COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/324/23

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/324/23
Expediente	D-15103
Fecha	2023-08-24
Sala	Sala declarará
Magistrado ponente	Juan Carlos Cortés González
Partes	el artículo 236 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2

Temas que titula la Corte Constitucional

- Hombres Trans Y Personas No Binarias
- Derecho A La Seguridad Social De Hombres Trans Y Personas No Binarias
- Cosa Juzgada Constitucional Formal Relativa
- Omision Legislativa Absoluta Y Relativa
- Accion De Inconstitucionalidad Por Omision Legislativa Relativa
- Omision Legislativa Relativa

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La Corte resolvió: 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 los hombres trans y personas no binarias, en los términos señalados en esta sentencia. Notifíquese, comuníquese y cúmplase. DIANA FAJARDO RIVERA Presidenta Con salvamento parcial de voto NATALIA…

Texto completo

C-324-23 HOMBRES TRANS Y PERSONAS NO BINARIAS- Derecho a disfrutar de la licencia en época del parto (...) la superación de la discriminación normativa generada por dicha omisión consistirá en extender a los hombres trans y personas no binarias la protección del rol parental que garantiza la norma mediante la licencia en la época del parto. En consecuencia, de acuerdo con los remedios constitucionales que, por regla general, la jurisprudencia constitucional ha adoptado ante la configuración de una omisión legislativa relativa, la Sala declarará la exequibilidad condicionada de las expresiones «mujer», «trabajadora» y «madre» contenidas en el artículo 236 del CST, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021, en el entendido de que las licencias en la época del parto también son aplicables a los hombres trans y personas no binarias.

HOMBRES TRANS Y PERSONAS NO BINARIAS- Excluir a esta población de la licencia en época del parto genera una desigualdad negativa (...) la exclusión de los hombres trans y personas no binarias respecto de la licencia en la época del parto genera desigualdades negativas representadas en (a) la invisibilización de este grupo social y (b) la desprotección de las personas gestantes y adoptantes que no se autoreconocen con dicho género, los niños y niñas y las

familias diversas. En efecto, al no extenderse la titularidad de esta prestación a las personas que ejercen su rol parental pero no se reconocen como mujer, se perpetúa en su contra un patrón de invisibilización.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE HOMBRES TRANS Y PERSONAS NO BINARIAS- Protección (...) según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc. En este sentido la Corporación ha enfatizado en que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que «no es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad»

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL FORMAL RELATIVA- Configuración COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL- Procedencia excepcional de pronunciamiento de fondo sobre norma declarada exequible COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL- Aparente, formal y material, absoluta y relativa OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA Y RELATIVA- Distinción ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Control jurisdiccional OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Elementos que la configuran La jurisprudencia constitucional ha señalado que una omisión legislativa relativa se configura cuando: (i) Exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que «(a) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o, en su defecto, (b) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo». (ii) Exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al Congreso que resulta omitido, pues se constata que este (a) excluyó un caso equivalente o asimilable o (b) dejó de incluir un elemento o ingrediente normativo. Ciertamente, como lo resaltó la Sentencia C-083 de 2018, solo se configura tal figura cuando el Legislador incumple una concreta «obligación de hacer» prevista en la Constitución. (iii) La exclusión tácita o expresa de los casos o ingredientes carezca de una razón suficiente. Esto último supone verificar si el Legislador «contó con una razón suficiente para omitir algún elemento al momento de proferir la norma». En este estadio del análisis, la Corte debe definir si la omisión es producto de un ejercicio caprichoso o si, por el contrario, existen argumentos claros y precisos para obviar el aspecto que los demandantes echan de menos. (iv) La falta de justificación y objetividad de la exclusión genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma.

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA POR VIOLACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD- Criterios para determinar la transgresión constitucional OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Configuración OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Existencia conlleva a sentencia integradora PERSONAS TRANSGENERO- Definición DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD DE GENERO- Alcance y contenido El derecho fundamental a la identidad de género no está consagrado expresamente en la Constitución. Sin embargo, para la jurisprudencia de esta Corporación, su protección está fundada en la dignidad humana y en los derechos a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la personalidad jurídica. En ese sentido, aquella responde únicamente a la vivencia y a la autodeterminación de las personas y, por ende, el respeto de sus diversas manifestaciones tiene sustento en el reconocimiento de la dignidad humana DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD DE GENERO- Ámbito de protección El ámbito de protección en este escenario consta, al menos, de tres posiciones jurídicas o garantías iusfundamentales: (a) la facultad de desarrollar la identidad de forma libre y autónoma, (b) el derecho a la expresión de dicha identidad y (c) la prohibición de discriminación basada en la misma.

PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA- Definiciones PROTECCION DE LAS MANIFESTACIONES DE LA IDENTIDAD DE GENERO- Desarrollo jurisprudencial LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD- Garantía a las identidades de género diversas DERECHO A LA NO DISCRIMINACION POR RAZON DE ORIENTACION SEXUAL DIVERSA- Reiteración de jurisprudencia LICENCIA PARENTAL- Alcance/ LICENCIA PARENTAL-

Finalidad Las licencias parentales, también conocidas como licencias de responsabilidades familiares, regulan que las personas encargadas de otros cuenten con prestaciones económicas durante un determinado periodo, sin que además se vean obligadas a acudir al empleo. Son el resultado de reconocer que el cuidado debe ser remunerado y debe redistribuirse y reorganizarse y tienen por propósito sustituir los ingresos que las personas que asumen los roles parentales dejan de recibir durante ese lapso.

LICENCIA DE MATERNIDAD- Importancia NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR- Protección y prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás FAMILIA DIVERSA- Protección constitucional PRINCIPIO PRO PERSONA- Alcance En virtud de este, el juez debe aplicar siempre la norma o interpretación que resulte más favorable para la protección de los derechos humanos en juego. En ese sentido, debe darse prevalencia a «aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional»

INTERPRETACION SISTEMATICA DE LA CONSTITUCION- Jurisprudencia constitucional REPÚBLICA DE COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL Sala Plena Sentencia C-324 de 2023 Referencia:

expediente D-15103 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 236 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021 Demandantes:

Jhonnatan Espinosa Rodríguez y otros [1] Magistrado ponente: Juan Carlos Cortés González Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023) La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el artículo 241.4 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA I.

ANTECEDENTES 1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Jhonnatan Espinosa Rodríguez y otros demandaron expresiones contenidas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante, CST) .

Los accionantes argumentaron que los apartados acusados contrarían los artículos 13, 43, 48 y 53 de la Constitución, así como los artículos 2°, 7° y 25 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH); el artículo 3° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

2. Mediante auto del 7 de febrero de 2023, el magistrado sustanciador admitió los tres cargos propuestos en la demanda y ordenó: (a) fijar en lista la norma acusada para garantizar la intervención ciudadana;

y (b) correr traslado a la Procuradora General de la Nación, para lo de su competencia. De acuerdo con los artículos 244 de la Constitución Política y 11 del Decreto 2067 de 1991 , dispuso comunicar el inicio del proceso a los presidentes de la República y del Congreso y al Ministerio del Trabajo.

3. Por último, en virtud del artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, invitó a otras autoridades y organizaciones [2] para que emitieran concepto sobre tres asuntos. Primero, los obstáculos y barreras en el acceso a la licencia en época de parto de los hombres trans y personas no binarias atribuibles al artículo 236 del CST. Segundo, las condiciones de financiación de la licencia en época de parto para los hombres trans y personas con género no binario. Tercero, la identificación y cifras sobre la solicitud, el trámite y reconocimiento de licencias de maternidad para hombres trans y personas con género no binario, así como la relación entre el derecho a la seguridad social y la licencia en época de parto de los

hombres trans y las personas no binarias. Lo anterior, sin perjuicio de que se pronunciaran sobre cualquier otro aspecto que considerasen esencial para la decisión de la Corte.

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA 4. A continuación, se transcribe la disposición acusada y se subrayan los apartados demandados: « CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO […] PRIMERA PARTE DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO […] TITULO 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 ; 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 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 empezarían las licencias de cada uno. d) La licencia parental compartida también se aplicará con respecto a los niños prematuros y adoptivos, teniendo en cuenta el presente artículo.

La licencia parental compartida es aplicable también a los trabajadores del sector público. Para 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 , a no antes de la semana trece (13) de su licencia de maternidad.

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

3. La licencia parental flexible de tiempo parcial será remunerada con base en el salario de quien disfrute de la licencia por el período correspondiente. El pago de la misma estará a cargo del respectivo empleador o EPS. El pago del salario por el tiempo parcial laborado se regirá acorde con la normatividad vigente.

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

Para los efectos de la licencia de la que trata este parágrafo, 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».

III. LA DEMANDA 5. Los cargos presentados y admitidos fueron en relación con (i) la existencia de una omisión legislativa relativa, (ii) el desconocimiento del principio de igualdad y (iii) la violación del derecho a la seguridad social.

A continuación, se presenta en forma sintética la argumentación que les sirvió de sustento. Cargo por desconocimiento del principio de igualdad, como consecuencia de una omisión legislativa relativa 6.

Los demandantes sostuvieron que las expresiones acusadas infringen los artículos 13 y 43 de la Constitución Política, 2° y 7° de la DUDH, 3° del PIDCP y 2.2. del PIDESC. Consideraron que los vocablos «mujer», «trabajadora» y «madre»

contenidos en la disposición censurada no incluyen a los hombres trans ni a las personas de género no binario en estado de embarazo. Esta exclusión impide su acceso a la licencia en época de parto, lo que configura una omisión legislativa relativa.

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

Además, en su sentir, los pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con la licencia prevista en el mencionado artículo 236 la definen como una prestación económica a favor de las madres y mujeres trabajadoras [4] .

8. Esa exclusión reúne los requisitos para configurar una omisión legislativa relativa. Primero, la omisión se predica de una disposición, esto es, el artículo 236 del CST, modificado por la Ley 2114 de 2021, que regula la licencia en época de parto o maternidad. Segundo, la norma que se refiere a la licencia en época de parto no incluye en su ámbito de protección a «los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo, quienes, por encontrarse en una situación similar a la de la ‘mujer’, ‘trabajadora’ o ‘madre’ que dio a luz, son sujetos que han debido estar incluidos en dicha disposición»

[5] . Agregan que estas personas tienen derecho a acceder a la licencia en época de parto «por encontrarse en la posibilidad análoga de atravesar procesos de gestación, parto y parentalidad»

[6] y no pueden disfrutar de la protección a la familia y del recién nacido que brinda la mencionada licencia. Tercero, la exclusión de estas personas gestantes de la posibilidad de acceder a la licencia en época de parto carece de razón suficiente, a pesar de que el orden constitucional prohíbe distinciones que desconozcan la dignidad humana de las personas con identidades de género no hegemónicas. Cuarto, la falta de justificación de la no inclusión de este grupo con capacidad de gestar les genera una desigualdad negativa, en comparación con las trabajadoras, madres y mujeres que están amparadas por la disposición objeto de estudio.

9. Quinto, según los ciudadanos, la no inclusión de estas personas como beneficiarios de la norma acusada es la consecuencia del incumplimiento de tres mandatos constitucionales: (i) aquel que ordena «otorgar el mismo trato, derechos y oportunidades a todas las personas independientemente de su raza, étnica, sexo, orientación sexual, etc.»; (ii) el deber de garantizar la protección en época de parto y a la niñez [7] .

Específicamente, sostienen que aquellas «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», quedando desamparadas; y (iii) la obligación estatal de adoptar medidas para que la igualdad sea real y efectiva, pues se desprotege a las personas «en capacidad de gestar respecto al acceso a los beneficios de la licencia en época de parto»

[8] . Cargo por violación del principio de igualdad 10. Los demandantes propusieron que la exclusión de los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo de la licencia en época de parto o maternidad podría obedecer a una decisión consciente del Legislador y que es discriminatoria y contraria al principio de igualdad. Con este propósito, justificaron el cumplimiento de los elementos del juicio de igualdad. En primer lugar, los sujetos de comparación son, por un lado, las mujeres y, por otro lado, los hombres trans y las personas de género no binario en

estado de embarazo. En segundo lugar, ambos grupos deben tener el mismo trato pues son susceptibles de encontrarse en estado de gestación, parto, lactancia y parentalidad. En tercer lugar, el trato diferenciado no responde a un criterio objetivo, razonable y proporcional, de acuerdo con un juicio de intensidad estricta [9] .

En particular, refieren que la medida analizada no es idónea para alcanzar la finalidad de brindar especial asistencia y protección en la época de parto y amparar a la familia como institución básica de la sociedad.

Cargo por desconocimiento del derecho a la seguridad social 11. Los demandantes explicaron que el derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 48 de la Constitución, se garantiza a través del Sistema General de Seguridad Social. Este a su vez, lo integra el Sistema General de Seguridad Social en Salud [10] que, entre sus coberturas, incluye la licencia en época de parto, de paternidad, y los auxilios económicos o subsidios por incapacidad temporal. El mencionado sistema «es aplicable para todos los seres humanos sin distinción alguna de su raza, sexo, orientación sexual, nacionalidad, ideología, entre otros»

[11] . También contempla el derecho a obtener prestaciones sociales contra la falta de ingresos económicos debido a la maternidad [12] . 12. De acuerdo con lo expuesto, estimaron que la falta de acceso de los hombres trans y personas no binarias a la licencia en época de parto desconoce el derecho a la seguridad social, porque tales individuos deben estar protegidos en esta etapa y, en especial, durante el posparto. Aunado a lo anterior, invocaron el principio 13 de Yogyakarta, que exhorta a los Estados a adoptar medidas para asegurar el acceso a la protección social sin discriminación por identidad de género, sexo o su expresión.

13. Con fundamento en los cargos planteados, solicitaron a la Corte declarar la exequibilidad condicionada de las expresiones «trabajadora», «madre» y «mujer»

del artículo 236 del CST, «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»

[13] . IV. INTERVINIENTES E INVITADOS Interviniente Argumentos Postura Centro de Derechos Reproductivos [14] El Estado debe ajustar su normativa interna para que la licencia en época de parto y de maternidad o paternidad garantice la igualdad y la no discriminación. La CADH y el PIDCP obligan a no introducir en el ordenamiento jurídico interno regulaciones discriminatorias [15] .

Por esta razón, cualquier trato diferenciado que no tenga un objetivo legítimo y afecte en forma desproporcionada e irrazonable a un sector de la población es incompatible con esa obligación [16] . Este deber incluye ajustar la legislación interna que discrimine o perpetúe la discriminación de grupos históricamente excluidos como la población con identidades de género no normativas. La CIDH [17] ha referido la necesidad de que la licencia de maternidad se garantice a los hombres trans y personas de género no binario en condiciones de igualdad.

La Sentencia C-055 de 2022 que despenalizó el aborto hasta la semana 24 de gestación reconoció los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes [18] .

En cumplimiento del exhorto de esa providencia, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 051 de 2023 que reconoce el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo de los hombres transgénero y personas no binarias [19] .

La licencia en época de parto tiene una doble protección pues se extiende a la persona que asume la maternidad o paternidad y a sus descendientes [20] .

Además, es integral porque conjuga unos beneficios dirigidos a garantizar un entorno adecuado para establecer relaciones familiares en condiciones de calidad y dignidad [21] .

Es una compensación económica de los ingresos que se dejarían de percibir durante el período de recuperación y de cuidado [22] . De esta manera, permite cubrir las necesidades básicas de la persona cuidadora y de quien recién nació [23] .

La licencia en época de parto que inicialmente se concibió únicamente para las madres biológicas se ha ampliado para que cubra a las madres adoptantes y a padres adoptantes o biológicos sin cónyuge o compañera permanente [24] .

«Se debe proteger a los hombres trans y a las personas con identidad de género no binario durante el embarazo, el parto y después del parto asegurándoles condiciones dignas durante este periodo a través de la licencia en la época del parto y maternidad o paternidad».

ILEX Acción Jurídica, Red de Mujeres Trans del Pacífico-Red Dorothy y POSÁ SUTO [25] Son insuficientes los datos sobre la población trans y no binaria a causa, por un lado, de la discriminación estructural que se manifiesta en que el Estado no genera datos desagregados de las condiciones de vida y el goce de derechos de las poblaciones con identidades y expresiones de género diversas [26] . Por otro lado, de los sesgos en recolección de datos y a que las preguntas asociadas no sean respondidas para proteger la privacidad y el posicionamiento político de esta población [27] .

Esta población enfrenta una situación de precariedad en el ejercicio de sus actividades económicas, que afecta a su vez la protección de los derechos de quien gesta y de la persona nacida [28] . En concreto, mencionaron las barreras de las personas trans al empleo formal o, en el caso de que accedan a este, sean sometidas a múltiples formas de discriminación como el no reconocimiento de su seguridad social [29] . Aclararon que no hay evaluaciones concretas de la proporción de la población trans y no binaria que «hace parte de los sectores de la informalidad ni las garantías de seguridad social que tienen»

[30] . Exequibilidad condicionada «de las expresiones “trabajadora”, “madre” y “mujer” del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo en los términos solicitados por los accionantes».

Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre de Bogotá [31] A partir de los aportes del feminismo teórico, la teoría queer y los estudios trans, se ha considerado al género como una construcción social mediante la cual se determinan características físicas, comportamientos y reglas estéticas sobre lo que implica ser mujer u hombre [32] .

Este paradigma reconoce la existencia de identidades de género diversas, no heteronormadas y/o de género no binario [33] . Asimismo, reconocen en el derecho la designación de roles de poder y autoridad y la atribución de beneficios y reconocimientos políticos, jurídicos y sociales en función del género [34] .

Es así como introducen la necesidad de que en el campo jurídico se reconozcan y protejan las identidades diversas y garantizar el ejercicio pleno de derechos en condiciones de igualdad a las personas que no corresponden al paradigma androcéntrico y heteronormado de la sexualidad y el género [35] . Describió la evolución de la jurisprudencia constitucional respecto de la identidad de género que recientemente la ha desarrollado en las Sentencias « T-141 de 2015, C-257 de 2016, C-659 de 2016, SU-214 de 2019, T-447 de 2019 y C-519 de 2019»

[36] . Al referirse a la norma acusada, argumentó que aquella excluye de su ámbito de protección a personas que, por su capacidad de gestar, están en condiciones de ejercer la maternidad y, por consiguiente, gozar de la licencia de maternidad como un derecho fundamental reconocido y respaldado por normas constitucionales y por tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia [37] .

Tal exclusión vulnera los derechos a la igualdad, la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad de la población transgénero y de género no binario [38] .

La omisión del Legislador afecta igualmente a los «neonatos que estando en condición de extrema vulnerabilidad se ven privados del cuidado al que tienen derecho y que debe ser garantizado por el Estado y la sociedad»

[39] . Exequibilidad condicionada Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia [40] La demanda reúne los requisitos previstos por la jurisprudencia constitucional para la configuración de una omisión legislativa relativa. En particular, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos le imponen al Estado el deber específico de proteger a todas las personas gestantes en condiciones de igualdad y prohíben distinciones injustificadas por motivos de género [41] . Se han reconocido a las personas con identidades de género disidentes o no hegemónicas como sujetos de especial protección [42] .

La licencia en época de parto tiene el propósito de sustituir los ingresos generados por la persona con capacidad de gestar y que se interrumpen en ese período [43] .

Esta garantía se funda en los principios de igualdad y solidaridad, la protección de la familia y los derechos del recién nacido y de la persona gestante a la vida digna y al mínimo vital [44] .

No está concebida en función de una identidad de género determinada. También refirió experiencias extranjeras que garantizan este derecho con independencia de la identidad de género de la persona gestante, como el Estado de Victoria, en Australia [45] , así como Islandia [46] y Reino Unido [47] .

Exequibilidad condicionada «en el entendido de que el derecho de licencia en época de parto o de maternidad previsto en la ley se haga extensivo también a las personas gestantes como lo son hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo».

Movimiento Nacional por la Salud Sexual y Reproductiva en Colombia [48] La licencia de maternidad es una herramienta para cumplir la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Al limitar la capacidad de gestar a las mujeres, se desconoce la multiplicidad de formas de cuerpos gestantes que se relacionan con sus hijos desde ese proceso. Asimismo, se desprotege la dinámica posparto de los hombres trans y personas no binarias que no pueden acceder a la protección establecida en la ley y no se reconoce la responsabilidad del cuidado de su propio cuerpo y de sus descendientes durante la gestación y el posparto. Esta diferencia de trato restringe el derecho fundamental a la vida del menor de edad, que requiere a alguien que garantice sus necesidades básicas y cuidados durante sus primeros años de vida.

Exequibilidad condicionada Ministerio del Trabajo [49] Se concibe a las mujeres como únicas que ejercen la maternidad, lo cual desconoce otras posibilidades humanas de asumir dicho rol [50] .

Agregó en su intervención que el lenguaje inclusivo o no sexista es una obligación que materializa el enfoque de género [51] y por tal razón, propone el uso de una expresión neutral «persona». Argumentó que el Estado debe atender a las construcciones contemporáneas de familia y a las nuevas identidades donde las categorías de sexo, género, identidad de género y las posiciones no binarias tienen legitimidad y deben garantizarse y protegerse de manera especial [52] .

Exequibilidad condicionada para que las expresiones acusadas, de acuerdo con un lenguaje inclusivo y protección igualitaria, se sustituyan por la expresión persona gestante Invitado Argumentos Postura Ministerio de Hacienda y Crédito Público [53] La pretensión de los accionantes «no implica un costo fiscal o económico adicional para el Sistema General de Seguridad Social Integral»

[54] . Lo anterior, por cuanto la licencia no se extenderá a personas diferentes a aquella gestante [55] . No emitió pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma.

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) [56] Se cumplen los presupuestos de la omisión legislativa relativa porque: (i) se predica del art. 236 del CST;

(ii) la lectura literal de las expresiones acusadas no incluye a hombres trans y personas con género no binario con capacidad de gestar, en estado de embarazo, de tal modo que no pueden acceder a la licencia. Lo anterior, no obstante que estas personas «tienen la capacidad de llevar a término un embarazo y ejercer las labores de cuidado del neonato»

[57] ; (iii) la exclusión es injustificada debido a que las iniciativas legislativas relacionadas con la licencia en época de parto operan con una diferenciación basada en el sexo y la razón de ser de esta prestación se asocia a brindar protección a la madre trabajadora por ser quien gesta; (iv) el trato normativo genera una desigualdad negativa debido a que la diferenciación se presenta «únicamente porque al momento de la configuración legislativa se pensaba que las únicas personas con capacidad de gestar y llevar a cabo el parto eran las 'madres biológicas'»

[58] . Esta «omisión crea y reproduce las desigualdades negativas en el plano fáctico» [59] ; (v) incumple un deber impuesto por el Constituyente, específicamente, el principio de igualdad y no discriminación establecido en el artículo 13 de la Constitución y los artículos 2.2 del PIDESC, 2.1 del PIDCP y el artículo 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica [60] .

Exequibilidad condicionada « en el entendido que la garantía de la licencia de maternidad prevista en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, se extiende también a hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo».

Temblores ONG [61] El lenguaje materializa prácticas de exclusión y discriminación, por lo cual es importante el uso de lenguajes incluyentes y libres de violencias [62] .

Citó una investigación [63] que mostró una asociación del imaginario colectivo de la palabra «trans» con experiencias transfemeninas y la «invisibilización de las transmasculinidades»

[64] . Argumentó que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional [65] , la posibilidad de las transmasculinidades y personas no binarias de denominarse como tales está estrechamente ligada a su derecho a la identidad de género [66] .

En las expresiones demandadas del artículo 236 del CST «se deja por fuera a todas aquellas personas de género masculino o de género distinto al femenino, ignorando entonces la situación de las personas transmasculinas o de género no binario asignado femenino al nacer que llevan a cabo procesos de gestación»

[67] . La propia jurisprudencia constitucional ha establecido que la identidad de género es un criterio sospechoso de discriminación y que las personas trans tienen derecho a desarrollar su vivencia de género sin interferencias y a recibir un trato acorde con su identidad [68] .

Las personas trans y no binarias son titulares de los mismos derechos de los que gozan las personas cisgénero [69] . De acuerdo con los principios de Yogyakarta y el criterio de la CIDH, es importante que el Estado adopte medidas legislativas y administrativas que aseguren el acceso a la seguridad social sin discriminación y el goce de la licencia en época de parto de las personas trans gestantes [70] . Refirieron las experiencias de Francia, España, Suecia y Chile que consagran la licencia en su legislación en términos neutrales al género [71] .

Adicionalmente, expuso que la jurisprudencia constitucional ha reconocido progresivamente los derechos a la seguridad social (salud y pensión) y derechos civiles a la población LGBTI.

En concreto, se ha pronunciado sobre la afiliación al sistema de seguridad social [72] , la pensión de sobrevivientes [73] y el matrimonio civil [74] .

A su juicio, los pronunciamientos de la Corte se fundamentan en la protección cualificada de la que son titulares las personas LGBTI y por la cual es procedente que las personas transmasculinas y las personas no binarias asignadas femenino al nacer sean beneficiarias de la licencia en época de parto.

Exequibilidad condicionada «de las expresiones “mujer”, “madre” y “trabajadora” en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal forma que se amplíe su campo de aplicación a las personas transmasculinas y no binarias asignadas femenino al nacer».

Corporación Colectivo de Abogados y Abogadas «José Alvear Restrepo» (CAJAR) [75] Existe una omisión legislativa relativa que afecta los derechos a la igualdad y a la seguridad social de los hombres transgénero e identidades no binarias [76] . La garantía del derecho al reconocimiento de la identidad de género es un presupuesto para el análisis de la norma [77] .

Los hombres trans y personas de género no binario pueden transitar por la experiencia de la gestación y el parto [78] y homogenizarla bajo las categorías de «mujer», «trabajadora» o «madre» desconoce el derecho al mencionado reconocimiento [79] .

Esto a su vez «garantiza la materialización de la justicia reproductiva como una forma de justicia de género» [80] . No existe cosa juzgada constitucional en relación con la Sentencia C-415 de 2022 pues esta evaluó un cargo por violación de igualdad en un supuesto distinto al actual: el derecho de las parejas del mismo sexo [81] .

Exequibilidad condicionada «en el entendido de incorporar como beneficiarios y beneficiares de la licencia para época de parto a los hombres trans y personas de género no binario»

Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider) [82] La experiencia de vida trans no necesariamente implica «la pérdida de la capacidad de gestación o de lactancia»

[83] . Aún existe un vacío en la legislación de otros países [84] sobre la licencia de maternidad a favor de padres y madres trans, pues se asume que «las únicas personas gestantes son mujeres»

[85] . Aunque en la práctica puedan obtener el reconocimiento de esta prestación, para el efecto se ven obligados a identificarse como «mujeres» y «madres»

[86] . E l Estado tiene la responsabilidad de velar por los derechos a la salud sexual y reproductiva que incluye el embarazo, el parto, el posparto y la lactancia [87] .

La «licencia de parentalidad» tiene una importancia indiscutible [88] y guarda relación directa con la posibilidad de garantizar los derechos tanto de la persona gestante como de la persona recién nacida [89] . La licencia parental en el período posparto y de lactancia reduce el riesgo del estrés asociado a la separación de la persona que dio a luz y la recién nacida [90] y permite atender las incomodidades y afecciones físicas que ocurren en ese período (dolor, congestión mamaria, sangrado vaginal, fatiga, problemas urinarios e intestinales, infecciones en zona genital o en el área de la herida en casos de cesárea, descompensación hormonal transitoria, depresión, entre otras) [91] .

Asimismo, permite la interacción entre un o una bebé y sus cuidadores de tal manera que se desarrolle un apego seguro y se eviten dificultades en la regulación emocional [92] .

La licencia parental favorece la lactancia porque brinda el tiempo suficiente para lograr este proceso y recibir el estímulo adecuado para este [93] .

Exequibilidad condicionada Colombia Diversa [94] A la luz de la CADH [95] y la jurisprudencia de la Corte IDH [96] , es inadmisible que los Estados adopten normas que generen un tratamiento diferenciado para el acceso a derechos de los hombres trans y personas con género no binario con capacidad de gestar. El monto de la prestación reconocida no depende del género o de la edad de quien la solicita [97] . Es una prestación económica asegurada y, de haber impacto fiscal, le corresponderá al Ministerio de Hacienda demostrarlo [98] . La ausencia de recopilación de datos de las

personas trans y no binarias y su acceso a los beneficios de la seguridad social perpetúa su invisibilización y la censura a sus derechos [99] .

Por lo anterior, consideró que el Ministerio de Salud y otras entidades a cargo del reconocimiento de beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico deben crear y aplicar un sistema de información estadística que recoja datos de los hombres trans y personas con género no binarias con capacidad de gestar [100] .

Exequibilidad condicionada «bajo el entendido de que los hombres trans y personas con género no binario tienen capacidad de gestar y por ende de acceder a los beneficios establecidos para la época de parto»

Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Universidad de los Andes [101] Según la CIDH y el Experto Independiente sobre la Protección contra la Violencia y la Discriminación por Motivos de Orientación Sexual o Identidad de Género de las Naciones Unidas, «la violencia que sufre la población trans proviene del rechazo a las expresiones de género que cuestionan lo binario»

[102] . Además, el derecho a la igualdad y no discriminación protege también las categorías de orientación sexual y expresión e identidad de género y la Corte IDH ha enfatizado la necesidad de proteger a las personas LGTBIQ+ y a otros grupos vulnerables bajo dicho principio [103] .

La Corte Constitucional ha garantizado los derechos de la población transgénero con sustento en el principio de igualdad y no discriminación. Así, citó pronunciamientos sobre la prohibición de tratos discriminatorios en instituciones educativas [104] , el servicio militar obligatorio para las mujeres trans [105] y el acceso a la pensión de vejez [106] .

L os hombres transgénero son objeto de un doble sesgo por el posicionamiento de lo femenino en un plano inferior a lo masculino y de lo trans como subordinado a las identidades cisgénero [107] .

En cuanto a las personas de género no binario, enfrentan el desconocimiento por la falta de material educativo para el público sobre las diversidades de género. A esto se suma las barreras y exclusión en el ámbito laboral que obedecen a la imposibilidad de obtener documentos de identidad que correspondan con su expresión de género y la mayor propensión al acoso e intimidación en el trabajo, entre otros [108] .

Estas barreras repercuten en dificultades adicionales para acceder a la seguridad social. La norma demandada es una barrera para la población trans porque refuerza las concepciones tradicionales del género binario y desconoce las experiencias de las identidades de género [109] . Esto se evidencia en las expresiones demandadas como únicas categorías relacionadas con el embarazo [110] .

Por último, además de la solicitud de condicionamiento de las expresiones acusadas, pidió a la Corte que ordene al Ministerio del Trabajo y las secretarías correspondientes en el orden territorial la adopción de lineamientos y guías educativas para las empresas sobre «información educativa y protocolos de atención a las personas transgénero y con expresiones diversas de género»

[111] . Además, lineamientos en el sistema de salud para que su atención en la época de parto se brinde de manera inclusiva y elimine las barreras estructurales que se dan en la prestación del servicio [112] .

Exequibilidad condicionada Vicepresidencia de la República [113] La norma demandada desconoce de manera explícita los derechos «de otras poblaciones (hombres Trans, Transmasculinidades, personas No Binarias Asignadas Femenino al nacer) que, pese a no identificarse con el género femenino, también tienen la capacidad de gestar, atravesar el trabajo de parto y los cuidados posparto»

[114] . Por lo tanto, deberían beneficiarse de la licencia en época de parto como lo hacen las mujeres cisgénero. La licencia de «maternidad tiene la finalidad principal de proteger a las mujeres en estado de gravidez durante la época del

embarazo y luego del parto –protección que se extiende, en lo pertinente, a los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente–; así como la de asegurar la protección de la niñez»

[115] . Añadió que, pese a que el sistema general de seguridad social en salud tiene una serie de coberturas como la referida licencia, hay una brecha de desigualdad que agrava las condiciones de vida de los hombres trans, las transmasculinidades y las personas no binarias. Estas prestaciones hacen parte del derecho a la seguridad social, que es un derecho fundamental irrenunciable de todas las personas sin distinción de raza, sexo, orientación sexual, identidad de género. En consecuencia, la licencia con ocasión del parto dirigida exclusivamente a la maternidad o hacia las mujeres desconoce este ámbito de la seguridad social de los mencionados grupos.

Exequibilidad condicionada Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral - ACEMI [116] La norma acusada reconoce la licencia de maternidad a «las personas de sexo femenino»

[117] , mientras los hombres trans y las personas de género no binario no pueden acceder a esta prestación porque «tienen un género distinto al femenino»

[118] . Lo anterior, pese a que en los tres casos referidos se trata de gestantes que comparten necesidades semejantes en la época posterior al parto. Explicó que las EPS deben reconocer y pagar la licencia de maternidad a los afiliados cotizantes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con las disposiciones legales y los requisitos que estas prevean.

Posteriormente, las EPS recobran a la ADRES los valores pagados por dicho concepto. Es decir, las EPS actualmente deben verificar el género del afiliado para efectos de reconocer la licencia de maternidad y, si la otorgan a una persona de género diferente, la ADRES glosa su pago. Indicó que todo lo anterior conduce a que los hombres trans o las personas de género no binario deban obtener mediante órdenes de tutela el reconocimiento de la licencia de maternidad. En el presente caso se reúnen todos los presupuestos de la omisión legislativa relativa. De igual manera, expuso que las expresiones demandadas violan el principio de igualdad, pues no superan un juicio estricto de igualdad, que es el aplicable al presente asunto por tratarse de una distinción basada en un criterio sospechoso de discriminación.

Exequibilidad condicionada «en el entendido de que el beneficio de licencia en época de parto o de maternidad previsto en dicho artículo se hace extensivo también a los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo»

Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá [119] La disposición demandada concede la licencia en época de parto a partir de una concepción binaria de la familia tradicional y descarta que a ella puedan acceder las personas con identidad de género diversa [120] .

No hay razón que justifique que los hombres trans y personas de género no binario en estado de embarazo estén excluidos de la licencia prevista en la disposición demandada [121] .

Esta interpretación discriminatoria para el reconocimiento de la licencia desconoce los derechos de la niñez. La identidad de género de las personas es una categoría protegida por la CADH. Por ello, está proscrito cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en ella. La diferencia de trato es discriminatoria cuando no tiene una justificación objetiva y razonable. De manera similar, los Comités de Derechos Humanos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han identificado la identidad de género como una de las categorías de discriminación prohibidas por los artículos 2.1 del PIDCP y 2.2 del PIDESC bajo el término «otra condición social». Asimismo, los Principios de Yogyakarta contemplan el deber de los Estados de adoptar medidas legislativas y de otra índole para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de identidad de género en las esferas pública y privada (principio 2) y para asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de identidad de género, a la seguridad social a otras medidas de protección social, lo que incluye la licencia de maternidad o paternidad (principio 13).

Además, explicó que la jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho fundamental a la identidad de género [122] . Al respecto, ha indicado que su estatus de garantía iusfundamental deriva del principio de dignidad humana y los derechos a la igualdad, intimidad, libre desarrollo de la personalidad y de que forma parte del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos.

Refirió que la CIDH recomendó a los Estados que ajusten su normativa sobre la licencia de maternidad y/o paternidad con goce de sueldo o prestaciones sociales comparables [123] .

Por otro lado, destacó la jurisprudencia constitucional [124] que reconoce en las licencias de maternidad y paternidad un propósito de protección de los niños, niñas y adolescentes. En particular, son una concreción del principio del interés superior del menor de edad y de sus derechos al amor y al cuidado. Agregó que estas licencias remuneradas son «determinantes para crear vínculos familiares y para que la pareja, grupo familiar o persona gestante, realice las tareas de cuidado y atención del niño-niña (sic) y lo asistan en un momento de especial vulnerabilidad»

[125] . Exequibilidad condicionada y que los beneficios de la prestación allí consagrada se extiendan a los hombres trans, personas de género no binario y a cualquier persona en capacidad de gestar que se encuentre en estado de embarazo Grupo de estudio de Sexualidad Diversa de la Universidad EAFIT y la Corporación FAUDS (Familiares y Amigos Unidos por la Diversidad Sexual y de Género) [126] La norma demandada tiene su origen en el Convenio 003 de 1919 de la OIT cuyas destinatarias son únicamente las mujeres y que, al momento de su adopción, no existía el reconocimiento de las personas trans y no binarias como sujetos protegidos de trato discriminatorio. Además, los Convenios 103 y 183 de la OIT también estipulan el derecho al descanso con ocasión de la maternidad. Añadieron que la licencia de maternidad es una de las prestaciones que hace parte del derecho a la seguridad social.

La paternidad y maternidad tienen una relación directa con la garantía de los principios de interés superior del menor de edad, unidad familiar e igualdad [127] . La Sentencia C-415 de 2022 señaló que las familias diversas no encajan en las categorías binarias inmiscuidas en las licencias parentales otorgadas a las parejas homoparentales. A su juicio, los menores de edad no deben verse afectados por decisiones legislativas que excluyan a sus familias del reparto del tiempo para cuidarlos y conformar lazos estrechos. En este sentido, además de comportar la discriminación de hombres trans y de personas con género no binario, somete a los menores de edad a una situación acentuada de vulnerabilidad.

En particular, refirieron que en los primeros meses de vida « se establece el primer vínculo, la primera forma de relación, y nacen las bases para el establecimiento de la salud mental del niño»

[128] . Impedir el acceso a la licencia en la época de parto obstaculiza los cuidados pertinentes en esta etapa de la vida y priva de ingresos económicos que se amparan en el período de licencia.

Por estas razones, consideraron que el artículo 236 del CST debe interpretarse sin discriminación alguna para las diversas formas de constituir una familia, a partir de lo dispuesto en los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución. Si un hombre trans o una persona con género no binario con capacidad de gestar cumple todos los requisitos previstos para el reconocimiento y pago de la licencia en época del parto, no habría un motivo válido para negarla, especialmente si aquella está prevista únicamente en que no son mujeres. Por último, se cumplen todos los presupuestos para configurarse la omisión legislativa relativa.

Exequibilidad condicionada «bajo el entendido que la misma también es aplicable a los hombres trans y personas no binarias, a los que [se les asignó] al nacer el sexo biológico hembra»

Ministerio de Salud y Protección Social [129] La licencia de maternidad tiene fundamento en la protección a la mujer durante el embarazo y después del parto (artículo 43 de la Constitución) y en la protección integral a la niñez (artículos 42, 43, 44 y 45 superiores). El numeral 3° del artículo 236 del CST señala los siguientes requisitos: (a) el estado de

embarazo, (b) la indicación del día probable del parto y (c) la indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto. En este sentido, sostuvo que las normas que regulan esta prestación no excluyen a los hombres trans o personas de género diverso en capacidad de gestar. De esta forma, no advierte que la norma consagre una discriminación de los hombres trans y personas con género no binario ni una omisión legislativa relativa. Sin embargo, manifestó que, al atender los derechos a la identidad y expresión de género, la mención a las personas gestantes o personas con capacidad de gestar es adecuada, en la medida en que la licencia de maternidad debe concederse a toda persona capaz de quedar en embarazo, con independencia de su identidad de género.

Exequibilidad condicionada « en el entendido que dicha norma se hace extensiva a “mujer, persona gestante o persona con capacidad de gestar”, en los apartados demandados, comprendiendo como persona gestante a toda aquella persona con capacidad biológica de quedar en embarazo y atravesar el proceso de gestación, lo que abarca, hombres transgénero, transmasculinidades y personas no binarias con capacidad de gestar, sin excluir otras identidades de género con las cuales la persona se autoreconozca como una medida de protección del derecho fundamental a la identidad de género»

V. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN 14. Solicitó declarar la exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas «en el entendido de que hacen referencia a todas las personas con capacidad de gestación, incluidos los hombres trans o los individuos de género no binario»

[130] . Luego de reiterar las reglas acerca de la omisión legislativa relativa [131] , manifestó que en la demanda bajo examen concurren los requisitos de este tipo de cargos. La omisión se predica del artículo 236 del CST, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021. Las expresiones acusadas que hacen parte de esa disposición no operan a favor de «todos los sujetos con capacidad de gestación»

[132] , pues solo ampara a las personas que se identifican como mujeres. La Sentencia C-415 de 2022 reconoció que la regulación prevista en el artículo 236 «distingue la concesión de las prestaciones a partir de un criterio binario». Esta exclusión infringe el deber previsto en los artículos 13, 43 y 48 superiores de garantizar el derecho a la seguridad social a «todos los habitantes» del territorio nacional y de otorgarles «especial asistencia y protección del Estado» a las personas «después del parto», «sin ninguna discriminación por razones de sexo»

[133] . 15. Añadió que la prohibición de discriminación por razones de sexo también proscribe la consideración de la identidad sexual y de género como fundamento para establecer tratos diferenciados [134] .

En este caso, refirió un tratamiento normativo diferente para el goce de la licencia en la época del parto a las personas con capacidad de gestación con identidad de género diversa, que carece de razón suficiente porque infringe (a) el derecho fundamental innominado a la identidad de género y (b) los mandatos superiores que brindan especial protección a las personas recién nacidas (artículos 42, 43, 44 y 50 de la Constitución). Sobre esto último destacó la finalidad que tiene la licencia en cuanto hacer posible el cuidado y expresar el amor como derechos de los menores de edad [135] .

La norma demandada genera una desigualdad negativa para los hombres trans e individuos de género no binario porque estos cuentan con capacidad de gestación al igual que las mujeres, pero las expresiones utilizadas para determinar los sujetos beneficiarios de la prestación no los amparan.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Competencia 16. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241.4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de una acusación de inconstitucionalidad contra varias expresiones contenidas en un precepto que forma parte de una ley de la República.

Cuestión previa: sobre la cosa juzgada constitucional respecto del artículo 2° de la Ley 2114 de 2021 17. De acuerdo con el artículo 243 de la Carta, los fallos proferidos por esta Corporación en ejercicio del control de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Asimismo, el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991 dispone que, en esos casos, las normas respecto de las cuales la Corte ya hubiere emitido una sentencia de mérito, no pueden ser objeto de un nuevo juicio de constitucionalidad, en tanto se propende por «la estabilidad de las sentencias judiciales, la certeza respecto de sus efectos, y la seguridad jurídica»

[136] . 18. No obstante, esta regla no impide que una misma norma legal pueda ser objeto de nuevas demandas, de suerte que esta Corporación deba pronunciarse de fondo sobre su constitucionalidad, cuando, por ejemplo, la sentencia anterior, proferida en ejercicio del control de constitucionalidad por vía de acción, hubiese analizado cargos distintos a los que se presentan en la nueva demanda. Si bien la Corte puede, como lo reconoce de manera explícita el inciso segundo del artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, fundar su decisión de declarar la inconstitucionalidad de la norma demandada en la violación de cualquier norma superior, incluso si esta última no se hubiese invocado en el proceso, en numerosas ocasiones la decisión de la Corte suele limitarse al análisis de los cargos planteados en la demanda [137] .

19. Esta Corporación ha delimitado el alcance de sus pronunciamientos de cara al fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Por ello, ha hecho una caracterización de sus diversas hipótesis, a saber: (a) la cosa juzgada constitucional formal, cuando el nuevo estudio solicitado recae sobre una norma respecto de la cual existe una decisión de constitucionalidad anterior; (b) la cosa juzgada constitucional material, si la demanda recae en una disposición normativa formalmente distinta, pero cuyo contenido es igual al de otra previamente analizada; (c) la cosa juzgada constitucional absoluta , en el evento en que el examen anterior se realizó respecto de la integridad de la Carta Política, agotando todo el debate sobre la constitucionalidad de la norma acusada y haciendo inviable un nuevo estudio o es declarada inexequible; (d) la cosa juzgada constitucional relativa, si tratándose de una misma norma, se constata que el control constitucional previamente realizado, se llevó a cabo en razón de unos cargos concretos y determinados, siendo procedente una nueva decisión con fundamento en acusaciones distintas; y (e) la cosa juzgada constitucional aparente , cuando en la parte resolutiva de la sentencia se declara la constitucionalidad de una norma, sin que en la parte motiva exista una razón o análisis respecto de la misma [138] .

20. Asimismo, ha precisado que para la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional, deben concurrir las siguientes tres condiciones: (i) la norma demandada debe guardar identidad con el contenido normativo de aquella que fue objeto del examen de constitucionalidad en una decisión previa; (ii) los cargos de inconstitucionalidad contenidos en la nueva acusación deben ser materialmente similares a los propuestos y analizados con anterioridad por la Corte; y (iii) debe tratarse del mismo parámetro de validez constitucional, es decir, no debe existir un nuevo contexto de valoración o razones nuevas y significativas que excepcionalmente hagan procedente la revisión [139] .

21. La Sentencia C-415 de 2022 analizó la constitucionalidad del artículo 236 del CST, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021. Esa providencia resolvió una demanda que cuestionaba el precepto acusado por considerar que fijaba las reglas de las licencias de maternidad, paternidad y las parentales compartida y flexible, de madres o padres biológicos o adoptantes individualmente considerados o de parejas heterosexuales. Sin embargo, no regulaba el derecho de las parejas del mismo sexo adoptantes [140] . Por lo anterior, sostuvo que el Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa.

22. Dicha providencia formuló el siguiente problema jurídico: «¿Incurrió el Legislador en una omisión legislativa relativa, al no incorporar a las parejas adoptantes del mismo sexo como beneficiarias expresas en el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 que prevé las licencias de maternidad, de paternidad, parental compartida y parental flexible, así como las reglas específicas de adjudicación y además vulneró el deber especial de protección a la niñez?»

[141] . 23. La Sala encuentra que la decisión mencionada estudió todo el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021 y las expresiones ahora demandadas. Es decir, podría configurarse la cosa juzgada constitucional formal. No obstante, evidencia que se trata de un efecto de cosa juzgada formal relativa, que no impide un nuevo pronunciamiento respecto de cargos distintos a los estudiados anteriormente.

24. Los cargos formulados en el presente proceso son diferentes a los planteados y estudiados en la Sentencia C-415 de 2022. Si bien en ambos casos se discute la configuración de una omisión legislativa relativa y el desconocimiento del principio de igualdad, las censuras no fueron propuestas en los mismos términos ni con iguales alcances. En concreto, mientras la providencia de 2022 analizó si la disposición acusada excluía a parejas adoptantes del mismo sexo, en esta ocasión el cargo plantea un debate sobre la violación de la igualdad en términos relacionados con la posibilidad de que personas con diferentes vivencias del libre desarrollo de la personalidad, que no se identifican como mujeres y que tienen capacidad de gestar y de asumir los roles de cuidado parental puedan ser destinatarias de las prestaciones que establece la norma. En otras palabras, en la Sentencia C-415 de 2022 el parámetro de análisis fue la orientación sexual de los beneficiarios de las licencias previstas en el artículo 236 del CST, respecto de parejas adoptantes del mismo sexo, exclusivamente, en tanto en el presente caso se analiza la posible exclusión regulatoria de personas que puedan cumplir los roles protegidos por la norma y que no acceden a la licencia. Por lo anterior, no se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional y procede el estudio de fondo sobre el debate planteado.

Planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución 25. Los apartados demandados del artículo 236 del CST, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021, que contienen las expresiones demandadas «mujer», «trabajadora» y «madre» regulan la licencia de parto por maternidad y adopción, así como las distintas modalidades, condiciones y requisitos para su otorgamiento [142] .

S e advierte que las expresiones acusadas no solo se refieren en aquella norma a la regulación de la licencia para la época del parto respecto de la mujer que gestó y dio a luz, pues también cobijan a la licencia a la que tiene derecho la madre adoptante. Por ello, los argumentos de los demandantes y de las intervenciones y los conceptos presentados ante la Corte giran en torno a la igualdad y al acceso a las medidas de protección de la parentalidad surgida de la capacidad biológica de gestar, como de la originada en la adopción. En suma, las normas objeto de estudio, que regulan una prestación de la seguridad social en salud, están dirigidas a la protección del rol parental y del cuidado que ejercen las madres gestantes. Asimismo, si bien los demandantes y varios de los intervinientes se refirieron al caso particular de los hombres transgénero y de las personas con género no binario en estado de embarazo, el fundamento del reproche es el desconocimiento de la igualdad en el acceso a la prestación por parte de otras personas gestantes y adoptantes que tienen una vivencia distinta de su identidad y que no se identifican como mujeres.

26. Por lo anterior, el problema jurídico que debe resolver la Corte es el siguiente: ¿el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021, incurre en una omisión legislativa relativa que desconoce los derechos a la igualdad y a la seguridad social, al incluir las expresiones «mujer», «trabajadora» y «madre» y contemplar como titulares de las licencias en la época del parto a las mujeres, sin considerar explícitamente a los hombres trans o a las personas no binarias? 27.

Para resolver el problema enunciado, la Corte (a) reiterará las reglas jurisprudenciales relacionadas con las omisiones legislativas y su control de constitucionalidad.

Posteriormente, (b) expondrá la jurisprudencia acerca de la protección constitucional de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana y su expresión en las vivencias de la identidad.

Luego, (c) referirá lo correspondiente a la licencia en época de parto. Finalmente, (d) analizará los cargos propuestos, para establecer la solución al caso.

Las omisiones legislativas y su control de constitucionalidad. Reiteración de jurisprudencia [143] 28. El artículo 4° superior dispone que «[l]a Constitución es norma de normas», lo que indica que las disposiciones constitucionales prevalecen sobre los contenidos normativos de inferior jerarquía. Asimismo, el artículo 6° de la Carta sostiene que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, al tiempo que deben responder por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. De la interpretación armónica de estas disposiciones se sigue que las autoridades deben sujetar su conducta y sus facultades (entre estas, la de creación normativa) a los mandatos constitucionales [144] .

29. El Congreso de la República está llamado a atender y desarrollar las disposiciones de rango constitucional. Sin embargo, es factible que en este ejercicio el Legislador afecte los mandatos, derechos y garantías constitucionales por acción o por omisión. Sobre este último aspecto, la Corte ha señalado que la inactividad del Congreso en determinados asuntos puede someterse a escrutinio constitucional, cuando sea lesiva de disposiciones superiores.

30. Las omisiones legislativas ocurren «cuando el [L]egislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente» [145] . Estas omisiones pueden ser absolutas o relativas. Las primeras «consisten en la falta total de regulación normativa, referida a un aspecto cualquiera de la realidad regulable»

[146] . Por ende, ante la ausencia de un texto jurídico susceptible de confrontarse con el ordenamiento superior, la Corte ha señalado de manera pacífica y reiterada que carece de competencia para analizar este tipo de omisiones [147] .

31. Por el contrario, las omisiones legislativas relativas ocurren cuando el Legislador, «al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella»

[148] . En otras palabras, la omisión relativa tiene lugar cuando al regular una materia en específico, ese órgano representativo guarda silencio o no incluye una determinada previsión normativa que resulta indispensable para que el texto de rango legal sea compatible con la Constitución [149] . Por lo tanto, esta clase de omisiones pueden ser objeto de control por la Corte al resolver las acciones de inconstitucionalidad que se presenten contra normas en las que se incurra en ellas.

32. La jurisprudencia constitucional [150] ha señalado que una omisión legislativa relativa se configura cuando: (i) Exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que «(a) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o, en su defecto, (b) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo».

(ii) Exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al Congreso que resulta omitido, pues se constata que este (a) excluyó un caso equivalente o asimilable o (b) dejó de incluir un elemento o ingrediente normativo. Ciertamente, como lo resaltó la Sentencia C-083 de 2018, solo se configura tal figura cuando el Legislador incumple una concreta «obligación de hacer» prevista en la Constitución.

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

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

33. Es pertinente mencionar que esta última exigencia es aplicable sólo en aquellos casos en los que se afecte el principio de igualdad [151] .

En otras palabras, la Corte deberá examinar este presupuesto «cuando la norma incompleta se evidencia discriminatoria al no contemplar todas las situaciones idénticas a la regulada, o, (…) cuando no se extiende un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo»

[152] . 34. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, para constatar la concurrencia de este último presupuesto, es necesario verificar la razonabilidad de la diferencia de trato [153] .

Es decir, valorar «(a) si los supuestos de hecho en que se encuentran los sujetos excluidos del contenido normativo son asimilables a aquellos en que se hallan quienes sí fueron incluidos, y (b) si adoptar ese tratamiento distinto deviene necesario y proporcionado con miras a obtener un fin legítimo»

[154] . 35. Asimismo, ante la verificación de una omisión legislativa relativa, le corresponde a la Corte, por regla general, proferir la sentencia en la que «extienda las consecuencias de la norma a los supuestos excluidos de manera injustificada, es decir, (…) una sentencia integradora tipo aditiva, que mantenga en el ordenamiento el contenido que, en sí mismo, no resulta contrario a la Carta, pero incorporando al mismo aquel aspecto omitido, sin el cual la disposición es incompatible con la Constitución»

[155] . Dicho de otro modo, la omisión relativa implica que se emita una sentencia integradora, por la que se condicione la constitucionalidad del precepto acusado en el entendido que también comprende aquellas hipótesis que fueron indebidamente excluidas por el Legislador [156] .

Esta atribución se sustenta en la función de la Corte de salvaguardar la integridad del ordenamiento superior [157] . En caso de que tal solución no sea admisible, en virtud de la redacción o la coherencia de la disposición, verbigracia, porque la disposición está sujeta a la exclusión del ingrediente que se echa de menos, no habrá otro camino que la declaratoria de inexequibilidad del precepto [158] .

Protección constitucional de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana y su proyección en las vivencias de la identidad [159] 36.

La Corte [160] ha advertido que los conceptos básicos relacionados con la vivencia de la identidad son indispensables para desarrollar sus competencias como tribunal constitucional, hacer efectivo el respeto de los derechos fundamentales y garantizar los derechos a la dignidad, la igualdad y a no ser discriminado de la población LGBTIQ+. Lo anterior, en la medida en que le permiten conocer, hacer visible y nombrar la realidad de aquellas personas cuyas vivencias y experiencias por la identidad de género no se corresponden con las del sexo que se les asignó al nacer. Al respecto, los Principios de Yogyakarta [161] indican lo siguiente:

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

37. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido las vivencias y las experiencias personales e internas de cada ser humano, respecto de las diversas opciones que tiene para consolidar su ser, su sexualidad y su identidad de género. En consonancia con ello, ha evidenciado la posibilidad de que, en el decurso de la vida, surja una disparidad entre el sexo determinado al nacer, definido con arreglo a la genitalidad, y la experiencia personal identitaria que se desarrolla con las circunstancias evolutivas y variadas de la existencia humana. Se reconoce la experiencia personal y social de ser y reconocerse hombre, mujer u otra forma de proyección de la identidad en el marco del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad del ser [162] .

En todo caso, la Sala advierte que las nociones que sobre el particular hayan de utilizarse no representan una categorización exhaustiva o cerrada [163] .

38. Dentro de dicho marco de análisis, la Sala abordará la noción de personas transgénero, pues esta fue invocada en la demanda. En efecto, se conciben como tales las personas que:

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

[164] . 39. Específicamente, entre las identidades transgénero pueden encontrarse las «masculinidades trans » [165] , con las que se identifican aquellas personas conocidas como «hombres trans», cuyo sexo asignado al nacer es femenino/mujer, pero su identidad corresponde al ámbito de lo social y culturalmente construido, concebido y leído como masculino [166] .

40. En consonancia con lo anterior, en el ámbito del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, a partir de las identidades de género que están presentes en la sociedad, emergen nuevos paradigmas. Usualmente se trata de identidades no normativas, esto es, no admitidas en la organización usual de las distintas formas en que puede expresarse el libre desarrollo de la personalidad. Una de ellas es la identidad no binaria [167] , a la que también se aludió en la demanda y en las intervenciones y conceptos allegados a la Corte. Dicha identidad es comprendida como aquella que, al no concebirse en el marco de las categorías dicotómicas, masculino o femenino, se aleja del sistema mayoritario de sexo-género binario por tradición cultural.

Las personas no binarias no se encuentran representadas, en sus vivencias, por ninguna de las categorías de género existentes en ese sistema [168] .

41. El reconocimiento de estas formas de identidad descarta que exista una relación equivalente y unívoca con el sexo de la persona. De ese modo, se asume que las identidades son proyecciones del libre desarrollo de la personalidad y dejan de ser una consecuencia única y determinada por las condiciones biológicas del organismo, para entenderse como una construcción personal y social, no supeditada exclusivamente al cuerpo, sin que ello implique desconocer que la relación equivalente entre lo biológico y la identidad de género también se presente. Desde esta perspectiva, se concibe la expresión identitaria como el producto de un ejercicio de autopercepción. En vista de ello, se trata de un constructo individual que depende de las elecciones personales del sujeto en relación con la forma de vivir su propia identidad de género [169] y reconocimiento, tanto en el plano personal como en su proyección a la sociedad o su exteriorización. Las identidades no binarias tampoco se encuentran definidas por la corporalidad. De esta suerte, no puede establecerse una relación necesaria entre la condición de intersexual o transexual y la de persona con identidad no binaria [170] .

42. El derecho fundamental a la identidad de género no está consagrado expresamente en la Constitución [171] . Sin embargo, para la jurisprudencia de esta Corporación [172] , su protección está fundada en la dignidad humana y en los derechos a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la personalidad jurídica [173] .

En ese sentido, aquella responde únicamente a la vivencia y a la autodeterminación de las personas y, por ende, el respeto de sus diversas manifestaciones tiene sustento en el reconocimiento de la dignidad humana [174] . En particular, por tratarse de las decisiones que involucran la definición de la individualidad, su respeto está íntimamente relacionado con el trato especial que merece toda persona por el hecho de serlo, así como con la autonomía individual y con la posibilidad de establecer un proyecto de vida propio [175] .

43. A este fundamento se suman, en virtud del bloque de constitucionalidad, los artículos 3°, 7°, 11.2, 11.3 y 18 de la CADH [176] que garantizan el reconocimiento de la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la privacidad y el derecho al nombre. De acuerdo con la Opinión Consultiva No. 24 de la Corte IDH [177] , de la interpretación conjunta de estas disposiciones de la CADH deriva el derecho al reconocimiento de la identidad de género [178] .

44. Dicha protección contempla la facultad del individuo de definirse a sí mismo, en función de su cuerpo, vivencias y experiencias en cuanto a su identidad y reconocimiento. De igual forma, impone a la sociedad y al Estado el deber de responder a esa concepción autorreferente de la persona [179] , para tratar al individuo de un modo congruente y respetuoso de la visión que tiene de sí.

45. El ámbito de protección [180] en este escenario consta, al menos, de tres posiciones jurídicas o garantías iusfundamentales [181] : (a) la facultad de desarrollar la identidad de forma libre y autónoma, (b) el derecho a la expresión de dicha identidad y (c) la prohibición de discriminación basada en la misma [182] .

46. El desarrollo libre y autónomo de la identidad . Esta es un elemento «constitutivo y constituyente » [183] de la definición del plan de vida de las personas [184] . En tales términos, la facultad de construir y desarrollar de manera autónoma tal identidad es una manifestación esencial de la libertad que reconoce la «individualidad del ser humano »

[185] , como sujeto moral con capacidad plena para autodeterminarse, autoposeerse y autogobernarse , [186] conforme a sus propios intereses y convicciones [187] y sin que implique la afectación de derechos de terceros. Asimismo, está directamente relacionada con el derecho a la intimidad, dado que su construcción y desarrollo tiene una naturaleza profundamente definitoria del ser [188] y es un aspecto que forma parte de la vida privada de las personas [189] . Por esta razón, la Constitución prohíbe la imposición de «normas de género» y barreras al reconocimiento de tal identidad, lo cual implica, de un lado, que no es un objetivo social legítimo que al individuo se le impongan cargas derivadas de ideas preconcebidas sobre los roles que debe cumplir o asumirse «según su sexo asignado al nacer »

[190] y prejuicios o parámetros médicos de «normalidad » [191] . De otro, que el Estado y los particulares deben abstenerse de llevar a cabo cualquier acción que interfiera o direccione [192] la definición personal, privada y libre de dicha identidad [193] .

47. El derecho a la expresión de la identidad [194] . La Constitución protege la expresión de la identidad [195] , esto es, la manera en que cada individuo se proyecta a la sociedad [196] , la cual puede o no corresponder con el sexo asignado al momento del nacimiento [197] .

Esta garantía no sólo salvaguarda la construcción identitaria de las personas y su vivencia íntima y personal, sino también comprende la facultad de cada persona de «proyectarse libremente hacia los demás»

[198] , mediante expresiones sociales tales como la vestimenta, el modo de hablar, los modales y las formas de interacción social [199] . En tales términos, la manifestación pública de la identidad «no puede ser objeto de invisibilización o reproche »

[200] . De igual forma, impone a la sociedad y al Estado el deber de responder a esa concepción autorreferente de la persona [201] y tratarla de un modo congruente y respetuoso de la visión que tiene de sí misma [202] .

48. Prohibición de discriminación basada en la identidad . La identidad está protegida por la cláusula general de igualdad prevista en el artículo 13 de la Constitución [203] y constituye un criterio sospechoso de discriminación [204] . Esto también se sustenta en el bloque de constitucionalidad, en concreto, en la cláusula de no discriminación derivada de los artículos 1°, 2° y 7° de la DUDH [205] , los artículos 2.1 y 26 del PIDCP [206] , el artículo 2.2 del PIDESC [207] , el artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño [208] , el artículo 1.1. de la CADH y el artículo 3° del

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador»

[209] que establecen en forma tajante la prohibición de cualquier trato discriminatorio, sustentado en el sexo o en el género y la obligación estatal de proteger a todas las personas de la discriminación por razón de la orientación sexual o cualquier otra forma de identidad [210] .

49. En este sentido, prima facie, no es un criterio con base en el cual sea posible efectuar una distribución o «reparto racional y equitativo»

[211] de bienes, derechos o cargas sociales. Las diferencias de trato que estén fundadas en esta vivencia o en su expresión pública y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de otros derechos fundamentales de poblaciones que no tienen identidades normativas [212] , son, en principio , contrarias a la Constitución [213] . Una diferencia de trato legal o administrativa fundada en otras formas de identidad no normativas sólo será constitucional si existen poderosas razones objetivas que la justifiquen y si supera las exigencias del juicio estricto de igualdad.

50. Q uienes experimentan otras formas de identidad de género están entre aquellos grupos históricamente discriminados. La Corte ha reconocido que estos se encuentran expuestos a estigmas, preconcepciones y obstáculos basados en las reglas e imaginarios sociales sobre aquello que se asume «normal» en la vivencia individual y social de la identidad [214] .

Son valorados en función de la expectativa social, según la cual las construcciones alrededor de la identidad coinciden con la anatomía de las personas y con el sexo asignado por la sociedad al individuo en el momento de su nacimiento [215] .

Asimismo, en estas personas confluyen múltiples factores de vulnerabilidad tales como la pobreza, la exposición a la violencia y las barreras de ingreso al mercado laboral que, junto con la marginalización y el rechazo social derivado de su proyección de vida acentúan las violaciones de sus derechos.

51. De esta manera, el Estado colombiano, a partir del reconocimiento de la carga histórica por la infravaloración a la que se encuentran sometidas las personas con otras formas de identidad, tiene el deber de promover la igualdad de oportunidades de este sector poblacional. También, está obligado a abstenerse de crear escenarios que redunden en el desconocimiento de sus derechos, pues estas personas tienen una protección reforzada por mandato de la Constitución. Para la Corte, «los ámbitos de protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación son la garantía efectiva y el respeto absoluto por la orientación sexual y la identidad de género diversas »

[216] . 52. Esta protección constitucional se concreta en dos garantías iusfundamentales : (a) el derecho al reconocimiento jurídico de su identidad [217] y (b) la protección cualificada contra la discriminación [218] .

Dicha protección cualificada supone, entre otros factores, que el Estado tiene un «deber cualificado de conducta » [219] que le impone adoptar medidas afirmativas encaminadas a (a) erradicar las leyes y prácticas discriminatorias que afecten «de jure o de facto »

[220] el desarrollo autónomo de otras formas de identidad. En tal sentido, el Estado debe protegerlas de conformidad con el principio de igualdad en todas las dimensiones y, particularmente, en la normativa; (b) fomentar la libre expresión de las identidades en los ámbitos académicos, laborales, gubernamentales y culturales; (c) transformar los patrones de menosprecio y violencia física y simbólica que han operado en contra de esta población [221] y (d) asegurar que estas

personas sean titulares de los mismos derechos y puedan ejercerlos en igualdad de condiciones con independencia de aquella [222] .

La licencia en la época de parto [223] 53. Las licencias parentales, también conocidas como licencias de responsabilidades familiares, regulan que las personas encargadas de otros cuenten con prestaciones económicas durante un determinado periodo, sin que además se vean obligadas a acudir al empleo [224] .

Son el resultado de reconocer que el cuidado debe ser remunerado y debe redistribuirse y reorganizarse [225] y tienen por propósito sustituir los ingresos que las personas que asumen los roles parentales dejan de recibir durante ese lapso [226] .

54. Sin embargo, la prestación con ocasión del parto, a pesar de que tiene finalidades asociadas a la protección de los roles de gestación y de cuidado, tiene un criterio de asignación basado en el género y cobija a las mujeres afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo y se proyecta a las vinculadas a través de contrato de trabajo, pensionadas, servidoras públicas o trabajadoras independientes con capacidad de pago que, con motivo del nacimiento de su hijo, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades. Este derecho se reconocerá siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico [227] . La licencia parental se asocia a la gestación, al parto y a los cuidados posteriores a esta etapa. También tiene una relación estrecha con el amparo de la familia entendida en su acepción diversa y con la protección de los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes, bien sea los recién nacidos o los que establezcan vínculos filiales por la adopción.

55. La regulación de la licencia en época de parto se ha ampliado en relación con los sujetos beneficiarios y con las garantías que brinda. La versión inicial del artículo 236 del CST sólo reconocía la licencia remunerada a favor de las madres biológicas en la época del parto, durante ocho (8) semanas, con el salario que ellas devengaran en el momento de entrar a disfrutar el descanso. A partir de la vigencia de la Ley 24 de 1986, que reformó el artículo 236 del CST, todas las provisiones y garantías establecidas en el capítulo V de dicha normativa referentes a la licencia a favor de la madre biológica, se extienden, en lo que fuere procedente, a la madre adoptante del menor de siete (7) años. En 1988, por medio de la Ley 69 de ese mismo año, se reconoció que esta protección debía cubrir a la madre adoptante empleada en el sector público. Posteriormente, con motivo de la expedición de la Ley 50 de 1990 se incorporaron nuevos cambios. Esta ley introdujo modificaciones, entre otras, respecto de la duración del descanso, pues lo amplió a doce (12) semanas. Además, en el numeral 4º del artículo 236 se incluyó como beneficiario de la licencia al padre trabajador adoptante sin cónyuge o compañera permanente. Por último, en el inciso final del mismo numeral, se fijó que los beneficios establecidos no podían excluir al trabajador del sector público. Posteriormente, la Ley 1468 de 2011 amplió el período que cubre la prestación a catorce (14) semanas. Con la reforma prevista en el artículo 1° de la Ley 1822 de 2017, se determinó un período de 18 semanas de licencia [228] .

56. A partir de la jurisprudencia constitucional [229] pueden identificarse los siguientes fundamentos constitucionales de la licencia en la época de parto relacionados con la protección de: (a) la mujer durante y después del embarazo y de la maternidad, (b) los derechos prevalentes de los niños y niñas y de la familia como institución básica de la sociedad.

57. Protección de la mujer y de la maternidad . El artículo 43 superior prevé la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y que, durante el embarazo y después del parto, la mujer goce de especial protección y asistencia del Estado. Además, ordena el otorgamiento de subsidio cuando la mujer embarazada se encuentre desempleada o desamparada. Asimismo, en el ámbito laboral y de la seguridad social, el artículo 53 de la Constitución encomendó al Congreso la expedición del estatuto del trabajo, que habría de regirse por una serie de principios, entre los cuales se incluye la protección especial a la mujer y a la maternidad. Por medio de la licencia, entonces, se reconoce un período destinado a

la recuperación física de la madre y a pagarle una prestación económica que reemplace los ingresos que percibía, para que pueda cubrir sus necesidades vitales [230] .

En suma, esta Corporación ha sostenido que esta prestación busca preservar la salud de la madre y del recién nacido, y le permite conciliar su rol productivo, reproductivo y de cuidado [231] .

58. Por su parte, el artículo 25 de la DUDH establece que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Igualmente, el artículo 10.2 del PIDESC señala la obligación de «conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social». Asimismo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [232] dispone en su artículo 11.2.b) que los Estados deberán implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables, sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales. Ya el Convenio sobre la protección de la maternidad (núm. 3) de la OIT [233] consagraba el derecho de la mujer a recibir, durante las seis semanas anteriores y posteriores al parto, «prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene»

[234] . Además, el artículo 9.2 del Protocolo de San Salvador consagra que «[c]uando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá […], cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto». De allí se ha derivado la obligación general y objetiva de proteger a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado [235] . No sólo se establece una cláusula general de protección de la mujer gestante durante el embarazo y después del parto, al mismo tiempo, se fijan obligaciones concretas y se exige a las autoridades estatales remover todo posible obstáculo e impulsar políticas para asegurar que las mujeres accedan efectivamente a la protección.

59. Protección de los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes y de la familia como institución básica de la sociedad . La licencia de maternidad también se sustenta en los derechos fundamentales de la niñez al «cuidado y amor», el deber que tienen la familia, la sociedad y el Estado de garantizar su interés superior y la protección integral a la niñez derivada de los artículos 42, 43, 44 y 45 superiores [236] .

Igualmente, el artículo 25 de la DUDH establece el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales. De acuerdo con lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha destacado que las licencias parentales brindan una protección doble, por cuanto cobija, como ya se indicó, a las madres –y en lo que corresponda, respecto del padre sin cónyuge o compañera permanente–, a la vez que a los hijos o hijas [237] , pues les permite a aquellos un período en que puedan dedicarse al cuidado de estos. La Corte ha dicho que el descanso por motivo de la maternidad significa, a un mismo tiempo, aplicar el mandato de protección superior de la niñez y, en desarrollo de tal obligación, amparar sus derechos constitucionales fundamentales. Además, prevé un sustento económico durante el período de licencia para cubrir las necesidades esenciales del recién nacido [238] .

60. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra varias cláusulas pertinentes para la solución del presente asunto. El artículo 2° establece la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en dicho instrumento y asegurar su aplicación «a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales». Los artículos 7° y 18 señalan que el niño tiene derecho a ser cuidado por sus padres e incumbe a estos su crianza y desarrollo. A partir de lo expuesto, la protección derivada de la licencia en la época de parto debe

favorecer a todos los niños y niñas, sin discriminación alguna, y con independencia de las condiciones o identidad de género de sus progenitores.

61. En consideración a la protección de los niños, niñas y adolescentes es que el otorgamiento de las licencias parentales evolucionó desde concebirse exclusivamente para la madre biológica, para pasar a cubrir entre sus beneficiarios a los padres biológicos y, posteriormente, a las madres y padres adoptantes [239] . Con base en esta premisa, por ejemplo, la Sentencia C-543 de 2010 concluyó que la licencia no debía recaer exclusivamente en las madres biológicas y que era extensible a las madres adoptantes de niños mayores de siete (7) años, pues se encuentran en una situación similar, por lo que limitar su reconocimiento con un criterio etario vulneraba el mandato de igual trato, la protección de todos los hijos e hijas sin discriminación basada en su origen familiar y la protección prevalente de la niñez.

62. La licencia en la época del parto también materializa la protección constitucional de la familia (artículos 5º y 42 superiores). En ese sentido, no sólo se dirige a la protección de quien gesta y da a luz y del recién nacido. Además, tiene la finalidad de otorgar una protección integral en el sentido de que quienes se beneficien de la prestación «dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad»

[240] . La Corte ha establecido que el régimen constitucional de la familia busca hacer de esta institución el ámbito adecuado para que, dentro de un clima de respeto, no violencia, e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse a plenitud como seres humanos, con la garantía de intimidad que permita el transcurso de la dinámica familiar sin la intromisión de terceros [241] . Asimismo, pretende lograr un equilibrio entre la estabilidad necesaria para el desarrollo de sus miembros, con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a que tienen derecho cada uno de sus integrantes, aspecto este en el que cobra especial importancia la existencia de un ambiente de respeto por cada persona y de libre expresión de los afectos y las emociones [242] .

Este Tribunal resaltó que la Constitución reconoce en la familia una institución esencialmente dinámica y vital, donde cobran especial importancia los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y el derecho a la intimidad [243] .

63. En relación con las licencias de responsabilidad familiar, la Sentencia C-415 de 2022 se refirió a las políticas de cuidado. En particular, describió los enfoques de cuidado maternalistas, de piso maternal, de corresponsabilidad y secuenciales y sostuvo que, salvo estas últimas, «las demás se cimentan en el reparto binario del cuidado -madre y padre- y no reconocen familias diversas»

[244] . De igual manera, puso de presente que definir el alcance y los destinatarios de las políticas de cuidado impacta en la redistribución del trabajo al interior de la familia y en la asignación de responsabilidades que recaen directamente en el bienestar de los niños y las niñas [245] .

En este sentido, las licencias remuneradas se conciben hoy como determinantes para crear vínculos familiares, para la protección de los roles parentales de los progenitores y para que la familia realice las tareas de cuidado.

64. Se tiene, entonces, que la licencia en la época del parto no solo protege a quienes se les reconoce, sino que también cubre a su grupo familiar y, en especial, a la niñez. En virtud de lo anterior, la Corte ha extendido a personas distintas a las madres, garantías que en principio se concibieron para ellas, con fundamento en el rol parental y de cuidado que desempeñan. Por ejemplo, la Sentencia C-1039 de 2003 analizó si la expresión «las madres» contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 que consagra para aquellas que son cabeza de familia la estabilidad en el empleo durante la ejecución del Programa de Renovación de la Administración Pública violaba los derechos a la igualdad, la familia, a la igualdad de derechos y oportunidades para hombres y mujeres y, en especial, el derecho de los niños.

Lo anterior, por cuanto, excluía a los hombres de los beneficios de esa protección, a pesar de que de ellos es predicable la calidad de ser cabeza de familia.

65. En la providencia citada, la Corte extendió esa protección a los padres que se encuentren en la misma situación, «en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen». Al respecto, manifestó que ampliar la estabilidad laboral a los padres que tengan únicamente bajo su cargo la responsabilidad de los hijos, protege los derechos de la familia y, en especial, de los niños, quienes son totalmente ajenos a la situación de si es el padre o la madre quien está en cabeza del hogar. Concluyó que la protección otorgada por la norma «no es entonces a la mujer por el sólo hecho de ser mujer, sino por el contexto dentro del cual se encuentra, es decir, tener a su cargo la responsabilidad de la familia»

[246] . Aseguró que «es válido considerar que cuando está de por medio el núcleo familiar y los derechos de los niños, debe el Estado propender por su protección, y esto es independientemente de quien tiene a su cargo la responsabilidad»

[247] . Análisis de constitucionalidad de las expresiones demandadas 66. Aclaración metodológica . Dada la relación estrecha y esencial entre los cargos por omisión legislativa relativa y la violación del principio de igualdad propuestos en esta oportunidad, la Sala considera que la metodología para examinar si se reúnen los elementos que configuran la referida omisión implica el análisis conjunto y simultáneo de ambos reproches. Tal aproximación, a su vez, permitirá igualmente determinar si se desconoce el derecho a la seguridad social. En suma, mediante esa metodología integral, se analizarán en forma conjunta los tres reproches formulados en el presente proceso.

Existe una norma sobre la cual se predica necesariamente la omisión 67. Se endilga la omisión del artículo 236 del CST, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021. En particular, dicha censura se hace recaer sobre las expresiones «mujer», «trabajadora» y «madre» que se incluyen en varios de los apartados de la norma que regulan las diversas modalidades de licencia a favor de las mujeres gestantes o adoptantes, sus condiciones y requisitos para su otorgamiento. Por tal razón, la omisión analizada no es de carácter absoluto, pues no se cuestiona la completa inactividad del Legislador. Por el contrario, se dirige contra la regulación de la licencia en la época del parto, a la cual se le reprocha haber omitido personas beneficiarias que cumplen los roles protegidos por la norma, pero que no fueron incluidos expresamente en los preceptos jurídicos acusados. En este sentido, los demandantes e intervinientes reconocen la regulación y reprochan la omisión del Legislador al excluir a ciertas personas que deberían acceder a dicha prestación.

La exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma respecto de aquellos casos equivalentes o asimilables 68. El cargo propuesto cuestiona que las expresiones «mujer», «trabajadora» y «madre» contemplan únicamente como beneficiarias de la licencia de maternidad, en sus distintas modalidades, a las mujeres, ya sea como gestantes o adoptantes. En este sentido, los demandantes y la totalidad de los intervinientes reprochan que esta prestación que se reconoce a las mujeres y que protege el rol parental que ejercen, no contempla a otras personas que cumplen ese mismo rol como gestantes y adoptantes en el marco de otras formas de identidad de género y del reconocimiento de la familia diversa, en la que también realizan las mismas actividades de cuidado que protege la norma.

69. A partir de la interpretación de la disposición objeto de estudio, se advierte con claridad que aquella prevé expresamente como beneficiarias de las licencias en la época del parto a las mujeres gestantes o adoptantes, a partir de los vocablos utilizados para designar a las destinatarias de dicha prestación. En este sentido, el precepto objeto de estudio no utiliza un lenguaje neutro para designar a quienes tienen derecho a la licencia remunerada, considerando además los antecedentes históricos de la regla. Por el contrario, se trata de la incorporación de expresiones que usan el femenino, que no permite aplicar una hipótesis interpretativa extensiva para derivar de ellas que su significado pudiera tener un alcance comprensivo de personas distintas a las mujeres [248] .

70. Por lo anterior, se constata que otras personas que no se identifican como mujer, trabajadora o madre y que ejercen un rol parental equivalente, no están incluidas entre las personas titulares de esta prestación. Al respecto, el Ministerio de Salud y Protección Social sostuvo que las normas que regulan esta prestación no excluyen otras personas, como los hombres trans o a personas de género diverso en capacidad de gestar, de la licencia en la época del parto, por lo que considera que no se establece una discriminación en su contra. No obstante, la intervención de ACEMI evidencia la situación contraria y demuestra el alcance de la expresión y sus efectos de exclusión. En ese sentido, explicó que la ADRES glosa las licencias reconocidas a personas con identidad de género diversa, teniendo por fundamento que no se acredita que son mujeres destinatarias de la licencia. En otras palabras, las EPS actualmente deben verificar el género de la persona afiliada para efectos de reconocer la licencia de maternidad y, si la otorgan a una persona de género diferente, la ADRES glosa su pago. Indicó que todo lo anterior conduce a que los hombres trans o las personas de género no binario deban obtener mediante órdenes de tutela el reconocimiento de la licencia de maternidad. Es decir, contrario a lo inicialmente indicado por el Ministerio de Salud y Protección Social, el uso de los términos «mujer» y sus proyecciones a las dimensiones de «trabajadora» o «madre»

restringe la posibilidad jurídica de que puedan acceder a esta prestación estas personas que, sin identificarse con tales nociones, tienen la misma capacidad de gestar.

71. En gracia de discusión, podría considerarse que las personas que no se identifican con las expresiones que utiliza la norma y a quienes les fue asignado el sexo femenino al nacer están amparadas por la norma acusada [249] . A modo de ejemplo, podría alegarse, entonces, que un hombre transgénero podría ser beneficiario de la licencia de maternidad, para lo cual sería suficiente que se identificara según el sexo que se le asignó al nacer. Sin embargo, esta posibilidad es constitucionalmente inadmisible por varias razones. En primer lugar, la identidad garantiza los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la dignidad humana .

Esta protección impone al Estado y a los particulares la obligación correlativa de abstenerse de cualquier acción que interfiera o direccione la definición personal, privada y libre de dicha identidad. Al considerarse que esa persona, para acceder a la licencia de maternidad, le bastaría con abandonar la identidad definitoria de su ser y de su plan de vida construidos en forma libre y autónoma, se arribaría a una hipótesis contraria a los mandatos superiores, que validaría una modalidad de discriminación proscrita por la Constitución. En segundo lugar, está protegida la expresión libre de la identidad y por esa razón, la manifestación pública de aquella no debe invisibilizarse o reprocharse por las prescripciones normativas. Señalar que la falta de reconocimiento de la licencia en la época del parto es consecuencia de que su identidad autopercibida no corresponde con la de su sexo inicialmente asignado constituiría, precisamente, acción de reproche, pues sería equivalente a obligarla a asumir una identidad ajena a sus propias convicciones y que no ha sido producto de su libertad y autonomía para acceder a la prestación. Esa exclusión en el reconocimiento de otras identidades implica el rechazo de un significado fundamental del ser de estas personas, lo cual atenta gravemente contra su dignidad, su plan de vida y su existencia misma. En tercer lugar, implica un menoscabo para esas personas del goce y ejercicio del derecho a la seguridad social con fundamento en una categoría basada en el género con el cual no se identifican; tal aspecto contraría la prohibición de discriminación fundada en esa categoría sospechosa e impactaría la aplicación del artículo 48 superior.

72. A partir de lo expuesto, a juicio de la Sala, los hombres trans y personas no binarias que no se identifican con la expresión mujer y relacionadas, en efecto, están excluidas de los supuestos previstos por el artículo 236 del CST que determinan quienes acceden a la protección por parto y qué roles parentales están protegidos. Tal situación hace explícita una disposición infrainclusiva.

En concreto, porque son personas que tienen la posibilidad de quedar en embarazo, gestar y afrontar un parto. Todas estas son situaciones que no dependen de la identidad de género de la persona. Igualmente, estas personas pueden

adoptar del mismo modo en que la norma concibe el supuesto para las madres adoptantes y asumir los roles de cuidado que la norma busca proteger.

La existencia de un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al Congreso de la República 73. A juicio de la Corte, la exclusión de los hombres trans y personas no binarias de la licencia en la época del parto incumple mandatos impuestos por la Constitución al Legislador. Para sustentar lo anterior, la Sala Plena considera que los diversos fundamentos constitucionales de la licencia descritos previamente deben interpretarse en forma conjunta y a la luz del principio de igualdad, la prohibición de discriminación y la especial protección de las personas con otras formas de identidad y de vivencias de su identidad de género y de su reconocimiento.

74. Como se expuso en los fundamentos 56 y 57 de esta providencia, los artículos 43 y 53 de la Constitución, así como los artículos 25 de la DUDH, 10.2 del PIDESC, 11.2.b) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Convenio sobre la protección de la maternidad (núm. 3) de la OIT y el artículo 9.2 del Protocolo de San Salvador, que integran el bloque de constitucionalidad, brindan protección a la maternidad y a la mujer en la época del embarazo y del parto. Sin embargo, a juicio de la Corte, ese deber de protección también es extensible a los hombres trans y personas no binarias que no se identifican como mujer y que ejercen el mismo rol parental con independencia de su identidad de género, como se explica a continuación.

75. En primer lugar, el marco constitucional descrito debe someterse a una interpretación evolutiva. La jurisprudencia de esta Corporación ha desplegado este método de interpretación constitucional en ocasiones anteriores [250] .

Al respecto, ha reivindicado que la Constitución « no es simplemente una máquina cuya operación está condicionada a la plena observancia de sus instrucciones, pues su texto inicial y sus enmiendas han sido rebasadas por las realidades políticas y sociales que ha tratado de reconfigurar»

[251] . Por ello, procede ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad y a las inevitables variaciones, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e, incluso, ideológicos y culturales de una comunidad [252] , teniendo por referente los principios en que se fundamenta el pacto constituyente de todos. De conformidad con lo anterior, sus contenidos deben entenderse como un «derecho viviente»

[253] que es «capaz de crecer » [254] , dado que dicho texto superior es sensible o receptivo a la evolución de las necesidades sociales y a los ideales de justicia fundamental [255] .

76. En efecto, es innegable que con el paso del tiempo el juez no puede ser ajeno y debe estar atento a los patrones cambiantes de las costumbres sociales y de esta manera se mantiene una sintonía del derecho con el desarrollo social [256] . Por esta razón, el trabajo de este Tribunal recae en la reflexión constante, dinámica y evolutiva sobre los principios reafirmados en el día a día por el pueblo. Es decir, se trata de un necesario diálogo dinámico entre generaciones, que ofrezca como resultado una evaluación realista de la vida democrática contemporánea [257] y de los nuevos contextos constitucionales que reflejan las dinámicas cambiantes de la sociedad. De esta manera, el texto constitucional tiene la capacidad de responder a la necesidad de protección de derechos, en actuales y cambiantes escenarios de las dimensiones individual y social de las personas.

77. Esa interpretación evolutiva necesariamente opera en armonía con el principio pro persona . En virtud de este, el juez debe aplicar siempre la norma o interpretación que resulte más favorable para la protección de los derechos humanos en juego [258] . En ese sentido, debe darse prevalencia a «aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional»

[259] . 78. Al promulgarse la Constitución de 1991, no existía el grado de protección y reconocimiento que actualmente se les otorga a las personas con otras vivencias de su sexualidad y de su identidad de género. En particular, la jurisprudencia constitucional ha garantizado progresivamente los derechos de las personas transgénero en escenarios como los establecimientos carcelarios [260] , el diagnóstico y acceso a los procedimientos médicos de reafirmación de género [261] , la prohibición de discriminación en los ámbitos educativo [262] y laboral [263] y que reciban un trato acorde con su identidad autopercibida [264] , la modificación de los documentos de identidad [265] , el servicio militar [266] y la pensión de vejez [267] .

Por su parte, la Corte ha protegido los derechos de las personas con identidad de género no binario y ha ordenado la modificación del componente sexo en los documentos de identidad mediante la inclusión de un tercer marcador «no binario»

[268] . 79. Esta protección constitucional es acorde con el reconocimiento de esa variedad en la identidad derivada de la vivencia de la sexualidad como una realidad social innegable, que se acompasa con los principios esenciales de dignidad, libertad y solidaridad en que se funda el Estado Social de Derecho. Existe la posibilidad de que estas personas puedan quedar en embarazo, gestar, dar a luz o adoptar. En tal escenario, le corresponde a la Corte reconocer que esa protección durante el embarazo y después del parto, de la que tratan las normas constitucionales, debe acompasarse con el hecho de que los hombres trans y personas no binarias también sean destinatarios de aquella.

80. En segundo lugar, esta lectura de la Constitución también se sustenta en una interpretación sistemática de sus cláusulas pertinentes. Conforme lo ha señalado de manera reiterada esta Corporación, la Carta Política es un texto armónico y coherente que, como tal, debe ser interpretado de manera sistemática, teniendo en cuenta, además, los propósitos y objetivos perseguidos por el Constituyente [269] . En ese orden de ideas, la propia jurisprudencia ha dejado sentado que la Constitución, vista como un sistema de normas que guardan correspondencia lógica entre sí, tiene que ser abordada, para efectos de su interpretación y aplicación, conforme a los principios de unidad constitucional y de armonización, de tal manera «que la aplicación de una norma superior no debe contradecir o agotar el contenido de otras disposiciones constitucionales, sino que debe buscarse, en lo posible, interpretaciones que permitan la máxima efectividad de todas las normas de la Constitución»

[270] . Tal aproximación exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, por oposición a una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran [271] .

También, la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de manera que se garantice a todas ellas su máximo nivel de eficacia y efectividad [272] .

81. Por otra parte, la Corte IDH [273] se ha referido a los derechos de las personas con otras formas identitarias en materia de seguridad social. En su Opinión Consultiva OC-24/17 retomó los Principios de Yogyakarta, específicamente su Principio 13, que establece que «todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo […] licencia por maternidad o paternidad, […]»

[274] . 82. La Corte Constitucional ha establecido que las interpretaciones que hace la CIDH de la CADH y del Protocolo de San Salvador pueden considerarse fuentes auxiliares y criterios de ilustración para la determinación del contenido de los derechos fundamentales constitucionales [275] .

Además, sus informes sobre casos específicos y aquellos generales sobre la situación de los derechos humanos en el ámbito interamericano son un valioso insumo [276] .

En este sentido, la Corte destaca el «Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales».

Precisamente, una de sus recomendaciones generales, aunque se refirió al respeto y garantía de los derechos de las personas trans, apunta a que, en relación con las personas con otras identidades, el Estado ajuste «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 […] y a aquellas quienes inician la etapa de maternidad y/o paternidad, por ejemplo, mediante la adopción»

[277] . 83. En concreto, la protección durante el embarazo y después del parto resulta del amparo previsto en los artículos 43 y 53 de la Constitución, así como en instrumentos internacionales ya descritos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En tal escenario, se concreta el deber constituyente al Legislador de protección integral de los roles derivados de la gestación y el cuidado de los niños, sin que la misma esté condicionada a una asignación basada en el género.

84. De otra parte, las disposiciones incumplen el deber específico de protección de los derechos prevalentes de la niñez y de la familia como institución básica de la sociedad.

Respecto de lo primero, la Sentencia C-415 de 2022 ya advirtió que la protección que brinda la licencia remunerada parental no se agota en la protección de las personas gestantes. A este propósito se suma la protección de los intereses de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, la situación de los padres adoptantes es ilustrativa porque evidencia que la protección que brinda las licencias parentales remuneradas no se apoya exclusivamente en la protección constitucional en la época del parto, sino que también obedece a la concreción de un mandato específico previsto por el Constituyente de protección del interés superior de los niños y niñas y en la protección de los roles parentales de cuidado. « Esto implica que las licencias parentales deban responder a esos mandatos constitucionales, esto es a preservar los intereses de los menores [de edad] a no verse afectados por decisiones legislativas que excluyan a sus familias del reparto del tiempo para cuidarlos y conformar lazos estrechos»

[278] . 85. Por consiguiente, contemplar únicamente a las mujeres gestantes y adoptantes como beneficiarias de la licencia, sin que esta se extienda a los hombres trans y personas no binarias que desempeñan el mismo rol parental pero no se identifican con dicho género, incumple los mandatos de interés superior y prevalencia de los derechos fundamentales de niños y niñas. Lo anterior, pues no cabe duda de que, según los artículos 42, 43, 44 y 45 superiores, los niñas y niñas tienen derecho al cuidado y amor y a la protección integral de sus derechos prevalentes, con independencia de la identidad de sus padres. También tienen derecho a que sus cuidadores cuenten con los ingresos que suplan las apremiantes necesidades de la primera etapa de la vida.

86. En cuanto al mandato de protección del Estado a la familia nuevamente debe leerse en conjunto con el principio de igualdad. El artículo 42 superior no protege un solo tipo de familia, sino que admite que dentro de la sociedad y un Estado pluralista pueden coexistir varias clases, todas ellas reconocidas y amparadas por el ordenamiento jurídico [279] .

Con sustento en lo anterior, la Corte se ha pronunciado sobre diversas situaciones de discriminación a familias con fundamento en criterios sospechosos de discriminación. En este sentido, por ejemplo, se ha advertido que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación y que las familias compuestas por parejas homosexuales gozan de la misma protección patrimonial de las parejas heterosexuales [280] , de la posibilidad de contraer matrimonio [281] , del derecho a la pensión de sobrevivientes [282] , de la cobertura del sistema de salud [283] y del cumplimiento de la obligación alimentaria [284] .

87. El sustento para definir que la protección a las familias también cobija a las familias homoparentales es igualmente aplicable para reprochar la falta de protección a familias diversas, en las cuales están presentes otro tipo de condiciones que constituyen criterios sospechosos de discriminación, frente a otras formas de vivencia del género y al reconocimiento de la identidad por parte de sus integrantes. La protección de la familia que prevé la Constitución se refiere a una materia esencialmente variable, «propensa a ser influida por circunstancias sociales cambiantes que se traducen en la rápida evolución de las percepciones, cuya incidencia se proyecta no solo en los grandes movimientos de las concepciones colectivas, sino también en la vida cotidiana de personas concretas»

[285] . Ese carácter diverso de la familia corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que sustenta el derecho de las personas a establecer una familia en concordancia con sus «propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales»

[286] . Lo expuesto, debido a la variedad, «la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados». Por esta razón es constitucionalmente inadmisible reprochar o rechazar las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia [287] y, en consecuencia, cualquier forma de exclusión o desaprobación por tal motivo.

88. En suma, la exclusión por el Legislador de los hombres trans y personas no binarias de la condición de beneficiarias de la licencia en la época del parto, incumple varios deberes impuestos por el Constituyente. En concreto, relacionados con la protección de las personas durante el embarazo y después del parto, de los derechos prevalentes de la niñez y de la familia, con sus formas diversas como institución básica de la sociedad. En efecto, las personas que ejercen ese rol parental, sin distinción, tienen derecho a que se les garantice el período cubierto por la licencia parental remunerada, no solo para la recuperación física luego del proceso de gestación y parto de sus descendientes, sino para garantizar los ingresos necesarios para su subsistencia mientras ejercen las labores de cuidado y el inicio de su rol parental, también en el caso de la adopción. Asimismo, tienen derecho a que se les garantice ese período, con el cual se propicia que se impartan los cuidados a la persona recién nacida, la cual es titular de los derechos al cuidado y al amor y a que su familia le brinde esa protección, sin discriminación alguna que se base en las construcciones identitarias o en el proyecto de vida de sus progenitores.

La exclusión identificada carece de una razón suficiente 89. Las disposiciones analizadas consagran la licencia remunerada a la que tienen derecho las madres gestantes y adoptantes de tal manera que protegen el ejercicio de su rol parental. Por el contrario, excluyen de esta prestación a los hombres trans y personas no binarias que se encuentran en las mismas circunstancias y desempeñan el mismo papel parental y de cuidado y que no se identifican como mujer. A partir de la jurisprudencia constitucional antes explicada y de la interpretación de los mandatos constitucionales relevantes, esta exclusión carece de justificación, según lo expuesto en los acápites precedentes acerca de (i) la protección en la época del parto a la que tienen derecho los hombres trans y personas no binarias , (ii) el derecho de la niñez a recibir la protección derivada de la licencia parental remunerada, con independencia de la identidad de género de sus padres y (iii) la protección constitucional de la familia, que cobija también aquella conformada por personas con identidad de género diversa.

90. Si bien es cierto que, en principio, los preceptos cuestionados responden a la protección constitucional de la mujer y la maternidad, fruto de una intensa evolución global por lograr el reconocimiento de derechos a las mujeres, cuyo avance debe continuar, la prestación de esta licencia ha ido transformándose para extender sus destinatarios y atender a otros principios constitucionales, con fundamento en la protección de esas responsabilidades de cuidado. Como lo explicó la Sentencia C-415 de 2022 « es evidente que la licencia de maternidad, surgió bajo una política de protección exclusiva a la mujer y madre consanguínea, y que su significado ha ido matizándose durante este poco más de un siglo desde su primera regulación. Esto no implica que la madre biológica no siga requiriendo protección, máxime cuando razones

biológicas dan cuenta de su necesidad de recuperación, solo que ahora se reconoce que además de ellas, los niños y niñas requieren de cuidado y por ello se ha considerado que las madres y padres adoptantes también requieren de tiempo con sus hijos, pese a no tener el mismo desgaste físico». A lo anterior se añadió la posibilidad de que las familias conformadas por personas del mismo sexo adoptantes puedan acceder a las licencias previstas en el artículo 236 del CST .

91. En el presente caso, al reconocer la premisa según la cual las personas con otras identidades y vivencias del género pueden asumir el rol de la parentalidad, ya sea por la posibilidad de quedar en embarazo, gestar y dar a luz, como por la alternativa de la adopción, y que pueden conformar familias protegidas por la Constitución que requieren la construcción de esos vínculos que propicia la licencia en la época del parto, no resulta justificado que estén desprovistas de esa protección.

92. Esa falta de justificación es aun más patente si se tiene en cuenta que el artículo 236 del CST fue modificado por el legislador en 2021, en un contexto en el cual la jurisprudencia constitucional ya había avanzado en la protección y consolidación de los derechos fundamentales de las personas con identidad de género diversa. Es cuestionable, entonces, que en ese momento de actualización y reforma de las licencias parentales no se haya brindado justificación alguna para la exclusión de esta población que cuenta con especial protección constitucional.

La falta de justificación y objetividad de la exclusión genera una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma 93.

La falta de justificación y objetividad de la exclusión de los hombres trans y personas no binarias respecto de la licencia en la época del parto les genera una desigualdad negativa, en comparación con las mujeres que se encuentran cobijadas por las expresiones acusadas.

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

94. La norma busca un fin legítimo. C ontemplar como titulares de las licencias de maternidad y parentales flexible y compartida a las mujeres es una concreción de los mandatos constitucionales de protección durante el embarazo y después del parto y de la familia.

95. No obstante, la no inclusión explícita de los hombres trans y las personas no binarias supone el incumplimiento de la prohibición de discriminación con fundamento en la identidad de género y la obligación de que la protección cobije a la familia en todas sus formas.

El tratamiento desigual previsto en la norma no es necesario. En este sentido, la protección de la maternidad de las mujeres no depende de que otros sujetos en igual condición no puedan acceder a las licencias establecidas en el artículo 236 del CST. Asimismo, el acceso a esta prestación de las personas con identidad de género diversa no restringe o compromete el goce de este derecho por parte de las mujeres y sus familias.

96. Además, se evidencia que este tratamiento distinto es desproporcionado. A juicio de la Corte, la exclusión de los hombres trans y personas no binarias respecto de la licencia en la época del parto genera desigualdades negativas representadas en (a) la invisibilización de este grupo social y (b) la desprotección de las personas gestantes y adoptantes que no se autoreconocen con dicho género, los niños y niñas y las familias diversas. En efecto, al no extenderse la

titularidad de esta prestación a las personas que ejercen su rol parental pero no se reconocen como mujer, se perpetúa en su contra un patrón de invisibilización. Refiriéndose a la población transgénero, la jurisprudencia constitucional ya ha advertido los críticos niveles de discriminación que han tenido que afrontar [288] .

En este sentido, ha resaltado las múltiples barreras que impiden la plena realización de sus derechos fundamentales, en distintos escenarios como (i) los cambios de nombre y sexo en los documentos de registro civil e identificación para personas transgénero o con género no binario; (ii) la consideración de las mujeres transgénero como hombres y su exigencia de libreta militar para efectos de regularización o de acceso a un empleo, edad de pensión, atención en salud, lugares y condiciones de reclusión; (iii) las dificultades para el acceso al sistema de salud, las mínimas posibilidades de obtener un trabajo en condiciones dignas y justas; el ingreso y permanencia en el sistema educativo; entre muchos otros obstáculos que se refuerzan por los estereotipos discriminatorios y la desinformación de autoridades y particulares [289] .

Para esta Corporación aún existen prácticas discriminatorias frente a este grupo por parte del Estado, el sector privado y la sociedad en general, lo cual atenta contra los principios fundantes de un Estado social y pluralista y, en especial, contra la dignidad humana [290] .

97. De esta forma, la omisión normativa del reconocimiento de dicho grupo como titular de la licencia en la época del parto reproduce la situación identificada por la Corte como una discriminación estructural, sistemática e interseccional [291] contra esta población y un abierto desconocimiento de la necesidad de contrarrestar los efectos cotidianos y particulares de los escenarios de discriminación, que aún operan en contra de estas identidades y vivencias personales.

98. A estos efectos estructurales se suman los impactos específicos que la falta de reconocimiento de la licencia tiene para las personas que asumen el rol parental por la gestación o la adopción y en las familias que ellas conforman, cuando no se identifican como mujer. Uno de los propósitos identificados por la jurisprudencia constitucional de esta licencia remunerada es que permite la recuperación y el descanso de la persona que ha superado un embarazo. Así, la exclusión de esos sujetos de la protección que brinda la norma, restringe la posibilidad de que puedan disfrutar de ese receso, sin afectar sus ingresos económicos y del cuidado propio con posterioridad al parto. Lo anterior configura un déficit de protección intolerable desde el punto de vista constitucional y una afectación intensa en los derechos de los hombres trans y de las personas con identidad de género no binario.

99. Como lo advirtió la intervención del Cider, la licencia parental tiene múltiples impactos en el período del posparto y en la lactancia. El interviniente indicó que el disfrute de la licencia reduce el riesgo del estrés asociado a la separación de la persona que dio a luz y la persona recién nacida, así como permite atender las incomodidades y afecciones físicas que ocurren en ese período. Esta información es consistente con la revisión sistemática de fuentes de la cual se encontró que una mayor licencia está asociada con menor estrés psicológico maternal comparado con la ausencia de licencia [292] y con estudios que han encontrado que la licencia de maternidad remunerada está asociada con efectos benéficos en la salud mental de quien ha dado a luz y sus hijos. Por un lado, se reportó la disminución en la depresión posparto [293] y en la violencia íntima de sus parejas y, por otro lado, la mejora en el apego infantil [294] .

Esto último, en cuanto a que la licencia permite la interacción entre el bebé y sus cuidadores, de tal manera que se desarrolle un apego seguro y se eviten dificultades en la regulación emocional [295] .

100. Asimismo, la Corte ha explicado que la licencia también tiene por objetivo generar el espacio propicio para que los cuidadores de los niños y niñas puedan ejercer su rol parental adecuadamente y la niñez vea garantizados sus derechos a la familia y a recibir cuidado y amor. Esta consecuencia tiene una relación estrecha con el cuidado y bienestar de la niñez por sus impactos positivos en relación con la lactancia. Al respecto, el Cider manifestó que este vínculo ocurre porque esa prestación brinda el tiempo suficiente para lograr este proceso y recibir el estímulo adecuado para ello [296] .

En concreto, un estudio encontró que la licencia está asociada con un incremento en el inicio y duración de la lactancia [297] . La relación también obedece a la correlación con el bienestar general de los recién nacidos. En particular, un incremento en la licencia parental remunerada está asociada con una menor tasa de mortalidad infantil. En síntesis, la exclusión de los hombres trans y personas no binarias de la licencia remunerada en la época del parto pone en riesgo imperiosas finalidades constitucionales relacionadas con la protección del parto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) y su carácter prevalente, y la familia diversa.

101. En resumen, la Corte encontró satisfechas las condiciones para la configuración de una omisión legislativa relativa, al verificar que la norma que prevé la licencia en la época del parto no reconoce a los hombres trans y personas no binarias como titulares de aquella y genera un déficit de protección, intolerable constitucionalmente, del rol parental que pueden desempeñar, que es el principal objetivo de la prestación de la seguridad social mencionada. Ello genera el quebrantamiento del principio de igualdad y por la aplicación de un criterio discriminatorio, perpetúa la sistemática vulneración de derechos para un sector de la población que ve afectada su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. Tal exclusión no está amparada en una razón suficiente y origina una desigualdad negativa para este grupo poblacional, considerado como sujeto de especial protección constitucional. La configuración de esta omisión relativa se reitera, constituye un desconocimiento del derecho a la igualdad porque la exclusión de este grupo configura un tratamiento discriminatorio que se basa en una categoría prohibida por el ordenamiento superior.

Vulneración del derecho a la seguridad social 102. Respecto de la violación de la seguridad social, la Corte ha afirmado que esta «ostenta a nivel constitucional la doble naturaleza de servicio público mediante el que se realizan los fines esenciales del Estado (CP arts. 2, 48, 365 y 366) y de derecho constitucional garantizado a todos los habitantes (CP art. 48)»

[298] . El propósito de la seguridad social consiste en «asegurar a toda persona, independientemente de su situación laboral, las condiciones necesarias para una existencia digna y la plena realización personal»

[299] . Teniendo en cuenta la complejidad de su materialización, ese derecho impone adoptar múltiples medidas legislativas relativas a las prestaciones protegidas, así como al conjunto de instituciones, procedimientos y recursos para garantizarlas.

103. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que la licencia es un derecho constitucional relacionado de modo estrecho con otros derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el de la seguridad social [300] .

En particular, advirtió que la licencia en la época del parto es una de las prestaciones a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Asimismo, según el Protocolo de San Salvador, estas licencias parentales remuneradas hacen parte de las prerrogativas del derecho a la seguridad social [301] . De acuerdo con el artículo 48 superior, la seguridad social es un derecho irrenunciable, que se garantiza a todos los habitantes a través de un servicio público, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, fundado en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad. Cabe recordar que, según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.

[302] En este sentido la Corporación ha enfatizado en que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que «no es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad»

[303] 104. Las disposiciones acusadas desconocen el derecho a la seguridad social por la exclusión de hombres trans y personas no binarias , respecto de la licencia en la época del parto. En concreto, les restringe el acceso a una prestación económica que les permita afrontar las necesidades personales y de sus familias por el nacimiento o, inclusive por ocurrencia de un aborto, lo cual compromete su dignidad humana y su mínimo vital. Lo anterior, a pesar de que puedan reunir los presupuestos de afiliación al sistema de seguridad social y realizar la cotización de los aportes que se exigen para el reconocimiento de esta prestación. No obstante, si al momento de reclamar la licencia de maternidad, no se expresa que se trata de una mujer, se aplicará una barrera de acceso al derecho, con la imposibilidad para la entidad promotora de salud de realizar las imputaciones administrativas y presupuestales, que permitan su trámite ante la ADRES [304] .

De ese modo, se desconoce la obligación de garantizar este derecho fundamental, afectándose la realización del principio de universalidad. Remedio constitucional 105.

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

106. Ante la posibilidad de acudir a un remedio constitucional que incluya como destinatarios de la prestación a los hombres trans y personas no binarias , el Ministerio de Hacienda y Crédito Público indicó que dicha extensión no genera algún costo fiscal adicional [305] .

Lo anterior, por cuanto no se otorgará el beneficio a personas que no ejerzan el rol parental en las condiciones previstas por la norma. 107.

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

Síntesis de la decisión 108. La Corte analizó si el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021, incurre en una omisión legislativa relativa que desconoce los derechos a la igualdad y a la seguridad social, al incluir las expresiones «mujer», «trabajadora» y «madre» y contemplar como titulares de las licencias en la época del parto a las mujeres, sin considerar explícitamente a los hombres trans o a las personas no binarias.

109. Previo al análisis de este problema jurídico, la Sala concluyó que en el presente caso no se configuró la cosa juzgada respecto de la Sentencia C-415 de 2022, que impidiera a este Tribunal pronunciarse de fondo. Lo anterior, pues esa providencia estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad del artículo 2° de la Ley 2114 de 2021 por omisión legislativa relativa, por un cargo distinto al que se analizó en el presente caso. En concreto, la censura propuesta en ese momento discutió si la disposición acusada excluía a ciertos sujetos con base en su orientación sexual (en concreto, las parejas adoptantes del mismo sexo), mientras que en esta ocasión el cargo debate la omisión en la licencia de maternidad de proteger a los hombres trans o a las personas no binarias.

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

111. Adicionalmente, como consecuencia de la discriminación estructural e invisibilización de los hombres trans y de las personas no binarias , se les ha considerado como sujetos de especial protección constitucional. Por esta razón son titulares de una protección cualificada que 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 y puedan ejercerlos en igualdad de condiciones con independencia de esta.

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

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

VII. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Declarar EXEQUIBLES , por los cargos analizados, las expresiones «trabajadora», «madre» y «mujer» contenidas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, en el entendido de que las licencias en la época del parto también son aplicables a los hombres trans y personas no binarias, en los términos señalados en esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase. DIANA FAJARDO RIVERA Presidenta Con salvamento parcial de voto NATALIA ÁNGEL CABO Magistrada JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ Magistrado JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR Magistrado Con aclaración de voto ALEJANDRO LINARES CANTILLO Magistrado ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada Con salvamento de voto JOSE FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ Secretaria General ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR A LA SENTENCIA C-324/23 Expediente:

D-15.103 Magistrado ponente: Juan Carlos Cortés González Con el debido respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, procedo a exponer los motivos que me llevaron a aclarar el voto respecto de lo decidido en la Sentencia C-324 de 2023.

En este caso, un grupo de ciudadanos presentó una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 236 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, que regula la forma en que se reconocen y pagan las licencias de maternidad, de paternidad y las parentales. En particular, la demanda se dirigió contra las expresiones “ trabajadora ”, “ madre ” y “ mujer ”, contenidas en el artículo aludido. Los actores señalaron que estas expresiones desconocían los derechos a la igualdad y a la seguridad social al excluir a los hombres trans y las personas de género no binario. Señalaron que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, dado que, por la forma en que se redactó el artículo, quien tenga una identidad de género diversa no puede acceder a la licencia de maternidad, como sí lo haría una mujer cisgénero que decide ser madre.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-324 de 2023, declaró que las expresiones demandadas serían exequibles siempre que se entendiera que “ las licencias en la época del parto también son aplicables a los hombres trans y personas no binarias ”.

[306] Esto, fundamentalmente, porque una interpretación distinta desconocería los derechos a la igualdad y a la seguridad social. Si bien comparto los avances en el reconocimiento del derecho a la identidad de género, los cuales son imprescindibles para hacer frente a la discriminación que, tradicional e históricamente, se ha cernido sobre las personas que no han asumido una identidad de género que se ajuste al binomio hombre-mujer , considero que la Sentencia C-324 de 2023 omitió abordar dentro de sus consideraciones tres temas relevantes.

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

Esta necesidad de cuidado se acentúa en el caso de los recién nacidos, quienes se encuentran en una especial condición de vulnerabilidad y dependencia, por ello, como ha sido señalado por la jurisprudencia constitucional, la licencia de maternidad es una medida de protección no solo a favor de la madre gestante, sino también para el recién nacido “ que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido ” [307] . (Subrayado fuera del texto original) Esta medida de protección a su vez materializa el derecho de las niñas y niños al cuidado y al amor, [308] su derecho a la familia [309] y a ser cuidado y criado por sus padres.

[310] Derechos que se refuerzan en los primeros años de vida, cuando la dependencia hacia los adultos es mayor y la familia ocupa un lugar fundamental su protección, cuidado y crianza.

[311] En tal sentido, la libre elección de género de los padres no tendría por qué incidir, de manera negativa, en el reconocimiento de las prestaciones señaladas y la protección especial y reforzada hacia los recién nacidos en atención a su situación de desarrollo, crecimiento y vulnerabilidad.

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

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

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

En otras palabras, estimo que el enfoque de la sentencia de tildar al legislador preconstitucional de 1950 (año en que se sancionó el Decreto 2663, Código Sustantivo del Trabajo) como discriminador del grupo omitido fue inapropiada. Esto, por cuanto la protección a la maternidad fue fundada en la capacidad biológica de las mujeres de gestar.

Frente a esto, el reproche deviene más en una adecuación del lenguaje frente a las personas con identidades de género diversas que tienen la capacidad de gestar. Sin embargo, no puede perderse de vista que con independencia de un lenguaje inclusivo desde siempre las personas gestantes estuvieron protegidas por la norma. Lo que no ocurrió -por ejemplo- con las madres adoptantes que solo hasta la Ley 24 de 1986 pudieron hacerse beneficiarias de la licencia de maternidad.

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

Es importante recordar que, aunque en sus inicios las políticas relacionadas con las licencias parentales tenían como principal objetivo garantizar la salud de las madres y sus hijos recién nacidos, posteriormente se fueron enfocando también en su importancia para los derechos de las mujeres y la igualdad de género, pues constituyen un medio para que las mujeres puedan conciliar su trabajo con su vida familiar.

[312] Además, la protección adecuada a la maternidad resulta esencial para prevenir y reducir la pobreza, promover la salud y el bienestar de las madres y sus hijos, lograr la igualdad de género y promover entornos de trabajo adecuados

para hombres y mujeres.

[313] Los resultados de estas importantes luchas por los derechos de las mujeres se pueden ver reflejadas, a nivel internacional, en los diversos tratados internacionales que reconocen una protección especial a la mujer embarazada [314] y en los tres convenios que ha adoptado la Organización Internacional sobre la protección de la maternidad: el Convenio 3 de 1919, el Convenio 103 de 1952 y el más reciente, el Convenio 183 del 2000. Este último incorpora estándares de protección a la maternidad que promueve que las mujeres puedan combinar los roles productivo y reproductivo, [315] de tal forma que este último no afecte su seguridad económica y laboral.

[316] En particular, el Convenio 183 en su artículo 4 incluye expresamente el derecho a una licencia de maternidad de al menos catorce semanas.

Así pues, con independencia de la autopercepción del género, lo cierto es que existen discriminaciones y desigualdades que sufren otros grupos también históricamente vulnerados como " las mujeres por el hecho de ser mujeres, las cuales están estrechamente vinculadas con su función reproductiva y su responsabilidad de cuidadoras del entero grupo familiar" [317] . Dicha discriminación se relaciona directamente con su rol reproductivo y de cuidado. Lo cual, ha justificado diversas luchas feministas y la protección a la maternidad, asunto que la Corte no podía desconocer.

En hilo con la anterior, considero que existía otra fórmula de resolutivo menos lesiva del margen de configuración del legislador. Esto es, la norma era exequible pura y simple pues toda persona gestante ya era destinataria de los beneficios del fuero de maternidad por el potísimo hecho de que tanto en la realidad como ante el sistema de salud el nacimiento y la gestación no se puede ignorar tan solo por cómo se percibe el gestante. Así, es claro que la norma no fue concebida con un ánimo discriminatorio pues tuvo como punto de partida una realidad basada en la capacidad reproductiva.

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

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

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

persona. Esto es, si una persona ha asumido ante la sociedad una identidad de género específica (como la de hombre o mujer o ninguno de ellos), espera recibir el tratamiento que ello comporta. Así, era necesario ahondar en estos posibles escenarios a efectos de definir una regla respetuosa de las licencias de las parejas adoptantes, que era una discusión mucho más compleja y profunda que la relacionada con las parejas que tienen hijos biológicos.

Por lo expuesto, dejo consignada mi aclaración de voto. Fecha ut supra. JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR Magistrado SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA CRISTINA PARDO SCHLESINGER A LA SENTENCIA C-324/23 Expediente: D-15.103 Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 236 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021.

Magistrado Sustanciador: JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ Con el debido respeto por las decisiones de la mayoría, salvo mi voto en el asunto de la referencia, por las razones que enseguida paso a exponer.

Considero 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.

Estimo 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 mi juicio, 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, estimo que la Corte debió indicar que la simple certificación médica relativa al parto debió tenerse como fundamento de su otorgamiento, sin necesidad de condicionamiento alguno.

En los términos anteriores dejo expresadas las razones de mi discrepancia. Fecha ut supra, CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada [1] Julián Alexander Mejía Correa, Ian Thomas Rey, Nico Rueda Beltrán, Bruno Ospina Velásquez, Lina Rocío Quevedo Cerquera, Noah Herrera Acevedo, Juli Salamanca Cortés, Eliana Robles Pallares, Daniel Gómez Mazo y Valentina Ortega Carvajal [2] Los invitados fueron la Vicepresidenta de la República – en su condición respecto del Ministerio de la Igualdad y la Equidad, a los Ministerios de Salud y Protección Social, de Hacienda y Crédito Público, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), a la Gerencia de Diversidades Sexuales e Identidades de Género de la Alcaldía de Medellín, a la Secretaría Distrital de la Mujer, a las organizaciones Ayllu Familias Transmasculinas, Colombia Diversa, Corporación Caribe Afirmativo, Corporación Familiares y Amigos Unidos por la Diversidad Sexual y de Género (FAUDS), Fundación Grupo de Acción y Apoyo para Personas Trans (GAAT), Hombres en Desorden, Red Distrital de Hombres Trans, la Redada Miscelánea Cultural, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI), Centro de Estudios del Trabajo (CEDETRABAJO), Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo -

CCAJAR, Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo (Fedesarrollo), ONG Temblores, al Programa de Acción para la Igualdad y la Inclusión Social – PAIIS, y al Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider).

[3] Sentencia C-969 de 2009. Esta sentencia analizó la expresión madre contenida en el parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que regula la pensión especial o anticipada de vejez para madres trabajadoras y declaró su exequibilidad condicionada en el entendido que el beneficio era extensivo a los padres cabezas de familia de hijos en situación de discapacidad dependientes económicamente de ellos.

[4] Citan las sentencias T-224 de 2021, T-998 de 2008 y T-278 de 2018. [5] Expediente digital D-15103. Archivo D0015103. Demanda del ciudadano Jhonatan Espinosa Rodríguez y otros", folio 26.

[6] Expediente digital D-15103. Archivo "D0015103. Demanda del ciudadano Jhonatan Espinosa Rodríguez y otros", folio 28. [7] Artículo 43 de la Constitución y Convenios 003, 103 y 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

[8] Expediente digital D-15103. Archivo "D0015103. Demanda del ciudadano Jhonatan Espinosa Rodríguez y otros", folio 29. [9] La intensidad estricta del juicio la justificaron en que se basa en un criterio sospechoso de discriminación: la identidad y expresión de género, recae sobre la comunidad trans y con identidades de género no normativos como grupos históricamente discriminados y vulnerables.

Expediente digital D-15103. Archivo "D0015103. Demanda del ciudadano Jhonatan Espinosa Rodríguez y otros", folios 31 y 32. [10] A este se suman los sistemas general de seguridad social en pensiones y de riesgos laborales.

Expediente digital D-15103. Archivo "D0015103. Demanda del ciudadano Jhonatan Espinosa Rodríguez y otros", folio 35. [11] Los demandantes también refirieron los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del Sistema General de Seguridad Social.

[12] Observación General No. 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Sentencia T-043 de 2012 [13] Expediente digital D-15103. Archivo "D0015103. Demanda del ciudadano Jhonatan Espinosa Rodríguez y otros", folio 39.

[14] Expediente digital D-15103. Intervención - Centro de Derechos Reproductivos . [15] Ibidem, folio 4. [16] Ídem. [17] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, 7 de agosto de 2020.

[18] Expediente digital D-15103. Intervención - Centro de Derechos Reproductivos , folio 6. [19] Ídem. [20] Ibidem, folio 7. [21] Ídem. [22] Ídem [23] Ídem.

[24] Ídem. [25] Expediente digital D-15103. Intervención ILEX Acción Jurídica, Red de Mujeres Trans del Pacífico-Red Dorothy y POSÁ SUTO . [26] Ibidem, folio 4.

[27] CEPAL (2018). La invisibilidad estadística de la diversidad sexual y de género en los censos latinoamericanos. [28] Ibidem, folio 9. [29] Ibidem folio 10.

[30] Ídem. [31] Expediente digital D-15103. Intervención Universidad Libre . [32] Ibidem, folio 7. [33] Ibidem, folio 8. [34] Ídem. [35] Ibidem, folio 9.

[36] Ibidem, folio 11. [37] Ibidem, folio 13. [38] Ídem. [39] Ibidem, folios 13 y 14. [40] Expediente digital D-15103. Intervención Universidad Externado de Colombia .

[41] Ibidem, folio 4. Refirieron la Sentencia C-038 de 2021. [42] Ibidem, folio 5. Citaron las Sentencias T-90 de 2011 y T-335 de 2019. [43] Sentencia T-998 de 2008.

[44] Sentencia T-224 de 2021. [45] Refirió The Equal Opportunity Act (2010) del Estado de Victoria (Australia) que incluye una cláusula de “ breastfeeding ” sin hacer distinciones de género, es decir, se prohíbe que la persona lactante sea discriminada en virtud de su situación identitaria. Asimismo, informó que el gobierno australiano otorga una licencia parental por 18 semanas, que pueden pagarse al cuidador principal del recién nacido o recién adoptado, sin hacer distinción en el género de la persona, siempre y cuando cumpla los requisitos estipulados relacionados con los ingresos.

[46] Explicó que desde 2019, Islandia regula la licencia parental sin hacer distinciones de género, a través del uso de un lenguaje neutral y se brinda por seis meses a la persona gestante.

[47] Manifestó que en el Reino Unido la “ Statutory Maternity Pay and Leave: Employer guide ” utiliza un lenguaje neutro al género y le indica al empleador que la persona trabajadora gestante puede tomar hasta 26 semanas de licencia ordinaria y otras 26 semanas de licencia adicionales, si cumple algunos requisitos como tener un contrato de trabajo y prestar un determinado tiempo antes de disfrutar la licencia.

[48] Expediente digital D-15103. Intervención - Movimiento Nacional por la Salud Sexual y Reproductiva en Colombia . [49] Expediente digital D-15103.

Intervención Ministerio del Trabajo . El Ministerio del Trabajo intervino como autoridad oficiada según lo dispuesto en el artículo 11, inciso 2° del Decreto 2067 de 1991.

[50] Ibidem, folio 12. [51] Al respecto citó la Sentencia C-804 de 2006. [52] Expediente digital D-15103. Intervención Ministerio del Trabajo , folios 14 y 15.

[53] Expediente digital D-15103. Intervención Ministerio de Hacienda y Crédito Público . El Ministerio de Hacienda y Crédito Público rindió concepto en virtud de la invitación realizada en el ordinal sexto del auto admisorio.

[54] Ibidem, folio 10. [55] Ibidem, folio 11. [56] Expediente digital D-15103. Intervención - Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) . La organización rindió concepto en virtud de la invitación realizada en el ordinal sexto del auto admisorio.

[57] Ibidem, folio 6. [58] Ibidem, folio 8. [59] Ídem. [60] Ídem. [61] Expediente digital D-15103. Intervención / Amicus Curiae - ONG - Temblores .

La organización rindió concepto en virtud de la invitación realizada en el ordinal sexto del auto admisorio. [62] Ibidem, folio 3. [63] Unión Transmasculina Andina (UTA). (2022). Los hombres no lloran. Prejuicios sobre las identidades Trans-masculinas en la Región Andina. Región Andina, UTA.

[64] Expediente digital D-15103. Intervención / Amicus Curiae - ONG - Temblores , folio 3 . [65] Sentencias T-443 de 2020 y T-236 de 2020. [66] Expediente digital D-15103.

Intervención / Amicus Curiae - ONG - Temblores , folio 3 . [67] Ídem. [68] Ibidem, folio 5. [69] Ídem. Sentencia C-584 de 2015. [70] Ídem. [71] Ibidem, folios 6 y 7.

[72] Sentencia C-811 de 2007. [73] Sentencia C-336 de 2008. [74] Sentencia SU-214 de 2016. [75] Expediente digital D-15103. Concepto - CAJAR . La organización rindió concepto en virtud de la invitación realizada en el ordinal sexto del auto admisorio.

[76] Ibidem, folios 9, 12 y 13. [77] Ibidem, folio 10. [78] Ídem. [79] Ídem. [80] Ibidem, folio 11. [81] Ibidem, folio 14. [82] Expediente digital D-15103.

Concepto Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider) . La organización rindió concepto en virtud de la invitación realizada en el ordinal sexto del auto admisorio.

[83] Ibidem, folio 3. [84] Transgender Europe, Trans Rights Europe & Central Asia Index 2020. https://tgeu.org/trans-rights-europe-central-asia-index-2020-indicators-criteria/ [85] Expediente digital D-15103.

Concepto Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider) , folio 5. [86] Ídem. [87] Expediente digital D-15103. Concepto Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider) , folio 7.

[88] Adema, W., C. Clarke and V. Frey (2015), “Paid Parental Leave: Lessons from OECD Countries and Selected U.S. States”, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, No. 172, OECD Publishing, Paris.

[89] Expediente digital D-15103. Concepto Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider) , folio 8. [90] Expediente digital D-15103.

Concepto Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider) , folio 9: «La oxitocina, hormona que se libera durante el parto y la lactancia y que contribuye a promover el vínculo entre la persona que ha dado a luz y el o la bebé, puede causar también estrés. Si la persona se separa de su bebé por periodos de tiempo prolongados, esta hormona, así como el cortisol, genera una alerta ante la ausencia del objeto de apego, produciendo estrés».

[91] Ibidem, folio 8. [92] Ibidem, folio 9. [93] Ibidem, folio 11. [94] Expediente digital D-15103. Intervención Colombia Diversa . La organización rindió concepto en virtud de la invitación realizada en el ordinal sexto del auto admisorio.

[95] Artículos 1°, 24 de la CADH. [96] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Serie C No. 239. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2017: privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes,]. Obligaciones de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley (interpretación y alcance de los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, artículo II de la Declaración Americana de los Derechos, artículos 1.1, 2 y 24 de la CADH, los artículos 1, 2.1 y 7 de la DUDH, artículos 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del PIDCP).

[97] Expediente digital D-15103. Intervención Colombia Diversa , folio 11. [98] Ídem. [99] Ibidem, folio 12. [100] Ibidem, folios 12 y 13. [101] Expediente digital D-15103.

Intervención Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) . La organización rindió concepto en virtud de la invitación realizada en el ordinal sexto del auto admisorio.

[102] Ibidem, folio 5. [103] Citaron los casos Duque contra Colombia y Atala Riffo y niñas contra Chile. [104] Sentencias T-443 de 2020, T-141 de 2015 y T-363 de 2016.

[105] Sentencia T-099 de 2015. [106] Sentencia SU-440 de 2021. [107] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. (7 de agosto de 2020). Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Doc. 239 Par. 83.

[108] Expediente digital D-15103. Intervención Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) , folio 8. [109] Ibidem, folio 11.

[110] Ídem. [111] Ibidem, folio 14. [112] Ídem. [113] Expediente digital D-15103. Concepto Vicepresidencia de la República . La Vicepresidencia de la República rindió concepto en virtud de la invitación realizada en el ordinal sexto del auto admisorio en condición de Ministra de la Igualdad y la Equidad.

[114] Ibidem, folio 3. [115] Sentencia C-543 de 2010. [116] Expediente digital D-15103. Intervención ACEMI . La organización rindió concepto en virtud de la invitación realizada en el ordinal sexto del auto admisorio.

[117] Ibidem, folio 8. [118] Ídem. [119] Expediente digital D-15103. Intervención Secretaria Distrital de la Mujer . La Secretaría Distrital de la Mujer rindió concepto en virtud de la invitación realizada en el ordinal sexto del auto admisorio.

[120] Ibidem, folio 7. [121] Ídem. [122] Refirió las Sentencias T-675 de 2017, T-447 de 1995, SU-337 de 1999, T-476 de 2014, T-063 de 2015, T-099 de 2015, T-192 de 2020, T-236 de 2020 y SU-440 de 2021.

[123] Expediente digital D-15103. Intervención Secretaria Distrital de la Mujer , folio 17. [124] Sentencias C-174 de 2009 y C-415 de 2022. [125] Expediente digital D-15103.

Intervención Secretaria Distrital de la Mujer , folio 18. [126] Expediente digital D-15103. Intervención EAFIT y FAUDS . La organización FAUDS rindió concepto en virtud de la invitación realizada en el ordinal sexto del auto admisorio.

[127] Ibidem, folio 4. [128] Muñoz, E. (2021). El principio de la vida: La trascendencia de los primeros meses de vida / The Beginning of Life: The Significance of the Early Months of Life. Grupo Editorial Patria.

[129] Expediente digital D-15103. Intervención Ministerio de Salud . El Ministerio de Salud rindió concepto en virtud de la invitación realizada en el ordinal sexto del auto admisorio [130] Expediente digital D-15103.

Concepto Procuradora , folio 7. [131] Refirió las Sentencias C-543 de 1996, C-664 de 2006, C-864 de 2008, C-401 de 2016, C-352 de 2017, C-031 de 2018, C-083 de 2018 y C-075 de 2021.

[132] Expediente digital D-15103. Concepto Procuradora , folio 4. [133] Ídem. [134] Ídem. Refirió la Sentencia T-141 de 2015. [135] Ibidem, folio 5. Citó la Sentencia C-383 de 2012.

[136] Sentencia C-337 de 2007. [137] Sentencia C-774 de 2001. Otro supuesto en el que no se configura la cosa juzgada constitucional es que se haya modificado el parámetro de juzgamiento.

[138] Sentencias C-774 de 2001, C-228 de 2015, C-064 de 2018 y C-128 de 2020. [139] Sentencias C-025 de 2021, C-044 de 2021, C-065 de 2021, C-189 de 2021, C-210 de 2021 y C-303 de 2021.

[140] Sentencia C-415 de 2022, fundamento jurídico 55. Este alcance también se advierte en el fundamento 111 de la providencia: « La Sala concluye, a partir de todo lo explicado previamente, que la acusación satisface la carga exigida para el estudio de la omisión legislativa relativa. En ella es evidente que el accionante no se opone a que se reconozca la licencia de maternidad de la madre biológica, o de la madre adoptante única, o a la extensión de la licencia de maternidad para el padre adoptante único, lo que reprocha es que no existan reglas frente a las parejas adoptantes del mismo sexo, en las que no concurre un padre o una madre biológica. Es claro pues propone de manera comprensible la violación constitucional del artículo 13 por la falta de regulación de las licencias de maternidad, paternidad, parental compartida y parental flexible a parejas adoptantes del mismo sexo y el desconocimiento del deber específico de protección a la niñez».

[141] Sentencia C-415 de 2022, fundamento jurídico 119. [142] Una descripción detallada de los distintos numerales y parágrafos que conforman el artículo 236 del CST puede consultarse en la Sentencia C-415 de 2022, fundamentos 75 a 89.

[143] Esta sección se basa en las consideraciones de la Sentencia C-110 de 2023. [144] Sentencia C-075 de 2021. [145] Sentencias C-543 de 1996, C-767 de 2014 y C-122 de 2020.

[146] Sentencia C-041 de 2002. [147] Sentencias C-543 de 1996, C-073 de 1996, C-540 de 1997, C-041 de 2002 y C-122 de 2020. [148] Sentencias C-543 de 1996, C-767 de 2014, C-122 de 2020 y C-156 de 2022.

[149] Sentencia C-189 de 2021. [150] Sentencia C-156 de 2022 que reitera la Sentencia C-352 de 2017. Esta última fijó la metodología del juicio por omisión legislativa relativa al advertir las variaciones que en algunas oportunidades se han presentado al analizar los requisitos descritos.

[151] Sentencia C-083 de 2018. [152] Sentencias C-555 de 1994 y C-075 de 2021. [153] Sentencia C-075 de 2021. [154] Sentencias C-029 de 2009 y C-083 de 2018.

[155] Sentencia C-083 de 2018. [156] Sentencia C-122 de 2020. [157] Sentencia C-075 de 2021. [158] Sentencia C-110 de 2018. [159] Esta sección retoma consideraciones expuestas en las Sentencias SU-044 de 2021, T-033 de 2022 y T-218 de 2022.

[160] Sentencia T-218 de 2022. [161] La Corte Constitucional ha considerado que estos principios hacen parte del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y resultan importantes como criterios orientadores sobre la discusión actual en materia de orientación sexual e identidad de género. Al respecto puede consultarse la Sentencia C-356 de 2019.

[162] Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de la ONU. El derecho de la inclusión. Informe temático del año 2021, A/HRC/47/27, 3 de junio de 2021. Disponible en:

https://undocs.org/es/A/HRC/47/27 . Ver también, CIDH, Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI, Algunas precisiones y términos relevantes. Disponible en:

http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp . [163] Sentencia T-443 de 2020. [164] Sentencia T-099 de 2015, fundamento jurídico 38.

[165] CIDH. Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, 7 de agosto de 2020 párr. 76.

[166] Ibidem, párr. 82. [167] Sentencia T-033 de 2022. [168] Sentencia T-033 de 2022. [169] Sentencia T-099 de 2015. [170] Sentencia T-033 de 2022.

[171] Sentencia SU-440 de 2021. [172] Sentencias T-143 de 2018 y T-443 de 2020. [173] Sentencias SU-440 de 2021 y T-033 de 2022. [174] Sentencias T-804 de 2014, T-141 de 2015, T-478 de 2015, T-675 de 2017 y T-143 de 2018.

[175] Sentencia T-063 de 2015. [176] La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ha sido considerada por la Corte Constitucional, con fundamento en los artículos 93 y 94 de la Constitución, como parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto en las Sentencias C-774 de 2001, C-802 de 2002, C-028 de 2006 y C-452 de 2016.

[177] La jurisprudencia de las instancias internacionales encargadas de interpretar los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. Al respecto pueden consultarse las Sentencias C-010 de 2000 y C-146 de 2021.

[178] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 115.

[179] Sentencia T-063 de 2015. [180] El ámbito de protección o contenido de los derechos y principios está compuesto por todas las posiciones jurídicas protegidas por la Constitución. Las posiciones jurídicas son relaciones jurídicas que están compuestas por tres elementos (i) sujeto activo, (ii) sujeto pasivo y (iii) objeto. El objeto de las posiciones jurídicas que integran los derechos fundamentales es un mandato de omisión (faceta negativa) o mandato de acción (faceta positiva) que el sujeto pasivo debe desarrollar a favor del sujeto activo, y sobre el cual el sujeto activo tiene un derecho. En este sentido, el ámbito de protección de un derecho está compuesto por (a) las facultades y prerrogativas que otorga al sujeto activo y (b) las obligaciones (de hacer o no hacer) que impone al sujeto pasivo. Al respecto, ver la Sentencia T-130 de 2021.

[181] La Corte Constitucional ha precisado que en el derecho a la identidad de género concurren los siguientes contenidos: (a) proscribir toda intervención en la autonomía del sujeto en la definición de la identidad y orientación sexual; (b) proteger a las personas, particularmente aquellas que pertenecen a minorías de identidad u orientación sexual, de tratamientos discriminatorios injustificados; (c) prohibir toda forma de sanción o restricción que pretenda cuestionar o direccionar la opción de identidad u orientación sexual del sujeto. Sentencia T-565 de 2013.

[182] Ídem. [183] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Opinión Consultiva OC-24/17, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 de noviembre de 2017, párr. 98.

[184] Sentencias T-977 de 2012, T-063 de 2015 y T-447 de 2019 [185] Sentencia T-594 de 1993. [186] Sentencias SU-337 de 1999, T-977 de 2012, T-063 de 2015 y T-447 de 2019.

[187] Sentencias C-387 de 2014, T-288 de 2018 y C-141 de 2018. [188] Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de la ONU. El derecho de la inclusión. Informe temático del año 2021, A/HRC/47/27, 3 de junio de 2021, párr. 15. Disponible en:

https://undocs.org/es/A/HRC/47/27 . [189] Corte Constitucional, sentencias T-435 de 2002 y T-099 de 2015. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Opinión Consultiva OC-24/17, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 de noviembre de 2017; Corte IDH, caso “ Atala Riffo y niñas Vs. Chile ”, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 136; CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 12 de noviembre de 2015, párr. 51; Derechos Humanos e Identidad de Género, issue paper, Thomas Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa .

Disponible en: https://rm.coe.int/derechos-humanos-e-identidad-de-genero-issue-paper-de-thomas-hammarber/16806da528 . [190] Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de la ONU. El derecho de la inclusión. Informe temático del año 2021, A/HRC/47/27, 3 de junio de 2021, párr. 3. Disponible en:

https://undocs.org/es/A/HRC/47/27 . [191] Sentencia T-447 de 2019. [192] Sentencia T-062 de 2011. [193] Sentencias T-594 de 1993, T-1033 de 2008, T-977 de 2012, T-450A de 2013, T-077 de 2016 y T-447 de 2019.

[194] Sentencias T-565 de 2013 y T-804 de 2014. [195] Sentencias T-062 de 2011, T-363 de 2016 y T-030 de 2017. [196] Sentencias T-675 de 2017, C-356 de 2019 y T-443 de 2020.

[197] Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Preámbulo. 2007.

[198] CIDH. Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, de 7 de agosto de 2020, párr. 59.

[199] Sentencias T-099 de 2015, T-143 de 2018, T-447 de 2019 y C-356 de 2019. [200] Sentencia T-099 de 2015. [201] Sentencia T-063 de 2015. [202] Sentencia T-033 de 2022 [203] Sentencias T-314 de 2011, T-478 de 2015 y T-363 de 2016.

[204] Sentencias T-909 de 2011, T-562 de 2013, T-565 de 2013, T-804 de 2014, T-099 de 2015, T-363 de 2016, T-030 de 2017, T-392 de 2017, T-143 de 2018 y T-335 de 2019.

[205] Artículo 1° de la DUDH: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». Artículo 2° de la DUDH:

«Toda persona tiene 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° de la DUDH: «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». La DUDH ha sido considerada por la Corte Constitucional, con fundamento en los artículos 93 y 94 de la Constitución, como parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto en Sentencias como la T-568 de 1999, C-504 de 2007 y C-084 de 2016.

[206] Artículo 2.1 del PIDCP: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Artículo 26 del PIDCP: «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

El PIDCP fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación mediante la Ley 74 de 1968 y entró en vigor, de acuerdo con las disposiciones del instrumento, el 23 de marzo de 1976. Se ha considerado, con fundamento en los artículos 93 y 94 de la Constitución, como parte del bloque de constitucionalidad en las Sentencias C-393 de 2007, C-434 de 2010, C-066 de 2022 y T-042 de 2023. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009). Observación General No. 20 La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

E/C.12/GC/20, párr. 32: «En “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo».

[207] Artículo 2.2 del PIDESC: «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». El PIDESC fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación mediante la Ley 74 de 1968 y entró en vigor, de acuerdo con las disposiciones del instrumento, el 3 de enero de 1976. Se ha considerado, con fundamento en los artículos 93 y 94 de la Constitución, como parte del bloque de constitucionalidad en las Sentencias C-393 de 2007, C-434 de 2010, C-066 de 2022 y T-042 de 2023.

[208] Artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño: «1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares». La

Convención sobre los Derechos del Niño Colombia fue aprobada por medio de la Ley 12 de 1991. Se ha considerado, con fundamento en los artículos 93 y 94 de la Constitución, como parte del bloque de constitucionalidad en la Sentencia C-355 de 2009.

[209] Artículo 3° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador»: «Los Estados partes en el presente Protocolo 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, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». El Protocolo de San Salvador fue ratificado por Colombia el 23 de diciembre de 1997, previa aprobación mediante la Ley 319 de 1996 y entró en vigor, de acuerdo con las disposiciones del instrumento, el 16 de noviembre de 1999. Se ha considerado como parte del bloque de constitucionalidad, con fundamento en los artículos 93 y 94 de la Constitución, en las Sentencias C-076 de 2006, C-376 de 2010, C-754 de 2015 y C-659 de 2016.

[210] Comité de Derechos Humanos (2011). Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/19/41.

[211] Sentencias C-371 de 2000 y C-963 de 2003. «Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que ‘i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad’».

[212] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), caso «Duque contra Colombia», sentencia del 26 de febrero de 2016; caso «Flor Freire contra Ecuador», sentencia del 31 de agosto de 2016 y caso «Vicky Hernández y otras contra Honduras», sentencia del 26 de marzo de 2021.

[213] Sentencias T-314 de 2011 y T-335 de 2019. [214] Sentencia T-077 de 2016. [215] BUTLER, Judith. Cuerpos que importan. Sobre los limites materiales y discursivos del “sexo”. Paidos, Buenos Aires, 2002. pp. 179 y ss.

[216] Sentencia T-192 de 2020. [217] Sentencias T-086 de 2014, T-141 de 2015 y T-363 de 2016. [218] Sentencia T-363 de 2016. [219] Sentencia T-363 de 2016.

[220] CIDH. Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, 7 de agosto de 2020, párr. 236.

[221] Sentencias T-141 de 2015 y T-143 de 2018. [222] Sentencia T-192 de 2020. [223] Estas consideraciones se basan en las Sentencias T-418 de 2022 y C-415 de 2022.

[224] Sentencia C-415 de 2022. [225] Sentencia C-415 de 2022. [226] Sentencia T-998 de 2018. [227] Sentencia T-278 de 2018. [228] Sentencia C-415 de 2022.

[229] Sentencias T-418 de 2022 y C-415 de 2022. [230] Sentencias T-204 de 2008 y T-998 de 2008. [231] Sentencia C-415 de 2022. [232] La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer fue ratificada por Colombia el 19 de enero de 1982, previa aprobación mediante la Ley 51 de 1981 y entró en vigor, de acuerdo con las disposiciones del instrumento, el 19 de febrero de 1982. Se ha considerado, con fundamento en los

artículos 93 y 94 de la Constitución, como parte del bloque de constitucionalidad en las Sentencias T-732 de 2009 y T-430 de 2022.

[233] El Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3) fue ratificado por Colombia el 20 de junio de 1933. Se ha considerado, con fundamento en el artículo 53 de la Constitución, como parte del bloque de constitucionalidad en la Sentencia T-297 de 2017.

[234] En algunas providencias de la Corte Constitucional relacionadas con la licencia en la época del parto suelen referir los Convenios sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103) y 2000 (núm.

183) los cuales no han sido ratificados por Colombia. [235] Sentencia C-415 de 2022. [236] Sentencia T-489 de 2018. [237] Sentencia T-489 de 2018.

[238] Sentencias T-204 de 2008 y T-998 de 2008. [239] Sentencia C-415 de 2022. [240] Sentencias C-543 de 2010 y T-489 de 2018. [241] Sentencia C-660 de 2000.

[242] Ibidem. [243] Ibidem. [244] Sentencia C-415 de 2022, fundamento jurídico 186. [245] Sentencia C-415 de 2022, fundamento jurídico 188. [246] Sentencia C-1039 de 2003, acápite 4.

[247] Ibidem. [248] La Sentencia C-584 de 2015 señaló que no hay distinción alguna entre la mujer cisgénero y la mujer transgénero. [249] Esta situación es distinta a la ya tratada por la jurisprudencia constitucional que ha señalado, en relación con las expresiones varón y mujer en las leyes que regulan la prestación del servicio militar, que esas expresiones incluyen a sus pares transgénero. Es decir, que la expresión mujer incluye la mujer transgénero y la expresión varón incluye al hombre transgénero. Al respecto pueden consultarse las Sentencias C-006 de 2016, C-220 de 2019 y C-356 de 2019.

[250] Sentencias C-101 de 2018 y C-149 de 2018. [251] Sentencia C-101 de 2018. [252] Sentencias C-774 de 2001, C-577 de 2011 y C-233 de 2021 [253] Sentencias C-774 de 2001 y C-100 de 2019.

[254] Brandeis L. Papers 1881-1966: Finding Aid, Harvard Law School Library, Harvard University, 1976. Citado en Post Robert y Siegel Reva. Constitucionalismo democrático. Editores Siglo XXI, Buenos Aires, 2013 Pág. 31 [255] Post Robert y Siegel Reva. Constitucionalismo democrático. Editores Siglo XXI, Buenos Aires, 2013 Pág. 31 [256] Bruce Ackerman en We the people, Transformations, Vol 2, Cambridge, 1998, p. 100.

[257] Bruce Ackerman en We the people, Transformations, Vol 2, Cambridge, 1998, p. 105. [258] Sentencias C-042 de 2017 y C-030 de 2023. [259] Sentencia SU-261 de 2021.

[260] Sentencia T-062 de 2011. [261] Sentencias T-918 de 2012, T-552 de 2013, T-771 de 2013, T-236 de 2020, T-263 de 2020, T-421 de 2020, T-231 de 2021, T-218 de 2022.

[262] Sentencias T-562 de 2013, T-804 de 2014, T-363 de 2016, T-192 de 2020 y T-443 de 2020. [263] Sentencias T-476 de 2014, T-143 de 2018 y T-236 de 2023.

[264] Ibidem. [265] Sentencias T-063 de 2015, T-077 de 2016, C-114 de 2017, T-498 de 2017, T-675 de 2017, T-447 de 2019 y T-105 de 2022. [266] Sentencia T-099 de 2015.

[267] Sentencia SU-440 de 2021. [268] Sentencia T-033 de 2022. [269] Sentencias C-255 de 1997, SU-1122 de 2001, C-551 de 2003, T-449 de 2004 y T-030 de 2005.

[270] Sentencias C-255 de 1997 y C-535 de 2012. [271] Sentencia C-535 de 2012. [272] Sentencia C-425 de 1995. [273] La Corte Constitucional ha sostenido que la interpretación de la CADH que realiza la Corte IDH constituye un criterio hermenéutico relevante, debido a que se trata del órgano de carácter judicial que interpreta de manera autorizada la

Convención. Sentencia C-469 de 2016. Asimismo, la Sentencia C-010 de 2000 se refirió a algunas opiniones consultivas de la Corte IDH al mencionar la doctrina relevante de este tribunal.

[274] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 196.

[275] Sentencia C-469 de 2016. [276] Sentencia C-469 de 2016. [277] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (2020). Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, p. 189. Para esta recomendación fue nuevamente relevante el Principio 13 de los Principios de Yogyakarta.

[278] Sentencia C-415 de 2022, fundamento jurídico 258. [279] Sentencias T-196 de 2016 y T-105 de 2020. [280] Sentencia C-075 de 2007. [281] Sentencia C-577 de 2011.

[282] Sentencia C-336 de 2008. [283] Sentencia C-811 de 2007. [284] Sentencia C-798 de 2008. [285] Sentencia C-577 de 2011, acápite 4.4.3. [286] Sentencia T-293 de 2009.

[287] Sentencia T-900 de 2006. [288] Sentencia T-099 de 2015. [289] Ibidem [290] Sentencia T-077 de 2016. [291] Sentencias SU-440 de 2021 y T-236 de 2023.

[292] Aitken, Z., Garrett, C. C., Hewitt, B., Keogh, L., Hocking, J. S., & Kavanagh, A. M. (2015). The maternal health outcomes of paid maternity leave: A systematic review.

Social Science & Medicine , 130 , p. 36. En forma similar Heshmati, A., Honkaniemi, H., & Juárez, S. P. (2023). The effect of parental leave on parents' mental health: a systematic review.

The Lancet Public Health , 8 (1), e57-e75. [293] Hidalgo-Padilla, L., Toyama, M., Zafra-Tanaka, J.H. et al. Association between maternity leave policies and postpartum depression: a systematic review.

Arch Womens Ment Health (2023). [294] Van Niel, M. S., Bhatia, R., Riano, N. S., De Faria, L., Catapano-Friedman, L., Ravven, S., Weissman, B., Nzodom, C., Alexander, A., Budde, K. & Mangurian, C. (2020). The impact of paid maternity leave on the mental and physical health of mothers and children: a review of the literature and policy implications.

Harvard Review of Psychiatry , 28(2), 113-126. [295] Ibidem, folio 9. [296] Ibidem, folio 11. [297] Van Niel, M. S., Bhatia, R., Riano, N. S., De Faria, L., Catapano-Friedman, L., Ravven, S., Weissman, B., Nzodom, C., Alexander, A., Budde, K. & Mangurian, C. (2020). The impact of paid maternity leave on the mental and physical health of mothers and children: a review of the literature and policy implications.

Harvard Review of Psychiatry , 28(2), 113-126. NANDI, A., JAHAGIRDAR, D., DIMITRIS, M.C., LABRECQUE, J.A., STRUMPF, E.C., KAUFMAN, J.S., VINCENT, I., ATABAY, E., HARPER, S., EARLE, A. and HEYMANN, S.J.

(2018), The Impact of Parental and Medical Leave Policies on Socioeconomic and Health Outcomes in OECD Countries: A Systematic Review of the Empirical Literature.

The Milbank Quarterly, 96: 434-471 [298] Sentencia C-149 de 1994. [299] Ibidem. [300] Sentencia C-543 de 2010. [301] Artículo 9.2 del Protocolo de San Salvador.

[302] Sentencias C-623 de 2004 y C-1024 de 2004. [303] Sentencia C-336 de 2008. [304] Expediente digital D-15103. Intervención ACEMI . [305] Expediente digital D-15103.

Intervención Ministerio de Hacienda y Crédito Público , folio 10. [306] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-324 de 2023. Resolutivo. [307] Cfr . Corte Constitucional.

Sentencia T-278 de 2018 y T-204 de 2008. [308] Constitución Política, artículo 44. [309] Constitución Política, artículo 42; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10.

[310] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 19; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo VII y Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 3.2, 5, 7, 8, 9, 18, 21 y 27.2.

[311] CIDH. Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas., pár. 57 [312] Cfr .

Canaan, Serena, et al. "Maternity leave and paternity leave: Evidence on the economic impact of legislative changes in high income countries." (2022)., p. 4 [313] ILO. World social protection report. Universal social protection to achieve Sustainable Development Goals.

2017-19., p. 28. (Traducción propia) [314] Al respecto: (i) en el artículo 15.3.a) del Protocolo San Salvador se establece que los Estados se comprometen a “[c]onceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”; (ii) el artículo 12.2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer establece que los Estados “garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”;

(iii) el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales incorpora una protección especial a las madres “durante un período de tiempo razonable antes y después del parto” y se afirma que durante este lapso “a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social” y (iv) en el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”.

[315] ILO. World social protection report. Universal social protection to achieve Sustainable Development Goals. 2017-19., p. 60. (Traducción propia) [316] ILO. Maternity protection at work: a key human right to prevent maternal mortality and morbidity., p.2.

(Traducción propia) [317] Voto parcialmente disidente de la jueza Elizabeth Odio Benito. Vicky Hernández y otros vs Honduras. Sentencia del 26 de marzo de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas).

[318] Cfr . Corte Constitucional. Sentencia C-324 de 2023. Fundamento jurídico 110.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.