

## **Fundamentos antropológicos y líneas generales del desarrollo dogmático de la protección a la maternidad como institución jurídica**

Camila Herrera Pardo\*

### **RESUMEN**

La protección de la maternidad es una institución jurídica compleja formada por reglas, principios y valores de diverso rango, que hunde sus raíces en la constitución ontológica del hombre como ser familiar. En la medida en que la protección a la maternidad comprende principios, ésta comporta necesariamente una exigencia constante de optimización y un llamado a la progresión, por lo que además de la consideración de las reglas existentes el científico del derecho está llamado a buscar medidas que salvaguarden de modo más perfecto la relación materno-filial.

### **ABSTRACT**

The legal figure of maternity protection is a complex juridical institution that contains rules, principles and values of a diverse nature. In virtue of the principles contained in this institution, the maternity protection necessarily implies an optimization requirement and a call to progression. This means that, beside the current rules of maternity protection, the scientific of law must look for new measures for the protection of the maternal-filial bond.

### **INTRODUCCIÓN**

---

Joven investigadora CAMILA HERRERA PARDO, miembro del Área de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana e integrante del Grupo de investigación en RAZONAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTO DEL DERECHO calificado en "A" por COLCIENCIAS.

Toda institución jurídica tiene su fundamento, sentido y fin último en la persona humana. Por un lado, tanto los deberes como los derechos establecidos o reconocidos (según sea su naturaleza) por el orden jurídico versan exclusivamente sobre la organización de la vida y la convivencia de los hombres: el derecho regula única y exclusivamente la vida social, no extiende su imperio a las leyes de la naturaleza física (v. gr. no determina la ley de la gravedad) y si por alguna razón se llegan a contemplar asuntos que, en principio pertenecen al orden fáctico más que al propiamente humano, como el aluvión o la muerte, es porque de alguna manera éstos afectan la vida de los hombres en sociedad y tienen repercusiones en el campo de las acciones libres.

Por otra parte, aunque existan derechos y deberes cuyo origen no radica en la voluntad de los hombres, es innegable que el modo en que incluso estos deberes se reconocen, se concretan y se hacen efectivos en el tiempo y en el espacio es eminentemente cultural. Por lo tanto, el ámbito de lo jurídico, en tanto que es cultural, es algo descubierto (en el caso del derecho natural), creado (en el caso del derecho positivo) y sobre todo vivido por hombres. El orden jurídico existe por y para los hombres.

Finalmente, y en relación con lo anterior, parece existir una clarísima relación entre la legitimación del orden jurídico y el fin de la felicidad humana. En efecto, aún desde un punto de vista de la mera eficacia, parece claro que ninguna regla sería aceptada si no condujese de algún modo a la felicidad del género humano, así sea únicamente mediante la disminución de los peligros que la amenazan, tal como lo confirma el hecho que incluso quienes han defendido formas totalitarias de Estado y la identificación de la ley con la omnímoda voluntad estatal hayan justificado tal sumisión bajo el argumento de que el sometimiento asegura al hombre algún grado de seguridad en sus bienes y al menos disminuye un estado que se estima aún peor que el de sometimiento. Así, por ejemplo, Hobbes justifica

la cesión casi total de derechos al Leviatán<sup>1</sup> en la suposición de que por medio del Pacto social el hombre puede salir del estado de guerra de todos contra todos<sup>2</sup>.

En vista pues de que todo el ordenamiento jurídico tiene como fundamento, destinatario y fin al ser humano y su felicidad, el entendimiento cabal de cualquier institución jurídica en particular -en este caso de la protección a la maternidad- sólo se logra en la medida en que se logre comprender su relación con algún aspecto de la felicidad humana. Y dicha comprensión exige, a su vez, una reflexión previa sobre la naturaleza y condición de quien es protagonista, destinatario y fin del derecho en general, es decir, el hombre. De este modo, se propone iniciar el estudio de la figura jurídica de la protección a la maternidad con una breve reflexión sobre los fundamentos antropológicos sobre los que ésta descansa, y en particular las notas de socialidad del hombre y la importancia del vínculo materno-filial en la formación del individuo, así como el papel de la familia como estructura básica de socialización. Vistos estos aspectos, la exigencia jurídica de proteger la institución familiar por medio de instituciones legales y constitucionales aparecerá como un claro epílogo de lo que es una necesidad ínsita en la constitución natural de las comunidades humanas. Por otra parte, se intentará demostrar que la maternidad, en tanto constitutivo de lo típicamente femenino, constituye un valor de inevitable protección en el contexto de una lucha jurídica por la igualdad entre los sexos.

## **1. LOS FUNDAMENTOS ANTROPOLÓGICOS DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD**

---

<sup>1</sup> Aunque es un punto común afirmar que Hobbes sostiene que uno de los efectos del Pacto Social es la cesión total de derechos de los individuos al Leviatán, lo cierto es que incluso en el contexto ideológico del totalitarismo hobbesiano se reconoce la imposibilidad de que el hombre transfiera el derecho a defender su vida y su integridad, tal como se puede leer en *Leviatán* I,14: “existen, así, ciertos derechos que a nadie puede atribuirse haberlos abandonado o transferido por medio de palabras u otros signos. En primer término, el hombre no puede renunciar al derecho a resistir a quien le asalta por fuerza para arrancarle la vida, ya que es incomprendible que de ello pueda derivarse *bien alguno para el interesado*”. (cursivas en el original).

<sup>2</sup> T. HOBBS, *Leviatán*, I, 13.

## 1.1 Socialidad del Hombre y papel de la familia como estructura de socialización y como escenario de realización personal

Pocas observaciones sobre el ser humano parecen más acertadas que aquella de Aristóteles según la cual el hombre es un *zoon politikón*<sup>3</sup>, un animal político, y por lo tanto, un ser cuya naturaleza no puede florecer ni realizarse sino en contacto con sus semejantes. En definitiva, un ser relacional que no puede llegar a ser él mismo fuera de la relación con los demás. En efecto, por más que sea posible concebir un hipotético “estado de naturaleza” en el que las relaciones entre los hombres no trasciendan lo esporádico, no parece existir gran discusión sobre el hecho de que en tal supuesto el ser humano no desarrolla aquellas capacidades y destrezas que en todas partes se tienen como propias y distintivas de lo humano, como el habla, el pensamiento lógico-discursivo<sup>4</sup> o la conciencia moral<sup>5</sup>.

El mismo Rousseau -que como es sabido defiende una postura contractualista acerca del origen de la sociedad y por tanto niega el estatus natural de socio- no puede dejar de reconocer que su ficticio “buen salvaje” es poco más que un animal<sup>6</sup>, con lo que muy en contra de su voluntad termina por corroborar la apreciación aristotélica de que “fuera de la sociedad el hombre es una bestia o un dios”<sup>7</sup>. Dicha apreciación, por lo demás, se puede verificar con experiencias

<sup>3</sup> Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, Libro I 1253 a y ss., y *Ética Nicomaquea*, IX, 9 1169 b.

<sup>4</sup> Al respecto es bastante ilustrativa la teoría de Lev VIGOTSKY, sobre el papel decisivo del lenguaje en el desarrollo cognitivo del niño. Cfr. L. VIGOTSKY, *Pensamiento y lenguaje. Teoría del desarrollo cultural de las funciones psíquicas*, Buenos Aires Fausto, 1993.

<sup>5</sup> El papel decisivo de la sociedad en el proceso de apropiación de las reglas morales ha sido ampliamente estudiado por la psicología y, por lo tanto, resulta difícil referir una bibliografía básica sobre este tema. Sin embargo, vale la pena resaltar por su importancia el clásico estudio de Jean Piaget, “*El criterio moral en el niño*” ( Barcelona, Fontanella, 1977) en el que se pone de manifiesto el modo en que el desarrollo de la conciencia moral se explica tanto en función del grado de desarrollo físico como por el tipo de relaciones sociales (de coerción o de cooperación). En definitiva, el desarrollo de la conciencia moral aparece en Piaget inescindiblemente ligado al desarrollo de diferentes tipos de relación social.

<sup>6</sup> “Despojando a este ser así constituido de todos los dones sobrenaturales que haya podido recibir y de todas las facultades artificiales que no ha podido adquirir sino mediando largos progresos; considerándole, en una palabra, tal como ha debido salir de manos de la naturaleza, veo un animal menos fuerte que unos, menos ágil que otros, pero, en conjunto, el más ventajosamente organizado de todos; le veo saciándose bajo una encina, aplacando su sed en el primer arroyo y hallando su lecho al pie del mismo árbol que lo ha proporcionado el alimento; he ahí sus necesidades satisfechas”. J.J ROUSSEAU. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Primera parte, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 122.

<sup>7</sup> Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, I, 1256 a.

documentadas como la de los casos del salvaje del Aveyron<sup>8</sup>, de “los niños lobos” de la India<sup>9</sup> o del “niño babuino”<sup>10</sup> de África del Sur, que sirven de prueba fehaciente de que por fuera de la sociedad un ser humano ni siquiera adquiere el desarrollo físico necesario para realizar las operaciones que le son más distintivas como proferir sonidos articulados o caminar erguido.

Dado pues que todo lo que corresponde al hombre por naturaleza se desarrolla y actualiza en el seno de la sociedad, o si se quiere, que el hombre natural se identifica con el hombre-socio, ha de considerarse de gran importancia todo aquello que determina la configuración del individuo como socio. A dicho proceso, que en definitiva no consiste en otra cosa que la incorporación de las reglas y principios sociales en la estructura psíquica y en la identidad del individuo, la sociología y otras ciencias sociales han designado con el nombre de *socialización*<sup>11</sup>. De más está advertir que dado que en buena parte la identidad del individuo como miembro de la sociedad se determina por el éxito del proceso de socialización (aunque no totalmente, porque lo contrario conllevaría necesariamente a negar la libertad), la salud social depende inexorablemente de la salud de las instituciones socializadoras.

Todo lo anterior es de especial importancia para el tema planteado de la protección a la maternidad, dado que es de común conocimiento que la principal y más natural de las instituciones socializadoras es la familia<sup>12</sup> y de allí que no se pueda establecer una disociación entre bienestar social y bienestar familiar. Dicha correlación, más que ser un lugar común del discurso social de todos los tiempos es una realidad evidenciable a través de hechos empíricos como el aumento

---

<sup>8</sup> Cfr. J. ITARD, *Memoria e informe sobre Víctor de l'Aveyron*. Madrid, Alianza, 1982.

<sup>9</sup> Cfr. C. LÉVI-STRAUSS. *Las estructuras fundamentales del parentesco*. México, Paidós, 1988. pág. 13.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Cfr. R. BURTON, J. WHITHING, F. GREENSTEIN, O. BRIM.. voz “socialización” en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Madrid, Aguilar. 1974 .

<sup>12</sup> Cfr. T. PARSONS y R. F. BALES *Family. Socialization and social interaction*. Routledge. 1993. Y N. EISENBERG. *Infancia y conductas de Ayuda*, Madrid, Ediciones Morata, 1999. Págs. 121 a 156.

correlativo de los índices de delincuencia<sup>13</sup>, suicidio infantil y adolescente<sup>14</sup>, drogadicción<sup>15</sup> e incluso psicopatía<sup>16</sup> y los de la desintegración familiar. Por esta razón se debe considerar también que la política social y su cristalización en estructuras jurídicas, solo pueden ser realmente eficaces en la medida en que protejan las estructuras sociales básicas, como la familia.

Por lo demás, es necesario recordar que la familia no solamente tiene valor en tanto institución socializadora básica sino que es también escenario de realización personal. La persona humana es un *ser familiar*<sup>17</sup>, esto es, un ser que llega a “ser plenamente” en la familia. En tanto escenario de la realización personal, la familia no solamente sirve de primera escuela y centro de crianza sino que se convierte en “centro de intimidad y de apertura”<sup>18</sup>, de la persona, escenario del dar-se del ser humano, del ejercicio de su despliegue donal. Como dice Viladrich, la familia es el escenario de nuestra identidad más profunda y exclusiva, “nuestro nombre más profundo está hecho de nombres familiares”<sup>19</sup>. De lo anterior se sigue que la protección jurídica de la familia no solamente tiene por objetivo el asegurar la correcta socialización del individuo (y por lo tanto actuar, en cierta medida como un mecanismo positivo de preservación de la armonía social) sino que apunta también a la protección del derecho a la autorrealización (libre desarrollo de la personalidad).

## 1.2 Las relaciones familiares básicas

<sup>13</sup> Sobre este tema es ya clásica la obra de S. GLUECK y E. GLUECK, *Family environment and Delinquency*. Boston, Houghton Mifflin, 1962. También puede se puede consultar el estudio de N. DENNIS. *Rising crime and the dismembered family*, London, The IEA Health and Welfare Unit.1993,

<sup>14</sup> Cfr C. PFEFFER. “Families of suicidal children” en.R.F.W.DIEKSTRA/ H.HAWTON.( Editors) *Suicide in adolescence* . Springer, 1997. Págs. 127 a 139 ver también C. MARTINEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el derecho de Familia*. Madrid, Rialp,1996, Página. 77.

<sup>15</sup> Cfr. The National Center on Addiction and substance abuse at Columbia University. *Family Matters: substance abuse and the American family*. New York, 2005. Especialmente las págs 1 a 5.

<sup>16</sup> Al respecto es interesante la tesis de Yolanda Pardo Clavellas. *El desenvolupament de la personalitat psicopàtica: pràctiques educatives parentals.i altres variables familiars*. Barcelona. 2007. Especialmente las páginas.81 a 211.

<sup>17</sup> Cfr,A. SIERRA LONDOÑO. “La persona humana, ser familiar” en AA.VV. *Manual de Educación sexual para la familia y el amor*. Bogotá, Procodes, 1998, Págs. 55 a 107

<sup>18</sup> Ibidem. pág. 69.y P.J. VILADRICH. *El valor de los amores familiares*. Madrid, Rialp, 2005. Pág. 13.

<sup>19</sup> Cfr. P.J. VILADRICH. *El valor de los amores familiares*.Ob. cit, Pág. 12.

Habiendo establecido que tanto el orden social como la realización personal dependen de la salud de la institución familiar, conviene analizar ahora el contenido básico de las relaciones de familia con el fin de determinar más claramente cuál ha de ser el objeto de protección de la política familiar y del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como advierte Martínez de Aguirre, quien acometa el estudio comparativo de las estructuras familiares en diferentes culturas, épocas y regiones habrá de encontrarse con el fenómeno del polimorfismo de la familia<sup>20</sup> (que no implica, como algunos creen la legitimidad de todas las formas de organización familiar ni la absoluta igualdad de valor entre ellas).<sup>21</sup> No obstante, al lado de esta variedad organizativa, es posible observar una estructura común de la institución familiar<sup>22</sup> siempre presente, por lo menos *ab initio* de las relaciones de familia. En esencia, estas relaciones básicas son la relación de sponsalidad entre varón y mujer (y figuras asimilables), la relación de paternidad y la relación de maternidad. Por lo tanto, la protección integral de la familia supone la protección de estas tres relaciones básicas<sup>23</sup>.

Al lado de estas relaciones familiares básicas habrá que considerar también una órbita de acción de la familia como sujeto social autónomo, y tal vez, “primordial sujeto social”<sup>24</sup> (incluso por encima del Estado), titular por ende de derechos (entre ellos derechos fundamentales) y de la protección estatal.

---

<sup>20</sup> Cfr. C.MARTÍNEZ DE AGUIRRE. *Diagnóstico sobre el derecho de familia*. Ob. Cit. págs.87 y ss

<sup>21</sup> Ibidem

<sup>22</sup> Ibidem

<sup>23</sup> Desde el punto de vista de una observación sociológica global, habría que señalar la que las relaciones sociales básicas son las de sponsalidad, paternidad-maternidad, y la de fraternidad.. (Cfr.A. MORENO.*Sangre y libertad*. Madrid, Rialp. Págs. 21 a 35). Sin embargo, en esta exposición se ha considerado al vínculo fraternal puesto que no hay una necesaria orientación a la fraternidad en el acto consuetudinario de la familia (matrimonio), ni en la inclinación sexual básica. En efecto, si se analiza la estructura de la inclinación sexual del ser humano se puede advertir tanto la inclinación a la unión esponsal como la inclinación a la generación.

<sup>24</sup> Cfr. P.J. VILADRICH. *La institución del Matrimonio: los tres poderes* Madrid, Rialp,2005. Página 77.

### 1.3. La relación familiar básica de la maternidad

Dentro del contexto antes descrito de las relaciones familiares básicas, cabe hablar de la relación de maternidad, entendida como el vínculo natural, social y jurídico que existe entre una mujer y su hijo. Se trata prioritariamente de una función social de carácter natural pero que también está atravesada por múltiples determinaciones culturales<sup>25</sup>, asentada ordinariamente sobre el nexo biológico de la consanguinidad, aunque también pueda surgir por virtud de la voluntad y del acto jurídico, como ocurre en el caso de la adopción.

Por más de que todo intento de conceptualización del vínculo materno-filial parezca condenado a ser insuficiente frente a la inefabilidad que comporta la vivencia de tal relación, se puede intentar definir a la maternidad como una forma de parentalidad cuya diferencia específica es que su principio informador se halla en el modo de ser femenino. Lo anterior supone que la comprensión (posible) de la realidad del vínculo materno-filial exige la reflexión sobre la naturaleza del vínculo de parentalidad-filiación, para luego entender la especificidad propia de la maternidad.

En primer lugar, se puede definir la parentalidad como la relación genérica entre los padres y el hijo. Aunque surgida ordinariamente a partir de la generación física, lo esencial de este vínculo no radica tanto en el nexo físico de la consanguinidad (o “producción” del hijo) como en el acto de recepción, aceptación y acogida de un nuevo ser<sup>26</sup>, que es fin en sí mismo frente a sus padres y no propiedad o derecho

---

<sup>25</sup> Cfr. C. LÉVI-STRAUSS. *Las estructuras fundamentales del parentesco*. Ob. Cit. págs.. 140 y ss., A. APARISI. “Las nuevas técnicas reproductivas” en A. APARISI y J. BALLESTEROS. Eds. *Por un feminismo de la complementariedad. Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*. Pamplona. Eunsa.2002. pág.

<sup>26</sup> Cfr. J.F. SELLÉS. *Antropología para inconformes*. Madrid.Rialp.2006. págs.. 345 y ss, A. APARISI. *Varón y mujer complementarios*. Madrid, Palabra, 2007 pág. 67.

(en sentido absoluto<sup>27</sup>) de éstos<sup>28</sup>. En este sentido, cabe reiterar, el nuevo ser se presenta ante sus padres no como “producto”, “obra” u “objeto”, sobre el cual cabe disposición y frente al cual hay relación de suidad y propiedad, sino como sujeto frente al cual hay relaciones jurídicas, morales y familiares. A lo anterior, cabe añadir que la relación de parentalidad no sólo implica un *recibir* al hijo sino que, a partir de esta recepción, supone un *dar-se* especial. De alguna manera los padres, “salen de sí”, se “dan a sí mismos” para que el hijo se pueda encontrar a sí mismo, incorporarse a la sociedad y realizarse como persona. En otras palabras, los padres se “dan a sí mismos” en la “formación” del hijo.

Habiendo señalado muy someramente el concepto general de la parentalidad, se debe añadir que la maternidad corresponde de modo exclusivo y excluyente a la persona en cuanto mujer y, por lo tanto, constituye un modo de realización típicamente femenino, que al decir de la filósofa Blanca Castilla radica en una forma de apertura personal “hacia adentro”, es decir, una apertura de acogida y cuidado, de incorporación a sí<sup>29</sup>. La mujer es, pues, un ser cuya vocación a la coexistencia y la donación (propia de todo ser humano) se realiza en forma de una “coexistencia-en”, así como lo típicamente masculino se realiza por medio de una “coexistencia-desde”<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> En este punto es necesario distinguir entre dos sentidos que puede tener la noción de “derecho al hijo”: Si se considera en un sentido absoluto, la idea de derecho al hijo comporta una cierta propiedad de los padres sobre éste y, por lo tanto una cosificación del ser humano. Sin embargo, en sentido relativo, la noción de derecho al hijo aparece referida al derecho que existe al reconocimiento de la relación de paterno-filial (desde el momento mismo de la concepción) y de sus consecuencias jurídicas. Esta segunda acepción es plenamente legítima..

<sup>28</sup> Al respecto son bastante dicientes las palabras de la Prof. Ana Marta González: “Los hijos de los seres humanos son seres humanos. Como tales son bienes en sí mismos; pero no son un derecho de los padres. Si el lenguaje de los derechos fuera adecuado en este contexto más bien habría que decir lo contrario: que los padres son derecho de los hijos en la medida en que los padres son responsables de sus hijos: de que lleguen a desarrollar su humanidad plenamente”. A. M. GONZÁLEZ. *Claves de ley natural*. Madrid, Rialp. 2006. Pág. 139, Cfr asimismo. A. APARISI MIRALLES. *Varón y mujer complementarios*. Ob. Cit Pág. 67.

<sup>29</sup> “Para decir de un modo resumido el distinto modo que tienen de abrirse y darse el varón y la mujer, se puede decir que la apertura constitutiva que tiene cada persona tiene dos modalidades: el varón se abre de un modo peculiar: hacia afuera. La mujer se abre a los demás con su modo: acogiendo”. B. CASTILLA. “Lo masculino y lo femenino en el siglo XXI” en A. APARISI y J. BALLESTEROS. *Por un feminismo de la complementariedad*. Ob. Cit. pág 44.

<sup>30</sup> Ibidem. pág. 45.

El análisis de la relación materno-filial desde la perspectiva de la realización humana, exige la consideración de la realización personal del hijo en virtud de la relación con la madre y de la realización personal de la madre en su rol respecto del hijo. El primer punto es el que mayor atención ha recibido por parte de la psicología y del psicoanálisis que, desde diversas perspectivas, coinciden en ver en la función materna<sup>31</sup> uno de los elementos de mayor peso en la configuración de la estructura psíquica del individuo, especialmente durante los primeros años de la vida, en los que la absoluta dependencia e indigencia del infante hacen que la figura materna sea prácticamente omnipotente<sup>32</sup>. En efecto, es a partir del vínculo inicial que se forma entre la madre (o quien asuma su función) que se configuran las ulteriores relaciones con el mundo y con los semejantes (incluyendo la relación con el padre). La relación materno-filial es, por lo menos desde la perspectiva del nuevo ser, el vínculo fundamental, la relación matriz y básica de la cual ha de emanar toda la ulterior actividad relacional y de la cual depende en muy buena medida la futura estabilidad mental y afectiva del individuo<sup>33</sup>.

Por otra parte, la maternidad implica una forma de realización personal de la mujer (aunque desde luego, no toda la realización personal femenina se agota en la maternidad ni es absolutamente necesaria la efectiva maternidad para la realización personal de ésta). En efecto, como ya se dijo *ad supra* el hombre es un ser relacional y donal que llega a ser él mismo en la medida en que se da a los demás, y no un simple átomo hiperindividualizado cuya realización excluye a sus semejantes. Más aún la vocación a la relación y a la donación se realizan de modo

---

<sup>31</sup> La función materna no se identifica con la relación materno-filial, en el sentido de que aunque comporta un conjunto de capacidades y roles que son propios de “la madre” pueden llegar a ser ejercidos por terceros,

<sup>32</sup> “El estado de desamparo, inherente a la dependencia total del pequeño ser con respecto a su madre, implica la omnipotencia de ésta. Influye así en forma decisiva en la estructuración del psiquismo, destinado a constituirse enteramente en la relación con el otro” J. LAPLANCHE y J.B. PONTALIS. *Diccionario de Psicoanálisis*. Barcelona. Ed. Labor. 1971. Pág. 93

<sup>33</sup> Sobre este punto han sido especialmente significativas las aportaciones de la teoría de John Bowlby, quien en un extenso informe presentado ante la organización mundial de la salud insistió la importancia superlativa del cuidado materno en el desarrollo mental y psicológico del niño, advirtiendo sobre las irreparables secuelas que puede producir la “deprivación materna” (cfr. J. BOWLBY. *Maternal Care and Mental Health*. *World Health Organization*., Geneve, 1952). También sobre este punto cabe resaltar la insistencia de WINNICOTT, en que el desarrollo psíquico del individuo depende de la estabilidad del vínculo madre-lactante, y en que solamente una madre “suficientemente buena” es capaz de dejar aflorar el “verdadero-self” del niño.

especialmente intenso en el contexto de la sociedad familiar, según se ha dicho *ad supra*. La maternidad-paternidad es, además, de ordinario la cristalización de la donación típica de la esponsalidad y la más nítida manera de hacer que el amor trascienda y se perpetúe.

Esta concepción es contraria a los postulados del feminismo radical de la segunda mitad del siglo XX, a la luz del cual las instituciones del matrimonio, la familia y la maternidad constituyen el origen y la perpetuación de la opresión de la mujer<sup>34</sup> por el hombre y la anulación de la posibilidad de relaciones verdaderamente recíprocas entre ambos sexos<sup>35</sup>. Ahora bien, no se puede dejar de reconocer que la crítica de este movimiento a los esquemas machistas de organización social tiene varios aciertos, el principal de los cuales consiste en llamar la atención sobre la injusticia que comporta *limitar* toda la función de la mujer a su papel de madre, con la consecuente negación de cualquier otra forma de desenvolvimiento personal, especialmente en los ámbitos “públicos”. Sin embargo, tan nocivo como la *limitación* de la mujer a la maternidad y la esponsalidad, resulta la negación de estas dimensiones que, como bien señala la Profesora Martha Miranda, es producto de una infravaloración del ámbito de lo privado frente a una exacerbación de la estima de la dimensión pública<sup>36</sup>. En consecuencia, la reivindicación que el feminismo radical hace de los derechos de la mujer en el ámbito público, termina por comportar una restricción igual o peor que la que combate, pues al hacer irrelevante la esfera de lo familiar aleja a la mujer de un bien humano básico, y del despliegue de su yo más íntimo, que sólo florece en la familia<sup>37</sup>. En consecuencia, la reivindicación de los derechos de la mujer exige que se proteja tanto la órbita familiar y de la realización del yo más íntimo como los derechos concernientes a su participación en la vida pública.

---

<sup>34</sup> Al respecto es especialmente ilustrativo los capítulos que “El Segundo Sexo” de Simone de Beauvoir, dedica a las figuras de “la esposa” y de “la madre”. Cfr. S. DE BEAUVOIR. *El segundo Sexo*. Buenos Aires, Siglo XX 1962.

<sup>35</sup> Cfr. M. MIRANDA. *Aproximación a los orígenes históricos de la ideología de género*. (trabajo de investigación). Universidad de Navarra, Pamplona, 2008. Págs.71 a 88.

<sup>36</sup> Ibidem. Págs. 84 a 88.

<sup>37</sup> Cfr. P.J. VILADICH. *El valor de los amores familiares*. Ob.cit.

## 2. DE LOS BIENES HUMANOS BÁSICOS A LAS PRIMERAS EXIGENCIAS DE LA CONSTITUCIÓN EN SENTIDO MATERIAL

Las líneas anteriores permiten concluir que la familia constituye un ingrediente fundamental de la felicidad humana y un condicionamiento del florecimiento personal del hombre<sup>38</sup>. En otras palabras, se ha concluido que la familia constituye lo que la nueva escuela anglosajona del derecho natural llama un “bien humano básico”<sup>39</sup>. Esta consideración de la familia como uno de los componentes fundamentales de la realización humana (y de la salud social) no constituye únicamente una aserción fáctica (una premisa óptica) sino que contiene una dimensión deontológica imposible de soslayar<sup>40</sup>.

En efecto, la orientación a la realización personal –que constituye la felicidad en sentido clásico<sup>41</sup>– insita en la constitución misma del ser humano, no comporta de suyo una necesidad fáctica y causal (el hombre ha de ser necesariamente feliz y) sino una necesidad de orden práctico o deontológico (el hombre *debe ser* feliz y realizar todo aquello que conduzca a su realización). De esta manera, la constitución antropológica resulta ser la primera fuente de deberes prácticos. Dichos deberes, pueden contemplarse, a su vez, de dos maneras diferentes: en primer lugar, cabe considerarlos como exigencias morales que atan al individuo en su fuero interno (*el hombre tiene el deber moral de buscar aquello que lo realice personalmente*) y en segundo lugar, la propia realización y los elementos que la componen o que son medios imprescindibles para alcanzarla, pertenecen a las personas, son “cosas suyas”, “debidas”, o “justas” ,cuyo título es la naturaleza exigente del ser humano. En este sentido, al hablar de la constitución finalista del

<sup>38</sup> Cfr. A.GÓMEZ LOBO. *Morality and the human goods*, Washington. D.C, Georgetown University Press, 2002. Pág. 9.

<sup>39</sup> Cfr. A. GÓMEZ LOBO. *Ibidem* págs. 13 y ss. y J. FINNIS. *Aquinas: Moral, political and legal theory*. Oxford, Oxford University Press, 1998. Págs.143 y ss.

<sup>40</sup> Cfr. J. HERVADA. *Introducción crítica al derecho natural*. Bogotá, Temis, 2000. Págs. 130 y ss.

<sup>41</sup> Cfr. La afirmación aristotélica de que la felicidad consiste en la actividad conforme a virtud, esto es, conforme al hábito perfectivo de las potencias humanas. Cfr. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, I, 8, 1098b 10 y ss.

hombre y de su natural tendencia a la felicidad resulta necesario hablar también de un primer conjunto de derechos, que en la terminología contemporánea se podrían llamar humanos<sup>42</sup> o fundamentales, si se consideran en el contexto de un ordenamiento constitucional<sup>43</sup>.

La dimensión deóntica de los bienes humanos básicos comporta, como se ha dicho, el que éstos sean derechos en sentido propio, y por lo tanto, “cosas” que toda persona puede exigir a los otros individuos y al poder público. Por lo tanto, la relación de suidad, en tanto aparece como debitoria ante los demás, apareja también una dimensión normativa. Visto lo anterior, cabe preguntarse en qué consisten las normas que dimanen de la dignidad humana.

En primer lugar, cabe resaltar que si existe un conjunto de bienes sin los cuales es muy difícil la realización humana, y la organización social existe y se justifica en virtud de tales fines, parece bastante suponer que todo bien humano básico comporta una exigencia de que en la configuración del ordenamiento social se tomen “todas las medidas necesarias y posibles” para la máxima realización de los bienes humanos básicos. En otras palabras, se exige que toda acción política y legislativa sea conducente a la felicidad humana. Este tipo de normas debe considerarse propiamente jurídico, en la medida en que ellas son desarrollo de un bien humano básico, y por tanto de una exigencia de derecho natural. Pero, por otra parte, las referidas normas tienen naturaleza política, en la medida en que son directrices de la acción de las autoridades y, en general, de todos los que tienen facultad de configuración normativa. Son, pues, normas que exigen y orientan la existencia de otras normas de menor rango.

---

<sup>42</sup> Cfr. I. M HOYOS. *De la dignidad y de los derechos humanos: una introducción al pensar analógico*. Bogotá, Temis, 2005. Pág 64. C. I. MASSINI. *Filosofía del Derecho: el derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pág 108

<sup>43</sup> El núcleo esencial de los derechos humanos es de suyo una exigencia materialmente constitutiva. En adición, en el ordenamiento constitucional colombiano es muy claro que por expresa disposición textual del constituyente son fundamentales todos los derechos, escritos o no, que se puedan considerar “inherentes a la persona humana” ya a su dignidad (art. 93. Constitución Política de Colombia). Análogas consideraciones se pueden hacer respecto de constituciones como la española (art. 10),

A este tipo de normas que emanan de la naturaleza humana y que exigen que aquello que constituye un bien humano básico sea respetado y promovido, se puede llamar “principio de ley natural”. Este nombre, obedece tanto a la moderna noción de principio jurídico como mandato o máxima de optimización, como a la consideración de la independencia de su validez ante las decisiones del poder político.

Al lado de los “principios de ley natural”, cabe hablar de una serie de “reglas de ley natural”, es decir de mandatos y prohibiciones específicas que se siguen de modo necesario de los bienes humanos básicos. La mayoría de estas reglas son de naturaleza prohibitiva y tienen como objeto aquellas conductas cuya naturaleza es la anulación de un bien humano básico (por ejemplo, la acción que tiene por objetivo directo la producción de la muerte de una persona). Por lo demás, estas reglas constituyen mandatos y prohibiciones de carácter absoluto<sup>44</sup> e inderogable. Son pues, lo más concreto y vinculante que hay en el ordenamiento.

Los principios y reglas de derecho natural recién mencionados no son normas de carácter meramente moral sino que componen el núcleo material esencial de todo ordenamiento constitucional vigente<sup>45</sup>. Lo anterior se puede entender de dos maneras: en primer lugar, constituyen las exigencias esenciales de la justicia política, de modo que forman una *politeia* natural, a la luz de la cual es posible juzgar la legitimidad de todos los contenidos del orden normativo, y sin la que  *fácticamente* sería inconcebible la convivencia social<sup>46</sup>. En segundo lugar, de

---

<sup>44</sup> Cfr. J.FINNIS. *Absolutos morales*. Barcelona, Ediciones Internacionales Universitarias, 1992 y también *Aquinas: moral, political and legal theory*. Ob. Cit, pág 163. Finalmente, y de modo más general, hay un desarrollo de este tema en *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000 págs.119 y ss y 166 y ss.

<sup>45</sup> Cfr. C. HERRERA. *La dimensión jurídica de la ley natural y su lugar en el orden normativo vigente*. En *Dikaion* No. 17, 2008. *En prensa*.

<sup>46</sup> A pesar de su filiación positivista, H.L.A HART da testimonio de la necesidad de “un contenido mínimo de derecho natural” en los ordenamientos jurídicos como requisito de aceptación social de los mismos. Y es que en efecto, un ordenamiento jurídico que desprotegera *por completo* bienes fundamentales como la vida, o la libertad, y no garantizara ningún tipo de beneficio a los individuos, muy difícilmente sería aceptado como obligatorio por sus destinatarios, con lo que el ordenamiento tendría una falla en su regla de reconocimiento. Cfr. H.L.A HART. *The Concept of Law*. Oxford University Press, 1997, Págs. 193 y ss.

hecho constituyen un “derecho constitucional común”, tal como se puede corroborar un ejercicio de derecho comparado.

De lo dicho anteriormente se puede desprender que, dado que la familia es uno de los bienes humanos básicos, existen una serie de principios y reglas de protección a la familia que son *per se constitucionales*, por cuanto forman parte de la constitución material de cualquier sociedad política, aún antes de su reconocimiento en textos constitucionales positivos. Dentro del contenido de estos principios se puede destacar el principio genérico de protección a la familia, que a su vez se descompone en la protección de la familia como ente social autónomo, de las relaciones familiares (maternidad, paternidad, esponsalidad, fraternidad) y del derecho de los individuos a formar familia. Asimismo, existen una serie de *reglas* constitucionales básicas derivadas del principio de protección a la familia, consistentes en la prohibición de aquellas conductas que atentan de modo directo contra la naturaleza de las relaciones familiares. Es de notar que, desafortunadamente, en la actualidad algunas de estas reglas materialmente constitucionales carecen de positivación y formalización, por lo que terminan siendo ineficaces. Así, por ejemplo, la prohibición del aborto (conducta directamente contraria a la relación de maternidad) ha sido excluida de la positivación y la formalización.

### **3. LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DE 1991: LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA CONCRETA**

Visto lo anterior, conviene ahora examinar el modo concreto en que la exigencia de protección a la maternidad es reconocida y desarrollada por el sistema jurídico colombiano. La perspectiva que se propone supone una relativa innovación ya que usualmente el tema de la protección a la maternidad no se aborda desde una óptica sistemática y comprensiva de una pluralidad de ramas del orden jurídico

sino que, por el contrario, aparece restringida al campo de la legislación laboral y, en el mejor de los casos, a los aspectos laborales y de seguridad social contenidos en la Constitución. Aquí, por el contrario, se pretende demostrar que la protección a la maternidad es un principio constitucional, cuyo desarrollo más conocido son una serie de reglas laborales que prohíben la discriminación de la mujer por causa de la maternidad, pero que se manifiesta también en otras ramas del derecho y exige un desarrollo más profundo que el actual.

Una exposición desde la perspectiva propuesta exige, en primer lugar, la superación de la tendencia a definir de modo *extensivo o denotativo*<sup>47</sup> la institución de la protección a la maternidad. En efecto, según la lógica extensiva adoptada usualmente, la protección a la maternidad *consiste* en el conjunto de normas comprendidas en los artículos 43 de la Constitución Política<sup>48</sup> y 236 a 244<sup>49</sup> del Código sustantivo del Trabajo. Ahora bien, aunque no del todo incorrecta, esta definición tiene el problema de ofrecer una visión *cerrada y acabada* de la institución de la protección a la maternidad, centrada exclusivamente en las reglas y carente de un criterio de unidad y ordenación lógica entre las distintas disposiciones.

Para ir más allá de la definición aceptada se ha de tener en cuenta el axioma de que en un sistema jurídico las reglas nunca se explican autónomamente sino que siempre remiten a una norma-principio. Por lo tanto, la comprensión del conjunto de reglas antes mencionada exige la remisión a los principios de los cuales ellas emanan. Básicamente, estos principios son el de igualdad (reconocido en el

---

<sup>47</sup> Llámase definición *denotativa o extensiva*, a aquella que enuncia la colección de objetos particulares a los cuales un término puede ser aplicado correctamente. Así por ejemplo, el término “continente” se podría definir denotativamente señalando a Europa, Asia, África, América y Oceanía. Cfr: I. COPI, y C. COHEN. *Introducción a la lógica*. México, Limusa, 2005. Págs. 185 y 186.

<sup>48</sup> Artículo 43 de la Constitución Política: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”

<sup>49</sup> Ver apartado 5.2.

artículo 13 constitucional) y de un principio de protección a la maternidad, derivado a su vez, de los principios de protección a la familia (arts. 5 y 42 C.P) y a los niños (art. 44 C.P), todos ellos de rango constitucional y, por lo tanto, máximamente vinculantes en el ordenamiento jurídico.

La afirmación de que la “protección de la maternidad” es un principio jurídico de rango constitucional, además de un conjunto de reglas de diversa índole, significa que aparte de mandatos concretos de acción, dación u omisión (reglas), el ordenamiento contempla un “mandato de optimización”<sup>50</sup> referido a la protección de la maternidad. Lo anterior implica que existe un deber constitucional positivo en cabeza del Estado de promover, en la medida en que las posibilidades jurídicas y materiales lo permitan, la superación de toda forma de discriminación a la mujer en razón de su maternidad y la protección de la relación materno-filial en todos los ámbitos de la vida social. Por lo tanto, el deber de protección a la maternidad tiene un carácter progresivo y programático; no implica solamente la garantía de mínimos sino que *obliga* a la búsqueda de los *máximos* jurídica y fácticamente posibles.

El antedicho deber de optimización y progresión que existe en cabeza del Estado se realiza, primariamente a través de la acción de sus órganos, y más específicamente del titular de la función legislativa, en primer lugar, y de los titulares de la función reguladora y administrativa, en segundo lugar. Así pues, el mandato de optimización contenido en la Constitución se desarrolla primariamente mediante la formulación de reglas generales y abstractas en la ley.

Además de lo anterior, la existencia del principio de protección de la maternidad no sólo compromete al Estado, sino que se convierte en marco axiológico de la acción de los particulares, por ser una de las máximas rectoras de la vida en común. Es decir, no compete solamente al Estado procurar la protección de la

---

<sup>50</sup> Cfr: R. ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. Págs. 142 y 143.

maternidad sino que los particulares, en la medida en que estar comprometidos a contribuir con el bien común, están al menos *moralmente* obligados a actuar en concordancia con este principio, aún en los aspectos no regulados expresamente por ley.

Por otra parte, dado que los principios se entienden a la vez como una forma de desarrollo de los valores jurídicos, hay que suponer que tras el principio de protección a la maternidad se halla un *valor* constitucional (por el rango del principio que desarrolla), esto es un bien que el ordenamiento reconoce como relevante y digno de promoción y protección, y que considera fundante de la estructura social y del Estado de Derecho. Así pues, las reglas de protección a la maternidad remiten en últimas al reconocimiento de que la relación materno-filial (y en general las relaciones familiares) es un elemento fundamental e imprescindible del orden social y que en consecuencia cualquier atentado contra ella lesiona a la comunidad en sus mismos fundamentos.

Aparte del valor de la familia, anteriormente expuesto, el principio de la protección a la maternidad también debe entenderse como una manifestación del valor y principio de la dignidad humana (que es principal de todo el ordenamiento jurídico) y del deber de justicia que se deriva de él. En efecto, el reconocimiento de la dignidad humana implica necesariamente el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales por lo que la *igualdad en la dignidad* necesariamente implica la *igualdad en la titularidad de derechos fundamentales* y consecuentemente a la *igualdad en el derecho al disfrute de los mismos*. Ahora bien, siendo el Estado y los particulares garante de esta clase de derechos y siendo patente que el disfrute efectivo de los mismos suele estar condicionado en modo desigual por circunstancias de diversa índole, se sigue que existe un deber estatal de nivelar las condiciones necesarias para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, adoptando medidas que beneficien especialmente a

quienes por razones históricas, sociales, culturales, físicas o psicológicas se encuentren en situación de especial vulnerabilidad.

Teniendo en cuenta todo lo que hasta el momento se ha dicho se puede definir a la figura de la protección a la maternidad es *“una institución jurídica compleja formada por reglas, principios y valores, orientados a la promoción y salvaguardia de la relación materno-filial en el contexto de las relaciones familiares en general y a la supresión de las conductas de discriminación a la mujer en razón de su condición de madre.*

#### **4. LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD COMO PRINCIPIO DE JUSTICIA VINCULANTE EN LAS RELACIONES LABORALES**

##### **4.1 Justificación**

Después de haber trazado los rasgos generales de una exposición sistemática de la institución de la protección a la maternidad, conviene referirse al modo en que ésta opera concretamente en el ámbito del derecho laboral, que es la rama del derecho donde, sin duda alguna se ha desarrollado más esta figura. Ahora bien, dada la extensión del desarrollo legal y jurisprudencial de esta institución en materia laboral, en este ensayo bastará con mostrar la razón de ser del principio sectorial de protección a la maternidad en las relaciones laborales y enunciar muy sucintamente las principales reglas legales que desarrollan este principio.

Tomando como campo de referencia lo específicamente laboral, lo que más importa es resaltar que esta institución pretende evitar que una forma específica de organización laboral menoscabe, por razones de eficiencia y productividad, el derecho a la realización personal de la mujer al obligarla a elegir entre dos bienes humanos fundamentales y necesarios para su realización personal (el trabajo y la maternidad).

En efecto, en ausencia de esta institución jurídica, las condiciones laborales fácticas obligarían a la mujer a renunciar a la maternidad con el fin de conservar su trabajo, de modo que éste se convertiría en impedimento de la realización afectiva y familiar de la mujer. En otras palabras, el trabajo –a pesar de ser en principio una forma de realización personal- se tornaría en una actividad alienante en la medida en que despojaría a una cierta clase de personas –las mujeres- de la posibilidad de buscar la felicidad y de realizarse como personas. El trabajo se convertiría por lo tanto en actividad antinatural.

La imposición de obligaciones laborales que truncan total o parcialmente la posibilidad de realización personal del trabajador significa una vejación a ultranza de la dignidad humana. En efecto, cuando la actividad del hombre se toma como mera fuerza de producción, sin tener en cuenta la orientación natural de ésta a la felicidad, no es posible predicar diferencia alguna entre el trato que recibe la máquina y el que recibe el ser humano. El anteponer el fin de la producción a las legítimas expectativas de realización humana, es por lo tanto, tratar al ser humano como instrumento útil - como cosa – y no como persona digna, y por lo tanto es medida alienante con claros tintes de esclavitud (que no es cosa diferente a la equiparación jurídica de un ser humano con el resto de “objetos de derecho”).

A lo anterior hay que añadir que dado que en la sociedad contemporánea muy pocas personas pueden prescindir del trabajo sin poner en serio peligro su supervivencia, la inexistencia de las medidas de protección a la maternidad, obliga a la mujer a escoger no solamente entre el trabajo como forma de realización personal y la maternidad sino que prácticamente legitima una prohibición fáctica de la maternidad al permitir que la organización social plantee a las mujeres una disyuntiva entre la supervivencia (que requiere en la mayoría de los casos del trabajo) y la condición de madre.

Por lo demás, hay que señalar que la existencia de medidas de discriminación positiva, como las propias de la protección a la maternidad, no hacen otra cosa que garantizar la igualdad en el ejercicio de derechos, cuya titularidad tiene la misma fuerza. Como se dijo anteriormente, los derechos fundamentales –como los derechos a la familia y al trabajo- se tienen ante todo en virtud de la naturaleza humana, pero su disfrute se puede ver afectado por diversas circunstancias que pertenecen más al orden de los hechos que al orden jurídico. Ante estas circunstancias, el Estado (en tanto representante de la comunidad) adquiere la obligación de contrarrestar las desigualdades fácticas, adoptando medidas especialmente favorables a quienes por alguna razón se encuentren en condiciones de mayor vulnerabilidad. De esta manera, se garantiza que las desigualdades fácticas no se perpetúen en desigualdades jurídicas y que la condición más fuerte termine degenerando en un derecho más fuerte, con la inevitable conversión de la sociedad en una estructura estamental con ciudadanos de primera y segunda categoría.

Aparte de lo anterior, las medidas de protección a la maternidad no solamente tienen por objetivo garantizar el derecho de la mujer trabajadora a la maternidad o de la mujer-madre al trabajo sino que buscan además -y aún por encima de los fines expuestos anteriormente- los derechos de los niños, la estabilidad de la institución familiar, y en general la salud de la sociedad.

Por lo anterior, la figura de la protección a la maternidad constituye un modo de evitar que la relación laboral entre dos sujetos tenga como consecuencia la afectación de un derecho fundamental de un tercero (el derecho de los niños a la protección y el cuidado de sus padres) que, por lo demás, es un miembro especialmente débil de la sociedad.

#### **4.2. Relación de las principales normas laborales que protegen la maternidad**

Como se dijo anteriormente, el principio constitucional de protección a la maternidad se desarrolla en una serie de reglas de carácter legal, contenidas mayoritariamente en el Código Sustantivo del Trabajo.

En esencia, estos artículos establecen el derecho al descanso remunerado durante el parto ( art. 236. C.S.T), la lactancia (art. 238. C.S.T) y el período posterior al aborto espontáneo (art.237); una prohibición general de despido de la mujer trabajadora por motivo del embarazo, el parto o la lactancia (art. 239. C.S.T), y la exigencia de contar con autorización del Inspector de Trabajo o el alcalde municipal para despedir a la mujer embarazada o en período de lactancia *por un motivo distinto a su condición de madre* (art. 240. C.S T). Igualmente, se establece la muy excepcional figura del despido motivado por la condición de madre (art. 241. C.S.T), y se prevé una regla específica para calcular la indemnización que corresponde a la mujer a la que se haya desconocido su derecho al reposo remunerado por maternidad (art. 241)

## **5. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN OTRAS RAMAS DEL DERECHO**

Aparte de las normas anteriormente descritas, el principio de protección a la maternidad también se manifiesta en normas pertenecientes a otras ramas del derecho. Así, por ejemplo, en materia civil cabe citar las normas que reconocen el derecho de patria potestad conjunta de los padres (art. 288 del C.C. y ss), las que establecen el procedimiento para las muy excepcionales disputas sobre la maternidad (arts. 335 a 338 del C.C) y el reconocimiento del derecho a los alimentos en cabeza del no nacido (art. 411.C.C en concordancia con el artículo 91, ley 1098 de 2006 art.24).

En materia penal, cabe señalar la penalización del aborto sin consentimiento (art.123 ley 599 de 2000), la imperfecta pero todavía existente prohibición del

aborto consentido , salvo en ciertos casos (art.122 ley 599 de 2000), de las lesiones al feto (arts. 125 y 126 ley 599 de 2000), así como la prohibición de la violencia intrafamiliar (art.229 ley 599 de 2000) y el ejercicio arbitrario de la custodia del menor con detrimento del derecho a la patria potestad del otro padre (Art. 229 ley 599 de 2000), y finalmente, la tipificación como delito de la inasistencia alimentaria (arts. 233 y ss Ley 599 de 2000) . En el campo del procedimiento penal cabe señalar la concesión de la suspensión de la detención preventiva y de la pena en los casos en los cuales a la sindicada o condenada le falten menos de dos meses para el parto o cuando no hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que dio a luz (arts. 362.3 y 471, Ley 600 de 2000).

Los anteriores ejemplos ilustran cómo el principio de protección a la maternidad se extiende a ramas del derecho distintas al derecho laboral y cómo, por lo tanto, la consideración del desarrollo del mismo debería realizarse desde una óptica más amplia que la del derecho laboral.

## **6. EPÍLOGO Y CONCLUSIÓN**

Hasta el momento se ha mostrado cómo la maternidad es una institución compleja, que consta de principios, reglas y valores de orden constitucional y legal, y cuya aplicación atraviesa todas las ramas del derecho. Ahora bien, como se dijo *ad supra*, el hecho de que la protección a la maternidad implique valores y principios, además de las reglas, supone una exigencia de profundización y desarrollo progresivo de este principio.

Por lo anterior, se debe considerar que parte del estudio del principio de la protección a la maternidad por el científico del derecho debe estar orientado al diagnóstico de la suficiencia y la idoneidad de las reglas de protección a la maternidad existentes y en la propuesta de medidas adicionales que perfeccionen

la protección actual. Algunas de las alternativas de desarrollo, extensión y profundización de la protección a la maternidad pueden ser las siguientes:

- Medidas de apoyo a la mujer embarazada de escasos recursos, o con necesidades especiales en lo relativo a la salud psíquica y física.
- Subsidios especiales para la madre cabeza de familia.
- Remuneración estatal del trabajo del ama de casa.
- Reconocimiento del derecho de la madre y el padre a la educación de los hijos.
- Flexibilización de la jornada de trabajo para los empleados (madres y padres) con hijos.
- Extensión de los períodos de licencia de maternidad y lactancia
- Extensión y profundización de los derechos relacionados con la paternidad (en tanto que la función de maternidad se optimiza en la medida en que la relación padre-hijo sea sólida).

## BIBLIOGRAFÍA

- 1) ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.
- 2) APARISI, Ángela. *Varón y mujer complementarios*. Madrid, Palabra, 2007.
- 3) APARISI, Ángela y BALLESTEROS, Jesús. Eds. *Por un feminismo de la complementariedad. Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*. Pamplona. unsa.2002.
- 4) ARISTÓTELES.
  - Política*. (Trad. Manuela García Valdés) Madrid, Gredos, 1994.
  - Ética Nicomáquea*. (Trad. Julio Pallí Bonet). Madrid, Gredos, 1998.
- 5) BOWLBY, John.. *Maternal Care and Mental Health*. World Health Organization., Geneve, 1952.
- 6) BURTON, Roger B, WHITHING, John. GREENSTEIN, Fred. BRIM, Orville. voz “socialización” en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Madrid, Aguilar.1974.

7) CASTILLA, Blanca “Lo masculino y lo femenino en el siglo XXI”, en A. APARISI y J. BALLESTEROS, *Por un feminismo de la complementariedad. Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*. Pamplona. Eunsa.2002.

8) COPI, Irving M y Carl. Cohen. *Introducción a la lógica*. México, Limusa, 2005. Págs. 185 y 186

- 1) DE BEAUVOIR, Simone El segundo Sexo. Buenos Aires, Siglo XX 1962.
- 2) DENNIS.Norman Rising crime and the dismembered family. London, The IEA Health and Welfare Unit.1993.
- 3) EISENBERG, Nancy Infancia y conductas de Ayuda. Madrid. Ediciones Morata, 1999.
- 4) FINNIS, John M.
- 5) -Absolutos morales. Barcelona, Ediciones Internacionales Universitarias, 1992
- 6) ---Aquinas: moral, political and legal theory.Oxford, Oxford University Press, 1998.
- 7) -Ley natural y derechos naturales. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- 8) GLUECK, Sheldon y GLUECK, Eleonor. Family enviroment and Delinquency. Boston, Houghton Mifflin, 1962.
- 9) GÓMEZ LOBO, Alfonso. Morality and the human goods. Washington. D.C. Georgetown Univeristy Press, 2002.
- 10) HART, H.L.A. The Concept of Law, Oxford University Press. 1997.
- 11) HERVADA, Javier. Introducción crítica al derecho natural. Bogotá. Temis. 2000.
- 12) HERRERA PARDO, Camila. La dimensión jurídica de la ley natural y su lugar en el orden normativo vigente. En Díkaion No. 17, 2008. En prensa.
- 13) HOYOS, Ilva Myriam. De la dignidad y de los derechos humanos: una introducción al pensar analógico. Bogotá. Temis. 2005.
- 14) HOBBS, Thomas. Leviatán: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil. Madrid, Alianza Editorial. 1999.

- 15) ITARD, Jean. Memoria e informe sobre Víctor de l'Aveyron. Madrid, Alianza, 1982.
- 16) LAPLANCHE, Jean y Jean.B. PONTALIS. Diccionario de Psicoanálisis. Barcelona. Ed. Labor. 1971.
- 17) LÉVI-STRAUSS. Claude Las estructuras fundamentales del parentesco México, Paidós.
- 18) MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. Diagnóstico sobre el derecho de Familia. Madrid, Rialp. 2005.
- 19) MASSINI, Carlos Ignacio. Filosofía del Derecho: el derecho y los derechos humanos. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1994.
- 20) MIRANDA, Martha. Aproximación a los orígenes históricos de la ideología de género (trabajo de investigación). Universidad de Navarra, Pamplona, 2008.
- 21) MORENO, Antonio. Sangre y libertad. Madrid, Rialp.1994.
- 22) ROUSSEAU, Jean Jacques, Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. Madrid, Espasa-Calpe, 1923.
- 23) SELLÉS, Juan Fernando Antropología para inconformes. Madrid.Rialp.2006.
- 24) SIERRA LONDOÑO, Álvaro. "La persona humana, ser familiar" en AA.VV. Manual de Educación sexual para la familia y el amor. Bogotá. Procodes. 1998. Págs. 55 a 107.
- 25) PARDO CLAVELLAS, Yolanda El desenvolupament de la personalitat psicopàtica: pràctiques educatives parentals.i altres variables familiars. Barcelona. 2007.
- 26) PARSONS, Talcott y BALES, Robert F. Family. Socialization and social interaction. Routledge. 1993.
- 27) PFEFFER, Cynthia. "Families of suicidal children" en.R.F.W.DIEKSTRA/ H.HAWTON.( Editors) Suicide in adolescence . Springer, 1997. Págs. 127 a 139 .
- 28) PIAGET, Jean. El criterio moral en el niño Barcelona, Fontanella, 1977.

- 29) THE NATIONAL CENTER ON ADDICTION AND SUBSTANCE ABUSE AT COLUMBIA UNIVERSITY. Family Matters: substance abuse and the American family. New York, 2005.
- 30) VIGOTSKY, Lev, Pensamiento y lenguaje. Teoría del desarrollo cultural de las funciones psíquicas. Fausto, 1993.
- 31) VILADRICH, Pedro-Juan:
  - La institución del Matrimonio: los tres poderes Madrid, Rialp, 2005.
  - El valor de los amores *familiares*. Madrid, Rialp, 2005.