

**PRERROGATIVAS Y LIMITACIONES QUE PRESENTA LA LICENCIA DE
PATERNIDAD EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL MENOR**

**GIOVANNA CATHERINE MONCAYO MORA
TYRONE ROSAS MUÑOZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2012**

**PRERROGATIVAS Y LIMITACIONES QUE PRESENTA LA LICENCIA DE
PATERNIDAD EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL MENOR**

**GIOVANNA CATHERINE MONCAYO MORA
TYRONE ROSAS MUÑOZ**

**Trabajo de investigación para optar al título de
Especialista en Derecho Administrativo**

**Dra. TANNIA CHAVES CAICEDO
Asesora**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2012**

**Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son de
responsabilidad exclusiva de sus autores.**

**Artículo Primero del Acuerdo 324 de Octubre 11 de 1966, emanado del
Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.**

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DE JURADO

JURADO

JURADO

San Juan de Pasto, 22 de Octubre de 2012

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad de Nariño y sus docentes, por haber contribuido a cumplir con esta meta fijada, por brindarnos sus conocimientos y apoyo profesional.

A nuestra asesora, doctora Tannia Chaves Caicedo, por dedicarnos el tiempo necesario, por orientarnos en el desarrollo de esta investigación y ofrecernos sus conocimientos profesionales.

A Dios le dedico cada logro alcanzado en mi vida, él es mi guía y maestro en cada camino trazado.

A mi hijo Samuel, por ser mi inspiración, la razón que impulsa mi vida.

A mis padres Franco y Rosalba, a mi hermano Jhon F., por apoyarme siempre en mis metas y proyectos.

Giovanna Catherine.

A mis padres, a mi esposa y mi hija Laurita, todos ellos motivos de inspiración en mi vida.

Tyrone Rosas Muñoz.

RESUMEN

La Licencia de Paternidad, es un derecho constitucional y un beneficio que se hace extensivo a todos los regímenes laborales de nuestro país, incluso los especiales, lo cual conduce a la realización de un derecho, que le permite al favorecido de la norma disfrutar de la prestación del mismo, de una manera más cierta y eficaz, más aún cuando se trata de amparar al niño, considerado constitucionalmente sujeto de especial protección.

La Licencia de paternidad, también llamada “Ley María”, nace de un sentimiento paternal que un día se generó en el precursor de la misma, el doctor Juan Lozano, después de sentir tal frustración al ver el nacimiento de su hija María y no poder disfrutar junto a ella esa felicidad, ya que al otro día tenía la obligación de trabajar. Esta figura tuvo sus orígenes en el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo, que habla sobre la igualdad de oportunidades y el trato entre trabajadores y trabajadoras; trabajadores con responsabilidades familiares, en la que se incluye el goce de días con los hijos.

La Corte Constitucional ha emitido diversos pronunciamientos al respecto, en los cuales busca dar aplicación a los derechos de los niños, pues la Licencia de Paternidad gira en torno a este reconocimiento; reiterando que sus no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de prerrogativas y garantía frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de asistir a la satisfacción de estos derechos.

El cuidado de los menores debe entenderse como un conjunto de prácticas tanto de las familias como de la comunidad en general, las cuales están destinadas a brindar el amparo y protección que necesitan para su desarrollo y crecimiento. De aquí, que resultaría aun más enriquecedor que nuestros niñas y niños tuviesen desde sus primeros días de vida un tiempo más prolongado con sus padres, pues

esto constituye un buen comienzo de vida, donde los padres aprenderán lo necesario sobre el desarrollo infantil, las necesidades de sus hijos y lo más importante, cómo satisfacerlas, creando conciencia de la responsabilidad que tienen con ellos.

La paternidad como fundamento básico en el reconocimiento a los trabajadores de poder gozar de una licencia que les genere espacios para compartir con sus hijos recién nacidos y velar desde sus primeros días por su bienestar, es un derecho - deber extendido tanto a trabajadores del sector privado, como también del sector público, incluidas las fuerzas armadas y de policía, estos requieren una apropiada divulgación, puesto que por la complejidad de su labor, tienden a sacrificar o mejor desconocerse este derecho adquirido, en reemplazo de situaciones que deleguen el cumplimiento de su deber diario.

ABSTRACT

Paternity leave is a constitutional right and a benefit that extends to all work patterns in our country, including special ones, which leads to the realization of a law that allows the standard favored enjoy provision thereof, in a more certain and effective, especially when it comes to protect the child, considered constitutionally subject to special protection.

The Paternity leave, also called "Law Mary", born from a paternal feeling that a day was generated in the precursor of the same law, Dr. John Lozano, feel such frustration after seeing the birth of his daughter Mary and not with her to enjoy that happiness, and that the day should work. This figure had its origins in the Convention 156 of the International Labour Organization, which talks about equality of opportunity and treatment between men and women workers: workers with family responsibilities, which include the enjoyment of days with the children.

The Constitutional Court has issued several pronouncements in this regard, which seeks to give effect to the rights of children, as the license Parenthood revolves around this recognition, reiterating that the rights of children do not depend on any special conditions and apply to everyone equally, are a set of rights and guarantee against state action and represent a duty of public authorities to attend to the satisfaction of these rights.

The care of children should be understood as a set of practices both family and community in general, which are designed to provide the shelter and protection they need for their development and growth. Hence, it would be even more enriching our children they had from their first days of life a while longer with their parents, as this is a good start in life, where parents learn enough about child

development, needs their children and most importantly, how to meet them, raising awareness of the responsibility with them.

Fatherhood as a basic foundation in recognizing workers to enjoy a license to generate spaces for sharing them with their newborns and from its earliest days to ensure their well-being is a right and duty extended to both private sector workers as well as public sector, including the armed forces and police, they require appropriate disclosure, since the complexity of their work, they tend to sacrifice or rather ignored this right acquired, replacing delegating situations fulfilling its daily duty.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	16
CAPITULO I	
ASPECTOS GENERALES	17
1.1 DEFINICIONES Y CONCEPTOS	18
1.1.1 Los derechos de los recién nacidos	19
1.2 RÉGIMEN JURÍDICO	20
1.3 LICENCIA DE MATERNIDAD	23
CAPITULO II	
ANTECEDENTES DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD	28
2.1 UN PASO POR LA HISTORIA Y OTRAS LEGISLACIONES	28
2.2 EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	30
CAPITULO III	
LA LICENCIA DE PATERNIDAD Y SU RECONOCIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	34
3.1 ALCANCE LEGAL Y JURISPRUDENCIAL	40
3.1.1 Sentencia C-663/09	40
3.1.2 Sentencia C-273 de 2003	41
3.1.3 Sentencia C-174 de 2009	42
3.1.4 Ley 1368 de 2011	44
3.1.5 Sentencia C-383 de 2012	44
CAPITULO IV	
LA EFECTIVIDAD DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL MENOR	45
4.1 LOS DERECHOS DEL NIÑO	45
4.2 RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS	47
4.3 PRERROGATIVAS Y RESTRICCIONES QUE NACEN DE ESTA LEY	52

4.4 LEY MARÍA Y EL SERVIDOR PÚBLICO	55
CONCLUSIONES	62
RECOMENDACIONES	64
BIBLIOGRAFÍA	67
CIBERGRAFÍA	69

GLOSARIO

CALAMIDAD DOMESTICA: se concibe por calamidad domestica las tragedias familiares que requieren de la presencia del trabajador, tales como la muerte o enfermedad grave de un familiar, catástrofe natural como inundación o incendio de la vivienda, entre otras.

COMPAÑEROS PERMANENTES: es la unión de dos personas, cuyo fin es el convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal. Generalmente conlleva una dependencia económica semejante a la de un matrimonio, algunos ordenamientos jurídicos se han visto en la necesidad de regularlas para evitar el desamparo de alguno de los compañeros, en ciertas situaciones como muerte del otro o enfermedad.

DERECHOS FUNDAMENTALES: son los derechos inherentes a la persona humana. Comúnmente se les ha identificado con los derechos individuales, sin embargo en Colombia han sido reconocidos por la Corte Constitucional algunos derechos pertenecientes a la llamada segunda generación, es decir, ha reconocido como derechos fundamentales ciertos derechos sociales que son necesarios para que la persona humana cuente con una vida digna.

EFFECTIVIDAD: es la capacidad de lograr un efecto deseado, esperado o anhelado. Es la combinación de eficacia y eficiencia; es realizar una tarea correctamente aprovechando los recursos puestos a disposición para ello.

ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA: sistema de relaciones formales en que se congregan las unidades responsables de una dependencia o entidad, de acuerdo con una coordinación de funciones y líneas de mando jerárquicamente instituidas.

ESTRUCTURA ORGÁNICA: disposición consecuente de los órganos que integran una institución, acorde a criterios de jerarquía y especialización, ordenados y codificados de tal forma que sea posible visualizar los niveles jerárquicos y sus relaciones de dependencia. En consecuencia se puede establecer que la estructura organizativa de una empresa es el esquema de jerarquización y división de las funciones componentes de ella.

INTERÉS SUPERIOR: se trata de un "standard jurídico", es decir una demarcación autonómica de la voluntad decisoria, con formas cambiantes entre lo flexible, progresivo y ajustado a las eventualidades particulares, su naturaleza jurídica es la de un principio aplicable a una medida de conducta social correcta, constituye un instrumento técnico que concede poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal interés en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso, donde éste se convierte en un patrón de decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño.

LEGISLADOR: el legislador es una persona o un órgano del cual emanan las leyes, dependerá de la constitución de cada estado la asignación del poder legislativo a uno u otro órgano o persona.

PODERES PÚBLICOS: conjunto de órganos e instituciones del Estado, es la capacidad jurídica legítima que poseen los tres poderes del Estado para ejercer de forma eficaz los cometidos que les confiere la Constitución.

PRERROGATIVAS: privilegio o derecho de que disfruta una persona y algunos de los poderes supremos del Estado.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD: la progresividad se encuentra inmersa dentro del desarrollo de cualquier sistema de seguridad social, como principio orientador en la búsqueda de la universalidad e integralidad. Se entiende como un

gradualismo acogido por diversos instrumentos internacionales y textos constitucionales para la puesta en aplicación de las medidas apropiadas.

PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS NIÑOS: “es el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos”.

SERVIDORES PÚBLICOS: los servidores públicos son las personas que prestan sus servicios al Estado, a la administración pública. Según el artículo 123 de la Constitución de 1991: "los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

INTRODUCCIÓN

Abordar el tema de la Licencia de Paternidad, como un derecho constitucional, resulta de gran relevancia dada la importancia que adquiere este tema en el campo laboral (público y privado) de Colombia y, en especial en el de los hombres en su rol de padres de familia.

Además, que este beneficio se hace extensivo a todos los regímenes laborales de nuestro país, incluso los especiales. Llevando así, a materializar un derecho que le permite al beneficiario de la norma disfrutar de la prestación del mismo de una manera más cierta y eficaz, más aún cuando se trata de amparar al niño o niña, considerado constitucionalmente sujeto de especial protección.

El tiempo que el legislador otorga como licencia remunerada de paternidad, ha sido establecido como un derecho-deber, para vincular efectivamente al padre con las tareas de cuidado y atención a su hijo recién nacido, es una medida de protección destinada a cumplir los derechos superiores del niño o niña, concretamente, aquellos vinculados al cuidado y amor de quien por su condición de indefensión e inmadurez física y mental, requiere la mejor atención tanto de sus padres, como del Estado.

Pero aun más relevante para este trabajo es el tema del término que ha establecido la ley para el goce de tal derecho, y todas aquellas implicaciones que conlleva su reconocimiento. Ha sido un proceso dispendioso el lograr que la ley hoy reconozca un límite de tiempo prudente y amplio para disfrutar de su hijo al nacer.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES

En el desarrollo de la Especialización de Derecho Administrativo se trataron aspectos encaminados al estudio de distintas jurisprudencias que desarrollaron temas de gran interés, sin embargo en ninguna de estas se consideró con detenimiento la prevalencia que tienen los derechos de los niños en nuestro ordenamiento jurídico y por ende en nuestra sociedad y en cada rol que desempeñamos cotidianamente; así como el derecho-deber de los padres de atender las primeras necesidades de los infantes.

El desarrollo de este trabajo, encuentra su asidero en el análisis de las normas y jurisprudencia referentes al tema de la Licencia de Paternidad y, si las prerrogativas y restricciones que se presentan con el reconocimiento de la licencia de paternidad logran darle efectividad al cumplimiento de los derechos del menor.

La licencia de paternidad encuentra sustento en distintas etapas jurisprudenciales, entre las cuales encontramos que la sentencia T - 709 de 2003, emitida por la Corte Constitucional refiere el caso en el cual la afiliación de los padres del menor a una misma EPS no es un argumento para negar los ocho días de licencia ya reconocidos. Además legalmente ya se encuentra establecida la reglamentación que regulará esta materia, la Ley 1468 de 2011 ha establecido que el esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad, la cual es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad. La licencia remunerada de paternidad aplica tanto para los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera permanente.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Este tema, además tiene relevancia en el mundo jurídico por el reconocimiento y garantía que se le brinda a los derechos del menor, razón por la cual la Corte Constitucional determinó que no puede haber discriminación al momento de proferir la llamada licencia de paternidad, que de ahora en adelante debe ser, para todos los hombres que tengan un hijo recién nacido, de ocho días. Pues anteriormente esta licencia tenía una distinción, ya que otorgaba un periodo de cuatro días hábiles para los trabajadores hombres, cuando son cotizantes únicos al sistema de seguridad social en salud, mientras que cuando padre y madre cotizan, la licencia post natal para el hombre es de ocho días.

El común denominador que para este trabajo obtuvo el tema de la licencia de paternidad está radicado en la preponderancia de los derechos de los niños y niñas, en el alcance que logran obtener su reconocimiento y garantía ante la sociedad y las autoridades en nuestro país e incluso a nivel mundial.

1.1 DEFINICIONES Y CONCEPTOS

La Licencia de Paternidad, también conocida como Ley María, tiene su fundamento en un sentimiento paternal que un día se generó en el precursor de la misma, el doctor Juan Lozano, después de sentir tal frustración al ver el nacimiento de su hija María y no poder disfrutar junto a ella esa felicidad, ya que al otro día tenía la obligación de trabajar. Así se desencadena el reconocimiento que merece un tema tan importante y fraternal ante los derechos de los niños y niñas, destacándose para este caso en particular el cuidado y amor que merece un recién nacido desde los primeros días de vida, tanto al lado de su madre como también de su padre.

Justificándose así, que la promulgación de esta ley no sólo tiene importancia por el derecho que se les reconoce a los padres a disfrutar de sus hijos recién nacidos, sino que “María” posee una mayor profundidad, la cual radica en el reconocimiento de los derechos de los niños y niñas, que adquieren relevancia constitucional y por ende mayor protección.

1.1.1 Los derechos de los recién nacidos: Este es un tema que relaciona a todo un conjunto de normas de derecho internacional que protegen a nuestros niños y niñas. Todos y cada uno de los derechos de la infancia son inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia.

Los niños y niñas son el futuro de nuestra sociedad, necesarios para cambiar aquellos escenarios de violencia, inestabilidad, inequidad e injusticia que vive el país en la actualidad. Por ello, la importancia de garantizarles a nuestros sucesores, tanto en el rol de liderazgo, como en la construcción de un porvenir, estabilidad, amor y protección desde los primeros días de sus vidas, pues con ello se forjarán bases sólidas de afecto y seguridad para su futuro.

Mundialmente existen diversos organismos encargados de velar por la protección de los infantes, entre los cuales se encuentra la UNICEF (El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia), la cual es una organización semi-autónoma, que pertenece al sistema de las Naciones Unidas, pero cuenta con su propio cuerpo de gobierno. Dentro de este sistema es una de las entidades encargadas de la protección y promoción de los derechos de los niños alrededor del mundo, de satisfacer sus necesidades básicas y de aumentar las oportunidades que se les ofrece para que puedan alcanzar plenamente sus potencialidades.

*“La Asamblea General de las Naciones Unidas –ONU- ha delegado a la UNICEF para que ésta vele por la protección de los derechos del niño, ayude a satisfacer sus necesidades básicas y aumente sus oportunidades de vida. Conforme a ésta delegación la UNICEF se ha puesto al frente de la gran tarea que significa investigar y analizar la situación de los niños en el mundo para entrar a desarrollar programas y planes que ayuden a la supervivencia protección y desarrollo de los niños, ya que estos, forman parte integral del progreso de la humanidad. Para poder realizar sus objetivos la UNICEF moviliza la voluntad política y los recursos materiales para ayudar a los países, en particular a aquellos llamados del tercer mundo, a garantizar que los niños tengan derechos prioritarios sobre los recursos y a crear la capacidad de establecer políticas apropiadas y ofrecer servicios para los niños. Se empeña también en garantizar que se dé una efectiva protección a los niños más desfavorecidos: víctimas de la guerra, desastres, extrema pobreza, todas las formas de violencia y explotación y los menores con discapacidades. En coordinación con los organismos humanitarios y los países asociados de las Naciones Unidas, la UNICEF pone a disposición de las entidades que 10 colaboran con ella, sus servicios de respuesta rápida para aliviar el sufrimiento de los niños y de las personas responsables de su cuidado”.*¹

1.2 RÉGIMEN JURÍDICO

Hoy en Colombia, gracias a la existencia de la Ley María, los padres tienen derecho a una licencia remunerada y por un término de ocho días, para disfrutar con sus hijos sus primeros días de vida; incluso pueden acudir a la tutela para obtener su permiso remunerado, porque está de por medio un derecho fundamental e inviolable.

La Corte Constitucional, ha proferido diversos fallos sobre incumplimiento de la Ley 755 de 2002 o también conocida como Ley María. Como se ha dicho y quedará expuesto en el desarrollo de este trabajo, esta ley no es un simple

¹ PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, Bogotá, Página Oficial, Tesis de Derecho, Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-61.pdf>, (Citado el 6 de Enero de 2012)

otorgamiento de un reconocimiento a los padres de familia, sino que ostenta un elemento de mayor relevancia, como lo son los derechos fundamentales del niño. Razón por la cual se presentaron unos casos, en los cuales las sentencias de la Corte determinaron que se produjo violación de los derechos de los niños, por lo que fallaron a favor de los padres, dejando precedente para otros casos similares.

En la sentencia T - 709 de 2003, la Corte Constitucional aclara que el hecho de que los padres no estén *afiliados a la misma EPS no es un argumento para negar los ocho días de licencia*. *“La filosofía que orienta esa licencia no es otra que la protección de la niñez en Colombia y el desarrollo del derecho constitucional de los menores al amor y al cuidado de sus dos progenitores, no sólo de uno de ellos”²*, según la Corte Constitucional en su fallo.

En sentencia T - 298 de 2004, el alto tribunal falla a favor de un ciudadano que interpuso una acción de tutela alegando el derecho al beneficio consagrado en la Ley María tras haber adoptado a un bebé. Sin embargo, la EPS negó afirmando que no existía norma alguna que autorizara el reembolso de licencia de paternidad por adopción. Al respecto la Corte declaró lo siguiente: *“No resulta admisible que de plano se rechace el carácter fundamental de un derecho por su carácter prestacional”³*.

En la sentencia también se menciona que no puede limitarse la extensión de la licencia únicamente al padre biológico. El núcleo esencial de este derecho no admite distinciones basadas en la forma de nacimiento, pues el cuidado y el amor se requieren sin importar si es biológico o afectivo, razón por la cual la ley tuvo un trato discriminatorio al respecto.

² Sentencia nº 709/03 de Corte Constitucional, 14 de Agosto de 2003. Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

³ Sentencia T-298/04 de Corte Constitucional, 25 de Agosto de 2004. Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Eduardo Caamaño Rojo, analiza en la revista de Derecho de la Universidad Pontificia de Valparaíso el tema del Derecho del Trabajo desde un enfoque de género, artículo en el cual considera que: “resulta evidente que el ordenamiento jurídico especial a que dio lugar se creó pensando en un trabajador hombre del sector industrial, a jornada completa, responsable del sustento económico familiar y que no precisaba de medidas de conciliación, porque no se le considera responsable de las tareas domésticas y de cuidado. Este modelo servirá luego para definir los derechos laborales y la organización del trabajo, particularmente en lo que se refiere a la ordenación legal de los tiempos de trabajo, permitiéndose, en caso de Chile, jornadas diarias de hasta doce horas de trabajo. Asimismo, es necesario tener en consideración que la cultura y las expectativas en el lugar de trabajo relativas al trabajador ideal que pone el trabajo y las preocupaciones profesionales por encima de cualquier deseo de implicación familiar desempeñan un papel importante para desalentar a los hombres para aprovechar las ventajas de los derechos que se le reconozcan como padres. De allí entonces que los primeros pasos tendientes a generar un cambio del modelo arquetípico de producción y reproducción deben tender fundamentalmente a que los trabajadores con responsabilidades familiares que hagan uso de las opciones que les pueda ofrecer el ordenamiento jurídico no se vean expuestos a situaciones de vulnerabilidad que supongan pagar un precio demasiado alto por sus limitaciones familiares. Desde esta perspectiva es interesante constatar como la evolución en la normativa que promueve una igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, en especial ante las responsabilidades familiares, comienza a abandonar las categorías de género para referirse más ampliamente a los progenitores o, en forma simple, a los trabajadores con responsabilidades familiares”.⁴

⁴ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXI, Chile 2º Semestre de 2008.p. 325 – 354.

De esta manera podemos justificar, que en muchos países la licencia de paternidad se ha convertido en un asunto de discusión, como lo demuestra Chile, en este caso en particular y, todo para llegar a describir la relevancia que hoy adquiere este tema en la vida familiar y laboral.

1.3 LICENCIA DE MATERNIDAD

Es importante reconocer en el tema que nos ocupa, que la licencia de maternidad ha sido el eje de partida frente a la discusión que hoy ha dado nuestro asunto en estudio.

La licencia otorgada por la ley a las madres, es un beneficio laboral, al cual pueden hacerse acreedoras, siempre y cuando cumplan con un número de requisitos ya establecidos.

La Ley 1468 del 30 de junio de 2011, introdujo una modificación al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual este quedara así:

Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con Parto Múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.

6. En caso de fallecimiento de la madre antes de terminar la licencia por maternidad, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

7. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad Preparto. *Esta será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el postparto inmediato. Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto. b) licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.*

Parágrafo 1º: *La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.*

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad. La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad. Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

Parágrafo 2°: *De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.*

Parágrafo 3°: *Para efecto de la aplicación del numeral 5 del presente artículo, se deberá anejar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad⁵.*

Esta ley introdujo importantes cambios en este tema y sobre todo en los beneficios reconocidos a las madres. Entre los cuales están: si se trata de partos múltiples, el número de semanas llega a ser de hasta 16, el empleador está obligado (por la ley) a conceder la licencia por lo menos dos semanas antes de la fecha probable de parto, y a su vez la empleada está obligada a iniciar la licencia de maternidad por lo menos una semana antes de la fecha probable de parto. El resto de semanas para completar las 14 se tomarán después del parto.

⁵ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley LEY 1468 DE 2011. Diario Oficial No. 48.116 de 30 de junio de 2011

Al respecto, encontramos distintas jurisprudencias que analizan el tema de la licencia de maternidad:

• **Sentencia T-526/09:** *en una forma concisa sustentaremos el motivo que impulso a la Corte en este fallo. La accionante busca la protección de su derecho y el de su hija, a la seguridad social y al mínimo vital, los cuales fueron negado por el Juzgado 54 Civil Municipal de Bogotá, argumentando su fallo en la insuficiencia de aportes al sistema durante el período de gestación. so pena de ello, la Corte ordena tutelar los derechos de la accionante y de su hija, a la seguridad social y al mínimo vital, para lo cual se implicará, por contrariar la Constitución, lo dispuesto en los artículos 63 del Decreto 806 de 1998 y 3° del Decreto 047 de 2000 y se ordena a la EPS, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, pague el 100% de la prestación por licencia de maternidad debida a la afiliada⁶.*

• **Sentencia T-174/11:** *Tanto el Código Sustantivo del Trabajo como la Jurisprudencia, desarrollan la estabilidad laboral reforzada por estado de gravidez o lactancia en la mujer trabajadora, junto con los beneficios de ser padres en el desarrollo de un contrato laboral. La Corte Constitucional considera necesario señalar que a partir del momento en que se da el fenómeno natural de la concepción durante cualquier relación laboral, sin importar la vinculación, nace el fuero por maternidad. En esa medida, dicha protección se debe desarrollar en pro del amparo de la madre trabajadora y del niño que está por nacer, tal y como lo señala la Constitución⁷.*

En síntesis, al aumentar la ley el período de las licencias de maternidad, favorece de manera general la posibilidad de que más niños y niñas reciban durante más tiempo lactancia materna, lo cual, sin duda, redundará en mayor bienestar para la población infantil.

⁶ Sentencia T-526/09. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla, 5 de agosto de 2009.

⁷ Sentencia T-174/11. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ivan Palacio Palacio. 14 de Marzo de 2011

Así mismo, obliga, siempre y cuando no medie una situación de urgencia médica, al disfrute de una semana de licencia antes del nacimiento. Esta semana le permite a la madre prepararse de mejor forma, física y mentalmente, para la llegada de su hijo o su hija.

El permitirles a las madres acompañar ahora el proceso de recuperación de los prematuros (se les reconoce como licencia también las semanas que le faltaron al embarazo para alcanzar el término, que es 37 semanas) mejorará la recuperación de ellos y, como ha sido demostrado por múltiples estudios, favorecerá la generación de afecto entre la madre, el padre y el recién nacido enfermo, con lo que se previene de manera colateral el maltrato infantil.

CAPITULO II

ANTECEDENTES DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD

2.1 UN PASO POR LA HISTORIA Y OTRAS LEGISLACIONES

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, este fue el sustento que llevó a la Organización Internacional del Trabajo a adoptar la Recomendación 165 de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, cuyo numeral 22 hizo explícito que durante un periodo inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, también el padre debería tener posibilidad de obtener una licencia sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él, a lo que denominó *licencia parental*. Así mismo, dejó en libertad de cada país su determinación, que debería introducirse en forma gradual.

De igual modo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) expidió el Convenio 156 (1981) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, que se aplica a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando las mismas limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella (art. 1 y ss.). De lo cual podemos extraer un tema fundamental que argumenta esta materia así: “...Artículo 3. 1. 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 profesionales...⁸

En los países miembros de dicho organismo, se presentan importantes diversificaciones con respecto al alcance de la duración de la garantía. Si citamos algunos ejemplos: Noruega otorga cuatro semanas completas como licencia, en Francia el hombre puede tomar 11 días y en España 15 días; en Cuba la licencia de paternidad se da al padre viudo y tiene derecho a recibir un 60% de su salario promedio. Para el caso de América Latina, Argentina ofrece 15 días. Recientemente, en Ecuador el Congreso acaba de aprobar que el padre goce entre 10 y 23 días de licencia por el nacimiento de los hijos, derechos que hasta ese momento solo accedía la madre.

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 de su hijo.

Uno de los primeros países en acoger este tema fue Suecia en el año de 1974, posteriormente Finlandia y Noruega adoptaron esta medida que les permite gozar a los padres de unos días con sus recién nacidos.

Venezuela era uno de aquellos países que excluían a los padres de los permisos concedidos antes y después del nacimiento de un hijo, sin embargo desde el año 2007 los padres gozan de una licencia de paternidad al nacimiento de sus hijos. A esta salvaguarda a los padres de un recién nacido se le conoce como “La Ley de Protección a la Familia”, proclamada el 20 de septiembre de 2007, en suma esta ley establece que al padre se le permitirá un permiso o licencia remunerada de 14 días continuos. En caso de enfermedad grave del hijo o hija, o complicaciones de salud que coloque en riesgo la vida de la madre, este permiso

⁸ Convenio C 156, sobre los Trabajadores con responsabilidades familiares. Ginebra, 23 de junio de 1981. Artículo 3. Numeral 1. Organización Internacional del Trabajo (OIT).

se extenderá por un período igual. En caso de parto múltiple la licencia será de 21 días continuos y si fallece la madre, el padre tendrá derecho al permiso postnatal que hubiere correspondido a ésta.

Por su parte en Ecuador la legislación de este país prevé una licencia, con derecho a remuneración económica, por 10 días para el padre en caso de que haya sido un parto normal y, un incremento de 5 días en caso de parto múltiple o por cesárea, además, se otorgará una licencia de hasta 25 días en caso de que la madre sufra alguna complicación en el parto, o si el bebé nace con alguna deficiencia, anomalía o fallece.

El hecho de conocer los días que otorgan por licencia de paternidad en otras legislaciones diferentes a la nuestra, es un punto de partida que generará en nosotros un análisis más profundo respecto a la garantía que se le está dando a los derechos del menor en cuanto a la garantía y materialización de su derecho al amor y cuidado del cual son titulares desde su nacimiento.

Una de las legislaciones que mayor reconocimiento les da a los padres, en cuanto a los días para disfrutar al lado de sus hijos recién nacidos, es la de España. A partir de 2011 cuatro semanas de permiso de paternidad después de tener un hijo, en lugar de las dos actuales son las que disfrutaran los hombres con sus hijos al nacer. Esta medida ha sido aprobada por la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados, con competencia legislativa plena. Con ella se pretende lograr una mayor conciliación de la vida personal y profesional y una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres a la hora de criar a los hijos.

2.2 EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

En nuestro país, la licencia de paternidad es conocida como “Ley María”, nombre que en su momento generó discusión ya que siempre una ley ha sido reconocida con un número, sin embargo, María salió triunfante ante los cuestionamientos y

hoy mantiene su nombre. Esta ley, nace junto con María, la hija del Juan Lozano, Ministro de Medio Ambiente para la época, buscando obtener un reconocimiento ante la ley para que los hombres puedan estar con sus bebés recién nacidos, sin la necesidad de alegar una calamidad doméstica para poder conseguir esta licencia.

Es así, como surge el reconocimiento a la licencia de paternidad, que hoy les otorga a los hombres ocho días hábiles para compartir con sus hijos en sus primeros días de vida. El entonces presidente de la República, Andrés Pastrana, la sancionó en el primer semestre de 2002, y a partir de su promulgación ha tenido una serie de modificaciones, pues algunas de sus disposiciones iniciales quebrantaban derechos fundamentales, tales como: la existencia de un mínimo de dos años de convivencia en la pareja para que el padre tuviera derecho a los ocho días, gracias a una Sentencia de la Corte en el 2003. Además, se exigía que para ser acreedor de los ocho días la madre también debería estar cotizando al sistema general de seguridad social.

Desde el año 2002, existe para los papás en Colombia el derecho a disfrutar a la Licencia de Paternidad al nacimiento de su hijo.

La Ley 755 de 2002 modificó el artículo 236 del Código Laboral, que establecía que la “Trabajadora-Cotizante” que hiciera uso del descanso remunerado de 12 semanas, podía reducirlas a 11 semanas y esa semana que sacrificaba era cedida al esposo o compañero para que este le hiciera compañía a ella y a su hijo. Sin embargo hoy, gracias a esta modificación, la madre no tiene que sacrificar ningún día de sus 12 semanas, ya que esta ley establece: “..

Parágrafo: La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a 4 días de licencia

remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad...⁹

Además, en dicho reconocimiento se estableció la individualidad de esta licencia con los días de licencia concedidos a la madre, pues no se descontarán de los 84 días de licencia de maternidad los ocho del padre, como al comienzo se estipuló. Cada quien gozará de su licencia remunerada de manera individual y será la EPS quien la pague.

Esta licencia es un incentivo al amor, a la ternura de los lazos existentes entre los padres y sus hijos. Existen estudios que demuestran que el papá que cargó a su bebé recién nacido, lo abrazó y le dio amor en las primeras horas, muy rara vez se convierte en un padre maltratador; dicho contacto con el recién nacido genera un control interno frente al maltrato infantil; “es como si se produjera un toque mágico que contiene impulsos violentos”, eso afirmó el creador de esta ley, el Ex Ministro Juan Lozano.

Sin embargo, esta figura ha tenido mayores avances respecto al reconocimiento de los días que deben disfrutar los padres con sus hijos recién nacidos, lo cual se soporta fundamentalmente en el principio de progresividad abordado por la Corte Constitucional al momento de garantizarle este derecho a los hombres, ya que lo que el pilar que sustenta la existencia de la Ley María debe estar fundado de una forma cierta y eficaz en la garantía de perseguir la protección del menor, pues es el verdadero beneficiario de esta figura, por considerarse como sujeto de especial protección.

⁹ COLOMBIA. Congreso de la República. La Ley 755 de 2002. Art. 236, por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María. Diario Oficial No. 44.878, de 25 de julio de 2002

De esta manera, la Ley María, constituye tanto el desarrollo, como la realización del interés superior del menor. Razón por la cual, se han venido desarrollando distintas jurisprudencias de nuestra alta Corte Constitucional, con el único propósito de darle protección a sus derechos, dando así origen a la Sentencia C-174 de 2009, mediante la cual, se somete a consideración el condicionamiento existente en cuanto a los días de licencia que tienen los hombres según su esposa cotice o no al sistema general de seguridad social.

Dado que lo que el Estado Colombiano debe perseguir es darle garantía a los derecho del menor, como un sujeto que requiere especial protección, la Corte decide declarar inexecutable la disposición contenida en la Ley 755 de 2002, según la cual se dispuso que serán: *“... cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre...”*¹⁰, pertenecientes al inciso primero del artículo 1º.

Nuestra Corte considero que las expresiones contenidas en la Ley 755 de 2002, sobre el condicionamiento establecido para el disfrute de 8 o 4 días, excedían la órbita de la potestad que tuvo el legislador al crearlas, para regular la prestación del servicio público de seguridad social en cuanto a la licencia remunerada de paternidad; además, considera la Corte que el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud queda salvaguardado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley 812 de 2003, mediante la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, norma que permanece vigente.

Como queda expuesto, la Ley María, o Licencia de Paternidad, ha sido la precursora de proteger y garantizar que los derechos de los niños y niñas recién nacidos, se desarrollen en un espacio familiar que les brinde amor y cuidado, hechos trascendentales en su futuro.

¹⁰ Ibid., art. 1, inciso 1

CAPITULO III

LA LICENCIA DE PATERNIDAD Y SU RECONOCIMIENTO EN LA LEGISLACION NACIONAL

El reconocimiento a la Licencia de Paternidad tiene sus inicios en la reforma que se le realiza al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en el cual se establece el “Descanso remunerado en la época de parto”, al cual tiene derecho la mujer en estado de embarazo al momento de la concepción.

Dicha reforma radicó en el Parágrafo de este artículo, quedando modificado por el artículo 1° de la Ley 755 de 2002, así:

“La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad. La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo.”

Los textos “solo”, “permanente” y “Este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia” del inciso tercero de la norma en comento, fueron declarados inexecutable por la Sentencia C-273 de 2003 de la Corte Constitucional”.¹¹

La sentencia C – 273 de 2003 de la honorable Corte Constitucional, lo que busco fue darle aplicación a los derechos del niño o niña recién nacido, mediante la modificación de ciertas palabras contenidas en el texto referido anteriormente. De esta jurisprudencia podemos extractar esencialmente que los derechos de nuestros hijos no estriban en ninguna condición especial y se aplican a todos por igual, constituyen un conjunto de derechos y garantías frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los mismos.

La Corte en dicha sentencia procedió a esclarecer si el inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002, al disponer que la licencia remunerada de paternidad solo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente con quien se tenga dos años de convivencia, desconoce los artículos 13 y 44 de la Constitución Política.

El art. 13 del Estatuto Superior, está contenido dentro del Título II, el cual consagra los Derechos, Garantías y Deberes, los cuales hacen parte integrante de los Derechos Fundamentales. Según el cual: *“todas las personas nacen libres e*

¹¹ CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. Art. 236 – Párrafo. Editorial Unión Ltda. Bogotá D.C. p. 94. Edición 2006.

iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.¹²

De aquí que la Corte en sus pronunciamientos al respecto ha buscado darle aplicación a los derechos de los niños, pues la Licencia de Paternidad gira en torno a este reconocimiento; reiterando que los derechos de los niños no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos y garantía frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de asistir a la satisfacción de estos derechos.

Además, son reconocidos los diversos mecanismos instituidos para dar cumplimiento a todas estas prerrogativas del menor, como lo es la creación de la Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño, en la cual se busca adquirir compromisos por los Estados partes, quienes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres y de los miembros de la familia, según lo instituya la costumbre local, encargados legalmente del niño, de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y

¹² COLOMBIA. Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 13. Bogotá: Lito Imperio Ltda. 2005. p. 6.

orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos en esta Convención.

Por otro lado, el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, establece que:

“son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.*¹³

La protección integral de los derechos del menor se hace efectiva a través del principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 44 Superior. De aquí que sea necesario brindar una efectiva salvaguardia a estos reconocimientos que se hacen al niño, razón por la cual se justifica para este caso en concreto la existencia en nuestro ordenamiento legal de la Licencia de Paternidad; cuya justificación radica en la necesidad de involucrar al padre activamente en la crianza de los hijos, brindándoles protección, cuidado y amor, especialmente en los primeros momentos de vida. Concediéndoles a los padres de familia, un periodo de tiempo remunerado que se le otorga para que acompañe y cuide a su

¹³ *Ibíd.* p.13 y 14.

hijo, garantizándole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y amor.

En suma, la Corte en esta Sentencia (C- 273 de 2003), concluye su análisis a la norma demandada estableciendo que las expresiones “solo”, “permanente” y “en este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia”, del inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002, son contrarias al Estatuto Superior, especialmente al artículo 44 de la Constitución Política, que consagra los derechos fundamentales de los niños al cuidado y amor y, por tal razón serán retiradas del ordenamiento jurídico; quedando exequible el resto del inciso, que dispone que la licencia remunerada de paternidad opera para los hijos nacidos de la cónyuge o compañera.

En este sentido ha de razonarse, que si la teleología de la licencia de paternidad radica en hacer efectivo el interés superior del niño al recibir el cuidado y el amor de manera plena por parte de su padre, propiciando de esta forma un ambiente benéfico para el desarrollo integral del mismo, el requisito de la convivencia, y más aún, por dos años, que exigía el inciso impugnado no resulta razonable, ya que independientemente que se den o no estas circunstancias, al recién nacido no se le podría privar del derecho fundamental al amor y cuidado de su padre, por motivos intrascendentes para este caso, como un límite de convivencia para ser acreedor a ello; pues el hecho de la convivencia entre los padres no puede ser oponible al interés superior del recién nacido, a estar los primeros días de su vida al lado de su padre.

En este orden de ideas, para la Corte es claro que la convivencia entre la pareja de esposos o compañeros permanentes como requisito que consagraba la norma que se puso a consideración, para configurar el derecho a la licencia de paternidad constituye una medida inconcebible, ya que está lejos de hacer efectivo el interés superior del niño, pilar fundamental que se pretende garantizar con la

licencia de paternidad, esta medida que anteriormente se consagraba, se oponía al goce del derecho fundamental que tienen los menores a recibir el cuidado y amor de sus padres, pues aquellos niños cuyos progenitores por alguna circunstancia no conviven para la época del nacimiento quedarían privados injustificadamente de la compañía, el amor y el cuidado de sus padres en los primeros días de vida.

Esta es la senda legal que ha ido recorriendo la figura de la Licencia de Paternidad, en busca de alcanzar una mayor efectividad en la protección y garantía de los derechos de los niños. Progresos entre los cuales se analiza la Sentencia C – 174 de 2009, proferida por la Corte Constitucional, mediante la cual se busca darle un reconocimiento más amplio y menos condicionado al derecho que les asiste a los padres de un recién nacido.

Mediante esta Sentencia, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “... cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre...” del inciso primero del artículo 1º de la ley 755 de 2002, por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sin embargo, los derechos han adquirido poco a poco un reconocimiento más amplio y, en esta jurisprudencia se les otorga a los hombres ocho (8) días de licencia de paternidad, aun en aquellos casos que tan sólo él sea cotizantes y no la madre de su hijo. Esta alta corporación sustenta sus razones en el hecho que la potestad que está en cabeza del legislador para conformar el sistema normativo al cual estará sometida la estructura orgánica, administrativa y jurídica del servicio público obligatorio de seguridad social en salud, no es una potestad absoluta pues se encuentra delimitada bajo los valores, principios y derechos consagrados en la

Constitución Política, por ello toda su estructura deberá obedecer a estos postulados sin coartarlos ni restringirlos en ningún caso.

Y resultaba evidente, que el legislador en este caso en concreto, mediante el cual le otorgaba ocho (8) días de licencia a los padres que cotizan doblemente al Sistema General en Salud y tan sólo cuatro (4) en aquellos casos en que sólo el padre podía ser cotizante, configuraba una discriminación desproporcionada, confiriéndole un estatus privilegiado a quienes cuentan con la posibilidad económica de cotizar tanto el padre como la madre, excluyendo o mejor desfavoreciendo a quienes por circunstancias económicas o laborales, solamente pueden cotizar mediante los aportes del padre generando una situación segregacionista frente al derecho fundamental al cuidado y al amor del cual es titular el menor en los términos del artículo 44 de la Constitución Nacional. En última instancia, aquí no estaríamos hablando de un desconocimiento de igualdad de derechos a los padres de un recién nacido, pues el razonamiento de este asunto radica primordialmente en la protección de los derechos que le asisten al menor, como ya lo hemos venido exponiendo desde el inicio de este análisis que le hace la legislación nacional a la licencia de paternidad. En conclusión, el interés superior del menor y sus derechos fundamentales deben prevalecer sobre cualquier otra consideración.

3.1 ALCANCE LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

3.1.1 Sentencia C-663/09: Inicialmente, la Licencia de Paternidad exigía para su reconocimiento una cotización previa y continua de cien semanas, sin embargo gracias al alcance de sentencias como esta, se evidenció lo innecesario de este requisito. La Ley 755 de 2002, es la norma que en su artículo 5° establece como requisito para el reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad, que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al nacimiento de su hijo. Sin embargo, la Corte Constitucional en esta

sentencia ha considerado como desproporcionado tal requerimiento, en la medida que esta situación conllevaría sacrificar un derecho fundamental previamente reconocido a los niños y niñas, el cual está basado en el cuidado y el amor que requieren desde los primeros días de su vida, por tanto, el principio de igualdad se vería quebrantado para aquellos padres que no alcanzan a acumular las cien (100) semanas de cotización, y el sacrificio del derecho subjetivo de los mismos padres a dicha Licencia de Paternidad, no parece compensado con un beneficio financiero que aparezca evidentemente necesario y de mayor relevancia social que la protección efectiva de los recién nacidos, de los padres y sus familias, lograda a través de la atención que puedan darles aquellos a sus hijos en sus primeros días de vida.

En esta misma sentencia, se recopilan pronunciamientos anteriormente emitidos por la Corte, sobre el tema de la Licencia de Paternidad, exaltando la doctrina acogida por la Constitución del 91, según la cual se persigue la protección integral del menor, originada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en otros documentos internacionales de Derechos Humanos.

3.1.2 Sentencia C – 273 de 2003: donde la Corte enaltece el principio del *"interés superior del niño"*, el cual encarna una garantía que *"vincula efectivamente a la autoridad, cualquiera sea su naturaleza, pues en adelante de manera imperativa ésta queda limitada y orientada por los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al niño, considerando igualmente los principios de participación y de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos (arts. 5 y 12 de la Convención)."*

Adicionalmente, la Sentencia C – 273 de 2003, recordó que el principio del interés superior del menor cumple un importante papel hermenéutico, el cual permite solucionar eventuales conflictos que se originen y trastoquen los derechos de los menores, así será posible llenar vacíos legales en la toma de decisiones políticas,

administrativas o judiciales, de forma que siempre se adopte "*aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos de los niños que sea posible y la menor restricción de los mismos, no sólo considerando el número de derechos afectados sino también su importancia relativa*"¹⁴

En este mismo fallo, la Corte llegó a la siguiente conclusión, después de realizar un arduo estudio al respecto: "*...si bien no existía un rol paterno único al cual todos los padres debieran aspirar, era claro que la psicología y en general las ciencias sociales postulaban que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo, y que el asumir el papel de padre en forma consciente y responsable garantiza al niño o la niña el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, especialmente el derecho al cuidado y amor para su desarrollo armónico e integral*"¹⁵.

Con base en los argumentos estudiados por la Corte en esta sentencia, es razonable sostener que en definitiva, lo importante y el verdadero sustento del reconocimiento de la licencia de paternidad no está en premiar al padre que ha convivido por más de dos años con la madre del menor, lo realmente importante en este tema es el reconocimiento de los derechos del niño, a que disfrute del cuidado y amor de su padre aún en los primeros días de su existencia.

3.1.3 Sentencia C-174 de 2009: el término que se establecía de la Licencia de Paternidad era diferente para el hombre cuya esposa o compañera permanente no cotizara al Sistema General de Seguridad Social en Salud, serían ocho días en aquellos casos en que la esposa o compañera si cotizara y cuatro si no era cotizante. Configurándose así en un acto discriminatorio y violatorio del artículo 44 de la Constitución Política, según el cual el recién nacido tiene derecho a una

¹⁴ Sentencia C – 273 de 2003. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Abril 1 de 2003

¹⁵ Sentencia C – 663/09. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Septiembre 22 de 2009

familia y a recibir el cuidado y amor por parte de ambos padres desde sus primeros días de vida.

La Corte al entrar a estudiar de manera específica los cargos de inconstitucionalidad propuestos en la demanda que encausa esta sentencia, sostuvo que si bien el legislador tenía una potestad de configuración en materia de seguridad social, la misma no es absoluta, por cuanto esta circunscrita al reconocimiento previo de los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política. Por tanto sería desproporcionado otorgar un status de privilegio a quienes por su condición económica pueden cotizar al sistema de seguridad social, sumergiendo en desigualdad a quienes por encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica, no puedan ser partícipes de derechos otorgados al momento de tener un hijo y, aun mas desbordado ante los ojos del derecho, si esto vulnera enfáticamente los derechos fundamentales del menor, reconocidos mundialmente como primordiales.

Ahora, resulta ajustado a la legalidad y legitimidad, que el legislador en el momento de crear las normas y exigir ciertos requisitos para el acceso a las mismas, como para este caso un mínimo de cotización para ser acreedor de la licencia de paternidad, es un mecanismo coherente con el sistema y el mantenimiento de su estabilidad, sin embargo ello no puede desbordar derechos fundamentales y aún más del menor, pues estos han adquirido mayor reconocimiento y tienen un sustento de preferencia ante otros derechos, por tanto, es viable y legal una exigencia mínima de semanas cotizadas, las cuales la Corte ha considerado como las de gestación, siendo estas necesarias para acceder al reconocimiento de licencia de paternidad.

Sin embargo, este mismo periodo reconocido por la Corte hoy ha variado de acuerdo a la expedición de la Ley 1468 de 2011, por medio de la cual se realizan

modificaciones a los derechos de la madre y del padre en la licencia de maternidad y paternidad respectivamente.

3.1.4 Ley 1468 de 2011: La Licencia de Paternidad es una figura que tenía su propia normatividad, la Ley 755 de 2002 o también conocida como Ley María, pero con la Ley 1468 de 2011, queda sin efectos la norma anterior y como tal, el padre de un recién nacido podrá acceder a su licencia de paternidad con sólo cotizar dos (2) semanas previas al parto y ya no es necesario que haya cotizado durante todo el periodo de gestación, como se establecía anteriormente; de esta manera, con la promulgación de esta nueva ley queda modificado el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

3.1.5 Sentencia C-383 de 2012: Con esta sentencia se busca la igualdad entre padres e hijos sin distingo de su unión filial.

Una vez se realiza el respectivo estudio por la Corte, esta corporación concluye que aun existiendo tal desigualdad entre los padres de un menor que no ostenten el título de cónyuge o compañero permanente, no podrían gozar de este beneficio de licencia de paternidad. So pena de ello, La Corte decide declara la exequibilidad de las normas demandadas (cónyuge o compañero permanente), pero a su vez condicionarla, bajo el argumento de que el derecho a gozar de un hijo recién nacido y brindarle la protección y cuidado que requiere, no serán limitadas o restringidas a los hombres que sean cónyuges o compañeros permanentes de la madre del menor, sino que ese extiende a cualquier padre de un recién nacido sin importar la relación filial que los ate.

CAPITULO IV

LA EFECTIVIDAD DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL MENOR

4.1 LOS DERECHOS DEL NIÑO

- Todos los niños del mundo deben disfrutar de los mismos derechos sin que haya diferencias por su origen, sexo, idioma, religión, posición económica o familiar.
- Todos tienen derecho a tener un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento esto es, a que se los identifique y diferencie de otras personas y a formar parte de una nación que les permita integrarse y ser aceptados.
- Derecho a vivir con salud y bienestar, o sea, a tener acceso a los servicios sanitarios y médicos que podamos necesitar, así como a alimentación y vivienda.
- Derecho a tener una familia en la que sentirnos arropados y que nos brinde apoyo y orientación de acuerdo a nuestra edad. Si no tenemos familia, las autoridades tienen la obligación de cuidar especialmente de nosotros.
- Derecho a recibir una educación que nos permita crecer en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades.
- Derecho a jugar y a disfrutar plenamente de la cultura y del arte.
- Derecho a recibir cuidados especiales, sanitarios, de atención y educativos, si tenemos alguna discapacidad, física, mental o sensorial.
- Derecho a tener una protección especial para poder desarrollarnos física, mental, moral y socialmente de una forma adecuada.
- Derecho a ser los primeros en recibir protección y auxilio.
- Derecho a que nos protejan de cualquier forma de explotación, crueldad y abandono.

- Derecho a que se nos eduque en la solidaridad, comprensión, amistad y justicia entre los pueblo.
- Los niños podemos denunciar, solos o con la ayuda de otras personas, todo aquello que nos hagan, a nosotros o a otros niños y todo lo que veamos que está mal a nuestro alrededor.

Estos derechos se encuentran plasmados en la Convención sobre los Derechos de la niñez, este es un tratado internacional que reconoce los derechos de los niños y las niñas en 41 artículos, donde implanta a los Estados Partes, el deber de garantizar a todos los niños medidas de protección y asistencia; donde cada uno de estos derechos adquieran materialización e inclusión, otorgándoles a los menores la posibilidad de actuar dentro de un proceso participativo.

Reconocer los derechos de los niños y las niñas de esta forma permite concentrarse en ellos como seres integrales. Si en una época las necesidades de los niños se consideraron negociables, ahora se han convertido en derechos fundamentales. Los niños y las niñas dejaron de ser receptores pasivos de beneficios para convertirse en seres autónomos y sujetos de derechos¹⁶.

Ningún Estado puede desconocer que los niños simbolizan el porvenir de la sociedad, constituyéndose a su vez en las bases fundamentales para el desarrollo y sostenimiento del futuro. De aquí la importancia de garantizarles el reconocimiento efectivo de cada derecho instituido como fundamental para ellos, pues de esta manera es por medio de la cual expresan su pensamiento y desarrollan su intelecto, ellos constituyen seres vulnerables ante una sociedad violenta y poco protectora, razón esta que debe ser justificación suficiente para brindarles todo el cuidado y protección por parte de los funcionarios públicos y cada uno de los integrantes de la sociedad.

¹⁶ DERECHOS HUMANOS. Disponible en: BIBLIOTECA VIRTUAL, http://www.quindio.go.co/home/Docs/itenm/item_107.pdf. Consultado Noviembre de 2012

4.2 RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Para iniciar el estudio de este capítulo, empezaremos por condensar uno de los derechos que se han reconocido para los niños, del cual se desprende el tema que venimos tratando y analizando. Hablamos del derecho “al amor y la familia”, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959, en la cual se reconoció que:

el niño, para el pleno y armónico desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole¹⁷.

Como lo podemos justificar, los derechos de los niños representan un tema especial y único en nuestro ordenamiento legal y, en general en todas las legislaciones del mundo, pues son ellos la base fundamental de una sociedad, lo cual hace que su cuidado y protección tengan mayor jerarquía en las sociedades existentes. Todos y cada uno de los derechos de la infancia son inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia.

Los derechos del niño, es una idea surgida por algunos medios intelectuales durante el siglo XIX, la cual se llevó a cabo finalmente por iniciativa de la UNICEF el 20 de noviembre de 1959. En este sentido, en las dos primeras décadas del siglo XX circularon varias declaraciones sobre los derechos del niño, algunas

¹⁷ *Ibid.*, Consultado Noviembre de 2012

aparecían en forma literaria y otras como resoluciones de organizaciones científicas y pedagógicas.

Es visto que desde hace muchos años atrás los derechos de los niños, han adquirido un valor preponderante en las sociedades del mundo entero, otorgándoles prerrogativas y reconocimientos que buscan romper con las barreras que quieran entorpecer su declaración. Por ello, estos derechos no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos y garantías frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los mismos.

En nuestro país desde 1991, con la promulgación de la Constitución Política, se empezó a marcar diferencia en el reconocimiento que adquirieron los derechos de los niños, niñas y adolescentes de Colombia, hecho histórico este que inicio a consolidar sus bases en la promulgación de la Ley 12 de 1991, mediante la cual se incorpora en nuestra legislación la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, tratado este que compendia la forma en cómo deben ser tratados y atendidos los niños, ya que son sujetos de derechos.

En esta medida, la Licencia de Paternidad esta connotada en un marco que va mas allá de reconocer un periodo de tiempo en el cual el padre de un recién nacido pueda disfrutar de él, pues su pilar radica más bien en garantizar los derechos fundamentales del menor, en que el niño pueda materializar desde sus primeros años de vida un derecho ya reconocido, como lo es el cuidado y protección de sus padres. Por ello, por tratarse de un hecho que concentra un interés fundamental en nuestro Estado Social de Derecho, en ningún caso podrían limitarse estos derechos por protección de entes u organismos estatales. El interés superior del menor y sus derechos fundamentales prevalecen sobre la estabilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, que para este caso concreto limitaba

para algunos padres el acceso a ocho días de licencia con sus hijos, dependiendo si la madre cotizaba o no al Sistema.

Para la Corte Constitucional no resulta constitucionalmente válido, ni perceptible que bajo los parámetros del artículo 13 de la Carta Política, el menor, persona especialmente protegida en razón de su inmadurez física y mental, tenga que soportar las consecuencias de la discriminación que se presentaba en cuanto a la particularización de términos establecidos para los padres en el reconocimiento de su licencia, lo cual dependía en razón a la afiliación y cotización de uno o ambos padres al Sistema, ni siquiera bajo la consideración de la estabilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, puesto que está de por medio el interés superior del niño y el amparo propio de los derechos fundamentales de él, pues no cabe duda, como lo establece el artículo 44 de la Constitución Política, que deben prevalecer éstos últimos.

En una de las sentencias que ha emitido la Corte Constitucional al respecto, se ha sostenido:

“Podría considerarse que con la medida el legislador tuvo como propósito velar por el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud; sin embargo, al ponderar la estabilidad financiera del Sistema con el interés superior del menor y el amparo propio de los derechos fundamentales del niño, no hay duda, como lo establece el artículo 44 superior, que deben prevalecer éstos últimos. Acerca de la ponderación entre la potestad de configuración legislativa en seguridad social, el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en Salud y la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona, la Corte Constitucional ha explicado: “... la Sala considera que llegado el momento de ponderar las decisiones del legislador respecto de los derechos intrínsecos e inherentes del ser humano, se debe tener en cuenta el sistema axiológico propio del Estado social de derecho, al interior del cual existen valores, principios, disposiciones y normas que prevalecen, entre ellos los relacionados con la protección a la dignidad de la persona humana (...) los cuales, desde una perspectiva constitucional, no pueden

*resultar abolidos en beneficio de derechos e intereses jurídicamente subalternos, como serían la defensa a ultranza de la libertad de configuración legislativa (...)”.*¹⁸

Estamos bajo un esquema axiomático, en el cual los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, puesto que su estado de inmadurez física y mental los lleva a ubicarse en circunstancias que obligan al Estado a brindarles una apropiada protección legal tanto antes, como después del nacimiento. Por esta razón, que nos sustenta una vez más la prevalencia de estos derechos por encima de cualquier otro tipo de derechos ya reconocidos, es necesario recordar los postulados que materializaron el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el cual se ilustran perfectamente los pronunciamientos que ha sostenido la Corte Constitucional al respecto, dándole primacía y garantía al desarrollo y reconocimiento de los derechos del menor. La normatividad que consagra estos derechos y vigila por su cumplimiento ha sostenido en su artículo 9° sobre la prevalencia de los derechos, que: “*En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de éstos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente*”.¹⁹

Es indiscutible el reconocimiento tanto nacional como internacional que se le ha dado a este tema de los derechos de los niños y en esta misma medida las legislaciones de cada País deberán propender por garantizar su disfrute y efectividad, pues en ellos está el futuro de las sociedades venideras. Pues uno de los campos más sensibles en materia de esta protección, está representada por

¹⁸ Sentencia C-174 de 2009. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Marzo 18 de 2009.

¹⁹ CANADIAN INTERNATIONAL DEVELOPMENT AGENCY, Código de la Infancia y la Adolescencia., Alianza por la niñez colombiana, UNICEF. Art. 9°, Pág. 15. Versión comentada. UNICEF Oficina de Bogotá D.C., Colombia 2007.

las decisiones concretas de los jueces, sean nacionales o supranacionales, con relación a los derechos de los niños, seres cuya indefensión es extrema en los inicios de la vida misma y moderada en el resto de los años de niñez y por tanto, imponen como doctrina el deber de protección a los Estados, traducido en velar por la defensa de sus derechos inalienables. En esa lógica, las decisiones jurisdiccionales en materia de derechos del niño constituyen la esencia del desarrollo jurisprudencial en atención a la cobertura de importancia que reviste la tutela judicial de los derechos del menor, por oposición a los derechos del adulto ciudadano, quien dispone de un margen de acción, potestades y facultades para el ejercicio, regulación y defensa de sus derechos.

*“Los niños y las niñas, nuestros hijos o hijas, son sujetos de derechos, palabras que deben tomar nuestro propio aliento...deben ser palabra viva... palabra que construye verdades en el diálogo, en el consenso y en la convivencia... ¿Pero qué es ser sujeto de derechos? Es reconocer en los otros aquello que yo espero respeten y reconozcan en mí. Es decir, respetar mi derecho a la vida, mi derecho a la libertad, mi derecho a la educación, a la salud... Son muchos los derechos que los seres humanos tenemos y gozamos. Pero hay uno que se considera fundamental para los niños y las niñas: el derecho a la filiación, es decir, a tener un nombre y una familia, y que le permite obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica. El reconocimiento legal que un padre o madre hacen a sus hijos debe ser un acto voluntario, libre; un acto de amor y de vida, un ejercicio de maternidad y paternidad responsables, más que un ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando papá o mamá se niegan a reconocer a los hijos o hijas, el Estado, en defensa de los derechos fundamentales de los niños y las niñas, ha dispuesto los medios y procedimientos a través del proceso de filiación a fin de lograr la efectividad de los mismos. Determinada la filiación del niño o la niña, los padres asumen las obligaciones y responsabilidades propias de su condición, tales como las de manutención, crianza y educación del niño o niña, de acuerdo con las leyes”.*²⁰

²⁰ INSTITUTO COLOMBIANO BIENESTAR FAMILIAR (ICBF). Cartilla Bienestar Familiar. La Maternidad y la Paternidad Responsables son un Compromiso de Vida. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. 2008. p. 26

4.3 PRERROGATIVAS Y RESTRICCIONES QUE NACEN DE ESTA LEY

Inicialmente es importante reconocer las ventajas que esta ley ha otorgado los padres de un recién nacido y, cómo ello ha ido proporcionando la efectividad de los derechos de los niños y niñas.

Gracias al último pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional, la Licencia de Paternidad hoy es de 8 días, aún en los casos en que sólo el padre sea cotizante del Sistema General de Seguridad Social, pues se consideró que este hecho no era motivo para discriminar a aquellos que no tenían los recursos económicos para acceder conjuntamente a este Sistema y su cotización, ya que en última instancia lo que se vulneraba eran los derechos del menor y, como ha quedado sustentado tienen un valor preponderante ante las legislaciones de todos los países vinculados.

En virtud de este reconocimiento garantizador de derechos reconocidos como fundamentales para el menor, para nuestro ordenamiento jurídico, hoy el hacer partícipe al padre en el nacimiento y los primeros días de nacido de su hijo constituye una parte vital en su desarrollo, facilitándole la adaptación a su nueva vida para brindar una mejor atención a su familia, además que su vida laboral no se vea afectada por la ausencia que pueda presentar el padre en el tiempo que durará el desarrollo de su hijo antes y después de nacer.

Aun existiendo tal reconocimiento, es innegable que este tiempo estipulado para que el recién nacido pueda disfrutar del cariño y cuidado de su padre aun sigue siendo restringido, pues con independencia de los modelos, las denominaciones o los esquemas existentes, las sociedades y aun más el Estado y sus servidores, tiene el ineludible compromiso de proveer las condiciones mínimas y necesarias para asegurar a sus niños de riesgos y garantizarles el amor y debido cuidado de sus familias.

El cuidado de los pequeños debe entenderse como un conjunto de prácticas tanto de las familias como de la comunidad en general, las cuales están destinadas a brindar el amparo y protección que necesitan para su desarrollo y crecimiento. De aquí, que resultaría aun mas enriquecedor que nuestros niñas y niños tuviesen desde sus primeros días de vida un tiempo más prolongado con sus padres, pues esto constituye un buen comienzo de vida, donde los progenitores aprenderán lo necesario sobre el desarrollo infantil, las necesidades de sus hijos y lo más importante, cómo satisfacerlas, creando conciencia de la responsabilidad que tienen con ellos.

De aquí que, con el nacimiento de “María”, se logra dar un paso importante en el reconocimiento a los hombres de un periodo más amplio para disfrutar con su hijo o hija recién nacida y ayudar en su cuidado y desarrollo, pero mas allá de eso, el eje de esta ley radica en un elemento aun más esencial y primordial para nuestro ordenamiento Jurídico Colombiano, como lo es el reconocimiento que se le debe dar desde cualquier ámbito, sea legal, judicial o simplemente cultural a los derechos que internacionalmente se le han concedido a los niños, niñas y adolescentes de nuestra sociedad y todas las existentes; quedando ello plasmado en el Código de la Infancia y la Adolescencia, según el cual:

“El concepto de niño y todo su contenido político y jurídico surge en el ámbito de los derechos de la niñez apenas en 1989 con la proclamación de la Convención sobre los Derechos del Niño (Artículo 1: “Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años”). Las referencias legales y doctrinales anteriores les llamaban menores, se les definía desde su minoría, y por eso se les clasificaba como inferiores, incapaces, inimputables, o minusválidos, en una negación de su dignidad humana, como se predica de las personas que carecen por completo de la posibilidad de comprender que sus actos tienen consecuencias. Niños y niñas, en el concepto de persona plena en su dignidad, son sujetos jurídicos especiales lo que implica que en el ámbito mundial son el único grupo poblacional reconocido per se como vulnerable, y de allí su calificación de sujetos de derechos prevalentes y como los sujetos más importantes en el ordenamiento jurídico internacional y nacional, hecho que implica

esfuerzos adicionales por parte de los Estados en materia jurídica, política y administrativa para asegurarles sin ninguna excusa la garantía y ejercicio de sus derechos.

Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos demandan que familia, sociedad y Estado avancen en la comprensión de la propuesta que sugiere esta ley: dar el salto cualitativo de reconocerles como titulares de derechos no solamente en los textos legales internacionales y nacionales, sino que dicho reconocimiento sea real, en su cotidianidad y en todos los ámbitos en los que adelantan sus procesos de desarrollo y en los cuales deben ser protagonistas directos; sólo así pueden ejercer los títulos que tienen reconocidos en la forma (legal).

Y en ese orden, el abordaje obligatorio de la niñez y la adolescencia es desde los derechos humanos, desde el derecho constitucional (mecanismos constitucionales de protección de sus derechos humanos), desde las políticas públicas sociales y fiscales y ya no desde sus necesidades o de situaciones irregulares”.²¹

Habrà de entenderse que si el reconocimiento ha sido abalado mundialmente, en este mismo sentido es necesaria la exigencia de consolidaci3n en los instrumentos de las decisiones que adoptan los jueces, asumiendo como hecho cierto que la formaci3n de la jurisprudencia constituye un ejercicio de construcci3n de esquemas, modos y patrones respecto de las decisiones jurisdiccionales, tarea que reviste suma complejidad, dada la libertad de interpretaci3n que identifica a los jueces y que sin embargo, hoy puede estimarse como una tarea de construcci3n racional que sin prisa ni pausa, ha ganado un generoso afianzamiento en el sistema nacional, pues tales disposiciones requerirán irse acercando cada vez mäs a los requerimientos y necesidades del menor, otorgándole el escalos preferente que se le ha asignado.

De ahí entendemos que el concepto de protecci3n integral, referida a que los Estados deben asegurar a todo niño y niña el ejercicio y garantía de sus derechos,

²¹CANADIAN INTERNATIONAL DEVELOPMENT AGENCY. Op. Cit. Art. 3º, p. 10.

la seguridad de su protección especial en casos de vulneración, el restablecimiento en casos de violación y la provisión de políticas sociales básicas para mejorar las condiciones de vida de la niñez y la adolescencia mediante el aseguramiento del ejercicio de sus derechos.

4.4 LEY MARÍA Y EL SERVIDOR PÚBLICO

La Constitución Política Colombiana de 1991 establece que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

El artículo 5 de la carta fundamental establece que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

Conforme a su artículo 13, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

Según lo establece el artículo 44, son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

A su vez, el artículo 53 prevé que el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo;

irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Al respecto, y relacionado con el tema de estudio, la ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que sus normas tienen por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna; siendo de orden público, de carácter irrenunciable, y sus principios y reglas se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes.

Conforme a su artículo 10, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.

La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado, señalándose en el artículo 41 las obligaciones de este para tal efecto.

Por su parte, la Corte Constitucional ha fijado el criterio que no puede haber discriminación al momento de proferir la llamada licencia de paternidad, que de ahora en adelante debe ser, para todos los hombres que tengan un hijo recién nacido, de ocho días. Pues anteriormente esta licencia tenía una distinción, ya que

otorgaba un periodo de cuatro días hábiles para los trabajadores hombres, cuando son cotizantes únicos al sistema de seguridad social en salud, mientras que cuando padre y madre cotizan, la licencia post natal para el hombre es de ocho días. El alto tribunal encontró que se viola el principio de igualdad y los derechos de los niños, al hacer distinción entre los padres cuya pareja cotiza al sistema de seguridad social y quienes no tienen el aporte de su cónyuge.

Actualmente, existen normas a nivel internacional que buscan abrirle camino a temas tan importantes como lo es, la implicación de ser padres y las responsabilidades que ello genera. Como argumento a lo anterior, relacionamos un aparte del Boletín Oficial del Estado Español, sobre el Decreto Ley 20/2012, cuya razón está encaminada a la racionalización de las Administraciones Publicas, entre otros temas referentes al Estatuto Básico del Empleado Público. Sin embargo, el aparte que se relaciona con nuestro tema y que soporta la implicación y reconocimiento que se le da a nivel mundial, es el relacionado con permisos y licencias de los Empleados Públicos: ***“f) Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen...***

g) Por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la funcionaria o el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de 2 horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras.

Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de 2 horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones”²².

²² Disponible en: www.boe.es/boe/dias/2012/07/14/pdfs/BOE-A-2012-9364.pdf. Consultado Octubre de 2012

Con la exposición de este aparte, nuestra pretensión es concientizar en el lector, sobre la importancia que encierra en todos los campos laborales, ya sean del sector privado o del sector público, la presencia siempre del tema de la paternidad y maternidad en la vida laboral, por ello es imprescindible que existan estas normas, puesto que en la Función Pública el ejercicio de la misma, hace aun mas difícil en ocasiones la salvaguarda de tales derechos y, si en cierta medida se los garantizan al Servidor Público, lo que se busca en realidad es proteger, garantizar y dar efectividad a los derechos fundamentales de los menores.

Ahora, cabe resaltar que todo el recorrido alcanzado por el reconocimiento a la Licencia de Paternidad, debe llegar a las esferas laborales de los empleados públicos, así entonces se entenderá por la entidades públicas que dicho derecho debe entenderse ya como implícito en la situación laboral del empleado; por tanto los requisitos y procedimiento para el reconocimiento de la licencia de paternidad creada mediante la Ley 755 de 2002, no es presupuesto para el reconocimiento de tal derecho, que se allegue el soporte expedido por la Entidad Promotora de Salud en el cual se acredite el reconocimiento de la licencia de paternidad, pues sólo basta con el registro civil de nacimiento del niño. En tal sentido la Superintendencia de Salud ha conceptuado lo siguiente:

“(...) Primero: El acto administrativo por medio del cual se reconoce la licencia de paternidad expedido por el empleador con fundamento en el registro civil de nacimiento es el documento soporte para efectuar el cruce de cuentas entre el empleador y la entidad promotora de salud”²³.

Por lo tanto, el acto administrativo emanado por el funcionario responsable de la entidad pública, es documento suficiente para darle el reconocimiento a este derecho ya otorgado legalmente.

²³ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 755 de 2002. Op. Cit.

Sin embargo, aun nuestro sistema legal posee vacíos en temas que también competen al reconocimiento de la licencia de paternidad en ciertos casos, como lo es para los miembros de órganos colegiados, Asambleas Departamentales y Concejos Municipales. Actualmente se establece que los diputados, concejales y ediles no cuentan con una asignación básica mensual sino que su remuneración está sujeta al número de sesiones que asistan; es decir, a menor número de sesiones asistidas menor será su pago.

En razón de lo anterior, el Acto Legislativo N° 01 de 2004 permitió a las mujeres congresistas el disfrute de la licencia de maternidad, esto en razón a varios preceptos jurídicos, laborales y médicos que desde su competencia soportan la inclusión de esta licencia; dentro del marco del derecho a la igualdad frente a las demás trabajadoras del país.

Sin embargo, el derecho a la igualdad se queda corto frente a esta problemática, puesto que no fueron contemplados para el disfrute de la licencia de maternidad y paternidad todos los hombres y mujeres que desempeñan cargos de elección popular.

Ahora, en lo que respecta a este beneficio otorgado a los hombres, de cuidar a sus hijos recién nacidos, a través de la licencia de paternidad, se ve aun restringido y de alguna forma vulnerado frente a los miembros de Corporaciones de elección popular, frente al caso en el cual no tendrán faltas temporales, argumento este que podemos resaltar en el Acto Legislativo número 01 de 2009, quien en su artículo 6° modificó el 134 de la Constitución Política, estableciendo que: “(...) *No habrá faltas temporales, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo. (...)*”²⁴.

²⁴ COLOMBIA. Congreso de la República. Acto Legislativo No. 001 de 2009. Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia. Diario Oficial No. 47.410 de 14 de julio de 2009

En fin, los únicos dignatarios que están facultados para gozar de la licencia de maternidad son las mujeres congresistas. Lo cual nos muestra una clara vulneración del derecho a la igualdad que tienen las demás dignidades como lo son; congresistas hombres, diputados, concejales y ediles; quienes deben gozar de las mismas garantías constitucionales y legales. Por tanto, se está dejando a un lado, un grupo poblacional, que también goza de los mismos derechos que se les ha otorgado ya al resto de trabajadores y empleados públicos en otros campos laborales, incurriendo en una negación a los derechos del menor que en últimas son el fundamento de la Licencia de Paternidad.

Frente a este tema ya se ha presentado el proyecto de Ley 136 de 2012, del Senado de la República, presentado por los senadores Claudia Jeanneth Wilches Sarmiento y Carlos Enrique Soto Jaramillo, el cual busca crear dicho reconocimiento al interior de los mencionados dignatarios.

Más aun cuando, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo luego de la modificación que introdujera la Ley 1468 de 2011, en el numeral 4 establece que todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. **Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público** (Negrillas fuera del texto).

CONCLUSIONES

Es innegable que la legislación es un medio que busca abrir espacios a aspectos que día a día necesitan ser reconocidos en nuestra sociedad, por tanto en esta fuente encontramos un peldaño al asenso del reconocimiento de los niños y niñas como sujetos de derechos. Sin embargo, esto no es suficiente, se necesita además que de la existencia de una norma, se generen cambios culturales profundos para que los infantes sean tenidos en cuenta en aquellas decisiones que se tomen y que de alguna manera afecten su presente y futuro.

Se requiere que las normas futuras relacionadas con aspectos que vinculen de una u otra manera a los niños y niñas, tengan un ajuste más sensible, una inclinación jurídica que permita acercar la perspectiva de la ley a los asuntos de la vida cotidiana, puesto que es en la práctica donde acaecen los sucesos importantes en la vida de los seres humanos.

El trasfondo de la “Ley María” evidentemente esta en el establecimiento de mecanismos de desarrollo de políticas para la protección integral de las familias, la maternidad, la paternidad así como promover practicas responsables ante las mismas, donde este avance contribuye a la educación para la igualdad, el respeto mutuo en el seno del familiar, la supresión de la discriminación, buscando si una responsabilidad social y la inclusión preponderante del hombre padre de familia en la crianza de su hijo desde los primeros días de su vida.

En este orden de ideas, puede sostenerse que gracias al avance en reconocimientos como este, de la Licencia de Paternidad o Ley María, ha hecho que la protección de los derechos fundamentales de los recién nacidos cobren vida y poco a poco vayan superando su estadio como indicadores nada mas, sino que por el contrario, se conviertan en mecanismos materializadores de una

protección primaria como lo es la del menor, pues este será el camino a la formación de una cultura de derechos.

El objetivo es crear una sociedad basada en los derechos de sus miembros más jóvenes, a fin de garantizar el máximo de salud, felicidad, y la productividad de sus miembros adultos.

Es necesario tener claridad acerca de la potestad radicada en cabeza del legislador para configurar el sistema normativo al cual estará sometida la estructura orgánica, administrativa y jurídica mediante la cual se presta el servicio público obligatorio de seguridad social en salud, pues esta no es absoluta, está limitada por los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política.

Por consiguiente, la Seguridad Social, como servicio público de carácter obligatorio y controlado por el Estado, debe estar acorde con las disposiciones constitucionales, especialmente cuando el legislador genera exclusiones o crea distinciones, de manera que el control que ejerce la Corte Constitucional sobre las medidas legislativas adoptadas en materia de seguridad social debe ser riguroso.

RECOMENDACIONES

Hacer más efectiva la norma, ya por desconocimiento o inobservancia del empleador, incluso por el desconocimiento y/o temor de los empleados; a pesar de ser una disposición de mediados del año 2002, es increíble que ad portas del año 2013 todavía tenga que acudir al amparo del juez constitucional para que vía de acción de tutela se protejan los derechos, incluso fundamentales, de los niños y niñas, tendientes a su protección, cariño y cuidado de sus padres en los primeros instantes de la vida.

Es fundamental que el Estado Colombiano construya su estructura jurídica bajo lineamientos de orden y amparo por los derechos de aquellos seres que se encuentran más vulnerables ante la sociedad, para el caso que nos ocupa, Los niños y niñas, pues ellos constituyen el presente y futuro del país. Es innegable que bajo las premisas ya analizadas en el desarrollo de la presente monografía, hemos encontrado un avance significativo referente a garantizarle a nuestros niños sus derechos fundamentales entre ellos uno de gran importancia y trascendencia como lo es el amor, cariño y protección de sus padres, pues en este principio se cimentan todas las bases que harán de los niños seres íntegros y con valores que en su futuro se verán reflejados ante su comportamiento frente a la sociedad. Sin embargo, esos esfuerzos pueden ser aun más grandes con el propósito de garantizar un mayor reconocimiento a estos derechos del menor, el hecho de que ellos puedan gozar de la compañía de su padre en sus primeros días de vida constituye lazos indisolubles para su crecimiento, razón por la cual un incremento en los días que hoy se conceden como licencia de paternidad para los padres tan solo sería la consolidación de aquello que se pretende ofrecer a nuestros hombres y mujeres del mañana, sería garantizarles más tiempo de amor, cuidado y cariño por parte de sus padres. Esta etapa, de compartir con sus hijos los primeros días de nacidos, solo se puede vivir una vez, por ende crearía en el

menor un estado de mayor seguridad y sentimiento de protección que sin dudas generara un ser de convicciones e igualmente de mayor entrega y compromiso para la sociedad.

Sería necesario crear un mecanismo distinto a la acción de tutela, por medio del cual los hombres titulares del derecho a la Licencia de Paternidad, puedan hacerlo efectivo frente a sus empresas, ya que en muchos casos se puede ver vulnerado y por tanto restringido en gozar de tal derecho. Consideramos como viable la medida en la cual sin necesidad de recurrir a la tutela y con el solo aviso de incumplimiento al juez laboral o aun con mayor celeridad al jefe del organismo de control de la misma empresa, se ponga sobre aviso al empleador bajo el enunciado de que si no hace valer tal derecho que le corresponde al trabajador y aún más a su hijo recién nacido, ser titular de derechos fundamentales, la empresa estará incurriendo en sanciones a las que haya lugar.

No podemos olvidar o dejar de lado el espíritu de la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, por medio de la cual se expidió el Código de la Infancia y Adolescencia, el cual tiene por finalidad garantizar a los niños, niñas y adolescentes, su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Tal es así que el artículo 5 de la ley en comento dispone que las normas sobre niños, niñas y adolescentes, contenidas en el código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicaran de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes.

En igual sentido, el artículo 8 señala que, se entiende por interés superior del niño, niña y adolescentes, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

En pro de la defensa del interés superior del niño o niña, es preciso dar a conocer y fortalecer la institución de la responsabilidad parental, en el entendido de que es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil, consiste en la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños y niñas durante su proceso de formación, en especial desde su nacimiento, lo que incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los hijos puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

Debemos resaltar la importancia de los primeros instantes y años de vida de los niños y niñas, es por eso que el Código de la Infancia y Adolescencia, en el artículo 29 establece que, la primera infancia es la etapa del ciclo vital en la que se establecen las bases para el desarrollo cognitivo, emocional y social del ser humano; la cual comprende la franja poblacional que va desde los cero (0) a los seis (6) años de edad.

BIBLIOGRAFÍA

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXI, Chile 2º Semestre de 2008

CANADIAN INTERNATIONAL DEVELOPMENT AGENCY, Código de la Infancia y la Adolescencia., Alianza por la niñez colombiana, UNICEF. Art. 9º, Pág. 15. Versión comentada. UNICEF Oficina de Bogotá D.C., Colombia 2007

CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. Art. 236 – Parágrafo. Bogotá: Editorial Unión Ltda, 2006

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley LEY 1468 DE 2011. Diario Oficial No. 48.116 de 30 de junio de 2011

_____. Congreso de la República. La Ley 755 de 2002. Art. 236, por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María. Diario Oficial No. 44.878, de 25 de julio de 2002

_____. Congreso de la República. Acto Legislativo No. 001 de 2009. Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia. Diario Oficial No. 47.410 de 14 de julio de 2009

_____. Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 13. Bogotá: Lito Imperio Ltda. 2005

Convenio C 156, sobre los Trabajadores con responsabilidades familiares. Ginebra, 23 de junio de 1981. Artículo 3. Numeral 1. Organización Internacional del Trabajo (OIT).

CORTÉS, González Juan Carlos. Derecho de la Protección Social. Legis Editores S.A., Primera Edición 2009.

INSTITUTO COLOMBIANO BIENESTAR FAMILIAR (ICBF). Cartilla Bienestar Familiar. La Maternidad y la Paternidad Responsables son un Compromiso de Vida. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. 2008

KLIKSBERG, Bernardo. Más Ética, más Desarrollo. Editorial Temas, 2005

Sentencia 709/03 de Corte Constitucional, 14 de Agosto de 2003. Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia T-298/04 de Corte Constitucional, 25 de Agosto de 2004. Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T-526/09. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla, 5 de agosto de 2009.

Sentencia T-174/11. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ivan Palacio Palacio. 14 de Marzo de 2011

Sentencia C – 273 de 2003. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Abril 1 de 2003

Sentencia C – 663/09. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Septiembre 22 de 2009

Sentencia C-174 de 2009. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Marzo 18 de 2009.

CIBERGRAFÍA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, Bogotá, Página Oficial, Tesis de Derecho, Disponible en:

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-61.pdf>, (Citado el 6 de Enero de 2012)

DERECHOS HUMANOS. Disponible en: BIBLIOTECA VIRTUAL,

http://www.quindio.go.co/home/Docs/itenm/ítem_107.pdf. Consultado Noviembre de 2012

AGUIRRE SANCHEZ, Alexis E. El Blog. Disponible en:

<http://elblogdekchts.blogspot.com/2011/01/sobre-la-licencia-de-paternidad.html>. Consultado Noviembre de 2012

Disponible en: http://www.quindio.gov.co/home/docs/items/item_107/derechos.pdf. Consultado Noviembre de 2012