
DIANA MARÍA GÓMEZ HOYOS
UNIVERSIDAD DE LA SABANA, CHÍA,
CUNDINAMARCA, COLOMBIA

**NUEVAS NORMAS
SOBRE PROTECCIÓN A LA
MATERNIDAD**
(RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN
“LEGISLACIÓN LABORAL REFERENTE
A LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD
EN PAÍSES DE CENTRO Y SURAMÉRICA.
DERECHO COMPARADO)

**NEW STANDARDS ON
MOTHERHOOD PROTECTION**
(RESULTS OF A RESEARCH UNDER THE TITLE OF
“LABOR LEGISLATION REFERRING TO THE PROTECTION OF
MOTHERHOOD IN CENTRAL AND SOUTH AMERICAN
COUNTRIES. COMPARED LAW.”).



RECIBIDO AGOSTO 25, APROBADO SEPTIEMBRE 3 DE 2007

RESUMEN

Este texto trata sobre el informe final del trabajo de investigación titulado “Legislación laboral referente a la protección de la maternidad en países de Centro y Suramérica (derecho comparado)”, que consiste en la exposición de motivos y el proyecto de ley que se presentará al Congreso de la República de Colombia para modificar algunas de las instituciones jurídicas que consagra nuestra legislación sobre protección a la maternidad. La legislación foránea estudiada (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Bolivariana de Venezuela, República Dominicana y Uruguay), así como los Convenios y las Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), han servido, entre otros, como fundamento para la propuesta que se presenta.

PALABRAS CLAVE

Protección a la maternidad, condiciones de trabajo, licencia, aborto, lactancia.

ABSTRACT

This paper deals with the final report of a research work titled “Legislación laboral referente a la protección de la maternidad en países de Centro y Suramérica (derecho comparado)” [“Labor Legislation referring to the protection of motherhood in Central and South American countries (Compared Law.)”] consisting of the statement of motives and the bill to be submitted to the Congress of the Republic of Colombia in order to amend some of the legal institutions relating to motherhood protection ordained by our legislation. The foreign legislation analyzed (from Argentina, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Chili, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Venezuela, Dominican Republic, and Uruguay), as well as the Agreements and Recommendations of the International Labor Organization (ILO) have served, among others, as a foundation for the proposal submitted.

KEY WORDS

Protection to motherhood, working conditions, maternity leave, abortion, lactation/breastfeeding.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA Y PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN. 2. OBJETIVOS PROPUESTOS Y CUMPLIDOS. 3. METODOLOGÍA DISEÑADA Y DESARROLLADA. 4. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA. 7. EVIDENCIA DEL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN.

INTRODUCCIÓN

Presento a la comunidad académica el informe final de la investigación “Legislación laboral referente a la protección de la maternidad en países de Centro y Suramérica (derecho comparado)”. En el V Encuentro de la Red realizado en Santa Marta en el año 2005, expuse la primera etapa; y la segunda, en el VI Encuentro llevado a cabo en el pasado 2006 en Paipa (Boyacá).

El informe final está constituido por el proyecto de ley (articulado y explicación), y la exposición de motivos, los cuales contienen el fundamento de la protección a la maternidad, objetivos y alcances del proyecto, así como el sustento jurídico de éste, integrado por los temas sobre competencia del Congreso de la República (para su discusión y aprobación), y marco constitucional, legal y jurisprudencial (sentencias de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado).

1. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA Y PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

En el proyecto se plantearon dos claras preguntas: si existe similitud y diferencia en la legislación laboral referente a la protección de la maternidad en países centro y suramericanos, y si podía ser viable tomar instituciones jurídicas de las legislaciones estudiadas, para ser aplicadas en Colombia.

Fue importante dar respuesta a los anteriores interrogantes, recordando que:¹

El hombre y la mujer son personas humanas, compuestas de cuerpo y alma, pero sexualmente diferentes. Esta diferencia ha originado la creencia que la mujer debe subordinarse al hombre, pues su naturaleza así lo ordena. Es así como la diferente estructura biológica entre el hombre y la mujer, ha trascendido en todos los campos, lo cual ha hecho necesario recordar que existe la igualdad entre los sexos,

¹ Diana María Gómez Hoyos, “Protección a la mujer trabajadora en la Constitución Política de 1991”, revista *Dikaion*, núm. 3, 1994, p. 128.

pero atendiendo las especiales circunstancias de unos y otros. Surge entonces el tratamiento privilegiado para la mujer trabajadora, constituyéndose simplemente en el trato distinto a ella, por ser distinta al hombre; sería una injusticia el trato idéntico para ambos sexos.

Consideramos que con probabilidades de éxito, el resultado de la investigación (proyecto de ley) contribuirá al desarrollo de la protección de la maternidad en Colombia.

2. OBJETIVOS PROPUESTOS Y CUMPLIDOS

El objetivo principal fue la revisión de la legislación laboral sobre protección de la maternidad en Argentina, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Bolivariana de Venezuela, República Dominicana y Uruguay, comparada con Colombia.

Los objetivos específicos que se pretendían alcanzar fueron los siguientes: estudiar los Convenios y las Recomendaciones de la OIT sobre protección a la maternidad, conocer en los países objeto de estudio qué regulación se ha adoptado sobre el aviso de su estado de embarazo, cómo se trata la licencia de maternidad en relación con la duración de la misma y su remuneración, conservación del empleo de la mujer embarazada o que ha dado a luz, regulación sobre descanso en caso de aborto, descanso remunerado de lactancia y trabajos prohibidos, lo referente a prestaciones sociales de otro tipo tales como sala cunas y guarderías, licencia de paternidad, permiso para cuidado de hijo o menor a cargo, y excedencia.

Se puede afirmar que se cumplieron los objetivos propuestos desde un inicio, toda vez que con la metodología desarrollada se logró examinar la legislación de los países para conocer el tratamiento dado a la protección de la maternidad, y contemplar todas las figuras que la componen.

3. METODOLOGÍA DISEÑADA Y DESARROLLADA

Se trata de una investigación cualitativa, que revisa la legislación existente en los países objeto de estudio y presenta comparación para determinar qué instituciones jurídicas de las extranjeras pueden ser aplicables en nuestro país. El trabajo se dividió en un principio en cuatro etapas, así: elaboración de tablas comparativas, análisis de jurisprudencia y doctrina de los países foráneos incluidos en la investigación, análisis de jurisprudencia y doctrina colombiana y elaboración del proyecto de ley con la exposición de motivos. En el transcurso de la investigación advertimos que la tercera y cuarta etapa podían fusionarse en una sola, y por ello en la última etapa (la tercera) se incluyó la jurisprudencia colombiana como fundamento del proyecto de ley, y se examinaron las convenciones colectivas para averiguar si contemplan la figura, superándose los mínimos consagrados en la ley.

Los objetivos específicos planteados se alcanzaron revisando la legislación vigente en cada uno de los países estudiados, la cual fue consultada en páginas web oficiales, y en normas y códigos laborales que adquirimos; así mismo, por medio de laboristas con los que tenemos contacto académico en varios de los países, se logró de manera fiel ubicar la normatividad. Se elaboraron tablas comparativas que incluyeron los elementos comunes y diferenciales entre los países, para luego presentar las apreciaciones críticas sobre cada aspecto. Así mismo, se confeccionaron diversos cuadros: resumen de la legislación encontrada, ratificaciones de los Convenios de la OIT referidos al tema, estadística de partos múltiples con base en las respuestas a los derechos de petición enviados a las diferentes entidades prestadoras de salud (EPS) colombianas, y convenciones colectivas de aquellos sindicatos que gentilmente aceptaron participar en nuestra investigación. Se escogió la jurisprudencia más representativa de las altas corporaciones colombianas para conocer su doctrina sobre la regulación de la protección a la maternidad.

En la primera etapa, que tuvo dos partes, se hizo la recolección de la información, lo que implicaba la búsqueda de la legislación en los dieciocho países estudiados. La legislación encontrada se organizó teniendo en cuenta los subtemas examinados (catorce en total): licencia de maternidad, notificación del estado de embarazo, descanso remunerado en caso de aborto o parto prematuro no viable, licencia por enfermedad de hijo o menor a cargo, lactancia, trabajos prohibidos y condiciones de trabajo durante el embarazo y después del parto, cambio de funciones, licencia de paternidad, licencia por menor adoptado, licencia por hijo o menor a cargo, conservación del puesto de trabajo, sala cunas, guarderías y jardines infantiles, excedencia y prestaciones económicas y asistenciales.

Se contó con la colaboración de dieciocho estudiantes cuya labor como investigadores auxiliares consistió en desarrollar por grupos las tareas específicas correspondientes a cada una de las tres fases delineadas: la elaboración de las tablas comparativas, la revisión de la jurisprudencia y la doctrina de varios de los países estudiados, y finalmente la construcción del proyecto de ley con su exposición de motivos (que incluye la exploración de los Convenios y las Recomendaciones de la OIT, la averiguación sobre convenciones colectivas vigentes en Colombia, y el examen de la jurisprudencia representativa de las altas Cortes del país).

4. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

El informe final de la investigación consta de un capítulo único que se ocupa del proyecto de ley y de la exposición de motivos. Comprende el fundamento de la protección a la maternidad y los objetivos, alcances y sustento jurídico del proyecto de ley. En los alcances se hace una explicación detallada de las instituciones jurídicas que consideramos deben ser incluidas en nuestra legislación colombiana, las cuales son: elección libre de la mujer trabajadora, de la época del disfrute de la licencia (dentro de las doce semanas), licencia por enfermedad de hijo o menor a cargo, sala cunas, guarderías y jardines infantiles a cargo de determinados empleadores, licencia en caso de enfermedad motivada por embarazo

o parto, trabajos prohibidos y condiciones de trabajo durante el embarazo y después del parto, cambio de funciones, licencia de maternidad especial en caso de embarazos múltiples, licencia para el padre biológico o adoptante cuya cónyuge o compañera ha fallecido, licencia para el padre en caso de enfermedad u hospitalización de la madre después del parto, agrupación del periodo de lactancia en un solo lapso, y ampliación de la licencia remunerada en caso de aborto o parto prematuro no viable.

Sobre estos aspectos se sintetiza lo hallado en las primeras etapas (tablas comparativas).² Una pieza importante es el soporte jurídico, en el cual se resumen los Convenios 3, 4, 41, 45, 89, 103 y 183 de la OIT³ referidos respectivamente a las mujeres antes y después del parto, trabajo nocturno de las mujeres, empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas, trabajo nocturno de las mujeres en la industria, y los dos últimos sobre protección de la maternidad y Recomendaciones 13, 95 y 191⁴ sobre trabajo nocturno de las mujeres en la agricultura, y las dos últimas también sobre protección de la maternidad.

En ese sustento jurídico se determina la competencia del Congreso de la República y se fijan los marcos constitucional, legal y jurisprudencial (pronunciamientos representativos de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), y se tratan diversas convenciones colectivas que incluyen en su articulado privilegios para la mujer trabajadora (como se comentó en el ítem anterior). Para finalizar, se suma el contenido y la explicación del articulado del proyecto de ley.

Vale la pena mencionar que en el país el porcentaje de mujeres en el ámbito laboral es mayor que el de los hombres. Y es así como en la encuesta continua de hogares II realizada por el DANE en el segundo trimestre de 2006, se determinó que la población colombiana es de 45.176.000 personas, de las cuales el 48,2% corresponde a los hombres y el 51,8% a las mujeres.⁵

El proyecto de ley consta de doce artículos, así:

Se modifica el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, creando las numeraciones 236 A, 236 B, 236 C, 236 D, 236 E y 236 F que estipulan lo referente a:

- Elección de la mujer trabajadora de la época del disfrute de la licencia (dentro de las doce semanas).
- Licencia por enfermedad de hijo o menor a cargo.

² Se consultó la normatividad vigente en cada país.

³ Organización Internacional del Trabajo (OIT). Disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp2.htm>

⁴ Idem.

⁵ Colombia, Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), Boletín de prensa del 31 de septiembre de 2006. Disponible en http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_sex0_IItrim06.pdf. [Fecha de consulta: 24/03/2007].

- Licencia por enfermedad motivada por embarazo o parto.
- Licencia especial de maternidad en caso de partos múltiples.
- Licencia para el padre biológico o adoptante, cuya cónyuge o compañera ha fallecido.
- Licencia para el padre, en caso de enfermedad o de hospitalización de la madre después del parto.

Al artículo 237 del Código Sustantivo del Trabajo se le amplía el título “Descanso remunerado en caso de aborto o parto prematuro no viable”, y se le modifica parte de su contenido.

Al artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, titulado “Descanso remunerado durante la lactancia”, se le agrega el numeral 5, y se modifica una parte del primer numeral.

Al artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 9 del Decreto 13 de 1967 se le cambia el título, “Trabajos prohibidos y condiciones de trabajo durante el embarazo y después del parto”, y se le agregan dos numerales (4 y 5) sobre cambio de funciones y trabajos prohibidos, y condiciones de trabajo durante el embarazo y después del parto.

5. CONCLUSIONES

La protección a la maternidad se podría definir como una institución jurídica compleja formada por reglas, principios y valores, orientados a la supresión de las conductas de discriminación a la mujer en razón de su condición de madre, y a la promoción y salvaguardia de la relación materno-filial y de las relaciones familiares en general.⁶

Después de examinar la legislación de los países objeto de estudio, revisar los Convenios y las Recomendaciones de la OIT, y atender a la metodología diseñada para la recolección y análisis de la información, se concluye que las figuras escogidas para ser incluidas en el proyecto de ley pueden ser adoptadas sin contratiempos:

- La mujer trabajadora tendrá derecho a elegir libremente si comienza a disfrutar de su licencia de maternidad días antes del parto o a partir del nacimiento del bebé.

⁶ Definición dada por Camila Herrera Pardo, joven investigadora de la Universidad de La Sabana - Colciencias, perteneciente al Grupo de Investigación de la Universidad de La Sabana “Razonamiento constitucional y fundamento del derecho”, calificado “A” por Colciencias.

- Cuando la salud de un (a) hijo (a) menor de un año requiera atención por motivo de una enfermedad grave, la madre o el padre trabajadores biológicos o adoptivos (a elección de la madre siempre y cuando tenga la patria potestad) tendrán derecho a una licencia remunerada hasta por diez días calendario.
- En caso de enfermedad terminal de hijo (a) menor de dieciocho años, la licencia tendrá una duración de treinta días calendario, de los cuales el trabajador o trabajadora escoge la compensación con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, o acepta la reducción del 50 % de su salario durante la licencia.

Si se trata de un accidente grave de un hijo (a) menor de siete años, la licencia remunerada será hasta por seis días calendario.

- El padre o la madre trabajadores biológicos o adoptantes, que tengan hijos (as) con alguna discapacidad física, mental o sensorial debidamente acreditada con certificado médico, tendrán derecho a disfrutar de permisos especiales con la finalidad de atender las citas médicas y los tratamientos de sus hijos (as).
- En caso de enfermedad motivada por embarazo o parto de la mujer trabajadora, ésta tendrá derecho a una licencia remunerada correspondiente al ciento por ciento de su salario, durante el lapso de tiempo determinado por el médico.
- La licencia de maternidad de la mujer en los eventos de nacimientos múltiples se extenderá de 13 a 15 semanas, de acuerdo con certificado médico.
- En caso de fallecimiento de la madre antes de finalizar la licencia de maternidad, al padre biológico del menor deberá concedérsele una licencia cuya duración será equivalente al tiempo que hubiese faltado para la expiración de la licencia de la madre.
- En caso de enfermedad o de hospitalización de la madre después del parto, y antes de que finalice la licencia de maternidad, que impida el cuidado del bebé, al padre biológico se le concederá una licencia cuya duración será equivalente al tiempo que faltare para la expiración de la licencia de la madre.
- La trabajadora que en el curso del embarazo sufra un aborto o un parto prematuro no viable tiene derecho a una licencia remunerada, cuya duración será la que determine el médico tratante.
- La madre trabajadora que se reincorpore a su puesto de trabajo vencido el periodo de licencia de maternidad, tiene derecho a que se le conceda media hora dos veces al día durante su jornada de trabajo con el objeto de alimentar a su bebé, la que será remunerada. La trabajadora podrá acumular las dos medias horas a que tiene derecho y entrar una hora después del inicio de la jornada o salir una hora antes de que ésta finalice. El derecho a usar de este periodo no

podrá ser renunciado en forma alguna, ni compensado ni sustituido por otro beneficio.

- A partir de la notificación del estado de embarazo al empleador, la trabajadora no podrá realizar labores que exijan esfuerzo físico considerable (como levantar pesos), o tareas para las cuales deba estar parada por un tiempo prolongado o en movimiento constante, o en trabajos que requieran gran equilibrio del cuerpo (trabajo en escaleras, manejo de máquinas pesadas o que tengan puntos de operación peligrosa) y en general en labores que pongan en peligro la salud de la madre o del bebé.
- Si la trabajadora tiene hijos (as) menores de un año, no podrá prestar sus servicios en horas extras diurnas, horas extras nocturnas, o turnos dobles.
- El empleador está obligado a trasladar temporalmente a la mujer trabajadora que, encontrándose en estado de embarazo, realice las labores establecidas en el numeral anterior, sin detrimento del salario que esté devengando. Tan pronto la trabajadora regrese de su licencia de maternidad, el empleador deberá reubicarla en el puesto anterior.
- Los empleadores que tengan un número de trabajadoras mayor a cincuenta deben acondicionar en las instalaciones de la empresa o en un lugar cercano, salas maternas para el cuidado de los bebés menores de un año.

6. BIBLIOGRAFÍA⁷

Convenios OIT. Disponible en: www.itcilo.it

Recomendaciones OIT. Disponible en: www.itcilo.it

Chinchilla, Nuria, León, Consuelo, *La ambición femenina, como re-conciliar trabajo y familia*, Chile, Aguilar, 2004.

Colombia, Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), Boletín de prensa del 31 de septiembre de 2006. Disponible en: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_sexo_II-trim06.pdf.

Gómez Hoyos, Diana María, "Protección a la mujer trabajadora en la Constitución Política de 1991", revista *Dikaion*, núm. 3, 1994.

⁷ Se aclara que atendiendo a las exigencias de fondo y forma establecidas por las universidades organizadoras del VII Encuentro, no fue posible incluir la bibliografía completa consultada para realizar la investigación que enmarca la ponencia.

7. EVIDENCIA DEL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

Sobre la investigación se han presentado diversas ponencias y se han publicado avances, así:

- V Encuentro de la Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Socio Jurídica, Santa Marta (septiembre 8 y 9 de 2005). Ponencia: Legislación laboral referente a la protección de la maternidad en países de Centro y Suramérica (derecho comparado).
- VI Encuentro de la Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Socio Jurídica, Paipa, Boyacá (septiembre 7 y 8 de 2006). Ponencia: ¿Existen instituciones jurídicas foráneas sobre protección a la maternidad, que pueden ser incluidas en la normatividad colombiana?
- I Jornada de socialización de resultados de investigación. Universidad de La Sabana (mayo 11 y 12 de 2006). Ponencia: Legislación referente a la protección de la maternidad en Colombia y Cuba.
- II Jornada de socialización de resultados de investigación. Universidad de La Sabana (mayo 9 y 11 de 2007). Ponencia: Modificación al Código Sustantivo del Trabajo en el Capítulo sobre protección a la maternidad (exposición de motivos y proyecto de ley).
- Libro: *Memorias V Encuentro Red Socio Jurídica. Principios y valores constitucionales*, Edición dirigida y coordinada por Carlos Ariel Sánchez Torres, Leonardo Espinosa Quintero y Oscar Ibáñez Parra. Serie documentos de investigación en Derecho núm. 8, Universidad Sergio Arboleda, 2006, pp. 295-314.
- Revista *Dikaion*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, núm. 14, año 19, noviembre de 2005, pp. 179-198.
- Revista *Estudios Socio-Jurídicos*, “¿Existen instituciones jurídicas foráneas sobre protección a la maternidad, que pueden ser incluidas en la normatividad colombiana?”, vol. 9, número especial, Universidad del Rosario, 2007, pp. 262-276. Indexada en categoría “C” por Colciencias.