



MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

CONCEPTO 182835 DE 2019

(noviembre 20)

Bogotá D.C.,

Señora

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Licencia de maternidad y paternidad para estudiantes

Cordial saludo.

De conformidad con su consulta del asunto, elevada mediante el radicado de la solicitud, esta Oficina Asesora Jurídica procederá a emitir concepto de acuerdo con sus funciones establecidas en los numerales 7.8, 7.10 y 7.11 del artículo 7 del Decreto Nacional 5012 de 2009, y en los términos del artículo 28 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. Objeto.

“1. Cuanto es el tiempo q se le debe dar a una estudiante para su licencia de maternidad...tanto a la madre como al padre

2. Durante esa licencia q debe hacer la institucion para evaluarlos” [Sic]

2. Consulta.

Previamente, le precisamos que esta Oficina Asesora Jurídica (OAJ) no resuelve casos concretos, por ende, no define derechos, no asigna obligaciones y tampoco establece responsabilidades; sino que emite conceptos jurídicos, entendidos como respuestas a consultas claras, concretas y precisas en forma de pregunta sobre un punto materia de cuestionamiento, duda o desacuerdo que ofrezca la interpretación, alcance y/o aplicación de una norma jurídica o la resolución de una situación fáctica genérica relacionada con el sector educativo.

A continuación, daremos unas orientaciones jurídicas generales respecto a las normas que regulan los asuntos consultados, las cuales usted como interesado podrá aplicar, de acuerdo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su caso concreto.

3. Marco jurídico.

3.1. Constitución Política de Colombia de 1991.

3.2. Corte Constitucional. Sentencia T-348 de 2007.

4. Análisis.

Sobre el tema planteado en la consulta, esto es, las licencias otorgadas por maternidad y paternidad a estudiantes; y las determinaciones que debe tomar un establecimiento educativo respecto de tal situación en respeto de los derechos de los estudiantes, es menester señalar en primer lugar que, como se señaló en concepto 2016-EE-101259 emitido por este Ministerio, la llamada “licencia de maternidad” se encuentra reconocida en el Código Sustantivo del Trabajo (CST), bajo el artículo 236, el cual dispone:

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

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

(...)

Parágrafo 2°. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad”

Así, es claro que las licencias de maternidad y paternidad son prerrogativas dirigidas a proteger a las madres y padres en relación con su derecho al trabajo, y no se predicán de quienes no tienen un empleo. En consecuencia, las Instituciones Educativas no otorgan “licencias” de maternidad o paternidad a sus estudiantes, sin perjuicio que puedan tomar ciertas decisiones en beneficio de la estudiante embarazada o madre lactante, o del padre estudiante.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico no consagra medidas o tiempos especiales para las estudiantes embarazadas o lactantes, ni para los estudiantes padres, no obstante, la Corte Constitucional ha indicado que:

“En reiterada jurisprudencia,[12] esta Corporación ha establecido que la maternidad, es decir la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana, es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (C.P., artículo 16) y que, por ende, no pueden ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno. En este sentido, se consideran contrarias a los postulados constitucionales todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital.

Por ende, el embarazo de una estudiante no es un hecho que pueda limitar o restringir su derecho a la educación. Ni los manuales de convivencia de las instituciones educativas, ni el reglamento interno, pueden, ni explícita, ni implícitamente, tipificar como falta o causal de mala conducta, el embarazo de una estudiante. En efecto esta Corporación ha establecido que toda norma

reglamentaria que se ocupe de regular la maternidad en el sentido antes indicado debe ser inaplicada por los jueces constitucionales, por ser contraria a la Carta Política[13].

La Corte ha tenido la oportunidad de ocuparse de las decisiones adoptadas por ciertos colegios en virtud de las cuales se somete a las alumnas embarazadas a tratamientos educativos especiales consistentes, por ejemplo, en limitar la asistencia de la estudiante a ciertos días y horas específicas en los cuales se les imparten tutorías o cursos personalizados.[14] En estos eventos, la Corporación ha estimado que, en principio y salvo demostración en contrario, debe considerarse que tales medidas tienen carácter discriminatorio, pues someten a la estudiante embarazada a un trato distinto al de sus restantes compañeros sin una justificación objetiva y razonable a la luz del ordenamiento constitucional. Según la Corte, tales tratos, en lugar de ayudar a la alumna, tienden a estigmatizar una situación personal que sólo interesa a la futura madre, pues la maternidad es una cuestión que, en principio, no afecta derechos de terceros y que pertenece a uno de los ámbitos más íntimos de la vida personal de la mujer.

(...)

Así mismo, se consideró que en algunos casos, el estado de embarazo puede generar ciertas circunstancias en las que resulta necesario que la futura madre permanezca en reposo, asista a determinados tratamientos especiales o acuda a un lugar de trabajo para adquirir mayores recursos económicos. “Si la alumna se encuentra en alguna de las circunstancias anotadas, nada obsta para que entre ella y el plantel educativo se acuerden mecanismos especiales que le permitan seguir adelante en su proceso educativo. Incluso, una tal actitud se aviene por entero a los valores, principios y derechos de la Carta Política, toda vez que parte de un profundo respeto por la opción vital escogida por la estudiante y tiende a promover una verdadera y efectiva igualdad.”

No obstante, se consideró que no necesariamente una mujer en estado de embarazo debe encontrarse en alguna de las circunstancias especiales antes descritas, ya que “el embarazo es, normalmente, un proceso que no aparea mayores riesgos y que le permite a la mujer llevar una vida igual o muy similar a la que llevaba antes de encontrarse en dicha situación. Por consiguiente, si un plantel educativo alega que medidas como la desescolarización se imponen a la alumna embarazada en su propio beneficio, debe demostrar, de manera fehaciente, que tales medidas diferenciadoras son verdaderamente útiles y necesarias para garantizar los derechos de la estudiante a la que se aplican. En el presente caso, el colegio demandado se limitó a aplicar una regla general y abstracta contenida en el manual de convivencia, pero no aportó una sola prueba de que, al momento en el que se aplicó tal medida a la alumna, ello era necesario para proteger, en sus precisas circunstancias, sus derechos fundamentales”.

(Subrayado fuera de texto)⁽¹⁾

De lo dicho se deriva que, en principio, la institución educativa debe abstenerse de tomar medidas diferenciadoras respecto de las estudiantes en estado de embarazo o lactancia, a menos que se demuestre que tales medidas son útiles y necesarias para garantizar los derechos de la estudiante. De acuerdo con el concepto referenciado emitido por este Ministerio:

“La jurisprudencia de Corte Constitucional indica que, salvo que exista justificación necesaria y razonable, la estudiante en estado de maternidad debe recibir el mismo trato que sus compañeros (antes y después del parto), pues considera la Corte el embarazo permite que la estudiante lleve una vida igual o similar a la que llevaba.

En consecuencia, programar el desarrollo de temáticas en casa o de manera virtual (sin apoyo pedagógico), fijar tutorías especiales, o diseñar un cronograma de asistencia a la Institución distinto al de los demás educandos, constituye en principio un trato discriminatorio para la estudiante en estado de maternidad. No obstante, es posible brindar un trato diferenciado cuando la Institución Educativa logra demostrar fehacientemente que las medidas son útiles, necesarias, y se proponen para la protección de derechos fundamentales o superiores.

Si la Institución Educativa constata que una estudiante atraviesa una situación especial, y determina que un trato diferenciado es el puente necesario para el alcance de los derechos fundamentales de la alumna, podrá adoptar mecanismos especiales que permitan la continuación del proceso educativo, garantizando a la estudiante una igualdad material y efectiva en los términos de la Carta Política; de lo contrario, el establecimiento educativo se encuentra en la obligación de permitir que la joven o adolescente en estado de maternidad (pre o post parto) asista de manera regular al aula de clase, y goce del derecho a la educación de la misma manera en que lo hacen sus compañeros”

Adicionalmente, mediante Directiva No. 01 del 06 de febrero de 2018, este Ministerio de Educación expidió orientaciones para “prevenir la deserción escolar de niños, niñas y adolescentes madres o en embarazo, y padres adolescentes, especialmente víctimas del conflicto armado interno”, en el que se señaló como acciones por parte de las Secretarías de Educación las de “garantizar el acceso y la permanencia en el sistema educativo de las niñas o adolescentes embarazadas”, “gestionar recursos para promover estrategias de permanencia escolar”; y como responsabilidades a cargo de los rectores, el otorgamiento de permisos correspondientes a sus controles médicos, entre otros.

5. Respuesta.

¿Por cuánto tiempo se otorga la licencia de maternidad y paternidad a un estudiante?

Sea lo primero indicar que los términos “licencia de maternidad” y “licencia de paternidad” corresponden a categorías del derecho laboral conforme con el artículo 236 CST, es decir, que la licencia es una prerrogativa dirigida a proteger a la madre y al padre en situación de empleados. En consecuencia, las Instituciones Educativas no otorgan “licencias” de maternidad o paternidad a sus estudiantes, sin perjuicio que puedan tomar ciertas decisiones en beneficio de los derechos superiores de la madre o del padre.

Ahora bien, cabe destacar que el ordenamiento jurídico no consagra medidas o tiempos especiales respecto de este tipo de casos, no obstante, la Corte Constitucional ha indicado que en principio la institución educativa debe abstenerse de tomar medidas diferenciadoras respecto de las estudiantes en estado de embarazo o lactancia (como por ejemplo, la desescolarización), a menos que se demuestre que tales medidas son útiles y necesarias para garantizar los derechos superiores de la estudiante. En este sentido, si en beneficio de la madre se requiere que esta no asista a la institución educativa, se podrá llegar a un acuerdo acerca de los mecanismos que permitan seguir adelante con el proceso educativo; así como los periodos de ausencia de la estudiante.

¿Durante esa licencia qué debe hacer la institución para evaluarlos?

En concordancia con lo dicho, en principio, la evaluación de la estudiante en estado de embarazo o lactancia no deberá verse afectada ni diferenciarse respecto de los demás estudiantes, a menos que se deban tomar ciertas medidas en beneficio de la madre para proteger derechos superiores;

situación que deberá definirse por la institución educativa de acuerdo con el Proyecto Educativo Institucional y su sistema de evaluación.

Cordialmente,

LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA

Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTA AL FINAL:

1. Corte Constitucional. Sentencia T-348 de 2007

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.

