

Necesidad de regulación de licencia a las empleadas públicas que padecen dismenorrea en Colombia

Recibido: 19 de marzo de 2021 • Aprobado: 23 de febrero de 2022
<https://doi.org/10.22395/ojum.v21n45a17>

Andrea Camila Ascanio Rincón

Universidad Francisco de Paula Santander, Ocaña, Colombia
acascanior@ufpso.edu.co
<https://orcid.org/0000-0003-4730-2746>

Andrés Samuel Márquez Castillejo

Universidad Francisco de Paula Santander, Ocaña, Colombia
asmarquezc@ufpso.edu.co
<https://orcid.org/0000-0001-9898-2134>

Nataly Juliana Ascanio Mantilla

Universidad Francisco de Paula Santander, Ocaña, Colombia
gisoju@ufpso.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-1172-9943>

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto determinar por qué se les debe reconocer a las empleadas públicas en Colombia una licencia por padecer dismenorrea, esto en razón al reconocimiento de la mujer como sujeto de especial protección en el ordenamiento jurídico colombiano. Para el desarrollo de la investigación, se utilizó una metodología con enfoque hermenéutico jurídico a través de un análisis teórico-documental; aplicando el método exegético y sistemático para estudiar el marco normativo colombiano que regula la protección de la mujer y las condiciones de procedencia de las licencias laborales como situaciones administrativas, que le son propias a los empleados públicos en este país. Mediante el análisis de las normas vigentes en el ordenamiento jurídico, las decisiones jurisprudenciales en Colombia sobre el tema objeto de estudio y el caso del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México, permiten evidenciar la viabilidad de este nuevo tipo de licencia para aquellas empleadas públicas que demuestren médicamente padecer dismenorrea; indicando así mismo que esta licencia debe ser periódica y no puede entenderse como una licencia por enfermedad.

Palabras clave: especial protección; mujeres; igualdad; empleadas públicas; licencia; regulación; dismenorrea.

The Need for Regulation on Leaves of Absence for Public Employees Suffering from Dysmenorrhea in Colombia

ABSTRACT

The purpose of this article is to determine why public employees in Colombia should be granted a leave of absence for dysmenorrhea, due to the recognition of women as subjects of special protection in the Colombian legal system. For the development of the research, a methodology with a legal hermeneutic approach was used through a theoretical-documental analysis; applying the exegetical and systematic method to study the Colombian normative framework that regulates the protection of women and the conditions for granting work leaves as administrative situations, which are proper to public employees in this country. Through the analysis of the norms in force in the legal system, the jurisprudential decisions in Colombia on the subject under study and the case of the Court of Administrative Justice of the State of Mexico, it is possible to demonstrate the viability of this new type of leave for those public employees who medically prove that they suffer from dysmenorrhea; indicating also that this leave must be periodic and cannot be understood as a sick leave.

Keywords: special protection; women; equality; public employees; leave; regulation; dysmenorrhea.

Necessidade da regulação da licença às funcionárias públicas que padecem dismenorreia na Colômbia

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo determinar por que se deve reconhecer as funcionárias públicas na Colômbia uma licença por padecer dismenorreia, isto em razão ao reconhecimento da mulher como sujeito de especial proteção no ordenamento jurídico colombiano. Para o desenvolvimento dessa pesquisa, utilizou-se uma metodologia com enfoque hermenêutico jurídico através de uma análise teórico-documental; aplicando o método exegetico e sistemático para estudar o marco normativo colombiano que regula a proteção da mulher e as condições de procedência das licenças trabalhistas como situações administrativas, que são próprias dos funcionários públicos nesse país. Ao analisar as normas vigentes no ordenamento jurídico, as decisões jurisprudenciais na Colômbia sobre o tema objeto de estudo e o caso do Tribunal de Justiça Administrativa do Estado do México, permitem pôr em evidência a viabilidade desse novo tipo de autorização para as funcionárias públicas que mostrem medicamente sofrer dismenorreia; indicando assim que essa licença deve ser periódica e não pode ser entendida como um atestado de doença.

Palavras chave: especial proteção; mulheres; igualdade; funcionárias públicas; licença; regulação; dismenorreia.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo surge a partir de una investigación académica realizada por los suscritos en la Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña, en la cual se analiza la necesidad de brindarle a las mujeres un marco jurídico de protección en lo referente a una licencia por dismenorrea.

Los roles que la historia le ha otorgado a hombres y mujeres, en un principio por la ley del más fuerte y con el paso del tiempo por costumbre o tradición, la mujer es relegada con el monopolio absoluto del trabajo doméstico, y cuando logró tener derecho al trabajo sus labores se vieron multiplicadas pero nunca reconocidas, así como el trabajo de ama de casa es desconocido; sumado a ello, sus condiciones biológicas, como dar a luz y su ciclo menstrual, son circunstancias que explican las diferencias fisiológicas y sociales inmutables entre hombres y mujeres.

Las mujeres en Colombia tuvieron derecho de manejar sus bienes con la Ley 28 del año 1932; en 1934 un proyecto de ley le permitió a la mujer ingresar a la universidad en igualdad de condiciones a los hombres, y la primera fue admitida en 1935; en el año 1945 se reconoció como ciudadana, pero sin el derecho al voto o participación política; en 1954, mediante el acto legislativo número tres, se aceptó el derecho a votar a las mujeres, y el primero de diciembre de 1957 fue su primer sufragio; en el año 1974 dejó de estar sometida a la potestad marital que la obligaba a despojarse de su apellido por el del cónyuge. Desde entonces, la mujer en Colombia logró prepararse y vincularse en las diferentes esferas sociales, especialmente en la laboral donde imperaban los hombres, para conseguir que las trataran como sujetos capaces y con igualdad de derechos.

En la actualidad las mujeres han incursionado en todos los sectores labores de la sociedad; incluso en la administración pública ocupan un lugar importante, su participación en este campo es activa y creciente. En el desarrollo del presente estudio se busca demostrar bajo la luz del derecho, la necesidad que existe en el ordenamiento jurídico colombiano de la regulación de licencia para las empleadas públicas que prueben clínicamente padecer de dismenorrea, condición médica que afecta a un gran número de mujeres generando cuadros de dolor incapacitantes que no les permiten trabajar en condiciones de dignidad. La licencia tiene como finalidad mejorar la calidad de vida de las empleadas públicas, salvaguardar sus derechos fundamentales y brindarles condiciones de dignidad laboral; asegurando así el cumplimiento de los fines del Estado. En consecuencia, este análisis busca dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿por qué a las empleadas públicas en Colombia se les debe reconocer licencia por padecer dismenorrea?

LAS MUJERES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Las frecuentes e históricas causas generadoras de desigualdad entre hombres y mujeres, son opuestas a la dignidad humana, principio en el cual se funda nuestra organización estatal, que impiden, además, el desarrollo "dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo" (Constitución Política de Colombia, 1991, preámbulo X). La justicia es darle a cada quien lo que necesita, es decir, de acuerdo con la regla jurisprudencial adoptada en la Sentencia C-410/94 (1994), a través de un enfoque diferencial que supone dar un trato a los iguales en igualdad de condiciones y a los desiguales en un término desigual. La justicia debe ser social porque cada sector de la sociedad tiene requerimientos específicos y particulares, igualar sus condiciones implica protegerlos según sus necesidades.

La igualdad ha sido interpretada en su sentido negativo y estricto; este principio constitucional va más allá de legislar considerando a todos como iguales debido a que han existido a través del tiempo diferentes causas generadoras de desigualdad. No obstante, "[l]a verdadera igualdad solo puede alcanzarse mediante esfuerzos que rectifiquen los actuales desequilibrios" (Sentencia C-410/94, 1994). Es por esta razón que hoy se habla de una protección reforzada o especial de la mujer, en vista de que el Estado viene reconociendo las diferencias inmutables de cada género. Las personas con especial protección son:

Grupos sociales que requieren de una protección especial para hacer efectivo el ejercicio de sus derechos fundamentales. Se trata de la consideración de edad, situación biológica, económica, o social que los colocan en situación de debilidad manifiesta, discriminación o marginación y que requieren la atención especial de las autoridades. Cepeda y Montealegre. (como se citaron en Bernal y Padilla, 2018, p. 56)

Actualmente la protección especial a la mujer está reconocida y consagrada en el ordenamiento jurídico interno, tanto en la Constitución Política (1991), como en las leyes y en marcada jurisprudencia. De tal modo, el artículo 13 de la Constitución Política 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. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 13)

Y a su vez, el artículo 43 de la norma de normas consagra que "[d]urante 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” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 43).

El constituyente consagra no solo el deber, sino la obligación por parte del ordenamiento jurídico y de las autoridades de tomar las medidas necesarias, incluso, con criterios discriminatorios; con el fin de proteger de manera especial y reforzada a aquellos sujetos de especial protección, como lo son las mujeres. Por su lado, el artículo 2 de la Ley 1232 (2008) consagra:

El Gobierno Nacional establecerá mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de familia, promoviendo el fortalecimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales, procurando establecer condiciones de vida dignas, promoviendo la equidad y la participación social con el propósito de ampliar la cobertura de atención en salud y salud sexual y reproductiva; el acceso a servicios de bienestar, de vivienda, de acceso a la educación básica, media y superior incrementando su cobertura, calidad y pertinencia; de acceso a la ciencia y la tecnología, a líneas especiales de crédito y a trabajos dignos y estables. (Ley 1232, 2008)

La Sentencia C-534/05 (2005) establece que “[e]l carácter de grupo marginado o discriminado del colectivo de las mujeres abre la posibilidad, para que el legislador utilice el criterio del género como elemento de distinción para protegerlas eficazmente” (Sentencia C-534/05, 2005).

En Sentencia T-878/14 (2014), la Corte consideró que “[l]a mujer es sujeto constitucional de especial protección y en esa medida no sólo sus derechos generales sino igualmente los específicos, requieren de atención fija por parte de todo el poder público, donde se incluyen los operadores jurídicos” (Sentencia T-878/14, 2014).

Otro concepto de la honorable Corte Constitucional respecto al tema, se generó en la Sentencia C-082/99 (1999), en la cual el alto Tribunal señaló lo que Bernal-Camargo y Padilla Muñoz (2018) interpretan como “la necesidad de una discriminación positiva” (p. 58); es decir, “con el fin de equiparar las condiciones históricas de desigualdad, para compensar la relegación sufrida y promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos y sociales” (Sentencia C-082/99, 1999).

La Corte Constitucional en Sentencia C-410/94 (1991), llega a esta conclusión de que “mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros” (Sentencia C-410/94, 1994).

Según Mazuera (2019), el artículo 53 de la Constitución de 1991 establece “que el estatuto de trabajo que se expida deberá tener en cuenta como principio mínimo fundamental la protección especial a la mujer” (p. 178). Por consiguiente, las políticas que tienen como fin reducir los factores de discriminación que han sido objeto

la mujer en el campo laboral, no deben considerarse contrarias al principio constitucional de igualdad.

Las mujeres han logrado importantes avances en materia laboral; sin embargo, aún están sometidas a situaciones de debilidad en relación con el medio laboral que protagonizan los hombres, y que en muchos casos puede explicarse a partir de los rezagos de la historia. El Legislador es consciente de este hecho y en la Sentencia C-410/94 (1994) nos explica que:

la organización laboral sigue asentada sobre bases masculinas, las normas y las experiencias de los hombres dominan el mundo del trabajo que se estructura conforme a un modelo en el que la presencia femenina se torna extraña y por ende inestable. (Sentencia C-410/94, 1994)

Por consiguiente, los derechos de las mujeres y su protección siguen siendo una tarea que no termina para el derecho y la sociedad. Colombia hace parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde 1919, en la cual, hasta la fecha, mantiene cincuenta y cinco acuerdos en vigencia dentro del ordenamiento jurídico interno. Esta organización ha tenido el papel fundamental de resolver las discrepancias que por razones de género se ocasionan en la esfera laboral. Los diferentes convenios y resoluciones conexas promulgados por la OIT han estado orientados en encontrar herramientas que logren garantizar los derechos fundamentales de las mujeres en el mundo; una de estas herramientas es el reconocimiento de licencias. El ordenamiento jurídico colombiano ha implementado estas licencias para garantizar los derechos de las mujeres, protegiéndolas especialmente para que exista una real igualdad y justicia laboral.

Los mecanismos que el Estado colombiano ha venido implementando para la especial protección de las mujeres, son basados en la carencia de garantías reales, como una reivindicación y una deuda histórica que se tiene a favor de las mujeres, de manera que puedan materializarse todos sus derechos y eliminar la brecha entre sujetos dominantes y sujetos dominados. Así las cosas, no existe una raza femenina o masculina, existen humanos y, por lo tanto, derechos humanos, los cuales son proclamados como derechos universales a nivel internacional y reconocidos a nivel nacional, derechos que tienen como base la dignidad humana, principio fundamental en el que está constituido nuestro Estado Social de Derecho.

La dignidad humana se refiere a todo aquello que las personas merecen por su calidad de seres humanos. El artículo primero de la Constitución Política establece que "Colombia es un Estado Social de Derecho [...] fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general" (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 1). El reconocimiento de los derechos que protegen de una manera particular y especial a las mujeres no son regulados por tratarse de un grupo poblacional vulnerable;

los derechos de las mujeres son derechos humanos no por su condición de mujer, si no por su condición humana.

EMPLEADOS PÚBLICOS EN COLOMBIA

En términos generales, la administración pública resulta siendo esa persona jurídica que se encarga del manejo de los recursos que le son propios al Estado, no solo a este directamente, sino a todas aquellas empresas o entidades que reciben aportes del recurso público; en otras palabras, es la gestión adecuada de lo que al tesoro público respecta; además, de generar determinada cercanía entre la función pública y la comunidad en general. También es la encargada de garantizar, en cierta medida, el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Sin embargo, la administración pública como abstracto, por razones de simple lógica, no funciona; no se trata solo de reglamentar el manejo y administración de recursos públicos y el bienestar de los coasociados en nuestro territorio nacional, sino de llevar a la acción dicha función pública, es allí donde se hace necesaria la intervención del capital humano, idóneo para el cumplimiento de las funciones propias de la gestión pública, apareciendo así la calidad de empleados públicos.

Pero ¿qué es un empleado público? En primera instancia, debemos recordar que el empleado público es una subcategoría dentro del grupo de servidores públicos, dentro de los cuales también se encuentran los trabajadores oficiales y los miembros de las corporaciones públicas.

Precisado esto, resulta de gran importancia tener claridad frente al concepto de lo que es un empleado público en Colombia, partiendo del concepto generalizado que presenta nuestra Constitución Política respecto a los servidores públicos, lo cual no es más que la naturaleza propia del empleo público, a saber:

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 123)

Por su parte, el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en concepto define al empleado público como "personas naturales que tienen una relación laboral con el Estado, y trabajan a su servicio para efectos de asegurar el cumplimiento de sus fines constitucionales" (Radicado 11001-03-25-000-2014-01511-00, 2014).

Existe un sinnúmero de definiciones que si bien concentran la misma esencia, nos permiten una mejor cosmovisión en cuanto al correcto entender frente a lo que es un

servidor público; entre ellas tenemos la definición de Camargo (2005) quien señala que en el caso colombiano, los servidores públicos son aquellas "personas naturales que prestan sus servicios a las organizaciones públicas" (p. 14).

Ahora bien, el Departamento Administrativo de Función Pública (DAFP) califica al empleado público como:

toda persona natural que mediante relación de trabajo y bajo continuada dependencia y subordinación ejerce funciones públicas en forma permanente o temporal a una entidad estatal, atribuidas al cargo o la relación laboral y que constan en la Constitución Política, la ley o el reglamento o le son señaladas por autoridad competente. (Concepto 74771, 2016)

Si de definiciones se trata, podríamos traer a colación cuantiosas interpretaciones de diversos entendidos en la materia, que han logrado concertar el gran encargo de conceptualizar el significado de empleado público; pero para lo que nos concierne en este capítulo monográfico bastará precisar que el empleado público hace parte de los servidores públicos que son quienes operan dentro de la administración pública.

La forma de vinculación del empleado público con el Estado, a diferencia de la vinculación de los trabajadores oficiales, es por medio de una relación exclusivamente legal y reglamentaria; vinculación que se lleva a cabo por medio del nombramiento y posterior posesión.

Es la carrera administrativa la encargada del ingreso, permanencia, ascenso y retiro del empleado público (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 125). Las funciones que cumplen los empleados públicos son todas aquellas que se relacionan de forma directa con el estado colombiano; pero, además de esto, deben estar incluidas expresamente bien sea en la ley o en el reglamento. En cuanto al régimen aplicable a los empleados públicos, este es el derecho público y su jurisdicción es la de lo contencioso administrativo.

Los empleados públicos son quienes "prestán servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública" (Ley 909, 2004). Sin embargo, aunque todos son empleados públicos, existen diferentes sub-clasificaciones entre estos, y son las siguientes:

- a) Empleos públicos de carrera.
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción.
- c) Empleos de período fijo.
- d) Empleos temporales. (Ley 909, 2004)

a. Situaciones administrativas de los empleados públicos

Una situación administrativa es cierto tipo de circunstancia o eventualidad en las que se puede ver incurso un empleado público durante la prestación de su servicio laboral con el Estado. La fuente formal que explica cada una de las situaciones administrativas es el Decreto 1083 (2015), por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública; de acuerdo a la legislación vigente, las situaciones administrativas son las siguientes:

1. En servicio activo, 2. En licencia, 3. En permiso, 4. En comisión, 5. Empleo por encargo, 6. [Suspensión] en el ejercicio de sus funciones, 7. En periodo de prueba en empleos de carrera, 8. En vacaciones, 9. En descaso compensado y 10. Prestando servicio militar. (Decreto 1083, 2015)

Para efectos de la presente investigación no vamos a desarrollar cada situación administrativa, por cuanto no es tema de estudio; por lo que solo nos enfocaremos en las licencias como situaciones administrativas de los empleados públicos.

b. Licencias

Un empleado se encuentra en licencia cuando se desprende de las funciones correspondientes a su cargo de manera temporal; esto con una característica especial, que a pesar de no ejercer las funciones inherentes al empleo, el vínculo laboral con su empleador se mantiene. Estas licencias son otorgadas por el nominador o por quien determina las reglas internas dentro de la entidad en la cual se labora.

La licencia hace referencia a la autorización que le concede el empleador al empleado para que cumpla con compromisos personales o realice alguna actividad extralaboral. El Decreto-Ley 1083 (2015), en el artículo 2.2.5.5.3, clasifica las licencias en no remuneradas de las que hacen parte la licencia ordinaria y la licencia no remunerada para adelantar estudios, y en licencias remuneradas se incluyen las licencias para actividades deportivas, por enfermedad, por paternidad, por luto y por maternidad (Decreto Ley 1083, 2015).

LICENCIA POR PADECER DISMENORREA

La dismenorrea:

del griego: *dis-*, *menós*: mes y *rhein*: fluir, es el dolor pélvico crónico de origen ginecológico que se presenta durante el periodo menstrual, siendo también descrito como calambres o cólicos menstruales o menstruación dolorosa. El dolor puede ser en ocasiones tan incapacitante que afecta negativamente la actividad cotidiana de la mujer, limitándole su accionar en el ámbito social, profesional y personal. (Amaya, 2010, p. 291)

Es un motivo de consulta ginecológico frecuente que afecta a un gran número de mujeres, las cuales en cifras considerables presentan síntomas tan severos que causan que sufran incapacidades en su vida cotidiana y laboral.

La dismenorrea es el dolor incapacitante que sufren algunas mujeres en su periodo menstrual a causa de alguna enfermedad u anomalía, que repercute con distintos síntomas en su organismo. Los diferentes conceptos de profesionales que definen este padecimiento, concuerdan en que los síntomas son lo suficientemente severos como para que interfieran en las diferentes áreas de desarrollo de la vida de la mujer, especialmente en su desempeño laboral, debido a que quienes optan por faltar tienen repercusiones en su salario y en la percepción de su desempeño profesional.

La ley nunca estará completa, el derecho es dinámico porque los cambios sociales son permanentes. El accionar de la mujer en el terreno laboral es nuevo en la historia, por consiguiente, las leyes no estaban ajustadas a su obrar. Se impone entonces la necesidad de regular ciertas situaciones que por sus condiciones biológicas las obligan a soportar cargas que a los hombres no, y que no estaban reconocidas sin su presencia en el mundo del trabajo. En razón a ello, el ordenamiento jurídico tiene el deber de reconocer derechos de manera particular a las mujeres, con el fin de evitar vulneraciones a sus derechos fundamentales, para que el orden social sea justo y se cumpla con los fines del Estado.

Las empleadas públicas en Colombia que padecen dismenorrea en los días de su ciclo menstrual no cuentan con una licencia que les permita faltar a su trabajo para recuperarse de los severos síntomas que produce esta afección de salud.

La licencia por padecer dismenorrea es una necesidad y una deuda que tiene el Estado con las empleadas públicas que están al servicio del buen funcionamiento de la administración pública, para permitir que las mujeres puedan ejercer su actividad laboral, teniendo en cuenta la importancia de esta licencia con el propósito de reivindicar "sus derechos laborales, por lo cual debe buscarse el mecanismo que les permita el libre ejercicio de su actividad profesional, sin que ello implique un menoscabo a su bienestar físico y emocional" (Tribunal de lo Contencioso Administrativo Del Estado De México, 2017, p. 5).

La licencia por padecer dismenorrea debe reconocerse no porque se trate de un padecimiento que afecta solo a mujeres, se reconocería porque es una enfermedad que afecta a un ser humano titular de derechos independientemente a su género.

A pesar de que la Corte Constitucional aún no se ha referido respecto a la licencia por padecer dismenorrea, en Sentencia T-398/19 (2019) trató el tema del ciclo menstrual de las mujeres abiertamente; enfatizó que:

la menstruación es un proceso biológico, propio del ciclo de la vida de las mujeres, que ha sido utilizado para excluirlas, entre otros, de los espacios educativos,

laborales y sociales, por considerarlo un tabú de lo femenino. [...] [También] señaló que los derechos sexuales y reproductivos tienen un carácter reforzado a partir de la dimensión funcional de la dignidad humana, y que allí se encuentra lo relacionado con el manejo de la higiene menstrual. (Sentencia T-398/19, 2019)

La licencia no se otorgaría a todas las empleadas públicas, solo para aquellas que prueben medicamente padecer dismenorrea; esta licencia que debe ser necesariamente periódica. No se puede contemplar dentro de la categoría de licencia por enfermedad, porque esta no contempla la dismenorrea; empero, debemos dejarnos de eufemismos y denominar las situaciones por su nombre, dejar de estigmatizar estos temas, reconociéndolos como una realidad y romper los tabúes que lo rodean. El Estado debe promover, a través de sus instituciones, medidas orientadas a garantizar la salud y las condiciones de igualdad real entre todos los ciudadanos.

La licencia por padecer dismenorrea es un gesto humano que reconoce el dolor físico por el que algunas empleadas públicas pasan durante su ciclo menstrual. Pero este tema no se puede dejar a la buena voluntad de los empleadores, porque, *hic sunt leones* [aquí hay leones] (Carnelutti, 2017). La existencia de una licencia regulada en el ordenamiento jurídico para las empleadas públicas que padecen dismenorrea requiere de una definición expresa y publica, ya que nos referimos a un asunto que generalmente permanece implícito y privado.

El derecho es el mediador y regulador del orden para que exista justicia social y todos obtengamos la libertad de ejercer nuestros derechos. El derecho fundamental al trabajo es de todos, las mujeres no deben ver limitado su derecho por padecer dismenorrea. El Estado debe garantizarle mejores condiciones de vida, no hacerle más cruel su realidad.

Se podría inferir que el Congreso de Colombia no ha legislado una licencia por padecer dismenorrea porque para nadie es un secreto que este tema genera ampolla dentro de diferentes gremios de la economía del país; contratar a una mujer significa otorgarle licencias, otorgarles tiempo de descanso, y para el empleador, bajo una lógica primaria, esto genera unos gastos en los que debe incurrir y que no están dentro del presupuesto. Esta situación genera una discriminación intrínseca contra las mujeres, por sus condiciones biológicas femeninas, crea una desigualdad con las que nacen y a la cual se deben enfrentar.

Renate Herold (citada por Olesen y Fugate, 1986) presenta un resumen de los diversos argumentos a favor de la licencia por menstruación. Ella identifica las siguientes categorías principales: I. la menstruación causa una menor eficiencia en el trabajo y una mayor vulnerabilidad a los problemas físicos; II. las mujeres con dolor durante la menstruación u otras dificultades, como sangrado inusualmente intenso, no deben trabajar durante la menstruación; III. tomar licencia durante la menstruación previene problemas durante el embarazo y el parto posteriores, incluidos el aborto espontáneo

y el parto prematuro; y IV. las mujeres trabajan en malas condiciones y carecen de instalaciones sanitarias.

A nivel internacional, el tema de licencia por padecer dismenorrea no es nuevo, aunque no se conoce precisamente con esta denominación; diferentes países ya están utilizando este permiso y en otros se esta debatiendo esta posibilidad.

Japón se convirtió en el primer país en introducir la licencia en 1947, pero había sido debatido durante veinte años antes. Ese debate comenzó en 1928 cuando, según Barbara Molony, profesora de historia de la Universidad de Santa Clara, las conductoras de la Compañía Municipal de Autobuses de Tokio exigían días libres para que no tuvieran que renunciar a sus trabajos debido a ausencias mensuales relacionadas con el período. La Segunda Guerra Mundial pospuso sus demandas, pero poco después de la guerra, "las mujeres empobrecidas, desesperadas por empleos, encontraron que la falta de baños y toallas higiénicas adecuadas hacía imposible trabajar durante la menstruación" (Javaid, 2016, p. x). Después de un intenso cabildeo, las representantes de mujeres en los sindicatos ganaron el derecho a la licencia menstrual pagada. El artículo 68 de La Ley de Normas de Japón estableció que a las mujeres que sufren de períodos dolorosos o cuyo trabajo podría exacerbar el dolor del período se les permite *seirikyuuika* (literalmente «licencia fisiológica»), toda vez que se considera un derecho natural o biológico y el empleador deberá tener en cuenta el período menstrual de aquellas mujeres que resulte difícil el período de menstruación (El Mostrador Braga, 2017).

No obstante, en este caso el empleador no estará obligado a pagarle un salario en esos días de ausencia, dicho permiso tiene su fundamento en cuestiones culturales porque existe la creencia de que si las mujeres no descansan durante sus periodos pueden tener afectaciones durante sus partos futuros. Lo anterior no está del todo exento de fundamento científico, debido a que la dismenorrea es una enfermedad que si no se atiende deriva en endometriosis; la cual ocasiona infertilidad en algunos casos.

Otros países que han implementado este permiso son: Indonesia, Corea del Sur desde el año 2001, Taiwan en el 2014 y recientemente en el Congreso de Italia se empezó a discutir un proyecto de ley para otorgar tres días de permiso a las mujeres que sufran de dolores menstruales, el cual se encuentra guardado, sin embargo, si finalmente se aprobara entonces sería el primer país de la Comunidad Económica Europea en reconocer dicha medida. En el caso de América Latina, desde el año 2014, particularmente en la provincia de Federación, en Argentina, el municipio le otorga a sus empleadas públicas un día de permiso a las mujeres que se sientan imposibilitadas para trabajar durante su periodo menstrual (día femenino). En Honduras, en el año 2016, la diputada del Partido Liberal, Gabriela Nuñez, presentó una propuesta para

otorgar tres días de descanso a las mujeres que sufren “dolores severos” durante su ciclo menstrual (M. García, comunicación personal, 20 de junio de 2019).

En el Estado de México no se ha regulado este tipo de licencia; sin embargo a nivel federal, la Senadora Yolanda de la Torre Valdez presentó una propuesta en la LXIII Legislatura del Congreso de la Unión, (correspondiente al periodo del 1 de septiembre de 2015 al 31 de agosto de 2018), por la cual se exhortaba al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y al Instituto de Salud y Seguridad Social para los Trabajadores al Servicio del Estado (ISSSTE), para que en conjunto con el Instituto Nacional de las Mujeres se diseñaran y promovieran acciones encaminadas a otorgar licencias médicas con goce de sueldo a mujeres afectadas por dismenorrea incapacitante (dolor menstrual intenso) (M. García, comunicación personal, 20 de junio de 2019).

Un Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México se convirtió en la primera entidad latinoamericana en legalizar licencia para las servidoras públicas que padecen Dismenorrea, el Acuerdo por medio del cual se hizo oficial esta nueva situación administrativa señala que tendrán un día de descanso al mes con goce de sueldo “licencia de ausencia”, para recuperarse en casa de “complicaciones de tipo fisiológico”; ya que no solo está destinada para las mujeres que demuestran padecer Dismenorrea, sino también, para los hombres y mujeres que presenten “malestares asociados con la adultez madura, es decir, el periodo de vida comprendido entre los 40 y los 60 años” (Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Fiscal del Estado de México, 2017).

CONCLUSIONES

La presente investigación se adelantó con el propósito de realizar un análisis y responder al problema jurídico planteado: ¿por qué a las empleadas públicas en Colombia se les debe reconocer licencia por padecer dismenorrea? Para resolver el interrogante, se hizo un estudio frente a la especial protección que el ordenamiento jurídico interno le ha otorgado a la mujer para que acceda en condiciones de igualdad real al campo laboral. Asimismo, se recordó cómo está consagrado el empleo público en la ley y la carencia dentro de las situaciones administrativas de estos, de una licencia periódica para las mujeres que padecen dismenorrea. También se planteó que la licencia debe regularse no solo por tratarse de un sujeto de especial protección, sino por su condición humana, al estar íntimamente vinculado con la dignidad humana de estas mujeres sometidas a largas horas de trabajo con este padecimiento. Finalmente, se expusieron ejemplos de países en los que se ha regulado este tipo de licencias, no bajo la misma denominación, pero si persiguiendo el mismo fin, especialmente el caso de un Tribunal de México.

Conforme con las normas que legalizan las licencias en Colombia para las empleadas públicas, se pudo evidenciar que no existen lineamientos en el ordenamiento

jurídico para aquellas mujeres que deben ausentarse de sus funciones de manera injustificada y periódica por no contar con una licencia reglamentada por padecer dismenorrea. Estas mujeres deben enfrentarse a situaciones que van en contra vía de su dignidad humana, tales como asistir al lugar de trabajo pese a los fuertes dolores y la falta de baños o condiciones higiénicas en estos, o decidir no asistir y que se le descuenta de su salario el día no laborado, y en otros casos, al ser ausencias periódicas "injustificadas" pueden ser motivo de despedido por parte del empleador.

Las licencias son un mecanismo que le permite al Estado garantizar el ejercicio de la actividad profesional de sus empleados; aún más, cuando nos referimos a las mujeres, una licencia por padecer dismenorrea les permitiría acceder a su derecho fundamental al trabajo en condiciones de igualdad real y efectiva, sin menoscabar su derecho a la salud y su dignidad humana.

El reconocimiento de una licencia por padecer dismenorrea a las empleadas públicas que prueben medicamente padecer esta afección, es una necesidad latente, porque actualmente no se puede predicar de dignidad laboral para estas mujeres y mucho menos de una igualdad sustancial. Aunado a ello, se eliminaría la discriminación y violencia existentes contra las mujeres por la no regulación de esta licencia.

La ley es el medio normativo apropiado para la realización de los fines del Estado, la existencia de una licencia regulada en el ordenamiento jurídico colombiano para las empleadas públicas que padecen dismenorrea requiere de una definición expresa y pública; ya que nos referimos a un asunto que generalmente permanece implícito y privado. Promoviendo así la tolerancia y el respeto entre hombres y mujeres respecto a sus condiciones biológicas y a sus derechos humanos.

El ser humano no es una cifra, un producto o tiempo por el cual se paga; se debe comprender que las personas sienten y padecen afecciones de salud. Para los que se encargan de legislar en pro de los ciudadanos, se les debe hacer un llamado, hacer visible la problemática que padecen las mujeres en medio de su ciclo menstrual cuando padecen dismenorrea y tienen que trabajar. Llevar a cabo la progresividad de la norma, hacerla aterrizar a las realidades cotidianas y no dejarla plasmada en el papel. Es hora de poner en funcionamiento los principios del derecho y garantizar la dignidad humana. Es un camino largo y difícil de trasegar, pero es la ruta para garantizar que las generaciones venideras puedan disfrutar de unos derechos reales y de un Estado Social de Derecho que no solo exista en el preámbulo de nuestra carta constitucional.

REFERENCIAS

- Amaya, G. (2010). Dismenorrea. *Ginecología y obstetricia*, 19, 291-302. https://revistas.udea.edu.co/index.php/ginecologia_y_obstetricia/article/view/17549
- Bernal-Camargo, D. R. y Padilla-Muñoz, A. C. (2018). Los sujetos de especial protección: construcción de una categoría jurídica a partir de la constitución política colombiana de 1991. *Revista Jurídicas*, 15(1), 46-64. [http://190.15.17.25/juridicas/downloads/Juridicas15\(1\)_4.pdf](http://190.15.17.25/juridicas/downloads/Juridicas15(1)_4.pdf)
- Camargo, D. F. (2005). *Funcionarios públicos: evolución y prospectiva*. Eumed.
- Carnelutti, F. (2017). *Cómo nace el derecho*. Temis.
- Cepeda, M. J. y Montealegre, E. (2007). *Teoría Constitucional y Política Públicas*. Universidad Externado De Colombia. Citado en: Bernal-Camargo, D. R. y Padilla-Muñoz, A. C. (2018). Los sujetos de especial protección: construcción de una categoría jurídica a partir de la constitución política colombiana de 1991. *Revista Jurídicas*, 15(1), 46-64. [http://190.15.17.25/juridicas/downloads/Juridicas15\(1\)_4.pdf](http://190.15.17.25/juridicas/downloads/Juridicas15(1)_4.pdf)
- Congreso de la República de Colombia. (2008, 17 de julio). *Ley 1232 de 2008. Por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial n.º 47.053. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1232_2008.html
- Congreso de la República de Colombia. (2004, 23 de septiembre). *Ley 909 de 2004*. Diario Oficial n.º 45.680. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_909_2004.html
- Consejo de Estado. (2018, 26 de Julio). Rad. 11001-03-25-000-2014-01511-00 (Sandra Lisset Ibarra Vélez, C.P.). <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/214/11001-03-25-000-2014-01511-00.pdf>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Preámbulo. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 n.º 4, 5, 8, 12, 13, 21, 23, 24, 25, 26A, 28, 34, 35, 39, 62, 83, 84, 87, 90, 112 y 119*. <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 1. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 n.º 4, 5, 8, 9, 10, 12, 13, 21, 23, 24, 25, 26A, 27, 29, 31, 34, 37, 43, 46, 60, 62, 63, 69, 71, 75, 83, 84, 87, 107 y 112*. <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 13. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 n.º 4, 5, 6, 7, 9, 10, 20, 22, 24, 26, 27, 29, 34, 37, 51, 60, 63, 69, 82 y 87*. <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 43. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 n.º 52, 72 y 85*. <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 123. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 n.º 68, 78 y 105*. <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 125. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 n.º 4, 20, 69 y 105*. <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Corte Constitucional. (1994, 15 de septiembre). Sentencia C-410/94 (Carlos Gaviria Díaz, M.P.) <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20025559>
- Corte Constitucional. (1999, 17 de febrero). Sentencia C-082/99 (Carlos Gaviria Díaz, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-082-99.htm>
- Corte Constitucional. (2005, 24 de mayo). Sentencia C-534/05 (Humberto Antonio Sierra Porto, M.P.). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-534-05.htm>

- Corte Constitucional. (2014, 18 de noviembre). Sentencia T-878/14 (Jorge Iván Palacio Palacio, M.P.). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-878-14.htm>
- Corte Constitucional. (2019, 29 de agosto). Sentencia T-398/19 (Alberto Rojas Ríos, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-398-19.htm>
- Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP). (2016, 11 de abril). Concepto 74771 de 2016. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77352>
- El Mostrador Braga. (2017, 31 de agosto). Proponen "Ley Menstrual" en Chile: ¿Qué dice la experiencia en el mundo? <https://bit.ly/3tkNUFq>
- Javaid, Maham (2016, 17 de febrero). *Asian countries have been offering females paid menstrual leave for almost 70 years*. <https://timeline.com/asian-countries-have-been-offering-females-paid-menstrual-leave-for-almost-70-years-401056aeb1ec>
- Mazuera, P. (2019). *Análisis Del Discurso Jurídico Desde El Concepto De Derecho A La Igualdad De Género En El Marco De La Hermenéutica Constitucional De La Corte Constitucional (1992-2006)* [tesis de doctorado, Universidad Libre]. Repositorio Institucional Unilibre. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/17689>
- Presidencia de la República de Colombia. (2015, 26 de mayo). Decreto 1083 de 2015. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*. Diario Oficial n.º 49.523. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62866#0>
- Olesen, V. L., y Fugate, N. (eds.) (1986). *Culture, society, and menstruation*. Hemisphere Publishing Corporation.
- Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México. (2017, 29 de junio). *Acuerdo por el que se concede a las y los Servidores Públicos adscritos a esta Instancia de Justicia Administrativa, Licencia de Ausencia de un día de descanso al mes, a causa de complicaciones de tipo fisiológico*. Periódico Oficial, Gaceta del Gobierno, tomo 203, n.º 119. <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2017/jun291.pdf>