



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVIII - N° 882

Bogotá, D. C., jueves, 12 de septiembre de 2019

EDICIÓN DE 20 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 LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 187 DE 2019 SENADO

por la cual se establece el principio de participación y publicidad previa y efectiva en el contrato de concesión minera.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese el artículo 4A a la Ley 685 de 2001 “Código de Minas”, el cual quedará así:

Artículo 4A. Principios en las actuaciones del contrato de concesión minera. Las actuaciones de quienes intervengan en el contrato de concesión minera se desarrollarán con arreglo a los principios de publicidad, responsabilidad, participación y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Artículo 2°. Adiciónese un párrafo al artículo 16 de la Ley 685 de 2001 “Código de Minas”, el cual quedará así:

Artículo 16. Validez de la propuesta

La primera solicitud o propuesta de concesión, mientras se halle en trámite, no confiere, por sí sola, frente al Estado, derecho a la celebración del contrato de concesión. Frente a otras solicitudes o frente a terceros, solo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales.

Parágrafo. En todo caso, para garantizar la participación libre, previa, representativa,

informada y eficaz, se le dará previo aviso de la solicitud o propuesta de concesión, al dueño del predio o potenciales afectados.

Artículo 3°. Adiciónese un párrafo al artículo 22 de la Ley 685 de 2001 “Código de Minas”, el cual quedará así:

Artículo 22. Cesión de derechos

La cesión de derechos emanados de una concesión, requerirá aviso previo y escrito a la entidad concedente. Si recibido este aviso dicha entidad no se pronuncia mediante resolución motivada en el término de cuarenta y cinco (45) días, se entenderá que no tiene reparo a la cesión y se inscribirá el documento de negociación en el Registro Minero Nacional.

Para poder ser inscrita la cesión en el Registro Minero Nacional, el cedente deberá demostrar haber cumplido todas las obligaciones emanadas del contrato de concesión.

Parágrafo Deberá garantizarse, además, la participación libre, previa, representativa, informada y eficaz de los potenciales afectados.

Artículo 4°. Modifíquese el artículo 46 de la Ley 685 de 2001 “Código de Minas”, el cual quedará así:

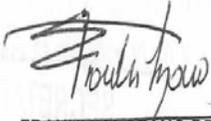
Artículo 46. Normatividad del contrato

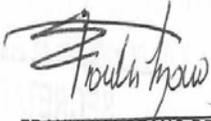
Al contrato de concesión en el marco de los artículos 29 y 209 de la Constitución, le serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prórrogas, las leyes mineras vigentes al tiempo de su perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna. Si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejoren sus prerrogativas exceptuando aquellas que prevean modificaciones

de las contraprestaciones económicas previstas en favor del Estado o de las de Entidades Territoriales.

Parágrafo. En todo caso, para garantizar la participación libre, previa, representativa, informada y eficaz, se le dará previo aviso de la solicitud o propuesta de concesión, al dueño del predio o potenciales afectados.

Artículo 5°. *Vigencia y derogatoria.* La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.


DIDIER LOBO CHINCHILLA
Senador de la República


FRANKLIN LOZANO DE LA OSSA
Representante a la Cámara

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

El objeto de la presente ley es garantizar el principio de publicidad y participación en las decisiones que nos afectan y, en especial, con el trámite contractual de minería.

Se busca que dichos principios no sean solo aplicables a las etnias, sino que sea extensivo a todos los colombianos en general y, en especial, es simple participación de los propietarios cuyo terreno en su subsuelo es objeto de una propuesta de contrato de concesión¹.

AGRADECIMIENTO

Agradecemos la colaboración de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), por intermedio de su docente Carmen Graciela Flórez Peña, la colaboración prestada en la redacción de este proyecto.

INTRODUCCIÓN

Actualmente en nuestra legislación no existe una verdadera participación para los propietarios antes de la expedición del título minero, quedando efectivos y potenciales afectados con la futura explotación minera por fuera de las garantías brindadas por la Constitución.

La participación en este caso es un modelo de comportamiento tanto de la sociedad como del Estado, pero también un principio, derecho y deber que define el destino individual y colectivo de muchos colombianos.

ÁMBITO DE REGULACIÓN DEL CÓDIGO MINERO

Como lo expresa la Corte Constitucional el código minero tiene por objeto una regulación general, y sistemática en relación con el aprovechamiento de los recursos mineros en Colombia, mandatos que

se manifiestan en el artículo 2° del actual código minero:

Artículo 2°. *Ámbito material del Código.* El presente Código regula las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada. Se excluyen la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se regirán por las disposiciones especiales sobre la materia.

El código es la norma rectora de la actividad minera en el país inclusive en relación con la participación² de las comunidades tradicionales en dichos proyectos:

Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

A nivel de norma rectora se prescribe la **exhaustividad y prevalencia** del Código de Minas expresada en su artículo 3° que dice;

Artículo 3°. *Regulación completa.* Las reglas y principios consagrados en este Código desarrollan los mandatos del artículo 25, 80, del parágrafo del artículo 330 y los artículos 332, 334, 360 y 361 de la Constitución Nacional, en relación con los recursos mineros, en forma **completa, sistemática, armónica** y con el sentido de especialidad y de aplicación **preferente**. En consecuencia, las disposiciones civiles y comerciales que contemplen situaciones y fenómenos regulados por este Código, sólo tendrán aplicación en asuntos mineros, por remisión directa que a ellos se haga en este Código o por aplicación supletoria a falta de normas expresas.

Parágrafo. En todo caso, las autoridades administrativas a las que hace referencia este Código no podrán dejar de resolver, por deficiencias en la ley, los asuntos que se les propongan en el ámbito de su competencia. En este caso, acudirán a las normas de integración del derecho y, en su defecto, a la Constitución Política.

También el código tiene naturaleza exclusiva al establecer que las condiciones, requisitos y licencias necesarias para realizar la actividad minera estará previsto en este código y no en otras normas.

¹ Las comunidades que no tienen acceso al mecanismo de la consulta previa tienen derecho a participar e informarse de las decisiones que los afectan.

² Parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política.

Artículo 4°. Regulación general. <Artículo **CONDICIONALMENTE** *exequible*> *Los requisitos, formalidades, documentos y pruebas que señala expresamente este Código para la presentación, el trámite y resolución de los negocios mineros en su trámite administrativo hasta obtener su perfeccionamiento, serán los únicos exigibles a los interesados. Igual principio se aplicará en relación con los términos y condiciones establecidos en este Código para el ejercicio del derecho a explorar y explotar minerales y de las correspondientes servidumbres.*

De conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política, ninguna autoridad podrá establecer ni exigir, permisos, licencias o requisitos adicionales para la procedencia de las propuestas o para la expedición, perfeccionamiento y ejercicio del título minero, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.

AFECTACIÓN DIRECTA³ POR LA ACTIVIDAD MINERA

A pesar de nuestras citas jurisprudenciales la mayoría de ellas relacionadas con las comunidades étnicas y, por ello, con el derecho de prelación y la consulta previa, el tema presente de este proyecto de ley es la simple participación de los propietarios cuyo terreno en su subsuelo es objeto de una propuesta de contrato de concesión.

En el caso presente se trata de una simple participación en una decisión que afecta sustancialmente la propiedad sin más consecuencia que la transparencia del proceso garantizando un mayor control social de la gestión pública y el cumplimiento de un principio constitucional contemplado en los artículos 2° y 209 de la Constitución Política.

Sin llegar a la consulta previa y al derecho de prelación propio de las comunidades étnicas⁴, la finalidad de esta iniciativa se agota en la simple participación que se justifica tal como en el caso de la consulta previa, cuando hay afectación directa del territorio por parte de la actividad minera.

En el caso de la consulta previa se basa en la autonomía de los pueblos, el respeto por la diferencia cultural y la defensa de los territorios, situación distinta al de los de este proyecto que se refiere a garantizar a los ciudadanos propietarios una simple participación en la propuesta de concesión que recae sobre el subsuelo de su propiedad, cumpliendo con la transparencia que deben tener todos los trámites de nuestro Estado.

³ Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse relevantes, estos no agotan la obligación estatal, pero el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de *afectación directa*.

⁴ C-418 de 2002, C-030 de 2008, C-366 de 2011, C-395 de 2012.

NOS REFERIMOS A DOS AFECTACIONES

En el presente caso debemos tener en cuenta que existen por lo menos dos afectaciones en que se basa la justificación de este proyecto de ley en lo referente a la simple participación de los afectados.

Una primera que tiene que ver con los impactos que toda actividad tiene en nuestro entorno, en especial la minería en relación con el agua el bosque, el aire, etc., que hacen necesaria la participación de las comunidades directa e indirectamente afectadas.

En segundo lugar, porque el futuro título no es inocuo para el propietario del predio, sino que genera una expectativa en torno al destino del predio y una afectación intensa en los derechos de propiedad del dueño del terreno.

Es evidente que la actividad minera afecta los territorios y por eso la Corte así lo reconoce en la siguiente cita que se refiere a comunidades étnicas:

De ese conjunto de decisiones surge entonces la conclusión de que las normas relacionadas con la minería son susceptibles de afectar directamente a las comunidades étnicas. C-389-16.

PARTICIPACIÓN

La participación tiene como presupuesto el conocimiento que se garantiza con la publicidad de la gestión pública, para que los diferentes sujetos puedan participar de la forma que permita o establezca la normatividad del caso.

La justicia participativa está contemplada en el artículo 2° de la C. P., establece como fin esencial del Estado el: *de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*; igual que el artículo 40 de la misma C. P., pero en especial tratándose del medio ambiente el artículo 79 de nuestra Constitución, se reconoce el derecho de todas las personas a participar en las decisiones que puedan afectarlo.

También se debe tener en cuenta el derecho a la participación en materia ambiental tal como lo ha expresado la Corte Constitucional⁵ en variados pronunciamientos.

La participación es un modelo de comportamiento de la sociedad y el Estado, principio, derecho y deber de participación en la definición del destino individual y colectivo, *a través de este*

⁵ Entre otras, las Sentencias T-348 de 2012 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), donde amparó los derechos fundamentales a la participación, alimentación, trabajo, libre escogencia de profesión u oficio y dignidad humana de los miembros de una asociación de pescadores, afectados por la construcción de una vía que les privaba del acceso a la playa en que ejercían su actividad. En la Sentencia T-500 de 2012 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), para fundamentar el derecho a la participación ciudadana en la declaratoria de áreas protegidas, a propósito de la decisión de una tutela en la que se solicitaba reubicar una escuela veredal localizada en una zona de alto riesgo.

derecho se materializan los principios básicos de la democracia participativa, que aseguran la intervención del ciudadano en las decisiones que lo afectan; y se desprenden obligaciones en cabeza del Estado, tendientes a fomentar las prácticas democráticas y a hacer efectiva dicha participación⁶.

COMUNIDAD EN GENERAL

El mandato de la participación no se agota en las comunidades étnicas, sino que se extiende a todas las comunidades en general.

“Aunque gran parte de los pronunciamientos de esta Corporación al respecto han sido proferidos con ocasión de demandas planteadas por grupos étnicos que reclaman, entre otros, el derecho a ser consultados y a que se obtenga su consentimiento en el caso de medidas legislativas, administrativas o proyectos de desarrollo susceptibles de impactar sus territorios, no por ello cabe concluir que los componentes de la justicia ambiental a los que se ha hecho alusión sólo cobran validez y resultan exigibles en relación con los grupos étnicos. En efecto, existen antecedentes jurisprudenciales, incluso previos a los primeros pronunciamientos sobre consulta de grupos étnicos, en los que la Corte amparó los derechos de comunidades locales afectadas por la inequitativa distribución de cargas ambientales en sus territorios.”⁷

En esta línea vale la pena mencionar la Sentencia T-348 de 2012 que amparó los derechos fundamentales a la participación, alimentación, trabajo, libre escogencia de profesión u oficio y dignidad humana de los miembros de una Asociación de Pescadores de Cartagena.

El derecho a la participación de comunidades que no son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, debe garantizarse por medio de espacios de información y concertación, en los que se manifieste el consentimiento libre e informado de la comunidad que se verá afectada, con el fin de establecer medidas de compensación eficientes.”

Las comunidades que no tienen acceso al mecanismo de la consulta previa tienen derecho a participar e informarse de las decisiones que los afectan;

En esta decisión la Corte precisó que, al lado de los derechos específicamente reconocidos a los grupos étnicos afectados por la realización de megaproyectos en sus territorios, también otras poblaciones locales cuyas condiciones de subsistencia fueran amenazadas por la ejecución de este tipo de proyectos, tienen un derecho fundamental a la participación y, en su caso, a la reparación equitativa por el daño sufrido, en los siguientes términos: T-294-2014.

⁶ CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO JUSTICIA Y SOCIEDAD (DEJUSTICIA).

⁷ T-294-2014.

“...(E)l derecho a la participación de la comunidad en el diseño y ejecución de megaproyectos, es un derecho autónomo que se encuentra reconocido por la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación, y adquiere un carácter instrumental en el marco de la ejecución de megaproyectos que implican la intervención del medio ambiente, en la medida en que sirven para realizar diagnósticos de impacto adecuados y diseñar medidas de compensación acordes con las calidades de las comunidades locales que se verán afectadas. El derecho a la participación de comunidades que no son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, debe garantizarse por medio de espacios de información y concertación, en los que se manifieste el consentimiento libre e informa. T-348-2012.

PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

La participación que estamos hoy reivindicando como principio, derecho y deber no se agota en las comunidades en general y etnias sino que debe cobijar a las autoridades de los municipios y distritos.

Esta solución implica, en acuerdo con los artículos 14 y siguientes del Código de Minas, que la Nación continúe participando en dicho proceso; pero que no sea el único nivel competencial involucrado en la toma de una decisión de tal trascendencia para aspectos principales de la vida local, sino que los municipios y distritos afectados por dicha decisión participen de una forma activa y eficaz en el proceso de toma de la misma. Es decir, que la opinión de estos, expresada a través de sus órganos de representación, sea valorada adecuadamente y tenga una influencia apreciable en la toma de esta decisión, sobre todo en aspectos axiales a la vida del municipio, como son la protección de cuencas hídricas, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades. C-123-14

SIMPLE PARTICIPACIÓN

La prescripción de comunicar a los propietarios acerca de la propuesta de concesión en principio no busca⁸ que haya oposición de la actividad dentro de dicho territorio, sino transparencia en la gestión pública derivada de la publicidad y participación en sus procesos y procedimientos en especial respeto por facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

En el caso de los indígenas y comunidades étnicas en general, portadores de derechos de prelación y consulta se hace imperiosa la comunicación⁹

⁸ pero tampoco impediría actividades de vigilancia del proceso de contratación.

⁹ Sin lugar a dudas, el principal referente para la solución del caso concreto es la Sentencia C-395 de 2012, en la que se explicó que siempre que la extracción minera im-

siempre que la extracción minera los afecte, para el caso de los simples particulares en desarrollo del artículo 209 de la Constitución si se mira el lado activo y el 2(fines del Estado) si se tiene en cuenta el lado pasivo igual que a las comunidades étnicas se les debe comunicar, en este caso no para utilizar las prerrogativas del derecho de consulta previa ni prelación, sino porque es una decisión que afecta de manera significativa al dueño del predio y por otra parte es la manera como gestiona nuestro estado sus asuntos.

La comunicación al dueño del predio de la propuesta de concesión, en palabras de la Corte Constitucional es una simple participación¹⁰ que no da lugar a juicio de ponderación alguno puesto que con su ejercicio no se restringe otro derecho, razón por la cual no existe problema alguno para cumplir con este principio consagrados en los artículos 2° y 209 de nuestra Constitución y que busca ser desarrollado con el presente proyecto de ley.

PARTICIPACIÓN SÓLO DESPUÉS DE OTORGADO EL TÍTULO¹¹

La participación¹² en el actual ordenamiento se contempla previo el inicio de la explotación, no existe pues participación antes de la expedición del título minero, por lo que efectivos y potenciales afectados con la eventual explotación no se les entera de la solicitud ni del respectivo contrato de concesión minera.

La referida falta de participación está en contravía del preámbulo y con los artículos 1,2,79, 209 de la Constitución, pero también del artículo 13 constitucional, pues la notificación y publicidad de la solicitud de concesión sólo beneficia a las etnias discriminando a las demás comunidades y propietarios del suelo bajo el cual se encuentra el recurso minero.

Es evidente que el título minero produce impactos sobre propietarios, tenedores que por no ser informados no tienen la posibilidad efectiva de

participar aun cuando en su futuro próximo afronta una posible intervención e incluso expropiación, máxime cuando se considera que la actividad minera es de utilidad pública e interés social.

La participación en el trámite contractual de los títulos mineros está seriamente restringida, empezando por que no es previa y como consecuencia de ello no tiene eficacia alguna, tal como lo expresa EL CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO JUSTICIA Y SOCIEDAD (DEJUSTICIA); “el derecho a la participación en materia ambiental se garantice en debida forma, encontrando que esta debe ser *previa a la toma de la decisión, libre, representativa, informada, activa y eficaz.*”

CONCEPTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte en la Sentencia 389 de 2016 echa de menos; *una instancia de participación real, representativa, libre, informada y efectiva*, pero además precisa que *debe ser previa a la concesión del título minero*, ya que esta decisión es significativa para el destino del predio y del territorio.

En concepto de la Corte, la existencia de una instancia de participación real, representativa, libre, informada y efectiva, previa la concesión de un título minero es necesaria, debido a que esta decisión no es inocua, sino que genera una expectativa en torno al destino del predio, el entorno y el territorio.

“Es cierto que los trabajos exploratorios no se iniciarán con la sola entrega del título minero, pero también es verdad que en el actual ordenamiento la etapa participativa sólo está contemplada previo el inicio de la explotación. Así las cosas, la relevancia jurídica de la decisión y la probabilidad real de que se inicien trabajos exploratorios demuestran que esta decisión puede generar afectaciones intensas en los derechos de los dueños del predio, la comunidad y las garantías de las entidades territoriales.”

JUSTICIA AMBIENTAL

En las siguientes reglas la jurisprudencia de la Corte Constitucional resalta la dimensión participativa de la justicia ambiental, reconociendo la participación de poblaciones en general (no necesariamente etnias únicamente), que reciben directamente los efectos ambientales de la actividad minera:

- (i) La apertura de espacios de participación, información y concertación, y no de mera información o socialización, que impliquen el consentimiento libre e informado, en el momento de la evaluación de los impactos y del diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación, de modo tal que en ellas se incorpore el conocimiento local y la voz de los afectados (**T-348 de 2012**).

plique una afectación directa para los pueblos indígenas deberá ser consultada y, en los eventos previstos por la Corte, sólo podrá llevarse a cabo con el consentimiento de los pueblos interesados.

¹⁰ Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la *participación* de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así: (i) la *simple participación*, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen;

¹¹ tomado de EL CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO JUSTICIA Y SOCIEDAD (DEJUSTICIA).

¹² *Es cierto que los trabajos exploratorios no se iniciarán con la sola entrega del título minero, pero también es verdad que en el actual ordenamiento la etapa participativa sólo está contemplada previo el inicio de la explotación. C-389-16.*

- (ii) La participación en el proceso de elaboración de los censos de afectados y a todo lo largo de la realización del proyecto (**T-135 de 2013**).
- (iii) El cumplimiento de los compromisos acordados en los espacios de concertación (**T-194 de 1999**).
- (iv) La financiación de la asesoría que requieran las comunidades afectadas por el proyecto, a fin de que estas puedan ejercer su derecho a la participación efectiva (**T-194 de 1999**).
- (v) La participación de las comunidades afectadas por daños ambientales en las actividades de monitoreo y control (**T-574 de 1996**).

CONCEPTO¹³ DE LA AGENCIA NACIONAL MINERA (ANM)

Traemos el concepto (transcrito por la Corte Constitucional) de la ANM en lo relacionado con el tema de este proyecto.

- a) El primer cargo propuesto carece de sustento jurídico, pues el solo hecho de que al procedimiento administrativo de otorgamiento de títulos mineros no sean aplicables las normas de contratación estatal previstas en la Ley 80 de 1993, no significa que se transgredan los principios de la contratación estatal y los fines esenciales del Estado;
- b) De acuerdo con la exposición de motivos y los artículos 45 y 46 de la Ley 685 de 2001, el contrato de concesión minera es sustancialmente diferente al contrato de concesión de servicio público o de obra pública previstos en la Ley 80 de 1993, lo que no significa que ello desconozca *per se* los principios constitucionales y legales de la contratación estatal. El mismo Código de Minas señala los parámetros, requisitos y procedimientos para el otorgamiento del título; el seguimiento, control y sanciones aplicables al titular;
- b) Afirma que no existe violación al derecho a la participación de propietarios, tenedores, poseedores y ocupantes de predios en los que exista interés minero. Con base en la Sentencia C-983 de 2010, afirma que la demanda desconoce que la codificación minera establece la figura de la servidumbre minera para garantizar que esta actividad, de utilidad pública e interés social, se desarrolle sin afectar los derechos a la propiedad privada y previendo las afectaciones que puedan causarse por el desarrollo de la actividad minera a los predios, mediante el

pago de la indemnización a que haya lugar al propietario afectado con la medida.

Sostiene que “*pretender (...) que, cada vez que se presente una propuesta de contrato de concesión se tenga que notificar o informar al propietario del predio, a todas luces desnaturaliza el concepto de utilidad pública y del interés social que caracterizan la industria minera (...) así como los fines esenciales del Estado*”.

Por otra parte, cita la Sentencia C-123 de 2014[3] y sostiene que las regulaciones de orden nacional que imponen límites a la facultad de los municipios de regular los usos del suelo no vulneran el principio de autonomía territorial, siempre que se actúe en el marco de los principios de coordinación y concurrencia entre las autoridades nacionales y locales, lo que garantiza a su vez la participación de los ciudadanos;

- c) Añade que la actividad minera va ligada a instrumentos jurídicos y normas de contenido ambiental establecidas en el ordenamiento minero. Al respecto, señala que el artículo 34 de la Ley 685 de 2001 establece las zonas excluibles de la minería, como son las zonas de especial protección previstas en convenciones internacionales y en el derecho interno. Agrega que los artículos 1º, 2º, 3º, 13, 37, 38, 85, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 203, 204, 205, 206 y 211 del Código de Minas regulan aspectos ambientales, lo que permite concluir que “*la actividad minera legal, se encuentra blindada ambientalmente por las exigencias legales contempladas en el Código de Minas, las cuales garantizan la preservación de un ambiente sano, el cumplimiento del principio de sostenibilidad y conservación del equilibrio ecológico, seguridad y salubridad públicas*”;
- d) En relación con el cuarto cargo, argumenta que frente al otorgamiento de títulos que eventualmente pudiesen afectar el patrimonio ecológico por estar en áreas posiblemente excluidas de la minería, existen diversos decretos y resoluciones que prohíben que se otorguen nuevos títulos mineros en áreas que han sido declaradas de protección especial;
- e) Frente al quinto cargo, señala que en virtud del artículo 5º de la Ley 685 de 2001, el Estado como titular de los recursos mineros solo otorga derechos para explorar y explotar los minerales, sin atención a la posesión o tenencia de los correspondientes terrenos.

De acuerdo con lo señalado en las Sentencias C-461 de 2008, T-348 de 201 T-462A de 2014, precisa que la consecuencia jurídica inmediata del otorgamiento de una concesión minera es el derecho exclusivo de realizar unos estudios técnicos, ambientales y jurídicos para determinar la viabilidad del proyecto, entendiéndose que se trata de una etapa donde no existe una afectación directa a las comunidades, elemento sustancial

¹³ La Agencia Nacional de Minería presentó concepto solicitando que se declare la exequibilidad de las disposiciones demandadas, contenidas en la Ley 685 de 2001, por encontrarse ajustadas a la Constitución Política, C-389-16.

para que proceda la consulta previa, por lo tanto el desarrollo de la actividad de explotación minera donde se cuenta con los estudios ambientales y técnicos necesarios para fijar cómo se adelantará el proyecto minero, así como los impactos y medidas de manejo, es la etapa donde se podría causar afectaciones a los territorios de las comunidades étnicas y donde es indispensable el adelantamiento de la consulta previa.

Agrega que el Código de Minas prevé instrumentos jurídicos para proteger los derechos de los resguardos indígenas, siempre que se vaya a intervenir su territorio en actividades mineras tal y como se desprende de su artículo 124 (derecho de prelación de grupos indígenas), la Resolución 396 de 2013 de la Agencia Nacional de Minería y las directrices del Ministerio del Interior, que regulan la consulta previa cuando se adelanten actividades mineras en territorios indígenas.

CONCEPTO DEL CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO JUSTICIA Y SOCIEDAD (DEJUSTICIA)¹⁴

En el mismo trámite judicial del concepto anterior, tomamos apartes transcritos por la Corte Constitucional del concepto de justicia en el que interviene para solicitar la inexecutable de los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270 a 277 y 279 de la Ley 685 de 2001, C-389-16.

En cuanto al tercer cargo, relativo al desconocimiento del derecho a la participación, manifiesta que este es uno de los principios rectores de la Constitución de 1991, que lleva implícito un **modelo de comportamiento para los ciudadanos y para el Estado**, e indica su deber de participación en la definición del destino colectivo. A través de este derecho se materializan los principios básicos de la democracia participativa, que aseguran la intervención del ciudadano en las decisiones que lo afectan; y se desprenden obligaciones en cabeza del Estado, tendientes a fomentar las prácticas democráticas y a hacer efectiva dicha participación.

Diferentes disposiciones constitucionales apuntan a la efectividad del desarrollo democrático de la sociedad, entre estas, los artículos 40 y 85 de la Carta; a su vez, la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-263 de 2010), lo ha catalogado como un derecho universal, que ha de ampliarse progresivamente y ha señalado el deber de las autoridades públicas de incentivarlo y no obstaculizarlo. Además, a partir de los artículos citados, del principio de participación ciudadana y de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (artículo 288 C. P.), se desprende la facultad de los entes territoriales para participar en las decisiones que los afectan.

Entendiendo que el contrato de concesión minera sí genera por sí solo una **afectación al ambiente**, y que la etapa de exploración no requiere licencia

ambiental, el interviniente se refiere al alcance del derecho a la participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales.

Señala las principales disposiciones constitucionales, legales e instrumentos internacionales ratificados por Colombia que regulan la participación en temas ambientales, como los artículos 79 Superior y la Ley 99 de 1993, el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y el Convenio de Diversidad Biológica (Principios 1, 2 y 12, aprobados mediante Ley 165 de 1994). Hace referencia a la Convención de Aarhus de 1998 de la Comisión Económica Europea de las Naciones Unidas, lo que se traduce en que la participación en la toma de decisiones relacionadas con la afectación del medio ambiente es una previsión legal y un principio de rango constitucional “*que debe orientar la interpretación que se haga de todas aquellas otras disposiciones de su mismo nivel o inferior*”.

Con base en las Sentencias C-535 de 1993, T-348 de 2012 y T-294 de 2014, en las que se ha abordado el tema de la participación en temas ambientales, Dejusticia efectúa un ejercicio de integración jurisprudencial para definir cuáles son los componentes necesarios para que el derecho a la participación en materia ambiental se garantice en debida forma, encontrando que esta debe ser *previa a la toma de la decisión, libre, representativa, informada, activa y eficaz*.

Luego, procede a analizar el procedimiento demandado, “con el fin de mostrar que este no garantiza el derecho a la participación de quienes se ven afectados por la suscripción de contratos de concesión minera, toda vez que no prevé la obligación de notificar o comunicar previamente a quienes se verán afectados con la decisión, como el propietario del predio, la comunidad que habita la zona, las entidades locales y las entidades territoriales. Respecto a estas últimas, indica que de conformidad con la Sentencia C-123 de 2014, debe garantizarse su participación activa y eficaz, junto con las entidades nacionales, para que acuerden las medidas de protección del medio ambiente, teniendo en cuenta que los entes territoriales son los constitucionalmente competentes para ordenar los usos del suelo.”

Señala que, actualmente, la instancia de participación sólo se predica para las comunidades étnicas, dejando por fuera a todos los actores que van a verse afectados por el eventual otorgamiento de un título minero.

Sin embargo, considera también que las normas acusadas en el quinto cargo de la demanda deberían ser declaradas inconstitucionales, por desconocer sus garantías a la autodeterminación y la inalienabilidad de sus territorios, al verse obligadas a explotar los recursos minerales dentro

¹⁴ apartes tomados de la Corte Constitucional.

de su territorio o a permitir que un tercero los explote.

CONTRATOS ESTATALES

Hay que reconocer¹⁵ que, en materia de títulos mineros, por las reglas que gobiernan su otorgamiento, **muchas veces no se escoge al mejor sino al primero**, como también no se tiene en cuenta el principio y derecho de la participación de todos en las decisiones que nos afectan, pues no se notifica el trámite contractual a los propietarios y tenedores de los predios eventualmente afectados.

LA SELECCIÓN NO ES OBJETIVA

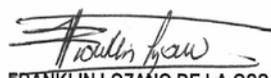
A pesar de que este punto en particular no hace parte de las modificaciones que hoy se incluyen en el actual proyecto de ley, lo mencionamos por la relación que mantiene con dicho proyecto hasta el punto que sería bueno modificarlo con un futuro proyecto de ley.

El precitado procedimiento contractual no tiene en cuenta: La primacía del interés general, la planificación en el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, los límites del bien común en la actividad económica y la iniciativa privada.

En palabras del CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO JUSTICIA Y SOCIEDAD (DE JUSTICIA) el gobierno ha reconocido el defecto del trámite contractual de los títulos mineros, dirigido por el principio primero en el tiempo primero en el derecho: *“específicamente, en la regulación de las áreas estratégicas mineras, donde dicho principio no sería aplicable, sino que se aplicarían procesos de selección objetiva para lograr los fines relacionados con el crecimiento y desarrollo sostenible del sector y para hacer un aprovechamiento racional de los recursos naturales de la nación, donde se garanticen no solo la responsabilidad técnica, ambiental y social en el desarrollo del sector minero, sino también las mejores condiciones y beneficios para el Estado y las comunidades que se encuentren ubicadas en estas áreas”*.

Honorables Congresistas coloco a su disposición esta iniciativa, con el fin de incorporar principios constitucionales al trámite del contrato de concesión minera y recomendaciones de nuestra jurisprudencia Constitucional, pero en especial para que se adopte la publicidad y la participación como modelo de conducta de las autoridades de nuestro Estado colombiano.

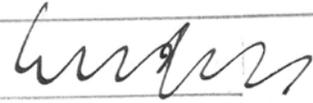

DIDIER LOBO CHINCHILLA
 Senador de la República


FRANKLIN LOZANO DE LA OSSA
 Representante a la Cámara

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General (Art. 139 y ss Ley 5ª de 1.992)

El día 10 del mes Sept del año 2019
 se radicó en este despacho el proyecto de ley
 N° 187 Acto Legislativo N° _____, con todos y
 cada uno de los requisitos constitucionales y legales
 por: _____



SECRETARIO GENERAL

SECCIÓN DE LEYES

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 10 de septiembre de 2019

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de ley número 187 de 2019 Senado, *por la cual se establece el principio de participación y publicidad previa y efectiva en el contrato de concesión minera*, me permito remitir a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por el honorable Senador *Didier Lobo Chinchilla*; honorable Representante *Franklin Lozano de la Ossa*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Quinta Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

**PRESIDENCIA DEL HONORABLE
 SENADO DE LA REPÚBLICA**

Septiembre 10 de 2019

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

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Lidio Arturo García Turbay.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

¹⁵ Lo han expresado anteriormente.

PROYECTO DE LEY NÚMERO 188 DE 2019
SENADO

por medio del cual se modifican los artículos 239 y 240 del CST con el fin de darle protección a la mujer embarazada no trabajadora.

NORMAS

PROYECTO DE LEY NÚMERO... DE 2019
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.

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 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.


DIDIER LOBO CHINCHILLA
Senador de la Republica
AUTOR


FABIAN GERARDO CASTILLO SUAREZ
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 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*

¹ C-005-2017.

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 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 NÚMERO 238 DE 2013

El entonces Senador de la República Félix José Valera Ibáñez, el 17 de abril de 2013 presentó ante el Senado de la República el Proyecto de ley número 238⁴ de 2013, 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.

Fue publicado en la *Gaceta del Congreso* número 213 de abril de 2013, se tramitó por la Comisión Séptima de Senado, se publicó ponencia en la *Gaceta del Congreso* número 364 de 2013 de Senado y la *Gaceta del Congreso* número 197 de 2014 de Cámara, Plenaria de Senado, *Gaceta del Congreso* número 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 FLÓREZ PEÑA la colaboración prestada 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 gozarán 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 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

² El subrayado es nuestro.

³ El subrayado es nuestro.

⁴ En la Cámara Proyecto de ley número 182 de 2013.

⁵ Artículo 190 de la Ley 5ª de 1992.

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 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 a 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.

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 este 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*

⁶ C-005-17.

⁷ SU-070-13.

una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral, sino en general, de todas las mujeres⁸.”

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 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

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).

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 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.

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 este 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

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

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. ...
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 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 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

¹² Ya la Corte había dicho en la Sentencia T-179 de 1993 (Magistrado ponente, doctor 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.

¹¹ SU-070-13.

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.

“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 medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales¹⁷”.

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

¹⁴ SU-070-13.

¹⁵ C-05-17.

¹⁶ Sentencia C-470 de 1997.

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 3° (1.1.) que:

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 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

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.

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.

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.

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 (artículos 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 OIT, 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 inmediatamente posterior a la licencia

²¹ Sentencia SU-070 de 2013.

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.

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 (artículos 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.

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}.

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 Artículo 3° PDCP.

²⁹ Artículo 23 n. 4. PDCP; artículo 17 n. 4 Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁰ C-875/03 y C-278/14.

FUNDAMENTOS PARA PROTEGER EL DERECHO DE IGUALDAD DE LA MUJER GESTANTE OLACTANTE 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** exequible> 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** exequible> 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.

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-constitucional³¹.”

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.

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, si no 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 la normas que se modifican.

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** (artículo 43 C. P.).
- Es así mismo una manifestación de la **protección a la vida** como bien jurídico de máxima relevancia en el orden constitucional (artículo 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 (artículo 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

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.

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.

³¹ El subrayado es nuestro.

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

³³ negrillas nuestras

de las relaciones materno-paterno filiales (artículo 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 accesoria que tradicionalmente se le ha reconocido, pues sus derechos, en este sentido no 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 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.


DIDIER LOBO CHINCHILLA
Senador de la República
AUTOR


FABIAN GERARDO CASTILLO SUAREZ
Senador de la República

ÍNDICE

1. NORMAS

- a. ARTÍCULOS 239 Y 240 DEL CST

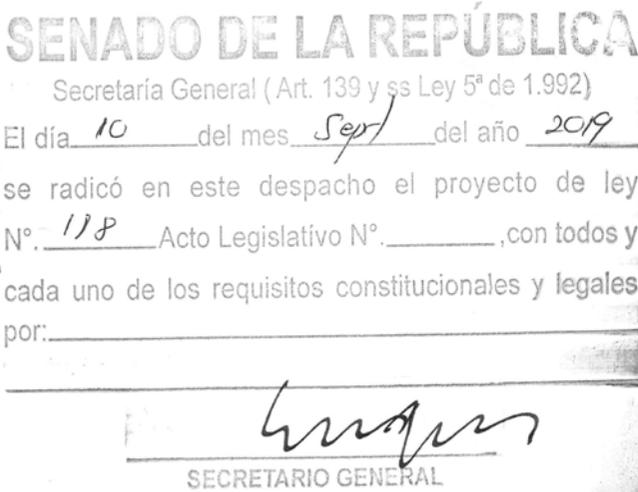
2. ANTECEDENTES

- 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 ARTÍCULO 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
- 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
 - 1. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)
 - 2. OIT
 - 3. CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO
 - ii. EVOLUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN EL DERECHO LABORAL
 - 1. DOBLE ROL DE LA MUJER EN EL HOGAR Y EN EL TRABAJO
 - 2. PATERNIDAD TODAVÍA ACCESORIA, PERO INVOLUCRADA EN EL PERMISO DE PATERNIDAD
 - 3. IGUALDAD EN EL CUIDADO Y ATENCIÓN DE LOS HIJOS ENTRE HOMBRES Y MUJERES
 - iii. AVANCES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA IGUALDAD, CONCILIACIÓN DEL ÁMBITO FAMILIAR Y LABORAL
 - 1. CUATRO (4) PREMISAS
 - a. ARTÍCULO 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
 - 2. SU/389/05: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA PARA PADRES CABEZA DE FAMILIA
 - 3. 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.
 - iv. DERECHO A LA IGUALDAD EN EL MARCO DE LAS RELACIONES FAMILIARES
 - 1. ARTÍCULOS 42 Y 43 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA IGUALDAD
 - 2. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
 - 3. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES (**PIDESC**) (Ley 74 de 1968)
 - 4. 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

- 1. SILENCIO DE LA LEY
- ii. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA REGULACIÓN DEBE APLICARSE A SITUACIONES ANÁLOGAS
 - 1. DISCRIMINACIÓN QUE ESTE PROYECTO PRETENDE RESOLVER
- iii. APLICACIÓN DE LA IGUALDAD EN SITUACIONES DISÍMILES
- j. IMPACTO FISCAL
- k. CONCLUSIÓN



SECCIÓN DE LEYES
 SENADO DE LA REPÚBLICA
 SECRETARÍA GENERAL
 TRAMITACIÓN LEYES

Bogotá, D. C., 10 de septiembre de 2019
 Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de ley número 188 de 2019 Senado, por medio del cual se modifican los artículos 239 y 240 del CST con el fin de darle protección a la mujer embarazada no trabajadora, me permito remitir a su Despacho el

expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por los honorables Senadores *Didier Lobo Chinchilla, Fabián Gerardo Castillo Suárez*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
 SENADO DE LA REPÚBLICA

Septiembre 10 de 2019

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

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Lidio Arturo García Turbay.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

CONTENIDO

Gaceta número 882 - Jueves, 12 de septiembre de 2019
 SENADO DE LA REPÚBLICA
 PROYECTOS DE LEY

	Págs.
Proyecto de ley número 187 de 2019 Senado, por la cual se establece el principio de participación y publicidad previa y efectiva en el contrato de concesión minera.....	1
Proyecto de ley número 188 de 2019 Senado, por medio del cual se modifican los artículos 239 y 240 del CST con el fin de darle protección a la mujer embarazada no trabajadora.....	9