



**FUERO DE LA MATERNIDAD EXTENDIDA: COMO PROTECCIÓN A LA
MADRE E HIJO.**

CATALINA ORTEGA TAMAYO

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PREGRADO EN DERECHO
MEDELLÍN
2020**



**FUERO DE LA MATERNIDAD EXTENDIDA: COMO PROTECCIÓN A LA
MADRE E HIJO.**

CATALINA ORTEGA TAMAYO

**Director de trabajo de grado:
EDDISON DAVID CASTRILLÓN GARCÍA
Abogado, Magíster en Derecho Procesal**

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARCIAL PARA OPTAR AL
TÍTULO DE ABOGADA**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PREGRADO EN DERECHO
MEDELLÍN
2020**

Fecha: 27 de octubre de 2020

Nombre del estudiante: Catalina Ortega Tamayo.

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad. Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.



Firma del estudiante

FUERO DE LA MATERNIDAD EXTENDIDA: COMO PROTECCIÓN A LA MADRE E HIJO.

SUMARIO

Introducción

1. Estabilidad laboral reforzada a la maternidad.
2. fuero a la maternidad extendida desde la OIT y otras regulaciones extranjeras.
 - 2.1. Protección laboral a la maternidad desde la Organización Internacional del Trabajo.
 - 2.2. Aproximación a la figura del fuero de maternidad extendido en el derecho comparado.
 - 2.2.1. Fuero paternal en el ordenamiento jurídico Venezolano.
 - 2.3. Fuero a la paternidad en el ordenamiento jurídico Chileno.
 - 2.3.1. Fuero a la paternidad en ordenamiento jurídico Boliviano.
 - 2.3.2. Fuero a la paternidad en ordenamiento jurídico de Panamá.
3. Fuero a la maternidad extendida en Colombia

Conclusiones.

Referencias.

FUERO DE LA MATERNIDAD EXTENDIDA: COMO PROTECCIÓN A LA MADRE E HIJO.

RESUMEN:

En la actualidad del derecho laboral, producto de cambiantes paradigmas jurídicos, se han venido creando diferentes figuras para la protección del trabajador al concebirse como la parte débil de la relación laboral, ejemplo de estos son los fueros¹ y las estabilidades laborales reforzadas. Pues bien, una de estas estabilidades es aquella de la que goza la mujer en estado de embarazo, la cual fue creada con la finalidad de proteger a dichas personas durante los días previos y posteriores al acaecimiento del nacimiento. Sin embargo, esta protección se queda corta y, con ello, se observa un vacío en nuestra legislación para aquellos casos en los cuales la mujer embarazada depende económicamente del cónyuge o compañero peramente y este es despedido. Lo anterior, ha llevado a que empiece a hablar, particularmente en sede jurisprudencial, de la estabilidad reforzada extendida como posible solución para el vacío normativo enunciado. Siendo ello así, este artículo propende por analizar la figura de creación jurisprudencial y establecer ciertos aportes que sirvan para el desarrollo legal y académico de la misma.

PALABRAS CLAVE

Estabilidad laboral reforzada, estabilidad laboral reforzada a la maternidad, contrato de trabajo, licencia a la maternidad, licencia a la paternidad, fuero a la maternidad extendida, protección a la mujer, protección al menor.

¹ 1 Los fueros laborales entendidos como aquella protección que tienen algunos trabajadores que cumplen algunas características particulares de no ser despedidos ni desmejorados de sus condiciones de trabajo.

INTRODUCCION

En el ordenamiento jurídico colombiano, se han incorporado, por vía jurisprudencial y/o legal, diversas garantías para la protección de los derechos de los trabajadores. Un ejemplo de estas incorporaciones ha sido por vía de las múltiples disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo – en adelante CST-, el cual, desde su exposición de motivos, se constituye como un pilar de garantía para la protección de los derechos laborales. En este orden de ideas, una de las instituciones creadas para su protección lo constituye la figura de la estabilidad laboral reforzada, que encuentra su consagración en el Artículo_239 del CST, bajo la denominación de “estabilidad reforzada a la maternidad”. En la misma línea, la Constitución Política, en su Artículo 43, establece una protección para la madre embarazada, consistente en la especial protección y asistencia por parte del Estado durante los meses de gestación de postparto.

De igual manera, esta garantía ha tenido un desarrollo por parte de la doctrina. Pues bien, varios autores coinciden en afirmar que la estabilidad laboral reforzada constituye una medida de protección positiva, autónoma e independiente para las madres gestantes, al concebirlas como un sector vulnerable de la protección (Acero, 2004) (Lemaitre, 2001) (Miguel,1994).

Sin embargo, desde la regulación positiva se logra percibir un vacío normativo referido a las mujeres gestantes que dependen de los ingresos salarios de su cónyuge, de cual emergen varios interrogantes como los siguientes ¿Qué pasaría con la mujer que está en estado de embarazo y es beneficiaria del marido y este es despedido? ¿Se desprotegería a la mujer en embarazo? Todos estos cuestionamientos llevaron a la demanda de inconstitucionalidad de los Artículos 239 y 240 que se refieren al tema, reproches que derivaron en la sentencia de inconstitucionalidad C-005 de 2017, mediante la cual la Corte Constitucional da cuenta del mismo, ahora bien, a partir de esta sentencia nos surge un interrogante al cual se le pretenderá dar respuesta y es ¿Cuáles son los alcances de la figura

de la estabilidad reforzada a la maternidad desde la sentencia C-005 de 2017 de la Corte Constitucional?

En este orden de ideas, este artículo se ocupará del estudio de la figura de la estabilidad laboral reforzada de las madres embarazadas, a través del análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura con miras a evidenciar la necesidad de una regulación legal de la protección de la madre gestante que depende de la relación laboral del cónyuge o compañero permanente.

En la práctica del derecho laboral este encuentra sentido cuando la madre en gestación sea beneficiaria en el régimen de salud por parte del esposo y su trabajo esté en peligro de terminación, este trabajador se pueda escudar en su fuero para proteger a esta madre y a su hijo, por lo mismo este artículo aclarar los alcances de la figura en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para ello, el presente artículo tiene como objetivo general analizar la figura del fuero a la maternidad extendida en la Sentencia C-005 de 2017 de la Corte Constitucional, y como estructura, este trabajo tiene tres capítulos: el primero, está dedicado a revisar la figura de la estabilidad laboral reforzada a la maternidad; el segundo, se destina a revisar la figura del fuero a la maternidad extendida, el tercero, se reserva para tratar de darle respuesta la pregunta problema que es preguntarnos por los alcances de la figura.

Por último, El método de investigación que se pretende emplear es el hermenéutico. Ello en la medida de que se pretende realizar el análisis de la Sentencia C-005 de 2017 para entender el alcance que se le quiere dar a la posibilidad de hablar de una nueva figura denominada: estabilidad laboral reforzada a la maternidad extendida.

1. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A LA MATERNIDAD

De lege lata, hablar sobre la estabilidad laboral reforzada a la maternidad, se debe de partir de la premisa consistente en que se está abordando el estudio desde un principio constitucional que encuentra su positivización en el Artículo 25 de la Constitución Política. De aquel postulado, emergen los demás principios que orientan el rol del trabajador en Colombia. Pues bien, aquel principio establece que el trabajo es un derecho y, más que ello, una obligación que tiene cada nacional, el cual debe de ser prestado de forma digna y justa

Como consecuencia de este principio, es que se crean los fueros de estabilidad reforzada, los cuales se entienden como una protección a un trabajador que cumple algunas características en particular y que tenga una relación laboral. Ahora, la figura de análisis propende porque trabajadores que se encuentran inmersos en las circunstancias cobijadas por aquella, no sean despedidos ni que sus condiciones sean desmejoradas o que, en caso de existir una justa causa, dicha terminación de la relación laboral sea con previa autorización del Ministerio de Trabajo

En el contexto jurídico actual, la estabilidad laboral reforzada a la maternidad encuentra desarrollo tanto desde lo normativo como de lo doctrinal, en lo referente a sus características y elementos esenciales de estructuración. Siendo ello así, esta institución tiene como finalidad el proteger a la mujer gestante durante su periodo de lactancia, de manera tal que pueda tener un sustento económico y con cobertura del sistema de salud y seguridad social

Por un lado, a nivel legal la estabilidad laboral reforzada a la maternidad está desarrollada en el Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo:

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.
2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.
3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.
4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término. (Senado de la República, 2020)

Teniendo en cuenta que este no es solo el artículo que describe este fuero a la maternidad, el artículo citado anteriormente es el que regula el núcleo esencial de este fuero, pero se tiene que afirmar que este artículo está inmerso en el capítulo V del Código Sustantivo del trabajo-en adelante CST-, denominado como *Protección a la maternidad y protección de menores*, que va a regular todo lo que gira entorno de estos dos sujetos, es por esto que este fuero se desprende de lo que conocemos como la licencia de maternidad, que está regulada en el Artículo 236 del CST.

A propósito de lo expuesto anteriormente, los elementos de este fuero desarrollados en el derrotero de este artículo que lo regula, son: tratarse de una mujer en estado de embarazo o lactancia, que es el sujeto al cual se le asigna esta

protección y lo que busca esta protección es que esta mujer y su menor no sea despedidos, para tener sus estabilidad económica y sacar adelante su embarazo y su hijo.

Esta protección fue creada, para resolver un gran problema que se ve a diario en la estructuración del personal de una empresa, y es que cuando se hace la selección de empleos, se suprimen aquellas solicitudes de mujeres porque tienen una gran probabilidad de que en el transcurso de su vida laboral queden en embarazo y el empleador este acordonado a pagar una licencia de maternidad por 18 semanas en las cuales la mujer no va a prestar su servicio y además a estar protegida por la ley a no ser despedida, es por esto que el legislador, crea esta figura, para solucionar la problemática que se presenta en la actualidad. (Perdomo Gómez, 2019, págs. 159-163)

Por otro lado, como se mencionó anteriormente, este fuero también ha sido desarrollo doctrinal y jurisprudencial, teniendo en cuenta que a nivel jurisprudencial, es uno de los fueros con más desarrollo después del fuero sindical, pero a pesar de esto la protección a la mujer no siempre ha sido la misma, en la medida de que se está en presencia de un desarrollo progresivo, el cual puede ser esquematizado en cuatro etapas:

Primera etapa: exegesis positivista de la norma sustantiva laboral. (1990 – 1996)

Segunda etapa: protección constitucional a la maternidad. 81997- 2007)

Tercera etapa: protección objetiva sobre el embarazo (2008- 2012)

Cuarta etapa: protección circunstancial a la maternidad (2013-2018)

Quinta etapa: retroceso en la protección a la maternidad (2018) (Perdomo Gómez, 2019, pág. 163)

En la primera etapa, se afirma que antes de la promulgación de la Constitución del 91, no había desarrollo jurisprudencial sino que solamente estaba

fundamentada esta protección, en el Código Sustantivo Del Trabajo, en los artículos 239 y 241, en estos dos numerales, como se dice anteriormente, en este trabajo, se encuentran los presupuestos para esta protección, pero luego la sala de Casación Laboral en Sentencia del 4 de marzo de 1982, distingue dos maneras para darle protección a la mujer, de la siguiente manera:

El resarcimiento a la trabajadora se cumple así mediante el pago de dicha indemnización. Y demostrada cómo está la justa causa, no opera la nulidad del despido la cual tiene lugar únicamente cuando es que ocurre durante los periodos de descanso o de licencia por maternidad (...) Estos lapsos no pueden confundirse con el periodo de protección más general que consagra el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, que comprenden toda la duración del embarazo y hasta 3 meses después del parto (Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral 4 de marzo de 1982).

Otro aspecto a destacar del desarrollo jurisprudencial, es que la Corte Suprema de Justicia manifiesta en cuanto la aplicación de esta protección que ésta no opera de manera automática, puesto que la mujer tiene que manifestar su estado de embarazo al empleador con anterioridad al despido, para que este no pueda ejercer su acción de despedir a los trabajadores cuando lo considere, ya sea con justa o no justa causa, La Corte Suprema de Justicia resalta la necesidad de un medio de prueba documental para acreditar la mujer su estado antes de su retiro por parte del empleador. La providencia por la cual se manifiesta la Corte Suprema de Justicia es la Sentencia de noviembre 19 de 1986. (Perdomo Gómez, 2019, págs. 164-167)

Por otro lado, en la segunda etapa, se encuentra una providencia hito de la Corte Constitucional, la Sentencia C-470 de 1997, en la cual la Corte declara exequible de integra el Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, en el cual se puede interpretar que la indemnización a la mujer en estado de embarazo, habilita este despido; la Corte considera que esto no es así puesto que el despido sin

autorización del Ministerio de Trabajo no produce efectos y la indemnización es una sanción adicional por el despido que hace el empleador a esta mujer.

En la tercera etapa, la Corte constitucional por medio de la Sentencia T-528 de 2008, en la cual modifica el requisito de la comunicación probatoria por parte de la mujer para darle a entender al empleador que se encuentra en estado de embarazo, en la cual asume la postura de que esta es un medio probatorio, pero no un impedimento para que la mujer que no tenga esta protección en su vida laboral cuando se generen los presupuestos del fuero de maternidad. Y lo afirma igualmente de la siguiente manera: "el fuero a la maternidad opera durante la totalidad del periodo de gestación y los tres meses posteriores, sin ser condición esencial para su vigencia el hecho de que el empleador esté o no informado sobre la gravidez de su trabajadora "(Corte constitucional, Sentencia T-095, 2008)

En la cuarta etapa, la Corte constitucional por la evolución de las nuevas formas de contratación laboral, entra a revisar, la amplitud que tiene esta figura en los diferentes medios de contratación si opera o no y afirma que todo depende de la vinculación que tenga la trabajadora y en segundo lugar, depende si la trabajadora notifico de e su estado al empleador o no, cuando fue notificado la garantía tiene una mayor protección, en cambio, cuando no fue notificado la Corte trae una posibilidad que es la afiliación de la trabajadora al Sistema de Seguridad Social y no necesariamente el reintegro (Corte constitucional, Sentencia SU 071, 2013).

Acorde a lo anterior, gracias a estos avances que se dieron en la etapa anteriormente mencionada, jurídicamente se ha evidenciado que la protección de la que habla el Artículo 239 de Código Sustantivo del trabajo, no cubre esas nuevas realidades como es la situación de la mujer en embarazo en un periodo de prueba en su trabajo, pues legalmente se sostiene que al terminar el periodo de prueba no puede entenderse que exista despido, pero para llenar este vacío los jueces constitucionales de tutela a nivel jurisprudencial, han predicado en sus fallos que el

despido de esta mujer en estado de embarazo y periodo de prueba no tiene efecto (Cadavid Gómez & Arenas Gallego, 2019, pág. 62).

Por último, en la quinta etapa, En esta podemos evidenciar que la Corte constitucional, en providencia elimina la protección para la mujer que no notifico al empleador su estado, así se pronuncia la Corte:

Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada. Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al sistema de seguridad social durante el período de gestación, ni que reintegré a la trabajadora ni que pague la licencia de maternidad (Corte Constitucional, Sentencia SU-075 2018).

2. FUERO A LA MATERNIDAD EXTENDIDA DESDE LA OIT Y OTRAS REGULACIONES EXTRANJERAS.

2.1 Protección laboral a la maternidad desde la Organización Internacional del Trabajo.

La creación de una familia constituye uno de los objetivos del proyecto vital de la mayoría de los seres humanos. De allí, que las mujeres se conviertan en sujetos de especial protección durante la gestación y los meses posteriores al parto. Consciente de ello, la Organización Internacional del Trabajo -en adelante OIT- propende por la creación de mecanismos económicos, culturales y legales encaminados a lograr una eficacia en la protección de aquellos, concretamente en el ámbito laboral de tal manera que su permanencia en aquel ámbito no se vea afectada por su condición de gestante (Organización Internacional del Trabajo, [OIT], 2020)

La OIT ha tenido varios pilares en los cuales se ha basado para la expedición de esta reglamentación de la protección a la maternidad, lo cuales son: preservar la salud de la madre y del recién nacido; habilitar a la mujer para que pueda combinar satisfactoriamente su rol reproductivo y su rol productivo; prevenir el trato desigual en el trabajo debido a su rol reproductivo; y promover el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre las mujeres y los hombres (Servicio de Género, 2014).

Es por estas razones que esta organización ha optado por tres convenios en diferentes años, puesto que la vida se actualiza, encontramos el convenio de 1919 que es el convenio N°003, regula la protección en su Artículo 3 en la parte final se podrá evidenciar todos, convenio de 1952 en su Artículo 4 protección a la maternidad y actualmente el convenio del 2000 N°183, el cual establece la prohibición al despido.(Servicio de Género, 2014)

Según la OIT setenta y seis países han suscrito por lo menos uno de los tres convenios, actualmente los países no solo cuentan con leyes de protección a la maternidad, si no leyes que trascienden según la vida cotidiana evoluciona y establecen esas protección a cualquier persona que esté a cargo de la vida familiar y sus responsabilidades, incluyendo en esta protección a los padres, esto debido a varios factores como el aumento del trabajo femenino remunerado; el incremento del trabajo atípico (a tiempo parcial, temporal u ocasional); el envejecimiento de la población y los cambios del modelo familiar. En algunos países, la crisis económica mundial ha agudizado desigualdades de género ya existentes, y ha puesto de manifiesto la necesidad de reconfigurar tanto el trabajo masculino como el femenino (OIT, 2014).

2.1 APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL FUERO DE MATERNIDAD EXTENDIDO EN EL DERECHO COMPARADO

La figura de la estabilidad laboral reforzada extendida no es una figura ajena a otros ordenamientos jurídicos que, incluso, la han positivizado en momentos previos

a la consagración de ésta en nuestro ordenamiento jurídico, ejemplo de ello lo constituye los ordenamientos jurídicos de Venezuela, Panamá, Chile y Bolivia.

2.1.1 FUERO PATERNAL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO VENEZOLANO.

Por un lado según Tobar (2018), la figura de análisis encuentra su génesis en el ordenamiento jurídico venezolano mediante la expedición de la Gaceta No 6.076 del año 2012, mediante el cual se dio publicidad al Decreto 8.938 de 2012. En dicha gaceta se encuentra como en la legislación laboral del país suramericano se consagra la estabilidad laboral reforzada extendida (llamada fuero paternal por dicha legislación) mediante los artículos 94, 339 y 420 del decreto referenciado, mediante la protección a la gestante en las etapas previas y posteriores al nacimiento. El artículo 94, consagra la allí denominada figura de la inamovilidad, siendo esta una figura muy parecida a lo denominado en Colombia como el fuero de estabilidad laboral, es aquella protección que tienen algunos trabajadores con unas características especiales a no ser ni despedidos, ni desmejorados de su trabajo (Tobar Reina Edison Roberto,2018).

El Artículo 339, consagra la licencia de paternidad y el artículo 420 consagra lo siguiente:

Artículo 420. Estarán protegidos y protegidas por inamovilidad Laboral:

1. Las trabajadoras en estado de gravidez, desde el inicio del Embarazo hasta dos años después del parto.
2. Los trabajadores desde el inicio del embarazo de su pareja, Hasta dos años después del parto. (Decreto, 8.938, de 2012).

Si bien este artículo establece esta protección, en la vida diaria se pueden evidenciar varias acciones constitucionales que son ejercidas por los ciudadanos venezolanos para adquirir esta protección, pues este artículo establece solo la inamovilidad y el tiempo, pero las decisiones de la Sala Constitucional manifiestan más requisitos que deben cumplir estos padres, es así como se establece en la

Sentencia del expediente Exp. N° 16-0044, el ciudadano que pidió la protección de este derecho con base de que era el sustento del hogar, se le fue negada por estas razones:

En efecto, para que el padre del menor pueda obtener este beneficio, debe aportar la acta de nacimiento en la cual conste la identificación del recién nacido, donde se acredite su posición de progenitor, igualmente la sala dispone que no podrá beneficiarse del fuero de paternidad aquel que alegue la figura cuando se encuentre de manera simultánea inmerso en otra unión marital de hecho o matrimonio (Tribunal Supremo de Justicia Corte Constitucional, 2017)

2.1.2 FUERO A LA PATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO CHILENO.

En el ordenamiento jurídico chileno la figura del fuero paternal está consagrada en el código del trabajo; esta figura fue creada por la evolución cultural y jurídica. Sobre el particular, se regulan dos hipótesis: o bien por la imposibilidad física de la madre para cuidar a su hijo, o bien por la transferencia que hace la madre al padre en virtud del posnatal parental, es decir, el beneficio de descanso que tiene la madre después del embarazo. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile -BCN-, 2019, p.4)

En el código del trabajo del ordenamiento jurídico en mención, la figura del fuero paternal se encuentra regulada en tres hipótesis: fuero paternal por muerte de la madre en el parto o durante el descanso maternal, fuero en el postnatal parental y fuero por cuidado personal de un niño o niña.

La primera, se encuentra regulada en el Artículo 195 inciso tercero del Código de Trabajo. En esta, se dispone que el padre trabajador tendrá derecho a gozar del descanso de la maternidad por seis semanas, en caso de que la madre muera en el parto o durante el disfrute de este descanso. Lo que busca esta hipótesis es que el padre del menor sea también incluido en su cuidado y que no sea despedido para

garantizar el ingreso económico para el sustento del menor. Por tanto, la protección es adquirida al momento del fallecimiento de la madre hasta que se cumpla el término consagrado para el fuero a la maternidad que consiste en el tiempo del embarazo hasta un año después de expirado el tiempo del descanso posnatal. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), 2019, p.4)

La segunda, contenida en el Artículo 201 del código, se transfiere el beneficio del descanso posnatal al padre por el mismo término de la madre (tres meses) y gozará de la misma protección, de tal manera que puedan brindarle los dos padres el cuidado y disfrute del hijo. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), 2019, p.4)

La tercera, consiste en la otorgada a aquella persona que tiene el cuidado del menor; lo que busca este fuero es la protección de ese ingreso para el sostenimiento del menor y se evidencia en tres casos: (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), 2019, p.4)

- A quien detenta el cuidado del menor si la trabajadora fallece en el parto o con posterioridad, (pero dentro del periodo postnatal). Esta protección le ampara desde el fallecimiento y por el tiempo que le restaba a la trabajadora para el término del fuero maternal
- En los procedimientos judiciales previos a la adopción (artículo 201 inciso segundo y artículo 24 de la Ley N° 19.620).
- En los contextos de procedimiento judicial de adopción (artículo 201 inciso segundo y artículo 24 de la Ley N° 19.620)

2.1.3 FUERO A LA PATERNIDAD EN ORDENAMIENTO JURIDICO BOLIVIANO

El ordenamiento jurídico de Bolivia tiene relevancia para el presente artículo; en la medida de que la inmovilidad laboral se encuentra regulada en el artículo 48 de la Constitución Política, particularmente en el sexto numeral de dicho enunciado normativo se da la extensión de dicho fuero a ambos padres, desde el nacimiento

del hijo hasta que se cumpla un año de edad. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile -BCN-, 2019, pp. 5-6)

Además, esta figura se encuentra consagrada en el decreto Supremo N° 12 del 12 de febrero 2009, regulándose en su artículo 2 lo relativo a la prohibición del empleador de desmejorar la condiciones laborales y salariales del trabajador y en su artículo sexto la sanción consistente en la reincorporación del trabajador al ser despedido estando cobijado por dicha protección. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile -BCN-, 2019, pp. 5-6)

2.1.4 FUERO PATERNAL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE PANAMA

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico de Panamá la situación es diferente. En efecto, en aquel país la figura del fuero paternal se encuentra en su trámite legislativo. El pasado 12 de agosto de 2019, el diputado Daniel Ramos presentó un proyecto de ley que busca reformar el código del trabajo y la Ley 51 de 2005 que se encarga de regular lo relativo a la caja social.

El mencionado proyecto, en principio, fue presentado con la intención de expandir el fuero a la maternidad, consagrado en el artículo 72 de la Constitución Nacional Panameña, al padre del hijo en aquellos casos en lo que se produjere la muerte de la madre con ocasión del parto. Sin embargo, en la actualidad se pretende que con este proyecto se cumplan cuatro objetivos a partir de la realidad de la sociedad y de la conquista de aquellos que propugnan por la adopción igualitaria (Asamblea Nacional panamá, 2019). Al respecto, se señaló que el proyecto busca:

1. Garantizar un ambiente de bienestar económico al menor durante su primer año de vida.
2. Un rol más activo del padre en la crianza de los hijos.
3. Resaltar y reconocer la profunda importancia que tiene la presencia del padre con sus hijos en los primeros días de nacido, especialmente en ausencia de la madre.

4. Impulsar la igualdad de género, involucrando al padre en el cuidado del menor.

Con estos cuatro objetivos, se pretende poner al neonato como la unidad principal de protección. De allí, que en palabras de los autores del plurimentado proyecto: *“El nacimiento de un ser humano es el hecho vital de mayor importancia, es por esto que el Estado como ente supremo debe garantizar la protección a la vida como bien jurídico de fundamental trascendencia dentro de nuestro ordenamiento constitucional”* (asamblea nacional panamá, 2019, trámite legislativo 2019-2020, anteproyecto de ley108). Por lo anterior, el Estado deberá de proteger la vida del recién nacido en sus primeros meses de vida por lo que se considera que la extensión del fuero paternal constituye una estabilidad económica de manera que se le pueda brindar de manera eficaz los primeros cuidados.

En la actualidad, el proyecto de ley se encuentra en el segundo debate del trámite legislativo el cual se encuentra suspendido desde el 20 de enero de la presenta anualidad. Sin embargo, se considera que este trámite debe de continuar porque constituirá un referente normativo para la región.

3. FUERO A LA MATERNIDAD EXTENDIDA EN COLOMBIA

Esta figura fue creada a nivel jurisprudencial por la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C- 005 de 2017, en la cual se declara la exequibilidad condicionada del Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y el numeral primero del Artículo 240 de Código Sustantivo del Trabajo. La decisión consistió en extender la prohibición de despido contenida en aquellos dos enunciados normativos al cónyuge o compañero permanente de mujer gestante y beneficiaria de aquel.

El accionante, fundamento su petición, en el entendido que los artículos demandados vulneran los artículos 11, 13, 42, 43, 44, 43 de la Constitución política y el numeral 2° del artículo 12 del CEDAW instrumento del bloque de constitucionalidad. En palabras del ciudadano:

(...) la protección constitucional que se brinda a la mujer deriva no solamente de su condición de tal (Art. 43 C.P.), si no por ser portadora de vida (Art. 11 C.P.); por ser integrante de la familia (At. 42 C.P.); y por ser quien protege y asiste al niño o niña que está por nacer o que acaba de nacer (Art. 42 C.P.). “La trascendencia de estos derechos constitucionales permean también la esfera del campo laboral al consagrar para todas las mujeres, la protección de su seguridad social (Art. 53) (...)” (Corte Constitucional, Sentencia 005 de 2017).

Según se desprende de la providencia, el actor pretendió, mediante la acción constitucional, dar cuenta de una omisión por parte del legislador en el entendido de que la regulación contenida en los enunciados demandadas dejó por fuera varios supuestos que de presentarse en el mundo fenoménico construirían una vulneración de algunos axiomas que imperan en la sociedad colombiana, entre los cuales se resaltan la protección a la familia, al menor y al mínimo vital. Incluso, asevera el demandante que se daría lugar a una vulneración al principio de igualdad al sólo protegerse a aquellas mujeres que se encuentran vinculadas laboralmente en su periodo de gestación, soslayando, con ello, aquellas que son dependientes de su esposo o compañero permanente.

En consonancia con lo anterior, con la decisión de la Corte Constitucional se logró evitar casos en los cuales los hombres se abstenían de comunicar a sus empleadores la existencia de un embarazo en sus lugares de trabajo por la latente amenaza de ser despedidos al constituir un factor que afecta su rendimiento laboral.

Todo lo anterior pone de presente una conclusión interesante. La Sentencia C-005 de 2017 de la Corte Constitucional no consagra un fuero de paternidad, sino, más bien, un fuero de maternidad extendido. De esta suerte, la protección laboral reforzada se activará con independencia de que el trabajador posea un vínculo de filiación con el niño nacido o en proceso de gestación (Palacio, 2018, p. 24).

Sin embargo, dicha providencia plantea un problema, puesto que no se pronunció sobre el requisito consistente en informar al empleador la circunstancia del embarazo de su cónyuge o compañera permanente por lo que, en principio, se le debe dar

cumplimiento a lo dispuesto por la Sentencia SU 075 de 2018, mediante la cual se dispuso que la protección no opera de iure sino que debe de ser informada al empleador. Consciente de ello, la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-670 de 2017, estableció que para que el cónyuge o compañero permanente pudiere acceder a la extensión de la estabilidad laboral reforzada debe de, además de información dicha situación al empleador, tener a la gestante afiliada al sistema de seguridad social en calidad de beneficiaria y que aquella se encuentre desempleada o sin desempeñar alguna actividad laboral.

Consciente de ello, la sentencia anteriormente mencionada reivindica el interés de protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad mediante la salvaguarda de aquel nasciturus. En palabras de la corte:

Advirtiendo la necesidad de modificar el papel tradicional de hombre y mujer en la sociedad y en la familia, e igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, esta Corte decidió adoptar medidas orientadas a promover la conciliación en el ámbito del trabajo y la vida familiar relacionadas con la expansión del principio de igualdad de trato y no discriminación. Para ello reconoció que los derechos destinados al cuidado y atención de los hijos y familiares son derechos que recaen en el trabajador como individuo, independientemente que se trate de hombre o mujer, y que se extiende la estabilidad laboral reforzada a padres cabeza de familia al partir del supuesto de una necesaria conciliación del trabajo con la vida familiar (Corte Constitucional, Sentencia T-076 de 2017)

Para la protección de la estabilidad laboral reforzada a la maternidad extendida el único mecanismo que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico es través de la jurisdicción constitucional debido al vacío legislativo. A través, de esta jurisdicción, concretamente a través de la acción de tutela, se busca el reconocimiento de esta figura como una materialización del Artículo 241 de la Constitución Política. Esto, después de la plurimentada sentencia de

constitucionalidad expedida para garantizar el mínimo vital para aquel menor recién nacido

Ahora, además que la corte a nivel jurisprudencial crea una figura laboral nueva en el ordenamiento jurídico, esta rectifica que unos de los pilares fundamentales de la sociedad es la familia y que si bien la mujer es aquella que carga con el embarazo no es solo ella la que se puede ver afectada , pues el ingreso en un hogar puede variar puede venir de solo el padre, o solo la madre o ambos, entonces la corte se basa en supuestos que se pueden ver diarios para fortalecer el ordenamiento jurídico con estas jurisprudencias y llenar vacíos y optar por la no discriminación

Para concluir, si bien existe a nivel jurisprudencial esta protección y como se mencionó anteriormente existe la protección constitucional vía tutela, se puede evidenciar una necesidad que el orden legislativo intervenga con miras introducir a nuestra legislación laboral esta figura con miras a lograr una mayor eficacia en la protección de esta figura y, con ello, salvaguardar a la familia como núcleo esencial de la sociedad.

CONCLUSIONES

Las estabilidades laborales se crean como un instrumento para la protección del trabajador al considerarse como la parte débil de la relación laboral. Pues bien, la estabilidad laboral reforzada, es creada como la herramienta con la que cuentan las mujeres en estado de embarazo para estar protegidas ante un eventual despido o desmejoramiento de sus condiciones laborales. Con esto, se subsana un factor discriminación en los procesos de selección en la medida de que se presentan casos en los cuales se niega la contratación de una mujer en etapa fértil.

En América Latina, la figura de la estabilidad reforzada a la maternidad extendida ha ido cogiendo fuerza en los diferentes ordenamientos jurídicos. Se observa países como Venezuela, Chile y Bolivia en los cuales se ha reformado la legislación laboral

para su introducción, y en el caso de Panamá se encuentra en trámite legislativo la reforma para su incorporación. Sin embargo, las legislaciones también han sido conscientes que en ocasiones ese mínimo vital no es otorgado por la madre sino por su cónyuge respecto de la cual es dependiente, de ahí que aquellas legislaciones hayan extendido dicha protección al cónyuge o compañero permanente.

En Colombia, el proceso de incorporación de la estabilidad laboral reforzado a la maternidad extendido no ha iniciado por el trámite legislativo sino por la vía jurisprudencial. La Corte Constitucional consciente de la realidad socio económica de nuestro país, pretendió garantizar el mínimo vital del menor recién nacido, no sólo mediante la estabilidad laboral de la madre sino mediante la protección del cónyuge o compañero permanente. Es por ello, que se evidencia la necesidad de un desarrollo legislativo de la figura de tal manera que se señale con certeza los parámetros necesarios para acceder a esta protección.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Asamblea nacional panamá, 2019, trámite legislativo 2019-2020, *anteproyecto de ley108*, <https://asamblea.gob.pa/seguimiento-legislativo>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile,2019, *Protección a la paternidad: Fuero paternal*, Recuperado de https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27421/1/Fuero_Paternal_PA.pdf

Emerson Forero Acero, 2004, *estudio normativo y jurisprudencial de la protección de la mujer en estado de embarazo*, monografía inédita de pregrado, universidad de los Andes, Bogotá.

Ignacio Cadavid Gómez, Eraclio Arenas Gallego, 2019, *Cartilla del trabajo, periodo de prueba y embarazo*, sello editorial, pp-62.

Julieta Lemaitre, *¿puede la corte constitucional emancipar a las mujeres?*, *Derecho Cosntitucional-perspectivas criticas*- Universidad de los Andes, Facultad de derecho-observatorio de justicia constitucional, editorial legis, 2001.

Luis German Cadavid Palacio. (2018). *El fuero a la maternidad extendida: límites y alcances* (tesis de maestría), Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia”.

Miguel, A. R. (1994). *El concepto de igualdad*. Madrid.: Editorial Pablo iglesias.

Organización Internacional del Trabajo, [OIT], 2020, Recuperado de <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang--es/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo, [OIT] (2014), *la maternidad y la paternidad en el trabajo, marco de la OIT y contexto*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_242618.pdf

Presidencia de la Republica,2012,*Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, Recuperado de <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/90040/103880/F-290965674/VEN90040.pdf>

Servicio de Género, Igualdad y Diversidad Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad Organización Internacional del Trabajo,2014, *La maternidad y la paternidad en el trabajo: La legislación y la práctica en el marco de la OIT y contexto*, Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_242618.pdf

Tobar Reina Edision Roberto,2018,*Analisis jurídico sobre la estabilidad laboral reforzada cuyo cónyuge o conviviente se encuentra en estado de gestación, pregrado*, Universidad Regional Autónoma de los Andes,Ibarra-Ecuador.

NORMATIVIDAD

Código de trabajo chileno, artículo 195,1931.

Código de trabajo chileno, artículo 201.1931.

Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional N°116,1991.

Constitución Nacional Panameña, Artículo 72,2004.*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer-la mujer y la salud*, artículo 12,1979.Sentencia de unificación, SU-078.2018.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo48, 2007.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Resolución 34/180,1970.

Decreto, 8.938, de 2012.

Inamovilidad laboral de la madre y padre progenitores que trabajen en el sector público o privado, decreto supremo N°012,2009.

Ley orgánica de la caja de seguro social, ley51, 2005.

Normas sobre adopción de menores, Ley N° 19. 620, 1999. *Constitución Política de Bolivia*, artículo 48, 2009.

Sentencia, Corte suprema de justicia sala de casación laboral, 1982.

Sentencia, N°708, el tribunal supremo de justicia corte constitucional, 14 de agosto.

Sentencia, SU-075, 2018.

Sentencia, SU-071,2013.

Sentencia T-076 de 2017.

Sentencia 005 de 2017.

Sentencia, C- 470,1997