



COMUNICADO

30

Agosto 24 de 2023

**Sentencia C-324/23**  
**M.P. Juan Carlos Cortés González**  
**Expediente D-15103**

**CORTE DECLARÓ QUE LAS LICENCIAS PARA MUJERES EN LA ÉPOCA DEL PARTO TAMBIÉN SON APLICABLES A HOMBRES TRANS Y A PERSONAS NO BINARIAS**

*Esta decisión la adoptó al revisar la constitucionalidad de las expresiones “trabajadora”, “madre” y “mujer”, contenidas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>1</sup>*

### 1. Norma demanda

«CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO [...] PRIMERA PARTE DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO [...] TÍTULO VIII PRESTACIONES PATRONALES COMUNES [...] CAPÍTULO V PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y PROTECCIÓN DE MENORES

ARTÍCULO 236. LICENCIA EN LA ÉPOCA DEL PARTO E INCENTIVOS PARA LA ADECUADA ATENCIÓN Y CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:>

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;

(...)

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

<sup>1</sup> Modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021.



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 período 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.

(...)

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 registrará por las siguientes condiciones:

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

(...)

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.

(...)

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 período 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 registrará por las siguientes condiciones:

1. Los padres podrán usar esta figura antes de la semana dos (2) de su licencia de paternidad; las madres, a no antes de la semana trece (13) de su licencia de maternidad.

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

(...)

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 parágrafo, así como en el parágrafo 4 del presente artículo.

(...)

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

## 2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, las expresiones “trabajadora”, “madre” y “mujer” contenidas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, en el entendido de que las licencias en la época del parto también son aplicables a hombres trans y personas no binarias, en los términos señalados en esta sentencia.

## 3. Síntesis de los fundamentos

Previamente, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó que en el presente caso no se configuró la cosa juzgada respecto de la Sentencia C-415 de 2022, que impidiera a este Tribunal pronunciarse de fondo. Lo anterior, pues esa providencia estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad del artículo 2° de la Ley 2114 de 2021 por omisión legislativa relativa, por un cargo distinto al que ahora se analizó. En concreto, la censura propuesta en ese momento discutió si la disposición acusada excluía a las parejas adoptantes del mismo sexo, mientras que en esta ocasión los cargos se refieren a que las expresiones señaladas incurren en omisión legislativa relativa, en tanto estarían excluidos de la licencia de maternidad los hombres trans y las personas no binarias.

Enseguida, la Sala Plena analizó si el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021, incurre en una omisión legislativa relativa que desconoce los derechos a la igualdad y a la seguridad social, al incluir las expresiones “trabajadora”, “madre” y “mujer”, y contemplar como titulares de las licencias de maternidad y parentales flexible y compartida a las mujeres, sin considerar explícitamente a hombres trans y a personas no binarias.

Para resolver el problema jurídico de fondo, la Sala describió la protección de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana y su proyección en las vivencias del género. Al respecto, expuso que estas prerrogativas garantizan la facultad individual de desarrollar la identidad de forma libre y autónoma, esto es, que el Estado y los particulares deben abstenerse de llevar a cabo cualquier acción que interfiera o dirija la definición personal, privada y libre de dicha identidad. Además, consideró la prohibición de discriminación basada en las vivencias del género. En efecto, las diferencias de trato que estén fundadas en aquella y en la definición del proyecto de vida o su expresión pública, y que anulen o menoscaben el reconocimiento, goce o ejercicio

de otros derechos fundamentales, son, en principio, contrarias a la Constitución.

Adicionalmente, indicó que como consecuencia de la discriminación estructural y de la invisibilización de los hombres trans y de las personas no binarias, se les ha considerado como sujetos de especial protección constitucional. Por esta razón son titulares de una protección cualificada que implica, por lo menos, el deber estatal de erradicar las leyes y prácticas discriminatorias que afecten «de *jure* o de *facto*» el desarrollo autónomo de su identidad y asegurar que sean titulares de los mismos derechos reconocidos a poblaciones mayoritarias y que puedan ejercerlos en igualdad de condiciones, con independencia de su identidad de género.

En segundo lugar, la Corte explicó los fundamentos constitucionales de las licencias en la época del parto y los aspectos relacionados con su finalidad respecto a la protección de (i) los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes, y de la familia, como institución básica de la sociedad, y de (ii) la mujer durante y después del embarazo y la maternidad. Sostuvo que tales prestaciones, que han constituido una importante acción afirmativa en el reconocimiento de derechos de seguridad social para las mujeres, deben entenderse en forma armónica con el principio de igualdad y con la prohibición de discriminación. En particular, la Corte desarrolló el derecho de los niños, niñas y adolescentes a no ser discriminados por la identidad de sus padres y la forma en que el interés superior y la prevalencia de sus derechos se materializa a través de la licencia remunerada para sus progenitores. Por su parte, concluyó que, a partir de una interpretación evolutiva y sistemática, guiada por el principio *pro persona*, **las disposiciones de rango superior que brindan protección a la maternidad y a la mujer por el embarazo y el parto, también son aplicables cuando hombres trans y personas no binarias experimenten procesos de gestación.**

A partir de las consideraciones precedentes, la Corte determinó que se configuró la omisión legislativa relativa alegada por los demandantes, pues se incumplió, sin justificación, el deber de realizar los fines de las licencias de maternidad y parentales compartida y flexible, desconociéndose el principio de igualdad y el derecho a la seguridad social, al regularse tales prestaciones sin incluir a hombres trans y a personas no binarias, quienes tienen capacidad de gestar y voluntariamente pueden ejercer ese derecho. También se presentaba un déficit de protección para los niños y niñas nacidos de personas trans y no binarias, así como se desconocía el derecho a la seguridad social de dicho grupo.

En particular, porque, pese a experimentar procesos de gestación, al no identificarse como mujeres resultaban excluidos de las prestaciones referidas. Tal situación, implica un tratamiento discriminatorio por la identidad, que desconoce la obligación de garantizar las prestaciones del sistema de seguridad social sin distinción injustificada y de conformidad con el principio de universalidad.

Con base en los precedentes en que la jurisprudencia ha resuelto la inconstitucionalidad derivada de una omisión legislativa relativa, la Corporación profirió una sentencia integradora aditiva y declaró la exequibilidad de las expresiones analizadas, en el entendido de que las licencias de maternidad en la época del parto también son aplicables a hombres trans y a personas no binarias, en los términos señalados en la providencia.

#### **4. Salvamentos y reservas de aclaración de voto**

La magistrada **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** salvó su voto y la magistrada **DIANA FAJARDO RIVERA** lo salvó parcialmente. La magistrada **NATALIA ÁNGEL CABO** y los magistrados **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR** y **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** reservaron la posibilidad de aclarar su voto.

**La magistrada Pardo Schlesinger salvó su voto** al considerar que la normativa demandada concedía el derecho con base en el concepto de "sexo" y no con base en el concepto de género o de orientación sexual. Esto en sí mismo no implicaba una discriminación pues, con base en este criterio, en cualquier caso la persona embarazada cuando diera a luz tendría derecho a la licencia, sin ninguna discriminación. En tal virtud, no compartió el condicionamiento añadido a la disposición.

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

Lo anterior, a juicio de la magistrada Pardo, es especialmente importante en relación con aquellos derechos que han sido conquistas históricas de las mujeres en su lucha por su igualdad, libertad y dignidad, consagrados en la Convención de la CEDAW y en otros convenios internacionales que forman

parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Pretender asignar estos derechos con fundamento en orientaciones de género distorsiona su titularidad y oculta estos logros.

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

Por su parte, la magistrada **Fajardo Rivera salvó parcialmente el voto**. Consideró que, previo a condicionar las expresiones “madre”, “mujer” y “trabajadora”, para entender allí incluidas a las personas no binarias y a los hombres trans gestantes, la mayoría debió precisar su alcance e integrar normativamente la totalidad del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

Explicó la Magistrada que el análisis efectuado por la mayoría de la Sala la llevó a replicar el modelo heteronormativo, a partir de una visión esencialista de la maternidad biológica, sin advertir que el condicionamiento, como se adoptó, desconoce la propia diversidad familiar y la orientación sexual, de tal manera que aquel se torna infra inclusivo.

La magistrada Fajardo señaló que si, como lo ha admitido la jurisprudencia constitucional, la proyección de las vivencias de la identidad constituye una dimensión del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, ese autorreconocimiento y el tránsito de género debe ser visto y entendido en perspectiva del disfrute de derechos, por ello, a su juicio, lo propio era adecuar la disposición para entender que las personas gestantes (hombres trans y no binarios) disponían de un banco de semanas, unas para la propia recuperación física tras el parto, y otras que podían redistribuirse y reorganizarse atendiendo sus configuraciones familiares.

Esa perspectiva de igualdad material, en criterio de la Magistrada, era la más adecuada para compatibilizar los derechos, sin reproducir una disposición claramente sexo-genérica, además, se adecuaba de mejor forma al precedente de la Sentencia C-415 de 2022 en la que se reconoció que las licencias parentales asignan responsabilidades familiares, remuneran y distribuyen el cuidado basadas en un modelo de familia que excluye otras configuraciones y que corresponde al Legislador la regulación en la que además se evite la especialización del trabajo de cuidado (que ocurre principalmente en las mujeres).

Indicó la magistrada que ante una norma con estructura compleja, la mayoría de la Sala debió adoptar una interpretación que descartara antinomias en el texto y, optar por un mecanismo que permitiera profundizar los roles de género igualitarios, que procuran además de mejor manera el disfrute de los derechos del recién nacido.



**DIANA FAJARDO RIVERA**

Presidenta

Corte Constitucional de Colombia