



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)
 IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
 www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXII - N° 213

Bogotá, D. C., jueves, 18 de abril de 2013

EDICIÓN DE 16 PÁGINAS

DIRECTORES:	GREGORIO ELJACH PACHECO SECRETARIO GENERAL DEL SENADO www.secretariasenado.gov.co	JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA www.camara.gov.co
-------------	---	---

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

**PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO
 NÚMERO 23 DE 2013 SENADO**

*por el cual se adiciona un Capítulo 5 (nuevo)
 al Título XI de la Constitución Política
 de Colombia.*

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese un Capítulo 5 (nuevo) al Título XI de la Constitución Política quedará así:

“TÍTULO XI

DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

“(…)

Capítulo 5 (Nuevo)

Disposiciones Comunes a los Capítulos Anteriores

Artículo Nuevo. A partir de los Comicios de 2015 para la elección de Gobernadores y Alcaldes, en la misma fórmula se elegirán Vicegobernador y Vicealcalde para los municipios capital de Departamento y el Distrito Capital.

Los Vicegobernadores y Vicealcaldes reemplazarán en las faltas temporales y absolutas a los Gobernadores y Alcaldes, excepto cuando sea por revocatoria del mandato.

Las calidades, requisitos, inhabilidades, incompatibilidades, periodo y posesión de los Vicegobernadores y Vicealcaldes, serán los fijados por la Constitución y la ley para los Gobernadores y Alcaldes.

Las funciones o encargos asignados por el Gobernador o el Alcalde al Vicegobernador o

Vicealcalde, no le inhabilita para asumir las funciones por vacancia absoluta o temporal del titular.

En caso de vacancia absoluta de los Vicegobernadores y los Vicealcaldes, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales o Distrital designarán por una sola vez su reemplazo de la terna propuesta al momento de la inscripción por los candidatos.

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOA
 Senador

Jorge Eduardo Londoño Ulloa
 Manuel Martínez
 Carlos Amaya

Carlos Amaya
 PRESENTE ESPINOSA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Colombia ha tenido históricamente un desarrollo constitucional políticamente centralista, con tímidos pasos a la descentralización, que han impedido de alguna manera que los procesos de autonomía territorial no se hayan concretado.

Como antecedente histórico la Constitución centralista y presidencialista de 1886, proclamaba al Estado como un sistema republicano, caracterizado por la “tridivisión del poder político” en Ejecutivo, Legislativo y Judicial; no obstante la realidad demostraba que el poder hegemónico era el Ejecutivo Central en cabeza, desde luego, del Presidente de la República. Este nombraba a los Gobernadores de los departamentos, a los Intendentes y Comisarios de los llamados territorios nacionales.

De esa manera el poder político resultaba igualmente cooptado en sentido vertical, de la Nación hacia los niveles territoriales inferiores del Estado, lo cual, sin duda, fortalecía el poder central del Gobierno Nacional y en particular el del Mandatario Nacional.

En 1986 se da un paso importante en la historia política y constitucional de Colombia, con la primera elección popular de los Alcaldes.

Avanzando hacia el establecimiento de un nuevo Estado, la Constitución de 1991 ratifica ese hecho político como una conquista ciudadana en los artículos 303, 314 y 323 de la Carta para que los ciudadanos de los municipios, distritos y departamentos sean quienes elijan a sus gobernantes, por voto programático, para periodos de tres años (hoy institucionales de cuatro años) con la posibilidad que su mandato sea revocado.

Sumado a lo anterior, se acoge un modelo de política descentralizada que posibilite mayor autonomía de las entidades territoriales para decidir sobre sus propios asuntos, según los postulados superiores del artículo 287 de la Carta.

No obstante los desarrollos constitucionales y legales hacia la descentralización, el principio de autonomía territorial aún es incipiente, exiguo, tal vez porque ha sido abordado política y jurídicamente con bastante prevención, recelo, reserva y timidez por el Poder Político Central que aún no confía en los actores políticos de los niveles territoriales inferiores ni en la efectividad de sus ciudadanos para controlarlos; situación que ha impedido el desarrollo legal de ese marco de autonomía territorial para que los pueblos decidan la suerte respecto de sus autoridades y de los asuntos público locales.

Además de lo anterior, la corrupción ha permeado todos los niveles del Estado, pero erróneamente se cree que esta se ha focalizado en el nivel territorial, cosa que está en entredicho, lo

que sucede es que se percibe más la corrupción a nivel local dado la inmediatez por el contacto directo que los ciudadanos tienen con sus propias autoridades y el concepto que se generan de estas.

Ese desenvolvimiento del proceso político para la elección de los mandatarios locales también ha tenido sus propios inconvenientes por aspectos o situaciones que han llevado a defraudar el sentir ciudadano de gobernarse por autoridades propias. Mandatarios involucrados con grupos armados al margen de la ley, otros inhabilitados, sancionados con suspensión y destitución, mandatarios asesinados, elecciones locales con financiación de dudosa procedencia o cifras estrafalarias gastadas por las campañas han estado a la Orden del Día.

Todo lo anterior ha llevado a generar desconfianza en el pueblo respecto de sus autoridades locales e inestabilidad en los respectivos gobiernos, sobre todo cuando se presenta falta absoluta de los alcaldes y gobernadores por destitución, nulidad de elección por inhabilidad, renuncia y muerte, o temporal por suspensión ordenada por organismos de control y/o judiciales, y se ha acudido a elecciones atípicas para alcaldes y gobernadores, y como consecuencia a nombramientos por encargo de dichos mandatarios hecho por autoridades administrativas territoriales superiores y diferentes a la implicada, que enrumban al Estado en un desfile de prácticas clientelistas para la provisión de éstos. Esas decisiones vienen de los poderes políticos del mandatario territorial de nivel superior (en el caso de Alcaldes por los Gobernadores, y para el distrito capital y los Gobernadores por el Presidente de la República), cuando no a espaldas de las decisiones del pueblo soberano.

Revisando datos de la última década 2003 a 2012 se han registrado 363 elecciones atípicas para Alcaldes y 15 para Gobernadores (datos tomados de la página (<http://www.registraduria.gov.co/-Historico-de-elecciones-atipicas-.html>), originadas por faltas absolutas en virtud de muerte del mandatario, suspensión por sanción disciplinaria y destitución entre otras; procesos que demandan un despliegue institucional y financiero por parte del Estado que resultan costosos para la democracia.

Por eso, es conveniente que se adopten medidas que permitan que, por lo menos en los departamentos, en las ciudades capitales de departamento y en el Distrito Capital, para las faltas temporales y absolutas de los alcaldes y gobernadores, se reivindique el derecho político y autónomo del pueblo para gobernarse por autoridades propias, en las cuales no tenga ninguna injerencia los poderes políticos del nivel territorial superior, previendo que haya elección

de mandatarios locales en fórmula Alcalde y Vicealcalde, y Gobernador y Vicegobernador.

Tal propuesta ya había sido hecha en el proyecto de Constitución Federal del Colegio de Altos Estudios de Quirama, al disponer sobre las figuras del Vicealcalde y del Vicegobernador (artículos 185, 71, 80, 81, 153 y 185 del Anteproyecto de Constitución Federal), señalando que este será asesor y consultor del Alcalde y del Gobernador respectivamente, y podrá ejercer las competencias que se le señalen por las leyes.

Si bien la propuesta está inmersa en un Proyecto de Constitución Federal, no es incompatible con el Estado Unitario y el sistema de autonomía territorial definido por la Constitución de 1991, por cuanto si bien es una institución nueva, el Vicegobernador y el Vicealcalde serían elegidos mediante un proceso de elección popular en fórmula con el respectivo Alcalde o Gobernador para periodos institucionales de cuatro años, y podrían asumir las funciones o encargos que el Gobernador o el Alcalde respectivo le asignen, sin que ello lo inhabilite para asumir o reemplazar al titular en las faltas temporales o absolutas, salvo los casos de revocatoria del mandato, que también se entiende les es revocado.

Además, adoptar esa institución para los departamentos y municipios capital de departamento y el Distrito Capital, guarda coherencia con la estructura del Estado, de acuerdo a lo establecido para el nivel nacional con la fórmula de Presidente de la República y Vicepresidente de la República (Capítulo III del Título VII de la Constitución Política). Es decir, sería un reflejo al nivel territorial.

Esta medida normativa constitucional también evitaría la indebida interferencia de funcionarios de organismos de control y judiciales en prácticas clientelistas que deslegitiman su actuar, al ocuparse de la persecución de autoridades locales con fines políticos para abrir el camino a intereses diferentes a los que del buen servicio de control les corresponde; es decir, evitaría la desviación del poder de control con la atribución de suspender o destituir autoridades locales respondiendo a otros intereses diferentes a la verdadera misión de controlar para proteger la moralidad u el orden jurídico públicos.

Ahora bien, se pretende igualmente con esta propuesta, aparte de reivindicar la autonomía territorial para que los pueblos se gobiernen por autoridades propias y que aquellas elegidas conforme a la Constitución y la ley puedan ser reemplazadas en sus faltas temporales o absolutas por la fórmula que el mismo pueblo ha decidido, también evitar el desarrollo, ejecución y despliegue que demandan las elecciones “atípicas” que causan un gran desgaste institucional y financiero al Estado.

Sin duda, la figura del Vicealcalde para los municipios capital de departamento y del Distrito Capital, y del Vicegobernador, son una propuesta para avanzar políticamente hacia una sociedad política más madura y autónoma en los niveles territoriales del Estado, que se espera sea acogida el Congreso de la República.

Atentamente,

JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOA
Senador

Jorge Eduardo Londoño

Iván Name

Manuel Galán

Félix Valera

Gilma Jiménez

Doris Vega

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

(Arts. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 17 del mes de abril del año 2013 se radicó en este Despacho el Proyecto de Acto Legislativo número 23, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales por honorables Senadores *Jorge Eduardo Londoño, Juan M. Galán, Félix Valera, Gilma Jiménez, Doris Vega.*

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 17 de abril de 2013

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 23 de 2013 Senado, *por el cual se adiciona un Capítulo V (Nuevo) al Título XI de la Constitución Política de Colombia*, me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General por los Senadores *Jorge Eduardo Londoño, Juan Manuel Galán, Félix Valera, Gilma Jiménez, Doris Vega, Iván Name* y otros. La materia de qué trata el mencionado Proyecto de Acto Legislativo, es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 17 de abril de 2013

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de acto legislativo de la referencia a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cumplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Roy Barreras Montealegre.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 238 DE 2013 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 (Ley José).

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:

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 y hasta los primeros meses de vida. Para tal efecto, se establecen las siguientes medidas:

1. Se prohíbe el despido de todo trabajador cuya cónyuge o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo y no tenga un empleo formal. Esta prohibición se activará con la notificación al empleador del estado de embarazo de la cónyuge 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 ten-

drá 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 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.

Félix José Valera Ibáñez,

Autor.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

A. ANTECEDENTES

La Constitución Política de 1991 establece un buen número de disposiciones tendientes a proteger la familia como núcleo básico de la sociedad. Así mismo, consagra un cúmulo de prerrogativas a favor de la mujer en estado de gravidez y de los niños, incluidos los que están por nacer. No por nada ambos son considerados como sujetos de especial protección a lo largo de los postulados de nuestra Carta Magna. Artículos como el 13, 43, 44, 50 y 53, son la prueba fehaciente de dicha afirmación.

Por su parte, la legislación en materia laboral ha desarrollado ampliamente lo concerniente a las garantías laborales de la mujer, haciendo especial énfasis en las que corresponden a aquellas que se encuentran en periodo de gestación. El desarrollo normativo y jurisprudencial de instituciones como el fuero de maternidad, el descanso remunerado en la época del parto y los permisos para la lactancia, son muestra de la dinámica que se le ha imprimido a este tema desde el Congreso de la República y las Altas Cortes, en especial la Corte Constitucional.

En lo que atañe a los niños como sujetos de especial protección constitucional, puede afirmarse que este tema también ha recibido gran atención por parte de las diferentes autoridades involucradas en el desarrollo y cumplimiento de ese postulado. No obstante, consideramos que en tratándose de los niños que están por nacer podemos hacer aún más cosas para reforzar ese halo de protección que de ellos se predica. Es así como la institución del **Fuero de Paternidad** se presenta como un conjunto de medidas que propenden por el robustecimiento de las garantías consagradas a favor del *nasciturus* y de los recién nacidos.

En el derecho comparado latinoamericano también podemos encontrar antecedentes de la institución del **Fuero de Paternidad o Fuero Paternal**. En Chile y Venezuela, por citar un par de ejemplos, 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.

Ley de inamovilidad laboral en Venezuela¹

En fecha 20 de septiembre de 2007, fue publicada en la G. O N° 38.773 la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad ("LPFMP"), la cual tiene por objeto establecer los mecanismos de desarrollo de po-

líticas para la protección integral a las familias, la maternidad y la paternidad

ASPECTOS MÁS IMPORTANTES:

DEFINICIÓN DE FAMILIA

Según la LPFMP se entiende como familia la asociación natural de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo de sus integrantes, que se encuentra constituida por personas relacionadas por vínculos jurídicos o de hecho, cuya existencia se funda en el amor, respeto, solidaridad, comprensión mutua, participación, cooperación, esfuerzo común, igualdad de deberes y derechos, y la responsabilidad compartida en las actividades de la vida familiar. Es así, como el padre, la madre, los hijos u otros integrantes de la familia se regirán por los principios regulados en la LPFMP.

Adicionalmente, el Estado protegerá a las familias en su pluralidad, sin discriminación alguna de los integrantes que las conforman, con independencia del origen o tipo de relaciones familiares.

INAMOVILIDAD LABORAL DEL PADRE. (Artículo 8° LPMPF)

El padre gozará de inamovilidad laboral durante un (1) año contado después del nacimiento de su hijo, por lo que no podrá ser despedido, trasladado o desmejorado por el patrono, sin justa causa, que deberá ser previamente calificada por el Inspector del Trabajo.

A los fines que sea demostrada la condición de padre en los procedimientos que en materia de inamovilidad se encuentran regulados en la legislación laboral, sólo podrá acreditarse tal condición mediante el Acta de Inscripción del niño en el Registro Civil o en el Sistema de Seguridad Social.

También será aplicable la inamovilidad laboral, a los padres a partir de la sentencia de adopción, cuando el niño tenga menos de tres (3) años de edad.

Cuando el padre sea un funcionario público, cualquier controversia derivada de la inamovilidad laboral regulada en la LPFMP, será conocida por los tribunales competentes (Tribunales Contencioso Administrativos).

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 8° DE LA LEY PARA PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS, LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD

Sala Constitucional TS.J, 10 de junio de 2010

‘... Por tanto, esta Sala Constitucional juzga que la interpretación del artículo 8° de la Ley

¹ *Todo el texto de este capítulo sobre la Ley de Inamovilidad Laboral en Venezuela fue tomado de la página web: <http://solucionlaboralvenezuela.blogspot.com/p/inamovilidad-por-fuero-paternal.html>*

para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, que hizo la Sala Político-Administrativa, se aparta del sentido y alcance de las normas constitucionales que protegen integralmente a la familia, a la paternidad y maternidad, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce por igual, en el artículo 76.

En este sentido, la Sala juzga, ante el vacío de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad en la determinación del punto de partida de la inamovilidad por fuero paternal, que esta comienza desde la concepción, todo ello en coherencia con lo que preceptúa la Ley Orgánica del Trabajo respecto de la inamovilidad por fuero maternal y en salvaguarda al derecho a la igualdad y no discriminación.

Asimismo, la Sala determina que, para la demostración ante el patrono de la paternidad, cuando no sean aplicables las presunciones de ley, bastará con el reconocimiento voluntario que se haga conforme con lo que preceptúa el artículo 223 del Código Civil².

El proyecto del Fuero Paternal en Chile²

En la Cámara de Diputados de Chile actualmente existe un proyecto de ley en trámite referente al fuero paternal, el cual pretende adicionar un inciso al Código de Trabajo de ese país.

El objetivo del proyecto es, sin perjuicio de estar de acuerdo con la protección otorgada a la Madre trabajadora, que el mismo derecho sea aplicable a los padres trabajadores, aun cuando las madres ejerzan un trabajo dependiente a la par con ellos, ya que la idea que está de fondo es proteger la economía familiar que se puede ver alterada tanto en los casos en que la madre esté trabajando y deje de percibir renta, como cuando quien trabaja es el padre y queda cesante, porque el presupuesto de la familia se modifica negativamente y eso de todas maneras perjudica el bienestar de sus integrantes y en especial del hijo que está en camino o que ya nació.

Ya existe un proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados el año 2008, donde se pretende ampliar el fuero laboral a los padres de la criatura en gestación o de la criatura ya nacida, pero sólo en aquellos casos en que la madre no realice trabajo remunerado alguno.

Los Diputados de la Cámara de Chile consideran que es necesaria la ampliación del derecho a todo evento, debido a que como manifestaron, aun cuando la Madre trabaje el aporte que hace el Padre a la economía de la familia es

igual o en muchos casos más importante para poder vivir honradamente.

Es un proyecto que consta de dos (2) artículos, citados a continuación:

Artículo 1°

Modifíquese el artículo 201 del Código del Trabajo agregando un inciso 2° nuevo pasando el actual inciso 2° a ser tercero y así sucesivamente, en tal sentido:

“El derecho establecido en el inciso precedente será aplicable también al padre trabajador, siempre que se acredite mediante una declaración jurada ante el empleador, que acredite que contribuye económicamente con la madre de la criatura en gestación o mantiene una relación directa y regular con el menor; además de cumplir con su obligación de dar alimentos. El periodo por el que durará este derecho para el padre, será durante el periodo de embarazo y hasta un año después del nacimiento”.

Artículo 2°

Modifíquese el artículo 201 estableciendo un inciso 6° nuevo (considerando la modificación anterior) en el siguiente sentido:

“La misma norma establecida en el inciso anterior, será aplicable al padre trabajador, quien para ser reincorporado deberá presentar además de certificado médico deberá acompañar declaración jurada requerida en los términos del inciso 2°”.

B. OBJETO DEL PROYECTO

El presente proyecto de ley 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 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 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.

² En el texto de este capítulo se incluyen apartes del Proyecto del Fuero Paternal en Chile y se recoge información de la prensa chilena sobre el particular.

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.

C. TRATADOS INTERNACIONALES Y MARCO CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, INCLUIDOS LOS QUE ESTÁN POR NACER

Uno de los fines que inspira la estructura del Estado Social de Derecho es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, tal como lo prevé el artículo 2° *superior*. En efecto, principios y valores de estirpe constitucional como la dignidad humana, la igualdad material, real y efectiva, la solidaridad y el trabajo, son los que rigen el desarrollo de las relaciones laborales en Colombia³.

Nuestra Carta Magna también consagra medidas de carácter especial a favor de ciertos grupos poblacionales que, conforme al leal saber y entender de los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, merecen una atención diferencial debido a las condiciones de desventaja a las que históricamente han sido sometidos. Adicionalmente, existen tratados internacionales sobre derechos humanos, debidamente ratificados por Colombia, que contemplan disposiciones específicas tendientes a salvaguardar las condiciones de vida y desarrollo de los niños, los cuales, según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, se constituyen en criterios auxiliares de interpretación de los derechos constitucionales.

Con respecto a los instrumentos internacionales, *por no citar sino algunos ejemplos, la Corte destaca que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 25, señala que ‘la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales’.* Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que *‘se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto.’* Igualmente, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de

1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la Ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar ‘todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo’ a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, ‘el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano’. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo. Pero es más; desde principios de siglo, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada. Así, el Convenio número 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931⁴.

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 20 de noviembre de 1959 la Declaración de los Derechos del Niño; documento que indica lo siguiente en relación con los niños:

“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Lo anterior se complementa con los principios 2, 4 y 8 de la misma Declaración. En dichos principios se incorporan varias obligaciones de los Estados para con los niños, tales como: promulgar leyes en pro del desarrollo físico, moral, social, espiritual y social de los niños; el derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social; el derecho a crecer y desarrollarse con buena salud; y el derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

De igual forma, la Constitución Política de 1991 incorporará varias disposiciones encaminadas a garantizar el óptimo crecimiento y desarrollo del niño, incluyendo medidas para proteger a aquellos que están por nacer. *La mujer debe gozar de especial protección y asistencia durante el embarazo y después del parto, y recibirá subsidio alimentario si entonces estuviera desempleada o desamparada⁵.*

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

³ Argumentos esbozados en el Proyecto de ley número 42 de 2012 Senado, “por la cual se restablece una acción afirmativa a favor de los trabajadores con discapacidad, se deroga el inciso 2° del artículo 137 del Decreto-ley 019 de 2012, y se dictan otras disposiciones”, que presentó a consideración del Congreso de la República a finales de julio del año 2012.

⁴ Corte Constitucional Sentencia C-470 de 1997. Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Artículo 43.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos⁶. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia⁷.

Como se viene de leer, todos estos instrumentos internacionales y normas de la Carta Magna propenden no sólo por la protección de la mujer, sino que en el fondo buscan garantizar el normal desarrollo del *nasciturus* y el digno desenvolvimiento desde que nace hasta sus primeros meses o años de vida.

D. JUSTIFICACIÓN

En Colombia se han expedido numerosas normas dirigidas a proteger la niñez; muchas de ellas, sin duda, con la deliberada y bienintencionada finalidad de garantizarle condiciones de vida digna a quienes en el futuro habrán de ser los hombres y mujeres de buenas costumbres, talentosos y pujantes que conducirán a nuestra nación hacia una profunda y auténtica transformación positiva.

Decenas de leyes, decretos, resoluciones⁸ y documentos Conpes⁹, son evidencia de la relevancia social y jurídica que tiene el tema del amparo de los derechos de los niños en Colombia. *La Constitución de 1991 también plantea la importancia de la responsabilidad compartida, entre el Estado, la sociedad y la familia, en la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Además establece que los derechos de las niñas y los niños prevalecen sobre los derechos de los demás¹⁰.*

Tal es, pues, la abundancia normativa, que cualquiera podría pensar que sobre esta temática de la niñez ya está todo dicho, escrito y reglado. No obstante, creemos que siempre habrá cabida para nuevas y buenas iniciativas dirigidas a la población infantil.

Acciones e iniciativas como las emprendidas por las reconocidas promotoras y defensoras de los derechos de los niños como la Senadora Gil-

ma Jiménez y la Procuradora Ilva Myriam Hoyos, así como las de otras mujeres que trabajan a diario “tras bastidores” y que son igualmente importantes y valiosas, como las madres comunitarias, nos llenan de orgullo y nos invitan a replicar ese inagotable esfuerzo que realizan en todo momento a favor de la niñez.

Es así como a través de la incorporación de algunas medidas en la legislación laboral, y la modificación de otras cuantas, el presente proyecto de ley pretende convertirse en una herramienta adicional de protección a la niñez. Para ello advertimos, en primera instancia, que el Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo contiene diferentes disposiciones relativas a la protección de los menores y la maternidad. Aparece entonces el fuero de maternidad como una institución que actúa en dos grandes frentes: i) brindarle condiciones dignas de vida a los niños, incluidos aquellos que están por nacer; ii) e impedir que la mujer trabajadora sea discriminada o menoscabada en sus derechos con ocasión del embarazo o lactancia.

La Corte Constitucional ha recogido el anterior planteamiento en varias sentencias que nos permitiremos citar a continuación:

“(…) El artículo 53 de la Carta comprende múltiples principios relativos a la orientación de las relaciones laborales. Dentro de dichos principios se encuentra la estabilidad en el empleo, que se materializa en el ordenamiento como una garantía del Estado Social de Derecho.

*Dicha estabilidad laboral tiene además un carácter reforzado en las mujeres trabajadoras que se encuentran en estado de gravidez o lactancia, **en la medida en que deben gozar de una protección especial que garantice su permanencia en el empleo, para así poder obtener los correspondientes beneficios tales como salarios y prestaciones, de manera que se proteja a la madre trabajadora y al niño que está por nacer.***

(…)

*Adicionalmente, esta Sala considera necesario señalar que a partir del momento en que se da el fenómeno natural de la concepción durante cualquier contrato laboral, sin importar la vinculación, nace el fuero por maternidad. **En esa medida, dicha protección se debe desarrollar en pro del amparo de la madre trabajadora y del niño que está por nacer, tal y como lo señala la Constitución.***

3.7. En conclusión, esta Sala precisa:

– ***Que la protección a la maternidad, al que está por nacer y a la mujer trabajadora, se materializan en el principio de la estabilidad labo-***

⁶ Artículo 44.

⁷ Artículo 50.

⁸ Leyes 12 de 1991, 548 de 1999, 704 de 2001, 1098 de 2006, 1295 de 2009, entre otras.

⁹ Conpes Social 109 “Por medio del cual se aprueba la Política Pública Nacional de Primera Infancia ‘Colombia por la Primera Infancia’”.

¹⁰ Cuidemos los derechos de las niñas y los niños. Biblioteca de la Madre Líder. Cartilla N° 7, segunda edición 207. Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional.

ral reforzada tanto durante el embarazo como en el periodo posterior al parto de los tres meses^{15]}.

– *Que sin importar la clase de contrato que se tenga, dicha protección se activa con el solo hecho de quedar embarazada durante el desarrollo del contrato laboral.*

– *Que el objeto de esta protección consiste en proporcionar tranquilidad y plena confianza a estos sujetos de especial protección que se encuentran en estado de indefensión frente al empleador que de manera arbitraria toma la decisión de efectuar la desvinculación sin una justa causa probada*¹¹.

“(…) la Constitución Política en el artículo 43 reconoce a favor de la mujer en estado de gravidez una especial protección cuando establece que ‘durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada’, lo que implica la creación y garantía de un amparo enfocado no sólo a preservar la condición biológica singular sino la vida y los derechos de quien está por nacer¹².

“(…) distintos instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos a la luz de los cuales ha de fijarse el sentido y alcance de los derechos constitucionales fundamentales – como lo ordena el artículo 93 superior– reconocen la condición especial de la maternidad y le otorgan un amplio margen de protección a las mujeres en estado de gravidez del mismo modo que a la población recién nacida.

(…)

*En este lugar vale la pena resaltar cómo la protección ofrecida a la mujer en estado de embarazo antes y después del parto se encamina también a proteger los derechos de la niñez. En la Convención Internacional sobre los Derechos del [de la] Niño (a) se ordena a los Estados Partes adoptar medidas adecuadas para garantizar la atención sanitaria prenatal y posnatal en beneficio de las madres gestantes*¹³.

De la lectura de las sentencias antes citadas es posible colegir que el diseño constitucional de la figura de estabilidad laboral reforzada encuentra sustento no sólo en la necesidad de erradicar todo tipo de conductas discriminatorias contra la trabajadora que se encuentra en estado de gravi-

dez, sino también en la obligación constitucional de garantizar la vida y los derechos de los que están por nacer; siendo este último uno de los argumentos a los que acudiremos recurrentemente para justificar las medidas incluidas en el presente proyecto de ley.

Es una verdad de a puño que la gestación, además de los cambios hormonales y físicos de la mujer, implica una serie de gastos que son necesarios para garantizar el desarrollo pleno del que está por nacer. Citas médicas, exámenes especializados, pruebas de laboratorio, ecografías, medicamentos, vitaminas, suplementos nutricionales, ropa y calzado idóneos, por mencionar solo algunos, hacen parte de un conjunto de elementos que se tornan indispensables durante el embarazo y que, por lo general, deben ser sufragados por el padre o la madre, o por ambos, con el fin de que este periodo transcurra en total normalidad hasta concluir con el nacimiento de un niño sano.

Algo similar ocurre durante los primeros meses de vida del niño, pues en este periodo es preciso colmarlo de cuidados especiales, bien sea de orden médico o alimenticio, por destacar algunos.

Como se indicó en párrafos anteriores, el Estado tiene la obligación constitucional de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. Adicionalmente se ha obligado, mediante la adopción de tratados internacionales, a promulgar leyes en pro del desarrollo físico, moral, social, espiritual y social de los niños, al tiempo que se ha comprometido a velar por su derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados¹⁴. Todo esto como parte de un esfuerzo conjunto que incluye también a la sociedad y la familia.

Es sabido que en la actualidad el Estado colombiano no dispone de los recursos suficientes para materializar los postulados del Estado Social de Derecho contenidos en la Constitución Política. En el caso de los niños, incluidos los que están por nacer, son las propias familias las que casi siempre concurren a financiar los gastos necesarios para hacer realidad todo ese compendio de derechos de los que son sujetos sus hijos. Y para lograr ese cometido, las familias deben tener empleos estables que garanticen la entrada de ingresos periódicos al hogar.

En relación con la trabajadora en estado de gravidez, tanto la Constitución como la legislación laboral tienen resuelto lo atinente a la pro-

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-054 de 2011. Magistrado Ponente: Doctor Jorge Iván Palacio Palacio.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-105 de 2011. Magistrado Ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-095 de 2008. Magistrado Ponente: Doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴ Declaración de los Derechos del Niño.

tección del menor mediante la institución del fuero de maternidad, que comprende, entre otras cosas, la licencia de maternidad, así como la prohibición de despido durante la gestación y dentro de los tres (3) meses posteriores al parto. Con esa estabilidad reforzada la trabajadora gestante puede garantizarle unas condiciones dignas a su bebé y, de cierta forma, satisfacer los postulados constitucionales que propenden por su asistencia y protección.

Hasta allí podemos decir que se han dado grandes pasos hacia la protección del niño, desde que es concebido y hasta que cumple los primeros meses de vida, sin embargo, todas las medidas legislativas se han enfocado en reforzar la estabilidad de la madre, lo cual nos complace pero también nos invita a reflexionar acerca de cómo robustecer aún más esa protección que le deben procurar el Estado, la familia y la sociedad a los niños. En este punto cabe preguntarse: ¿De qué sirve el fuero de maternidad cuando la madre no trabaja y es el padre quien con sus ingresos, fruto de su empleo, sostiene económicamente el hogar? ¿Acaso no quedan desamparados la mujer y su bebé cuando el padre trabajador y jefe de hogar es despedido de su empleo? Si la familia, la mujer en estado de embarazo y los niños gozan de protección especial por parte del Estado: ¿Por qué no se refuerza la estabilidad laboral del padre trabajador jefe de hogar?

Estos interrogantes nos conducen a pensar que aunque hoy existen mecanismos jurídicos que ofrecen cierta protección a los niños, cobijando a sus madres con un fuero que impide que sean despedidas de sus empleos durante el embarazo y dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, esto podría complementarse con la introducción a la legislación laboral de la institución del **Fuero de Paternidad**, el cual entraría a operar en caso de que la cónyuge o compañera permanente embarazada no tuviera un empleo formal que le permita disponer de ingresos periódicos para dispensarle la asistencia debida al *nasciturus* o al bebé, e incluso para proveerse su propia asistencia.

Empero, la prohibición de despido del padre trabajador no es la única medida comprendida dentro del fuero que a este se le concede en este proyecto de ley. Pensamos que también era conveniente incorporar en esta figura de fuero paternal varias de las disposiciones previstas para el fuero de maternidad, razón por la cual nos permitimos adaptarlas un poco con el fin de que fueran aplicables a los padres trabajadores, sin modificar sustancialmente la redacción para que guardaran identidad con las de la mujer trabajadora.

De modo que, introdujimos en el articulado de este proyecto medidas previstas para la mujer en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, como la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario, para poder despedir a un trabajador cobijado con el fuero de paternidad. Además, se establece que los padres trabajadores de que trata el numeral 1 del proyecto, y que hayan sido 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.

De otra parte, el proyecto de ley también modifica el numeral 2 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, con el fin de aumentar el periodo durante el cual se presume que el despido de la mujer trabajadora se ha dado con motivo del embarazo o la lactancia. La razón de ser de esta modificación obedece a querer armonizar los términos previstos en el Código Sustantivo del Trabajo (CST), en lo que a la lactancia se refiere.

Al examinar las disposiciones relacionadas con la lactancia, encontramos una diferencia en los términos que nos parece injustificable. De una parte, el artículo 238 del CST establece que durante los primeros seis (6) meses de vida del niño, el empleador está obligado a conceder a la trabajadora dos descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto. Y el artículo siguiente, esto es, el que alude a la prohibición de despido, dispone que si el despido ha tenido lugar durante el embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, se presume que se ha efectuado con motivo del embarazo o la lactancia cuando no ha mediado la autorización del inspector de trabajo o del alcalde.

Como se observa claramente, la presunción de despido del artículo 239 del CST se presenta en función de dos motivos: i) el embarazo; y ii) la lactancia. Ahora bien, si el periodo de los descansos remunerados para la lactancia se extiende hasta los primeros seis (6) meses de vida del niño, conforme lo prescribe el artículo 238 antes citado, la presunción de despido debería extenderse por el mismo tiempo, lo cual no ocurre en la actualidad debido a que el término es apenas de tres (3) meses.

Es más, de conformidad con lo establecido actualmente en el CST, una trabajadora podría ser desvinculada de su trabajo durante el periodo de la licencia de maternidad sin que opere la

presunción de despido con motivo de embarazo o lactancia. Esto por cuanto la Ley 1468 de 2011 amplió a catorce (14) semanas el periodo de la licencia de maternidad, y previó que, si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por las dos (2) semanas preparto, podrá disfrutar de las catorce (14) semanas en el posparto inmediato. Esas 2 semanas adicionales de la licencia de maternidad exceden los 3 meses (12 semanas) previstos en el artículo 239 para presumir el despido por motivo de embarazo o lactancia cuando este se produce sin la correspondiente autorización de las autoridades competentes, razón por la cual estaríamos ante la grave eventualidad del despido de una trabajadora que se encuentra disfrutando de la licencia de maternidad en la semana 13 o 14, sin estar cobijada por la presunción de que trata el artículo 239 del CST.

En síntesis, la ampliación del término establecido para presumir el despido de la trabajadora con motivo de embarazo o lactancia se justifica en la medida que refuerza los postulados constitucionales de asistencia y protección a los niños, y en especial a los que están por nacer y los recién nacidos. Además, armoniza los términos dispares previstos en el propio CST en relación con la lactancia y, finalmente, impide que una madre trabajadora que se encuentra disfrutando de la licencia de maternidad pueda ser despedida en la semana 13 o 14 de la misma, sin autorización de la autoridad competente.

E. CONCLUSIÓN

Honorables colegas del Congreso de la República, hoy pongo a consideración de ustedes este proyecto de ley que pretende contribuir con la materialización de los postulados constitucionales de asistencia y protección de los niños, a través de la introducción en el Código Sustantivo del Trabajo de la figura del **Fuero de Paternidad**, el cual contempla medidas como la prohibición de despido del trabajador cuya cónyuge o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo y no tenga un empleo formal, al tiempo que establece la ampliación del término de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, el cual pasaría de 3 a 6 meses posteriores al parto. En consecuencia, confío en que esta honorable Corporación tendrá motivos de sobra como para convertir este proyecto en ley de la República, y por ende, solicito darle trámite constitucional que corresponda.

Félix José Valera Ibáñez,

Senador de la República.

***Nota:** El presente texto se imprimió por ambas caras de cada hoja para mantener la coherencia con el contenido del Proyecto de ley número

66 de 2012 Senado, *por la cual se promueve la adquisición de bienes y/o servicios con criterios ambientales en las entidades estatales, y se dictan otras disposiciones*, el cual presenté a consideración del Congreso hace un año y que ya fue aprobado en primer debate en la Comisión Quinta del Senado. Vale la pena recordar que para hacer una tonelada de papel nuevo se necesitan 17 árboles, 250 mil litros de agua y 7.800 kilovatios por hora de energía eléctrica; mientras que para obtener la misma cantidad usando papel reciclado o haciendo más eficiente su uso, ya no es necesario talar árboles, el gasto de agua sería 100 veces menor pues únicamente se requerirían 2.500 litros de agua, y sólo utilizaríamos la tercera parte de la energía eléctrica, esto es, 2.500 kilovatios por hora.

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 17 de abril de 2013

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 238 de 2013 Senado, *por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el periodo de presunción de despido de la trabajadora por motivo de embarazo o lactancia, y se dictan otras disposiciones* (Ley José), me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General por el honorable Senador *Félix José Valera Ibáñez*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Séptima Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 17 de abril de 2013

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Séptima Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cumplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Roy Barreras Montealegre.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 225 DE 2013 SENADO

por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los derechos de propiedad industrial.

Bogotá, D. C.,
Honorable Senador
JOSÉ HERRERA ACOSTA
Presidente Comisión Cuarta
Senado de la República
Ciudad

Respetado Presidente:

En cumplimiento del encargo encomendado por la Mesa Directiva de la Comisión Cuarta del Senado de la República y con fundamento en los artículos 150, 153 y 156 de la Ley 5ª de 1992, me permito rendir ponencia para primer debate del Proyecto de ley número 225 de 2013 Senado, *por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los derechos de propiedad industrial*. En consecuencia me permito rendir ponencia favorable acorde con las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES

El proyecto de ley en mención fue radicado el pasado 2 de abril de 2013 por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, doctor Sergio Díaz-Granados Guida para su trámite legislativo y ha sido puesto en consideración de la Comisión Cuarta del Senado de la República para el análisis pertinente.

El mismo, fue publicado mediante *Gaceta del Congreso número* 172 del 2 de abril de 2013 y se encuentra fundamentado en varias razones que a continuación se exponen:

II. GENERALIDADES

El Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas y sus entendimientos, en adelante el Acuerdo, fueron suscritos en Washington, el 22 de noviembre de 2006. Posteriormente, el 28 de junio de 2007 se suscribió con los Estados Unidos de América el Protocolo Modificatorio al mismo.

El proceso de incorporación del Acuerdo a la legislación interna colombiana se surtió mediante la aprobación de la Ley 1143 del 4 de julio de 2007 por el Congreso de la República, cuya constitucionalidad fue declarada con la expedición de la Sentencia C-750 de 2008, por virtud de la cual el Acuerdo y la citada ley se encontraron ajustados al ordenamiento constitucional del país. En este mismo contexto, el Protocolo Modificatorio del Acuerdo, firmado en Washington

el 28 de junio de 2007, aprobado mediante Ley 1166 de 2007, fue declarado exequible mediante la Sentencia C-751 de 2008.

Con base en lo anterior, se dio inicio a la etapa de implementación normativa del Acuerdo en Colombia, la cual tiene por objeto llevar a cabo los ajustes tendientes a garantizar la compatibilidad de nuestro ordenamiento jurídico con los compromisos adquiridos. Es decir, que, desde una perspectiva jurídica, el proceso de implementación tiene por finalidad cumplir con lo dispuesto en las Leyes 1143 de 2007 y 1166 de 2007.

Es pertinente señalar que varios de los compromisos implementados por el presente proyecto de ley, ya habían sido asumidos en la Ley 1520 sancionada el 13 de abril de 2012 y declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-11 de 2013 debido a vicios de forma. Al respecto la Corte reseñó "... la existencia de un vicio en el procedimiento de formación de la Ley 1520 de 2012, consistente en la falta de competencia de las Comisiones Segundas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, para aprobar, en primer debate, la Ley 1520 de 2012, el cual condujo a la declaración de inexecutable de la mencionada ley".

En este orden de ideas, y para adelantar el trámite legislativo que versa específicamente sobre propiedad industrial, el presente proyecto de ley busca implementar las siguientes disposiciones del Acuerdo, ante la comisión competente para ello:

- Facultades del Juez en procesos por falsificación de marcas (artículos 16.11.12 y 16.11.13 del Acuerdo).
- Destrucción de mercancías falsificadas en procesos judiciales (artículos 16.11.11 (b) y 16.11.24 del Acuerdo).
- Indemnizaciones preestablecidas (artículos 16.11.8 y 16.11.15 (b)).

III. OBJETO DEL PROYECTO

El proyecto de ley tiene como objetivo ofrecer, en favor del titular de un derecho marcario, una serie de medidas de observancia que podrá utilizar en el marco de un procedimiento judicial.

Así las cosas, el juez que lleve el caso en un proceso por infracción marcaria, se entiende facultado para: i) ordenar al infractor que proporcione información respecto de las personas involucradas, así como de los medios o instrumentos de producción o canales de distribución

utilizados para ello; ii) ordenar la destrucción de materiales e implementos utilizados en la fabricación de mercancías identificadas con marcas falsificadas.

Finalmente, al momento de determinar una cuantía motivada en una indemnización de perjuicios, el titular del derecho infringido podrá acogerse a un sistema de indemnizaciones preestablecidas o, a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios.

Es pertinente señalar que estas medidas de observancia se ajustan a los compromisos adquiridos en el marco del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito por Colombia con los Estados Unidos de América, contenidos en el Capítulo Dieciséis sobre propiedad industrial. Desde una perspectiva jurídica, esta ley constituye un desarrollo del mandato que el Congreso emitió al aprobar dicho Acuerdo mediante la Ley 1143 de 2007 y en la Ley 1166 de 2007.

IV. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

Entre los derechos sociales, económicos y culturales descritos por el Capítulo II de la Constitución Política, se cuenta el de la propiedad intelectual como una especie de propiedad privada.

Así las cosas, el artículo 58 señala: *Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. (...)* (Resaltado fuera de texto).

Bajo este entendido, el titular de un derecho marcario ejerce un derecho de propiedad sobre el uso de su marca, derecho que goza de un rango constitucional en los términos del artículo 61 el cual consagra *“El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”*.

Se advierte que como especie de propiedad intelectual, se identifica la propiedad industrial, entre cuyos objetos de protección se cuentan los signos distintivos, entre ellos las marcas.

1. Marco jurídico de la propiedad industrial en Colombia

La propiedad industrial se encuentra reconocida como una forma de propiedad al interior de nuestro ordenamiento jurídico, considerada como una herramienta fundamental para el crecimiento económico de países en desarrollo. La propiedad industrial se encarga de proteger bienes intelectuales, que por su naturaleza industrial y comercial disponen de protección legal, como es el caso de los inventos, los modelos de utilidad, los diseños industriales y **las marcas comerciales**, entre otros.

La marca puede ser definida como todo signo perceptible que permite distinguir en el mercado

los productos o servicios comercializados al interior de él. Es así como la principal función de la marca es la de identificar en el mercado el producto o el servicio que se ofrece, logrando con ello *“salvaguardar los intereses de los industriales y comerciantes que utilizan la marca como un instrumento de su quehacer económico para que extraños no obtengan provecho ilícito de la buena fama o prestigio de que aquélla goza; pero también, como se ha visto, proteger al público consumidor de las maniobras por quienes se aprovechan de su buena fe para engañarlo con productos o servicios de inferior calidad al ofrecido”*¹.

En Colombia, por medio del registro de la marca realizado ante la Superintendencia de Industria y Comercio, se adquiere el derecho de uso exclusivo y excluyente de la misma, facultando a su propietario para usarla y prohibir su uso por terceros, esto es actuar contra cualquier tercero que, sin su consentimiento, realice los actos indicados en las disposiciones señaladas en el artículo 155 de la Decisión número 486 del 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina, normatividad comunitaria aplicable en nuestro país en materia de propiedad industrial.

En la actualidad se cuenta con una amplia regulación, tanto en las normas de orden interno, como en las Convenciones de Derecho Internacional aplicables en nuestro ordenamiento jurídico, consagrando de esta manera procedimientos administrativos y judiciales encaminados a la preservación y protección de los derechos básicos en esta materia.

Observamos entonces cómo el artículo 61 de nuestra Carta Constitucional establece la obligación por parte del Estado de brindar protección a la propiedad intelectual, salvaguardando de esta forma toda clase de creación, producto o servicio resultado de la capacidad intelectual de su autor, inventor o diseñador, generando un ambiente seguro y eficaz al interior del sistema.

Dicha obligación se hace efectiva en el marco del proceso de integración andina, en donde por virtud de la Decisión número 486 de 2000 de la Comunidad Andina, norma de aplicación automática y preferente, nuestro país regula la protección de los derechos de propiedad industrial. Esta Decisión se encuentra reglamentada en Colombia mediante los Decretos números 2591 de 2000 y 3081 de 2005.

En desarrollo de este sistema, *“con ocasión de la internacionalización de la economía y de la coyuntura de negociación de Tratados de Libre Comercio entre los países de la CAN y EE.UU., la Comisión del Acuerdo de Cartagena expidió la Decisión número 689 de 2008, por medio del*

¹ Sentencia C-228 de 1995 M. P. Antonio Barrera Carbo-nell.

*cual, autorizó a los países miembros para desarrollar y profundizar ciertas disposiciones de la Decisión número 486 con el fin de garantizar su aplicación y preservar el ordenamiento jurídico andino. Colombia adoptó la decisión y la reglamentó parcialmente mediante el Decreto-ley 019 de 2012 y Decreto número 729 de 2012*².

En el marco de la multilateralidad, mediante Ley 178 de 1994, Colombia aprobó el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, destinado a facilitar que los nacionales de un país obtengan protección en otros países para algunos de los bienes protegidos por la propiedad industrial.

De otra parte a través de la Ley 170 de 1994, Colombia aprobó el Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio, cuyo artículo 41 ubicado en la Parte III denominada “OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, OBLIGACIONES GENERALES”, compromete a nuestro país a establecer “*procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. (...)*”.

Colombia es miembro de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) en donde el 29 de mayo de 2012, se convirtió en el 87° miembro del Sistema Internacional de Marcas, depositando el instrumento de adhesión al Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas. En el caso de Colombia, el tratado entró a regir desde el 29 de agosto de 2012. “El sistema de Madrid para el registro internacional de marcas (sistema de Madrid) ofrece a los propietarios de marcas un mecanismo asequible, simplificado y de fácil utilización para la protección y la gestión de su cartera de marcas en el plano internacional”³.

Cabe resaltar que Colombia ha realizado grandes esfuerzos por brindar una protección óptima a la propiedad industrial, prueba de ello es la creación de diferentes políticas públicas encaminadas a “*implementar una política de Propiedad Intelectual acorde con la estrategia de desarrollo productivo en un proceso de for-*

mulación que desencadene el fortalecimiento de la confianza del empresario en el sistema de propiedad intelectual”⁴.

Es por ello que con la expedición del Conpes 3533, se realizó un estudio exhaustivo de las fallencias presentadas en el sistema de propiedad intelectual. Como resultado de ello, se consideró necesario incentivar las creaciones y producciones intelectuales; además de otorgar garantías al productor intelectual, mediante el reconocimiento de los derechos de propiedad sobre la creación, y producción intelectuales, con el fin de estimular y retribuir su producción brindando una efectiva protección.

Es importante resaltar que se apunta a la utilización y el correcto aprovechamiento del sistema de propiedad intelectual con fines productivos.

Las marcas son muy importantes en el ámbito productivo y comercial, pues como se ha anotado, son los signos que distinguen los productos y servicios en el mercado, identificando un origen empresarial determinado. De esta forma, el consumidor puede distinguir no sólo los productos y servicios como tal, sino a quién los ofrece. Al violarse el sistema de propiedad industrial, se afecta de forma directa la productividad, identidad y confianza de las personas naturales y jurídicas que día a día interactúan en el mercado.

2. Finalidad del establecimiento de las medidas de observancia

En Colombia existe un alto porcentaje de infracciones a las normas establecidas en materia de propiedad industrial, específicamente en el tema relacionado con las marcas, generando consecuencias perjudiciales para la economía del país, pues no sólo afectan la productividad de las empresas, sino que también desestimulan la inversión extranjera, al generar inseguridad.

Actualmente nos encontramos frente a un mundo de economías globalizadas, el país ha hecho un esfuerzo grande por tratar de crear una política de inserción activa en los mercados internacionales mediante aperturas negociadas que facilitan el acceso a los mercados internacionales. Por esta razón, se hace necesario adoptar al interior de nuestra legislación nacional herramientas que tengan la capacidad de proteger de manera eficaz los derechos atribuidos en materia de propiedad industrial, todo ello con el objeto de llegar a posicionarnos como un mercado competitivo y a nivel mundial, en donde se brinden condiciones óptimas y seguras para adelantar actividades que generen un crecimiento económico.

² Guía de la Propiedad Industria 2020, Superintendencia de Industria y Comercio, página 61 (http://issuu.com/quioscosic/docs/guia_propiedad_industrial).

³ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Sitio web (http://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2012/article_0009.html)

⁴ Documento CONPES 3533, BASES DE UN PLAN DE ACCIÓN PARA LA ADECUACIÓN DEL SISTEMA DE PROPIEDAD INTELECTUAL A LA COMPETITIVIDAD Y PRODUCTIVIDAD NACIONAL 2008-2010.

Las medidas de observancia tienen como objeto generar recursos ágiles para prevenir las infracciones y medios eficaces de disuasión a los posibles infractores. Estas herramientas brindan una efectiva y adecuada protección a los derechos en materia marcaria, al tiempo que se ajustan a los compromisos asumidos por nuestro país en el marco de los Acuerdos Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio y de Promoción Comercial suscrito con EE. UU.

En este sentido, el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos” literal B del Capítulo VII –Soportes transversales de la prosperidad democrática”, enuncia la estrategia del Gobierno en materia de acuerdos internacionales.

En sus apartes, se reafirma que “*Colombia le ha apostado de manera consistente a un proceso de internacionalización sobre la base de reglas claras, estables y predecibles que gobiernen el comercio internacional*”⁵. Adicionalmente se resalta “*la necesidad de mejorar el acceso a otros destinos de exportación, para lo cual es importante la negociación y suscripción de nuevos Acuerdos de Libre Comercio... estos acuerdos permitirán diversificar el destino de las exportaciones y contribuir al incremento de la oferta exportable*”⁶.

Por último, en el Plan de Desarrollo se enuncia la necesidad de consolidar la inserción y relevancia internacional del país, para lo cual es clave implementar los TLC con Canadá, EFTA, Estados Unidos y la Unión Europea.

V. CONTENIDO Y JUSTIFICACIÓN

El artículo 1° del proyecto de ley tiene como objetivo proveer a los jueces la facultad de ordenar que el infractor del sistema de propiedad industrial proporcione información sobre terceros involucrados en la infracción y sobre los instrumentos de comercialización y distribución utilizados para cometerla.

Las normas de procedimiento civil no establecen en la actualidad la facultad del juez para ordenar al infractor que proporcione la información requerida en estas disposiciones, tal como la identidad de quienes participaron en la comisión de la infracción.

Por tal razón, el artículo 1° del proyecto de ley incluye expresamente esta facultad. Naturalmente, el infractor conserva su derecho de no autoincriminarse ni de incriminar personas de su círculo familiar, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 de la Constitución Política.

El artículo 2° del proyecto de ley establece que, luego de adelantar el proceso respectivo, cuando el juez determine que las mercancías son efectivamente infractoras, las mismas sean destruidas, salvo casos excepcionales o cuando el titular del derecho disponga otra cosa, y en todo caso, sean retiradas de los canales comerciales.

Si bien la legislación nacional prevé la destrucción de mercancías falsificadas, así como también de elementos con los que se configura la infracción, no resulta suficiente para dar cumplimiento a los compromisos asumidos en virtud de los Acuerdos ya descritos.

En efecto, no es claro, que la orden de destrucción de mercancías infractoras y de elementos y materiales utilizados en la infracción, sea la regla general y que solo bajo circunstancias excepcionales, se disponga otro destino de dichos bienes, tal como la donación con fines de caridad.

Por tal razón, resulta necesaria la modificación normativa, con el fin de establecer que, luego de un proceso sobre infracción de derecho marcario y cuando el juez determine que las mercancías son efectivamente falsificadas, sean destruidas salvo casos excepcionales, o cuando el titular del derecho disponga otra cosa, y en todo caso retiradas de los canales comerciales.

El artículo 3° faculta al titular del derecho infringido para escoger bajo cuál sistema hará exigibles los daños y perjuicios que el infractor le hubiere ocasionado al violar sus derechos. A tales efectos, el lesionado podrá escoger entre demostrar en un proceso el costo de los daños y perjuicios sufridos, o acogerse a un monto establecido por el sistema de indemnizaciones que sería creado por el Gobierno, en ejercicio de facultades reglamentarias.

Los artículos explicados anteriormente no solo se ajustan a los compromisos adquiridos por virtud de los Acuerdos Internacionales ya descritos, sino que proporcionan una protección legal efectiva y apropiada a los titulares de derechos de propiedad industrial en Colombia. Esto, sin duda, va de la mano con la innovación en el ámbito comercial y económico, y con el desarrollo empresarial.

Por las consideraciones antes expuestas me permito presentar a consideración de la Comisión Cuarta del Senado de la República, la siguiente

Proposición

Dese primer debate ante la Comisión Cuarta del Senado de la República al Proyecto de ley número 225 de 2013 Senado, *por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los derechos de propiedad industrial*, con base en el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 172 del 2 de abril de 2013.

Cordialmente,

Martín Emilio Morales Díaz,
Honorable Senador de la República.

⁵ Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para Todos”, página 510.

⁶ *Ibíd.* Página 511.

TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE ANTE LA COMISIÓN CUARTA DE SENADO DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 225 DE 2013 SENADO

por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los derechos de propiedad industrial.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

CAPÍTULO ÚNICO

Disposiciones relativas a la observancia de los derechos de propiedad industrial

Artículo 1°. *Solicitud de información.*

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 33 de la Constitución Política, las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales y las autoridades judiciales competentes para resolver los procesos de infracción en materia de propiedad intelectual, estarán facultadas para ordenarle al infractor que proporcione cualquier información que posea respecto de cualquier persona involucrada en la infracción, así como de los medios o instrumentos de producción o canales de distribución utilizados para ello.

Artículo 2°. *Destrucción de implementos y mercancía infractora.*

En los procesos sobre infracciones a las marcas, el juez estará facultado para ordenar que los materiales e implementos que hayan sido utilizados en la fabricación o creación de dichas mercancías de marcas falsificadas sean destruidas, a cargo de la parte vencida y sin compensación alguna, o en circunstancias excepcionales, sin compensación alguna, se disponga su retiro de los canales comerciales.

En el caso de mercancías consideradas falsificadas, el juez deberá ordenar su destrucción, a cargo de quien resulte condenado en el proceso, a menos que el titular de derecho consienta en que se disponga de ellas de otra forma. En casos apropiados las mercancías de marcas falsificadas podrán ser donadas con fines de caridad para uso fuera de los canales de comercio, cuando la remoción de la marca elimine las características infractoras de la mercancía y la mercancía ya no sea identificable con la marca removida. En

ningún caso los jueces podrán permitir la exportación de las mercancías falsificadas o infractoras o permitir que tales mercancías se sometan a otros procedimientos aduaneros, salvo en circunstancias excepcionales. La simple remoción de la marca que fuera adherida ilegalmente no será suficiente para permitir que las mercancías ingresen en los canales comerciales.

Artículo 3°. *Indemnizaciones preestablecidas.*

La indemnización que se cause como consecuencia de la infracción marcaria podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del titular del derecho infringido. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Artículo 4°. *Vigencia.*

La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

De los honorables Senadores,

Martín Emilio Morales Díaz,

Honorable Senador de la República.

CONTENIDO

Gaceta número 213 - Jueves, 18 de abril de 2013

SENADO DE LA REPÚBLICA		Págs.
PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO		
Proyecto de Acto Legislativo número 23 de 2013 Senado, por el cual se adiciona un Capítulo 5 (nuevo) al Título XI de la Constitución Política de Colombia.....	1	
PROYECTOS DE LEY		
Proyecto de ley número 238 de 2013 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 (Ley José).....	4	
PONENCIAS		
Informe de ponencia para primer debate y Texto propuesto al Proyecto de ley número 225 de 2013 Senado, por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los derechos de propiedad industrial.....	12	