda eximida de toda otra labor; y el enjambre de las hembras obreras no son aptas, en cambio, para ser fecundadas"<sup>30</sup>.

Al respecto, podemos afirmar que la maternidad no es la única manera de realización de la mujer; otra forma de realización, es el ejercicio de su profesión. Y en la época en que vivimos, es casi indispensable que hombre y mujer trabajen, para poder subvenir a las necesidades del hogar, sea la mujer madre, o no lo sea.

Analizados estos dos factores, podemos concluir que la protección a la mujer trabajadora se debe dar en razón de su misma naturaleza, y de las responsabilidades que tiene dentro y fuera del hogar, sin olvidar que la igualdad debe existir entre los sexos, pero jamás en forma absoluta, pues la plena igualdad que no tiene en cuenta las exigencias de cada sexo, degeneraría en injusticia. "La igualdad de los sexos habrá de regir sobre una base de justicia y ésta exige tratar desigualmente cosas que son desiguales"<sup>31</sup>.

Podría decirse que entre varón y mujer hay igualdad en derecho, esto es, son personas, sujetos de derecho con la misma intensidad y dignidad: la personalidad jurídica es absolutamente igual en el varón y en la mujer; pero no igualdad de derechos, esto es, varón y mujer no tienen el mismo número de derechos, no sólo porque pueden en-

---

30 (Maternidad y trabajo físico son incompatibles). *Ibidem*, págs. 116-118.

31 ZARZALEJOS, J.A. *Derechos de ...*, cit., págs. 646-647.

contrarse en situaciones jurídicas diversas<sup>32</sup>, sino por la especial protección que la ley le brinda a la mujer.

#### 2.4. Artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Política

Con los conceptos claros sobre igualdad y protección, podemos dar comienzo al análisis sobre los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Política.

El artículo 13 de la Constitución reconoce la igualdad de todas las personas ante la ley, las que recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, entre otras. Además establece que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados; y protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. El artículo 43 establece la igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer; afirma que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Y que durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado. Y el artículo 53, incluye entre los principios mínimos que el estatuto del trabajo debe tener en cuenta, la protección especial a la mujer, y a la maternidad.

A simple vista, parece que los artículos mencionados se contradicen, pues ¿cómo se predica la igualdad entre el hombre y la mujer, si a ésta última debe dársele especial protección? Pero la contradicción realmente no existe. Veamos cómo se concilian esos tres artículos:

La Corte Constitucional, en la sentencia T-523 a la letra dice:

Este principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los des-

---

32 HERVADA, JAVIER. *Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer, en Escritos de derecho natural* (Pamplona, 1986), EUNSA, pág. 591.

iguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos.

Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.

Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas, ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano<sup>33</sup>.

Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga el Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

Con gran claridad en esta sentencia se concluye que así deba existir una igualdad, ésta no puede ser absoluta, pues debe mirarse la misma naturaleza para saber qué atenuaciones se deben hacer. Con base en ello podemos afirmar que la mujer no sólo debe tener los mismos derechos que el hombre (**igualdad en derecho**), sino una **especial protección** con la que se le reconocen más derechos (**desigualdad de derechos**) por sus especiales condiciones, entre las cuales está el ser madre y el tener a su cargo las responsabilidades del hogar y de su trabajo.

Es así que la igualdad está íntimamente ligada con la justicia. Ser tratado con justicia es equivalente a ser tratado de un modo igual. En principio, como la ley vale para todos, crea una igualdad formal, pues sea lo que fuese que corresponda al individuo, todos deben ser trata-

---

33 COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela 523, septiembre 13 de 1992, en Gaceta Constitucional. M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón, tomo 5, 1992, pág. 299.

dos igualmente según la ley. Pero en la idea de la justicia, radica también una referencia material a la igualdad. De todas formas, la justicia es “dar a cada uno lo suyo”, mas no dar a cada uno lo mismo<sup>34</sup>.

Así entonces, se debe tratar de un modo igual a los iguales. Pero los hombres y las mujeres son diferentes, y según esta diferencia, deben ser tratados desigualmente; ese trato desigual debe ser privilegiado para la mujer, por sus esenciales características. La igualdad se predica respecto de los derechos que le pertenecen a toda persona humana por el hecho de serlo; y el tratamiento especial a la mujer, por su naturaleza que la hace potencialmente portadora de vida, a la par con el compromiso de cumplir con otras tantas responsabilidades.

“La igualdad pura y simple debe proclamarse respecto de la dignidad individual y de los derechos fundamentales. Es decir, la igualdad de lo idéntico debe aplicarse a aquello que pertenece a la esencia de lo humano, a aquello que es universal para todos los hombres”<sup>35</sup>.

Así las cosas, surge la aclaración respecto al contenido de los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Política. El artículo 13 establece una igualdad entre el hombre y la mujer, porque por su dignidad individual son iguales; se trata de la igualdad aritmética o conmutativa, que da a todos lo mismo; la mujer no puede tener menos derechos que el hombre. El artículo 43, consagra la igualdad proporcional, originada en las diferencias que existen entre el hombre y la mujer; así, a la mujer no se le deben conceder menos derechos que al hombre (no se le puede discriminar), pero sí se le pueden otorgar más, dando lugar a la protección especial, basada en su naturaleza excepcional de ser portadora potencial de vida, y en sus responsabilidades simultáneas en el hogar y en el trabajo. Y el artículo 53 que contiene los principios mínimos que el estatuto del trabajo debe tener en cuenta, menciona la protección especial a la mujer y a la maternidad, desde el

---

34 RECASÉNS SICHES, LUIS. *Igualdad...*, etc., pág. 946.

35 *Ibidem*, pág. 948.

punto de vista laboral y de seguridad social, con fundamento también en la igualdad proporcional.

Se determina entonces, cuáles desigualdades deben ser consideradas irrelevantes para el Derecho, o al menos para algunas normas jurídicas. Así, desde el punto de vista de la dignidad de la persona humana y de sus derechos fundamentales, no debe haber ninguna diferenciación (artículo 13). Pero desde otro punto de vista, la distinción entre los sexos, debe producir efectos (artículos 43 y 53), como en el caso del fuero de maternidad, pues es solamente a las mujeres, y aún más, a las mujeres en estado de gravidez, a las que se les debe proteger. Adoptando la misma medida, se otorgan porciones desiguales al hombre y a la mujer, para lograr una verdadera igualdad; porque “la fórmula de la desigualdad proporcional consiste en dar a cada uno lo que le corresponde por razón de su desigualdad, sólo que midiendo todas las desigualdades con criterios iguales”<sup>36</sup>.

Por ello, la mujer, teniendo iguales derechos que el hombre, debe ser tratada de distinta manera, por la diferencia biológica respecto al hombre, que la hace ser especialmente protegida.

El dar a cada uno lo suyo, no puede ser interpretado de modo tal, como dar siempre, en cualquier situación, en todos los casos, a cada uno lo mismo.

### 3. DESARROLLO LEGAL DE LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LA MUJER TRABAJADORA EN LAS NORMAS LABORALES

La legislación laboral no se ha marginado de la protección especial que debe darse a la mujer trabajadora, ni de la igualdad que debe reinar entre los trabajadores, sin distinción de sexo.

Ahora bien; además de la consagración de normas especiales para la mujer en el C.S.T. se han adoptado los siguientes Convenios de la

---

36 Ob. cit., pág. 949.

O.I.T.: Los Convenios Nos. 3 y 4, por medio de la Ley 129 de 1.931. El Convenio No. 100, por medio de la Ley 54 de 1.962. Y el Convenio No. 111, por medio de la Ley 22 de 1.967. El Decreto Ley No. 1398 de 1.990 desarrolla la Ley 51 de 1.981 que aprobó la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la O.N.U. en 1.979.

### 3.1. Igualdad de trabajadores (artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo)

A pesar de ser anterior el C.S.T. a la nueva Constitución Política, ya se establecía en la normatividad laboral el principio de la igualdad de los trabajadores, manifestándose que todos los trabajadores son iguales ante la ley y tienen la misma protección y garantías.

Así mismo, el artículo 9º del Decreto 1398 de 1.990, reglamentario de la Ley 51 de 1.981, señala que no habrá discriminación de la mujer en materia de empleo, y que en consecuencia se le dará igual tratamiento que al hombre en todos los aspectos relacionados con el trabajo, el empleo y la seguridad social, especialmente en lo relacionado con<sup>37</sup>:

- a) Igualdad de oportunidades para el acceso a todo tipo de empleo;
- b) Igualdad de derechos y obligaciones frente a toda clase de ocupación;
- c) Iguales criterios para la convocatoria, selección e incorporación al mercado de trabajo;
- d) Libre elección de profesión, ocupación y tipos de adiestramiento;

---

37 RÉGIMEN LABORAL COLOMBIANO (actualizado a Noviembre de 1994), Santafé de Bogotá, D.C., Legis. pág. 21.

e) Igualdad en la remuneración, prestaciones y evaluación en el desempeño;

f) Igualdad en la seguridad social, en las condiciones de trabajo y demás sistemas de protección existentes;

g) Igualdad en el matrimonio, relaciones familiares, el estado civil, los servicios sociales relacionados con la responsabilidad en la crianza y educación de los hijos, y

h) Igualdad en la protección durante el embarazo, parto y período posterior al parto.

Respecto al literal "h" debemos afirmar lo siguiente: no puede pretenderse la igualdad entre el hombre y la mujer en la protección durante el embarazo, parto y período posterior al parto, si esta situación es exclusiva de la mujer. Consideramos que lo que se quiso fue establecer la igualdad de protección para todas las mujeres en esos períodos, sin distinción entre ellas. Pues las desigualdades existen entre grupos, pero entre los componentes de los grupos desiguales, no puede existir diferenciación; todas las mujeres, por razón de sexo, precisamente deben tener iguales derechos en cuanto a la protección a la maternidad, cuando llegue el caso.

### 3.2. A trabajo igual, salario igual (artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo)

En el segundo numeral se señala que no pueden establecerse diferencias en el salario, entre otros, por razones de sexo. Pero esta afirmación no es absoluta, por cuanto se refiere a la igualdad de condiciones y eficacia; la antigüedad en el trabajo y la experiencia adquirida son factores que deben tenerse en cuenta al determinar el salario que va a recibirse.

Lo que se pretende evitar es la discriminación que se origina en calidades biológicas, por ejemplo, que no tienen realmente ninguna relación con el trabajo objetivamente considerado<sup>38</sup>

---

38 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de Noviembre 14 de 1957, en Régimen laboral colombiano (actualizado a noviembre de 1994) Legis, pág. 429.

**3.3. Prohibición de trabajo nocturno de las mujeres, en algunos casos (artículo 1º del Decreto 13 de 1967 que modificó el artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, y artículo 11 del Decreto Reglamentario 995 de 1968)**

Las normas laborales también protegen a la mujer respecto a su jornada de trabajo. El artículo 9º del Decreto 13 de 1.967, modificatorio del artículo 242 del C.S.T., estableció que las mujeres, sin distinción de edad, no pueden ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial, salvo que se trate de una empresa en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia. Las mujeres no pueden laborar en trabajos de pintura industrial que entrañen el empleo de la cerusa, del sulfato de plomo o de cualquier otro producto que contenga dichos pigmentos. Tampoco pueden ser empleadas en trabajos subterráneos de las minas, ni en trabajos peligrosos, insalubres o que requieran grandes esfuerzos.

De acuerdo con algunos, las restricciones respecto a la actividad laboral de los menores, no debe extenderse al trabajo de las mujeres, como en este caso, pues lo que se debe es tratar de que la mujer trabaje en la mayor cantidad de actividades posibles. Consideramos que de todas formas, a ningún trabajador se le debe permitir desempeñar oficios en actividades peligrosas o insalubres, a ninguna hora del día, pues se atenta contra su propio ser. Cuando sea necesario el desarrollo de este tipo de actividades, las normas deben proteger de la mejor manera dichas actividades.

Cuando el artículo en comento se refiere a "la noche", se entiende el lapso de tiempo entre el ocultamiento del sol y su salida, mas no el trabajo nocturno comprendido entre las seis de la tarde y las seis de la mañana.

Se critica la redacción del articulado, por cuanto al referirse a empresa industrial, se está prohibiendo el trabajo en infinidad de actividades, entre ellas la de tejidos y bordados, tan comúnmente desarrolladas por mujeres.

Posteriormente aparece el Decreto reglamentario 995 de 1.968, que en su artículo 11 subsana las incongruencias del Decreto 13, así: entre las diez de la noche y las cinco de la mañana, las mujeres no pueden trabajar en las siguientes actividades: minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase; construcción, reconstrucción, conservación, reparación, modificación o demolición de edificios y construcciones de toda clase, como ferrocarriles, tranvías, puertos, túneles, etc.; y transporte de personas, o mercancías por carretera, ferrocarril, o vía marítima. Se aclara entonces lo concerniente a la actividad prohibida.

#### 3.4. Protección especial a la maternidad (Capítulo V, Título VIII del Código Sustantivo del Trabajo)

Según la Constitución Política de Colombia, entre los principios mínimos fundamentales que el estatuto del trabajo debe contener está la protección especial a la maternidad. Las normas laborales anteriores a la elevación a rango constitucional de este principio, consagraban ya el fuero de maternidad.

El artículo 34 de la Ley 50 de 1.990, que subrogó el artículo 236 del C.S.T. expresa que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, para la cual la trabajadora debe presentar al empleador un certificado, que según el Ministerio de Trabajo, no es necesario que sea suscrito por un médico de una entidad de seguridad social<sup>39</sup>. La madre puede ceder al padre del bebé una semana, la cual se sobreentiende que debe ser la primera, pues de lo contrario se estaría contrariando la filosofía de esta cesión, cual es la de acompañar a la madre y al recién nacido, en los primeros días de vida de éste.

La licencia por maternidad, de acuerdo con el mismo artículo 34 en su literal 4, se extiende a la madre adoptante del menor de siete (7)

---

39 MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Guía del inspector de trabajo, 1994, pág. 109.

años, y al padre adoptante que no tenga cónyuge o compañera permanente.

El artículo 237 del C.S.T. señala que la trabajadora que en el curso del embarazo sufra un aborto o un parto prematuro no viable, tiene derecho a una licencia de dos a cuatro semanas. Estimamos que cuando se refiere la norma a parto prematuro no viable, incluye dos situaciones: el bebé que nace muerto, y aquel que muere a las pocas horas de nacido; en ambos casos debe concederse a la madre la licencia correspondiente. En estos eventos, también es necesario que la mujer presente al empleador un certificado médico.

El artículo 238 del C.S.T., modificado por el Decreto 13 de 1.967, en su artículo 7 expresa que el empleador está obligado a dar a la trabajadora dos descansos de treinta minutos cada uno, dentro de la jornada diaria, para amamantar a su hijo, hasta que cumpla seis meses de vida. La época moderna hace casi imposible el desplazamiento de la madre a su hogar durante varias veces al día, por lo que se ha optado, sin perderse el sentido de esta prerrogativa, que la madre ingrese a laborar un poco más tarde de lo acostumbrado, que salga de trabajar más temprano, o en últimas, si trabaja los sábados, que no lo haga durante los seis primeros meses de vida del recién nacido, para cumplir con el descanso por lactancia que la norma ordena.

El artículo 239 subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1.990, prohíbe el despido de la trabajadora que se ha producido dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades pertinentes; la autorización que el inspector del trabajo o el alcalde municipal den, debe basarse única y exclusivamente en una justa causa de terminación del contrato. Si la trabajadora es despedida sin esa autorización, el empleador debe pagar una indemnización consistente en el equivalente a los salarios de sesenta días, fuera de las indemnizaciones por despido injusto (trátese de contrato a término indefinido, a término fijo, o por obra o labor contratada), y de las prestaciones a que haya lugar, además del pago de las doce semanas de descanso remunerado.

El artículo 241 del C.S.T., modificado por el artículo 8° del Decreto 13 de 1.967 indica que no producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en el disfrute de los descansos remunerados (licencia de doce semanas, licencia de dos a cuatro semanas en caso de aborto o de parto prematuro no viable, y descanso remunerado durante la lactancia) o en tal forma que al hacer uso del preaviso, éste expire durante esos descansos o licencias.

A simple vista puede parecer que estos dos últimos artículos se contradicen, pues mientras uno consagra una indemnización especial, el otro establece la nulidad del despido. Pero el carácter del artículo 239 es más general que el del 241. El primero hace referencia al período de embarazo (que incluye los nueve meses de gestación) y a los tres meses posteriores al parto, los que no necesariamente se encuentran ubicados dentro de la licencia de doce semanas, pues el literal c del artículo 34 de la Ley 50 de 1.990 que subrogó el artículo 236 expresa que la licencia ha de iniciarse por lo menos dos semanas antes del parto. El segundo se refiere a los períodos de licencia o descanso remunerado.

Así mismo, cuando el artículo 241 menciona la nulidad del despido, creemos que está expresando que en esos eventos la trabajadora debe ser reintegrada a su empleo, pues no es otro el significado que puede desprenderse de esta norma, a pesar de que en varias ocasiones la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el reintegro debe estar taxativamente consagrado en la ley. Consideramos que el hecho de que el artículo no mencione expresamente la palabra "reintegro", no está negando la posibilidad de que éste se dé; al contrario, más lo afirma, pues la nulidad implica que debe volverse a la situación anterior, y ésta no es otra que proseguir con la vinculación laboral de la trabajadora.

El Ministerio de Trabajo ha señalado que no será válido el despido de la trabajadora, aún indemnizándola, cuando éste se lleva a cabo dentro de los disfrutes de descanso remunerado por lactancia, y de licencia de las doce semanas, o durante el tiempo en que la trabajado-

ra esté incapacitada por enfermedad motivada por el embarazo o parto<sup>40</sup>.

Otra protección especial que se le concede a la mujer por razón de su maternidad es que si el empleador no cumple con la obligación de otorgar los descansos remunerados, la trabajadora tiene derecho, como indemnización, al doble de la remuneración de los descansos no concedidos (artículo 243 del C.S.T.).

Para concluir, basta expresar que al entrar a regir la Ley 100 de 1.993, las prestaciones económicas y asistenciales que se desprenden de la maternidad, deben ser asumidas por el I.S.S., y por las empresas promotoras de salud, de acuerdo a la reglamentación pertinente.

Según el artículo 157 de la Ley 100 de 1.993, los colombianos participarán de dos formas en el servicio público esencial de salud: en condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado, o temporalmente como participantes vinculados. Para los afiliados al sistema de seguridad social, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las entidades promotoras de salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes (artículo 207 de la Ley 100 de 1.993).

## CONCLUSIÓN

La mujer, a través de la historia, ha sido relegada a un segundo lugar, según algunos, por su naturaleza; pero este mito poco a poco ha ido perdiendo peso, comenzándose a hablar de la igualdad entre el hombre y la mujer, al mismo tiempo que propenderse por un tratamiento privilegiado a la mujer trabajadora.

Se entiende entonces que la mujer y el hombre, de acuerdo con su dignidad, son iguales; no debe tener la mujer menos derechos que el

---

40 *Ibidem*, pág. 109.

varón. Pero ella, por sus especiales condiciones, por su peculiar naturaleza, por sus responsabilidades, debe tener más derechos que el hombre, lo que da origen a la protección especial. Porque la sexualidad, siendo un mismo aspecto de la naturaleza humana, se diversifica en hombre y mujer originando una diferenciación, y por lo tanto un tratamiento distinto a la mujer, que lleva a afirmar que entre varón y mujer exista una igualdad en derecho, pero una desigualdad en los derechos, esto es, en el número de los derechos.

Dicha protección especial se configura en un tratamiento igual que el del hombre, en su status de trabajadora; una jornada de trabajo diferente a la del hombre, en algunas actividades riesgosas e insalubres; pero ante todo, una protección especial a la maternidad, concediéndole descansos y licencias remuneradas y prohibiéndole al empleador el despido en época de embarazo y parto.