

ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Valentina Ortega Carvajal <valentinaortega@uninorte.edu.co>

Vie 16/12/2022 11:34

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

CC: DANIEL GOMEZ MAZO <danielmazo@uninorte.edu.co>; elianar.abogada@gmail.com <elianar.abogada@gmail.com>

Cordial saludo,

Adjunto acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 236 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo y, de anexo, las cédulas de ciudadanía de los accionantes.

Le pido, por favor, confirmar la recepción de la demanda e informar el número de radicado.

Atentamente,

Valentina Ortega Carvajal.

Estudiante adscrita al Grupo de Litigio de Interés Público de la Universidad del Norte.

Este correo no representa opinión o consentimiento oficial de la Universidad del Norte, por lo que esta no adquiere ninguna responsabilidad por su contenido, salvo en el caso de funcionarios en ejercicio de atribuciones reglamentarias. Puede provenir de una cuenta ofrecida a funcionarios o estudiantes, como parte del ejercicio educativo, evento en el cual tanto el mensaje como sus anexos son estrictamente confidenciales. Ha sido analizado con software antivirus; no obstante, no se garantiza que sea seguro o no contenga errores o virus, por lo que la Universidad del Norte no se hace responsable de su transmisión.

Barranquilla, Atlántico, viernes 16 de diciembre de 2022.

Honorables Magistrados y Magistradas:

CORTE CONSTITUCIONAL

República de Colombia

Bogotá D.C.

Envío electrónico.

Asunto:	Acción pública de inconstitucionalidad.
Norma demandada:	Artículo 236 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, relativo a la <i>“licencia en la época de parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido”</i> .

JHONATAN ESPINOSA RODRÍGUEZ identificado con cédula de ciudadanía N° 80727405, **JULIAN ALEXANDER MEJÍA CORREA** identificado con cédula de ciudadanía N° 39179626, **IAN THOMAS REY** identificado con cédula de ciudadanía N° 1032436379, **NICO RUEDA BELTRÁN** identificado con cédula de ciudadanía N° 1044426439, **BRUNO OSPINA VELÁSQUEZ** identificado con cédula de ciudadanía N° 1053870220, **LINA ROCÍO QUEVEDO CERQUERA** identificada con cédula de ciudadanía N° 43163867, **NOAH HERRERA ACEVEDO** identificado con cédula de ciudadanía N° 1130607983, **JULI SALAMANCA CORTÉS** identificada con cédula de ciudadanía N° 1015438245, **ELIANA ROBLES PALLARES** identificada con cédula de ciudadanía N° 1065877701, **DANIEL GÓMEZ MAZO** identificado con cédula de ciudadanía N° 1152434573 y **VALENTINA ORTEGA CARVAJAL** identificada con cédula de ciudadanía N° 1005280198, mayores de edad, nacionales colombianos por nacimiento, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en calidad de ciudadanos en ejercicio, respetuosamente, nos dirigimos a ustedes en uso de los derechos y deberes consagrados en el numeral 6° del artículo 40 y en el numeral 7° del artículo 95 de la Constitución Política de Colombia, con el fin de interponer **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el artículo 236 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo.

Si bien la acción pública de inconstitucionalidad es una acción ciudadana, que no requiere contar con un tipo de legitimación o afiliación específica para su presentación,

consideramos pertinente informar a la Corte Constitucional que esta acción constitucional contó con el acompañamiento del Grupo de Litigio de Interés Público del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte y de la Fundación Sextante (Liga de Salud Trans).¹

CONTENIDO DE LA ACCIÓN

La presente acción de inconstitucionalidad se desarrollará en torno a los siguientes ejes: i) norma objeto de revisión constitucional; ii) competencia de la Corte Constitucional; iii) normas constitucionales vulneradas; iv) cargos de inconstitucionalidad contra la disposición acusada; v) petición; y vi) notificaciones.

I. NORMA OBJETO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL

A continuación, se transcribe el artículo de la disposición que se demanda del Código Sustantivo del Trabajo (CST) -la cual ha sido modificada, entre otros, por la Ley 1221 de 2021-, en cumplimiento del artículo 2.1. del Decreto 2067 de 1991. Se advierte de entrada que la acción pública de inconstitucionalidad no se dirige contra la totalidad del texto del artículo 236 del CST, sino de forma específica contra las expresiones “mujer”, “madre” y “trabajadora” contenidas en ellas. El tenor literal de la norma acusada es el siguiente:

“Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

¹ La Fundación Sextante, identificada con NIT 901-436107-1, es una organización no gubernamental que desarrolla la línea de trabajo denominada LIGA DE SALUD TRANS. Dicha línea de trabajo está encaminada a promover la participación en salud de las personas trans*, realizar incidencia política para cualificar las decisiones de salud pública para las personas trans* y generar mecanismos comunitarios que promuevan la pedagogía del cuidado de lo trans* y el acompañamiento sensible en los tránsitos. La LIGA DE SALUD TRANS es una red autónoma y cualificada de personas trans* usuarias de los servicios de salud, con capacidad para realizar incidencia política en la adopción de medidas de política pública, toma de decisiones en salud pública, y producir conocimiento sobre las necesidades en salud y los estándares internacionales para garantizar sus construcciones identitarias.

Sus principales objetivos son: i) fortalecer la incidencia de las personas trans* en la implementación de políticas públicas y los espacios de toma de decisiones en el sector salud; ii) generar estrategias de acompañamiento sensible durante los tránsitos para las personas que lo requieran -estrategias de autocuidado y reducción del daño-; iv) producir conocimientos, crear y difundir rutas de acceso para una atención adecuada en salud a través de las herramientas diseñadas por la Liga; v) promover escenarios de diálogo e interlocución entre las personas trans* usuarias del sistema de salud y los actores que convergen en el sistema.

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 1°. 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 2°. 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 3°. 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 4°. 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. *En ningún caso se podrán fragmentar, intercalar ni tomar de manera simultánea los períodos de licencia salvo 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 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 5°. 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**, 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” (negrilla por fuera del texto).

II. CONTENIDO DE LA DISPOSICIÓN NORMATIVA DEMANDADA

La disposición demandada le otorga el derecho a una licencia remunerada en época de parto a toda “trabajadora”, utilizando, además, las expresiones “madre” y “mujer” para efectos de determinar los sujetos potencialmente destinatarios de dicha prestación a cargo del sistema de seguridad social. A nuestro juicio, la norma demandada desconoce que hay otras

personas que, pese a no ser “mujeres”, “madres”, “trabajadoras”, ni identificarse con el género femenino, también pueden gestar y atravesar el trabajo de parto y los cuidados posparto, por lo que deberían poder beneficiarse de la licencia antes mencionada, como lo hacen las mujeres que atraviesan dichas experiencias de vida. Este es el caso específico de los hombres trans y las personas de género no binario que, pese a no ser mujeres ni identificarse con el género femenino (situación que debe ser respetada por el Estado²), pueden gestar, dar a luz y enfrentar las situaciones derivadas de la etapa posparto que el artículo 236 del CST pretende proteger.

Antes de proceder con el desarrollo de la demanda, queremos aclarar algunos usos conceptuales que resultarán de utilidad para su estudio. El primero de estos tiene que ver con la expresión “hombre trans”. Para efectos de esta acción, cuando hablamos de los hombres trans nos referimos a personas a quienes al nacer (y normalmente sobre la base de su genitalidad exterior) se le asignó el sexo femenino, pero cuya construcción identitaria es masculina, lo anterior sin importar si la persona ha atravesado o no procedimientos médicos relacionados con la afirmación de su identidad de género. En segundo lugar, cuando hablamos de personas de género no binario, nos referimos a *“aquellas que no se identifican única o completamente como mujeres o como hombres; es decir, que trascienden o no están incluidas dentro del binario mujer-hombre [de modo que] reúnen, entre otras categorías identitarias, a personas que se identifican con una única posición fija de género distinta de mujer u hombre, personas que se identifican parcialmente como tales, personas que fluyen entre los géneros por períodos de tiempo, personas que no se identifican con ningún género y personas que disienten de la idea misma del género”*.³ Finalmente, cuando hablamos de sexo-género, es necesario señalar que los accionantes partimos de una concepción de estas categorías que no se rige estrictamente por condiciones biológicas atadas a la genitalidad de las personas, sino que entiende que el continuo sexo-género es una construcción social, en la que se asignan significados sociales (en muchos casos contrariando la autonomía y la voluntad de las personas) a características físicas y a la expresión de la identidad de los sujetos, en un espectro amplio de manifestaciones corporales y comportamentales que se extienden entre lo femenino y lo masculino. A continuación, procedemos a desarrollar el contenido de la demanda.

² La Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la autonomía de las personas para definir su orientación sexual e identidad de género (C-098 de 1996, SU-337 de 1999, T-551 de 1999, C-507 de 1999, T-1096 de 2004, C-577 de 2011, T-196 de 2016 y C-584 de 2015, entre otras), como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado. En ese sentido, dicha Corporación considera la identidad de género como una expresión propia de la autonomía, identidad y libre desarrollo de la personalidad.

³ Corte Constitucional, sentencia T-033 de 2022.

Consideramos que son tres los elementos que permiten identificar que la norma acusada no incluye en su ámbito de regulación a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo. En la presente demanda, procederemos abordar: a) la estructura gramatical de la disposición normativa acusada, derivada del uso de sustantivos de género femenino para identificar a las personas destinatarias de esta prestación del sistema de seguridad social; b) las condiciones de orden histórico, relativas al surgimiento y consolidación de la licencia en época de parto o de maternidad, como una institución que fue concebida para la protección de las mujeres en situación de embarazo y de sus hijos, en una época en la que las identidades de género no normativas, como las identidades trans o no binarias, aún no contaban con reconocimiento jurídico, como sí ocurre hoy en día; c) las circunstancias relativas a la aplicación de dicha licencia, derivadas de que la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral han dado aplicación a la licencia en época de parto como una prestación dirigida de forma específica a las mujeres, sin desarrollar aún el eventual derecho de otras personas que no se identifican con el género femenino, como los hombres trans y las personas de género no binario en estado de embarazo, de beneficiarse de dicha prestación del sistema general de seguridad social. A continuación, desarrollamos cada uno de estos elementos.

A) Estructura gramatical de la disposición acusada

Los sustantivos “mujer”, “madre” y “trabajadora” utilizados por la disposición acusada para identificar a las personas destinatarias de la licencia en época de parto, al ser palabras de género femenino, no incluyen dentro de su significado a las personas de género masculino o de géneros distintos al femenino en estado de embarazo. Según la Real Academia Española de la Lengua, los sustantivos en español pueden ser masculinos o femeninos, siendo el género femenino el “*género que se manifiesta a través de determinada concordancia y que en pronombres y sustantivos que designan seres animados suele denotar sexo femenino. Las voces profesora, ella, misma, cuya e inteligencia tienen género femenino*”⁴. Es decir, que cuando la disposición demandada utiliza las expresiones “mujer”, “trabajadora” y “madre” para definir quiénes pueden ser beneficiarios/as de la licencia en época de parto, hace referencia de forma específica a personas de género femenino. El carácter específico en términos de género de la norma se evidencia aún más al advertir que la norma más adelante se refiere de forma específica al “*estado de embarazo de la mujer*”. Como consecuencia, la norma acusada identifica como potenciales destinatarias de la licencia en época de parto a las personas de género femenino, es decir, a las mujeres.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>>

En este punto, es también necesario recordar que, de acuerdo con la RAE, “*en los sustantivos que designan seres animados, el masculino gramatical no solo se emplea para referirse a los individuos de sexo masculino, sino también para designar la clase, esto es, a todos los individuos de la especie, sin distinción de sexos...*”⁵. No ocurriendo, de acuerdo con dicha institución, lo mismo con los sustantivos de género femenino, que no son universales y cuyo uso, por regla, se refiere de manera específica a los seres de género femenino que hacen parte de la especie.

Pese a lo dicho, es necesario contemplar una eventual interpretación de la norma acusada que llegare a sostener que las expresiones “mujer”, “madre” y “trabajadora” utilizadas por la norma para identificar a las personas destinatarias de la licencia en época de parto sí incluyen a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo. No obstante, dicha interpretación contrariaría lo señalado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. En primer lugar, la Corte Constitucional ha identificado que el uso categorías como “madre” y “mujer” no incluyen *per se* a los padres o a los hombres. Un ejemplo de esto es la sentencia C-969/06 en la que la Corte Constitucional abordó el estudio de una acción pública de inconstitucionalidad en contra de la expresión “madre” contenida en el parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que contempla la figura de la pensión especial o anticipada de vejez para madres trabajadoras con hijos en situación de invalidez. En aquella ocasión, el demandante aducía que la expresión “madre” contenida en la norma desconocía el mandato contenido en el artículo 13 de la Constitución Política al no incluir también a los padres dentro del ámbito de protección de la figura. La Corte Constitucional encontró que la expresión “madre” utilizada por la norma, al no incluir a los “padres” que se encontraban en una situación similar debía ser declarada condicionalmente exequible, “*en el entendido, que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él*”⁶. La necesidad de la declaratoria de exequibilidad condicionada en el caso en comento se derivaba, precisamente, de que la literalidad de la expresión “madre” no podía entenderse comprensiva *per se* de los “padres”, por lo que era necesario un pronunciamiento del juez constitucional para extender en este caso la cobertura de la disposición acusada a estos últimos.

En segundo lugar, la Corte Constitucional ha afirmado de forma reiterada que las identidades de género de las personas trans y de género no binario deben ser respetadas y protegidas por el Estado, por lo que estas personas deben ser nombradas o identificadas de acuerdo con el género propio de su construcción identitaria. En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia SU-440 de 2021 declaró que las personas trans, en principio,

⁵ Ibidem.

⁶ Sentencia C-989 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

están cobijadas por aquellas normas que, partiendo del uso de categorías binarias, prevén el acceso a beneficios u obligaciones utilizando expresiones de género específicas para identificar a sus destinatarias, lo anterior, según el género con el que se identifican⁷. Pues, tal inclusión en la configuración como personas destinatarias en ese tipo de normas se hará según el género con el que la persona trans se identifica.

B) Condiciones de orden histórico relativas al surgimiento y consolidación de la licencia en época de parto o de maternidad

Los inicios de la figura de la licencia de maternidad dentro de las normas internacionales del trabajo se remontan a 1919, con la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), debido a las necesidades presentes en seguridad internacional, humanitarias, políticas y económicas relacionadas con la situación de los trabajadores. Durante sus primeros días de funcionamiento, en octubre de 1919, la OIT adoptó 6 Convenios relevantes para la protección de garantías laborales, entre esos el Convenio 003 referido a la protección de la maternidad de las mujeres.

A nivel internacional, la exclusividad respecto a los beneficiarios de la licencia en época de parto o de maternidad tiene un origen histórico en el Convenio 003, el cual inició a regular la figura de la licencia de maternidad y, especialmente, la protección frente al despido en caso de embarazo. El reconocimiento de dicha licencia buscaba salvaguardar los derechos del recién nacido, de la familia y, específicamente, de la mujer. Sin embargo, para la época en la que se expidió dicho convenio debe tenerse en cuenta que ni la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales ni el derecho internacional reconocía aún las identidades de género no normativas o la existencia misma de las personas trans y no binarias, como sujetos de derecho que merecen un trato no discriminatorio por parte del Estado.

El Convenio 003 de la OIT fue adoptado por el Estado de Colombia mediante la Ley 129 de 1931. Dicho instrumento, en su artículo 2, expresa: “*A los efectos del presente convenio, el término mujer comprende a toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad o nacionalidad, casada o no, y el término hijo comprende a todo hijo, legítimo o no*”:

De la misma manera, en su artículo 3 se establece que:

⁷ En esta sentencia, cuyo caso se refería a mujeres trans, la Corte señaló que “(i) las mujeres trans en principio están cobijadas por aquellas normas que, a partir de categorizaciones binarias del sexo y el género, prevén obligaciones o beneficios diferenciados para las ‘mujeres’ o las personas de sexo ‘femenino’.” Corte Constitucional, sentencia SU-440 de 2021, M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

*En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, **la mujer:***

(a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;

(b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;

(c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

(d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia.

Continúa el artículo 4 del Convenio diciendo que:

*“Cuando una **mujer** esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia” (subrayado y negrilla fuera de texto original).*

El anterior convenio fue el primer antecedente normativo que hizo referencia a la licencia de maternidad en Colombia y, como se puede observar, esta figura desde sus inicios contempló como destinataria de la protección allí establecida a la mujer, entendida como la persona de sexo femenino; sin mencionar personas que, pese a no ser mujeres ni reconocerse bajo dicha categoría, podían estar en estado de embarazo y atravesar los procesos de parto y lactancia. Se enfatiza de nuevo que, a nuestro juicio, ello corresponde a que, para principios del siglo XX, el reconocimiento de jurídico de los derechos de las

personas con identidades de género no normativas aún no tenía reconocimiento a nivel internacional, ni mucho menos en el ámbito interno.

Luego de esto, en el plano nacional surge la Ley 53 de 1938, “*Por la cual se protege la maternidad*”, que en su artículo 1 establece que “*toda mujer en estado de embarazo, que trabaje en oficinas o empresas, de carácter oficial o particular, tendrá derecho, en la época de parto, a una licencia remunerada de ocho semanas. Esta licencia empezará a contarse desde el día indicado por el medio de la interesada*”. Como podemos ver, esta norma legal refleja la misma estructura respecto a los destinatarios de la licencia que también incorpora el Convenio 003 de 1919 de la OIT.

De forma posterior, con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, se incorpora en la legislación la norma acusada en la presente acción pública y que ha sido modificada en varias oportunidades por leyes posteriores.

Es necesario mencionar en este punto al Convenio 103 de la OIT de 1952, sobre la protección a la maternidad. En el numeral 1 del artículo 3 de dicho instrumento, se expresa que: “*Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad*”. Así mismo, debe hacerse alusión también al Convenio 183 de la OIT del 2000, el cual delimita más la protección o licencia de parto o maternidad al establecer que: “*Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas*”.

El Convenio 103 de la OIT de 1952 en su artículo 2 dispone: “*A los efectos del presente Convenio, el término mujer comprende toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad, nacionalidad, raza o creencia religiosa, casada o no (...)*”. Y, de igual manera, el Convenio 183 de la OIT del 2000, reitera en su artículo 1 que: “*A los efectos del presente Convenio, el término mujer se aplica a toda persona de sexo femenino (...)*”.

Teniendo en cuenta las fechas de expedición de los Convenios 003, 103 y 183 de la OIT -es decir, 1919, 1952 y 2000 respectivamente- que fundamentaron la implementación de la licencia en época de parto, es evidente que estas normas internacionales del trabajo referidas no contemplaron de manera explícita la inclusión de hombres trans y personas de género no binario dentro del universo de destinatarios de la licencia en época de parto o de maternidad, puesto que para este momento estas identidades de género no normativas aún carecían de reconocimiento jurídico suficiente. Al respecto, en el ámbito internacional de los derechos humanos, sólo hasta el año 2008 se adoptó la primera resolución promulgada

por la ONU para promover la protección de las personas con identidad de género no normativas. La Asamblea General de las Naciones Unidas promulgó la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, la cual exhorta a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que no haya sanciones penales, detenciones, torturas o pena de muerte por estos motivos. A partir de ese año, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) inició la adopción de resoluciones relacionadas con las violaciones de los derechos humanos cometidas contra personas debido a su orientación sexual o su identidad de género.

Asimismo, tampoco lo hizo la legislación interna que acogió dichos convenios y, tampoco, el Código Sustantivo del Trabajo. Sobre este punto, es importante señalar que, a nivel interno, las sentencias T-063/15, T-363/16, T-447/19 y T-443/20, entre otras, reconocen los derechos de la población trans, los cuales son derechos que se han ido desarrollando paulatinamente por la jurisprudencia constitucional a medida que el régimen jurídico reconoce la complejidad del espectro de género, así como la histórica y sistemática exclusión y discriminación que afecta el goce de sus derechos, y da aplicación a los mandatos de igualdad establecidos en el marco constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos. En este punto es importante señalar la sentencia T-314 de 2011, cuyo caso comprometía los derechos de una mujer trans y abordó el círculo de pobreza y exclusión que afecta a las personas trans en particular y las personas LGB en general. En esa providencia, la Corte Constitucional estableció que la ausencia de garantías para condiciones materiales de igualdad en casos de personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados implica la limitación o, incluso, la anulación de otros derechos como el acceso al trabajo, la educación y a una ciudadanía plena. En consecuencia, ordenó adoptar una política pública integral para estos sectores sociales.

Así las cosas, es claro que la licencia de maternidad es una institución que fue concebida o creada para la protección de las mujeres en situación de embarazo en una época en la que las identidades de género no normativas, como las identidades trans o no binarias, aún no contaban con reconocimiento jurídico, como si ocurre hoy en día en Colombia, en el derecho internacional de los derechos humanos y en el sistema regional de DDHH. Por ende, es necesario que los beneficios de la licencia del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo también se entiendan dirigidos a los hombres trans y a las personas de género no binario en capacidad de gestar.

C) Circunstancias relativas a la aplicación de la licencia en época de parto reflejadas en jurisprudencia de Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral

La no inclusión de los hombres trans y las personas de género no binario en estado de embarazo dentro de los destinatarios de la licencia en época de parto, también se ha reflejado en la jurisprudencia de Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral. La Corte Constitucional en sentencia T-224/21, citando la sentencia T-998/08 y T-278/18, definió esta licencia como:

*“(…) un emolumento que se paga a la **madre** durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que esta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento.*

*Además de tener una connotación económica, de la licencia de maternidad se deriva una doble e integral protección. Es doble por cuanto cubija a las **madres** y a sus hijos o hijas. Es integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las **mujeres trabajadoras** y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad.*

*La licencia de maternidad es una medida de protección a favor de la **madre** del menor y de la institución familiar. Esta se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la **madre** y al cuidado del niño. Asimismo, esta incluye el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la **madre**. Esto último con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.*

*Esta prestación beneficia a las **mujeres** afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo. Es decir, aquellas madres que, con motivo del alumbramiento de sus hijos, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales” (negrilla y subrayado fuera de texto original).*

El uso del lenguaje en la sentencia T-224/21 de la Corte Constitucional, la cual reiteró el contenido de varias sentencias previas de la misma Corporación, permite establecer *prima facie* que la licencia en época de parto representa un ingreso con el que cuenta la mujer trabajadora para atender su subsistencia y la del recién nacido.

De manera similar, en la sentencia C-543/10, la Corte Constitucional declaró que:

“Ciertamente y antes se resaltó, que la figura protectora de la licencia de maternidad tuvo como objetivo inicial reconocer la situación de marginalidad, discriminación y

*desventaja a la que históricamente se han visto expuestas **las mujeres** por motivo de la maternidad. También se mostró con antelación, que la licencia fue reconocida, primero, únicamente para favorecer a las **madres biológicas**. Con el paso del tiempo, no obstante, esta protección se amplió para cubrir con ella también a **las madres adoptantes**. De esta forma, la legislación equiparó la situación de **las mujeres gestantes** con la de **las madres adoptantes** de niños o niñas menores de siete años y ordenó conferirles la misma protección que la ley les ofrece a las madres biológicas. Más adelante, la legislación introdujo nuevas modificaciones e incluyó como beneficiarios de la protección derivada de la licencia de maternidad, también a los **padres trabajadores adoptantes sin cónyuge o compañera permanente**. Por medio de la sentencia T-1078 de 2003, la Corte Constitucional encontró que esa misma protección debía darse también a los **padres biológicos puestos en las mismas circunstancias que los padres adoptantes sin cónyuge o compañero permanente**. Finalmente, debe recordarse que por virtud de lo dispuesto en la Ley 755 de 2002 –que reformó el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo–, hoy en día se reconoce también la licencia de paternidad como institución con entidad propia, la cual, por el contrario de lo que sucedía en el régimen anterior, no supone una reducción del tiempo de duración de la licencia de la madre” (negrilla y subrayado fuera de texto original).*

En ese orden de ideas, la redacción actual del artículo 236 del CST, y según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, dispone que todas las provisiones y garantías previstas en este para la madre biológica se hacen extensivas a (i) la madre adoptante o (ii) «*al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte*», para lo cual la fecha del parto se asimila «*a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento*». Sobre la inclusión del padre como un beneficiario directo por excepción de la licencia en época de parto o de maternidad, debe enfatizarse no solo que dicho reconocimiento es excepcional y se presenta solo cuando “la madre” no puede recibir de manera directa la prestación, al ser esta la beneficiaria directa de la prestación.

Así pues, si bien es cierto que dicha protección se ha hecho extensiva a través de jurisprudencia a otros beneficiarios, como por ejemplo, a través de la sentencia T-257 de 2022, en la que la Corte Constitucional extendió el ámbito de protección de la licencia en época de parto en el caso de un padre que tuvo su hija mediante la subrogación del vientre, fundamentado en la violación al principio de igualdad, al mínimo vital y a la protección integral de la familia, a la fecha se ha ignorado la situación de los hombres trans o de las personas de género no binario que llevan a cabo procesos de parentalidad, manteniendo aún en desprotección a este grupo poblacional históricamente invisibilizado. De esta forma, se

evidencia cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional aún no se ha pronunciado respecto a las necesidades que tienen otros grupos sociales, como los hombres trans y las personas de género no binario en estado de embarazo, de poderse beneficiar de dicha figura.

En conclusión, por todo lo anteriormente expuesto desde una perspectiva gramatical, histórica y jurídica, el uso de las expresiones “trabajadora”, “madre” y “mujer” utilizados por la disposición normativa cuya constitucionalidad se discute omite incluir a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo de la posibilidad de acceder a la licencia en época de parto. **Es importante anunciar desde ya que el propósito de la presente acción de inconstitucionalidad no es eliminar las expresiones de “trabajadora”, “madre” y “mujer” del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que la licencia en época de parto o de licencia de maternidad previsto en dicho artículo se haga extensiva, además, a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo, sin desconocer el derecho que tienen las mujeres a acceder a dicha prestación del sistema de seguridad social y sin que ello afecte de ninguna manera el reconocimiento, tutela jurídica y derechos que, sin lugar a duda, asiste a las mujeres, las madres y las trabajadoras durante esta época de la vida.**

III. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 4, según el cual dicho Tribunal decidirá “*sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicio de procedimiento en su formación*”.

IV. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES VULNERADAS

Consideramos que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, transcrito en el acápite I de la presente acción pública, vulnera las siguientes disposiciones constitucionales:

A. CARGO UNO: LA EXISTENCIA DE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA Y VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En relación con este cargo, las normas constitucionales vulneradas son las siguientes:

Constitución Política, artículo 13°: “*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos,*

libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica

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

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

Constitución Política, artículo 43°: *“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.*

B. CARGO DOS: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

Constitución Política, artículo 48: *“...Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.”*

Constitución Política, artículo 53°: *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; **garantía a la seguridad social**, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”*

(subrayado y negrilla fuera del texto original).

Consideramos además que vulneran las siguientes normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad:

A. CARGO UNO: DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DEBIDO A UNA OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Artículo 2°. *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.*

Artículo 7°. *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.*

PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 3°. *“Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.*

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 2.2. *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*

B. CARGO DOS: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Artículo 25°. *“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a*

los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. **La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.** Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Artículo 19°. “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

V. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Desde que el Estado colombiano adoptó la Constitución de 1991 se catalizó un proceso de reivindicación de derechos de la comunidad LGBT. En múltiples ocasiones, la Corte Constitucional ha reconocido derechos históricamente negados a este grupo poblacional. Dentro de este sector social se encuentra la población trans y con identidades de género no normativas, respecto de la cual podemos decir que han sido la más discriminada, tradicionalmente silenciados y expuestos a prejuicios sociales en todos los ámbitos de vida y espacios de interacción con el resto de la población: se les han impuesto obstáculos, entre otros, para acceder a la educación, a la salud y al ámbito laboral. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia T-063/15 donde se expresó que:

*“La comunidad trans, **forma parte de un grupo social históricamente sometido a patrones de valoración cultural negativos,** sus integrantes han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos y su situación socio económica evidencia de manera nítida las circunstancias de desprotección y segregación que padecen. Dentro del sector LGBT **es justamente la población transgénero la que afronta mayores obstáculos para el reconocimiento de su identidad y el goce efectivo de sus derechos,** y constituyen las víctimas más vulnerables y sistemáticas de la comunidad LGBT. Por lo anterior, esta Corporación ha señalado que se trata de una población en condiciones de debilidad manifiesta y en esa medida gozan de especial protección constitucional. Ante estas circunstancias de segregación, esta Corporación ha garantizado en escenarios constitucionales específicos, el derecho de las personas transgénero a definir su identidad sexual y de género y a no ser discriminadas en razón de ella”* (negrilla y subrayado fuera de texto original).

En consecuencia, la comunidad trans ha luchado incansablemente por condiciones de igualdad y derechos fundamentales inherentes al ser humano, como la dignidad humana. Es importante advertir, antes de desarrollar los cargos, que no siempre las discriminaciones ocurren en espacios de interacción interpersonal. La discriminación también se manifiesta

en normas jurídicas y vacíos normativos que mantienen el déficit de protección de derechos que perpetúan obstáculos para la comunidad LGBTIQ+. Al respecto, en la sentencia T-314 de 2011, la Corte Constitucional estudió el caso de una mujer trans y constató las problemáticas que afrontan las personas LGBTIQ+. Asimismo, evidenció que los niveles de desprotección que deben afrontar las personas trans son las más graves: “(...) Así, la población transgenerista es atacada, discriminada y excluida por motivo de su orientación sexual y/o su identidad de género, lo que inexorablemente anula el goce efectivo de los derechos a la igualdad y a la libertad de expresión, entre otros, en un grado que no experimentan otros sectores de la sociedad.”

En este caso, la norma acusada, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, desconoce la identidad de género e infringe los derechos de personas pertenecientes a este grupo poblacional, ya que la licencia en época de parto sólo otorga sus beneficios a la “trabajadora”, “madre” o “mujer”, y los hombres trans y personas de género no binario en capacidad de gestar no se reconocen en dichas categorías identitarias, que no se corresponden a sus experiencias de vida y construcción personal.

El derecho fundamental innominado a la identidad de género consiste en la garantía de toda persona de construir, desarrollar y expresar la categoría o construcción social identitaria que mejor la represente según su vivencia interna. La Corte Constitucional en sentencia SU-440 de 2021 ha recordado, respecto a la diferencia entre sexo y género, que:

“El “género” es el término que se utiliza para describir las construcciones socioculturales que asignan roles, comportamientos, formas de expresión, actividades y atributos “según el significado que se da a las características sexuales biológicas”

(...)

Las personas “cis”, o de identidad “cisgénero”, son aquellas cuya experiencia de género concuerda con el sexo -hombre o mujer- asignado al nacer. El término trans es un término “paraguas” usado para describir las diferentes variantes de identidad de género de las personas cuya expresión no coincide con las identidades socialmente establecidas para el género o sexo que es asignado al nacer.

Dentro de esta categoría se encuentran, de un lado, las “femineidades trans”, que abarcan las vivencias de género de aquellas personas comúnmente conocidas como “mujeres trans”, cuyo sexo asignado al nacer fue masculino/hombre, pero su identidad “se inscribe en el ámbito de lo social y culturalmente construido, concebido y leído como femenino”. De otro lado, las “masculinidades trans”, con las que se identifican aquellas personas conocidas como “hombres trans”, cuyo

sexo asignado al nacer es femenino/mujer, pero su identidad de género corresponde al ámbito de lo social y culturalmente construido, concebido y leído como masculino. Por último, las personas de identidad “no binaria” son aquellas que se identifican con vivencias que no se encuadran en lo social y culturalmente definido como femenino o masculino.

(...)

*La Constitución protege todas las identidades de género y **prohíbe que las personas sean obligadas a encasillarse en alguna categoría socialmente establecida que no represente su experiencia vital**” (negrilla y subrayado fuera de texto original).*

En ese orden de ideas, la norma demandada, al señalar como beneficiaria de la licencia de maternidad y formas conexas de protección a la maternidad sólo a la “trabajadora”, “madre” o “mujer”, incurre en un desconocimiento de las identidades de género no normativas; ya que no cobija dentro de su ámbito de protección a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo, quienes, sin identificarse como “trabajadora”, “madre” o “mujer” (términos exclusivos del sexo femenino), se encuentran en una situación similar o quizá idéntica en la etapa posparto que las mujeres que atraviesan por dicha experiencia de vida. No sería respetuoso de la identidad y construcciones de género de los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo presumir que estas se encuentran *prima facie* incluías dentro de categorías identitarias que no encuadran con su vivencia personal de género, y que solo por esta vía podrían tener acceso a la licencia en época de parto y otras formas de protección a la maternidad.

A) PRIMER CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD: EXISTENCIA DE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA Y VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

Teniendo en cuenta la vulneración que se alega del artículo 13 de la Constitución Política por parte del texto normativo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, resulta menester ahondar en el significado jurídico del principio de igualdad. En ese sentido, debemos tomar como punto de partida su definición aristotélica “*hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*” (Aristóteles, Política III 9 (1280a). Además, debemos tener en cuenta lo consagrado en la Constitución Política de Colombia, que en su artículo 13 establece que “*todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*”. Así mismo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 3 establece que “*Los Estados Parte en el*

presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

De lo anterior, podemos inferir que hay una obligación constitucional e internacional de garantizar a todas las personas igualdad en los derechos. En el presente caso, la garantía de igualdad se traduce en la necesidad de que los hombres trans y las personas de género no binario en estado de embarazo puedan acceder a la licencia en época de parto porque un detallado análisis argumentativo y jurisprudencial permite establecer que dicha situación (ii) se configura como una omisión legislativa relativa y (ii) no logra superar el test estricto de igualdad, metodología utilizada por la Corte Constitucional para verificar si un trato desigual que se basa en categorías sospechosas resulta acorde o no con la Constitución Política.

1.) OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA

La licencia en época de parto es una prestación económica o descanso otorgado a la mujer en estado de embarazo durante un período de 18 semanas. Este derecho está contenido en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que, como explicaremos, incurre en una omisión legislativa relativa que, además, vulnera el principio de igualdad de los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo, pues, al no tener en cuenta dentro de sus potenciales beneficiarios a la población con identidades de género no normativas en estado de embarazo se está afectando el derecho a la igualdad y los derechos relacionados al otorgamiento de una licencia en época de parto. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-189/21, ha precisado que los presupuestos exigidos por la jurisprudencia constitucional para el análisis del cargo de omisión legislativa relativa son:

“(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”.

Teniendo en cuenta los pasos del test descrito, un detenido recorrido de estas condiciones constitucionales para la configuración de una omisión legislativa relativa permite establecer el siguiente análisis respecto la norma acusada:

Primer requisito: que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo

En efecto, existe la norma sobre la cual se predica el cargo, esto es, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo que regula la licencia en época de parto o de maternidad, el cual ha sido modificado, entre otras, por la Ley 1221 de 2021.

Sobre el alcance de dicha disposición normativa, se expuso en el aparte II de este texto por qué de su interpretación se desprende una norma que omite incluir a los hombres trans y a las personas de género no binario en estado de embarazo en su ámbito de protección.

Segundo requisito: que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta

La jurisprudencia plantea dos situaciones respecto de la norma acusada. En este caso, la disposición normativa bajo estudio encuadra en la primera situación, es decir, cuando la norma acusada excluya de sus consecuencias jurídicas casos o situaciones que, al ser asimilables, tenía que estar contenidos en el texto normativo. Según se explicó en el aparte II de esta demanda, específicamente en el relación con las circunstancias de carácter histórico relacionadas con el surgimiento de la licencia en época de parto o de maternidad, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo no incluye dentro del ámbito de protección de la licencia 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 “mujer”, “trabajadora” o “madre” que dio a luz, son sujetos que han debido estar incluidos en dicha disposición. Sin embargo, al no estar contenidos en el supuesto de hecho de la norma, las consecuencias jurídicas derivadas de esta disposición no les resultarían *prima facie* aplicables.

Lo anterior teniendo en cuenta que la consecuencia jurídica de la licencia en época de parto es una prestación económica a cargo del sistema general de seguridad social en salud, consistente en un descanso remunerado de 18 semanas en época de parto. Por otro lado, porque dicha prestación, que se garantiza durante ese tiempo donde no se labora tiene objetivos específicamente relacionados con otras protecciones constitucionales establecidas en los artículos 5, 43 y 44 de la Carta Política. Los beneficios del disfrute de la licencia de maternidad tienen una incidencia directa en la protección de la familia y los derechos de los recién nacidos, puesto que, de no otorgarse, se limita el tiempo de cuidado para dedicarle al neonato y atender sus necesidades, así como el tiempo para el cuidado de sí en la recuperación postparto. Debido a lo anterior, se da por cumplido el segundo requisito.

Tercer requisito: que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente.

En este caso, el legislador no cumplió con la carga argumentativa requerida para justificar la no inclusión de los hombres trans y personas de género binario en estado de embarazo de la posibilidad de acceder a la licencia en época de parto. Si bien al momento de la configuración legal no existía tal reconocimiento a la identidad de género, en la actualidad el ordenamiento constitucional ha configurado una especial protección que prohíbe toda distinción legal que desconozca la dignidad humana de las personas con identidades de género no hegemónicas.

En ese sentido, no se cumplió con dar una justificación respecto al trato diferenciado que se les da a dos situaciones con supuestos de hecho casi idénticos, en el que la diferencia principal es la identidad de género de la persona que atraviesa por la misma situación. Lo anterior implica una trasgresión al artículo 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, a los artículos 3 y 18 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles, así como al artículo 43 y 13 de la Constitución Política, esto es, el principio de igualdad, uno de los pilares sobre los que se funda el Estado Social de Derecho.

La última norma constitucional citada contiene un derecho que debería ser garantizado a cualquier persona con independencia de su género; por ende, el Estado debe propender por su protección y goce efectivo. Por tal razón, se encuentra la prohibición de cualquier tipo de discriminación ante cualquier trato distinto y arbitrario carente de justificación razonable y objetiva que excluyan de beneficios sociales o derechos fundamentales a un grupo de personas con base en prejuicios o estereotipos socioculturales, máxime cuando el grupo excluido ha sido históricamente discriminado, como es el caso de los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia T-443 de 2020, ha enfatizado que

“(...) categorías como el sexo, la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías sospechosas de discriminación. Esto implica que todo tratamiento diferencial fundado en ellos se presupone como discriminatorio a menos que pueda justificarse. La sentencia T-314 de 2011 señaló que en concreto las personas trans es un grupo sometido a mayor grado discriminación y exclusión por la sociedad que el resto”.

En ese orden de ideas, la disposición normativa acusada podría dar lugar a una situación de discriminación, la cual, en palabras de la dicha Corporación, en sentencia T-141 de 2017, *“(...) priva a una persona del goce de sus derechos, con base en razones fundadas en prejuicios [o] preconceptos”* ya que, como se explicó anteriormente, la redacción de la norma bajo estudio es exclusiva del género femenino omitiendo regular la situación de las

personas con identidades de género no normativas, a saber: hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo, quienes, se reitera, también merecen tener acceso a la licencia de en época de parto y otras formas de protección a la maternidad por encontrarse en la posibilidad análoga de atravesar procesos de gestación, parto y parentalidad.

En ese sentido, se cumple el tercer requisito de una omisión legislativa relativa que, en este caso, inevitablemente, afecta el principio a la igualdad pues no se evidencia una aplicación razonable de las consecuencias jurídicas y protecciones derivadas de la norma acusada, infringiendo así la garantía de acceso a las mismas oportunidades y condiciones de vida acorde con la dignidad del ser humano debido a la identidad y expresión de género diversa.

Cuarto requisito: que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma

Teniendo en cuenta lo expuesto en la sección inmediatamente anterior, la falta de justificación y razonabilidad del legislador genera para las personas excluidas de la regulación legal (hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo) evidencia una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma (“*trabajadora*”, “*madre*” o “*mujer*”), pues sólo quienes tienen identidades que se reconocen dentro de estas categorías están amparadas por el ordenamiento jurídico en el evento de atravesar una situación de embarazo. Sin embargo, no sucede así con la población excluida antes mencionada, quienes, ante un eventual embarazo, quedarían en un vacío normativo respecto de la posibilidad de acceder a la prestación, quedando a merced de interpretaciones particulares que pudiesen hacer sus empleadores o los operadores jurídicos del sistema de seguridad social, lo que sin duda genera una desigualdad negativa que afecta gravemente sus derechos fundamentales y los derechos de los recién nacidos.

Quinto requisito: que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador

La ausencia de inclusión de los hombres trans y personas de género no binario en capacidad de gestar como beneficiarios del supuesto de hecho de la norma acusada y, por lo tanto, de sus consecuencias jurídicas, resulta de una inobservancia de un mandado constitucional, pues el legislador está incumpliendo lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política, en el cual se impuso la obligación al Estado de otorgar el mismo trato, derechos y oportunidades a todas las personas independientemente de su raza, étnica, sexo, orientación sexual, etc. Así mismo, se omite el deber de garantizar la protección en época de parto y de la niñez que está contemplada en normas internacionales del trabajo y otras normas

constitucionales antes citadas (arts. 43 CP, y Convenios 003, 103 y 183 de la OIT). En ese sentido, se está violando el mandato constitucional del inciso 2 del artículo constitucional anteriormente mencionado, pues al dejar sin protección a los hombres *trans* y personas de género no binario en capacidad de gestar respecto al acceso a los beneficios de la licencia en época de parto, el Estado no está tomando las medidas pertinentes para que la igualdad sea real y efectiva. Al respecto, la sentencia C-664 de 2006, expuso que:

*“Las omisiones legislativas hacen referencia a la inactividad del legislador o el incumplimiento por parte de este último de su deber de legislar expresamente señalado en la Constitución. **No se trata, entonces, simplemente de un no hacer sino que consiste en un no hacer algo normativamente predeterminado**, se requiere por lo tanto la existencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulta constitucionalmente incompatible para que ésta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa, en otro supuesto se trataría de una conducta jurídicamente irrelevante, meramente política, que no infringe los límites normativos que circunscriben el ejercicio del poder legislativo”.*

(subrayado y negrilla fuera de texto original).

En ese sentido, en virtud del artículo 13 de la Constitución Política, se ha evadido legislar sobre algo normativamente predeterminado ya que constitucionalmente está reconocido el deber de legislar el derecho a la igualdad hacia todas las personas, que extiende sus efectos al Estado obligándolo a tomar medidas que materialicen su real garantía.

En ese orden, hombres trans y personas no binarias, que atraviesan esa experiencia de vida y requieren condiciones materiales para proveer el cuidado para sí y de sus hijos(as) en la época de parto, están desprotegidos en virtud de una omisión legislativa que los excluye de la configuración como beneficiarios. Dicha omisión legislativa relativa debe ser corregida para subsanar los vacíos existentes en la normatividad vigente con el objeto de ampliar la protección y eliminar toda forma de discriminación.

De esta manera, se encuentran cumplidos los requisitos para proceder con el estudio de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas.

2.) TEST DE IGUADAD

Según lo hemos señalado, a nuestro juicio, el legislador omitió incluir dentro de los beneficiarios de la licencia en época de parto o de maternidad a los hombres trans y las personas de género no binario en estado de embarazo. Dicha omisión pareciera ser consecuencia de que la normatividad sobre licencia de maternidad se empezó a desarrollar en una época en la que las personas con identidades de género no normativas no eran lo

suficientemente visibles para el ordenamiento jurídico ni contaban con las protecciones constitucionales que actualmente les cubre. Es necesario considerar también, así sea en gracia de discusión, la posibilidad de que la no inclusión de los hombres trans o no binarias en estado de embarazo dentro de los destinatarios de la licencia en época de parto o de maternidad hubiese sido consecuencia de una decisión consciente del legislador. Procederemos a explicar que, sea que se hubiese presentado una omisión legislativa relativa o sea que hubiese existido una decisión específica del legislador de excluir del ámbito de protección de la disposición acusada a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo, la ausencia de protección jurídica para los grupos señalados en cuanto a licencia en época de parto constituye una vulneración del principio constitucional de igualdad y no discriminación. Para evaluar esta situación, procederemos a desarrollar el test de igualdad, que ha sido utilizado por la Corte Constitucional en varias ocasiones para examinar este tipo de situaciones.

Teniendo en cuenta jurisprudencia constitucional, para exponer el análisis del test de igualdad respecto del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, se propone la siguiente metodología: a) establecer las situaciones de hecho o supuestos de hecho distintos objetos de comparación; b) determinar si la situación igual merece un trato igual o la desigual un trato desigual; c) determinar si el criterio diferenciador obedece o no a criterios objetivos, razonables y proporcionales; d) determinar si el trato diferenciado está de acuerdo con la finalidad de la norma.

Situaciones de hecho o supuestos de hecho objeto de comparación

Como se mencionó anteriormente, según la RAE, los sustantivos pueden ser masculinos o femeninos. En este caso, la norma demandada hace referencia al género femenino al referirse a “*trabajadora*”, “*madre*” o “*mujer*”, por tanto, en dichas categorías no se encontrarían comprendidos los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo, lo que excluiría a estos grupos de la posibilidad de beneficiarse de la prestación de la licencia en época de parto a pesar de su viabilidad de atravesar procesos de parto y quedar en situaciones de embarazo. Dicha capacidad reproductiva ha sido adscrita históricamente a la mujer, pero con la evolución de las sociedades contemporáneas, es también posible encontrarla en otros grupos poblacionales que no se reconocen dentro de la categoría “*mujer*”, específicamente los hombres trans y las personas de género no binario en estado de embarazo. Por lo tanto, se encuentra cumplido el requisito de que haya dos grupos claramente diferenciales de hecho objeto de comparación: 1. las mujeres; 2. los hombres trans y las personas de género no binario en estado de embarazo.

Los supuestos de hecho igual merecen el mismo trato contemplado en la norma

Dado que las expresiones “trabajadora”, “madre” o “mujer” no incluyen a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo, este grupo poblacional carece de regulación legal y acceso a las protecciones constitucionales relacionadas con la licencia en época de parto en el evento de un embarazo. En ese sentido, se evidencia una violación del mandato superior, específicamente establecido en el artículo 13, pues a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo se les trata de manera distinta, al excluirseles de garantías a las que deben poder tener acceso por encontrarse, como se mencionó anteriormente, en supuestos de hecho objeto de comparación: esto es, el estado de gestación, el parto, lactancia y parentalidad.

El criterio diferenciado no obedece a criterios objetivos, razonables y proporcionales

En este punto, es necesario evaluar la intensidad del test de igualdad a utilizar. A nuestro juicio, la intensidad del test ha de ser estricto, puesto que la exclusividad de acceso al beneficio de licencia en época de parto de la norma acusada partiría del uso de un criterio sospechoso de discriminación. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-015 de 2014, estableció sobre la aplicación del test estricto de igualdad que:

“Es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones en el artículo 13 de la Constitución; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones, o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se constituya un privilegio.

(...)

El test estricto es el más exigente, pues busca establecer que, si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo.”

Así pues, se encuentra que, en la presente situación, en primer lugar, es claro que hay de por medio una clasificación sospechosa de discriminación, esto es, la identidad y expresión de género. Así lo ha establecido la Corte Constitucional, en sentencia T-443 de 2020 “(...) categorías como el sexo, la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías sospechosas de discriminación.” Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-141 de 2015, T-063 de 2015, T-099 de 2015, T-030 de 2017, T-720 de 2017 y SU-440 de 2021.

En segundo lugar, recae sobre personas que pertenecen a grupos históricamente discriminados y vulnerables, como es la población LGBTQ+, en específico, la comunidad

trans y con identidades de género no normativas. Asimismo, se cumple con el tercer requisito, pues esta diferenciación que hace el legislador afecta de manera grave el goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social de los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo, así como el derecho de los recién nacidos, la salud y la configuración familiar.

Teniendo claro el nivel de intensidad que debe tener el test estricto de igualdad, es necesario, a continuación, evaluar la legitimidad, la importancia y el carácter imperioso del fin perseguido de la norma acusada, para ver, si en este caso concreto, la diferencia de trato se justifica o no.

El trato diferenciado no está de acuerdo con la finalidad de la norma

La Corte Constitucional, en sentencia C-543/10, respecto a la finalidad de la norma contenida en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, ha establecido que:

“La figura de la licencia de maternidad tiene una finalidad principal, la cual es la de proteger a las mujeres trabajadoras 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. El amparo que de allí se deriva es, por consiguiente, doble e integral. Es doble, por cuanto se despliega respecto de la madre –y en lo que corresponda, respecto del padre sin cónyuge o compañera permanente–, a la vez que en relación con los hijos o hijas. Es integral, toda vez que abarca un conjunto de prestaciones encaminadas a asegurar que las mujeres trabajadoras –incluyendo los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente– y su descendencia dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de calidad y de dignidad”.

Así pues, es claro que la finalidad de la norma es legítima e imperiosa pues protege los derechos de la persona en época de parto, así como ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Es decir, la norma obedece a cumplir el mandato constitucional de brindar una especial asistencia y protección después del parto y, sobre todo, garantizar el derecho de la niñez a recibir especial protección por parte del Estado, la familia y la sociedad en general.

Sin embargo, un análisis sobre si los medios utilizados son los adecuados y necesarios permite establecer que los medios dispuestos por la norma son inadecuados para alcanzar la finalidad pretendida, puesto que su identificación de sujetos beneficiarios excluye a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo, no solo dejando desprotegidos los derechos de estas personas sino también los recién nacidos. Así pues, los

medios no son legítimos en tanto mantienen en una situación de desprotección a un grupo poblacional históricamente vulnerable, al impedir su acceso a la prestación de la licencia en época de parto o de maternidad. Al respecto, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Política:

“Artículo 43°: La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”

(negrilla por fuera del texto original).

Dicha asistencia y protección estatal, antes y después del parto, debe ser interpretada de acuerdo con las condiciones sociales actuales. Es decir, considerando el reconocimiento y reivindicación de derechos de la comunidad trans y con identidades de género no normativas, haciendo así extensiva la protección de la licencia en época de parto a estos grupos poblacionales. Lo anterior tiene estricta relación con la *doctrina del derecho viviente*, el cual no puede quedarse en el pensamiento social que se tenía en la época de redacción legislativa, la literalidad plasmada en los textos debe evolucionar para atender a las necesidades sociales actuales. Sobre el concepto de derecho viviente, la Corte Constitucional ha establecido, en sentencia C-418/14 que:

“(...) pues esta metáfora expresa que frente al derecho de los libros (o de los códigos), existe otro que surge de las dinámicas sociales y que es el que se aplica a partir de la interpretación de los órganos autorizados”.

Consecuentemente, esta doctrina sugiere no realizar los análisis de constitucionalidad con interpretaciones descontextualizadas de las dinámicas sociales actuales, es decir, debe estar lo suficientemente expandida para garantizar derechos fundamentales de grupos poblacionales que históricamente no han sido reconocidos.

En ese sentido, el trato diferenciado, que se observa en la aplicación del artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo, entre las mujeres y los hombres trans y las personas de género no binario en capacidad de gestar no está de acuerdo con la finalidad de la norma, pues dicho el trato diferenciado obedece a una omisión legislativa, como fue analizado anteriormente, que excluye a una comunidad históricamente discriminada del acceso a derechos y que, en cambio, merece protección constitucional ya que no es legítimo a la luz de la Constitución Política de 1991 que una norma que establezca diferenciaciones y excluya de una prestación del sistema de seguridad social a un grupo de personas sobre la

base de su identidad de género; una exclusión que impacta a la niñez, un beneficiario directo de esta protección legal.

En consecuencia, dicho trato diferencial, en relación con la finalidad que persigue la norma acusada, al ser inadecuado para alcanzar el fin pretendido, también se torna innecesario, por lo que debe ser declarada exequible condicionalmente bajo el entendido de que el beneficio de licencia de maternidad previsto en dicho artículo se hará extensivo también a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo.

Por último, consideramos importante que, al momento de tomar una decisión sobre esta acción pública de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional tenga en cuenta el Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de 2020, donde en el literal d) del numeral 28 se le recomienda a los Estados:

“Ajustar sus normativas sobre la licencia por maternidad y/o paternidad con goce de sueldo o prestaciones sociales comparables, garantizando de manera íntegra los principios de igualdad y no discriminación respecto del goce de estos derechos de las personas trans gestantes y a aquellas que inician la etapa de maternidad y/o paternidad, por ejemplo, mediante la adopción. En el mismo sentido los Estados deben revisar sus legislaciones internas asegurándose que no estén basadas en estereotipos sobre el cuidado infantil y el rol primordial de deber de cuidado de los hijos”.

Por todo lo anteriormente expuesto, concluimos que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo vulnera el principio de igualdad, contenido en el artículo 13 y 43 de la Constitución Política, así como el artículo 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos de Hombre y los artículos 3 y 18 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles, en la medida en que no incluye a los hombres trans y personas de género no binario en capacidad de gestar dentro de los potenciales beneficiarios de la licencia en época de parto.

SEGUNDO CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público que se garantiza a todos los habitantes del país, dicha norma consagra que:

“(…) la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca

la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”.

El derecho a la seguridad social se garantiza a través del Sistema General de Seguridad Social y este está compuesto principalmente por tres subsistemas: el Sistema General de Pensiones, donde se ampara a la persona de contingencias como la vejez, la invalidez y la muerte siempre que haya realizado cotizaciones durante un tiempo determinado y cumplido los requisitos de cotizaciones o de capital ahorrado; el Sistema General de Seguridad Social en Salud, donde se crean condiciones para que toda la población tenga acceso al servicio de salud público, dentro de este subsistema se encuentra la licencia de en época de parto, de paternidad, y los auxilios económicos o subsidios por incapacidad temporal; y el Sistema de Riesgos Laborales, que tiene como objetivo prevenir y atender a todos los trabajadores ante eventualidades como enfermedades laborales y los accidentes de trabajo.

Además, el sistema está permeado por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, dentro de los cuales se puede observar que es aplicable para todos los seres humanos sin distinción alguna de su raza, sexo, orientación sexual, nacionalidad, ideología, entre otros.

La Seguridad Social, según la Sentencia T-690 de 2014 de esta Corporación, es *“concebida como un instituto jurídico de naturaleza dual, esto es, que tiene la condición tanto de derecho fundamental, como de servicio público esencial bajo la dirección, coordinación y control del Estado, surge como un instrumento a través del cual se garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que constituya un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”.*

Además, de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 19, citado en la sentencia T-043 de 2012, el derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b) gastos excesivos en atención de salud, c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo. De lo anterior, se puede extraer que no poder acceder a esta licencia en época de parto desconoce al derecho a la seguridad social, pues la persona queda desprotegida, especialmente durante el posparto, donde se le obstaculiza solventar sus gastos económicos básicos debido a la imposibilidad de desarrollar con normalidad sus actividades laborales, lo que a su vez conlleva a una afectación al mínimo vital y a la dignidad humana.

Por otro lado, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 en el artículo 6, literal C, consagra el principio de equidad que se encuentra en el Sistema de Seguridad Social en Salud; aspecto importante en este caso dado que la licencia de maternidad o en época de parto es una prestación que hace parte de este sistema:

c) Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección;

Como podemos observar, es deber del Estado garantizar el mejoramiento del acceso a la salud a grupos vulnerables y de especial protección. La comunidad trans es uno de los grupos más vulnerables de la comunidad LGTB, esto debido a las múltiples violaciones de derechos humanos que han sufrido históricamente y a la discriminación estructural de la que son víctimas. Debido a lo anterior, los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo enfrentan situaciones de discriminación por la falta de una regulación incluyente en la materia de la licencia en época de parto, lo que les imposibilita el goce pleno de este derecho, situación que vulnera, además, los principios de igualdad, solidaridad y equidad del sistema de seguridad social.

La licencia en época de parto debe ser cubierta por el sistema de seguridad social por medio de las EPS del régimen contributivo a la que la persona se encuentra afiliada. La prestación está estatuida en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo y se especifica que toda mujer que dé a luz a un hijo y hubiese cumplido con el requisito de cotizaciones necesario tiene derecho a una licencia remunerada por un lapso de 18 semanas. No obstante, se observa que se hace énfasis en la palabra “mujer”, por lo que nos demuestra una ausencia de inclusión laboral que sufren las personas trans y de género diverso que son gestantes, pero no se identifican con la clasificación de género que hace el artículo, quedando así desprotegidas por parte del sistema de seguridad social en salud, específicamente sin derecho a una licencia en época de parto.

Teniendo en cuenta que la finalidad de la norma es otorgar a la persona que ha dado a luz, en beneficio de ella y de la institución familiar, un período destinado a su recuperación física, al cuidado del recién nacido y la creación de un vínculo familiar entre los dos, y además, unos ingresos equivalentes al salario para cubrir sus necesidades básicas, no se encuentra una razón para no incluir a otras personas en capacidad de gestar dentro del ámbito de protección de la norma, pues el cumplimiento de los anteriores derechos y beneficios a la población trans, de género binario y diverso sería una manifestación de los principios de igualdad, solidaridad y equidad que están presentes en el sistema de seguridad social.

Cuando el legislador omitió incluir a las personas en capacidad de gestar que no son mujeres de la licencia de maternidad, otorgándosela solo a “la trabajadora”, “la mujer” y “la madre”, vulneró el derecho a la seguridad social que tienen los hombres trans, personas de género binario o de género diverso en capacidad de gestar, que tienen en el ordenamiento colombiano los mismos derechos en virtud del principio de igualdad anteriormente expuesto.

En materia internacional debemos traer a colación los principios de Yogyakarta, los cuales son una serie de directrices de derechos humanos no vinculantes sobre temas de orientación e identidad de género que fueron desarrollados y adoptados por unanimidad por un distinguido grupo de expertos en derechos humanos de distintas regiones y distinta formación y presentados como una carta global el 26 de marzo de 2007 al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de Ginebra. En el principio 13 de este instrumento, se exhorta a los Estados a adoptar las medidas legislativas y administrativas adecuadas, y de cualquier otra índole que sean necesarias para poder asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por identidad de género, sexo o expresión, a la seguridad social y a todas sus formas de protección. Dentro de estos se encuentra la licencia en época de parto⁸.

Para finalizar, conviene hacer una breve referencia al derecho comparado, como es el caso de Chile, que, en la ley de matrimonio igualitario, estableció que los derechos que corresponden a la madre trabajadora que se encuentran estipulados en el código del trabajo chileno, también son aplicables a cualquier persona que haya dado a luz, independientemente de su sexo registral por identidad de género.

VI. PETICIÓN

Antes de exponer nuestra petición, resulta importante mencionar la sentencia C-149 de 2010, que posibilita en una demanda de constitucionalidad pedir de manera principal la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma acusada mediante la acción pública de inconstitucionalidad. Al respecto la Corte dijo:

“[...] cuando el actor fundamenta su pretensión en un cargo de inconstitucionalidad que cumple con todos los requisitos legales y jurisprudenciales, no cabe declarar la ineptitud sustantiva de la demanda en razón a que la pretensión se oriente a obtener una sentencia de exequibilidad condicionada. Pretender lo contrario no es razonable en cuanto ello implicaría

⁸ Yogyakartaprinciples.org – the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity. (s/f). Yogyakartaprinciples.org. Recuperado el 16 de septiembre de 2022, de <http://yogyakartapinciples.org/>

imponerle al demandante una carga que, incluso, prima facie, podría resultar contraria a la Constitución, como cuando, por ejemplo, se acusa una norma legal que establece un beneficio que responde a un imperativo constitucional, pero que se ha restringido, injustificadamente, a ciertos sujetos con exclusión de otros que también debieran estar incluidos. En ese caso es claro que la exclusión que se deriva de la ley es contraria a la Constitución, pero no parece razonable, a la luz del ordenamiento superior, exigir al demandante que solicite la declaratoria de inexecutable de la disposición como tal, con lo cual se perdería el beneficio para todos sus destinatarios, sin permitirle solicitar lo que en definitiva, de constatarse la hipótesis de inconstitucionalidad planteada por el demandante, puede hacer y posiblemente hará la Corte, cual es un pronunciamiento de exequibilidad condicionada. Dicho de otra manera, de acuerdo con la línea argumentativa que proponen algunos intervinientes y que aquí se cuestiona, en un caso como el que se acaba de exponer, un requisito de técnica procesal, le impondría al demandante que, como condición para acceder a una decisión de exequibilidad condicionada que purgue la disposición acusada de sus contenidos contrarios a la Constitución, solicite que toda la disposición sea excluida del ordenamiento, asunto que no solo no desea, sino que además, en el ejemplo planteado, resultaría contrario a la Constitución, puesto que implicaría suprimir un beneficio cuya consagración legal, como se dijo, obedece a un imperativo Constitucional”

(subrayado por fuera del texto original).

Debido a lo anterior, los accionantes no solicitamos la declaratoria de inexecutable simple de las expresiones acusadas, pues eso supondría excluir a las mujeres del derecho a acceder a una licencia en época de parto, debido a que la consecuencia de la declaratoria de inexecutable el texto normativo sería que este quedaría excluido del ordenamiento jurídico, lo que resultaría profundamente violatorio de la Constitución Política del 91. La licencia de maternidad es un beneficio que responde a un imperativo constitucional, pero que se ha restringido solo a las mujeres y ha excluido a hombres trans, personas no binarias o de género diverso en capacidad de gestar, por lo que no pretendemos excluir la norma del ordenamiento jurídico sino condicionar su interpretación para ampliar su campo de aplicación, sin desmejorar la situación de las mujeres, quienes actualmente gozan de dicha garantía.

En Sentencia C-159 de 2016 también se estableció en que la actualidad la Corte admite que las demandas de inconstitucionalidad contengan como pretensión principal la declaratoria de exequibilidad condicionada del precepto legal respectivo.

“Para la Corte esta sola circunstancia no era suficiente para concluir la ineptitud de la demanda, sino que también debía verificarse si (i) el libelo presentaba cargos que fuesen claros, ciertos, suficientes y pertinentes, en los términos de la jurisprudencia constitucional, de modo que ofrezcan una acusación discernible y fundada; (ii) la demanda, además de la solicitud de exequibilidad condicionada, también incluye una pretensión de inexequibilidad, o (iii) si el cargo está fundado exclusivamente en la pretensión de exequibilidad condicionada, el mismo está mínimamente motivado, de modo que se demuestre que dicha opción de decisión es necesaria para solucionar la contradicción entre el precepto acusado y la Constitución.

Acerca de esta última posibilidad, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que carecería de sentido exigir al demandante que solicite la inexequibilidad de la norma que acusa, cuando su argumentación está unívocamente dirigida a demostrar que el remedio adecuado para solucionar el problema jurídico propuesto no es la inconstitucionalidad, sino una fórmula de exequibilidad condicionada. Sobre este mismo particular debe agregarse que no existe una norma particular que impida una solicitud de ese carácter y, además, la eficacia del principio pro actione obliga a que no se impongan condiciones a las demandas de inconstitucionalidad que se funden, como sucede en el caso analizado, en exigir una contradicción argumentativa entre la pretensión y las razones que conforman el concepto de la violación”.

Con base en los argumentos planteados, **se solicita** respetuosamente a la Honorable Corte Constitucional:

PRETENSIÓN: declarar la exequibilidad condicionada de las expresiones “trabajadora”, “madre” y “mujer” del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en el entendido de que el beneficio de licencia en época de parto o de maternidad previsto en dicho artículo se haga extensivo también a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo.

VII. NOTIFICACIONES

Recibiremos notificaciones: Calle 74 No. 58-79, Consultorio Jurídico de la Universidad del Norte de Barranquilla.

Teléfonos: 3509509. Extensión 3249, 3250, 4316, 4383

Correos electrónicos para notificaciones: consultoriojuridico@uinorte.edu.co y ligasaludtrans@gmail.com (por favor enviar notificaciones a ambos correos electrónicos).

Atentamente,



JHONNATAN ESPINOSA RODRÍGUEZ

Pertenece a la Fundación Ayllu Familias Transmasculinas y Navegador de la Liga de Salud Trans

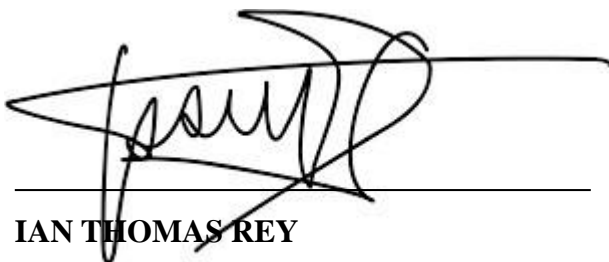
C.C. 80727405



JULIAN ALEXANDER MEJÍA CORREA

Padre trans gestante, perteneciente Red Popular Trans y Navegador de la Liga de Salud Trans

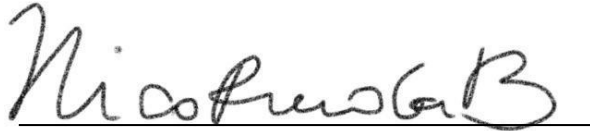
C.C. 39179626



IAN THOMAS REY

Activista transfeminista y defensor de derechos humanos, perteneciente a la RatDiversa de Bogotá y Navegador de la Liga de Salud Trans.

C.C. 1032436379



NICO RUEDA BELTRÁN

Pertenece a la Corporación Transgarte y Navegador de la Liga de Salud Trans.

C.C. 1044426439



BRUNO OSPINA VELÁSQUEZ

Navegador de la Liga de Salud Trans.

C.C. 1053870220



LINA ROCÍO QUEVEDO CERQUERA

Pertenece a la Red Popular Trans de Medellín.

C.C. 43163867



NOAH HERRERA ACEVEDO

Padre y Navegador de la Liga de Salud Trans.

C.C. 1130607983



JULI SALAMANCA CORTÉS

Coordinadora de la Liga de Salud Trans

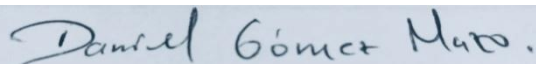
C.C. 1015438245



ELIANA ROBLES PALLARES

Representante legal Fundación Sextante y Coordinadora de Incidencia Política de la Liga de Salud Trans.

C.C. 1065877701



DANIEL GÓMEZ MAZO

Director del Grupo de Litigio de Interés Público de la Universidad del Norte.

C.C. 1152434573



VALENTINA ORTEGA CARVAJAL

Estudiante adscrita al Grupo de Litigio de Interés Público de la Universidad del Norte.

C.C. 1005280198