

Senador Didier Lobo Chinchilla



ÍNDICE

1. NORMAS

a. ARTÍCULOS 239 Y 240 DEL CST

2. ANTECEDENTES

a. ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

b. OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA Y EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 239 Y DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 240 DEL DECRETO LEY 2663 DE 1950 (CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO) C-005-17

I. PROHIBICIÓN DE DESPIDO DE TRABAJADORA POR MOTIVO DE EMBARAZO O LACTANCIA ART. 239 CST.

II. REQUERIMIENTO DE AUTORIZACIÓN A AUTORIDAD PARA PODER DESPEDIR A TRABAJADORA EMBARAZADA O TRES MESES POSTERIORES AL PARTO

c. PROYECTO DE LEY 238 DE 2013

3. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

a. INTRODUCCIÓN

I. SU/070/13

II. UNIVERSIDADES

III. ARTÍCULO 43 DE LA CONSTITUCIÓN

IV. OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

b. OBJETO DEL PROYECTO

c. DERECHO COMPARADO

Senador Didier Lobo Chinchilla

d. PROTECCIÓN INTERNACIONAL

I. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

II. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC) (ley 74 de 1968)

III. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)

e. FUNDAMENTOS PARA PROTEGER LA MUJER GESTANTE O LACTANTE NO TRABAJADORA QUE DEPENDE ECONÓMICAMENTE DE SU PAREJA TRABAJADORA

I. ARTÍCULO 43 DE LA CONSTITUCIÓN

II. PROTECCIÓN INTERNACIONAL

III. SU/070/13

f. MUJER EMBARAZADA O LACTANTE GESTADORA DE VIDA

I. T/179/93, T/694/96, SU/070/13

g. PROTECCIÓN A LA FAMILIA

I. C/470/97, SU/070/13

h. LA CONCILIACIÓN ENTRE VIDA FAMILIAR, PERSONAL Y LABORAL

i. IGUALDAD DE ROLES EN EL TRABAJO Y VIDA FAMILIAR ENTRE

HOMBRES Y MUJERES

a. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)

b. OIT

c. CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

j. EVOLUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN EL DERECHO LABORAL

a. DOBLE ROL DE LA MUJER EN EL HOGAR Y EN EL TRABAJO

Senador Didier Lobo Chinchilla

- b. PATERNIDAD TODAVÍA ACCESORIA, PERO INVOLUCRADA EN EL PERMISO DE PATERNIDAD
- k. IGUALDAD EN EL CUIDADO Y ATENCIÓN DE LOS HIJOS ENTRE HOMBRES Y MUJERES
- I. AVANCES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA IGUALDAD, CONCILIACIÓN DEL ÁMBITO FAMILIAR Y LABORAL
 - a. CUATRO (4) PREMISAS
 - a. ARTICULO 43 DE LA CONSTITUCIÓN
 - b. FUERO DE MATERNIDAD COMO GARANTÍA Y PROTECCIÓN DE LA MUJER EMBARAZADA O LACTANTE
 - c. LA VIDA Y EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS
 - d. PROTECCIÓN INTEGRAL A LA FAMILIA POR PARTE DE LA SOCIEDAD Y EL ESTADO
- I. SU/389/05: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA PARA PADRES CABEZA DE FAMILIA
- m. C/273/03, C/174/09, LICENCIA DE PATERNIDAD PARA QUE LOS PADRES SE INVOLUCREN ACTIVAMENTE EN LA CRIANZA DE SUS HIJOS E HIJAS
 - a. ORIGEN DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD EN LA OIT.
- n. DERECHO A LA IGUALDAD EN EL MARCO DE LAS RELACIONES FAMILIARES
 - I. ARTÍCULOS 42 Y 43 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA IGUALDAD
 - II. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
 - III. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y

Senador Didier Lobo Chinchilla

CULTURALES (PIDESC) (ley 74 de 1968)

- o. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)
 - I. FUNDAMENTOS PARA PROTEGER EL DERECHO DE IGUALDAD DE LA MUJER GESTANTE O LACTANTE NO TRABAJADORA QUE DEPENDE ECONÓMICAMENTE DE SU PAREJA TRABAJADORA
- p. SILENCIO DE LA LEY
- q. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA REGULACIÓN DEBE APLICARSE A SITUACIONES ANÁLOGAS
- r. DISCRIMINACIÓN QUE ESTE PROYECTO PRETENDE RESOLVER
 - I. APLICACIÓN DE LA IGUALDAD EN SITUACIONES DISÍMILES
- s. IMPACTO FISCAL
- t. CONCLUSIÓN

Senador Didier Lobo Chinchilla

PROYECTO DE LEY NÚMERO----- DE SENADO

Por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el periodo de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, y se dictan otras disposiciones.

NORMAS

PROYECTO DE LEY NÚMERO . DE 2019 SENADO

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Ampliación del periodo de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia. Modifíquese el numeral 2 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los seis (6) meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

Artículo 2°. Protección integral del que está por nacer. El Código Sustantivo del Trabajo tendrá un nuevo artículo 240A, el cual quedará así:

Senador Didier Lobo Chinchilla

Artículo 240A. Fuero de Paternidad. El fuero de paternidad es una institución que busca garantizar el desarrollo armónico e integral de los niños, desde que son concebidos hasta los primeros meses de vida. Para tal efecto, se establecen las siguientes medidas:

1. Se prohíbe el despido de todo trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo y no tenga un empleo formal. Esta prohibición se activará con la notificación formal al empleador del estado de embarazo de la cónyuge, pareja o compañera permanente, y una declaración, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, de que ella carece de un empleo formal. La notificación podrá hacerse verbalmente o por escrito.

En ambos casos el trabajador tendrá hasta un (1) mes para adjuntar la prueba que acredite el estado de embarazo de su cónyuge o compañera permanente. Para tal efecto, serán válidos los certificados médicos o los resultados de exámenes realizados en laboratorios clínicos avalados y vigilados por las autoridades competentes.

2. La medida de prohibición de despido cobijará al padre trabajador durante el embarazo de su cónyuge, pareja o compañera permanente y dentro de los seis (6) meses posteriores al parto.

3. Para poder despedir a un trabajador cobijado con el fuero de paternidad, el empleador requerirá la autorización del inspector del trabajo, o del alcalde municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

Esta autorización sólo podrá concederse con fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír al trabajador y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

4. Los trabajadores de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidos sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

Artículo 3°. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Senador Didier Lobo Chinchilla

DIDIER LOBO CHINCHILLA
Senador de la Republica

ANTECEDENTES

ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El ciudadano **Wadys Tejada Flórez** en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241 de la Constitución Política, *“solicita a la Corte Constitucional que declare la constitucionalidad condicionada del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo)”*¹.

“El demandante basa su inconformidad en que el numeral 1 del artículo 239 y el numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo) vulneran los artículos 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 de la Constitución Política y el numeral 2 del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)”.

Expresa que *“las disposiciones acusadas no protegen a las mujeres no trabajadoras que dependen económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) –lo que afectaría el sustento y acceso a la*

¹ C-005-2017

Senador Didier Lobo Chinchilla

*seguridad social de la mujer embarazada y del menor por nacer, o de la mujer lactante y de su hijo-; razón por la que (iv) la protección debe hacerse extensiva a la mujer embarazada no trabajadora que dependa económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a)*²

la Corte resume las pretensiones y fundamentos del demandante en el siguiente párrafo:

*“En efecto, de manera sencilla, pero suficiente, el demandante plantea una contradicción entre el contenido normativo acusado que regula la estabilidad laboral reforzada de la trabajadora gestante o lactante, y los mandatos de la Constitución que imponen al Estado un deber de asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y después del parto, así como al recién nacido. La contradicción surge, para el actor, del hecho de que la protección constitucional no distingue entre mujeres trabajadoras y no trabajadoras que se encontraren en dichas circunstancias, pero el legislador sí lo hace, reservando la protección únicamente para aquellas.*³ Para sustentar la censura el demandante, además de mencionar la normatividad superior que considera infringida (Arts. 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 C.P.) refiere a los fundamentos que conforme a la jurisprudencia de esta Corte justifican el fuero de maternidad y estima que esta garantía debe ser extendida a la mujer no trabajadora que depende económicamente de su pareja, comoquiera que más allá de la discriminación que en el campo laboral pueda generar su estado, hay otros intereses, valores y derechos que subyacen en esa protección y que son comunes a la mujer gestante trabajadora o no.”

OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA Y EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 239 Y DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO

² El subrayado es nuestro

³ El subrayado es nuestro

Senador Didier Lobo Chinchilla

240 DEL DECRETO LEY 2663 DE 1950 (CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO) C-005-17

El fallo **005-17** establece **que existe una omisión legislativa** relativa en relación con estas dos normas del CST;

“La omisión que acusa el demandante en efecto tiene el carácter de relativa comoquiera que recae sobre los enunciados normativos que regulan:

(i) la prohibición de despedir a una trabajadora por motivo de embarazo o lactancia (Numeral 1 del artículo 239 C.S.T.);

(ii) el requerimiento de autorización del Inspector del Trabajo, o en su defecto del Alcalde Municipal para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto (Numeral 1 del artículo 240 C.S.T.).”

La Corte Constitucional en el precitado fallo resuelve declarar la exequibilidad condicionada del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).

PROYECTO DE LEY 238 DE 2013

El entonces Senador de la República FÉLIX JOSÉ VALERA IBAÑEZ el 17 de abril de 2013 presentó ante el Senado de la República el proyecto de ley 238⁴ de 2013 por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el

⁴ En la Cámara proyecto de ley 182 de 2013

Senador Didier Lobo Chinchilla

periodo de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, y se dictan otras disposiciones.

Fue publicado en la gaceta 213 de abril de 2013, se tramitó por la comisión séptima de senado, se publicó ponencia en la gaceta 364 de 2013 de senado y la gaceta 197 de 2014 de Cámara, plenaria de Senado, gaceta 436 de 2013, archivado⁵ finalmente por vencimiento de términos.

Este proyecto se fundamentaba en la especial protección que nuestra Constitución brinda a la mujer embarazada y a los niños considerados como sujetos de especial protección en artículos como el 13, 43, 44, 50 y 53.

Agradecemos la colaboración de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), por intermedio de su docente CARMEN GRACIELA FLOREZ PEÑA en la redacción de este proyecto.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

INTRODUCCIÓN

Sea lo primero advertir que de ninguna manera esta iniciativa se contrae o reduce a proteger derechos del varón trabajador haciendo extensivo el fuero de maternidad, puesto que claramente trasciende su finalidad a la protección de la familia, pero en especial a los niños y niñas de este país que gozaran de esta garantía.

Durante mucho tiempo en nuestra sociedad se ha discriminado a las minorías, al negarles el reconocimiento y disfrute de muchos de sus derechos, con lo cual ahogan su voz y estrangulan sus posibilidades con la conocida regla de las mayorías, sin embargo existe entre nosotros una mayoría que comparte este desigual tratamiento; sometida a la

⁵ Artículo 190 de la ley 5 de 1992

Senador Didier Lobo Chinchilla

instrumentalización sexual durante milenios, negándole la lúdica, la educación, los mínimos derechos políticos a pesar de haberlos ganado con su participación en cruentas revoluciones, menospreciada y denostada por igual por pensadores políticos y religiosos, al acumular durante todos estos años tal experiencia de exclusión, marginación y discriminación que hoy exige que no se le incluya en la palabra o concepto hombre, sino que se le llame por su nombre de mujeres.

Se han dado grandes avances en el reconocimiento de los derechos de las minorías, como también de las mujeres en general, tanto por la vía legislativa como producto del activismo judicial con reglas jurisprudenciales claramente imposibles en el ámbito de predominancia de la regla de las mayorías.

Nuestra sociedad cada día con mayor velocidad navega en dirección de adoptar mayores espacios de igualdad entre todos, como lo evidencia la historia de evoluciones que muestran todo el terreno ganado por sujetos anteriormente sometidos a mayores cargas y por fuera de la posibilidad de disfrutar sus derechos de manera plena e integral o por lo menos como el resto de las personas.

En este sentido hemos querido contribuir con un paso más en la conquista de la igualdad de los derechos entre hombres y mujeres, esta vez en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que desde tiempos del derecho romano imperaba un feroz patriarcado que incluso despersonalizaba a las mujeres, asignando incluso en la actualidad en la que la mujer ya participa en las actividades laborales, el rol de cuidado asistencia de los hijos y familiares, como una función naturalmente femenina de la que se excluía de responsabilidades a los varones.

El trato diferenciado que contienen implícitamente las normas que se pretenden modificar con este proyecto, están en un contexto de asignación de roles tradicionales a hombres y mujeres que ha llevado a aumentar la inequidad de género, *al entender que el embarazo y la lactancia es un asunto que sólo concierne a la mujer portadora de dicha condición. Esta visión excluye injustamente a su pareja de una participación activa, directa y autónoma en esta situación familiar que, se insiste, demanda particulares apoyos emocionales y de estabilidad, que provee el empleo*⁶.

Sin embargo nuestro Derecho laboral y jurisprudencia constitucional como normas internacionales que nos vinculan desde hace tiempo han planteado igualdad progresiva hasta el punto de regular no solo aspectos laborales sino

⁶ C-005-17

Senador Didier Lobo Chinchilla

también familiares, planteando una verdadera igualdad entre hombres y mujeres.

El presente proyecto de ley se basa en muy buena parte en los considerandos de la sentencia C-005 de 2017 y toma la decisión del referido fallo como un motivo o causa para introducir la adición propuesta al CST.

En el fallo intervienen dos bloques, divididos entre quienes piden la exequibilidad simple y la exequibilidad condicionada; estas dos posiciones serán tratadas en este proyecto

La sentencia de unificación SU-070-13 declara que la mujer en estado de embarazo, es protegida de manera preferencial por la Constitución, **como gestadora de vida** y por ser *completa* incluye la protección a la maternidad y la lactancia.

En palabras de la Corte:

*“Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. **La vida**, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia⁷. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es”*

El Estado colombiano, sin exigir requisito alguno, debe proporcionar asistencia y protección a la mujer en estado de embarazo y durante la lactancia, incluyendo dentro de esta cobertura a las mujeres embarazadas trabajadoras como también a las no trabajadoras con vinculación o dependencia económica de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a)”.

Al recoger pronunciamientos sobre el tema, las Universidades del Rosario, Ibagué, Antioquia y la Universidad Industrial de Santander UIS, expresan que el legislador debe darle asistencia y protección la mujer embarazada o lactante que depende económicamente de su pareja trabajadora, en el entendido de que se trata del niño o niña lactante o que está por nacer, introducir igualdad entre hombres y mujeres en los ámbitos familiar y laboral, que permitan que los primeros puedan acceder a garantías familiares y laborales autónomas por su condición de padre y no derivadas de las que posee la mujer.

⁷ SU-070-13

Senador Didier Lobo Chinchilla

El artículo 43 de la Constitución refiriéndose a la asistencia y protección de que debe gozar la mujer durante el embarazo y después del parto, no hace distinción alguna entre mujeres trabajadora y no trabajadoras.

ARTÍCULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El estado colombiano tiene la obligación internacional de garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia, dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU-070-13 “Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres”⁸.”

Se trata en interés de la vida y de los niños proteger a la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo con el fuero de maternidad, con el fin de que no sea desvinculada por causa u ocasión del embarazo o la lactancia

OBJETO DEL PROYECTO

Tal como lo contemplaba el proyecto 238 de 2013 con el que se pretendió introducir esta figura(fuero de paternidad), este nuevo proyecto con la fuerza jurídica de la exequibilidad condicionada⁹ del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo)tiene como objeto; “*robustecer las garantías constitucionales consagradas a favor de los niños, incluidos los que están por nacer, por medio de la introducción de una institución como el Fuero de Paternidad, la cual deberá extenderse por toda la legislación colombiana, y especialmente aquella relativa a los trabajadores. Para lograr ese cometido, proponemos adicionar un nuevo artículo al Código Sustantivo del Trabajo, que contemple*

⁸ El subrayado es nuestro

⁹ en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al (la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel (la).

Senador Didier Lobo Chinchilla

situaciones como: i) prohibición de despido del trabajador cuya cónyuge o compañera permanente se encuentre embarazada y no tenga empleo formal; ii) deber de notificar formalmente al empleador para activar la medida de prohibición de despido comprendida en el fuero de paternidad; iii) declaración del padre trabajador, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento donde se afirme que la cónyuge o compañera permanente carece de empleo formal; iv) necesidad de autorización del Inspector de Trabajo para poder despedir a un trabajador con fuero de paternidad, etc.

Adicionalmente, y en aras de ampliar ese marco de asistencia y protección para los niños, el proyecto de ley modifica el término establecido en el numeral 2 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, y lo amplía de tres (3) a seis (6) meses, en concordancia con el término previsto en el mismo código para los descansos remunerados durante la lactancia.

DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado latinoamericano también podemos encontrar antecedentes de la institución del Fuero de Paternidad o Fuero Paternal. En Chile y Venezuela se han presentado a consideración de los órganos legislativos iniciativas encaminadas a reforzar la protección de los niños, mediante la adopción de distintas medidas, entre las cuales se incluye la inamovilidad laboral de los padres, cobijando por igual a mujeres y hombres.¹⁰

PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Igualmente, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y de lactancia.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 señala que “*la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales*”, mientras que el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala que “*se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto*”. Por su parte, el artículo 12.2 de la Convención

¹⁰ Tomado del archivado proyecto 238 de 2013 con plena vigencia y actualidad.

Senador Didier Lobo Chinchilla

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), señala que *“los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”*.

A partir de estos referentes la jurisprudencia de esta Corte reconoció que *“existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres”*.

FUNDAMENTOS PARA PROTEGER LA MUJER GESTANTE O LACTANTE NO TRABAJADORA QUE DEPENDE ECONÓMICAMENTE DE SU PAREJA TRABAJADORA

De la lectura atenta de nuestro artículo 43 Constitucional, se concluye que la mujer gestante o lactante recibe una protección amplia y objetiva, que claramente no distingue diferencias entre la mujer embarazada o lactante trabajadora de la no trabajadora

ARTICULO 43. *La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación.*

Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Así mismo, como se expresó en el acápite anterior, en las mismas condiciones, este sujeto portador de derechos es objeto de una protección internacional, de parte de varias regulaciones internacionales de las que Colombia hace parte; como la Declaración universal de derechos humanos en su artículo 25;

Artículo 25.

1.....

Senador Didier Lobo Chinchilla

2. *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.*

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales PIDESC en su artículo 10 numeral 2;

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1.....

2. *Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.*

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 12 numeral 2;

Artículo 12

1.....

2. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.*

En plena armonía con los preceptos anteriores la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en una sentencia de unificación¹¹, en su fundamento No 11, recoge el sentido indiferenciado de la protección a la mujer embarazada y lactante;

11.- *En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, mientras que el artículo 10.2 del*

¹¹ SU-070-13

Senador Didier Lobo Chinchilla

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”. Por su parte, el artículo 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), señala que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”.

*De las anteriores disposiciones se sigue que existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral **sino, en general, de todas las mujeres.***

MUJER EMBARAZADA O LACTANTE GESTADORA DE VIDA

En la historia¹² durante años, la mujer embarazada se discrimina por el embarazo, la lactancia y los cuidados de los hijos, situación que en el siglo XXI en el que estamos ha cambiado, en clave de protección e igualdad, comenzando por el cambio de roles de la maternidad y paternidad.

La mujer es portadora y dadora de vida y merece protección prevalente desde que comienza a gestar vida y por esa razón toda protección de sus derechos se extiende al hijo que espera.

Nuestro tribunal en múltiples jurisprudencias¹³ ha insistido en proteger a la mujer embarazada de manera preferencial, por producir o gestar vida, que sería incompleta si no abarcara la maternidad, la protección de los niños y la familia.

*Un **tercer fundamento** de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico*

¹² Ya la Corte había dicho en la sentencia T-179 de 1993 (Magistrado ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero): “La necesidad de proteger a las mujeres en estado de embarazo radica en la protección como “gestadora de la vida”. Esta condición que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla.”

¹³ T-179-93, T-694-96

Senador Didier Lobo Chinchilla

de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es.

La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos¹⁴”.

PROTECCIÓN A LA FAMILIA

La familia tiene una particular importancia en nuestra Constitución considerada como la institución básica de la sociedad, protegida por la sociedad y el Estado;

Se trata de un deber de protección que vincula a todas las autoridades públicas, debe abarcar todos los ámbitos de la vida social, y aunque adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral (fuero de maternidad) comoquiera que, debido a la maternidad, la mujer ha sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo, involucra también otros ámbitos como la preservación del valor de la vida, la protección de la familia, la asistencia y la seguridad social y el interés superior del menor¹⁵.

Es dentro de este marco Constitucional que se debe proteger la maternidad, la mujer gestante y lactante.

¹⁴ SU-070-13

¹⁵ C-05-17

Senador Didier Lobo Chinchilla

“si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados.”¹⁶.

LA CONCILIACIÓN ENTRE VIDA FAMILIAR, PERSONAL Y LABORAL

La sentencia en comento, la C-05 de 2017 expresa que en el estado actual del derecho laboral, trabajo y vida familiar no tienen por qué ser incompatibles si se quiere igualdad de trato, de no discriminación y efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, para que las mujeres no accedan y permanezcan en los empleos.

Los roles de hombres y mujeres hoy son otros, para obtener plena igualdad entre ambos y dejar de cargarle el peso de las responsabilidades familiares solo a la mujer:

*Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) declara que los Estados Partes reconocen que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer **es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.***

A diferencia de lo que pasaba antes, hoy hombres y mujeres que trabajan tienen responsabilidades familiares con el conocimiento de Estado, que debe facilitar la conciliación entre la vida familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras.

Las garantías y protección de la familia, cuidado de los hijos, no tenía autonomía alguna, era un rol femenino y por eso se derivaba siempre de las mujeres, dejando la paternidad en un segundo plano, lo que motivó a que la OIT en el convenio de igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, dijera;

*“Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las **personas con responsabilidades familiares** que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la*

¹⁶ sentencia C-470 de 1997.

Senador Didier Lobo Chinchilla

medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”¹⁷.

Reiterado por la Recomendación 165 de la OIT, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares que dice:

“12. Deberían tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades.”.

“deberían adoptarse y aplicarse medidas para prevenir la discriminación directa o indirecta basada en el estado matrimonial o las responsabilidades familiares”.

“16. El estado matrimonial, la situación familiar o las responsabilidades familiares no deberían constituir de por sí causas justificadas para denegar un empleo a un trabajador o para terminar la relación de trabajo”.

“para que las condiciones de empleo sean tales que permitan a los trabajadores con responsabilidades familiares conciliar sus responsabilidades profesionales y familiares.”

Por último la Corte cita la Convención sobre los Derechos del Niño que en su preámbulo, *proclama que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, quienes tienen derecho a recibir de sus padres la protección y la asistencia necesarias para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y así poder crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para lo cual, sin duda alguna, un cambio en los roles laborales y familiares de trabajadores y trabajadoras constituye un presupuesto ineludible.*

Evolución de la conciliación en el derecho laboral

La llegada de la mujer al mercado laboral ha marcado diferentes fases¹⁸ en el derecho laboral que comenzó con el doble rol de la mujer en el hogar y el

¹⁷ Convenio 156 de la OIT sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, establece en su artículo 3º (1.1.) que

¹⁸ Alameda Castillo, María Teresa “Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad. En Mercader Uguina Jesús (Coord.). Comentarios laborales a la Ley de igualdad entre mujeres y hombres, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. pp. 496 y 498.

Senador Didier Lobo Chinchilla

trabajo, por el **cual la conciliación entre familia y trabajo no era un asunto de hombres**, para después tímidamente involucrar a los padres en el permiso de maternidad, pero con la paternidad todavía accesoria y subordinada en cuanto a la atención y cuidado de los hijos, hasta que vino un cambio importante en el que los derechos de conciliación destinados al cuidado y atención de hijos y familiares son derechos individuales de los trabajadores, ya sean estos hombres o mujeres (titularidad indiferenciada). **Se espera un cambio cultural que supere el tradicional reparto de roles familiares que dejan por fuera al hombre del cuidado y atención de sus hijos**

Avances de la jurisprudencia Constitucional en la igualdad, conciliación del ámbito familiar y laboral¹⁹.

Estabilidad laboral reforzada de la maternidad y la lactancia con cuatro premisas;

1. En el mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Política en relación con la “*especial asistencia y protección del Estado*” a la mujer en estado de embarazo y después del parto;
2. En la protección de la mujer embarazada o lactante contra la discriminación en el ámbito del trabajo, garantía habitualmente conocida como fuero de maternidad²⁰, que tiene como fin impedir el despido o la terminación del contrato causados por el embarazo o la lactancia;
3. En la concepción de la vida como valor fundante dentro del ordenamiento constitucional (Preámbulo y artículo 11) y la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas establecida en el artículo 44 Superior; y
4. En la relevancia de la familia dentro del orden constitucional colombiano, como institución básica de la sociedad, en atención a lo cual recibe una salvaguardia integral de parte de la sociedad y del Estado contenida en los artículos 5 y 42 de la Constitución Política²¹.

¹⁹ En este acápite como en los otros tomamos en su mayor parte los contenidos de la sentencia C-05 de 2017

²⁰ Sentencia SU-070 de 2013.

²¹ Sentencia SU-070 de 2013.

Senador Didier Lobo Chinchilla

La sentencia SU-389 de 2005²², la Corte Constitucional extendió a los padres cabeza de familia las medidas de estabilidad laboral reforzada previstas para las madres cabeza de familia²³, considerando que esta medida (retén social) buscaba proteger la **unidad familiar** y especialmente el **bienestar de los menores** que se encontraran al cuidado de sus padres, fundamentado en el artículo 44 de la Constitución Política y en el **principio de interés superior del niño**.

La sentencia C-273 de 2003²⁴, al declarar inexecutable un aparte del artículo 1° de la Ley 755 de 2002 que regula la licencia de paternidad, la Corte destacó el **interés superior del niño y la garantía de la plena satisfacción de sus derechos**, como fundamento de esta prestación.

“Exaltó la idea de que el padre se involucre activamente en la crianza de las hijas o hijos brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, lo cual es fundamental para su desarrollo armónico e integral, que parte del concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad (arts. 42 y 44 de la Constitución).”

La sentencia C-174 de 2009²⁵ la Corte amplió y unificó la cobertura de la licencia de paternidad.

Como en el anterior fallo la Corte expresó:

*La importancia de que el **padre se involucre activamente en la crianza de las hijas o hijos brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, como factor fundamental para su desarrollo armónico e integral, en el contexto de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.***

Recuerda el origen de dicha licencia:

“La licencia de paternidad tuvo su origen en la O.I.T con el ánimo que el hombre desempeñe un rol más activo en el cuidado de los hijos desde sus primeros días de nacidos, llevó a la Organización Internacional del Trabajo a adoptar la Recomendación 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, cuyo numeral 22 hizo explícito que durante un periodo

²² M.P. Jaime Araújo Rentería. Reiterada en sentencia T-400 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²³ Ley 790 de 2002.

²⁴ M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Estudió la constitucionalidad del inciso 3°, artículo 1°, de la Ley 755 de 2002.

²⁵ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Senador Didier Lobo Chinchilla

inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, también el padre debería tener posibilidad de obtener una licencia sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él, a lo que denominó licencia parental. Así mismo, dejó en libertad de cada país su determinación, que debería introducirse en forma gradual.

De igual modo, la OIT expidió el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, que se aplica a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando las mismas limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella (art. 1 y ss.).

De esta forma, la licencia de paternidad busca que los hombres concilien el trabajo y la vida familiar, a través del disfrute de un breve periodo alrededor de la fecha del parto del hijo²⁶.

Derecho a la igualdad, en el marco de las relaciones familiares

La Constitución en su artículo 42 establece;

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Mientras que el artículo 43 consagra la igualdad de derechos entre la mujer y el hombre.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²⁷, *consagran el deber de los Estados de asegurar una igualdad real entre los miembros de la pareja que conforma el matrimonio o la unión de hecho.*

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que los Estados Partes se *“comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos”²⁸.*

²⁶ Maternidad, paternidad y trabajo. La igualdad de género en el corazón del trabajo decente, 2008-2009. Información extraída de la página de Internet de la OIT. www.ilo.org/gender/events/campaign-2009.

²⁷ Adoptada en el ordenamiento interno mediante la Ley 51 de 1981.

²⁸ Art. 3 PDCP.

Senador Didier Lobo Chinchilla

La Convención Americana de Derechos Humanos, determina que “los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”^{29,30}.

FUNDAMENTOS PARA PROTEGER EL DERECHO DE IGUALDAD DE LA MUJER GESTANTE O LACTANTE NO TRABAJADORA QUE DEPENDE ECONÓMICAMENTE DE SU PAREJA TRABAJADORA

Tal como se anunció al principio, en los siguientes enunciados, existe un silencio sobre las garantías constitucionales de la mujer embarazada no trabajadora que depende económicamente de su pareja trabajadora.

ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>

1. <Numeral CONDICIONALMENTE exigible> Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.

ARTÍCULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

1. <Numeral CONDICIONALMENTE exigible> Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el {empleador} necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

Existiendo la garantía en la Constitución Política de **asistencia y protección** a la mujer embarazada de parte del Estado, no se justifica que la legislación regule solo las situaciones relativas a las mujeres embarazadas trabajadoras, dejando por fuera de la norma a la mujer embarazada no trabajadora que depende económicamente de su pareja.

²⁹ Art. 23 n. 4. PDGP; art. 17 n. 4 Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁰ C-875/03 y C-278/14.

Senador Didier Lobo Chinchilla

LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA REGULACIÓN DEBE APLICARSE A SITUACIONES ANÁLOGAS

Al reconocer protección y asistencia sólo para la mujer embarazada trabajadora, dejando por fuera de dicha cobertura a la mujer embarazada no trabajadora que depende económicamente de su pareja trabajadora, se configura una omisión por parte del legislador, que con este proyecto se pretende resolver.

Como se ha explicado, existe en la legislación una norma que prohíbe el despido de la trabajadora por motivo de embarazo, como también el requerimiento o autorización del Inspector de trabajo o Alcalde del lugar.

En la actualidad el legislador reconoce asistencia y protección a la mujer embarazada, **en tanto sea trabajadora**, luego entonces el criterio de comparación con casos análogos que merecen el mismo trato es el vínculo laboral, excluyendo de su regulación **un caso similar** que debiera incluirse o asimilarse.

APLICACIÓN DE LA IGUALDAD EN SITUACIONES DISÍMILES

No obstante el principio de igualdad, no tiene necesariamente como presupuesto de aplicación, la existencia de situaciones, personas o grupos idénticos a otros, sino *más bien un juicio de valor sobre qué parámetro o característica resulta relevante para establecer la igualdad*. Lo explica la sentencia C-221-11 de la siguiente manera;

*“En consecuencia, un juicio sobre la eventual violación al derecho a la igualdad, o sobre la mejor forma de aplicar este principio **no parte entonces de presupuestos idénticos, ni tampoco de situaciones por completo diferentes, sino que se efectúa en relación con igualdades y desigualdades parciales, a partir de propiedades relevantes desde el punto de vista jurídico-constitucional**”³¹.*”

Continúa dicho fallo, expresando que puede existir un tratamiento igual a situaciones disímiles o un trato desigual en situaciones similares, se trata entonces de constatar la existencia de criterios de comparación relevantes entre las situaciones, grupos o personas.

³¹ El subrayado es nuestro

Senador Didier Lobo Chinchilla

Dicen las reglas jurisprudenciales que se trata de situaciones análogas que ameritan el mismo trato, partiendo de considerar la igualdad como un criterio relacional, que se es igual o desigual respecto de otro con base en un parámetro común, denominado como *tertium comparationis*, presupuesto lógico de todo juicio de igualdad y que permite la comparación entre sujetos o situaciones cierta o aparentemente desiguales.³²

Existe un criterio tradicional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales que a juicio de la corte, fundamentada en *Robert Alexy* resulta vacío, sino se determina desde qué punto de vista una situación, persona o grupo es igual a otro:

Por ello, en planteamientos recogidos por este Tribunal, Robert Alexy ha explicado que, dado que ninguna situación, persona o grupo son idénticos a otros, determinar la igualdad y la desigualdad supone siempre un juicio de valor sobre cuál característica o propiedad resulta relevante para establecer el examen de igualdad³³ por parte del juez.

Al idealizar la igualdad hemos pasado por alto que entre las personas, situaciones o grupos concurren tanto igualdades como desigualdades que se deben enjuiciar a luz de la igualdad con criterios de comparación relevantes, para verificar, si existen razones suficientes para *mantener un trato igual frente a situaciones en alguna medida disímiles, o si existen razones suficientes para establecer un trato distinto entre situaciones con algún grado de similitud³⁴.*

A pesar de las diferencias, el trabajador (cuya cónyuge, compañera, pareja embarazada o lactante no trabajadora), está en una situación análoga a la trabajadora embarazada o lactante, que le da derecho por criterios de igualdad a gozar de la estabilidad laboral reforzada que esta posee.

Al margen de las imposibilidades ontológicas a la luz de los derechos y los efectos perseguidos por la comparación, es un “hombre embarazado”³⁵ al que debe extenderse la protección de las normas que se modifican.

³² Corte Constitucional, sentencia C-221 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³³ negrillas nuestras

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-340 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Fundamentos jurídicos 42 a 43.

³⁵ Esta visión excluye injustamente a su pareja de una participación activa, directa y autónoma en esta situación familiar que, se insiste, demanda particulares apoyos emocionales y de estabilidad, que provee el empleo. C-005-17

Senador Didier Lobo Chinchilla

El criterio para realizar la comparación es de trabajadores (hombre o mujer), con necesidades familiares específicas, como es el nacimiento o lactancia de un bebé que requiere la protección de la norma modificada tratándose de un caso o del otro y para el cual la corte constitucional en la sentencia precitada esboza tres argumentos:

- La garantía de la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante y lactante trascienden su originario propósito de evitar la discriminación laboral generada en dicha condición (fuero de maternidad)³⁶.
 - Esta protección desarrolla además el imperativo constitucional de **brindar de manera general y objetiva protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado, no sólo referida a aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, a todas las mujeres** (Art. 43 C.P.)
 - Es así mismo una manifestación de la **protección a la vida** como bien jurídico de máxima relevancia en el orden constitucional (Art. 11).
 - Cristaliza la protección que el Constituyente brinda a la familia y promueve el interés superior del menor y la protección de los derechos de los niños y niñas (Art. 44).
- En segundo lugar, tanto los instrumentos internacionales, como la Constitución y la jurisprudencia de esta Corte, enfatizan en torno al plano de igualdad en materia de derechos, obligaciones y responsabilidades en que se encuentran la mujer y el hombre, y en general los progenitores, en el campo de las relaciones materno-paterno filiales (Art. 43),
- En tercer lugar, bajo una perspectiva de conciliación y armonización del trabajo con la vida familiar, el padre trabajador es también hoy titular de unos derechos específicos en el campo laboral que le permiten vincularse de manera más activa y autónoma a las responsabilidades que implican el cuidado de su familia y la crianza de sus hijos, durante la gestación y sus primeros días de vida, superando la posición subordinada o accesorio que tradicionalmente se le ha reconocido, pues sus derechos, en este sentido no

³⁶ Todos estos fines de la protección se cumplen tanto en la situación de la madre trabajadora en estado de embarazo o lactancia, como en la de su pareja trabajadora, en especial, cuando esta representa el sostén familiar. C-005-17

○

Senador Didier Lobo Chinchilla

pueden seguir siendo considerados como derivación de los derechos que se le reconocen a la madre gestante.

IMPACTO FISCAL

El presente proyecto en sus antecedentes, muestra una favorabilidad de parte del gobierno, recusada posteriormente con unas restricciones fiscales que al final dejan sin opción esta garantía, trayendo sólo como argumento el incumplimiento de las normas, caso en el cual tendría el mencionado impacto fiscal.

Es un análisis que da por sentado el incumplimiento de la norma y *no las normas que establecen la protección y la exigencia que refuerza la protección.*

Estos argumentos son respondidos por la Corte en el precitado fallo responde de la siguiente manera:

Sobre el particular es preciso señalar que lo que las normas acusadas contemplan es la prohibición de despido de la trabajadora en la circunstancia personal y familiar prevista en ellas, y la necesidad de tramitar un permiso en el caso de que se configure una justa causa.

Esta protección, como se indicó, trasciende la idea del fuero (laboral) de maternidad en tanto se orienta a proteger, además, otros bienes jurídicos preponderantes en el orden constitucional como la vida, la unidad familiar y el interés superior del menor; su extensión al cónyuge, compañero o a la pareja trabajadora de la madre gestante, promueve así mismo la equidad de género.

CONCLUSIÓN

Honorables Congresistas coloco este proyecto de ley para su autorizado escrutinio, con el fin de contribuir con un paso necesario en la consecución de la equidad entre hombres y mujeres, abandonar la tradicional asignación de roles y funciones basados en el sexo, cargando a nuestras mujeres con tareas que consideramos como “naturales” de la madre o de la mujer, poniéndonos a tono con los últimos pasos del derecho laboral en busca de una conciliación entre familia y trabajo.

Este tema trasciende los objetivos del fuero de maternidad puro y simple reducido por algunos a la discriminación laboral, para abarcar la familia, la vida, la mujer y los niños, lo que resulta suficiente para justificar este

Senador Didier Lobo Chinchilla

proyecto, que se basa en igualar dos situaciones tratadas de manera desigual por nuestra legislación.

Por otra parte esta iniciativa ya fue intentada en varias ocasiones por otros congresistas sin lograr que se convirtiera en ley de la república, por lo que seguramente muchos de nuestros fundamentos son comunes y prestados de estas propuestas a las que hacemos hoy un reconocimiento de gratitud.

Insistimos en presentar nuevamente el proyecto del fuero de paternidad porque se trata de un derecho negado a miles de colombianos, por lo que cumpliendo fines del Estado, buscamos garantizar la efectividad de principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, pero también por una situación jurídica con la que no contaron mis colegas Congresistas que quisieron materializar este derecho con anterioridad; la existencia de la Sentencia C-005-17 que declaró la exequibilidad condicionada *del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).*

Razón por la cual este proyecto es deudor de esta sentencia(y otras) en la mayoría de sus apartes y fundamentos, que utilizamos como argumento y justificación de la necesidad de extender la protección y garantía del fuero de maternidad al trabajador cónyuge, pareja o compañero permanente de la mujer(no trabajadora) en periodo de embarazo o lactancia.

Por los argumentos presentados, los fundamentos fácticos y jurídicos expresados solicito darle el trámite que corresponda para entregarle a nuestros niños y niñas esta garantía y protección.



Senador Didier Lobo Chinchilla

DIDIER LOBO CHINCHILLA
Senador de la Republica