

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Plena

Sentencia C-324 de 2023

Referencia: expediente D-15103

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 236 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021

Demandantes: Jhonatan Espinosa Rodríguez y otro

Magistrado ponente:

Juan Carlos Cortés González

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales de las previstas en el artículo 241.4 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Jhonatan Espinosa E y otros demandaron expresiones contenidas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo (CST). Los accionantes argumentaron que los apartados acusados contrarían los artículos 43, 48 y 53 de la Constitución, así como los artículos 2°, 7° y 25 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre (DUDH); el artículo 3° del Pacto Internacional de los Derechos Políticos (PIDCP); el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).
2. Mediante auto del 7 de febrero de 2023, el magistrado sustanciador admitió los tres cargos p en la demanda y ordenó: (a) fijar en lista la norma acusada para garantizar la intervención ciudadana; (b) correr traslado a la Procuradora General de la Nación, para lo de su competencia. De acuerdo con los artículos 244 de la Constitución Política y 11 del Decreto 2067 de 1991, dispuso comunicar el proceso a los presidentes de la República y del Congreso y al Ministerio del Trabajo.
3. Por último, en virtud del artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, invitó a otras autoridades y organizaciones— para que emitieran concepto sobre tres asuntos. Primero, los obstáculos y barreras al acceso a la licencia en época de parto de los hombres trans y personas no binarias atribuibles al artículo 236 del CST. Segundo, las condiciones de financiación de la licencia en época de parto de los hombres trans y personas con género no binario. Tercero, la identificación y cifras sobre la sol

trámite y reconocimiento de licencias de maternidad para hombres trans y personas con género binario, así como la relación entre el derecho a la seguridad social y la licencia en época de parto para hombres trans y las personas no binarias. Lo anterior, sin perjuicio de que se pronuncie sobre cualquier otro aspecto que considerasen esencial para la decisión de la Corte.

TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

4. A continuación, se transcribe la disposición acusada y se subrayan los apartados demandados:

«CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO [...]

PRIMERA PARTE

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO [...]

TÍTULO VIII

PRESTACIONES PATRONALES COMUNES [...]

CAPÍTULO V

PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y PROTECCIÓN DE MENORES [...]

ARTÍCULO 236. LICENCIA EN LA ÉPOCA DEL PARTO E INCENTIVOS PARA LA ADECUADA ATENCIÓN Y CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 21.211 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.
2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo que 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, debe iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, asimilando la fecha de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento, abandono o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que le correspondiera a la madre para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple o madres de un hijo con discapacidad, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica con lo previsto en el literal anterior.

[...]

PARÁGRAFO 3°. Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá expedir un certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique la diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se ampliará la licencia de maternidad, o determinar la multiplicidad en el embarazo.

El Ministerio de Salud reglamentará en un término no superior a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, lo concerniente al contenido de la certificación de que trata este parágrafo, los criterios médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla.

PARÁGRAFO 4°. Licencia parental compartida. Los padres podrán distribuir libremente entre sí las seis (6) semanas de la licencia de la madre, siempre y cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en este artículo. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.

La licencia parental compartida se registrará por las siguientes condiciones:

1. El tiempo de licencia parental compartida se contará a partir de la fecha del parto. Salvo que el médico tratante haya determinado que la madre deba tomar entre una o dos (2) semanas de licencia previas al parto o por determinación de la madre.

2. La madre deberá tomar como mínimo las primeras doce (12) semanas después del parto, las cuales serán intransferibles. Las restantes seis (6) semanas podrán ser distribuidas entre la madre y el padre, de acuerdo entre los dos. El tiempo de licencia del padre no podrá ser recortado en aplicación de esta ley.

3. En ningún caso se podrán fragmentar, intercalar ni tomar de manera simultánea los períodos de licencia por enfermedad posparto de la madre, debidamente certificada por el médico.

4. La licencia parental compartida será remunerada con base en el salario de quien disfrute de la licencia en el período correspondiente. El pago de la misma estará a cargo del respectivo empleador o EPS, acorde a la normatividad vigente.

Para los efectos de la licencia de que trata este parágrafo, los beneficiarios deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. El único soporte válido para el otorgamiento de licencia compartida 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 de nacimiento del menor.

2. Debe existir mutuo acuerdo entre los padres acerca de la distribución de las semanas de licencia. Los padres deberán realizar un documento firmado explicando la distribución acordada y presentarla ante los empleadores, en un término de treinta (30) días contados a partir del nacimiento del menor.

3. El médico tratante debe autorizar por escrito el acuerdo de los padres, a fin de garantizar la salud del recién nacido.

4. Los padres deberán presentar ante el empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la mujer; o una constancia del nacimiento del menor.

b) La indicación del día probable del parto, o la fecha del nacimiento del menor.

c) La indicación del día desde el cual empezarían las licencias de cada uno.

d) La licencia parental compartida también se aplicará con respecto a los niños prematuros y adoptivos, teniendo en cuenta el presente artículo.

La licencia parental compartida es aplicable también a los trabajadores del sector público. Para este Departamento Administrativo de la Función Pública reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la sanción de la presente ley.

No podrán optar por la licencia parental compartida, los padres que hayan sido condenados en los últimos (5) años por los delitos contemplados en el Título IV delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; los padres condenados en los últimos dos (2) años; por los delitos contemplados en el Título I de la familia, Capítulo Primero “de la violencia intrafamiliar” y Capítulo Cuarto “de los delitos contra la alimentación” de la Ley 599 de 2000 o los padres que tengan vigente una medida de protección en su acuerdo con el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, o la norma que lo modifique, sustituya o adicione.

PARÁGRAFO 5°. Licencia parental flexible de tiempo parcial. La madre y/o padre podrán optar por la licencia parental flexible de tiempo parcial, en la cual, podrán cambiar un periodo determinado de licencia de maternidad o de paternidad por un periodo de trabajo de medio tiempo, equivalente al doble del tiempo correspondiente al periodo de tiempo seleccionado. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.

La licencia parental flexible de tiempo parcial se registrará por las siguientes condiciones:

1. Los padres podrán usar esta figura antes de la semana dos (2) de su licencia de paternidad; las mujeres antes de la semana trece (13) de su licencia de maternidad.

2. El tiempo de licencia parental flexible de tiempo parcial se contará a partir de la fecha del parto. El médico tratante haya determinado que la madre deba tomar una o dos (2) semanas de licencia previa al parto probable. Los periodos seleccionados para la licencia parental flexible no podrán interrumpirse y retomarse posteriormente. Deberán ser continuos, salvo aquellos casos en que medie acuerdo entre el empleador y el trabajador.

3. La licencia parental flexible de tiempo parcial será remunerada con base en el salario de quien disfruta la licencia por el periodo correspondiente. El pago de la misma estará a cargo del respectivo empleador.

pago del salario por el tiempo parcial laborado se registrará acorde con la normatividad vigente.

4. La licencia parental flexible de tiempo parcial también podrá ser utilizada por madres y/o padres hagan uso de la licencia parental compartida, observando las condiciones señaladas en este párrafo en el párrafo 4 del presente artículo.

Para los efectos de la licencia de la que trata este párrafo, los beneficiarios deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. El único soporte válido para el otorgamiento de licencia parental flexible de tiempo parcial es el Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes al nacimiento del menor.

2. Debe existir mutuo acuerdo entre los empleadores y los trabajadores. El acuerdo deberá ir acompañado de certificado médico que dé cuenta de:

a) El estado de embarazo de la mujer; o constancia del nacimiento.

b) La indicación del día probable del parto, o indicación de fecha del parto y

c) La indicación del día desde el cual empezaría la licencia correspondiente. Este acuerdo deberá concertarse con el empleador a más tardar dentro de los 30 días siguientes al nacimiento. El empleador deberá responder a la solicitud dentro de los cinco (5) hábiles siguientes a su presentación.

La licencia parental flexible de tiempo parcial también se aplicará con respecto a los niños prematuros y adoptivos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el presente artículo.

La licencia parental flexible de tiempo parcial es aplicable también a los trabajadores del sector público. Por estos efectos, el Departamento Administrativo de la Función Pública, reglamentará la materia dentro de los (6) meses siguientes a la sanción de la presente ley. Superado este periodo de tiempo el Presidente de la República conservará su facultad reglamentaria».

LA DEMANDA

1. Los cargos presentados y admitidos fueron en relación con (i) la existencia de una omisión legislativa relativa, (ii) el desconocimiento del principio de igualdad y (iii) la violación del derecho a la salud social. A continuación, se presenta en forma sintética la argumentación que les sirvió de sustento.

Cargo por desconocimiento del principio de igualdad, como consecuencia de una omisión legislativa relativa

2. Los demandantes sostuvieron que las expresiones acusadas infringen los artículos 13 y 29 de la Constitución Política, 2° y 7° de la DUDH, 3° del PIDCP y 2.2. del PIDESC. Consideraron que los vocablos «mujer», «trabajadora» y «madre» contenidos en la disposición censurada no incluyen a los hombres trans ni a las personas de género no binario en estado de embarazo. Esta exclusión impide el acceso a la licencia en época de parto, lo que configura una omisión legislativa relativa.

3. A su juicio, estas expresiones no conciben a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo como beneficiarios de la licencia de maternidad. El artículo 236 del CST garantiza el derecho a una licencia remunerada en época de parto a toda «trabajadora», «madre» y «mujer». Estos términos definen a las beneficiarias de dicha prestación y refieren expresa y específicamente al género femenino, con exclusión de las personas que están en embarazo del género masculino o de cualquier otro distinto a aquel. Indican que la Corte Constitucional ha expuesto que las categorías «madre» y

no incluyen por sí mismas a los padres o a los hombre. Además, en su sentir, los pronunciamientos del Corte Constitucional en relación con la licencia prevista en el mencionado artículo 236 la definen como una prestación económica a favor de las madres y mujeres trabajadora.

4. Esa exclusión reúne los requisitos para configurar una omisión legislativa relativa. Primero, la norma se predica de una disposición, esto es, el artículo 236 del CST, modificado por la Ley 2114 de 2017, que regula la licencia en época de parto o maternidad. Segundo, la norma que se refiere a la licencia en época de parto no incluye en su ámbito de protección a «los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo, quienes, por encontrarse en una situación similar a la de la 'trabajadora' o 'madre' que dio a luz, son sujetos que han debido estar incluidos en dicha disposición». Agregan que estas personas tienen derecho a acceder a la licencia en época de parto «por encontrarse en la posibilidad análoga de atravesar procesos de gestación, parto y parentalidad y no pueden disfrutar de la protección a la familia y del recién nacido que brinda la mencionada licencia. Tercero, la exclusión de estas personas gestantes de la posibilidad de acceder a la licencia en época de parto carece de fundamento suficiente, a pesar de que el orden constitucional prohíbe distinciones que desconozcan la dignidad humana de las personas con identidades de género no hegemónicas. Cuarto, la falta de justificación para la no inclusión de este grupo con capacidad de gestar les genera una desigualdad negativa, en comparación con las trabajadoras, madres y mujeres que están amparadas por la disposición objeto de estudio». Quinto, según los ciudadanos, la no inclusión de estas personas como beneficiarios de la norma es la consecuencia del incumplimiento de tres mandatos constitucionales: (i) aquel que ordena el mismo trato, derechos y oportunidades a todas las personas independientemente de su raza, sexo, orientación sexual, etc.»; (ii) el deber de garantizar la protección en época de parto y maternidad. Específicamente, sostienen que aquellas «atravesaban esa experiencia de vida y requieren condiciones materiales para proveer el cuidado para sí y de sus hijos(as) en la época de parto», y (iii) la obligación estatal de adoptar medidas para que la igualdad sea real y efectiva, pues se desprotege a las personas «en capacidad de gestar respecto al acceso a los beneficios de la licencia en época de parto».

Cargo por violación del principio de igualdad

6. Los demandantes propusieron que la exclusión de los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo de la licencia en época de parto o maternidad podría obedecer a una decisión consciente del Legislador y que es discriminatoria y contraria al principio de igualdad. En primer lugar, para justificar el cumplimiento de los elementos del juicio de igualdad. En primer lugar, los sujetos de comparación son, por un lado, las mujeres y, por otro lado, los hombres trans y las personas de género no binario en estado de embarazo. En segundo lugar, ambos grupos deben tener el mismo trato pues son susceptibles de encontrarse en estado de gestación, parto, lactancia y parentalidad. En tercer lugar, el trato diferenciado no responde a un criterio objetivo, razonable y proporcional. De acuerdo con un juicio de intensidad estricto. En particular, refieren que la medida analizada no es necesaria para alcanzar la finalidad de brindar especial asistencia y protección en la época de parto y maternidad, y amparar a la familia como institución básica de la sociedad.

Cargo por desconocimiento del derecho a la seguridad social

7. Los demandantes explicaron que el derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 13 de la Constitución, se garantiza a través del Sistema General de Seguridad Social. Este a su vez, lo garantiza el Sistema General de Seguridad Social en Salu que, entre sus coberturas, incluye la licencia en época de parto, de paternidad, y los auxilios económicos o subsidios por incapacidad temporal. El mecanismo «es aplicable para todos los seres humanos sin distinción alguna de su raza, sexo, orientación sexual, nacionalidad, ideología, entre otros. También contempla el derecho a obtener prestaciones sociales contra la falta de ingresos económicos debido a la maternidad». 8. De acuerdo con lo expuesto, estimaron que la falta de acceso de los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo a la licencia en época de parto o maternidad constituye una violación del derecho a la seguridad social.

- binarias a la licencia en época de parto desconoce el derecho a la seguridad social, por individuos deben estar protegidos en esta etapa y, en especial, durante el posparto. Aunado a lo invocaron el principio 13 de Yogyakarta, que exhorta a los Estados a adoptar medidas para acceso a la protección social sin discriminación por identidad de género, sexo o su expresión.
9. Con fundamento en los cargos planteados, solicitaron a la Corte declarar la exequibilidad con de las expresiones «trabajadora», «madre» y «mujer» del artículo 236 del CST, «en el entendido el beneficio de licencia en época de parto o de maternidad previsto en dicho artículo se haga también a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo.

INTERVINIENTES E INVITADOS

Interviniente	Argumentos	Postu
Centro de Derechos Reproductivos <u>Intervención</u> - Centro de Derechos Reproductivos	El Estado debe ajustar su normativa interna para que la licencia en época de parto y de maternidad o paternidad garantice la igualdad y la no discriminación. La CADH y el PIDCP obligan a no introducir en el ordenamiento jurídico interno regulaciones discriminatoria. Por esta razón, cualquier trato diferenciado que no tenga un objetivo legítimo y afecte en forma desproporcionada e irrazonable a un sector de la población es incompatible con esa obligación. Este deber incluye ajustar la legislación interna que discrimine o perpetúe la discriminación de grupos históricamente excluidos como la población con identidades de género no normativas. La CID ha referido la necesidad de que la licencia de maternidad se garantice a los hombres trans y personas de género no binario en condiciones de igualdad. La Sentencia C-055 de 2022 que despenalizó el aborto hasta la semana 24 de gestación reconoció los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestante <u>Intervención - Centro de Derechos Reproductivos</u>. En cumplimiento del exhorto de esa providencia, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 051 de 2023 que reconoce el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo de los hombres transgénero y personas no binaria. La licencia en época de parto tiene una doble protección pues se extiende a la persona que asume la maternidad o paternidad y a sus descendiente. Además, es integral porque conjuga unos beneficios dirigidos a garantizar un entorno adecuado para establecer relaciones familiares en condiciones de calidad y dignida. Es una compensación económica	«Se debe prot hombres trans personas con i género no binari embarazo, el después de asegurándoles dignas durante a través de la li época del maternidad o pa

	de los ingresos que se dejarían de percibir durante el período de recuperación y de cuidado. De esta manera, permite cubrir las necesidades básicas de la persona cuidadora y de quien recién nació. La licencia en época de parto que inicialmente se concibió únicamente para las madres biológicas se ha ampliado para que cubra a las madres adoptantes y a padres adoptantes o biológicos sin cónyuge o compañera permanente.	
ILEX Acción Jurídica, Red de Mujeres Trans del Pacífico-Red Dorothy y POSÁ SUT <u>Intervención</u> ILEX Acción Jurídica, Red de Mujeres Trans del Pacífico-Red Dorothy y POSÁ SUTO	Son insuficientes los datos sobre la población trans y no binaria a causa, por un lado, de la discriminación estructural que se manifiesta en que el Estado no genera datos desagregados de las condiciones de vida y el goce de derechos de las poblaciones con identidades y expresiones de género diversa. Por otro lado, de los sesgos en recolección de datos y a que las preguntas asociadas no sean respondidas para proteger la privacidad y el posicionamiento político de esta población. Esta población enfrenta una situación de precariedad en el ejercicio de sus actividades económicas, que afecta a su vez la protección de los derechos de quien gesta y de la persona nacida. En concreto, mencionaron las barreras de las personas trans al empleo formal o, en el caso de que accedan a este, sean sometidas a múltiples formas de discriminación como el no reconocimiento de su seguridad social. Aclararon que no hay evaluaciones concretas de la proporción de la población trans y no binaria que «hace parte de los sectores de la informalidad ni las garantías de seguridad social que tienen.	Exequibilidad con las «de las “trabajadora”, “mujer” del artículo Código Sustantivo Trabajo en los solicitados accionantes».
Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre de Bogotá <u>Intervención Universidad Libre</u>	A partir de los aportes del feminismo teórico, la teoría queer y los estudios trans, se ha considerado al género como una construcción social mediante la cual se determinan características físicas, comportamientos y reglas estéticas sobre lo que implica ser mujer u hombre. Este paradigma reconoce la existencia de identidades de género diversas, no heteronormadas y/o de género no binario. Asimismo, reconocen en el derecho la designación de roles de poder y autoridad y la atribución de beneficios y reconocimientos políticos, jurídicos y sociales en función del género. Es así como introducen la necesidad de que en el campo jurídico se reconozcan y protejan las identidades diversas y garantizar el ejercicio pleno de derechos en condiciones de igualdad a las personas que no corresponden al paradigma androcéntrico y heteronormado de la	Exequibilidad condicionada

	sexualidad y el género. Describió la evolución de la jurisprudencia constitucional respecto de la identidad de género que recientemente la ha desarrollado en las Sentencias «T-141 de 2015, C-257 de 2016, C-659 de 2016, SU-214 de 2019, T-447 de 2019 y C-519 de 2019. Al referirse a la norma acusada, argumentó que aquella excluye de su ámbito de protección a personas que, por su capacidad de gestar, están en condiciones de ejercer la maternidad y, por consiguiente, gozar de la licencia de maternidad como un derecho fundamental reconocido y respaldado por normas constitucionales y por tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Tal exclusión vulnera los derechos a la igualdad, la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad de la población transgénero y de género no binari. La omisión del Legislador afecta igualmente a los «neonatos que estando en condición de extrema vulnerabilidad se ven privados del cuidado al que tienen derecho y que debe ser garantizado por el Estado y la sociedad.	
Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia <u>Intervención Universidad Externado de Colombia</u>	La demanda reúne los requisitos previstos por la jurisprudencia constitucional para la configuración de una omisión legislativa relativa. En particular, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos le imponen al Estado el deber específico de proteger a todas las personas gestantes en condiciones de igualdad y prohíben distinciones injustificadas por motivos de género. Se han reconocido a las personas con identidades de género disidentes o no hegemónicas como sujetos de especial protección. La licencia en época de parto tiene el propósito de sustituir los ingresos generados por la persona con capacidad de gestar y que se interrumpen en ese período. Esta garantía se funda en los principios de igualdad y solidaridad, la protección de la familia y los derechos del recién nacido y de la persona gestante a la vida digna y al mínimo vital. No está concebida en función de una identidad de género determinada. También refirió experiencias extranjeras que garantizan este derecho con independencia de la identidad de género de la persona gestante, como el Estado de Victoria, en Australia, así como Islandia y Reino Unido.	Exequibilidad c «en el entendid derecho de l época de pa maternidad pre ley se haga también a la gestantes com hombres trans y género no binar de embarazo».
Movimiento Nacional por la Salud Sexual y	La licencia de maternidad es una herramienta para cumplir la prevalencia de los derechos de los niños	Exequibilidad c

Reproductiva en Colombia <u>Intervención - Movimiento Nacional por la Salud Sexual y Reproductiva en Colombia</u>	sobre los de los demás. Al limitar la capacidad de gestar a las mujeres, se desconoce la multiplicidad de formas de cuerpos gestantes que se relacionan con sus hijos desde ese proceso. Asimismo, se desprotege la dinámica posparto de los hombres trans y personas no binarias que no pueden acceder a la protección establecida en la ley y no se reconoce la responsabilidad del cuidado de su propio cuerpo y de sus descendientes durante la gestación y el posparto. Esta diferencia de trato restringe el derecho fundamental a la vida del menor de edad, que requiere a alguien que garantice sus necesidades básicas y cuidados durante sus primeros años de vida.	
Ministerio del Trabajo <u>Intervención Ministerio del Trabajo</u>	Se concibe a las mujeres como únicas que ejercen la maternidad, lo cual desconoce otras posibilidades humanas de asumir dicho rol. Agregó en su intervención que el lenguaje inclusivo o no sexista es una obligación que materializa el enfoque de género y por tal razón, propone el uso de una expresión neutral «persona». Argumentó que el Estado debe atender a las construcciones contemporáneas de familia y a las nuevas identidades donde las categorías de sexo, género, identidad de género y las posiciones no binarias tienen legitimidad y deben garantizarse y protegerse de manera especial. <u>Intervención Ministerio del Trabajo.</u>	Exequibilidad con la ley para que las acusadas, de acuerdo con el lenguaje inclusivo, tengan la misma protección que las personas gestantes.
Invitado	Argumentos	Postura
Ministerio de Hacienda y Crédito Público <u>Intervención Ministerio de Hacienda y Crédito Público</u>	La pretensión de los accionantes «no implica un costo fiscal o económico adicional para el Sistema General de Seguridad Social Integral. Lo anterior, por cuanto la licencia no se extenderá a personas diferentes a aquella gestante.	No emitió pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma.
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) <u>Intervención - Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia)</u>	Se cumplen los presupuestos de la omisión legislativa relativa porque: (i) se predica del art. 236 del CST; (ii) la lectura literal de las expresiones acusadas no incluye a hombres trans y personas con género no binario con capacidad de gestar, en estado de embarazo, de tal modo que no pueden acceder a la licencia. Lo anterior, no obstante que estas personas «tienen la capacidad de llevar a término un embarazo y ejercer las labores de cuidado del neonato; (iii) la exclusión es injustificada debido a que las iniciativas legislativas relacionadas con la licencia en época de parto operan con una diferenciación basada en el sexo y la razón de ser de esta prestación se asocia a brindar protección a la madre trabajadora por ser quien gesta; (iv) el trato normativo genera una desigualdad	Exequibilidad con la ley « en el entendimiento de la garantía de la maternidad preartículo 236 del CST, el sustantivo de «embarazada» modificado por la Ley 2114 extiende también a las personas trans y personas no binarias en estado de embarazo».

	negativa debido a que la diferenciación se presenta «únicamente porque al momento de la configuración legislativa se pensaba que las únicas personas con capacidad de gestar y llevar a cabo el parto eran las 'madres biológicas'. Esta «omisión crea y reproduce las desigualdades negativas en el plano fáctico; (v) incumple un deber impuesto por el Constituyente, específicamente, el principio de igualdad y no discriminación establecido en el artículo 13 de la Constitución y los artículos 2.2 del PIDESC, 2.1 del PIDCP y el artículo 1.1 del Pacto de San José de Costa Ric.	
Temblores ONIntervención / Amicus Curiae - ONG - Temblores	El lenguaje materializa prácticas de exclusión y discriminación, por lo cual es importante el uso de lenguajes incluyentes y libres de violencia. Citó una investigación que mostró una asociación del imaginario colectivo de la palabra «trans» con experiencias transfemeninas y la «invisibilización de las transmasculinidadesIntervención / Amicus Curiae - ONG - Temblores. Argumentó que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la posibilidad de las transmasculinidades y personas no binarias de denominarse como tales está estrechamente ligada a su derecho a la identidad de géneroIntervención / Amicus Curiae - ONG - Temblores. En las expresiones demandadas del artículo 236 del CST «se deja por fuera a todas aquellas personas de género masculino o de género distinto al femenino, ignorando entonces la situación de las personas transmasculinas o de género no binario asignado femenino al nacer que llevan a cabo procesos de gestación. La propia jurisprudencia constitucional ha establecido que la identidad de género es un criterio sospechoso de discriminación y que las personas trans tienen derecho a desarrollar su vivencia de género sin interferencias y a recibir un trato acorde con su identidad. Las personas trans y no binarias son titulares de los mismos derechos de los que gozan las personas cisgéner. De acuerdo con los principios de Yogyakarta y el criterio de la CIDH, es importante que el Estado adopte medidas legislativas y administrativas que aseguren el acceso a la seguridad social sin discriminación y el goce de la licencia en época de parto de las personas trans gestante. Refirieron las experiencias de Francia, España,	Exequibilidad c «de las “mujer”, “n “trabajadora” e 236 del Código del Trabajo, de que se amplíe s aplicación a l transmasculinas binarias asignad al nacer».

	Suecia y Chile que consagran la licencia en su legislación en términos neutrales al género. Adicionalmente, expuso que la jurisprudencia constitucional ha reconocido progresivamente los derechos a la seguridad social (salud y pensión) y derechos civiles a la población LGBTI. En concreto, se ha pronunciado sobre la afiliación al sistema de seguridad socia, la pensión de sobreviviente y el matrimonio civil. A su juicio, los pronunciamientos de la Corte se fundamentan en la protección cualificada de la que son titulares las personas LGBTI y por la cual es procedente que las personas transmasculinas y las personas no binarias asignadas femenino al nacer sean beneficiarias de la licencia en época de parto.	
Corporación Colectivo de Abogados y Abogadas «José Alvear Restrepo» (CAJAR<u>Concepto</u> - CAJAR	Existe una omisión legislativa relativa que afecta los derechos a la igualdad y a la seguridad social de los hombres transgénero e identidades no binaria. La garantía del derecho al reconocimiento de la identidad de género es un presupuesto para el análisis de la norm. Los hombres trans y personas de género no binario pueden transitar por la experiencia de la gestación y el part y homogenizarla bajo las categorías de «mujer», «trabajadora» o «madre» desconoce el derecho al mencionado reconocimient. Esto a su vez «garantiza la materialización de la justicia reproductiva como una forma de justicia de género. No existe cosa juzgada constitucional en relación con la Sentencia C-415 de 2022 pues esta evaluó un cargo por violación de igualdad en un supuesto distinto al actual: el derecho de las parejas del mismo sex.	Exequibilidad c «en el ente incorporar beneficiarios y de la licencia pa parto a los hom personas de binario»
Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider<u>Concepto</u> Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider)	La experiencia de vida trans no necesariamente implica «la pérdida de la capacidad de gestación o de lactancia. Aún existe un vacío en la legislación de otros paísehttps://tgeu.org/trans-rights-europe-central-asia-index-2020-indicators-criteria/ sobre la licencia de maternidad a favor de padres y madres trans, pues se asume que «las únicas personas gestantes son mujeres<u>Concepto</u> Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider). Aunque en la práctica puedan obtener el reconocimiento de esta prestación, para el efecto se ven obligados a identificarse como «mujeres» y «madres. El Estado tiene la responsabilidad de velar por los derechos a la salud sexual y reproductiva que incluye el embarazo, el parto, el posparto y la lactanci<u>Concepto</u> Centro Interdisciplinario de	Exequibilidad c

	<u>Estudios sobre Desarrollo (Cider)</u>. La «licencia de parentalidad» tiene una importancia indiscutible y guarda relación directa con la posibilidad de garantizar los derechos tanto de la persona gestante como de la persona recién nacida. <u>Concepto Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider)</u>. La licencia parental en el período posparto y de lactancia reduce el riesgo del estrés asociado a la separación de la persona que dio a luz y la recién nacida. <u>Concepto Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider)</u> y permite atender las incomodidades y afecciones físicas que ocurren en ese período (dolor, congestión mamaria, sangrado vaginal, fatiga, problemas urinarios e intestinales, infecciones en zona genital o en el área de la herida en casos de cesárea, descompensación hormonal transitoria, depresión, entre otras. Asimismo, permite la interacción entre un o una bebé y sus cuidadores de tal manera que se desarrolle un apego seguro y se eviten dificultades en la regulación emocional. La licencia parental favorece la lactancia porque brinda el tiempo suficiente para lograr este proceso y recibir el estímulo adecuado para ello.	
Colombia <u>Diversa Intervención</u> <u>Colombia Diversa</u>	A la luz de la CAD y la jurisprudencia de la Corte IDH, es inadmisibles que los Estados adopten normas que generen un tratamiento diferenciado para el acceso a derechos de los hombres trans y personas con género no binario con capacidad de gestar. El monto de la prestación reconocida no depende del género o de la edad de quien la solicite. <u>Intervención Colombia Diversa</u>. Es una prestación económica asegurada y, de haber impacto fiscal, le corresponderá al Ministerio de Hacienda demostrarlo. La ausencia de recopilación de datos de las personas trans y no binarias y su acceso a los beneficios de la seguridad social perpetúa su invisibilización y la censura a sus derechos. Por lo anterior, considero que el Ministerio de Salud y otras entidades a cargo del reconocimiento de beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico deben crear y aplicar un sistema de información estadística que recoja datos de los hombres trans y personas con género no binarias con capacidad de gestar.	Exequibilidad con Colombia «bajo el entendimiento de que los hombres trans y personas con género no binario tienen capacidad de gestar y por ende acceden a los beneficios de la seguridad social para la época de gestación»
Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Universidad de los Andes <u>Intervención</u>	Según la CIDH y el Experto Independiente sobre la Protección contra la Violencia y la Discriminación por Motivos de Orientación Sexual o Identidad de Género de las Naciones Unidas, «la violencia que sufre la población trans proviene del rechazo a las	Exequibilidad con Colombia

<u>Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS)</u>	expresiones de género que cuestionan lo binario. Además, el derecho a la igualdad y no discriminación protege también las categorías de orientación sexual y expresión e identidad de género y la Corte IDH ha enfatizado la necesidad de proteger a las personas LGTBIQ+ y a otros grupos vulnerables bajo dicho principio. La Corte Constitucional ha garantizado los derechos de la población transgénero con sustento en el principio de igualdad y no discriminación. Así, citó pronunciamientos sobre la prohibición de tratos discriminatorios en instituciones educativa, el servicio militar obligatorio para las mujeres tran y el acceso a la pensión de veje. Los hombres transgénero son objeto de un doble sesgo por el posicionamiento de lo femenino en un plano inferior a lo masculino y de lo trans como subordinado a las identidades cisgéner. En cuanto a las personas de género no binario, enfrentan el desconocimiento por la falta de material educativo para el público sobre las diversidades de género. A esto se suma las barreras y exclusión en el ámbito laboral que obedecen a la imposibilidad de obtener documentos de identidad que correspondan con su expresión de género y la mayor propensión al acoso e intimidación en el trabajo, entre otro <u>Intervención Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS).</u> Estas barreras repercuten en dificultades adicionales para acceder a la seguridad social. La norma demandada es una barrera para la población trans porque refuerza las concepciones tradicionales del género binario y desconoce las experiencias de las identidades de géner. Esto se evidencia en las expresiones demandadas como únicas categorías relacionadas con el embaraz. Por último, además de la solicitud de condicionamiento de las expresiones acusadas, pidió a la Corte que ordene al Ministerio del Trabajo y las secretarías correspondientes en el orden territorial la adopción de lineamientos y guías educativas para las empresas sobre «información educativa y protocolos de atención a las personas transgénero y con expresiones diversas de género. Además, lineamientos en el sistema de salud para que su atención en la época de parto se brinde de manera inclusiva y elimine las barreras estructurales que se dan en la prestación del servici.	
Vicepresidencia de la República <u>Concepto</u>	La norma demandada desconoce de manera explícita los derechos «de otras poblaciones (hombres Trans,	Exequibilidad co

Vicepresidencia de la República	Transmasculinidades, personas No Binarias (Asignadas Femenino al nacer) que, pese a no identificarse con el género femenino, también tienen la capacidad de gestar, atravesar el trabajo de parto y los cuidados posparto. Por lo tanto, deberían beneficiarse de la licencia en época de parto como lo hacen las mujeres cisgénero. La licencia de «maternidad tiene la finalidad principal de proteger a las mujeres en estado de gravidez durante la época del embarazo y luego del parto –protección que se extiende, en lo pertinente, a los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente–; así como la de asegurar la protección de la niñez. Añadió que, pese a que el sistema general de seguridad social en salud tiene una serie de coberturas como la referida licencia, hay una brecha de desigualdad que agrava las condiciones de vida de los hombres trans, las transmasculinidades y las personas no binarias. Estas prestaciones hacen parte del derecho a la seguridad social, que es un derecho fundamental irrenunciable de todas las personas sin distinción de raza, sexo, orientación sexual, identidad de género. En consecuencia, la licencia con ocasión del parto dirigida exclusivamente a la maternidad o hacia las mujeres desconoce este ámbito de la seguridad social de los mencionados grupos.	
Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral - ACEMI <u>Intervención ACEMI</u>	La norma acusada reconoce la licencia de maternidad a «las personas de sexo femenino, mientras los hombres trans y las personas de género no binario no pueden acceder a esta prestación porque «tienen un género distinto al femenino. Lo anterior, pese a que en los tres casos referidos se trata de gestantes que comparten necesidades semejantes en la época posterior al parto. Explicó que las EPS deben reconocer y pagar la licencia de maternidad a los afiliados cotizantes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con las disposiciones legales y los requisitos que estas prevean. Posteriormente, las EPS recobran a la ADRES los valores pagados por dicho concepto. Es decir, las EPS actualmente deben verificar el género del afiliado para efectos de reconocer la licencia de maternidad y, si la otorgan a una persona de género diferente, la ADRES glosa su pago. Indicó que todo lo anterior conduce a que los hombres trans o las personas de género no binario deban obtener mediante órdenes de tutela el reconocimiento de la licencia de maternidad. En el presente caso se reúnen	Exequibilidad c «en el entendid beneficio de época de pa maternidad p dicho artículo extensivo tam hombres trans y género no binar de embarazo»

	todos los presupuestos de la omisión legislativa relativa. De igual manera, expuso que las expresiones demandadas violan el principio de igualdad, pues no superan un juicio estricto de igualdad, que es el aplicable al presente asunto por tratarse de una distinción basada en un criterio sospechoso de discriminación.	
Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá <u>Intervención</u> Secretaria Distrital de la Mujer	La disposición demandada concede la licencia en época de parto a partir de una concepción binaria de la familia tradicional y descarta que a ella puedan acceder las personas con identidad de género divers. No hay razón que justifique que los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo estén excluidos de la licencia prevista en la disposición demandada. Esta interpretación discriminatoria para el reconocimiento de la licencia desconoce los derechos de la niñez. La identidad de género de las personas es una categoría protegida por la CADH. Por ello, está proscrito cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en ella. La diferencia de trato es discriminatoria cuando no tiene una justificación objetiva y razonable. De manera similar, los Comités de Derechos Humanos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han identificado la identidad de género como una de las categorías de discriminación prohibidas por los artículos 2.1 del PIDCP y 2.2 del PIDESC bajo el término «otra condición social». Asimismo, los Principios de Yogyakarta contemplan el deber de los Estados de adoptar medidas legislativas y de otra índole para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de identidad de género en las esferas pública y privada (principio 2) y para asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de identidad de género, a la seguridad social a otras medidas de protección social, lo que incluye la licencia de maternidad o paternidad (principio 13). Además, explicó que la jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho fundamental a la identidad de género. Al respecto, ha indicado que su estatus de garantía iusfundamental deriva del principio de dignidad humana y los derechos a la igualdad, intimidad, libre desarrollo de la personalidad y de que forma parte del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos.	Exequibilidad condicionada beneficios de la allí consagrados extiendan a los trans, personas no binario y a persona en capacidad gestar que se en estado de emba

	Refirió que la CIDH recomendó a los Estados que ajusten su normativa sobre la licencia de maternidad y/o paternidad con goce de sueldo o prestaciones sociales comparable<u>Intervención Secretaria Distrital de la Mujer.</u> Por otro lado, destacó la jurisprudencia constitucionale que reconoce en las licencias de maternidad y paternidad un propósito de protección de los niños, niñas y adolescentes. En particular, son una concreción del principio del interés superior del menor de edad y de sus derechos al amor y al cuidado. Agregó que estas licencias remuneradas son «determinantes para crear vínculos familiares y para que la pareja, grupo familiar o persona gestante, realice las tareas de cuidado y atención del niño-niña (sic) y lo asistan en un momento de especial vulnerabilidad<u>Intervención Secretaria Distrital de la Mujer.</u>	
Grupo de estudio de Sexualidad Diversa de la Universidad EAFIT y la Corporación FAUDS (Familiares y Amigos Unidos por la Diversidad Sexual y de Género)<u>Intervención EAFIT y FAUDS</u>	La norma demandada tiene su origen en el Convenio 003 de 1919 de la OIT cuyas destinatarias son únicamente las mujeres y que, al momento de su adopción, no existía el reconocimiento de las personas trans y no binarias como sujetos protegidos de trato discriminatorio. Además, los Convenios 103 y 183 de la OIT también estipulan el derecho al descanso con ocasión de la maternidad. Añadieron que la licencia de maternidad es una de las prestaciones que hace parte del derecho a la seguridad social. La paternidad y maternidad tienen una relación directa con la garantía de los principios de interés superior del menor de edad, unidad familiar e igualdad. La Sentencia C-415 de 2022 señaló que las familias diversas no encajan en las categorías binarias inmiscuidas en las licencias parentales otorgadas a las parejas homoparentales. A su juicio, los menores de edad no deben verse afectados por decisiones legislativas que excluyan a sus familias del reparto del tiempo para cuidarlos y conformar lazos estrechos. En este sentido, además de comportar la discriminación de hombres trans y de personas con género no binario, somete a los menores de edad a una situación acentuada de vulnerabilidad.	Exequibilidad c «bajo el entenc misma también a los hombre personas no bir que [se les asig el sexo biológico

	En particular, refirieron que en los primeros meses de vida «se establece el primer vínculo, la primera forma de relación, y nacen las bases para el establecimiento de la salud mental del niño. Impedir el acceso a la licencia en la época de parto obstaculiza los cuidados pertinentes en esta etapa de la vida y priva de ingresos económicos que se amparan en el período de licencia. Por estas razones, consideraron que el artículo 236 del CST debe interpretarse sin discriminación alguna para las diversas formas de constituir una familia, a partir de lo dispuesto en los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución. Si un hombre trans o una persona con género no binario con capacidad de gestar cumple todos los requisitos previstos para el reconocimiento y pago de la licencia en época del parto, no habría un motivo válido para negarla, especialmente si aquella está prevista únicamente en que no son mujeres. Por último, se cumplen todos los presupuestos para configurarse la omisión legislativa relativa.	
Ministerio de Salud y Protección Social <u>Intervención</u> <u>Ministerio de Salud</u>	La licencia de maternidad tiene fundamento en la protección a la mujer durante el embarazo y después del parto (artículo 43 de la Constitución) y en la protección integral a la niñez (artículos 42, 43, 44 y 45 superiores). El numeral 3° del artículo 236 del CST señala los siguientes requisitos: (a) el estado de embarazo, (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. En este sentido, sostuvo que las normas que regulan esta prestación no excluyen a los hombres trans o personas de género diverso en capacidad de gestar. De esta forma, no advierte que la norma consagre una discriminación de los hombres trans y personas con género no binario ni una omisión legislativa relativa. Sin embargo, manifestó que, al atender los derechos a la identidad y expresión de género, la mención a las personas gestantes o personas con capacidad de gestar es adecuada, en la medida en que la licencia de maternidad debe concederse a toda persona capaz de quedar en embarazo, con independencia de su identidad de género.	Exequibilidad c «en el entendid norma se hace “mujer, persona persona con ca gestar”, en lo demandados, comprendiendo persona gestar aquella pers capacidad bic quedar en el atravesar el j gestación, lo c hombres transmasculinid personas no b capacidad de excluir otras ide género con las persona se au como una r protección de fundamental a de género»

1. Solicitó declarar la exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas «en el entendido que las expresiones demandadas hacen referencia a todas las personas con capacidad de gestación, incluidos los hombres trans e individuos de género no binario Concepto Procuradora. Luego de reiterar las reglas acerca de la competencia legislativa relativa, manifestó que en la demanda bajo examen concurren los requisitos de esta disposición. La omisión se predica del artículo 236 del CST, modificado por el artículo 2° de la Ley 21.201. Las expresiones acusadas que hacen parte de esa disposición no operan a favor de «sujetos con capacidad de gestación Concepto Procuradora, pues solo ampara a las personas que se identifican como mujeres. La Sentencia C-415 de 2022 reconoció que la regulación prevista en el artículo 236 «distingue la concesión de las prestaciones a partir de un criterio binario». Esta disposición infringe el deber previsto en los artículos 13, 43 y 48 superiores de garantizar el derecho a la salud y a la participación social a «todos los habitantes» del territorio nacional y de otorgarles «especial asistencia y protección por parte del Estado» a las personas «después del parto», «sin ninguna discriminación por razones de sexo».
2. Añadió que la prohibición de discriminación por razones de sexo también proscribió la consideración de la identidad sexual y de género como fundamento para establecer un trato diferenciado. En este caso, refirió un tratamiento normativo diferente para el goce de la licencia de maternidad en la época del parto a las personas con capacidad de gestación con identidad de género distinta a la mujer que carece de razón suficiente porque infringe (a) el derecho fundamental innominado a la identidad de género y (b) los mandatos superiores que brindan especial protección a las personas recién nacidas (artículos 42, 43, 44 y 50 de la Constitución). Sobre esto último destacó la finalidad que tiene la licencia en cuanto hacer posible el cuidado y expresar el amor y los derechos de los menores de edad. La norma demandada genera una desigualdad negativa para las personas trans e individuos de género no binario porque estos cuentan con capacidad de gestación al igual que las mujeres, pero las expresiones utilizadas para determinar los sujetos beneficiarios de la prestación no los amparan.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

3. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241.4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de una acusación de inconstitucionalidad contra varias expresiones contenidas en un precepto que forma parte de la ley de la República.

Cuestión previa: sobre la cosa juzgada constitucional respecto del artículo 2° de la Ley 21.201

4. De acuerdo con el artículo 243 de la Carta, los fallos proferidos por esta Corporación en el ejercicio del control de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Asimismo, el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991 dispone que, en esos casos, las normas respecto de las cuales la Corte ya hubiere emitido una sentencia de mérito, no podrán ser objeto de un nuevo juicio de constitucionalidad, en tanto se propende por «la estabilidad de las sentencias judiciales, la certeza respecto de sus efectos, y la seguridad jurídica».
5. No obstante, esta regla no impide que una misma norma legal pueda ser objeto de nuevas demandas, de suerte que esta Corporación deba pronunciarse de fondo sobre la inconstitucionalidad, cuando, por ejemplo, la sentencia anterior, proferida en ejercicio del control de constitucionalidad por vía de acción, hubiese analizado cargos distintos a los que se presentan en la nueva demanda. Si bien la Corte puede, como lo reconoce de manera explícita el inciso segundo del artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, fundar su decisión de declarar inconstitucionalidad de la norma demandada en la violación de cualquier norma superior, incluso si esta última no se hubiese invocado en el proceso, en numerosas ocasiones la dec

de la Corte suele limitarse al análisis de los cargos planteados en la demand.

6. **Esta Corporación ha delimitado el alcance de sus pronunciamientos de cara al fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Por ello, ha hecho una caracterización de sus dos hipótesis, a saber: (a) la cosa juzgada constitucional formal, cuando el nuevo es solicitado recae sobre una norma respecto de la cual existe una decisión constitucional anterior; (b) la cosa juzgada constitucional material, si la demanda recae en una disposición normativa formalmente distinta, pero cuyo contenido es igual de otra previamente analizada; (c) la cosa juzgada constitucional absoluta, en el evento que el examen anterior se realizó respecto de la integridad de la Carta Política, agotado todo el debate sobre la constitucionalidad de la norma acusada y haciendo inviable nuevo estudio o es declarada inexecutable; (d) la cosa juzgada constitucional relativa tratándose de una misma norma, se constata que el control constitucional previamente realizado, se llevó a cabo en razón de unos cargos concretos y determinados, si es procedente una nueva decisión con fundamento en acusaciones distintas; y (e) la cosa juzgada constitucional aparente, cuando en la parte resolutoria de la sentencia se declara la constitucionalidad de una norma, sin que en la parte motiva exista una razón o antecedente respecto de la misma.**
7. Asimismo, ha precisado que para la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional, deben concurrir las siguientes tres condiciones: (i) la norma demandada guardar identidad con el contenido normativo de aquella que fue objeto del examen de constitucionalidad en una decisión previa; (ii) los cargos de inconstitucionalidad contenidos en la nueva acusación deben ser materialmente similares a los propuestos y analizados en la anterioridad por la Corte; y (iii) debe tratarse del mismo parámetro de validez constitucional, es decir, no debe existir un nuevo contexto de valoración o razones nuevas y significativas que excepcionalmente hagan procedente la revisión.
8. La Sentencia C-415 de 2022 analizó la constitucionalidad del artículo 236 del CST, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021. Esa providencia resolvió una demanda que cuestionaba el precepto acusado por considerar que fijaba las reglas de las licencias de maternidad, paternidad y las parentales compartida y flexible, de madres o padres biológicos o adoptantes individualmente considerados o de parejas heterosexuales. Sin embargo, no reguló el derecho de las parejas del mismo sexo adoptante. Por lo anterior, sostuvo que el Legislaor incurrió en una omisión legislativa relativa.
9. Dicha providencia formuló el siguiente problema jurídico: «¿Incurrió el Legislaor en una omisión legislativa relativa, al no incorporar a las parejas adoptantes del mismo sexo a las beneficiarias expresas en el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 que prevé las licencias de maternidad, de paternidad, parental compartida y parental flexible, así como las licencias específicas de adjudicación y además vulneró el deber especial de protección a la niñez?».
10. La Sala encuentra que la decisión mencionada estudió todo el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021 y las expresiones ahora demandadas. Es decir, podría configurarse la cosa juzgada constitucional formal. No obstante, evidencia que se trata de un efecto de cosa juzgada formal relativa, que impide un nuevo pronunciamiento respecto de cargos distintos a los estudiados anteriormente.
11. Los cargos formulados en el presente proceso son diferentes a los planteados y estudiados en la Sentencia C-415 de 2022. Si bien en ambos casos se discute la configuración de una omisión legislativa relativa y el desconocimiento del principio de igualdad, las censuras no fueron propuestas en los mismos términos ni con iguales alcances. En concreto, mientras la providencia de 2022 analizó si la disposición acusada excluía a parejas adoptantes del mismo sexo, en esta ocasión el cargo plantea un debate sobre la violación de la igualdad en términos relacionales con la posibilidad de que personas con diferentes vivencias del libre desarrollo de la personalidad sean beneficiarias de las licencias de maternidad, paternidad y parentales compartida y flexible.

personalidad, que no se identifican como mujeres y que tienen capacidad de gestar y de asumir los roles de cuidado parental puedan ser destinatarias de las prestaciones que establece la norma. En otras palabras, en la Sentencia C-415 de 2022 el parámetro de análisis fue la orientación sexual de los beneficiarios de las licencias previstas en el artículo 236 del CST, respectivamente parejas adoptantes del mismo sexo, exclusivamente, en tanto en el presente caso se analiza la posible exclusión regulatoria de personas que puedan cumplir los roles protegidos por la norma y que no acceden a la licencia. Por lo anterior, no se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional y procede el estudio de fondo sobre el debate planteado.

Planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución

12. Los apartados demandados del artículo 236 del CST, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021, que contienen las expresiones demandadas «mujer», «trabajadora» y «madre» regulan la licencia de parto por maternidad y adopción, así como las distintas modalidades, condiciones y requisitos para su otorgamiento. Se advierte que las expresiones acusadas no se refieren en aquella norma a la regulación de la licencia para la época del parto respecto a la mujer que gestó y dio a luz, pues también cobijan a la licencia a la que tiene derecho la madre adoptante. Por ello, los argumentos de los demandantes y de las intervenciones y los conceptos presentados ante la Corte giran en torno a la igualdad y al acceso a las medidas de protección de la parentalidad surgida de la capacidad biológica de gestar, como de la originada en la adopción. En suma, las normas objeto de estudio, que regulan una prestación de la seguridad social en salud, están dirigidas a la protección del rol parental y del cuidado que ejercen las madres gestantes. Asimismo, si bien los demandantes y varios de los intervinientes se refirieron al particular de los hombres transgénero y de las personas con género no binario en esta materia, en el embarazo, el fundamento del reproche es el desconocimiento de la igualdad en el acceso a la prestación por parte de otras personas gestantes y adoptantes que tienen una vivencia distinta de su identidad y que no se identifican como mujeres.
13. Por lo anterior, el problema jurídico que debe resolver la Corte es el siguiente: ¿el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021, incluye en una omisión legislativa relativa que desconoce los derechos a la igualdad y a la seguridad social, al incluir las expresiones «mujer», «trabajadora» y «madre» y contemplar como titulares de las licencias en la época del parto a las mujeres, sin considerar explícitamente a los hombres trans o a las personas no binarias?
14. Para resolver el problema enunciado, la Corte (a) reiterará las reglas jurisprudenciales relacionadas con las omisiones legislativas y su control de constitucionalidad. Posteriormente, (b) expondrá la jurisprudencia acerca de la protección constitucional de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana y su expresión en las vivencias de la identidad. Luego, (c) referirá lo correspondiente a la licencia en época de parto. Finalmente, (d) analizará los cargos propuestos, para establecer la solución al caso.

Las omisiones legislativas y su control de constitucionalidad. Reiteración de jurisprudencia

15. El artículo 4° superior dispone que «[l]a Constitución es norma de normas», lo que indica que las disposiciones constitucionales prevalecen sobre los contenidos normativos de inferior jerarquía. Asimismo, el artículo 6° de la Carta sostiene que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, al tiempo que deben responder por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. De la interpretación armónica de estas disposiciones se sigue que las autoridades deben sujetar su conducta y sus facultades a estas, la de creación normativa) a los mandatos constitucionales.
16. El Congreso de la República está llamado a atender y desarrollar las disposiciones de la Constitución. Sin embargo, es factible que en este ejercicio el Legislador afecte los mandatos

derechos y garantías constitucionales por acción o por omisión. Sobre este último aspecto la Corte ha señalado que la inactividad del Congreso en determinados asuntos puede someterse a escrutinio constitucional, cuando sea lesiva de disposiciones superiores.

17. Las omisiones legislativas ocurren «cuando el [L]egislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente. Estas omisiones pueden ser absolutas o relativas. Las primeras «consisten en la falta total de regulación normativa, referida a un aspecto cualquiera de la realidad regulable. Por ende, ante la ausencia de un texto jurídico susceptible de confrontarse con el ordenamiento superior, la Corte ha señalado de manera pacífica y reiterada que carece de competencia para analizar este tipo de omisión».
18. Por el contrario, las omisiones legislativas relativas ocurren cuando el Legislador, «al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. En otras palabras, la omisión relativa tiene lugar cuando al regular una materia en específico, ese órgano representativo genera un silencio o no incluye una determinada previsión normativa que resulta indispensable para que el texto de rango legal sea compatible con la Constitución. Por lo tanto, esta clase de omisiones pueden ser objeto de control por la Corte al resolver las acciones de inconstitucionalidad que se presenten contra normas en las que se incurra en ellas».
19. La jurisprudencia constitucional ha señalado que una omisión legislativa relativa se configura cuando:

Exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que «(a) excluya o ignore consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o, en su defecto, (b) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo».

Exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al Congreso que no ha sido omitido, pues se constata que este (a) excluyó un caso equivalente o asimilable o (b) dejó de incluir un elemento o ingrediente normativo. Ciertamente, como lo resaltó la Sentencia C-005/2018, solo se configura tal figura cuando el Legislador incumple una concreta «obligación de hacer» prevista en la Constitución.

La exclusión tácita o expresa de los casos o ingredientes carezca de una razón suficiente. El último supone verificar si el Legislador «contó con una razón suficiente para omitir un elemento al momento de proferir la norma». En este estadio del análisis, la Corte debe definir si la omisión es producto de un ejercicio caprichoso o si, por el contrario, existen argumentos claros y precisos para obviar el aspecto que los demandantes echan de menos.

La falta de justificación y objetividad de la exclusión genere una desigualdad negativa frente a los casos que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma.

20. Es pertinente mencionar que esta última exigencia es aplicable sólo en aquellos casos en los que se afecte el principio de igualdad. En otras palabras, la Corte deberá examinar este presupuesto «cuando la norma incompleta se evidencia discriminatoria al no contemplar todas las situaciones idénticas a la regulada, o, (...) cuando no se extiende un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo».
21. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, para constatar la concurrencia de este último presupuesto, es necesario verificar la razonabilidad de la diferencia de tratamiento, es decir, valorar «(a) si los supuestos de hecho en que se encuentran los sujetos excluidos del contenido normativo son asimilables a aquellos en que se hallan quienes sí fueron incluidos y (b) si adoptar ese tratamiento distinto deviene necesario y proporcionado con miras a obtener un fin legítimo».

22. Asimismo, ante la verificación de una omisión legislativa relativa, le corresponde a la Corte regla general, proferir la sentencia en la que «extienda las consecuencias de la norma supuestos excluidos de manera injustificada, es decir, (...) una sentencia integradora tipo ac que mantenga en el ordenamiento el contenido que, en sí mismo, no resulta contrario a la C pero incorporando al mismo aquel aspecto omitido, sin el cual la disposición es incompat con la Constitución. Dicho de otro modo, la omisión relativa implica que se emita una sent integradora, por la que se condicione la constitucionalidad del precepto acusado en el ente que también comprende aquellas hipótesis que fueron indebidamente excluidas por el Legis Esta atribución se sustenta en la función de la Corte de salvaguardar la integridad ordenamiento superior. En caso de que tal solución no sea admisible, en virtud de la redacc la coherencia de la disposición, verbigracia, porque la disposición está sujeta a la exclusió ingrediente que se echa de menos, no habrá otro camino que la declaratoria de inexequibi del precepto.

Protección constitucional de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personali a la dignidad humana y su proyección en las vivencias de la identidad

23. La Corte ha advertido que los conceptos básicos relacionados con la vivencia de la identidad indispensables para desarrollar sus competencias como tribunal constitucional, hacer efectivo respeto de los derechos fundamentales y garantizar los derechos a la dignidad, la igualdad y ser discriminado de la población LGBTQ+. Lo anterior, en la medida en que le permite conocer, hacer visible y nombrar la realidad de aquellas personas cuyas vivencias y experiencias por la identidad de género no se corresponden con las del sexo que se les asignó al nacer respecto, los Principios de Yogyakarta indican lo siguiente:

«la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluir vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida)».

24. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido las vivencias y las experiencias personales e internas de cada ser humano, respecto de las diversas opciones que tiene para consolidar su sexualidad y su identidad de género. En consonancia con ello, ha evidenciado la posibilidad de que, en el decurso de la vida, surja una disparidad entre el sexo determinado al nacer y definido con arreglo a la genitalidad, y la experiencia personal identitaria que se desarrolla en las circunstancias evolutivas y variadas de la existencia humana. Se reconoce la experiencia personal y social de ser y reconocerse hombre, mujer u otra forma de proyección de la identidad en el marco del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana. Véase <https://undocs.org/es/A/HRC/47/27> <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones>. En todo caso, la Sala advierte que las nociones que sobre el particular hayan de utilizar representan una categorización exhaustiva o cerrada.
25. Dentro de dicho marco de análisis, la Sala abordará la noción de personas transgénero, pues fue invocada en la demanda. En efecto, se conciben como tales las personas que:

«tienen una vivencia que no corresponde con el sexo asignado al momento de nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos como femenino, dicha persona generalmente se autorreconoce como una mujer trans. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia de la persona es masculina, dicha persona generalmente se autorreconoce como un hombre trans.

26. Específicamente, entre las identidades transgénero pueden encontrarse las «masculinidades

con las que se identifican aquellas personas conocidas como «hombres trans», cuyo asignado al nacer es femenino/mujer, pero su identidad corresponde al ámbito de lo socialmente construido, concebido y leído como masculino.

27. En consonancia con lo anterior, en el ámbito del libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana, a partir de las identidades de género que están presentes en la sociedad, emergen nuevos paradigmas. Usualmente se trata de identidades no normativas, esto es, no admitidas en la organización usual de las distintas formas en que puede expresarse el desarrollo de la personalidad. Una de ellas es la identidad no binaria, a la que también se alude en la demanda y en las intervenciones y conceptos allegados a la Corte. Dicha identidad es comprendida como aquella que, al no concebirse en el marco de las categorías dicotómicas masculino o femenino, se aleja del sistema mayoritario de sexo-género binario por tradición cultural. Las personas no binarias no se encuentran representadas, en sus vivencias, por ninguna de las categorías de género existentes en ese sistema.
28. El reconocimiento de estas formas de identidad descarta que exista una relación equivalente unívoca con el sexo de la persona. De ese modo, se asume que las identidades son proyección del libre desarrollo de la personalidad y dejan de ser una consecuencia única y determinada por las condiciones biológicas del organismo, para entenderse como una construcción personal y social, no supeditada exclusivamente al cuerpo, sin que ello implique desconocer que la relación entre lo biológico y la identidad de género también se presente. Desde esta perspectiva, se concibe la expresión identitaria como el producto de un ejercicio de autoconcepción. En vista de ello, se trata de un constructo individual que depende de las elecciones personales del sujeto en relación con la forma de vivir su propia identidad de género y su reconocimiento, tanto en el plano personal como en su proyección a la sociedad y su exteriorización. Las identidades no binarias tampoco se encuentran definidas por la corporación. De esta suerte, no puede establecerse una relación necesaria entre la condición de intersexual transsexual y la de persona con identidad no binaria.
29. El derecho fundamental a la identidad de género no está consagrado expresamente en la Constitución. Sin embargo, para la jurisprudencia de esta Corporación, su protección está fundada en la dignidad humana y en los derechos a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la personalidad diversa. En ese sentido, aquella responde únicamente a la vivencia y a la autodeterminación de las personas y, por ende, el respeto a esas diversas manifestaciones tiene sustento en el reconocimiento de la dignidad humana. En particular, por tratarse de las decisiones que involucran la definición de la individualidad, su respeto está íntimamente relacionado con el trato especial que merece la persona por el hecho de serlo, así como con la autonomía individual y con la posibilidad de establecer un proyecto de vida propio.
30. A este fundamento se suman, en virtud del bloque de constitucionalidad, los artículos 3, 11.2, 11.3 y 18 de la CAD que garantizan el reconocimiento de la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la privacidad y el derecho al nombre. De acuerdo con la Opinión Consultiva No. 24 de la Corte ID, de la interpretación conjunta de estas disposiciones de la CADH deriva el derecho al reconocimiento de la identidad de género.
31. Dicha protección contempla la facultad del individuo de definirse a sí mismo, en función de su cuerpo, vivencias y experiencias en cuanto a su identidad y reconocimiento. De igual forma, impone a la sociedad y al Estado el deber de responder a esa concepción autorreferente de la persona, para tratar al individuo de un modo congruente y respetuoso de la visión que tiene de sí.
32. El ámbito de protección en este escenario consta, al menos, de tres posiciones jurídicas o garantías iusfundamentales: (a) la facultad de desarrollar la identidad de forma libre y autónoma, (b) el derecho a la expresión de dicha identidad y (c) la prohibición de discriminación basada en la misma.
33. El desarrollo libre y autónomo de la identidad. Esta es un elemento «constitutivo y constitutivo» de la definición del plan de vida de las personas. En tales términos, la facultad de const

desarrollar de manera autónoma tal identidad es una manifestación esencial de la libertad. El derecho a la identidad reconoce la «individualidad del ser humano, como sujeto moral con capacidad plena para autodeterminarse, autoposeerse y autogobernarse conforme a sus propios intereses, valores, convicciones y sin que implique la afectación de derechos de terceros. Asimismo, es directamente relacionada con el derecho a la intimidad, dado que su construcción y desarrollo tiene una naturaleza profundamente definitoria del ser humano y su vida privada». Véase <https://undocs.org/es/A/HRC/47/27> y el informe de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el tema de la identidad de género, <https://rm.coe.int/derechos-humanos-y-identidad-de-genero-issue-paper-de-thomas-hammarber/16806da528>. Por esta razón, la Constitución prohíbe la imposición de «normas de género» y barreras al reconocimiento de la identidad, lo cual implica, de un lado, que no es un objetivo social legítimo que al individuo le impongan cargas derivadas de ideas preconcebidas sobre los roles que debe cumplir y asumir «según su sexo asignado al nacer» <https://undocs.org/es/A/HRC/47/27> y prejuicios médicos de «normalidad». De otro, que el Estado y los particulares deben abstenerse de llevar a cabo cualquier acción que interfiera o dirija la definición personal, privada y libre de dicha identidad.

34. El derecho a la expresión de la identidad. La Constitución protege la expresión de la identidad, es decir, la manera en que cada individuo se proyecta a la sociedad, la cual puede o no corresponder con el sexo asignado al momento del nacimiento. Esta garantía no sólo salvaguarda la construcción identitaria de las personas y su vivencia íntima y personal, sino también comprende la facultad de cada persona de «proyectarse libremente hacia los demás, mediante expresiones sociales tales como la vestimenta, el modo de hablar, los modales y las formas de interacción social. En tales términos, la manifestación pública de la identidad «no puede ser objeto de invisibilización o reproche. De igual forma, impone a la sociedad y al Estado el deber de responder a esa concepción autorreferente de la persona y tratarla de un modo congruente y respetuoso de la visión que tiene de sí misma».
35. Prohibición de discriminación basada en la identidad. La identidad está protegida por la cláusula general de igualdad prevista en el artículo 13 de la Constitución y constituye un criterio de sospechoso de discriminación. Esto también se sustenta en el bloque de constitucionalidad concreto, en la cláusula de no discriminación derivada de los artículos 1º, 2º y 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 2.1 y 26 del PIDC, el artículo 2.2 del PIDES, el artículo 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 1.1. de la CADH y el artículo 3º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador que establecen en forma tajante la prohibición de cualquier trato discriminatorio, sustentado en el sexo o en el género y la obligación de proteger a todas las personas de la discriminación por razón de la orientación sexual o cualquier otra forma de identidad».
36. En este sentido, prima facie, no es un criterio con base en el cual sea posible efectuar una distribución o «reparto racional y equitativo» de bienes, derechos o cargas sociales que genere diferencias de trato que estén fundadas en esta vivencia o en su expresión pública y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos fundamentales de poblaciones que no tienen identidades normativas, son, en principio, contrarias a la Constitución. Una diferencia de trato legal o administrativa fundada en formas de identidad no normativas sólo será constitucional si existen poderosas razones objetivas que la justifiquen y si supera las exigencias del juicio estricto de igualdad.
37. Quienes experimentan otras formas de identidad de género están entre aquellos que históricamente han sido discriminados. La Corte ha reconocido que estos se encuentran expuestos a estigmas, preconcepciones y obstáculos basados en las reglas e imaginarios sociales que definen aquello que se asume «normal» en la vivencia individual y social de la identidad. Son valores

en función de la expectativa social, según la cual las construcciones alrededor de la identidad coinciden con la anatomía de las personas y con el sexo asignado por la sociedad al individuo en el momento de su nacimiento. Asimismo, en estas personas confluyen múltiples factores de vulnerabilidad tales como la pobreza, la exposición a la violencia y las barreras de ingreso al mercado laboral que, junto con la marginalización y el rechazo social derivado de su proyecto de vida acentúan las violaciones de sus derechos.

38. De esta manera, el Estado colombiano, a partir del reconocimiento de la carga histórica y de infravaloración a la que se encuentran sometidas las personas con otras formas de identidad, tiene el deber de promover la igualdad de oportunidades de este sector poblacional. También está obligado a abstenerse de crear escenarios que redunden en el desconocimiento de los derechos, pues estas personas tienen una protección reforzada por mandato de la Constitución. Para la Corte, «los ámbitos de protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación son la garantía efectiva y el respeto absoluto por la orientación sexual y la identidad de género diversas.
39. **Esta protección constitucional se concreta en dos garantías iusfundamentales: (a) el derecho al reconocimiento jurídico de su identidad y (b) la protección cualificada contra la discriminación. Dicha protección cualificada supone, entre otros factores, que el Estado tiene un «deber cualificado de conducta que le impone adoptar medidas afirmativas encaminadas a (a) erradicar las leyes y prácticas discriminatorias que afecten «de jure y de facto el desarrollo autónomo de otras formas de identidad. En tal sentido, el Estado debe protegerlas de conformidad con el principio de igualdad en todas las dimensiones, particularmente, en la normativa; (b) fomentar la libre expresión de las identidades en los ámbitos académicos, laborales, gubernamentales y culturales; (c) transformar los patrones de menosprecio y violencia física y simbólica que han operado en contra de esta población; (d) asegurar que estas personas sean titulares de los mismos derechos y puedan ejercerlos en igualdad de condiciones con independencia de aquellos.**

La licencia en la época de parto

40. Las licencias parentales, también conocidas como licencias de responsabilidades familiares, regulan que las personas encargadas de otros cuenten con prestaciones económicas durante un determinado periodo, sin que además se vean obligadas a acudir al empleo. Son el resultado del reconocimiento de que el cuidado debe ser remunerado y debe redistribuirse y reorganizarse y tiene como propósito sustituir los ingresos que las personas que asumen los roles parentales dejan de recibir durante ese laps.
41. Sin embargo, la prestación con ocasión del parto, a pesar de que tiene finalidades asociadas a la protección de los roles de gestación y de cuidado, tiene un criterio de asignación basado en el género y cubre a las mujeres afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo y se proyecta a las vinculadas a través de contrato de trabajo, pensionadas, servidoras públicas o trabajadoras independientes con capacidad de pago que, con motivo del nacimiento de su hijo, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades. Este derecho se reconocerá siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico. La licencia parental se asocia a la gestación, al parto y a los cuidados posteriores a esta etapa. También tiene una relación estrecha con el amparo de la familia entendida en su acepción diversa y con la protección de los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes, bien sea los recién nacidos o los que establecen vínculos filiales por la adopción.
42. La regulación de la licencia en época de parto se ha ampliado en relación con los sujetos beneficiarios y con las garantías que brinda. La versión inicial del artículo 236 del CST

reconocía la licencia remunerada a favor de las madres biológicas en la época del parto, de ocho (8) semanas, con el salario que ellas devengaran en el momento de entrar a disfrutar el descanso. A partir de la vigencia de la Ley 24 de 1986, que reformó el artículo 236 del Código de Procedimiento Civil, todas las provisiones y garantías establecidas en el capítulo V de dicha normativa referente a la licencia a favor de la madre biológica, se extienden, en lo que fuere procedente, a la madre adoptante del menor de siete (7) años. En 1988, por medio de la Ley 69 de ese mismo año, se reconoció que esta protección debía cubrir a la madre adoptante empleada en el sector público. Posteriormente, con motivo de la expedición de la Ley 50 de 1990 se incorporaron nuevos cambios. Esta ley introdujo modificaciones, entre otras, respecto de la duración del descanso, pues lo amplió a doce (12) semanas. Además, en el numeral 4º del artículo 236 se incluyó como beneficiario de la licencia al padre trabajador adoptante sin cónyuge o compañera permanente. Por último, en el inciso final del mismo numeral, se fijó que los beneficios establecidos no podían excluir al trabajador del sector público. Posteriormente, la Ley 1468 de 2011 amplió el período que cubre la prestación a catorce (14) semanas. Con la reforma prevista en el artículo 236 de la Ley 1822 de 2017, se determinó un período de 18 semanas de licencia.

43. A partir de la jurisprudencia constitucional pueden identificarse los siguientes fundamentos constitucionales de la licencia en la época de parto relacionados con la protección de: (a) la mujer durante y después del embarazo y de la maternidad, (b) los derechos prevalentes de los niños y niñas y de la familia como institución básica de la sociedad.
44. Protección de la mujer y de la maternidad. El artículo 43 superior prevé la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y que, durante el embarazo y después del parto, la mujer goza de especial protección y asistencia del Estado. Además, ordena el otorgamiento de subsidio a la mujer embarazada se encuentre desempleada o desamparada. Asimismo, en el ámbito laboral y de la seguridad social, el artículo 53 de la Constitución encomendó al Congreso la expedición del estatuto del trabajo, que habría de regirse por una serie de principios, entre los cuales incluye la protección especial a la mujer y a la maternidad. Por medio de la licencia, entonces, reconoce un período destinado a la recuperación física de la madre y a pagarle una prestación económica que reemplace los ingresos que percibía, para que pueda cubrir sus necesidades vitales. En suma, esta Corporación ha sostenido que esta prestación busca preservar la salud de la madre y del recién nacido, y le permite conciliar su rol productivo, reproductivo y de cuidados.
45. Por su parte, el artículo 25 de la DUDH establece que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Igualmente, el artículo 10.2 del PIDESC señala la obligación de «conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social». Asimismo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone en su artículo 11.2.b) que los Estados deberán implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o prestaciones sociales comparables, sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales. Ya el Convenio sobre la protección de la maternidad (núm. 3) de la OIT consagra el derecho de la mujer a recibir, durante las seis semanas anteriores y posteriores al parto, «prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene». Además, el artículo 9.2 del Protocolo de San Salvador consagra que «[c]uando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá [...], cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto». De allí se deriva la obligación general y objetiva de proteger a la mujer embarazada y lactante a través del Estado. No sólo se establece una cláusula general de protección de la mujer gestante durante el embarazo y después del parto, al mismo tiempo, se fijan obligaciones concretas y se exige a las autoridades estatales remover todo posible obstáculo e impulsar políticas para asegurar

las mujeres accedan efectivamente a la protección.

46. Protección de los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes y de la familia institución básica de la sociedad. La licencia de maternidad también se sustenta en los derechos fundamentales de la niñez al «cuidado y amor», el deber que tienen la familia, la sociedad y el Estado de garantizar su interés superior y la protección integral a la niñez derivada de los artículos 42, 43, 44 y 45 superiores. Igualmente, el artículo 25 de la DUDH establece el deber de la infancia a cuidados y asistencia especiales. De acuerdo con lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha destacado que las licencias parentales brindan una protección doble, por cubrir a la madre o compañera permanente, como ya se indicó, a las madres –y en lo que corresponda, respecto del padre sin compañía permanente–, a la vez que a los hijos o hija, pues les permite a aquellos un periodo de descanso en que puedan dedicarse al cuidado de estos. La Corte ha dicho que el descanso por motivo de maternidad significa, a un mismo tiempo, aplicar el mandato de protección superior de la familia y, en desarrollo de tal obligación, amparar sus derechos constitucionales fundamentales. Además, prevé un sustento económico durante el periodo de licencia para cubrir las necesidades esenciales del recién nacido.
47. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra varias cláusulas pertinentes para la solución del presente asunto. El artículo 2° establece la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en dicho instrumento y asegurar su aplicación «a cada sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales». Los artículos 7° y 18 señalan que el niño tiene derecho a ser cuidado por sus padres e incumbe a estos su crianza y desarrollo. A partir de lo expuesto, la protección derivada de la licencia en la época de parto debe favorecer a todos los niños y niñas, sin discriminación alguna, y con independencia de las condiciones o identidad de género de sus progenitores.
48. En consideración a la protección de los niños, niñas y adolescentes es que el otorgamiento de licencias parentales evolucionó desde concebirse exclusivamente para la madre biológica a pasar a cubrir entre sus beneficiarios a los padres biológicos y, posteriormente, a las madres y padres adoptante. Con base en esta premisa, por ejemplo, la Sentencia C-543 de 2010 con la que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley que limitaba la licencia a las madres biológicas, que la licencia no debía recaer exclusivamente en las madres biológicas y que era extensiva a las madres adoptantes de niños mayores de siete (7) años, pues se encuentran en una situación similar, por lo que limitar su reconocimiento con un criterio etario vulneraba el mandato de protección integral, la protección de todos los hijos e hijas sin discriminación basada en su origen familiar y la protección prevalente de la niñez.
49. La licencia en la época del parto también materializa la protección constitucional de la familia (artículos 5° y 42 superiores). En ese sentido, no sólo se dirige a la protección de quien gesta y da a luz y del recién nacido. Además, tiene la finalidad de otorgar una protección integral en el sentido de que quienes se benefician de la prestación «dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad. La Corte ha establecido que el régimen constitucional de la familia busca hacer de esta institución el ámbito adecuado para que, dentro de un clima de respeto, no violencia, e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse a plenitud como seres humanos, con la garantía de intimidad que permite el transcurso de la dinámica familiar sin la intromisión de tercero. Asimismo, pretende lograr un equilibrio entre la estabilidad necesaria para el desarrollo de sus miembros, con la dignidad y libre desarrollo de la personalidad a que tienen derecho cada uno de sus integrantes, aspecto en el que cobra especial importancia la existencia de un ambiente de respeto por cada persona y de libre expresión de los afectos y las emociones. Este Tribunal resaltó que la Constitución

reconoce en la familia una institución esencialmente dinámica y vital, donde cobran especial importancia los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y el derecho a la intimidad.

50. En relación con las licencias de responsabilidad familiar, la Sentencia C-415 de 2022 se refiere a las políticas de cuidado. En particular, describió los enfoques de cuidado maternalistas, de cuidado maternal, de corresponsabilidad y secuenciales y sostuvo que, salvo estas últimas, «las demás se limitan en el reparto binario del cuidado -madre y padre- y no reconocen familias diversas de igual manera, puso de presente que definir el alcance y los destinatarios de las políticas de cuidado impacta en la redistribución del trabajo al interior de la familia y en la asignación de responsabilidades que recaen directamente en el bienestar de los niños y las niñas. En este sentido, las licencias remuneradas se conciben hoy como determinantes para crear vínculos familiares, para la protección de los roles parentales de los progenitores y para que la familia realice las tareas de cuidado.
51. Se tiene, entonces, que la licencia en la época del parto no solo protege a quienes se embarazaron, sino que también cubre a su grupo familiar y, en especial, a la niñez. En virtud de lo anterior, la Corte ha extendido a personas distintas a las madres, garantías que en principio se concibieron para ellas, con fundamento en el rol parental y de cuidado que desempeñan. Por ejemplo, la Sentencia C-1039 de 2003 analizó si la expresión «las madres» contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 que consagra para aquellas que son cabeza de familia la estabilidad en el empleo durante la ejecución del Programa de Renovación de la Administración Pública violaba los derechos a la igualdad, la familia, a la igualdad de derechos y oportunidades para hombres y mujeres y, en especial, el derecho de los niños. Lo anterior, por cuanto, excluía a los hombres de los beneficios de esa protección, a pesar de que de ellos es predicable la capacidad de ser cabeza de familia.
52. En la providencia citada, la Corte extendió esa protección a los padres que se encuentren en la misma situación, «en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el derecho de la familia al que pertenecen». Al respecto, manifestó que ampliar la estabilidad laboral a los padres que tengan únicamente bajo su cargo la responsabilidad de los hijos, protege los derechos de la familia y, en especial, de los niños, quienes son totalmente ajenos a la situación de su padre o la madre quien está en cabeza del hogar. Concluyó que la protección otorgada por la norma «no es entonces a la mujer por el sólo hecho de ser mujer, sino por el contexto dentro del cual se encuentra, es decir, tener a su cargo la responsabilidad de la familia. Aseguró que es válido considerar que cuando está de por medio el núcleo familiar y los derechos de los niños, debe el Estado propender por su protección, y esto es independientemente de quien tiene a su cargo la responsabilidad.

Análisis de constitucionalidad de las expresiones demandadas

53. Aclaración metodológica. Dada la relación estrecha y esencial entre los cargos por omisión legislativa relativa y la violación del principio de igualdad propuestos en esta oportunidad, la Sala considera que la metodología para examinar si se reúnen los elementos que configuran la referida omisión implica el análisis conjunto y simultáneo de ambos reproches. La aproximación, a su vez, permitirá igualmente determinar si se desconoce el derecho a la seguridad social. En suma, mediante esa metodología integral, se analizarán en forma conjunta los tres reproches formulados en el presente proceso.

Existe una norma sobre la cual se predica necesariamente la omisión

54. Se endilga la omisión del artículo 236 del CST, modificado por el artículo 2° de la Ley 21 de 2021. En particular, dicha censura se hace recaer sobre las expresiones «mujer», «trabajadora» y «madre» que se incluyen en varios de los apartados de la norma que regulan las div

modalidades de licencia a favor de las mujeres gestantes o adoptantes, sus condiciones y requisitos para su otorgamiento. Por tal razón, la omisión analizada no es de carácter absoluto, pues no se cuestiona la completa inactividad del Legislador. Por el contrario, se dirige con la intención de regular la licencia en la época del parto, a la cual se le reprocha haber omitido permitir el acceso a las beneficiarias que cumplen los roles protegidos por la norma, pero que no fueron incluídos expresamente en los preceptos jurídicos acusados. En este sentido, los demandantes e intervinientes reconocen la regulación y reprochan la omisión del Legislador al excluir a ciertas personas que deberían acceder a dicha prestación.

La exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma respecto de aquellos casos equivalentes o asimilables

55. El cargo propuesto cuestiona que las expresiones «mujer», «trabajadora» y «madre» contengan únicamente como beneficiarias de la licencia de maternidad, en sus distintas modalidades, mujeres, ya sea como gestantes o adoptantes. En este sentido, los demandantes y la totalidad de los intervinientes reprochan que esta prestación que se reconoce a las mujeres y que protege el rol parental que ejercen, no contempla a otras personas que cumplen ese mismo rol como gestantes y adoptantes en el marco de otras formas de identidad de género y del reconocimiento de la familia diversa, en la que también realizan las mismas actividades de cuidado que prevén la norma.
56. A partir de la interpretación de la disposición objeto de estudio, se advierte con claridad que aquella prevé expresamente como beneficiarias de las licencias en la época del parto a las mujeres gestantes o adoptantes, a partir de los vocablos utilizados para designar a las destinatarias de dicha prestación. En este sentido, el precepto objeto de estudio no utiliza lenguaje neutro para designar a quienes tienen derecho a la licencia remunerada, considerando además los antecedentes históricos de la regla. Por el contrario, se trata de la incorporación de expresiones que usan el femenino, que no permite aplicar una hipótesis interpretativa extensiva para derivar de ellas que su significado pudiera tener un alcance comprensivo de personas distintas a las mujeres.
57. Por lo anterior, se constata que otras personas que no se identifican como mujer, trabajadora o madre y que ejercen un rol parental equivalente, no están incluídas entre las personas titulares de esta prestación. Al respecto, el Ministerio de Salud y Protección Social sostuvo que las normas que regulan esta prestación no excluyen otras personas, como los hombres trans o a personas de género diverso en capacidad de gestar, de la licencia en la época del parto, por lo que concluyó que no se establece una discriminación en su contra. No obstante, la intervención de AC evidenció la situación contraria y demuestra el alcance de la expresión y sus efectos de exclusión. En ese sentido, explicó que la ADRES glosa las licencias reconocidas a personas de identidad de género diversa, teniendo por fundamento que no se acredita que son mujeres las destinatarias de la licencia. En otras palabras, las EPS actualmente deben verificar el género de la persona afiliada para efectos de reconocer la licencia de maternidad y, si la otorgan a una persona de género diferente, la ADRES glosa su pago. Indicó que todo lo anterior conduce a que los hombres trans o las personas de género no binario deban obtener mediante órdenes de reconocimiento de la licencia de maternidad. Es decir, contrario a lo inicialmente indicado por el Ministerio de Salud y Protección Social, el uso de los términos «mujer» y sus proyecciones en las dimensiones de «trabajadora» o «madre» restringe la posibilidad jurídica de que puedan acceder a esta prestación estas personas que, sin identificarse con tales nociones, tienen la capacidad de gestar.
58. En gracia de discusión, podría considerarse que las personas que no se identifican con las expresiones que utiliza la norma y a quienes les fue asignado el sexo femenino al nacer

amparadas por la norma acusad. A modo de ejemplo, podría alegarse, entonces, que un hc transgénero podría ser beneficiario de la licencia de maternidad, para lo cual sería suficiente se identificara según el sexo que se le asignó al nacer. Sin embargo, esta posibilidad constitucionalmente inadmisibles por varias razones. En primer lugar, la identidad garantiza derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la dignidad humana. Esta protección impone al Estado y a los particulares la obligación correlativa abstenerse de cualquier acción que interfiera o dirija la definición personal, privada y de dicha identidad. Al considerarse que esa persona, para acceder a la licencia de maternidad bastaría con abandonar la identidad definitoria de su ser y de su plan de vida construido en forma libre y autónoma, se arribaría a una hipótesis contraria a los mandatos superiores que validaría una modalidad de discriminación prosrita por la Constitución. En segundo lugar, protegida la expresión libre de la identidad y por esa razón, la manifestación pública de la misma no debe invisibilizarse o reprocharse por las prescripciones normativas. Señalar que la falta de reconocimiento de la licencia en la época del parto es consecuencia de que su identidad autopercibida no corresponde con la de su sexo inicialmente asignado constituiría, precisando, una acción de reproche, pues sería equivalente a obligarla a asumir una identidad ajena a sus propias convicciones y que no ha sido producto de su libertad y autonomía para acceder a la prestación. Esa exclusión en el reconocimiento de otras identidades implica el rechazo de un significado fundamental del ser de estas personas, lo cual atenta gravemente contra su dignidad, su plan de vida y su existencia misma. En tercer lugar, implica un menoscabo para esas personas del goce del ejercicio del derecho a la seguridad social con fundamento en una categoría basada en el género con el cual no se identifican; tal aspecto contraría la prohibición de discriminación fundada en esa categoría sospechosa e impactaría la aplicación del artículo 48 superior.

59. A partir de lo expuesto, a juicio de la Sala, los hombres trans y personas no binarias que se identifican con la expresión mujer y relacionadas, en efecto, están excluidas de los supuestos previstos por el artículo 236 del CST que determinan quienes acceden a la protección por parte de los roles parentales están protegidos. Tal situación hace explícita una disposición infraincluida. En concreto, porque son personas que tienen la posibilidad de quedar en embarazo, gestar y afrontar un parto. Todas estas son situaciones que no dependen de la identidad de género de la persona. Igualmente, estas personas pueden adoptar del mismo modo en que la norma contempla el supuesto para las madres adoptantes y asumir los roles de cuidado que la norma busca proteger.

La existencia de un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al Congreso de la República

60. A juicio de la Corte, la exclusión de los hombres trans y personas no binarias de la licencia de maternidad en la época del parto incumple mandatos impuestos por la Constitución al Legislador. Para sustentar lo anterior, la Sala Plena considera que los diversos fundamentos constitucionales de la licencia de maternidad descritos previamente deben interpretarse en forma conjunta y a la luz del principio de igualdad, la prohibición de discriminación y la especial protección de las personas con otras formas de identidad y de vivencias de su identidad de género y de su reconocimiento.
61. Como se expuso en los fundamentos 56 y 57 de esta providencia, los artículos 43 y 53 de la Constitución, así como los artículos 25 de la DUDH, 10.2 del PIDESC, 11.2.b) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Convenio sobre la protección de la maternidad (núm. 3) de la OIT y el artículo 9.2 del Protocolo de San Salvador, que integran el bloque de constitucionalidad, brindan protección a la maternidad y a la mujer en la época del embarazo y del parto. Sin embargo, a juicio de la Corte, ese deber de protección también es extensible a los hombres trans y personas no binarias que se identifican como mujer y que ejercen el mismo rol parental con independencia de su identidad.

de género, como se explica a continuación.

62. En primer lugar, el marco constitucional descrito debe someterse a una interpretación evolutiva. La jurisprudencia de esta Corporación ha desplegado este método de interpretación constitucional en ocasiones anteriores. Al respecto, ha reivindicado que la Constitución «no es simplemente una máquina cuya operación está condicionada a la plena observancia de sus instrucciones, pues su texto inicial y sus enmiendas han sido rebasadas por las realidades políticas y sociales que ha tratado de reconfigurar. Por ello, procede ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad y a las inevitables variaciones, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e, incluso, ideológicos y culturales de la comunidad, teniendo por referente los principios en que se fundamenta el pacto constituyente. De conformidad con lo anterior, sus contenidos deben entenderse como un «texto vivo» que es «capaz de crecer», dado que dicho texto superior es sensible o receptivo a la evolución de las necesidades sociales y a los ideales de justicia fundamental».
63. En efecto, es innegable que con el paso del tiempo el juez no puede ser ajeno y debe estar atento a los patrones cambiantes de las costumbres sociales y de esta manera se mantiene una sintonía del derecho con el desarrollo social. Por esta razón, el trabajo de este Tribunal requiere una reflexión constante, dinámica y evolutiva sobre los principios reafirmados en el día a día por el pueblo. Es decir, se trata de un necesario diálogo dinámico entre generaciones, que ofrezca como resultado una evaluación realista de la vida democrática contemporánea y de los nuevos contextos constitucionales que reflejan las dinámicas cambiantes de la sociedad. De esta manera, el texto constitucional tiene la capacidad de responder a la necesidad de protección de derechos en actuales y cambiantes escenarios de las dimensiones individual y social de las personas.
64. Esa interpretación evolutiva necesariamente opera en armonía con el principio pro persona. En virtud de este, el juez debe aplicar siempre la norma o interpretación que resulte más favorable para la protección de los derechos humanos en juego. En ese sentido, debe darse prevalencia a «aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional».
65. Al promulgarse la Constitución de 1991, no existía el grado de protección y reconocimiento que actualmente se les otorga a las personas con otras vivencias de su sexualidad y de su identidad de género. En particular, la jurisprudencia constitucional ha garantizado progresivamente los derechos de las personas transgénero en escenarios como los establecimientos carcelarios, diagnóstico y acceso a los procedimientos médicos de reafirmación de género, la prohibición de discriminación en los ámbitos educativo y laboral y que reciban un trato acorde con su identidad autopercebida, la modificación de los documentos de identidad, el servicio militar y la pensión de vejez. Por su parte, la Corte ha protegido los derechos de las personas con identidad de género no binario y ha ordenado la modificación del componente sexo en los documentos de identidad mediante la inclusión de un tercer marcador «no binario».
66. Esta protección constitucional es acorde con el reconocimiento de esa variedad en la identidad derivada de la vivencia de la sexualidad como una realidad social innegable, que se acorda con los principios esenciales de dignidad, libertad y solidaridad en que se funda el Estado Social de Derecho. Existe la posibilidad de que estas personas puedan quedar en embarazo, gestar a luz o adoptar. En tal escenario, le corresponde a la Corte reconocer que esa protección durante el embarazo y después del parto, de la que tratan las normas constitucionales, debe acompañarse con el hecho de que los hombres trans y personas no binarias también sean destinatarias de aquella.
67. En segundo lugar, esta lectura de la Constitución también se sustenta en una interpretación sistemática de sus cláusulas pertinentes. Conforme lo ha señalado de manera reiterada

Corporación, la Carta Política es un texto armónico y coherente que, como tal, deb interpretado de manera sistemática, teniendo en cuenta, además, los propósitos y obje perseguidos por el Constituyente. En ese orden de ideas, la propia jurisprudencia ha d sentado que la Constitución, vista como un sistema de normas que guardan correspond lógica entre sí, tiene que ser abordada, para efectos de su interpretación y aplicación, confo los principios de unidad constitucional y de armonización, de tal manera «que la aplicaci una norma superior no debe contradecir o agotar el contenido de otras disposic constitucionales, sino que debe buscarse, en lo posible, interpretaciones que permitan la má efectividad de todas las normas de la Constitución. Tal aproximación exige la interpretaci la Constitución como un todo armónico y coherente, por oposición a una interpretación aisl contradictoria de las disposiciones que la integra. También, la mutua delimitación de los b contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionale manera que se garantice a todas ellas su máximo nivel de eficacia y efectivida.

68. Por otra parte, la Corte ID se ha referido a los derechos de las personas con otras fc identitarias en materia de seguridad social. En su Opinión Consultiva OC-24/17 retom Principios de Yogyakarta, específicamente su Principio 13, que establece que «toda personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección socia discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminació motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medid protección social, incluyendo [...] licencia por maternidad o paternidad, [...].
69. La Corte Constitucional ha establecido que las interpretaciones que hace la CIDH de la CA del Protocolo de San Salvador pueden considerarse fuentes auxiliares y criterios de ilustr para la determinación del contenido de los derechos fundamentales constitucionale. Además informes sobre casos específicos y aquellos generales sobre la situación de los der humanos en el ámbito interamericano son un valioso insum. En este sentido, la Corte dest: «Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, soc culturales y ambientales». Precisamente, una de sus recomendaciones generales, aunq refirió al respeto y garantía de los derechos de las personas trans, apunta a que, en relació las personas con otras identidades, el Estado ajuste «sus normativas sobre la licenci maternidad y/o paternidad con goce de sueldo o prestaciones sociales comparables, garanti de manera íntegra los principios de igualdad y no discriminación respecto del goce de derechos [...] y a aquellas quienes inician la etapa de maternidad y/o paternidad, por eje mediante la adopción.
70. En concreto, la protección durante el embarazo y después del parto resulta del amparo pre en los artículos 43 y 53 de la Constitución, así como en instrumentos internacional descritos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En tal escenario, se concreta el constituyente al Legislador de protección integral de los roles derivados de la gestació cuidado de los niños, sin que la misma esté condicionada a una asignación basada en el gén
71. De otra parte, las disposiciones incumplen el deber específico de protección de los der prevalentes de la niñez y de la familia como institución básica de la sociedad. Respecto primero, la Sentencia C-415 de 2022 ya advirtió que la protección que brinda la lic remunerada parental no se agota en la protección de las personas gestantes. A este propós suma la protección de los intereses de los niños, niñas y adolescentes. En este sentid situación de los padres adoptantes es ilustrativa porque evidencia que la protección que b las licencias parentales remuneradas no se apoya exclusivamente en la protección constituc en la época del parto, sino que también obedece a la concreción de un mandato espe

previsto por el Constituyente de protección del interés superior de los niños y niñas y protección de los roles parentales de cuidado. «Esto implica que las licencias parentales respondan a esos mandatos constitucionales, esto es a preservar los intereses de los menores de edad] a no verse afectados por decisiones legislativas que excluyan a sus familias del reparto de tiempo para cuidarlos y conformar lazos estrechos.

72. Por consiguiente, contemplar únicamente a las mujeres gestantes y adoptantes beneficiarias de la licencia, sin que esta se extienda a los hombres trans y personas no binarias que desempeñan el mismo rol parental pero no se identifican con dicho género, incumple los mandatos de interés superior y prevalencia de los derechos fundamentales de niños y niñas anteriores, pues no cabe duda de que, según los artículos 42, 43, 44 y 45 superiores, los niños y niñas tienen derecho al cuidado y amor y a la protección integral de sus derechos prevaleciente con independencia de la identidad de sus padres. También tienen derecho a que sus cuidados cuenten con los ingresos que suplan las apremiantes necesidades de la primera etapa de la vida.
73. En cuanto al mandato de protección del Estado a la familia nuevamente debe leerse en concordancia con el principio de igualdad. El artículo 42 superior no protege un solo tipo de familia, sino que admite que dentro de la sociedad y un Estado pluralista pueden coexistir varias clases, todas ellas reconocidas y amparadas por el ordenamiento jurídico. Con sustento en lo anterior, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre diversas situaciones de discriminación a familias con fundamentos como criterios sospechosos de discriminación. En este sentido, por ejemplo, se ha advertido que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación y que las familias compuestas por parejas homosexuales gozan de la misma protección patrimonial de las parejas heterosexuales, la posibilidad de contraer matrimonio, del derecho a la pensión de sobreviviente, de la cobertura del sistema de salud y del cumplimiento de la obligación alimentaria.
74. El sustento para definir que la protección a las familias también cubre a las familias homoparentales es igualmente aplicable para reprochar la falta de protección a familias diversas en las cuales están presentes otro tipo de condiciones que constituyen criterios sospechosos de discriminación, frente a otras formas de vivencia del género y al reconocimiento de la identidad por parte de sus integrantes. La protección de la familia que prevé la Constitución se refiere a una materia esencialmente variable, «propensa a ser influida por circunstancias sociales cambiantes que se traducen en la rápida evolución de las percepciones, cuya incidencia se proyecta no solo en los grandes movimientos de las concepciones colectivas, sino también en la vida cotidiana de personas concretas. Ese carácter diverso de la familia corresponde al Estado multicultural y pluriétnico que sustenta el derecho de las personas a establecer familia en concordancia con sus «propias opciones de vida, siempre y cuando respete los derechos fundamentales. Lo expuesto, debido a la variedad, «la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados». Por esta razón es constitucionalmente inadmisible reprochar o rechazar las opciones que libremente configuren las personas al establecer una familia y, en consecuencia, cualquier forma de exclusión o desaprobación por ese motivo.
75. En suma, la exclusión por el Legislador de los hombres trans y personas no binarias de la condición de beneficiarias de la licencia en la época del parto, incumple varios deberes impuestos por el Constituyente. En concreto, relacionados con la protección de las personas durante el embarazo y después del parto, de los derechos prevalentes de la niñez y de la familia con sus formas diversas como institución básica de la sociedad. En efecto, las personas que ejercen ese rol parental, sin distinción, tienen derecho a que se les garantice el período cubierto por la licencia parental remunerada, no solo para la recuperación física luego del proceso de gestación y parto de sus descendientes, sino para garantizar los ingresos necesarios para su subsistencia mientras ejercen las labores de cuidado y el inicio de su rol parental, también

caso de la adopción. Asimismo, tienen derecho a que se les garantice ese período, con el cual propicia que se impartan los cuidados a la persona recién nacida, la cual es titular de derechos al cuidado y al amor y a que su familia le brinde esa protección, sin discriminación alguna que se base en las construcciones identitarias o en el proyecto de vida de los progenitores.

La exclusión identificada carece de una razón suficiente

76. Las disposiciones analizadas consagran la licencia remunerada a la que tienen derecho las madres gestantes y adoptantes de tal manera que protegen el ejercicio de su rol parental. Por el contrario, excluyen de esta prestación a los hombres trans y personas no binarias que encuentran en las mismas circunstancias y desempeñan el mismo papel parental y de cuidado que no se identifican como mujer. A partir de la jurisprudencia constitucional antes explicada de la interpretación de los mandatos constitucionales relevantes, esta exclusión carece de justificación, según lo expuesto en los acápites precedentes acerca de (i) la protección en la época del parto a la que tienen derecho los hombres trans y personas no binarias, (ii) el derecho de la niñez a recibir la protección derivada de la licencia parental remunerada, independencia de la identidad de género de sus padres y (iii) la protección constitucional de la familia, que cubre también aquella conformada por personas con identidad de género diversa.
77. Si bien es cierto que, en principio, los preceptos cuestionados responden a la protección constitucional de la mujer y la maternidad, fruto de una intensa evolución global por el reconocimiento de derechos a las mujeres, cuyo avance debe continuar, la prestación de licencia ha ido transformándose para extender sus destinatarios y atender a otros principios constitucionales, con fundamento en la protección de esas responsabilidades de cuidado. Como lo explicó la Sentencia C-415 de 2022 «es evidente que la licencia de maternidad, surgió como una política de protección exclusiva a la mujer y madre consanguínea, y que su significado ha ido matizándose durante este poco más de un siglo desde su primera regulación. Esto no implica que la madre biológica no siga requiriendo protección, máxime cuando la biología le cuenta de su necesidad de recuperación, solo que ahora se reconoce que además de ella los niños y niñas requieren de cuidado y por ello se ha considerado que las madres y padres adoptantes también requieren de tiempo con sus hijos, pese a no tener el mismo desgaste físico. A lo anterior se añadió la posibilidad de que las familias conformadas por personas del mismo sexo adoptantes puedan acceder a las licencias previstas en el artículo 236 del CST.
78. En el presente caso, al reconocer la premisa según la cual las personas con otras identidades y vivencias del género pueden asumir el rol de la parentalidad, ya sea por la posibilidad de que conciben en embarazo, gestar y dar a luz, como por la alternativa de la adopción, y que pueden conformar familias protegidas por la Constitución que requieren la construcción de esos vínculos, propicia la licencia en la época del parto, no resulta justificado que estén desprovistas de esa protección.
79. Esa falta de justificación es aun más patente si se tiene en cuenta que el artículo 236 del CST fue modificado por el legislador en 2021, en un contexto en el cual la jurisprudencia constitucional ya había avanzado en la protección y consolidación de los derechos fundamentales de las personas con identidad de género diversa. Es cuestionable, entonces, que en ese momento la actualización y reforma de las licencias parentales no se haya brindado justificación alguna para la exclusión de esta población que cuenta con especial protección constitucional.

La falta de justificación y objetividad de la exclusión genera una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma

80. La falta de justificación y objetividad de la exclusión de los hombres trans y personas no binarias respecto de la licencia en la época del parto les genera una desigualdad negativa, en comparación

con las mujeres que se encuentran cobijadas por las expresiones acusadas. Como se explicó fundamento 72 de esta providencia, las personas gestantes que no se identifican como mujeres están en el mismo supuesto de hecho que las mujeres, las cuales están previstas beneficiarias de la licencia de maternidad. Lo anterior porque son personas que tienen posibilidad de quedar en embarazo, gestar, afrontar un parto y desplegar labores de cuidado parental. Todas estas son situaciones y habilidades que no dependen de la identidad de género de la persona. De igual modo, estas personas pueden adoptar en las mismas condiciones en que la norma concibe el supuesto para las madres adoptantes y asumir los roles de cuidado que se pretende proteger.

81. La norma busca un fin legítimo. Contemplar como titulares de las licencias de maternidad y licencia de cuidado parental flexible y compartida a las mujeres es una concreción de los mandatos constitucionales de protección durante el embarazo y después del parto y de la familia.
82. No obstante, la no inclusión explícita de los hombres trans y las personas no binarias supone incumplimiento de la prohibición de discriminación con fundamento en la identidad de género y la obligación de que la protección cobije a la familia en todas sus formas. El tratamiento distinto previsto en la norma no es necesario. En este sentido, la protección de la maternidad y licencia de cuidado parental para mujeres no depende de que otros sujetos en igual condición no puedan acceder a las licencias establecidas en el artículo 236 del CST. Asimismo, el acceso a esta prestación de las personas con identidad de género diversa no restringe o compromete el goce de este derecho por parte de las mujeres y sus familias.
83. Además, se evidencia que este tratamiento distinto es desproporcionado. A juicio de la Corte, la exclusión de los hombres trans y personas no binarias respecto de la licencia en la época del parto genera desigualdades negativas representadas en (a) la invisibilización de este grupo y (b) la desprotección de las personas gestantes y adoptantes que no se autoreconocen con identidad de género, los niños y niñas y las familias diversas. En efecto, al no extenderse la titularidad de la prestación a las personas que ejercen su rol parental pero no se reconocen como mujeres, se perpetúa en su contra un patrón de invisibilización. Refiriéndose a la población transgénero, la jurisprudencia constitucional ya ha advertido los críticos niveles de discriminación que enfrentan. En este sentido, ha resaltado las múltiples barreras que impiden la realización de sus derechos fundamentales, en distintos escenarios como (i) los cambios de nombre y sexo en los documentos de registro civil e identificación para personas transgénero con identidad de género no binario; (ii) la consideración de las mujeres transgénero como hombres para la exigencia de libreta militar para efectos de regularización o de acceso a un empleo, educación superior, pensión, atención en salud, lugares y condiciones de reclusión; (iii) las dificultades para el acceso al sistema de salud, las mínimas posibilidades de obtener un trabajo en condiciones dignas y justas; el ingreso y permanencia en el sistema educativo; entre muchos otros obstáculos que se refuerzan por los estereotipos discriminatorios y la desinformación de autoridades y particulares. Para esta Corporación aún existen prácticas discriminatorias frente a este grupo por parte del Estado, el sector privado y la sociedad en general, lo cual atenta contra los principios fundantes de un Estado social y pluralista y, en especial, contra la dignidad humana.
84. De esta forma, la omisión normativa del reconocimiento de dicho grupo como titular de la licencia en la época del parto reproduce la situación identificada por la Corte como discriminación estructural, sistemática e interseccional contra esta población y un desconocimiento de la necesidad de contrarrestar los efectos cotidianos y particulares de los escenarios de discriminación, que aún operan en contra de estas identidades y viven sus consecuencias personales.
85. A estos efectos estructurales se suman los impactos específicos que la falta de reconocimiento de la licencia tiene para las personas que asumen el rol parental por la gestación o la adopción.

las familias que ellas conforman, cuando no se identifican como mujer. Uno de los propósitos identificados por la jurisprudencia constitucional de esta licencia remunerada es que permita la recuperación y el descanso de la persona que ha superado un embarazo. Así, la exclusión de sujetos de la protección que brinda la norma, restringe la posibilidad de que puedan disfrutar ese receso, sin afectar sus ingresos económicos y del cuidado propio con posterioridad al parto. Lo anterior configura un déficit de protección intolerable desde el punto de vista constitucional, que ocasiona una afectación intensa en los derechos de los hombres trans y de las personas con identidad de género no binario.

86. Como lo advirtió la intervención del Cider, la licencia parental tiene múltiples impactos positivos durante el período del posparto y en la lactancia. El interviniente indicó que el disfrute de la licencia reduce el riesgo del estrés asociado a la separación de la persona que dio a luz y la persona recién nacida, así como permite atender las incomodidades y afecciones físicas que ocurren en ese período. Esta información es consistente con la revisión sistemática de fuentes de la Corte, la cual encontró que una mayor licencia está asociada con menor estrés psicológico maternal comparado con la ausencia de licencia parental y con estudios que han encontrado que la licencia de maternidad remunerada está asociada con efectos benéficos en la salud mental de quien ha dado a luz y sus hijos. Por un lado, se reportó la disminución en la depresión posparto y en la violencia intrafamiliar de sus parejas y, por otro lado, la mejora en el apego infantil. Esto último, en cuanto a la licencia parental, permite la interacción entre el bebé y sus cuidadores, de tal manera que se desarrolle un apego seguro y se eviten dificultades en la regulación emocional.
87. Asimismo, la Corte ha explicado que la licencia también tiene por objetivo generar el espacio propicio para que los cuidadores de los niños y niñas puedan ejercer su rol parental adecuadamente y la niñez vea garantizados sus derechos a la familia y a recibir cuidado y protección. Esta consecuencia tiene una relación estrecha con el cuidado y bienestar de la niñez por lo que genera impactos positivos en relación con la lactancia. Al respecto, el Cider manifestó que este vínculo ocurre porque esa prestación brinda el tiempo suficiente para lograr este proceso y recibir el estímulo adecuado para ello. En concreto, un estudio encontró que la licencia está asociada con un incremento en el inicio y duración de la lactancia. La relación también obedece a la correlación entre la licencia parental remunerada con el bienestar general de los recién nacidos. En particular, un incremento en la licencia parental remunerada está asociada con una menor tasa de mortalidad infantil. En síntesis, la exclusión de los hombres trans y personas no binarias de la licencia remunerada en la época del posparto pone en riesgo imperiosas finalidades constitucionales relacionadas con la protección del parto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) y su carácter prevalente, en una familia diversa.
88. En resumen, la Corte encontró satisfechas las condiciones para la configuración de una omisión legislativa relativa, al verificar que la norma que prevé la licencia en la época del parto reconoce a los hombres trans y personas no binarias como titulares de aquella y genera un déficit de protección, intolerable constitucionalmente, del rol parental que pueden desempeñar, que afecta el principal objetivo de la prestación de la seguridad social mencionada. Ello genera un quebrantamiento del principio de igualdad y por la aplicación de un criterio discriminatorio perpetúa la sistemática vulneración de derechos para un sector de la población que ve afectada su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. Tal exclusión no está amparada en una justificación suficiente y origina una desigualdad negativa para este grupo poblacional, considerado sujeto de especial protección constitucional. La configuración de esta omisión relativa se reconoce como constituye un desconocimiento del derecho a la igualdad porque la exclusión de este grupo configura un tratamiento discriminatorio que se basa en una categoría prohibida por el ordenamiento superior.

Vulneración del derecho a la seguridad social

89. Respecto de la violación de la seguridad social, la Corte ha afirmado que esta «ostenta a constitucional la doble naturaleza de servicio público mediante el que se realizan los esenciales del Estado (CP arts. 2, 48, 365 y 366) y de derecho constitucional garantizado a los habitantes (CP art. 48). El propósito de la seguridad social consiste en «asegurar a persona, independientemente de su situación laboral, las condiciones necesarias para existencia digna y la plena realización personal. Teniendo en cuenta la complejidad y materialización, ese derecho impone adoptar múltiples medidas legislativas relativas prestaciones protegidas, así como al conjunto de instituciones, procedimientos y recursos garantizarlas.
90. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que la licencia es un derecho constitucional relacionado de modo estrecho con otros derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el de la seguridad social. En particular, advirtió que la licencia en la época del parto es una prestación a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Asimismo, según el Protocolo de San Salvador, estas licencias parentales remuneradas hacen parte de las prerrogativas del derecho a la seguridad social. De acuerdo con el artículo 48 superior, la seguridad social es un derecho irrenunciable, que se garantiza a todos los habitantes a través de un servicio público, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, fundado en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad. Cabe recordar que, según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc. En este sentido la Corporación ha enfatizado que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que «no es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad.
91. Las disposiciones acusadas desconocen el derecho a la seguridad social por la exclusión de los hombres trans y personas no binarias, respecto de la licencia en la época del parto. En consecuencia, les restringe el acceso a una prestación económica que les permita afrontar las necesidades personales y de sus familias por el nacimiento o, inclusive por ocurrencia de un aborto, lo que compromete su dignidad humana y su mínimo vital. Lo anterior, a pesar de que pueden acceder a los presupuestos de afiliación al sistema de seguridad social y realizar la cotización y los aportes que se exigen para el reconocimiento de esta prestación. No obstante, si al momento de reclamar la licencia de maternidad, no se expresa que se trata de una mujer, se aplica una barrera de acceso al derecho, con la imposibilidad para la entidad promotora de salud de realizar las imputaciones administrativas y presupuestales, que permitan su trámite ante el ADRE Intervención ACEMI. De ese modo, se desconoce la obligación de garantizar este derecho fundamental, afectándose la realización del principio de universalidad.

Remedio constitucional

92. Al advertir la configuración de este tratamiento contrario a la Constitución, le corresponde a la Corte determinar el remedio que debe adoptar. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional por regla general frente a la ocurrencia de omisiones legislativas relativas con consecuencias en la afectación del principio de igualdad, se ha establecido que puede dictarse una sentencia integradora aditiva que, si bien conserva en el ordenamiento jurídico el contenido demandado, incorpora el aspecto omitido, de tal manera que la disposición sea compatible con la Constitución.
93. Ante la posibilidad de acudir a un remedio constitucional que incluya como destinatarios

prestación a los hombres trans y personas no binarias, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público indicó que dicha extensión no genera algún costo fiscal adicional. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Lo anterior, por cuanto no se otorgará el beneficio a personas que no ejerzan el rol parental en las condiciones previstas por la norma.

94. En virtud de lo anterior, la superación de la discriminación normativa generada por omisión consistirá en extender a los hombres trans y personas no binarias la protección de rol parental que garantiza la norma mediante la licencia en la época del parto. En consecuencia, de acuerdo con los remedios constitucionales que, por regla general, la jurisprudencia constitucional ha adoptado ante la configuración de una omisión legislativa relativa, la Sala declarará la exequibilidad condicionada de las expresiones «mujer», «trabajadora» y «madre» contenidas en el artículo 236 del CST, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021, entendido de que las licencias en la época del parto también son aplicables a los hombres trans y personas no binarias.

Síntesis de la decisión

95. La Corte analizó si el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021, incurre en una omisión legislativa relativa que desconoce los derechos a la igualdad y a la seguridad social, al incluir las expresiones «mujer», «trabajadora» y «madre» y contemplar como titulares de las licencias en la época del parto a las mujeres, sin considerar explícitamente a los hombres trans o a las personas no binarias.
96. Previo al análisis de este problema jurídico, la Sala concluyó que en el presente caso no se configuró la cosa juzgada respecto de la Sentencia C-415 de 2022, que impidiera a este Tribunal pronunciarse de fondo. Lo anterior, pues esa providencia estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad del artículo 2° de la Ley 2114 de 2021 por omisión legislativa relativa, por un cargo distinto al que se analizó en el presente caso. En concreto, la Sala censuró la propuesta en ese momento discutió si la disposición acusada excluía a ciertas personas con base en su orientación sexual (en concreto, las parejas adoptantes del mismo sexo), mientras que en esta ocasión el cargo debate la omisión en la licencia de maternidad de proteger a los hombres trans o a las personas no binarias.
97. Para resolver el problema jurídico de fondo, la Corte describió la protección de derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana y su proyección en las vivencias del género. Al respecto, expuso que estas prerrogativas garantizan la facultad de desarrollar la identidad de forma libre y autónoma, esto es, que el Estado y los particulares se abstengan de llevar a cabo cualquier acción que interfiera o dirija la definición personal y libre de dicha identidad. Además, incluye la prohibición de discriminación basada en la identidad de género. En efecto, las diferencias de trato que estén fundadas en esta experiencia y proyecto de vida o su expresión pública y anulen o menoscaban el reconocimiento, goce y ejercicio de otros derechos fundamentales, son, en principio, contrarias a la Constitución.
98. Adicionalmente, como consecuencia de la discriminación estructural e invisibilización de los **hombres trans y de las personas no binarias**, se les ha considerado como sujetos de especial protección constitucional. Por esta razón son titulares de una protección cualificada que impone por lo menos, el deber estatal de **erradicar las leyes y prácticas discriminatorias que afectan «de jure o de facto» el desarrollo autónomo de su identidad y asegurar que sean titulares de los mismos derechos y puedan ejercerlos en igualdad de condiciones con independencia de esta.**
99. En segundo lugar, la Sala explicó los fundamentos constitucionales de la licencia en la época del parto y los aspectos relacionados con la protección de (i) los derechos prevalentes de los niños, niñas y de la familia en todas sus formas como institución básica de la sociedad (ii) la

durante y después del embarazo y la maternidad. Sostuvo que estos fundamentos constitucionales deben interpretarse en forma armónica con el principio de igualdad y prohibición de discriminación. En particular, la Corte desarrolló el derecho de los niños y niñas no ser discriminados por la identidad de sus padres y cómo el interés superior y la prevalencia de sus derechos se materializa a través de la licencia remunerada para sus progenitores. Del mismo modo, el reconocimiento de la identidad de género supone la protección constitucional a todos los diversos tipos de familia, incluida aquella conformada por personas con otras formas de identidad y que tiene las licencias de maternidad y parentales compartida y flexible como una de sus formas de concreción. Por su parte, concluyó que, a partir de una interpretación evolutiva sistemática, y en armonía con el principio pro persona, las disposiciones de rango superior brindan protección a la maternidad y a la mujer en la época del embarazo y del parto, dirigidas exclusivamente a las mujeres, sino que son extensibles a **los hombres trans o personas no binarias**.

100. A partir de las consideraciones precedentes, la Sala determinó que se configuró la omisión legislativa relativa, la vulneración del principio de igualdad y el desconocimiento del derecho a la seguridad social en la regulación de las licencias en la época del parto, al no incluir a los hombres trans o a las personas no binarias. Lo anterior, al concluir que la exclusión de esta población significa un tratamiento discriminatorio debido a su identidad, que desconoce la obligación de garantizar las prestaciones del sistema de seguridad social sin discriminación alguna y de conformidad con el principio de universalidad. Al reiterar la jurisprudencia constitucional sobre la omisión legislativa relativa y los remedios a adoptarse ante esta configuración, la Sala profirió una sentencia integradora aditiva y declaró la exequibilidad de las expresiones analizadas, en el entendido de que las licencias en la época del parto también son aplicables a los hombres trans y personas no binarias, en los términos señalados en la sentencia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados, las expresiones «trabajadora», «madre» y «mujer» contenidas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 1712 de 2021, en el entendido de que las licencias en la época del parto también son aplicables a los hombres trans y personas no binarias, en los términos señalados en esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Presidenta

Con salvamento parcial de voto

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

Con aclaración de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

A LA SENTENCIA C-324/23

Expediente: D-15.103

Magistrado ponente: Juan Carlos Cortés González

Con el debido respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, procedo a exponer los motivos que llevaron a aclarar el voto respecto de lo decidido en la Sentencia C-324 de 2023.

En este caso, un grupo de ciudadanos presentó una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 236 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 1712 de 2021, que regula la forma en que se reconocen y pagan las licencias de maternidad, de paternidad y de parentalidad. En particular, la demanda se dirigió contra las expresiones “trabajadora”, “madre”, “mujer”, contenidas en el artículo aludido. Los actores señalaron que estas expresiones desconocen los derechos a la igualdad y a la seguridad social al excluir a los hombres trans y las personas de género binario. Señalaron que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, dado que, por el hecho de que se redactó el artículo, quien tenga una identidad de género diversa no puede acceder a

de maternidad, como sí lo haría una mujer cisgénero que decide ser madre.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-324 de 2023, declaró que las expresiones demandadas son aplicables siempre que se entendiera que “las licencias en la época del parto también son aplicables a los hombres trans y personas no binarias” Esto, fundamentalmente, porque una interpretación restrictiva desconocería los derechos a la igualdad y a la seguridad social.

Si bien comparto los avances en el reconocimiento del derecho a la identidad de género, los criterios son imprescindibles para hacer frente a la discriminación que, tradicional e históricamente, se ha ejercido sobre las personas que no han asumido una identidad de género que se ajuste al binomio hombre/mujer. Considero que la Sentencia C-324 de 2023 omitió abordar dentro de sus consideraciones tres temas relevantes.

Primero. El interés superior del menor. Esto, en tanto y en cuanto las licencias de maternidad de la norma estudiada no solo se reconocen en favor de los progenitores sino que estas prestaciones se otorgan precisamente, para que estos puedan cuidar de su hijo en sus primeros meses de vida, sin que se afecte el sustento económico de la trabajadora y del núcleo familiar.

Esta necesidad de cuidado se acentúa en el caso de los recién nacidos, quienes se encuentran en una especial condición de vulnerabilidad y dependencia, por ello, como ha sido señalado por la jurisprudencia constitucional, la licencia de maternidad es una medida de protección no solo para la madre gestante, sino también para el recién nacido “que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibe la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del niño.” (Subrayado fuera del texto original)

Esta medida de protección a su vez materializa el derecho de las niñas y niños al cuidado y al amor de la familia y a ser cuidado y criado por sus padres. Derechos que se refuerzan en los primeros años de vida cuando la dependencia hacia los adultos es mayor y la familia ocupa un lugar fundamental en su protección, cuidado y crianza. En tal sentido, la libre elección de género de los padres no tendría por qué incidir negativamente, en el reconocimiento de las prestaciones señaladas y la protección especial y reforzada hacia los recién nacidos en atención a su situación de desarrollo, crecimiento y vulnerabilidad.

Estando claro lo anterior, me permito presentar dos comentarios adicionales sobre algunos de los fundamentos contenidos en la providencia. El primero de ellos tiene que ver con que, en algunos fragmentos, la mayoría parece endilgar al legislador un ánimo discriminatorio cuando en el caso demandado no incluyó a los hombres trans y a las personas de género no binario. El segundo está relacionado con la posibilidad de que, en cualquier caso, las parejas adoptantes decidan quién recibirá la licencia de maternidad y quién la de paternidad. Sobre estos dos aspectos tengo algunas dudas, que quisiera exponer en los siguientes párrafos.

Segundo. La norma acusada en sus orígenes no fue concebida con el ánimo de discriminar a los hombres o personas no binarias. Es necesario recordar que la intención que tuvo el legislador de 1951, en la ley que regular las licencias de maternidad se centró en las mujeres como las únicas capaces de gestar vida. Las licencias, en su duración original era de 8 semanas. Luego, con la Ley 24 de 1986 se extendió la licencia a las madres adoptantes. Desde esa fecha, en adelante, el número de semanas otorgadas a las madres biológicas y adoptantes varió. Primero pasó a 12 semanas (Ley 50 de 1990), luego a 14 (Ley 1468 de 2011), y finalmente a 18 (Leyes 1822 de 2017 y 2114 de 2021).

Mientras todas las leyes antedichas estuvieron vigentes, nunca se sembró un solo manto de discriminación.

siguiente: las personas gestantes tienen derecho a la licencia de maternidad porque (i) es necesario que el cuerpo se recupere luego de un parto natural, (ii) es imperioso proteger su derecho al mínimo descanso y (iii) estas personas deben otorgar los cuidados debidos a sus hijos, por lo menos, en sus primeros meses de vida. Esto permite pensar que las personas gestantes, en términos precisos, siempre han estado protegidas de manera implícita por el legislador. Por ello, es altamente complejo sostener que en el artículo demandado, desconoció los derechos de las personas que, no reconociéndose en categorías de mujer, trabajadora o madre, tenían la posibilidad de gestar.

En otras palabras, estimo que el enfoque de la sentencia de tildar al legislador preconstitucional de que se sancionó el Decreto 2663, Código Sustantivo del Trabajo) como discriminador del grupo con identidad inapropiada. Esto, por cuanto la protección a la maternidad fue fundada en la capacidad biológica de las mujeres de gestar. Frente a esto, el reproche deviene más en una adecuación del lenguaje frente a la diversidad de identidades de género diversas que tienen la capacidad de gestar. Sin embargo, no puede perderse de vista que con independencia de un lenguaje inclusivo desde siempre las personas gestantes estuvieron protegidas por la norma. Lo que no ocurrió -por ejemplo- con las madres adoptantes que solo hasta la Ley 24 de 1994 pudieron hacerse beneficiarias de la licencia de maternidad.

Destaco, además, que la adición a la norma incluida en la parte resolutive además de innecesaria, constituye un intento por avanzar en el reconocimiento del derecho a la identidad de género de las mujeres, los hombres trans y las personas no binarias sacrificando e invisibilizar las luchas que históricamente ha tenido el movimiento feminista en el ámbito público y privado para contrarrestar los problemas que enfrentan las mujeres en el mercado de trabajo y que se relacionan, principalmente, con su capacidad reproductiva y el rol de cuidado que se les ha asignado.

Es importante recordar que, aunque en sus inicios las políticas relacionadas con las licencias parentales tenían como principal objetivo garantizar la salud de las madres y sus hijos recién nacidos, posteriormente enfocando también en su importancia para los derechos de las mujeres y la igualdad de género, puede ser un medio para que las mujeres puedan conciliar su trabajo con su vida familiar. Además, la protección adecuada a la maternidad resulta esencial para prevenir y reducir la pobreza, promover la salud y el bienestar de las madres y sus hijos, lograr la igualdad de género y promover entornos de trabajo adecuados para las mujeres.

Los resultados de estas importantes luchas por los derechos de las mujeres se pueden ver reflejados a nivel internacional, en los diversos tratados internacionales que reconocen una protección especial a la mujer embarazada y en los tres convenios que ha adoptado la Organización Internacional sobre la protección a la maternidad: el Convenio 3 de 1919, el Convenio 103 de 1952 y el más reciente, el Convenio 183 de 2000. El último incorpora estándares de protección a la maternidad que promueve que las mujeres puedan conciliar sus roles productivo y reproductivo, de tal forma que este último no afecte su seguridad económica y laboral. En particular, el Convenio 183 en su artículo 4 incluye expresamente el derecho a una licencia de maternidad de al menos catorce semanas.

Así pues, con independencia de la autopercepción del género, lo cierto es que existen discriminaciones y desigualdades que sufren otros grupos también históricamente vulnerados como “las mujeres gestantes”. Por el hecho de ser mujeres, las cuales están estrechamente vinculadas con su función reproductiva y la responsabilidad de cuidadoras del entero grupo familiar. Dicha discriminación se relaciona directamente con su rol reproductivo y de cuidado. Lo cual, ha justificado diversas luchas por la protección a la maternidad, asunto que la Corte no podía desconocer.

En hilo con la anterior, considero que existía otra fórmula de resolutive menos lesiva del margen de configuración del legislador. Esto es, la norma era exequible pura y simple pues toda persona gestante tenía derecho a la licencia de maternidad.

destinataria de los beneficios del fuero de maternidad por el potísimo hecho de que tanto en la realidad como ante el sistema de salud el nacimiento y la gestación no se puede ignorar tan solo por cómo se percibe la gestante. Así, es claro que la norma no fue concebida con un ánimo discriminatorio pues tuvo como finalidad dar partida a una realidad basada en la capacidad reproductiva.

Tercero. La sentencia establece, en su fundamento jurídico 110, la siguiente regla: “[e]n relación con las personas adoptantes y con la finalidad de concretar el acceso de este grupo a la prestación, la sentencia advierte que serán estas personas quienes definan autónomamente por una sola vez y de manera individual la forma en que ejerzan el rol de cuidado protegido por la norma, para acceder a la licencia respectiva en las mismas condiciones previstas para las madres y padres adoptantes”

Esta es una regla que se toma de la Sentencia C-415 de 2022, en la que se discutía sobre el acceso a las licencias por parte de parejas adoptantes del mismo sexo. Esta fórmula se adoptó porque, entre otras cosas, ambos miembros de la pareja no pueden, bajo ninguna circunstancia, percibir, por ejemplo, dos licencias de maternidad derivada del mismo nacimiento u adopción. No obstante, considero que el resolutorio no debe extrapolarse, sin más, al caso resuelto en la Sentencia C-324 de 2023 en el que claramente una persona binaria o un hombre trans tiene la posibilidad biológica de ser gestante.

En efecto, la regla aludida podría, en el caso de parejas adoptantes cuyos miembros tienen identidades de género diversas, plantear algunos desafíos que la sentencia no alcanzó a dimensionar. Para empezar, en la práctica piénsese en un hombre trans y una mujer cisgénero que, siendo pareja, quieren adoptar. En ese caso, ¿cómo deberían repartirse los roles del cuidado y las licencias previstas en la norma objeto de censura? Lo lógico sería que el hombre trans, en tanto asumió ante la sociedad una identidad de género masculina, goce de la licencia de paternidad, al tiempo que la mujer cisgénero goce de la licencia de maternidad. Con todo, a partir de la regla establecida en la sentencia, el hombre trans adoptante podría percibir una licencia de maternidad, si así lo decide. En esta última hipótesis, ¿se debería admitirse que una persona que se reconoce a sí misma como hombre, y que decide adoptar con su pareja, decida por su propia voluntad recibir los beneficios de una licencia de maternidad?, ¿esa no sería una instrumentalización de la norma, con el objeto de buscar un beneficio particular?

En ese orden, estimo que resulta intrusivo en la intimidad de las personas con identidad de género diversa tomar una posición frente a su rol familiar, pues esta opción solo le concierne a cada una de ellas. Esto es, si una persona ha asumido ante la sociedad una identidad de género específica (como hombre o mujer o ninguno de ellos), espera recibir el tratamiento que ello comporta. Así, era más apropiado ahondar en estos posibles escenarios a efectos de definir una regla respetuosa de las licencias para las parejas adoptantes, que era una discusión mucho más compleja y profunda que la relacionada con las parejas que tienen hijos biológicos.

Por lo expuesto, dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA C-324/23

Expediente: D-15.103

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 236 (parcial) del Código Sustantivo de modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021.

Magistrado Sustanciador:

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Con el debido respeto por las decisiones de la mayoría, salvo mi voto en el asunto de la referencia, razones que enseguida paso a exponer.

Considero que la normativa demandada concedía el derecho con base en el concepto de “sexo” y no el concepto de género o de orientación sexual. Esto en sí mismo no implicaba una discriminación por base en este criterio, en cualquier caso la persona embarazada cuando diera a luz tendría derecho a sin ninguna discriminación. En tal virtud, no compartió el condicionamiento añadido a la disposición.

Estimo que en ningún caso se opone a que, en desarrollo del derecho fundamental al libre desarrollo personalidad reconocido en la Constitución Política, toda persona se adscriba a la condición de género subjetivamente se perciba orientada. No obstante, estimó que cuando la titularidad de un derecho depende inescindiblemente del factor objetivo concerniente al sexo, como es un hecho notorio en el caso de maternidad, el ordenamiento jurídico no puede tener proscrito referirse exclusivamente al mismo, con base biológico de determinación del otorgamiento de la prestación.

Lo anterior, a mi juicio, es especialmente importante en relación con aquellos derechos que han sido históricas de las mujeres en su lucha por su igualdad, libertad y dignidad, consagrados en la Convención CEDAW y en otros convenios internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Pretender asignar estos derechos con fundamento en orientaciones de género distorsiona su sentido y oculta estos logros.

En los casos concretos en que las licencias asociadas a la maternidad eventualmente no fueran reconocidas a las entidades responsables a personas con orientación de género no coincidente con el sexo femenino, que la Corte debió indicar que la simple certificación médica relativa al parto debió tenerse como fundamento de su otorgamiento, sin necesidad de condicionamiento alguno.

En los términos anteriores dejo expresadas las razones de mi discrepancia.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)



logo