

Bogotá D.C., 16 de febrero de 2017

Honorables Magistrados
SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
Calle 12 No. 7 – 65
Palacio de Justicia
Ciudad
E. S. D.

ASUNTO: AMICUS CURIAE

Oficio N. OPTB-0117/17

Ref.: Expedientes T-568.775,
T-5.659.209, T-5.664.317,
T-5.667.887, T-5.686.046,
T-5.719.364, T-5.739.040,
T-5.738.997, T-5.746.127,
T-5.754.345, T-5.756.047.

Por medio del presente escrito, Adriana Muro Polo, Manuela Piza Caballero, Paula Aguirre Ospina, Daniela Parra Álvarez y Jose Luis Venegas, abogados de **ELEMENTA, CONSULTORÍA EN DERECHOS**, presentamos *amicus curiae* ante la Corte Constitucional de Colombia, en relación al caso anteriormente referenciado.

Elementa, Consultoría en Derechos, es una firma de consultoría y litigio que se especializa en derecho internacional y derecho constitucional con el fin de ofrecer alternativas jurídicas para la efectiva garantía de los derechos humanos en el contexto regional.

La presente intervención estará dividida de la siguiente forma: En primera medida, se hará referencia a los estándares mínimos de protección establecidos por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT). En segundo lugar, a partir del uso del derecho comparado, se mostrarán algunos modelos de protección que ofrecen mejores opciones a las existentes actualmente en Colombia. Lo que permite concluir con la necesidad de realizar cambios legislativos a favor de una mayor protección de las mujeres embarazadas y en lactancia.

1. Estándares de protección mínima a la luz del derecho internacional

Considerando la importancia de la existencia de herramientas de protección de las mujeres durante el embarazo y período de lactancia, y con el propósito de asegurar la recuperación de las madres y el buen cuidado del recién nacido, la OIT ha establecido los estándares que deben guiar la regulación interna de los Estados, de forma que se protejan los derechos a la igualdad de oportunidades en el trabajo, el mínimo vital y la salud ante escenarios de posible discriminación laboral¹. Así las cosas, aun cuando dichos estándares pueden ser menores a los actualmente reconocidos en el ordenamiento jurídico colombiano, sirven de punto de referencia para el análisis comparado del tratamiento que se ha dado a esta materia.

Así pues, en el Convenio 183 relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad, se determinó que el período mínimo reconocido bajo el concepto de licencia de maternidad debe ser de por lo menos 14 semanas², durante el cual deben proporcionarse prestaciones médicas y pecuniarias en una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud y vida adecuadas³. Los requisitos establecidos para acceder a esta licencia deben estar formulados de forma que una gran mayoría de mujeres en estado de embarazo y en período de lactancia se vean beneficiadas por el mismo. Por la misma vía, respecto a la protección del empleo y no discriminación, se estableció que el empleador no puede proceder con el despido de una mujer embarazada o que esté gozando del período de lactancia salvo que se trate de motivos no relacionados directamente con el parto⁴.

Ahora, habiendo aclarado los estándares mínimos establecidos en esta materia, puede darse comienzo al breve estudio de algunos modelos de protección a la mujer embarazada y lactante a nivel mundial que, consideramos, ofrecen mejores opciones a las existentes actualmente en Colombia. Para ello, dividiremos este apartado en dos subsecciones: la primera referente a la licencia de maternidad, donde estudiaremos la regulación de varios Estados en esta materia y, la segunda sección, que dedicaremos al análisis de la regulación en asuntos relacionados con la

¹ International Labour Organization. (2017). *International Labour Standards on Maternity protection*. [online] Disponible en: <http://ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang--en/index.htm> [Recuperado el 14 de febrero de 2017].

² Artículo 4, Convenio 183 relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad.

³ Artículo 5, Convenio 183 relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad.

⁴ Artículo 8, Convenio 183 relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad.

protección y estabilidad en el empleo. Es importante considerar que en ambos casos incluimos beneficios adicionales asociados a la protección de las mujeres durante el embarazo y el período de lactancia.

2. Modelos de protección diferentes al de Colombia

2.1. Licencia de maternidad

a. Finlandia

La licencia de maternidad reconocida tiene una duración de 105 días hábiles (18 semanas) que comienzan a contarse 30 días antes de la fecha esperada de parto, remuneradas en la misma cuantía del salario percibido por la madre⁵, de forma similar a lo actualmente reconocido en Colombia tras la ampliación del período de licencia de maternidad en la Ley 1822 de 2017. Sin embargo, a dicho período se suman 158 días adicionales que pueden ser disfrutados por el padre o la madre en las proporciones que ellos mismos acuerden (desde que ambos disfruten de un mínimo de 12 semanas), con una remuneración del 70% del salario devengado⁶. Similarmente, cumplido el período de 158 días, ambos padres pueden acceder a licencias para el cuidado de los hijos hasta que los mismos alcancen la edad de 3 años⁷.

b. Islandia

La ley reconoce el derecho independiente e intransferible de ambos padres a una licencia de maternidad (o paternidad en caso del padre) de 3 meses remunerados en una cuantía correspondiente al 80% del promedio de los salarios devengados por la pareja⁸, que puede comenzar hasta un mes antes de la fecha esperada de parto. Además, ambos padres comparten el derecho de gozar de 3 meses adicionales a los mínimos reconocidos, que pueden dividir en la forma en que ellos mismos lo acuerden a lo largo de un período que no supere los 24 meses tras la fecha de parto⁹.

⁵ International Labour Office – International Labour Organization (2014) *Maternity and Paternity at Work. Law and Practice Across the World*. International Labour Organization. Ginebra.

⁶ Nordic Social Insurance Portal (s.f.). Family Benefits. [online] Disponible en: <http://www.nordsoc.org/Finland/Family-benefits/> [Recuperado el 14 de febrero de 2017].

⁷ *Ibidem*.

⁸ La licencia de cada uno puede ser extendida en caso de ausencia o muerte de uno de los padres.

⁹ Artículo 8, Act on Maternity/Paternity Leave and Parental Leave, No. 95/2000.

De forma similar a lo establecido en Finlandia, se reconoce un período de hasta 13 semanas por concepto de licencia familiar para cada padre, de forma que ambos puedan participar en el cuidado de su hijo. Sin embargo, en el caso de Islandia, dicha licencia es no remunerada¹⁰.

c. Suecia

La regulación sueca otorga a ambos padres 480 días de licencia parental que pueden ser divididos entre ambos desde que se respete el mínimo de 90 días para cada uno¹¹. La remuneración de los primeros 195 días se calcula con base en el salario del padre o madre y los días restantes según un nivel mínimo establecido por la ley. Adicionalmente, la licencia puede disfrutarse en períodos continuos o en hasta 3 bloques por año y puede ser a tiempo completo o parcial, según lo deseado por los padres¹².

Ahora, el único requisito de elegibilidad de la licencia parental es haber trabajado y aportado al sistema de seguridad social por lo menos 12 meses continuos o discontinuos en los 2 años previos al embarazo. Sin embargo, en los casos en que se logre probar que el padre no trabaja ni estudia para quedarse en casa cuidando de su hijo, la licencia podrá ser reconocida y pagada según el nivel mínimo establecido por la ley¹³.

Por otro lado, para los padres de niños menores de 12 años se reconoce la posibilidad de acceder a una licencia parental temporal, de 120 días por año a aproximadamente el 70% del salario de quien accede a este beneficio con el fin de contribuir en la crianza de los menores¹⁴.

¹⁰ Island.is (s.f.) *Maternity/Paternity Leave and Parental Leave*. A-Z Publication Services. [Online] Disponible en: https://www.island.is/en/family/having_a_baby/maternity_paternity_leave_and_parental_leave/ [Recuperado: 15 de febrero de 2017].

¹¹ En caso de que solo un padre ostente la custodia del menor, tendrá derecho a gozar de los 480 días. Oresunddirekt (2017) *Parental Leave in Sweden*. [online] Disponible en: <http://www.oresunddirekt.dk/english/in-english/family-parenting-in-sweden/family-leave-in-sweden> [Recuperado el 15 de febrero de 2017].

¹² Haas, L. y Duvander, A (2016) *Sweden*. Leave Network [Online] Disponible en: http://www.leavenetwork.org/fileadmin/Leavenetwork/Country_notes/2016/Sweden.pdf [Recuperado el 14 de febrero de 2017].

¹³ Forsakringskassan (s.f.) *Parental Benefit*. [Online] Disponible en: https://www.forsakringskassan.se/privatpers/foralder/nar_barnet_ar_fott/foraldrapenning!/ut/p/zo/o4_Sj9C PykssyoxPLMnMzovMAfjjo8ziTTxcnA3dnQ28_U2DXQwczTwDDcOCXY1CDc31g1Pz9AuyHRUBTbm8uw!!/ [Recuperado el 15 de febrero de 2017].

¹⁴ Schwartz, L (s.f.) *Parental and Maternity Leave Policies in Canada and Sweden*. Queen's University IRC. School of Industrial Relations Research Essay Series No. 18. [Online] Disponible en: <http://irc.queensu.ca/sites/default/files/articles/RE-schwartz-parental-and-maternity-leave-policies-in-canada-and-sweden.pdf> [Recuperado el 14 de febrero de 2017].

d. Noruega

Al igual que en Suecia, la legislación de Noruega no hace distinción entre la licencia reconocida a la madre y al padre, sino que usa el término “licencia parental”. Sin embargo, para fines relacionados con el análisis de esta figura, dicha distinción puede hacerse con base en los días que la ley reserva para las madres y los padres: de las 46 semanas (remuneradas al 100% del salario devengado) a las 56 semanas (remuneradas al 80%) a las que la pareja tiene derecho, la ley reconoce que la mujer debe gozar de por lo menos 13 semanas (3 semanas antes de la fecha esperada de parto y 10 tras el nacimiento). Adicionalmente, la ley reconoce el derecho de disfrutar de 26 o 36 semanas tras el parto, que se pueden dividir entre los padres de común acuerdo y pueden ser usadas de forma discontinua en los primeros 3 años de vida del recién nacido¹⁵.

Siguiendo el ejemplo de Suecia, el legislador noruego estableció ciertos requisitos para acceder licencias parentales con remuneraciones diferentes a las mínimas establecidas por la ley¹⁶. Sin embargo, las mujeres que no tienen trabajo al momento del embarazo y el parto, pueden acceder a la ya descrita licencia con la diferencia de que la base de liquidación de la misma se deriva de unos mínimos establecidos legalmente¹⁷.

e. Chile

El período reconocido por concepto de licencia parental y descanso postnatal en la legislación chilena es el más largo en Latinoamérica: el artículo 195 del Código de Trabajo reconoce el derecho de la madre a disfrutar de un descanso de 6 semanas antes del parto y 12 semanas tras el nacimiento. En adición, se reconoce el derecho de ambos padres de acceder a un “permiso postnatal parental” después de concluido el descanso postnatal (12 semanas a tiempo completo o 18 semanas a medio tiempo)¹⁸.

¹⁵ Brandth, B. Y Kvande, E. (2016) *Norway*. Leave Network [Online] Disponible en: http://www.leavenetwork.org/fileadmin/Leavenetwork/Country_notes/2016/Norway.pdf [Recuperado el 14 de febrero de 2017].

¹⁶ Tanto padres como madres deben haber trabajado mínimo 6 de los 10 meses precedentes al parto.

¹⁷ Brandth, B. Y Kvande, E. (2016) *Norway*. Leave Network [Online] Disponible en: http://www.leavenetwork.org/fileadmin/Leavenetwork/Country_notes/2016/Norway.pdf [Recuperado el 14 de febrero de 2017].

¹⁸ Este permiso puede ser disfrutado por el padre – a partir de la séptima semana del mismo - si la madre así lo establece. Artículo 198 bis del Código de Trabajo chileno.

El único requisito establecido para gozar de la licencia parental es la presentación de un certificado médico que acredite el embarazo¹⁹. No se instituyeron requisitos de tiempo de cotización para acceder a este tipo de licencias.

f. Cuba

La ley cubana establece que las trabajadoras en estado de embarazo tienen derecho a un descanso prenatal de 6 semanas y que, después del parto, se debe reconocer un descanso postnatal de 20 semanas²⁰. Ambos períodos tienen una remuneración del 100% del salario percibido por la mujer al momento de quedar en embarazo.

En algunos casos el descanso postnatal puede extenderse hasta los 9 meses por concepto de "Descanso de Lactancia". Además, cuando se presenten circunstancias especiales tales como trastornos de salud de la madre o el recién nacido, o parto múltiple, el Descanso de Lactancia puede extenderse hasta 12 meses después del parto.

2.2. Protección y estabilidad en el empleo

El análisis de la regulación en esta materia permite identificar dos tendencias adoptadas por los Estados respecto a la protección de las mujeres en período de lactancia: en primer lugar, algunos Estados han instituido total prohibición de despido de las mujeres en estado de embarazo o que recientemente han dado a luz (como es el caso de la regulación de Brasil, Camboya, Egipto y Francia); en segundo lugar, otros Estados, como Colombia, han optado por instituir la prohibición de despido de la mujer durante un período de tiempo determinado y solo han permitido el despido cuando dicha decisión esté suficientemente fundamentada en razones no relacionadas con el embarazo o el parto. Considerando lo anterior, por la diferencia de condiciones, garantías y beneficios que la ley reconoce a la mujer, únicamente se aportarán cuatro ejemplos de la segunda tendencia identificada, pues es la que más permite la realización de un análisis en comparación con el modelo colombiano.

¹⁹ Dirección del Trabajo – Gobierno de Chile (2016) *¿Cuánto dura el descanso prenatal y postnatal?* Centro de Consultas Laborales. [Online] Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-60107.html> [Recuperado el 15 de febrero de 2017].

²⁰ Resolución Conjunta del Ministerio de Salud y Ministerio del Trabajo y Seguridad Social (G.O. No. 38.528 de 2006).

a. Venezuela

La Ley Orgánica del Trabajo y sus reglamentos²¹ reconocen a la trabajadora en estado de embarazo inmovilidad y protección frente al despido durante un período contado desde el embarazo hasta 2 años después del parto. Así mismo, se establece que las condiciones laborales de la mujer no pueden ser modificadas de tal manera que se perjudique su estado de embarazo o supongan un desmedro en la capacidad de la misma para sostenerse y sostener a su hijo.

b. Chile

El artículo 201 de Código de Trabajo chileno reconoce el fuero laboral que protege a la mujer embarazada o que recientemente ha dado a luz y determina que durante el período comprendido entre el embarazo y un año después de la expiración del permiso postnatal parental no puede darse la terminación del contrato de trabajo sin autorización previa del juez competente que confirme la existencia de una justa causa no relacionada con el embarazo o la maternidad.

Así mismo, cuando una autoridad competente identifique que las labores que normalmente ejecuta la mujer en estado de embarazo o lactancia sean consideradas como perjudiciales para su salud o la del no nacido, el empleador estará obligado a trasladarla a otra posición que no represente un peligro para su estado de salud sin que ello signifique la reducción de lo devengado por la mujer.

c. Bolivia

El ordenamiento jurídico boliviano²² reconoce el derecho de inmovilidad en el puesto de trabajo desde el momento en que la mujer queda embarazada y hasta un año después del parto. El despido durante este período obligará al empleador a reintegrarla inmediatamente a sus labores sin que se causen perjuicios económicos y sin que se afecte su nivel laboral cuando ello signifique una desmejora en su salud y en los derechos que la asisten.

Otra forma de protección reconocida por la ley boliviana supone que el empleador debe dar un trato preferencial a la mujer durante el período establecido por la ley y que, por tanto, debe librarla de tareas que impliquen esfuerzo excesivo y que tengan la potencialidad de afectar su salud o la del que está por nacer.

²¹ Artículo 335 de la Ley Orgánica del Trabajo.

²² Artículo 61 de la Ley General de Trabajo y artículos 1 y 2 de la Ley 975 de 1988.

d. Argentina

La ley 21.824 establece un período de 7 meses y medio posteriores a la fecha de parto dentro de los cuales opera la presunción de que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo. El despido que se realice dentro de este período dará lugar al pago de una indemnización correspondiente a un año de salario. Adicionalmente, la misma ley establece que el reintegro de la mujer embarazada debe darse en las mismas condiciones laborales que tenía al momento de iniciar el descanso prenatal y postnatal²³.

3. Cambios legislativos integrales

El anterior estudio, nos permite considerar que a pesar de cumplir con los estándares mínimos de protección internacional y de reconocer el más reciente avance legislativo que amplía la licencia de maternidad a 18 semanas²⁴, el legislador colombiano está en la capacidad de mejorar la protección y estabilidad laboral de las mujeres embarazadas y lactantes, ampliando los beneficios adicionales que se derivan de ésta, a partir de las experiencias de otros países en la materia.

Estos cambios legislativos propuestos deben darse de forma integral, ya que como se expone en el *Estudio de caso: Despido injusto de mujer embarazada*²⁵, hace falta una "reforma sustancial en lo pertinente a la protección especial a la maternidad"²⁶, una reforma que tenga como objetivo fundamental el de aclarar las consecuencias y alcances del despido a mujeres embarazadas y que sienta firmes criterios que se sigan tanto en la jurisdicción constitucional como en la ordinaria. Finalmente, tanto los legisladores como los jueces, deben apostarle a garantizar una verdadera estabilidad reforzada que, además de proteger los derechos de las mujeres, le apunte a disminuir las brechas entre hombres y mujeres y a crear un mercado laboral en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Cordialmente,

²³ Artículo 178 y 184 de la ley 21.824.

²⁴ Congreso de Colombia. Ley 1822 de 2017.

²⁵ Lemaitre, Julieta. (2002) *Estudio de caso: Despido injusto de mujer embarazada*. Centro de Investigaciones Sociojurídicas - CIJUS, Universidad de Los Andes.

²⁶ *Ibid.* Página 164.



Adriana Muro Polo



Manuela Piza Caballero



Paula Aguirre Ospina



Daniela Parra Alvarez



Jose Luis Venegas