

**LICENCIA DE MATERNIDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO  
(COLOMBIA Y BRASIL)**



**ANLLY ALANA ARREGOCES ALVARADO**

**C.C: 1216968189**

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA**

**CENTRO DE INVESTIGACIONES**

**PROGRAMA DE DERECHO**

**SANTA MARTA**

**MARZO 2022**

**LICENCIA DE MATERNIDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO  
(COLOMBIA Y BRASIL)**



**ANLLY ALANA ARREGOCES ALVARADO**

**C.C: 1216968189**

**ASESOR.**

**DR. JOSÉ JAVIER NUVAEZ**

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA**

**CENTRO DE INVESTIGACIONES**

**PROGRAMA DE DERECHO**

**SANTA MARTA**



**MARZO 2022**

**NOTA DE ACEPTACIÓN**

---

---

---

---

**ASESOR**

---

**EVALUADOR**

---

**EVALUADOR**

## **DEDICATORIA**

Sin duda alguna, esto es dedicado primeramente a Dios, a mis padres, mi hermano, mi esposo e hijas, sin ustedes, sin su apoyo, no hubiera llegado hasta donde estoy hoy, a mis padres, Alonso y Berenice, gracias por despejarme el camino, estar ahí hasta el último momento, el esmerarse día a día para verme cumplir mi sueño, por darme algo tan valioso y fue el ayudarme hacer una profesional, a mi hermano Alan, por ser mi mano amiga, mi incondicional, a mi esposo Ricardo, tengo que agradecerle mucho, porque de ti nunca escuche un no, siempre me diste una voz de aliento en medio de las dificultades y al igual que mi familia, estuviste ahí, siendo mi apoyo constante, mis hijas Naiara y Alaia, las dos, son mi mayor motivación, mi pilar más grande, la fuerza y la fortaleza que siempre necesite me la dieron ustedes.

**Anlly Alana Arregoces A.**

## **AGRADECIMIENTOS**

Los agradecimientos son para aquellas personas que siempre sin importar las situaciones, estuvieron ahí, Juliana, Carlos, mil gracias porque sin su apoyo y ayuda esto no hubiera podido ser.

**Anlly Alana Arregoces A.**

## TABLA DE CONTENIDO

Resumen	8
Introducción	10
<b>CAPÍTULO I CONCEPTO TEÓRICO Y JURÍDICO DE LA MATERNIDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO</b>	<b>11</b>
1.1. Origen y Conceptualización de Familia	11
1.2. Concepto de Parejas del Mismo Sexo.	14
1.3. Maternidad en Ámbito Nacional e Internacional	15
1.3.1 Maternidad en el Ámbito Nacional.	15
1.3.2 Maternidad en el Ámbito Internacional.	17
1.4. Antecedentes de la Licencia de Maternidad.	18
<b>CAPÍTULO II NORMAS JURÍDICAS QUE REGULAN LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA Y BRASIL</b>	<b>28</b>
2.1. Licencia de Maternidad en Parejas del Mismo Sexo en la Constitución Política Colombiana.	28
2.1.2. La Licencia de Maternidad - Organización Internacional del Trabajo (OIT)	28
2.2 Normas que Regulan la Licencia de Maternidad en Parejas del Mismo Sexo en Colombia	30
2.2.1. La Maternidad en Constitución Política de 1991 de Colombia	30
2.2.2. La Maternidad en el Código Sustantivo del Trabajo, de Colombia.	31
2.2.3. Proyecto de ley 202 de 2016. (Colombia)	33

2.3 Normas que Regulan la Licencia de Maternidad en Parejas del Mismo Sexo en Brasil.	35
2.3.1. Licencia de maternidad en parejas del mismo sexo, en la Constitución Política de la República Federativa de Brasil Art, 392.	35
<b>CAPITULO III PRONUNCIAMIENTO DE LAS CORTES DURANTE 2015 AL 2020 SOBRE LICENCIA DE MATERNIDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA Y EN BRASIL.</b>	38
3.1 Pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, Sobre la Licencia de Maternidad en Parejas del Mismo Sexo.	38
3.1.2. Sentencia C-683, 2015- (Colombia)	38
3.1.3. (Sentencia C-071, 2015). (Colombia).	39
3.2 Pronunciamientos de la República Federal de Brasil, Sobre la Licencia de Maternidad en Parejas del Mismo Sexo, Durante los Años 2015 a 2020	42
3.2.1. 42	
<b>CAPITULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	44
4.1 Conclusiones	44
4.2 Recomendaciones	47
Referencias bibliográficas	50

## Resumen

El presente trabajo de investigación, se utilizó, como base para trabajar una metodología descriptiva, en la que se buscó analizar cuáles eran las fuentes originales de las licencias de maternidad en parejas del mismo sexo en Colombia y Brasil, teniendo en cuenta que en Colombia está surgió como una garantía constitucional para la protección de los niños, como primera medida, se realizó un análisis histórico sobre la evolución normativa de la licencia de maternidad, en lo referente a parejas del mismo sexo en ambos países; luego se revisó cuáles eran los conflictos normativos que actualmente existen en la materialización de dicha garantía y, por último, se expondrá los aspectos jurisprudenciales relevantes con relación a la licencia de maternidad en parejas del mismo sexo,. Se llevó a cabo una compilación de normas que fueron promulgadas en un lapso de tiempo comprendido entre los años 2015 a 2020, como referentes las normas constitucionales, decretos y leyes que atañen al tema de la licencia de maternidad en parejas de sexo igualitario en ambos países.

**Palabras Clave:** Licencia de maternidad, igualdad de género, derechos de los niños, legislación, historia de la familia.

## Abstract

The present research work was used as a basis to work a descriptive methodology, in which it was sought to analyze what were the original sources of maternity leave in same-sex couples in Colombia and Brazil, taking into account that in Colombia it is it emerged as a constitutional guarantee for the protection of children, as a first measure, a historical analysis was carried out on the normative evolution of maternity leave, in relation to same-sex couples in both countries; Then, the normative conflicts that currently exist in the materialization of said guarantee were reviewed and, finally, the relevant jurisprudential aspects in relation to maternity leave in same-sex couples will be exposed. A compilation of norms was carried out that were promulgated in a period of time between the years 2015 to 2020, as references the constitutional norms, decrees and laws that concern the issue of maternity leave in equal-sex couples in both countries. .

**Keywords:** Maternity leave, gender equality, children's rights, legislation, family history.

## **Introducción**

El mundo en la actualidad, ha evolucionado a tal grado, que las leyes y marcos jurídicos establecidos a través de los legislativos, son el reflejo de una sociedad cada vez, más inclusiva, donde son pertinente la defensa de los derechos en el marco de la equidad e igualdad, que favorezca a las minorías o población vulnerable, que genere un principio de acuerdo social, el cual debe estar en función de permitirles a dicha población estar en igualdad de condiciones a las mayorías predominantes.

En ese contexto, el presente estudio, tiene como finalidad exponer desde el punto de vista jurídico, los avances en materia de licencia de maternidad en parejas homoparentales en un contexto comparativos que vinculan a Colombia y Brasil, en ese orden de ideas, se aborda inicialmente el concepto que existe sobre la familia, en el marco del desarrollo del primer capítulo que se aborda la maternidad en parejas del mismo sexo.

En el capítulo II, se establecen normas jurídicas que regulan la licencia de maternidad en parejas del mismo sexo en Colombia y Brasil. Donde se especifican cada una de ellas.

Asimismo en el capítulo IV, se exponen los pronunciamientos de las cortes durante 2015 al 2020 sobre licencia de maternidad en parejas del mismo sexo en Colombia y Brasil.

## **CAPÍTULO I**

### **CONCEPTO TEÓRICO Y JURÍDICO DE LA MATERNIDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO**

#### **1.1. Origen y Conceptualización de Familia**

El concepto de familia, presenta una gran amplitud, en ese contexto este no ha podido ser establecida de modo preciso, por lo que se encuentran diferentes autores los cuales afirman, que esta palabra proviene del latín famēs (“hambre”) y otros del término famulus (“sirviente”). Es Por ello, que, debido a sus orígenes, se cree que el concepto de familia se utilizó para hacer referencia al grupo conformado por criados y esclavos que un mismo hombre tenía como propiedad. En palabras del antropólogo francés Claude Lévi-Strauss (Citado por Vergel, 2018)

Es el matrimonio la institución que da origen a la familia, una organización donde hay esposo (o marido), una mujer en rol de esposa y niños nacidos de esa relación, (...). Este clan, vinculado por razones legales, económicas y religiosas, está condicionado por múltiples prohibiciones y permisos de índole sexual y amarrada por sentimientos de carácter psicológico como lo son el amor, el afecto y el respeto. (p.5)

Por otro lado, el punto de vista de nuestra Constitución Colombiana de 1991, encontramos una amplia definición de derechos, basada en los principios de igualdad, garantías, equidad, libertad y justicia, el preámbulo que hace parte de la Carta Política y es principio fundamental que rige la dogmática constitucional, establece los derechos fundamentales de igualdad y justicia.

En esa dirección, la familia es considerada como la estructura fundamenta para la sociedad en ese sentido la providencia de la Corte Constitucional, establece, lo siguiente:

No es necesario discutir - expresa la ponencia- porque la familia es el núcleo, principio o elemento fundamental de la sociedad esto indica la Sentencia T-586/99. Donde también Se reconoce a ella este lugar de privilegio dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia. Debido a que las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines, entre padres e hijos adoptivos o por la voluntad de constituir una familia, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos tiene pleno derecho de conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de la Ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias.

Siendo así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad de su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes.

De igual manera, la concepción de la familia, en el siglo XX, en el país se establece en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, un nuevo concepto. Éste ha sido precisamente el punto de partida para que la Corte Constitucional, a través de diversos pronunciamientos jurisprudenciales, haya ampliado el ámbito de familia y acomode el

ordenamiento jurídico vigente, extendiendo las garantías a todos los miembros de esta, sin importar su origen o el rol que desempeñan dentro de ella.

De acuerdo a la doctrina, se encontró que al doctrinante Serrano (2010), el cual menciona que las fuentes del derecho de familia pueden ser; fuentes reales, definiendo estas como las conformadas por los factores de la realidad social de cada estado y por ende por la familia constituida en dicho estado, para dicho fin se debe tener en cuenta las investigaciones que dan las ramas como la sociología, la antropología y la psicología. Y las Fuentes formales: La constitución tiene las normas expresas fundamentales sobre la familia, La legislación interna juega un papel importante a la hora de fundamentar en la norma la institución de la familia, su conformación, derechos y deberes, La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el tema de familia, La doctrina nacional y extranjera en cuanto a tratados que ratifica Colombia, La legislación, la jurisprudencia extranjera y la jurisprudencia internacional que ha interpretado los derechos de la familia.

Analizando lo anterior, se puede señalar que, frente al origen de la familia, atendiendo que este va encaminado a que la misma debe ser conformada por un hombre y una mujer, con el fin, de que estos últimos se vean en la necesidad de procrear y en tal sentido, el estado a través de una prestación económica pueda ayudar al sostenimiento en cuanto alimentación y de más gastos. Es por ello por lo que de acuerdo con lo expuesto por el doctrinante serrano en cuanto a la división de la fuente de familia estoy de acuerdo en virtud de que deben existir dos fuentes que nos ayudan determinar y establecer los verdaderos orígenes de la familia.

## **1.2 Concepto de Parejas del Mismo Sexo.**

Las parejas del mismo sexo se caracterizan por la unión de dos personas que corresponden a dos hombres o a dos mujeres siguiendo el mismo orden de ideas, la Corte Constitucional Colombiana, en La Sentencia C-075 de 2007, les reconoció algunos efectos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, es un triunfo no sólo para la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT) sino para todos los colombianos comprometidos con la igualdad.

De igual manera, en dicha sentencia, la Corte Constitucional colombiana afirmó que la Ley 54 de 1990, esta que regula la unión marital de hecho, es constitucional, únicamente cuando se entiende aplicable tanto a las parejas heterosexuales como a las parejas del mismo sexo. De esta forma, por primera vez en la historia de Colombia, la existencia de parejas compuestas por dos hombres o dos mujeres tiene consecuencias jurídicas positivas. Como sucede con las parejas heterosexuales, desde que en febrero de 2007 entró en vigor esta Sentencia, el sistema jurídico colombiano considera que el patrimonio adquirido por una pareja del mismo sexo que ha convivido por un periodo mínimo de dos años es propiedad de sus dos miembros.

Dentro del concepto de parejas del mismo sexo, la Sentencia C-075 de 2007 ha sido de gran importancia, puesto que ha indicado de manera clara y precisa, la distinción que tradicionalmente se ha hecho en nuestra comunidad política y jurídica entre ciudadanos de primera categoría, los heterosexuales, y ciudadanos de segunda categoría, los homosexuales, es

inconstitucional. Esta distinción, señaló la Corte, viola dos principios centrales de una democracia liberal como la colombiana: el principio de igual ciudadanía y el principio que ordena que el Estado debe tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos.

En ese contexto, para la Corte Constitucional, la orientación sexual no es un criterio legítimo para determinar la manera como se distribuyen los derechos y obligaciones básicos de los ciudadanos. En la esfera pública colombiana la homosexualidad y la heterosexualidad son, en principio, criterios irrelevantes para precisar el estatus político y jurídico de los asociados. De igual forma, la Corte señaló que el Estado no puede usar los escasos recursos a su disposición para proteger o promover la orientación sexual preferida por algunos de sus ciudadanos así este constituya la mayoría de la población. Hacerlo implicaría privilegiar el proyecto de buen vivir de algunos de los asociados y, por tanto, se violarían dos de los valores más preciados para una democracia liberal: la igualdad y la autonomía de la voluntad.

Teniendo en cuenta lo anterior, como investigadora puedo concluir que se puede entender por parejas del mismo sexo aquellas que son conformadas por dos hombres o dos mujeres cuya finalidad es llegar a formar una familia y el estado colombiano se ha negado a dar este beneficio por los conceptos católicos que la iglesia ha generado ya que este mismo iría en contra de los principios bíblicos.

### **1.3. Maternidad en Ámbito Nacional e Internacional**

#### **1.3.1 Maternidad en el Ámbito Nacional.**

Al hablar de maternidad en Colombia se hace énfasis, en la maternidad deseada, segura y saludable, se puede decir que en la república colombiana las mujeres en estado de embarazo,

tienen derecho a una atención médica especializada, donde se salvaguarde su salud y la del niño que está por nacer, tratando de garantizar con esto que la salud de la madre se proteja antes, durante y hasta después del parto, también es cierto que el ser madre en Colombia es una decisión única de la mujer, quien es la responsable de decidir ejercer su sexualidad y de manera libre y espontánea si quiere o no tener hijos, o en dado caso de tenerlos cuantos desea y cada cuánto.

En ese sentido, se les brinda a las mujeres en estado de embarazo, una salud de calidad y excelencia, con el fin de que el índice de mortalidad de mujeres durante los meses de gestación, en el momento del parto o tiempo después de dar a luz, sea cada vez menor, puesto a que si bien es cierto, muchas mujeres en este estado reciben atención medica desde el primer momento, hay otro tanto que no se logra realizar todos los respectivos chequeos y gracias a eso es que se da el índice de muerte en mujeres en estado de embarazo.

Sobre la palabra maternidad recaen muchas cosas, ya que es una responsabilidad que se tiene con la vida que está por nacer, sobre su cuidado, su buena crianza y sobre todo su alimentación, incluso a falta del padre.

En este orden de ideas, nos encontramos con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) quien hace énfasis a lo siguiente, que en el marco del Código de la Infancia y Adolescencia Ley 1098 de 2006, establece que "... cuando se trate de una adolescente o mujer mayor a 18 años en estado de gestación, deberá ser vinculada a un programa de atención especializada que asegure el restablecimiento de sus derechos", es claro entonces, que el Estado en Colombia busca siempre favorecer la vida tanto de la madre como la del infante en gestación.

### **1.3.2 Maternidad en el Ámbito Internacional.**

Se pudo constatar que la palabra maternidad proviene del vocablo latino maternitas y se deriva de maternus, por lo tanto se hace referencia a la mujer que queda en estado de embarazo, sobre los cuidados que debe tener durante este proceso, por lo que es en donde se encuentra con mayor vulnerabilidad y su vida corre más riesgo , por otra parte se menciona que es el hecho de concebir dentro de su cuerpo un ser al que se le da vida, y por el cual se debe procurar en brindarle todo los cuidados necesarios, también se hace mención que las mujeres en su mayoría han tomado la decisión de tener hijos , después de los 35 años, puesto a que están más organizadas, tanto en su vida personal , como laboral y a nivel económico, buscando con esto brindarle una mejor calidad de vida, al ser que está por nacer, se menciona que se exponen mayormente, por el hecho de que los óvulos no tienen la misma capacidad biológica de cuando se tiene menor edad, y esta capacidad va disminuyendo drásticamente a medida que la edad pasa.

Por otro lado, es importante conocer, la existencia de acuerdos en el marco de la protección y beneficios en el estado de maternidad de una mujer, en esa dirección se resalta el Convenio C183 – Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183) el cual nos dice en su Art 4. Que,

Toda mujer a la que se le aplique el presente convenio tendrá derecho, mediante presentación un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo

determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, de una licencia de maternidad de al menos 14 semanas.

#### **1.4. Antecedentes de la Licencia de Maternidad.**

Actualmente, el mundo vive vertiginosas transformaciones a nivel social, económico y ambiental, en ese contexto la participación de la Mujer dentro del mundo laboral ha generado cambios en las estructuras de los sectores productivos, políticos e industriales, la cuales han permitido que la mujer pueda desarrollarse en el mundo laboral y doméstico y más cuando esta se encuentra en estado de embarazo es así como la OIT ha encargado de promover normas y posturas que ayudan a esa protección, es por esto que propuso la primera norma universal en la materia, al adoptar en 1919 el Convenio sobre la protección de la maternidad, destinado a proteger a las trabajadoras durante el embarazo y después del parto con la licencia de maternidad, se pudo encontrar que inicialmente hay dos momentos importantes que abarcan dos periodos diferentes, uno primero que transcurre antes del 1950 y uno inmediatamente después con la entrada del código sustantivo del trabajo y la posterior evolución normativa, y un último periodo, que inicia con la reforma de 1990 y desemboca en la normativa actual.

En Colombia, es cierto que el proceso en lo que a la participación de la mujer en las esferas laborales y económicas se refiere, ha sido cuando menos lento, esto agravado o fomentado por tendencias patriarcales y machistas muy arraigadas a nuestra cultura, que excluían a la mujer de los campos productivos e intelectuales, originando así, una desatención por general una legislación que abarcara dichos temas, desembocando esto en que las mujeres no

tuvieran casi ninguna garantía ni derecho en lo que a la mano de obra femenina se refería, no fue si no, hasta la ocurrencia de algunos hechos históricos como la revolución industrial y los movimientos feministas, que se empezó a dilucidar la participación de la mujer en la sociedad y en los ámbitos económicos y productivos, sobre pasando así el umbral de las obligaciones, fronteras y responsabilidades del hogar. Tal como lo expresa Montoya (2010)

El reconocimiento y ejercicio de los derechos sociales, culturales y económicos de la mujer, de los que hace parte el derecho al trabajo, ha sido progresivo y posible gracias a los resultados de prolíficos movimientos sociales y académicos en diversas ciencias y disciplinas, que han reclamado la inclusión y propugnado por tratamientos igualitarios entre hombres y mujeres, así como por consideraciones diferenciales debido al género (p. 258)

Entonces la lucha por los derechos bajo un marco de igualdad, siempre ha estado latente, relegando que algunos reconocimientos a los derechos, provienen de las necesidades de inclusión que ha demandado la sociedad.

Por otro lado, la evolución de la legislación en el campo de la licencia de maternidad antes del 1950, en este tiempo se encontró con que el primer antecedente normativo referente a la licencia de maternidad correspondería al convenio sobre la protección de la maternidad en 1916, dicho convenio trata además temas referentes a los empleos de las mujeres antes y después del parto, este convenio de la OIT fue adoptado por el Gobierno colombiano mediante Ley 129 en 1931. Consiguiente a esto se promulgaron una serie de leyes y decretos referentes al tema de investigación a saber, tal es el caso de la: Ley 129 de 1931. Está ley, en lo referente a los

derechos de la mujer trabajadora en estado de embarazo, cobija en su totalidad lo establecido en el convenio 03 de 1919 de la OIT. De manera que, en su artículo 3 en relación con la licencia de maternidad indica la procedencia de un descanso en las seis semanas próximas al parto y las seis siguientes después del parto.

Consiguiente a lo expuesto, se encontró la ley 53 de 1938. Esta norma, consagra como derechos de la mujer en estado de embarazo la licencia remunerada de 8 semanas, de igual manera prohíbe el despido por motivos del embarazo o la etapa de lactancia, además estipula permisos de 15 a 20 en periodos de cada tres mientras dure el periodo de lactancia, al igual que estipula una indemnización en los casos de despido a razón del embarazo cuando no medie justa causa, dentro de un plazo 3 meses antes y después de producirse el parto. Adicionalmente estipula la licencia remunerada de 2 semanas de incapacidad y hasta 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, exigiendo como requisito único el certificado médico.

De igual forma, se tiene el Decreto 1632 de 1938, este es importante en cuanto legislo sobre las empleadas del sector público, ya que la ley 53 de 1938, solo reglamentaba a las trabajadoras del sector privado.

Todas Las trabajadoras, ya sean obreras o empleadas de entidades públicas o particulares, que presten servicios o ejecuten un trabajo por cuenta de un patrono y mediante una remuneración, tienen derecho a la protección que establece para ellas la Ley 53 de 1938.

De igual manera, se encontró la siguiente Ley 197 de 1938. Esta ley, reforma el artículo tercero de la ley 53 de 1938, extendiendo la protección sobre el despido a todo el tiempo de embarazo, en los casos que fuera despedida injustamente, ya que anteriormente solo se cobijaban

los tres meses anteriores y posteriores al embarazo. Por otro lado, encontramos el Decreto 1766 de 1939, el cual dictaminó que la remuneración se fijaría en base al salario devengado por la empleadora en los treinta días anteriores a la fecha que se concediera la licencia, y que el valor de dicha remuneración se determinaría multiplicando la cifra que se devengaba diario por el número de días de licencia.

De igual manera, en el contexto del reconocimiento de derechos laborales, está la Ley 6 de 1945, esta fue la primera en referirse al concepto de prestaciones sociales de los trabajadores sin hacer distinciones de sexo. Mientras que en la Ley 90 de 1946, mediante esta ley el Congreso de la República creó el Instituto colombiano de Seguros Sociales, como ente encargado garantizar el cumplimiento en las prestaciones sociales, como la licencia de maternidad, entre otras.

Por otro lado, es importante mencionar el Decreto 2663 de 1950, debido a que el Código Sustantivo del Trabajo, dispuso, una licencia de maternidad de 12 semanas, pagadas de manera conforme con el sueldo devengado al momento de salir a disfrutar de la licencia, la prohibición de despido por motivo del embarazo o lactancia, o la exigencia de permiso especial para despedir por causa justa, una indemnización correspondiente al pago de 60 días laborales, además del pago de las doce semanas remuneradas a que tiene derecho, de haberse producido el despido sin causa justificable además prohibió el implementar la fuerza laboral femenina en trabajos insalubres, peligrosos o que requieran grandes esfuerzos para las mujeres en estado de embarazo.

En ese orden de ideas, indagando, se encontró con la ley 24 de 1986, en el artículo 236 el cual menciona lo siguiente:

Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente”.

A su vez, también está el Decreto 3743 de 1950. Este decreto ratifico todo lo planteado en el Decreto 2663 de 1950, no modifico ni se adhirió nada. Asimismo, nos encontramos con la Ley 73 de 1966. Esta ley, constituye la obligación del empleador, de conceder a la trabajadora dos descansos de 30 minutos, dentro de la jornada laboral para dar de lactar a su hijo, sin que esto desemboque en una reducción del salario.

Además, se halló el Decreto 722 de 1973, el cual nos habla sobre las Prestaciones en caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones: a). Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada a que se refieren los dos artículos anteriores. Si el salario fuere variable, esta prestación se pagará con base en el salario promedio mensual devengado por las empleadas en el último año de servicios inmediatamente anterior a la licencia o en todo el tiempo servido, si fuere inferior a un (1) año.

De igual modo, se halló en la Ley 73 de 1966. En esta ley se modifican algunas legislaciones para estar en conformidad con algunos lineamientos internacionales. De la misma forma está el Decreto 770 de 1975. Mediante el presente decreto, se aprobó el acuerdo 536 de 1974 del seguro social, Se otorgó a la compañera del trabajador afiliado la posibilidad de tener

asistencia médica por maternidad en el seguro social. Además, Se dio competencia al Instituto del Seguro Social para la dirección, administración y vigilancia de los servicios y prestaciones establecidos contra los riesgos de enfermedad general y maternidad.

Mientras tanto está el siguiente Decreto 1045 de 1978. El cual, expresa los derechos reconocidos a los trabajadores, entre ellos la licencia de maternidad. “Artículo 5º.- De las prestaciones sociales. “Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional” Por último hablamos de La reforma de 1990 y la normatividad actual, en este periodo nos encontramos con la reforma al código sustantivo del trabajo y la promulgación de nuevas leyes referentes a la licencia de maternidad en el periodo comprendido de 1990 en adelante.

Aquí hallamos la ley 50 de 1990, esta reforma de manera parcial algunos aspectos importantes del código sustantivo del trabajo, por ej. Artículo 34 que expresa lo siguiente:

Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en el cual debe constar:

- El estado de embarazo de la trabajadora.
- La indicación del día probable de parto.

➤ La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto” Dictamino además una licencia de maternidad que consta de doce semanas pagadas, con el salario devengado al momento de hacerse efectiva la licencia, adicionalmente a esto instauro una semana de descanso para el padre, y final mente garantizó la protección de la mujer en estado de embarazo disponiendo una serie de garantías y tratamientos.

Por otro lado, en el marco de la creación de la Constitución de 1991 y en aras de fortalecer el sistema de salud en términos de equidad e igualdad se crea la Ley 100 de 1993. (23, de Diciembre 1993). “Por la cual se crea el sistema de seguridad social y se dictan otras disposiciones”.<sup>1</sup> Dando apertura de la privatización del sistema de Salud en Colombia

A su vez, buscando dar un mejor alcance a la población en referencia al sistema de salud el Decreto 1938 de 1994. (05, de Agosto 1994). "Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994”.<sup>2</sup> Todo en virtud de poder fortalecer dicho sistema de salud y permitir una mayor cobertura de la población.

Es así como también existe el Decreto 47 de 2000. Este fue el que ratifico en su totalidad lo concerniente al requisito de cotización durante todo el periodo de gestación plasmado en la ley

---

<sup>1</sup> Tomado de Diario Oficial. No. 41148. Bogotá, DC. 31 Congreso De La República.

<sup>2</sup> Diario Oficial. No. 41478. Bogotá, DC. Artículo 3 literal C. 35 Congreso De La República.

100 de 1993. Así mismo nos topamos con el siguiente Decreto 806 de 1998. (30, Abril 1998) que expresa:

Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

Por otro lado, las licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión. Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

En el siguiente Decreto número 47 de 2000. (19, de Enero 2000). Encontramos en este: "Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones".<sup>3</sup> Instituto De Seguros Sociales. Resolución 2266 de 1998. (06 de agosto de 1998). "Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de Seguros Sociales".<sup>4</sup> Por otra parte,

---

<sup>3</sup> Diario Oficial. No. 43882. Bogotá, DC.

<sup>4</sup> Diario Oficial. No. 43362. Bogotá, DC

está la Ley 755 de 2002 que también regula y modifica el art. 236 del código sustantivo del Trabajo.

Por último, la ley maría como es conocida, que tiene como finalidad concederle al padre del niño, el poder disfrutar de una licencia de 8 días completamente remunerada, sin que esto afecte de manera alguna al tiempo de licencia de la madre, teniendo como requisitos el estar cotizando de manera activa las semanas anteriores al nacimiento de la criatura, adicionalmente a esto, dispone que el pago de estos días de licencia estará a cargo de la EPS, establece de igual manera que en caso de que la madre no este cotizando dicha licencia será entonces de solo 4 días. Como dato adicional, la ley en cuestión promulgaba que: “La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia” (Ley 755 de 2002). Aun con esto, los artículos resaltados fueron declarados INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-273 de 2003. De igual manera fue declarado inexecutable la exigencia de 100 semanas cotizadas con anterioridad al parto por parte del padre del niño. “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Finalmente, me permito decir, que si bien hemos adelantado de manera significativa en cuanto a la protección de la madre mediante la legislación, aún falta mucho camino por recorrer y contamos todavía con muchos puntos grises, uno de ellos y a mi juicio el más grave, es el hecho de la gran tasa de informalidad de los trabajos que actualmente están desempeñando las

mujeres, y que conduce a que un alto número de ellas, actualmente no puedan acceder a ningún tipo de derecho o garantías cuando están en estado de embarazo o en el periodo post parto.

Finalmente, de todo lo investigado en este capítulo, se puede concluir que el Origen y conceptualización de Familia. Ha generado controversias desde el punto de vista que dicho origen proviene de la conformación de un hombre y una mujer pero que la corte en sus pronunciamientos ha manifestado y contextualizado que dicho comienzo también puede ser entre dos hombres o dos mujeres, es así, como el concepto de parejas del mismo sexo ha originado gran cantidad de controversias, en cuanto a la maternidad en el ámbito Nacional e Internacional esta se ha visto protegida por la OIT basado en los Antecedentes de la misma. Y es así como este capítulo finaliza con la investigación de la Licencia de Maternidad en parejas del mismo sexo.

## **CAPÍTULO II**

### **NORMAS JURÍDICAS QUE REGULAN LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA Y BRASIL**

#### **2.1. Licencia de Maternidad en Parejas del Mismo Sexo en la Constitución Política Colombiana.**

##### **2.1.2. La Licencia de Maternidad - Organización Internacional del Trabajo (OIT)**

Unos de los organismos más importantes en materia de derechos laborales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue el ente que propuso la primera norma universal en la materia, al adoptar en 1919 el Convenio sobre la protección de la maternidad, que tiene como fin, el proteger a las empleadas durante el periodo de embarazo y posterior a este, El Convenio fue revisado una primera vez en 1952; en la actualidad, prevé una licencia mínima de 12 semanas, pero se recomienda acordar 14 semanas.

De acuerdo con los estudios realizados por la (OIT) y los Ministerios de Trabajo “En la actualidad, 119 países dan cumplimiento a la licencia mínima de 12 semanas prevista por la OIT; de éstos, 62 otorgan licencias de una duración de 14 semanas o superior. En sólo 31 países la duración de la licencia legal de maternidad es inferior a 12 semanas” En cuanto a Colombia se refiere la Organización Internacional de Trabajadores dice que debido a que una alta proporción

de los trabajadores del sector informal o no estructurado son mujeres,” la legislación prevé una escasa protección de la maternidad”. Por ejemplo, el 52% de las mujeres colombianas están ocupadas en el sector informal; en Perú, esa proporción es de 48%, y en Polonia, de 10 %, esta afirmación debido a que en Colombia la legislación prevé una afiliación y una cotización activa para poder brindar las licencias. En más de 120 países, la legislación prevé el derecho de las trabajadoras a licencias pagadas de maternidad y a otras prestaciones de salud, constata un nuevo informe preparado por la Oficina Internacional del Trabajo, entre ellos figuran la mayoría de los países industrializados, con excepción de Australia, Nueva Zelandia y los Estados Unidos. (OIT, 1999)

En el caso de los estados unidos de acuerdo con un estudio presentado por la Sra. Dy-Hammar (Citado por la OIT, 1998) afirma lo siguiente: “De no contar con prestaciones médicas y en efectivo, muchas mujeres no podrían tomar licencias de maternidad, o se verían obligadas a volver al trabajo tan pronto como su salud se lo permitiese" esto basado principalmente en el hecho En los Estados Unidos , el derecho a una licencia no remunerada de 12 semanas de duración durante un período cualquiera de 12 meses, con motivo del nacimiento de un hijo y del cuidado del neonato, está reconocido por la Ley sobre licencia por motivos familiares y médicos, de 1993. Sin embargo, esta ley se aplica sólo al personal de las empresas que emplean a 50 o más trabajadores. (OIT, 1998)

Adicional a esto, la Organización internacional de trabajo (OIT) mediante su informe da muestra de los diversos y amplios avances logrados por las empleadas en cuanto a las licencias de maternidad, desde empleado o adoptado el convenio sobre la protección de la maternidad ,

dando a conocer que en principio en el año 1919 solo nueve países daban prestaciones y garantías a las mujeres embarazadas, posteriormente en 1952 significativa el número de países que brindaban prestaciones para las mujeres en estado de embarazo, y que posteriormente en 1952, su número se elevaba a 40; y que en la actualidad, son más de un centenar. (OIT, 1998)

De acuerdo a lo anteriormente citado y descrito, debe decirse, que lamentablemente, tanto a nivel nacional como a nivel globales aún faltan muchos mecanismos y medidas de protección a las mujeres en estado de embarazo, en cuanto a la imposibilidad que tienen en muchos casos de poder obtener licencias que les otorguen una remuneración, en algunas situaciones debido a la escasa legislación sobre el tema y en muchos casos como en el de Colombia puesto a la imposibilidad de lograr cumplir con los requerimientos establecidos para poder obtener dichas licencias, esto debido en gran parte al alto grado de informalidad de los trabajos en Colombia, aun así, en la actualidad son muchos los países en los que la ley obliga a los empleadores a costear total o parcialmente sus prestaciones.

## **2.2 Normas que Regulan la Licencia de Maternidad en Parejas del Mismo Sexo en Colombia**

### **2.2.1. La Maternidad en Constitución Política de 1991 de Colombia**

En el ámbito legal, comprendiendo que la maternidad hace parte natural de la expansión de la familia, pues implica la concepción de hijos, que son a su vez el producto de las relaciones entre personas, salvo que la concepción sea dada por vías de inseminación artificial

Constitución Política Colombiana de 1991, nos menciona que, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Puesto que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla como lo establece el artículo 42 de la Constitución política de Colombia y que a su vez . El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia unidas entre sí, por vínculos naturales como los diferentes grados de consanguinidad o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines, o entre padres e hijos adoptivos o por la voluntad de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos tiene pleno derecho de conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de la Ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias”. Siendo así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad de su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes.

#### 2.2.2. La Maternidad en el Código Sustantivo del Trabajo, de Colombia.

La licencia de Maternidad, según el Código Sustantivo del Trabajo, en su art 236 nos dice, que esta, en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido, establece los plazos de las licencias en el ámbito laboral a los que tienen derechos los padres en cuanto al periodo de pre parto, parto, y post parto, estos en el caso de la madre, el artículo dispone diferentes supuestos ya que los tiempos en que las licencias son otorgadas varían de acuerdo a disposiciones médicas, todas contando con un periodo de 18 semanas de licencia

remunerada, que pueden extenderse por dos semanas más, en los casos en que la madre presente un caso de embarazo múltiple, todo este periodo será remunerado con el sueldo que la persona este percibiendo en el periodo inmediatamente anterior al parto., establece de igual manera, que en caso de no tener un sueldo fijo, el valor será determinado promediando el sueldo percibido en el último año de trabajo, o en el tiempo que se lleve trabajando en los casos que el tiempo sea menor a un año.

De igual manera, en dicho Artículo se afirma que para hacer efectiva la licencia, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el que debe constar “el estado de embarazo de la trabajadora, la indicación del día probable del parto, y por último la indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto”. En cuanto a los padres dice que los tiempos de las licencias otorgadas se darán en el periodo post parto y que el tiempo de la licencia será de 8 días, a su vez dispone que se deberá presentar el registro civil del niño en la EPS en un periodo no mayor a treinta días después del nacimiento del niño para poder hacer valida la licencia, adicionalmente, debido a que la remuneración de la licencia está a cargo de la EPS se requiere también que el padre haya estado cotizando de manera efectiva las semanas previas al reconocimiento de la licencia.

A su vez, el mismo artículo 236 del CST, fundamenta que, en los casos de nacimiento prematuro, y de multiplicidad del embarazo se “deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad

gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad, o determinar la multiplicidad en el embarazo”.

En cuanto a los casos de adopción, que todas las garantías y provisiones sean extensivas a la madre adoptante en los mismos términos que dispone para la madre biológica, en los casos que en que fuere procedente, de igual manera al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por motivo de enfermedad o muerte, asimilándose en ambos casos la fecha de en qué adquiere la custodia a la fecha del parto.

Finalmente, el artículo “implanta que la licencia de maternidad para madres de niños prematuros tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la ley.

El artículo contempla de manera eficiente cada uno de los supuestos de hecho que se presentan en cuanto al otorgamiento de licencias se refiere, enumerando de manera así las pautas y requerimientos necesarios en cuanto a los temas que trata, brindando un acompañamiento completo que permite desarrollar todos estos procedimientos de manera más eficiente.

### 2.2.3. Proyecto de ley 202 de 2016. (Colombia)

En el proyecto de ley 202 de 2016, se logra evidenciar que su objetivo principal es prohibir la práctica de la maternidad subrogada, buscando con ello proteger los derechos, de la igualdad, la intimidad y la dignidad, la autonomía y la procreación y salud de la mujer, así como también se busca proteger especialmente la vida del pequeño que está por nacer, y dándole la

posibilidad de poder crecer bajo el seno de un hogar y mantener en firme su derecho de tener una familia.

Radicado marzo 09 de 2016.

Publicación marzo 11 de 2016.

Concepto institucional mayo 16 de 2016.

Publicado ponencia primer debate mayo 24 de 2016.

Archivado en debate junio 21 de 2016.

#### 2.2.4. Ley 1822 de 2017 (Colombia).

En el país, como en el mundo, los niños son prioridad en la protección de sus derechos, de tal manera que desde la jurisprudencia se aboga por que los llamados derechos de primera generación sean mayormente cuidados y acatados, en función de que la sociedad se servirá en un futuro de ellos, en ese sentido la protección que se le brinda al menor inicia por la familia, promoviendo su bienestar, salud y educación.

A su vez, La ley 1822 del año 2017, expone la pretensión de incentivar la adecuada atención y cuidado de la primera infancia y se modifican los artículos 236 y 238 del CST. Asimismo, dicha ley habla sobre los derechos que tienen tanto las madres en estado de embarazo o lactantes y los padres a la hora de sus licencias, en este orden de ideas, en el Artículo 236, Inciso 6 – Parágrafo 2 el cual dispone que:

El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad. La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos

nacidos del cónyuge o de la compañera y deberá presentarse el registro civil de nacimiento a la EPS en un tiempo no mayor a 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

De igual manera, La Corte Constitucional en Sentencia C-174 de 2009 señaló que la licencia de paternidad “garantiza al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad.

### **2.3 Normas que Regulan la Licencia de Maternidad en Parejas del Mismo Sexo en Brasil.**

2.3.1. Licencia de maternidad en parejas del mismo sexo, en la Constitución Política de la República Federativa de Brasil Art, 392.

En la república federativa del Brasil, se identificó que en el caso de la Constitución Política, se tiene como norma rectora de los derechos de los ciudadanos, siendo el caso que en relación al reconocimiento de la licencia de maternidad en ella se establece en su artículo 392 lo siguiente:

La empleada embarazada tiene derecho a una licencia de maternidad de 120 (ciento veinte) días, sin perjuicio del empleo y salario. 1ª Que la trabajadora debe, por medio de certificado médico, comunicar a su empleador la fecha de inicio de la separación del trabajo, que puede ocurrir entre el día 28 (veintiocho) anterior al parto y su ocurrencia. 2º

los períodos de descanso, antes y después del parto, podrán ser aumentados en 2 (dos) semanas cada uno, previa certificación médica. 3° En caso de parto prematuro, la mujer tendrá derecho a los 120 (ciento veinte) días previstos en este artículo. 4° Se garantiza a la empleada, durante el embarazo, sin perjuicio del salario y otros derechos”: I - transferencia de función, cuando las condiciones de salud así lo requieran, asegurando la reanudación de la función anteriormente desempeñada, inmediatamente después de la reincorporación al trabajo; II - exención de jornada laboral por el tiempo necesario para la realización de al menos seis consultas médicas y otros exámenes complementarios. Arte. 392-A. A la empleada que adopte u obtenga la guarda legal con el fin de adoptar a un niño, niña o adolescente, se le concederá licencia por maternidad en los términos del art. 392 de esta Ley. 4°<sup>la</sup> licencia de maternidad sólo será concedida previa presentación del término legal de la guarda al adoptante o tutor. 5°<sup>La</sup> adopción o la custodia legal conjunta darán lugar a la concesión de la licencia de maternidad a uno solo de los adoptantes o tutores empleados o empleados. Arte. 392-B. En caso de fallecimiento de la madre, el cónyuge o pareja de la trabajadora tiene derecho a la licencia por todo el período de licencia por maternidad o por el tiempo restante al que tendría derecho la madre, excepto en caso de fallecimiento o abandono del hijo. Arte. 392-C. Lo dispuesto en el art. 392-A y 392-B al trabajador que adopte u obtenga la guarda judicial con fines de adopción”.

De igual manera, es cierto los padres empleados tienen derecho a sus licencias y que esta misma se extiende al cónyuge en caso de fallecimiento de la madre. Los padres adoptivos solteros tienen derecho a licencia de maternidad. Mientras que una de las personas en situación

de parejas del mismo sexo también tiene derecho a la licencia, en caso de aborto espontáneo o aborto legal (bajo las 3 causales), el pago de la prestación de maternidad se hace durante 2 semanas.

En ese sentido, la duración es de 6 meses para algunos empleadores del sector público y privado, 4 meses para el resto. 6 meses en el sector público federal. Derecho a los meses adicionales con aprobación de las autoridades. Cobertura: 100% de las ganancias, pagadas por el sistema de seguridad social, sin límite. El pago es equivalente al promedio de los últimos 6 meses de trabajo (incluidos los salarios variables). Si la licencia en el sector privado se extiende a 6 meses, el empleador o empleadora paga el beneficio durante los 60 días adicionales con los costos cubiertos por las deducciones fiscales. Mientras que por el acto de Provisiones Constitucionales Temporales en el Art. 10(II) (b)1 su duración sería de 5 días, que se pueden tomar dentro del 1er mes del nacimiento y su cobertura sería pagada por el empleador o empleadora, en caso especial: para los trabajadores de empresas públicas y privadas afiliadas al Programa de Ciudadanos Corporativos, la licencia se extiende a 20 días con compensación completa para los padres que siguen un programa de entrenamiento para padres y tendrían una protección laboral: durante el embarazo las madres y 5 meses después del nacimiento, protegiendo también a los padres, dejando en conocimiento que el período de licencia de maternidad postnatal difiere para los sectores público y privado, entendiendo, que los costos y gastos en el sector privado funcionan en términos de racionalidad, caso contrario del sector público, sin embargo, se acude a la posibilidad del cumplimiento normativo para ambos casos asignando recursos a los presupuestos que garanticen dicho derecho.



**CAPITULO III PRONUNCIAMIENTO DE LAS CORTES DURANTE 2015 AL  
2020 SOBRE LICENCIA DE MATERNIDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO EN  
COLOMBIA Y EN BRAZIL.**

**3.1 Pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, Sobre la Licencia de Maternidad en Parejas del Mismo Sexo.**

3.1.2. Sentencia C-683, 2015- (Colombia)

Esta sentencia, es una apertura a oportunidades en el contexto de igualdad para que la adopción de menores sea llevada a cabo bajo el concepto de la unión de una familia diversa, sin que esto amerite, desde el marco legal, una prohibición a parejas homoparentales, de poder adoptar.

A su vez, es cierto que en la base de datos de la Corte Constitucional Colombiana durante la vigencia de los años 2015 hasta el año 2020 esta corporación no ha hecho precisiones de fondo frente al tema de la licencia de maternidad en la parejas del mismo sexo pues esta misma ha hecho pronunciamiento más a fondo del tema de adopción en parejas de sexo igualitario, en la que se busca proteger los derechos fundamentales del niño y es por ello que hago referencia a la sentencia de La Corte Constitucional C-683, 2015 donde esta corporación concluye que la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo armónico e integral, por el contrario se le brinda al menor la posibilidad de tener un hogar y crecer dentro de una familia.

### 3.1.3. (Sentencia C-071, 2015). (Colombia).

En el contexto jurídico, la inclusión hoy, forma parte de las concepciones legales, en ese sentido la adopción es parte de un derecho que debe ser permitiendo la equidad e igualdad para todos, la sentencia C-071 del año 2015, nos trae a colación la importancia que tiene la adopción, ya sea en parejas heterosexuales o homosexuales, puesto que prima por encima de cualquier interés particular, el bienestar del menor, de esta manera se manifiesta que la adopción como medida de protección al menor, se hace para garantizar su derecho a tener una familia y suplir las relaciones de filiación en general, las normas que regulan los derechos de los menores “parten del supuesto sociológico según el cual el desarrollo armónico e integral del menor depende, en buena medida, de que crezca en un ambiente de afecto y solidaridad moral y material. Por esta razón, tales disposiciones protegen de manera especial a la familia como institución básica de la sociedad y como factor fundamental para el adecuado desarrollo del menor”. La importancia del derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, ha explicado la jurisprudencia constitucional, radica en que su garantía es “condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta”. De manera que, siendo obligación del Estado asegurar el derecho de los niños, en particular de aquellos que se encuentran en situación de abandono, “impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir

la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales”.

En este escenario la adopción se refleja como la institución jurídica por excelencia para garantizar al menor expósito o en situación de abandono el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. La adopción, ha dicho la Corte, “persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible un núcleo familiar”. Ese reconocimiento implica que en los procesos de adopción ha de primar el beneficio del menor, lo cual significa que el Estado tiene la obligación de asegurar que quien o quienes aspiren a hacer parte de una nueva familia reúnan todas y cada una de las exigencias de idoneidad para cumplir su nuevo rol, procurando siempre potenciar el desarrollo integral del niño.

De manera que si bien es cierto que la adopción crea entre adoptante(s) y adoptado un nuevo vínculo filial, por lo que surgen entre unos y otros los derechos y obligaciones inherentes a esa relación de parentesco, también lo es que “la adopción no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo sino sobre todo que el menor que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia”. En el mismo sentido la jurisprudencia ha explicado que “los casos en que se decide la ubicación de los menores en hogares sustitutos o adoptivos son paradigmáticos en este sentido, puesto que el proceso de adopción como un todo debe estar orientado fundamentalmente por la búsqueda del interés superior del menor”.

En ese marco normativo se regulan los elementos centrales de los procesos de adopción en Colombia. Allí se contempla que la adopción es una medida de restablecimiento de los

derechos de los niños, niñas y adolescentes. Más adelante se precisa que esta es, “principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

La autoridad central en la materia es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a quien se reserva la posibilidad de desarrollar programas de adopción y autorizar a ciertas instituciones para llevarlos a cabo (art. 62). Por regla general solo pueden adoptarse menores de 18 años declarados en situación de adaptabilidad o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres (art. 63), aunque excepcionalmente se permite la adopción de mayores de edad cuando el adoptante hubiera tenido su cuidado personal y haber convivido bajo el mismo techo con él, por lo menos dos años antes de que este cumpliera los dieciocho años, y siempre con el consentimiento entre adoptante y adoptivo (art. 69). Es claro, que la voluntad de adoptar debe ser en el marco de las leyes, cumpliendo con los requerimientos jurídicos dispuesto para ello.

### **3.2 Pronunciamientos de la República Federal de Brasil, Sobre la Licencia de Maternidad en Parejas del Mismo Sexo, Durante los Años 2015 a 2020**

#### **3.2.1. Pronunciamiento Numero 13019 de 25 de marzo de 2015.**

En Brasil, las autoridades gubernamentales correspondientes, se pronunciaron acerca de la licencia de maternidad de la siguiente norma establece licencias por maternidad y adopción,

medidas de protección de la maternidad para mujeres embarazadas y licencia por paternidad en el ámbito de las Fuerzas Armadas. Asimismo, garantiza a la mujer militar embarazada el derecho a cambiar de función cuando sus condiciones de salud así lo exigieran. Proporciona la licencia para la mujer embarazada y el adoptante, a su vez, Medidas de protección de la maternidad para el personal militar, Mujeres embarazadas y baja por paternidad, en el ámbito de las Fuerzas Armadas.

En cuanto a las mujeres en estado de embarazo dispone lo siguiente.,

Las licencias constaran de un tiempo de 120 (ciento veinte) días que iniciara una vez hecha la petición o durante el noveno mes de gestación a petición de la solicitante, a excepción de los casos donde se presente una anticipación por prescripción médica, dicha licencia podrá verse extendida en un plazo de 60 días, en los términos del programa, también presenta otros supuestos como son el caso de parto prematuro, en el cual la baja comenzará desde el parto, o en los casos de muerte fetal o en caso de aborto “atestiguado por la Junta de Inspección Sanitaria de las Fuerzas Armadas, los militares”, en los cuales se otorgara una licencia de 30 días, transcurridos los 30 días, en el caso de muerte fetal, el ejército estará sujeto a inspección, y reanudara el ejercicio de las funciones si lo considerase pertinente, de igual manera el art. 2 de la presente ley dispone del derecho a cambiar de función cuando las condiciones de salud de los militares así lo requiera, así como de volver a la función anteriormente ejercida, después de finalizada la licencia. En cuanto a la adopción el art. 3 de la presente ley dispone en ambos casos, tanto para hombres como mujeres que obtengan la custodia judicial de niños de hasta un año de

edad., de noventa días de licencia retribuida y en los casos de niños mayores a un año de edad, licencias de 30 días.

Art. 4 dispone sobre los periodos de lactancia de los infantes, en cuanto a los tiempos con los que los militares cuentan para realizarla, estableciendo una hora de descanso que puede dividirse hasta en dos periodos de media hora, hasta cumplidos los 6 meses de edad del infante, a excepción de los casos donde se allá solicitado la licencia contemplada en el artículo primero de la presente ley. Por su parte la junta de inspección sanitaria de las Fuerzas Armadas podrá proponer una prórroga del plazo de 6 meses, con motivo de la salud del hijo del soldado.

Por último, el Art. 5 establece que, si la duración del servicio militar temporal se completa durante la licencia de la embarazada o adoptante, el ejército debe tener una licencia al final de esta y después debe ser juzgado a inspección sanitaria con fines de concesión de licencias.

Por otro lado, la totalidad de los supuestos que integran la presente ley son a mi juicio eficientes, en cuanto dispone de todo lo que se considera necesariamente importante sobre los temas de licencias, ya sea en cuanto a adopción, licencias de maternidad, tiempos, plazos y procedimientos requeridos en cada uno de estos temas, abarcando de esta manera la totalidad de las posibilidades que se podrían presentar mientras se está en servicio de una forma integral.

Por ultimo si bien es cierto que contempla la mayoría de los casos que podrían presentarse, me permito decir que creo que cuenta con un vacío con respecto a las licencias otorgadas, ya que no incluye ninguna distinción aparente sobre los casos donde los niños nazcan con retraso mental o síndrome de Down, ya que también es cierto que pueden no presentar

problemas o afecciones graves a la salud, si necesitarían a mi juicio una atención y cuidados especiales y esto debería verse reflejado en el tiempo otorgado en las licencias.

## **CAPITULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **4.1 Conclusiones**

Sobre este trabajo investigativo y de todo lo analizado dentro de su desarrollo, como examinadora puedo establecer con respecto al capítulo I, que trata del Origen y conceptualización de Familia, se logra concluir que este ha generado diversas controversias teniendo en cuenta que desde el punto de vista dicho origen proviene de la conformación de un hombre y una mujer pero a pesar de esta definición, la corte en sus distintos pronunciamientos ha manifestado y contextualizado que dicha conformación también puede ser entre dos hombre o dos mujeres, es así como el concepto de parejas del mismo sexo ha generado grandes controversias, abriendo paso a poder conformar el vínculo familiar no solo con personas de sexo igualitario sino también, dando la oportunidad a esta comunidad gay de poner adoptar y así salvaguardar la vida y salud de niños que se encuentran en estado de abandono por parte de sus padres heterosexuales, se sabe que la palabra familia, trae muchas derivaciones, entre ellas es que, esta debe ser conformada por un hombre y una mujer, con el fin, de que estos últimos se vean en la necesidad de procrear y en tal sentido, el estado a través de una prestación económica pueda ayudar al sostenimiento en cuanto alimentación y de más gastos. Es por ello que de acuerdo a lo expuesto por el doctrinante serrano en cuanto a la división de la fuente de familia

estoy de acuerdo en virtud de que deben existir dos fuentes que nos ayudan a determinar y establecer los verdaderos orígenes de la familia.

En cuanto al capítulo II se puede concluir que - La Licencia de maternidad – se encuentra protegida por la Organización internacional del trabajo (OIT). Debido a que existen Normas que regulan la licencia de maternidad en parejas del mismo sexo en Colombia y Brasil Como lo son, la licencia de maternidad en la C.P de Colombia, de 1991 artículo 42, Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo. Proyecto de ley 202 del 2016. 2.2.4Ley 1822 de 2017. Y en Brasil (CONSOLIDACION DE LEYES LABORALES) Art 392 conforme a la Constitución Política de la República Federativa de Brasil. Además, tanto a nivel nacional como a niveles globales aún faltan muchos mecanismos y medidas de protección a las mujeres en estado de embarazo, en cuanto a la imposibilidad que tienen en muchos casos de poder obtener licencias que les otorguen una remuneración, en algunas situaciones debido a la escasa legislación sobre el tema y en muchos casos como en el de Colombia puesto a la imposibilidad de lograr cumplir con los requerimientos.

En cuanto al capítulo III se pudo concluir que - existen diversos Pronunciamentos de las cortes sobre licencia de maternidad en parejas del mismo sexo en Colombia. Sentencia C-071, 2015). (Colombia. Sentencia C-683, 2015 (Colombia). Pero que la misma no ha sido regulada a fondo y es por ello que en el congreso de la república se encuentra en diversos debates políticos teniendo en cuenta la importancia del derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, y en Brasil podemos concluir que está ya se encuentra regulada en ley numero13019 de 25 de marzo de 2015. En la que se establece la licencias por maternidad y adopción, que han sido

medidas de protección hacia la maternidad para mujeres embarazadas y licencia por paternidad en el ámbito de las Fuerzas Armadas. Y que de esta forma se garantiza a la mujer militar embarazada el derecho a cambiar de función cuando sus condiciones de salud así lo exigieran.

Asimismo, se proporciona la licencia para la mujer embarazada y el adoptante, a su vez, Medidas de protección de la maternidad para el personal militar, Mujeres embarazadas y baja por paternidad, en el ámbito de las Fuerzas Armadas. De igual forma, gracias a este pronunciamiento también se garantiza a las parejas de sexo igualitario el derecho a la licencia de maternidad por medio de la adopción, es importante resaltar que el tiempo de licencia para estas parejas varía por diferentes aspectos; uno de ellos es dependiendo la edad del menor adoptado, otro también es dependiendo su condición o si padece alguna enfermedad que necesite de ciertos cuidados especiales.

### **Licencia 4.2 Recomendaciones**

Es necesario comprender que para las personas en el contexto de la familia la diversidad es un asunto de inclusión, en ese contexto las organizaciones públicas y privadas deber procurar atender el marco regulatorio respecto a la licencia de maternidad, pues, es pertinente tanto para los padres como para el recién nacido, poder disfrutar de este proceso. Debido a que fortalece los lazos familiares, en ese sentido, esto refleja el grado de civilidad presente en la sociedad.

Asimismo, es necesario, que desde la academia y en procura de la protección de derechos de parejas homoparentales, el programa de Derecho establezca el acervo académico en un contexto de implementar estudios o investigaciones con enfoque de la teoría crítico social, que ayude a la transformación de paradigmas tradicionales, dando cabida a la inclusión de dichas parejas.

De igual manera, en el marco de la tolerancia, el marco legal, debe hacerse cumplir por las autoridades, de tal manera que las leyes sean acatadas por toda la sociedad, en ese contexto la ciudadanía deberá ser el primer garante y a la vez vigilante que abogue por el cumplimiento de la licencia de maternidad, son discriminación alguna. Para ello se hace necesario desarrollar mecanismos de denuncia en donde las personas puedan exponer casos donde el derecho a la licencia de maternidad no sea reconocido, en ese sentido, es importante que las autoridades en materia de la justicia laboral, sea un activo participante para salir en defensa de la familia.

En este proyecto investigativo, es un cimiento para que los estudiantes que llegaren a tener algún interés académico sobre este tema, puedan analizar a fondo y comparar la licencia de

maternidad en parejas del mismo sexo con otros países más desarrollados, teniendo en cuenta que la maternidad en el ámbito nacional e internacional, se ha visto protegida a lo largo de los años, por la OIT no solo en países como Colombia y Brasil, sino también de manera globalizada, en un importante número de países a nivel mundial, buscando con esto que puedan llenarse de argumentos jurídicos para que los proyectos de ley en ambos países puedan regular este tema y así, se logró tener fuerza hasta el punto de ser ley.

De igual manera, se sugiere la creación de proyectos donde se busque que el tiempo de las licencias tanto a hombres como mujeres, y personas de sexo igualitario, fuera por un periodo de tiempo igual, es decir, donde ambos padres pudieran disfrutar del menor, donde las tareas fueran compartidas por los dos, y buscando con ello que ambos, tuviesen la posibilidad de disfrutar de una licencia parental igual o un tiempo similar al de la madre, ya que está sería fuente formal para establecer los parámetros de una aprobación a futuro.

Por otra parte, debe decirse que los países en los que se enfocó este proyecto de investigación, no han abordado a profundidad el tema, por ende no es mucha la información a la que se logra tener acceso, lo que ha generado que las altas cortes constitucionales de estos países se pronuncien, en cuanto a futuros investigadores se aconseja implementar una ampliación de la investigación en el marco geográfico o espacial que les permita estudiar y obtener una muestra más grande, luego que sea mayor el número de países investigados, y con eso enriquecer y ampliar la investigación, ya sea desde el aspecto comparativo en cuanto a las diferencias y o similitudes en el marco de lo legal y jurisprudencial, ya que si bien es cierto, en este caso en concreto ambos países terminan con grandes vacíos normativos debido a la licencia

de maternidad en parejas del mismo sexo, la realidad es que inclusive se da hasta con la licencia de maternidad en parejas heterosexuales ya que aquí también se presentan vacíos, y que a pesar de contar con leyes y normas que protegen a la madre, la realidad es que los supuestos de hecho que permiten acceder a salvaguardar sus derechos están eximiendo a la gran mayoría de las madres de ser cobijadas por estas leyes., Y partiendo del supuesto de que la licencia de maternidad en parejas de mismo sexo se da como una extensión de los derechos ya otorgados a las parejas heterosexuales, cómo es en el caso de Brasil, se hace necesario hacer dicho análisis.

Es importante para que el respeto y cumplimiento de las licencias de maternidad para todo tipo de familia, se debe en primer lugar, verificar que las empresas y organizaciones garanticen el pago de aspectos inherentes dentro de las relaciones laborales, en ese sentido, aspectos como el salario mínimo, prestaciones sociales, ARL, dan cuenta de una probabilidad de cumplimiento, pues, en desde la perspectiva económica, es coyuntural que quien paga a los empleados lo pertinente, para salvaguardar los derechos adquiridos del trabajador, resulta evidente, que quien asigna recursos presupuestarios para hacer efectivo las obligaciones laborales donde la licencia de Maternidad es parte de dichas obligaciones.

En ese sentido, dichas obligaciones se verificaran tomando un conjunto de organizaciones que por medio de las administradoras de riesgos laborales (ARL) y los sistemas de gestión y seguridad y salud en el trabajo de cada una de ellas, exponen el cumplimiento de dichos deberes.

Asimismo, se debe tener un seguimiento de las existencias de las personas vinculadas laboralmente, en una empresa, que estén presentando algún tipo de denuncias, respecto al no

cumplimiento del otorgamiento de licencias de maternidad, sin importar el tipo de familia, esto de la mano con las autoridades competentes.

#### Referencias bibliográficas

La Constitución de 1991 como se encuentra en el capítulo I, párrafo 2

Sentencia T- 586/1999 establecida en el capítulo I, párrafo 2

Doctrinante Serrano (2010), establecida en el capítulo I, párrafo 3

La Sentencia C-075 de 2007 capítulo I, número 1.2 párrafo 1

Ley 54 de 1990 mencionado en el capítulo I, número 1.2 párrafo 5

Ley 129 de 1931 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 2

Convenio 03 de 1919 de la OIT, mencionado en el capítulo I, numeral 1,4, párrafo 2

Decreto 1632 de 1938 mencionado en el capítulo I, número 1.4, párrafo 2

Ley 53 de 1938, mencionado en el capítulo I, numeral 1,4, párrafo 3

Decreto 1632 de 1938, mencionado en el capítulo I, numeral 1,4, párrafo 5

Ley 197 de 1938 mencionado en el capítulo I, número 1.4, párrafo 7

Ley 1766 de 1939 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 7

Ley 6 de 1945 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 7

Ley 90 de 1946 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 7

Decreto 2663 de 1950 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 9

Decreto 2636 de 1950 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 10

Decreto 3743 de 1950 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 11

Ley 76 de 1996 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 11

Decreto 722 de 1973 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 12

Ley 73 de 1976 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 13

Decreto 770 de 1975 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 13

Decreto 530 de 1974 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 13

Decreto 1045 de 1978 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 14

Ley 100 de 1993 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 16

Decreto 886 de 1998 mencionado en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 17

Montoya A. (2010) Mujeres y trabajo ¿Derecho u ocupación? Reflexiones sobre las implicaciones económicas y jurídicas del trabajo femenino en Colombia. Revista facultad de derecho y ciencias políticas Vol. 40. Obtenido de:

<https://www.redalyc.org/pdf/1514/151417819001.pdf>

Sentencia C-273 de 2003 mencionada en el capítulo I, numeral 1.4, párrafo 17.

Organización internacional del trabajo (1999) La protección de la maternidad en el trabajo Revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103) y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95).

Obtenido de: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-v-1.htm>

Organización internacional del trabajo (1998) Más de 120 países conceden licencias de maternidad pagadas a las trabajadoras. Obtenido de: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_008946/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008946/lang--es/index.htm)

Mencionado en el capítulo II, párrafo 1

ARTICULO 236 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO mencionado en el capítulo II,  
 número 2.2.2 párrafo 1

PROYECTO DE LEY 202 DE 2016. Mencionado en capítulo II número 2.2.3.

Radicado de marzo de 2016 mencionado en el capítulo II, numeral 2.2.3, párrafo 1

Publicación marzo 11 de 2016 mencionado en el capítulo II, numeral 2.2.3, párrafo 1

Concepto institucional mayo 16 de 2016 mencionado en el capítulo II, numeral 2.2.3  
 párrafo 1.

2.3. Licencia de maternidad en parejas del mismo sexo, en la constitución política de la  
 república federativa de Brasil Art 392

2.3.1 LICENCIA DE MATERNIDAD “ (CONSOLIDACIÓN DE LEYES

LABORALES) ART 392 mencionado en capítulo II número

Sentencia C-683 2015, mencionada en el capítulo III número 3.1.2. Párrafo I

Sentencia C- 071, 2015 mencionada en el capítulo III número 3.1.3. Párrafo 2

Pronunciamiento Numero 13019 de 25 de Marzo de 2015 mencionado en el capítulo III  
 número 3.2.1. Párrafo 3

Vergel H. (2018) La familia y el aislamiento de los dogmas impuestos por la misma.

Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de:

[https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/40196/SUBVERSI%C3%93N%20FAMILIAR\\_HUGO%20VERGEL\\_TEXTO.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/40196/SUBVERSI%C3%93N%20FAMILIAR_HUGO%20VERGEL_TEXTO.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

