



COMUNICADO 39

Noviembre 23 de 2022

SENTENCIA C-415-22

M.P. Diana Fajardo Rivera

Expediente D-14820

Norma acusada: Ley 2114 de 2021 (artículo 2)

CORTE SEÑALA QUE LAS PAREJAS ADOPTANTES DEL MISMO SEXO TIENEN DERECHO A DISFRUTAR LAS LICENCIAS DE PATERNIDAD EN LAS MISMAS CONDICIONES QUE LAS PAREJAS ADOPTANTES HETEROPARENTALES

1. Norma objeto de control constitucional

“LEY 2114 DE 2021 (julio 29)

Diario Oficial No. 51.750 de 29 de julio de 2021

PODER PÚBLICO - RAMA
LEGISLATIVA

Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo, y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA
(...)

ARTÍCULO 2o. Modifíquese el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Artículo modificado por el artículo 1o de la Ley 1822 de 2017.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época 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 si fuere menor.

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

- a) El estado de embarazo de la trabajadora;*
- b) La indicación del día probable del parto, y*
- c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.*

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 en los mismos términos y en cuanto fuere procedente 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 del parto a la 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 falta 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 fecha 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 previa 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 inmediato.

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, de acuerdo con lo previsto en el literal anterior.

PARÁGRAFO 1o. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce a menos que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

PARÁGRAFO 2o. El padre tendrá derecho a dos (2) semanas de licencia remunerada de paternidad. La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera permanente, así como para el padre adoptante.

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

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS y será reconocida proporcionalmente a las semanas cotizadas por el padre durante el periodo de gestación. La licencia de paternidad se ampliará en una (1) semana adicional por cada punto porcentual de disminución de la tasa de desempleo estructural comparada con su nivel al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, sin que en ningún

caso pueda superar las cinco (5) semanas.

La metodología de medición de la tasa de desempleo estructural será definida de manera conjunta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Banco de la República y el Departamento Nacional de Planeación. La tasa de desempleo estructural será publicada en el mes de diciembre de cada año y constituirá la base para definir si se amplía o no la licencia para el año siguiente.

Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

PARÁGRAFO 3o. Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de 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 y fijará los criterios médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla.

PARÁGRAFO 4o. Licencia parental compartida. Los padres podrán distribuir libremente entre sí las últimas seis (6) semanas de la licencia de la madre, siempre y cuando cumplan las condiciones y

requisitos dispuestos en este artículo. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.

La licencia parental compartida se regirá 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 a la fecha probable del 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 común acuerdo entre los dos. El tiempo de licencia del padre no podrá ser recortado en aplicación de esta figura.

3. Parto 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 por el período correspondiente. El pago de la misma estará a cargo del respectivo empleador o EPS, acorde con 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. Ambos padres deberán realizar un documento firmado explicando la distribución acordada y presentarla ante sus 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 de la madre y el 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 empezarán 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 estos efectos, el 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 cinco (5) años por los delitos contemplados en el Título IV delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales; los padres condenados en los últimos dos (2) años; por los delitos contemplados en el Título VI contra la familia, Capítulo Primero "de la violencia

intrafamiliar" y Capítulo Cuarto "de los delitos contra la asistencia alimentaria" de la Ley 599 de 2000 o los padres que tengan vigente una medida de protección en su contra, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, o la norma que lo modifique, sustituya o adicione.

PARÁGRAFO 5o. Licencia parental flexible de tiempo parcial. La madre y/o padre podrán optar por una licencia parental flexible de tiempo parcial, en la cual, podrán cambiar un periodo determinado de su licencia de maternidad o de paternidad por un período de trabajo de medio tiempo, equivalente al doble del tiempo correspondiente al período 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 regirá por las siguientes condiciones:

1. Los padres podrán usar esta figura antes de la semana dos (2) de su licencia de paternidad; las madres, a no 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. Salvo que el médico tratante haya determinado que la madre deba tomar una o dos (2) semanas de licencia previas a la fecha probable del parto. 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 disfrute de la licencia por el período correspondiente. El pago de la misma estará a cargo del respectivo empleador o EPS. El pago del salario por el tiempo parcial laborado se regirá acorde con la normatividad vigente.

4. La licencia parental flexible de tiempo parcial también podrá ser utilizada por madres y/o padres que también hagan uso de la licencia parental compartida, observando las condiciones señaladas en este párrafo, así como 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 Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

2. Debe existir mutuo acuerdo entre los empleadores y los trabajadores. El acuerdo deberá ir acompañado

de un 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 consultarse con el empleador a más tardar dentro de los 30 días siguientes al nacimiento.

El empleador deberá dar respuesta 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.

Para estos efectos, el Departamento Administrativo de la Función Pública, reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la sanción de la presente ley.

Superado este periodo de tiempo el Presidente de la República conservará su facultad reglamentaria."

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 bajo el entendido de que la pareja adoptante del mismo sexo definirá, por una vez, quien de ellos gozará de cada prestación en las mismas condiciones previstas para las familias heteroparentales adoptantes.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte resolvió la demanda contra el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 "Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del

Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones", por el cargo de omisión legislativa relativa.

El demandante pidió condicionar el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021. Explicó que en esa norma se fijan las reglas para el disfrute de las licencias de maternidad, paternidad y las parentales (compartida y flexible), esto es el número de semanas y la operatividad de su otorgamiento cuando se trata o bien de madre o padre adoptante - individualmente considerados - o de parejas heterosexuales, pero que no así con las parejas del mismo sexo que adoptan.

Consideró que, en este último supuesto, en el que pueden existir o bien dos madres, o dos padres, no es posible establecer cuáles son sus derechos, ni la licencia qué pueden disfrutar, como tampoco el número de semanas que debe otorgárseles a través del Sistema de Seguridad Social. A partir de allí expuso que, al no preverse esa hipótesis normativa, el Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, que carece de razón suficiente y que se funda en un tratamiento odioso e injustificado, por orientación sexual, que debe ser remediado permitiendo que las parejas homoparentales que adopten puedan definir cómo dividir y disfrutar el número de semanas que determina dicha ley.

La Sala Plena, previo a definir el problema jurídico se pronunció sobre la aptitud de la demanda. Indicó que satisfacían las exigencias legales y jurisprudenciales para configurar una omisión legislativa relativa. Adicionalmente, señaló que i) evidenciaba que las licencias se otorgan atendiendo la naturaleza de padre y/o madre y por tanto la disposición asume categorías binarias al asignar el derecho; ii) se explicaba que pese a las reglas jurisprudenciales que equiparan derechos a las parejas adoptantes del mismo sexo existe un vacío en la forma en la que estas pueden acceder a las semanas de las licencias previstas en la disposición impugnada; y se iii) señalaban las razones puntuales para acreditar el cumplimiento de los requisitos para la existencia de una omisión legislativa relativa.

A continuación, la Corte fijó el problema jurídico en determinar si el Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, que desconoce el derecho a la igualdad, al no incluir las reglas de adjudicación de las licencias de maternidad, de paternidad, parental compartida y parental flexible en relación con las parejas adoptantes del mismo sexo.

Para resolver reiteró la jurisprudencia sobre omisión legislativa relativa y recordó que a través de dicha metodología se permite advertir si se requiere la intervención judicial para reparar las discriminaciones

normativas, cuando se adviertan, y se habilita a la Corte a adoptar una sentencia aditiva que resuelva las hipótesis que fueron excluidas por el Legislador.

Luego la Sala Plena se pronunció sobre la prohibición de discriminación, con especial énfasis frente a la orientación sexual diversa en la jurisprudencia constitucional. Esgrimió que *i)* el mandato de prohibición de discriminación por orientación sexual, implica que el goce y el ejercicio de los derechos no puede restringirse al decidir una opción sexual; *ii)* actualmente se reconoce similar trato jurídico a las parejas conformadas por personas heterosexuales y a las parejas compuestas por personas del mismo sexo; *iii)* dicha equiparación en el trato permite el acceso al Sistema General de Seguridad Social, en todos sus componentes, con las mismas garantías asignadas a parejas heterosexuales; y *iv)* se reconoce la garantía a las familias homoparentales no solo de contraer matrimonio sino de adoptar y asumir las obligaciones que ello implica.

En otro apartado la Corte reflexionó sobre la heteronormatividad y las licencias parentales. Explicó que resolver la desigualdad, no la diferencia pasa por reconocer que muchos conceptos, entre ellos el de la familia, se han construido a partir de categorías binarias sobre la sexualidad, en la dupla hombre-mujer, y que estos han dado lugar a diseños normativos que surgen a partir de un modelo ideal de conducta sexual o moral, mejor conocido como heteronormatividad. Destacó el efecto que ello produce en la seguridad social y en los sistemas de cuidado y cómo pueden reproducir la exclusión de las familias diversas.

Enfatizó en que la jurisprudencia constitucional ha decantado que las licencias parentales, como política social de cuidado, deben basarse en la equidad de género, y en el reparto igualitario del tiempo en las familias, pues uno de sus principales objetivos es el de garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el goce efectivo de sus derechos, especialmente el amor y el cuidado y el papel activo y responsable de las familias en su desarrollo integral, y que por ende el Legislador debe procurar dicha garantía.

Al resolver el cargo, una vez señaló el alcance y contenido de la disposición demandada, explicó que estaba fuera de discusión que las familias homoparentales tienen idénticos derechos que las heterosexuales, que pueden contraer matrimonio civil y adoptar, y conformar un hogar con hijos. La Sala Plena, concluyó que se cumplen los requisitos para acreditar la configuración de una omisión legislativa relativa. Determinó que la norma de la cual se predica la omisión es el

artículo 2 de la Ley 2114 de 2021. Recae sobre los enunciados normativos que regulan el otorgamiento y disfrute de las licencias de (i) maternidad; (ii) paternidad; (iii) parental compartida y (iv) parental flexible, y la forma en que se distribuye el cuidado familiar.

Indicó que estaba demostrada la exclusión de consecuencias jurídicas frente a casos análogos que, por asimilables debían estar contenidos en el texto normativo, pues la norma está construida en términos binarios. De modo que, mientras las familias conformadas por personas heterosexuales que adoptan sí cuentan con reglas para la adjudicación y disfrute de las licencias parentales de acuerdo con su rol de padre o madre, no sucede igual con las familias homoparentales adoptantes.

Adujo que era claro que las parejas adoptantes del mismo sexo, que conforman una familia, requieren el mismo tiempo de cuidado para los niños y niñas que una pareja heterosexual adoptante y que es determinante que ambas cuenten con el espacio para construir vínculos y poder prodigarle afecto y amor. Es decir, ambas parejas que adoptan deben brindar las mismas garantías, si bien en la primera los roles binarios de madre y padre no encajan con las expectativas sociales y lo que implica un modelo de familia nuclear, esto no es suficiente para descartar que se encuentran en similar situación y, por tanto, como lo indicó el demandante, debían estar dentro de las hipótesis normativas.

Discurrió en que, si bien la disposición no contiene un desarrollo específico sobre el otorgamiento de las licencias a parejas heterosexuales adoptantes, si lo reconoce implícitamente al referirse a categorías como el padre o la madre adoptante. Esto significa que las familias diversas que no encajan en las categorías binarias se ven excluidas de la protección por su orientación sexual.

Enfatizó en que no existía principio de razón suficiente que justifique la exclusión pues la norma asume la heteronormatividad y descarta la posibilidad de que las familias homoparentales puedan acceder a ellas. Al trasluz de la jurisprudencia constitucional no existe justificación para admitir este trato diferenciado, pues al estar resuelto que constituyen una familia, que pueden adoptar y que cuentan con las mismas garantías que las parejas familiares heterosexuales adoptantes no es admisible una distinción en este sentido.

Entendió que ello genera una desigualdad negativa que impacta los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así las familias conformadas por parejas del mismo sexo que adoptan tienen restricciones injustificadas en el reconocimiento de sus tareas al interior del hogar, a la forma en la que interactúan y a los tiempos que cada uno define brindar al nuevo

integrante. Lo anterior, se traduce en que mientras para las familias heterosexuales no existe controversia frente a la modalidad de licencia a la que cada miembro accede, la manera en la que se reparte y acredita su asignación, esto no ocurre con las familias del mismo sexo que adoptan, quienes están por fuera de las reglas previstas frente al cuidado.

Adujo que se incumple un deber específico impuesto por el Constituyente al Legislador, dado que la licencia de maternidad y paternidad y por extensión las parentales flexibles y compartidas son un mecanismo de protección integral para la niñez, en desarrollo de los artículos, 42, 43, 44 y 45 de la Constitución Política, además de que aquel desconoció en su regulación los derechos de las familias diversas.

Aseveró que la jurisprudencia constitucional ha señalado que las madres adoptantes deben contar con ese mismo tiempo de cuidado, y que lo que se protegen son los intereses de los niños, niñas y adolescentes a contar con una familia. Esto último también ha permitido construir una línea sólida sobre el reparto de responsabilidades familiares y de conciliación entre la vida familiar y laboral de las personas que alcanza las licencias de paternidad. Lo anterior, implica que las licencias parentales deban responder a esos mandatos constitucionales, es decir, a preservar los intereses de los menores a no verse afectados por decisiones legislativas que excluyan a sus familias del reparto del tiempo para cuidarlos y conformar lazos estrechos. Así mismo resulta necesario reconocer que los modelos de familia diversa, que suponen una variación en la forma en la que históricamente se ha asumido el cuidado de los hijos, con una mayor participación femenina en el rol de madre, transforman tales instituciones y la manera en la que se conciben las asignaciones prestacionales con la llegada de un hijo. Lo que significa que es necesario adecuar la norma para resolver este dilema.

En ese sentido consideró que ante la configuración de la omisión legislativa relativa y con la finalidad de reparar discriminaciones normativas debía dictarse una sentencia aditiva que resolviera las hipótesis excluidas por el Legislador y por ello procedió a condicionarla para que sean los integrantes de la pareja del mismo sexo adoptante quienes definan, por una sola vez, quien disfrutará de cada prestación en las mismas condiciones previstas para las familias heterosexuales adoptantes. Esto responde de mejor manera al reconocimiento de modelo de familia diversa y a la forma en la que debe gestionarse equitativamente el cuidado del niño, niña o adolescente adoptado.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

El magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** aclaró el voto. Por su parte, los magistrados **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**, **ALEJANDRO LINARES CANTILLO**, **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO**, el magistrado encargado **HERNÁN CORREA CARDOZO** y las magistradas **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** y **PAOLA MENESES MOSQUERA** se reservaron la posibilidad de presentar una aclaración de voto.

El magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** estuvo de acuerdo con declarar la exequibilidad condicionada del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021.

Los grupos sobre los que se analizó el trato diferente, en esta oportunidad, fueron las familias conformadas por personas del mismo sexo que adoptan y las familias conformadas por personas de distinto sexo que adoptan. Al limitar el examen a dicho grupo, la Sala Plena no se refirió a los vacíos regulativos que permanecen no obstante declarar la constitucionalidad condicionada de la norma.

En concepto del magistrado, la conformación de las familias de parejas del mismo sexo es diversa. (i) Cuando la pareja del mismo sexo adopta a un menor -ninguno es padre o madre biológico-. (ii) Cuando el menor es hijo biológico de una de las mujeres que conforman la pareja del mismo sexo y su pareja lo adopta. (iii) Cuando el menor es hijo biológico de uno de los hombres que conforman la pareja del mismo sexo y su pareja lo adopta. Dicha diversidad implica una regulación específica sobre el trato que se le debe dar a cada padre y madre adoptante, de parejas homoparentales, al reclamar la licencia que les corresponde.

La ponencia, se ocupa exclusivamente del primer caso. Dado que el tema general era la adopción de parejas del mismo sexo -ninguno biológico- y aunque la demanda, *prima facie*, no se refería a los otros dos casos, era necesario que la ponencia advirtiera sobre la necesidad de regular los casos restantes pues de no hacerlo continuaría el vacío normativo en estos dos escenarios.