



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables

MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA**

E.S.D.

Referencia: **Expediente número D-12382**. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1822 de 2017 artículo 1, numeral 6, parágrafo 2 (parcial).

Actores: **ELIANA PATRICIA GOYENECHÉ JIMÉNEZ**

Asunto: **intervención ciudadana** según Decreto 2067 de 1991 artículo 7.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**; **DIANA JIMÉNEZ**, profesora del Área de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la U. Libre e **INGRID VANESSA GONZÁLEZ**, estudiante de la Facultad de Derecho de la U. Libre actuando como ciudadanas, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal según auto del 27 de octubre de 2017, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

1. NORMA DEMANDADA

Ley 1822 de 2017

(Enero 4)

“Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones”

El Congreso de Colombia decreta:

“Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

(...)

5. 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 presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato. b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

Parágrafo 1°. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia

remunerada de la que habla este artículo es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

Parágrafo 2°. 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.

El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

(...)

2. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La demandante afirma que la Ley 1822 de 2017 artículo 1, numeral 6, parágrafo 2, limita a los padres que tengan un vínculo natural o jurídico a obtener su licencia de paternidad, así mismo, condiciona que los hijos deben ser de su esposa o compañera permanente, condicionando el goce de la licencia de paternidad.

3. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD LIBRE-BOGOTÁ.

3.1 DERECHOS DE LOS NIÑOS/AS Y PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

La protección integral de los derechos de los niños se establece en instrumentos internacionales como la Convención Internacional de los Derechos del niño, la Declaración de los Derechos del Niño, y en el ordenamiento interno a nivel constitucional están los artículos 42, 43, 44 y 45, considerándose derechos fundamentales que gozan de una protección reforzada, al ser sujetos de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado el principio del interés superior del niño¹. Este principio hace prevalecer los derechos de los niños sobre los derechos de los demás en el ordenamiento jurídico, debido a la situación de indefensión, vulnerabilidad, debilidad de los niños y niñas y la necesidad de garantizar su desarrollo armónico e integral².

El Estado tiene el deber de amparar el efectivo goce y protección de derechos de los niños³, para ello, el ordenamiento jurídico debe implementar los mecanismos necesarios para cumplir con este cometido.

¹ Corte Constitucional SC 273 de 2003

² Corte Constitucional ST 260 de 2012

³ Constitución Política Art. 44.

3.2 DERECHO DE LOS PADRES AL ACCESO A LA LICENCIA DE PATERNIDAD EN GARANTIA A LOS DERECHOS DEL MENOR Y TEST ESTRICTO DE RAZONABILIDAD

De acuerdo con el artículo 42 Constitucional, las personas tienen derecho a conformar una familia y se obligan con una progenitura responsable, estando obligados los padres a cuidar y amar al recién nacido. Uno de los mecanismos que implementó el legislativo para garantizar el mencionado derecho y obligación es la licencia de paternidad, la cual tiene como objetivo principal el desarrollo integral y armónico del menor.

Para salvaguardar este derecho la *“Recomendación núm. 191 (que acompaña al Convenio núm. 183) y la Recomendación núm. 165 (que acompaña al Convenio núm. 156)”* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) *“contienen disposiciones sobre la licencia parental. Ambos instrumentos dejan a criterio de los países la determinación de la duración, la remuneración y demás aspectos pertinentes”*⁴. Resulta indispensable el acompañamiento del padre en los primeros días de vida, pues de allí también depende su desarrollo físico y emocional⁵.

Ahora bien, todos los padres tienen derecho a la licencia de paternidad sin distinción alguna, siendo contrario a este principio de igualdad lo que establece la norma demanda, pues esta limita y condiciona la licencia de paternidad solo para los padres que son cónyuges o compañeros permanentes, dejando por fuera a los padres que tienen otro tipo de vínculo con sus hijos; los sujetos cuya relación no es biparental tienen derecho a la licencia de paternidad en igualdad de condiciones que los padres que tienen un hijo con su cónyuge o compañera permanente. Se está por tanto ante una clara violación del derecho a la igualdad y no discriminación.

En desarrollo al test estricto de razonabilidad frente a situaciones análogas⁶, la Corte Constitucional enseña que esta medida no responde a una finalidad constitucionalmente legítima, puesto que priva del derecho al cuidado y amor de sus padres a los hijos que no sean de la cónyuge o de la compañera permanente, por tanto, no es adecuada ni necesaria la medida para la consecución de una finalidad constitucional, no es proporcional en sentido estricto ya que afecta de manera grave el goce de los derechos del menor⁷.

En ocasiones anteriores la Corte Constitucional ha resuelto casos análogos, como lo fue en la sentencia C -273 de 2003 y C -383 de 2012, estableciendo que aunque la norma no se pueda quedar sin sujeto, se debe declarar la exequibilidad condicionada en cuanto se interprete que la norma acusada hace alusión al acceso a la licencia de paternidad para todos los padres, ya sean cónyuge, compañero permanente o aquellos que tengan un vínculo natural o jurídico con sus hijos. Además, la norma condiciona solo que para acceder a la licencia de paternidad el único soporte válido para el otorgamiento es el registro civil de nacimiento, el cual acredita su status de padre del menor. La licencia de paternidad entonces no se instituyó en beneficio del padre sino del recién nacido.

En el artículo 43 de la Constitución se infiere la protección a la mujer durante y después del embarazo que involucra la importancia de la compañía y apoyo del progenitor de su hijo, indistintamente de que exista o no un vínculo jurídico entre la mujer y el padre del recién nacido. Por tanto, el legislador no puede expedir normas

⁴ OIT. La maternidad y la paternidad en el mundo. La legislación y la práctica en el mundo. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_242618.pdf

⁵ Corte Constitucional SC 383 de 2012

⁶ Corte Constitucional SC 273 de 2003, SC 383 de 2012

⁷ Corte Constitucional SC 383 de 2012.

que consagren un trato diferenciado en cuanto a derechos y deberes de quien tienen la calidad de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos dentro del matrimonio o fuera de él.

Familias Homoparentales.

Ahora bien, frente a madres y padres del mismo género, es necesario que la Corte Constitucional se pronuncie en este aspecto permitiendo que la madre o padre homoparentales también puedan gozar de este derecho.

Nuevos interrogantes plantean esta posibilidad de cara a la seguridad social. Así, dentro del sistema de salud, se reconoce como prestación económica a su cargo la licencia de maternidad, que disfrutará tanto la madre que ha dado a luz a un niño y aquellos que adoptan a un menor. En cualquiera de los dos casos la ley otorga una licencia correspondiente a 18 semanas.

Tratándose de parejas del mismo sexo, si uno de los miembros de la pareja resultaba ser el padre o la madre biológicos del menor, la interpretación parece clara, tendrán derecho a la licencia de maternidad o de paternidad según el caso que corresponda.

Con la nueva posibilidad de adopción⁸ y considerando que ninguno de los miembros de la pareja es el padre o la madre biológico del menor ¿quién debe disfrutar la licencia de maternidad? Si la pareja es conformada por hombres los dos tienen derecho a la licencia de paternidad a pesar de ser mucho menor que la de la mujer. ¿O uno de ellos debería asumir la de maternidad? En el caso de que la pareja sea formada por dos mujeres, ¿las dos gozarán de licencia de maternidad o aplicará la misma consideración de asignar a una de ellas la de maternidad y a la otra la de paternidad?

Para resolver dichos interrogantes desde el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional se considera que debe ser una decisión de la pareja que adopta y por lo tanto uno de los dos debe tener la posibilidad de tener la licencia de 18 semanas y el otro la de 8 días.

La seguridad social se fundamentó en una familia clásica conformada por un padre y una madre que tenían que velar por unos hijos, siendo usualmente el padre el proveedor de los ingresos familiares y la mujer la cuidadora del hogar y dependiente del compañero. Sin embargo la realidad supera estos supuestos. Los tipos de familia son diversos, las hay desde las monoparentales hasta las comunitarias, donde los vínculos de amor y dependencia son diversos. Para la ley no resulta posible, e incluso adecuado, tratar de resolver todas las situaciones donde están involucrados los sentimientos y lazos de cooperación y solidaridad. En términos de principios y derechos se pueden afrontar los nuevos retos sin vulnerar las decisiones individuales de las personas.

La regulación jurídica civil debe interpretarse conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues según el art. 42 de la CP, la familia también se constituye por la voluntad responsable de conformarla, tal es el caso de las uniones maritales abiertas, la mujer soltera con hijos o la mujer cabeza de familia o los hijos que son el resultado de la reproducción asistida; y las parejas homosexuales que hacen vida en común, las cuales constituyen familias homoparentales.

La Constitución entonces protege a la familia en un sentido amplio, es decir, no solo a las familias monogámicas y heterosexuales sino a todas las demás, por ello la Corte Constitucional amplió el marco de protección desde su jurisprudencia y

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-683 de 2015

ampara a las familias distintas de las conformadas por el matrimonio o por la unión marital de hecho.

En temas tan diversos como la familia y los niños no se puede perder de vista que una cosa es la regulación legal de la familia, la cual ha sido reglamentada por el legislador mediante las normas del Código Civil y de la Ley 54 de 1990, así como las interpretaciones que ha dado la Corte Constitucional, y otra distinta, es la protección a los menores y la niñez que preceptuó la Carta, porque si bien el tema de los niños no se puede estudiar aisladamente de los asuntos referentes a la mujer y a la familia, esto no significa que los derechos de los niños consagrados expresamente en la Constitución tengan que supeditarse a las regulaciones que sobre la familia existen en el ordenamiento jurídico.

4. CONCLUSION.

Por lo expuesto anteriormente el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional solicita a la H. Corte Constitucional se declare la **CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA** de las normas acusadas, en el entendido que el padre del niño que haya realizado el reconocimiento del mismo en los 30 días posteriores al parto tendrá derecho a 8 días de licencia de paternidad y que en el casos de parejas del mismo sexo que adopten deberán ponerse de acuerdo e informar a la EPS para que uno de los dos, o de las dos, disfrute de las 18 semanas y el otro o la otra de los 8 días que dispone la ley.

De los H. magistrados, atentamente,



JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

C.C. 79356668 de Bogotá.

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.

Correo: jkbv@hotmail.com

DIANA JIMENEZ AGUIRRE

C.C 66716375

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Bogotá.

Correo: djjimeenza@yahoo.es

INGRID VANNESA GONZÁLEZ GUERRA

C.C 1.010.227.362.

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional.

Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Bogotá.

Correo: vanesssa-3@hotmail.com