



Honorables Magistradas y Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
Magistrada ponente: **JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ**
Palacio de Justicia, Calle 12 N.º 7-65, Bogotá D.C.
secretaria3@cor-teconstitucional.gov.co
Ciudad

Demandante: JONATHAN ESPINOSA RODRÍGUEZ Y OTROS.

Referencia: Expediente **D-15103** Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 236 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo.

Asunto: Intervención ciudadana según Decreto 2067 de 1991 art. 7, inc. 2º.

Los suscritos ciudadanos **JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN**, director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; **MICHELLE ANDREA NATHALIE CALDERON ORTEGA** profesora titular del área de derecho público de la Universidad Libre seccional Cúcuta y miembro del Observatorio; y **DANIELA RAMÍREZ LÓPEZ** profesora titular del área de derecho público de la Universidad Libre seccional Cúcuta y miembro del Observatorio; presentamos la siguiente intervención en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991. Actuamos de conformidad con lo establecido en el art. 242 numeral 1 de la CP., el art. 7 Decreto 2067 de 1991, el Auto del 1 de febrero de 2023 y a la fijación en lista que hizo la Secretaría General de la Corte Constitucional.

I. Norma legal demandada y argumentos del accionante

Varios ciudadanos miembros de la Liga Salud Trans y de la Universidad del Norte¹ demandaron la inconstitucionalidad del art. 236 (p) del Código Sustantivo del Trabajo. Subrayamos la disposición demandada:

“ARTÍCULO 236. LICENCIA EN LA ÉPOCA DEL PARTO E INCENTIVOS PARA LA ADECUADA ATENCIÓN Y CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO.

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:

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



- a) El estado de embarazo de la trabajadora;
 - b) La indicación del día probable del parto, y
 - c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.
Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.
4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento, abandono o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.
 5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple o madres de un hijo con discapacidad, la licencia se ampliará en dos semanas más.
 6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:
 - a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.
 - b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo con lo previsto en el literal anterior.

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

PARÁGRAFO 2°. El padre tendrá derecho a dos (2) semanas de licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera permanente, así como para el padre adoptante.

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

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS y será reconocida proporcionalmente a las semanas cotizadas por el padre durante el periodo de gestación.

La licencia de paternidad se ampliará en una (1) semana adicional por cada punto porcentual de disminución de la tasa de desempleo estructural comparada con su nivel al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, sin que en ningún caso pueda superar las cinco (5) semanas.

La metodología de medición de la tasa de desempleo estructural será definida de manera conjunta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Banco de la República y el Departamento Nacional de Planeación. La tasa de desempleo estructural será publicada en



el mes de diciembre de cada año y constituirá la base para definir si se amplía o no la licencia para el año siguiente.

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

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 párrafo 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 párrafo, los beneficiarios deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. El único soporte válido para el otorgamiento de licencia compartida es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del menor.
2. Debe existir mutuo acuerdo entre los padres acerca de la distribución de las semanas de licencia. Ambos padres deberán realizar un documento firmado explicando la distribución acordada y presentarla ante sus empleadores, en un término de treinta (30) días contados a partir del nacimiento del menor.
3. El médico tratante debe autorizar por escrito el acuerdo de los padres, a fin de garantizar la salud de la madre y el recién nacido.
4. Los padres deberán presentar ante el empleador un certificado médico, en el cual debe constar:
 - a) El estado de embarazo de la mujer; o una constancia del nacimiento del menor.
 - b) La indicación del día probable del parto, o la fecha del nacimiento del menor.
 - c) La indicación del día desde el cual empezarán las licencias de cada uno.
 - d) La licencia parental compartida también se aplicará con respecto a los niños prematuros y adoptivos, teniendo en cuenta el presente artículo.

La licencia parental compartida es aplicable también a los trabajadores del sector público. Para estos efectos, el Departamento Administrativo de la



Función Pública reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la sanción de la presente ley.

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

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

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

1. Los padres podrán usar esta figura antes de la semana dos (2) de su licencia de paternidad; las madres, a no antes de la semana trece (13) de su licencia de maternidad. Expediente D-15103 5
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”.

Los demandantes consideran que las expresiones “*madre*” “*mujer*” “*trabajadora*” vulneran 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); 3° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Para ellos las expresiones acusadas no incluyen a los hombres trans y las personas de género no binario en estado de embarazo. Esta exclusión les impide el acceso a la licencia en época de parto, lo que configura **una omisión legislativa relativa y que no supera un juicio estricto de igualdad**. Sumado a ello, los demandantes sostienen que la exclusión de los hombres trans y personas de género no binario que tenga la capacidad de gestar o que estén en estado de embarazo de la licencia en época de parto o maternidad podría obedecer a una decisión consciente del Legislador, que es discriminatoria y contraria al principio de igualdad.

A su vez, afirman que la falta de acceso a la licencia en época de parto desconoce el derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta que este derecho está consagrado en el art. 48 de la Constitución Política se garantiza a través del Sistema General de Seguridad Social. Este se integra por coberturas en donde se incluye la licencia en época de parto, de paternidad, y los auxilios económicos o subsidios por incapacidad temporal. Por ello, dicho sistema debe ser “aplicable para todos los seres humanos sin distinción alguna de su raza, sexo, orientación sexual, nacionalidad, ideología, entre otros” e incluye el derecho a obtener prestaciones sociales contra la falta de ingresos económicos debido a la maternidad.

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

II. Consideraciones del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre



A. Problema Jurídico derivado del primer cargo y tesis del Observatorio

¿Las palabras “*madre*” “*mujer*” “*trabajadora*” consagradas en el art. 236 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo son inconstitucionales por vulnerar los artículos 13, 43, 48 y 53 de la Constitución, así como los artículos 2º, 7º y 25 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH); 3º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)?

La tesis que se sostendrá este Observatorio es que las expresiones “*trabajadora*”, “*madre*” y “*mujer*” del art. 236 del Código Sustantivo del Trabajo son **EXEQUIBLES CONDICIONADAMENTE** 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. Pasaremos a desarrollar esta tesis.

B. Solución a los problemas jurídicos planteados

i) Teoría del enfoque y reconocimiento de género y su evolución conceptual

Los aportes del feminismo teórico, de la teoría Queer y de los estudios trans, han mostrado cómo el género considerado natural, biológico e invariable, es en realidad una construcción social, mediante la cual se determinan características físicas, comportamientos y reglas estéticas sobre lo que implica ser mujer u hombre en una sociedad heteronormada y androcéntrica. Muchas de estas características presuntamente biológicas son determinadas por aspectos como la genitalidad y, suponen una carga sobre la autonomía e identidad de los sujetos.

El sujeto es hombre o mujer porque sus genitales coinciden con lo que se ha definido como femenino o masculino. Desde este paradigma, quienes salen de la norma, han sido tradicionalmente violentados, excluidos y marginados por el Estado y la Sociedad y, sus identidades se han patologizado, al considerar que la no coincidencia entre el sexo biológico y el género corresponde a un trastorno mental o a una forma de degradación de lo “natural” y/o “moralmente correcto”.

La misma expresión “*Queer*”, hoy utilizada como categoría de reconocimiento y activismo político y cultural de la población cuya identidad sexo-género, no se corresponde con la



normada o normalizada, fue en sus comienzos una designación despectiva que, en Estados Unidos nombraba a lo “raro”, en tanto que no coincidía con lo normalmente aceptado.

Por lo que, para la década de 1990, algunos colectivos de la comunidad LGTBQ+ emplearon el término “*Queer*”, como herramienta para su reconocimiento y reivindicación política y cultural, en procura de desplazar el significado negativo y empoderar a la población con la atribución de una nueva significación vinculada al término. Estas manifestaciones sociales, políticas y culturales también impactaron en el campo teórico científico y académico, promoviendo nuevas investigaciones sobre las sexualidades diversas, el género y la identidad de género.

De Lauretis (1991) y Butler (2006) tenían como propósito, además de visibilizar y empoderar a la población LGTBQ+, transmitir un doble énfasis “sobre el trabajo conceptual y especulativo que conlleva la producción de discursos, y sobre el trabajo crítico necesario de deconstruir nuestros propios discursos y sus silencios construidos”² (Pág. III -IV).

Es así como de forma gradual se introduce la teoría queer y se asume un nuevo paradigma que comprende el género como una construcción social que se impone sobre las subjetividades e identidades de los individuos, desplazando en algunas ocasiones su propia subjetividad e identidad. Este nuevo paradigma reconoce la existencia de identidades de género diversas, no heteronormadas y/o de género no binario.

En conclusión, la teoría de género ha contribuido a una mayor comprensión de la construcción de las identidades de género, así como de las relaciones entre los géneros; también ha contribuido a una mayor comprensión de la manera en que la sociedad construye y mantiene las identidades de género no heteronormadas o no hegemónicas. Así mismo, esta teoría es una herramienta importante para comprender la complejidad de las identidades de género y cómo estas identidades afectan a las personas. Los principales exponentes de la teoría de género son Judith Butler, Simone de Beauvoir, Michel Foucault, Gloria Anzaldúa, Bell Hooks, Donna Haraway, Audre Lorde y Gayatri Spivak.

La teoría queer y los estudios trans, coinciden con planteamientos feministas que reconocen en el Derecho la designación de roles de poder y autoridad, así como la atribución de beneficios y reconocimientos políticos, jurídicos y sociales en función del género, por lo cual, procuran deconstruir los planteamientos que generan desigualdades y discriminación dentro del propio discurso jurídico. Es así como de forma gradual las teorías feministas del Derecho

² De Lauretis, T. (1991). “Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities. An Introduction.” *differences. A Journal of Feminist Cultural Studies*. 3 (2), iii-xviii



y los movimientos de género y diversidades introducen en el campo jurídico la necesidad de reconocer y proteger las identidades diversas, así como garantizar el ejercicio pleno de derechos y en condiciones de igualdad de las personas que no se encuentran dentro del paradigma androcéntrico y heteronormado de la sexualidad y el género.

Estas transformaciones jurídico-conceptuales reclaman intervención de la normativa vigente y de las políticas públicas, para garantizar el reconocimiento y dignidad de la población LGBTQ+ en diferentes escenarios de la vida individual y social. Las principales transformaciones del discurso jurídico a la luz de este paradigma se han gestado, en especial, en el campo del derecho constitucional, penal, civil y laboral.

ii) La evolución de la jurisprudencia respecto de la identidad de género en Colombia: una mirada desde el derecho constitucional

Con la Constitución Política de 1991 el panorama jurídico constitucional en Colombia se transformó de forma exponencial, dando paso al Estado social de derecho y permitiendo un amplio desarrollo de la garantía y protección de los derechos constitucionales en general, y de los derechos fundamentales, en particular. Esta nueva Constitución parte del presupuesto de igualdad y dignidad de todas las personas con independencia de su raza, género, edad o condición política o social y, con ello, abre las puertas a nuevas discusiones en el campo del derecho nacional respecto de los derechos de las mujeres, los niños, los ancianos, la población vulnerable y las minorías sexuales, entre otras minorías tradicionalmente excluidas o marginadas en el contexto jurídico y social del país.

No obstante, la jurisprudencia constitucional en Colombia ha tenido lenta evolución en cuanto al reconocimiento de la población LGBTQ+, pasando por periodos de desconocimiento, silencio y confusión a procesos más recientes de protección y garantía de derechos. Este desarrollo jurisprudencial, entre otros aspectos, muestra la confusión que prevalece en la sociedad y se extiende al campo jurídico, sobre las diferencias entre la identidad de género, la orientación sexual y la identidad sexual, lo que ha conducido a decisiones contradictorias o ajenas a la realidad de la población LGBTQ+, en especial en lo que refiere a la población trans y a las personas de género no binario.

Los procesos de incursión sobre la identidad de género en la jurisprudencia constitucional colombiana se remontan a la sentencia T-594 de 1993, cuando se abordó por primera vez la discusión sobre el cambio de nombre en una persona trans. Época en que el propio concepto de persona trans no era comprendido, ni mucho menos existía conocimiento sobre todas las identidades a las que remite dicha expresión. En este primer momento existía un amplio



desconocimiento de la identidad de género y de la diversidad sexual, produciendo invisibilización de las experiencias, derechos y discursos de esta población (Ibarra Padilla, Martínez Martínez, Sánchez Tamayo, 2021)³.

Un segundo momento de desarrollo jurisprudencial se observa en sentencias como la 476 de 1997, cuando se usa la expresión travesti o travestismo como sinónimo de trans. Esta es una época de confusión entre orientación sexual e identidad de género. Para dicho periodo se presentaron decisiones contradictorias que no estaban acordes con el desarrollo teórico conceptual de las teorías feministas de la tercera ola, la teoría queer y los estudios de género.

Similar confusión se presenta en periodos posteriores de la jurisprudencia constitucional, como ocurre con la sentencia T-268 de 2000, cuando la Corte Constitucional usa de forma indistinta expresiones como “diversidad sexual”, “homosexualidad”, “travestis”, “comunidad gay” o “transexuales”; esta confusión conceptual se observa también en sentencia como la T-152 de 2007, en que se emplea como sinónimos expresiones como “opción sexual”, “condición sexual” u “orientación sexual”, esto pese que para dicho periodo el discurso LGTB ya ocupaba un lugar en la agenda pública, o en la sentencia T-1033 de 2008, donde, incluso, se habla de una “reorientación sexual” para definir conductas propias de la identidad de género (Ibarra Padilla, Martínez Martínez, Sánchez Tamayo, 2021).

En un tercer momento, la Corte Constitucional comienza a desarrollar un enfoque más proteccionista de derechos, con un desarrollo jurisprudencial que comprende algunas categorías como criterios sospechosos de discriminación. Para este periodo persisten muchas confusiones sobre los términos identidad de género y orientación sexual, lo que se observa en sentencias como la T-062 de 2011.

Luego, con la sentencia T-314 de 2011, se plantea la discusión teórica sobre la “identidad de género” y se examina la existencia de otras identidades que no se encuentran comprendidas dentro de la categoría “gay”, considerando necesario extender los derechos reconocidos a esta comunidad, a otros grupos poblacionales que no se identifican con los lineamientos heteronormados de la sociedad.

En sentencias posteriores a la T-314 de 2011, se da un retroceso en cuanto a la delimitación conceptual de “identidad de género” como categoría independiente y distinta de “orientación sexual” o “identidad sexual”, en este periodo destacan sentencias como la T-391 de 2012, T-876 de 2012, entre otras sentencias del mismo corte restrictivo y de confusión conceptual.

³ Ibarra Padilla, Martínez Martínez, Sánchez Tamayo, (2021). Avances en materia de igualdad desde una perspectiva de género en el Derecho Constitucional Colombiano. Revista Análisis Político. Vol. 34, No. 101. (pág. 5-22).



En un último periodo la Corte Constitucional ha abordado el concepto de identidad de género como “categoría de análisis frente a las experiencias de vida trans” (Ibarra Padilla, Martínez Martínez, Sánchez Tamayo, 2021, pág. 12). El término “identidad de género” ha sido especialmente desarrollado, entre otras sentencias, en la 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.

La jurisprudencia en relación con la identidad de género continua en desarrollo y requiere especial atención y cuidado, en especial teniendo en cuenta la doble condición de vulnerabilidad a la que se enfrenta la población con identidad de género no normativa, por un lado, en relación con el desconocimiento y prejuicio al que se enfrentan, por otro, respecto de las distintas formas de violencia que suelen enfrentar y que reproducen patrones de exclusión y discriminación negativa.

Ello teniendo en cuenta que,

“La comunidad trans, forma parte de un grupo social históricamente sometido a patrones de valoración cultural negativos, sus integrantes han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos y su situación socio económica evidencia de manera nítida las circunstancias de desprotección y segregación que padecen. Dentro del sector LGBT es justamente la población transgénero la que afronta mayores obstáculos para el reconocimiento de su identidad y el goce efectivo de sus derechos, y constituyen las víctimas más vulnerables y sistemáticas de la comunidad LGBT. Por lo anterior, esta Corporación ha señalado que se trata de una población en condiciones de debilidad manifiesta y en esa medida gozan de especial protección constitucional. Ante estas circunstancias de segregación, esta Corporación ha garantizado en escenarios constitucionales específicos, el derecho de las personas transgénero a definir su identidad sexual y de género y a no ser discriminadas en razón de ella”⁴

De lo anterior se colige la necesidad de garantizar los derechos de la población trans y de las personas con identidades no normativas, así como de prevenir y eliminar todas las formas de discriminación en contra de esta población.

iii) Sobre las omisiones legislativas relativas y el caso concreto: artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.



La Corte Constitucional Colombiana ha sido enfática al declarar que existen situaciones en que las normas callan, omiten o desconocen la existencia de ciertos individuos o grupos, condiciones o situaciones que, en virtud del principio de igualdad u otros principios constitucionales, deben ser consideradas, reguladas y/o garantizadas (Sentencia C-426 de 2020); (Sentencia C-156 de 2022). Desde el punto de vista de la teoría constitucional, cuando una norma excluye situaciones, casos o personas que debe contemplar en virtud de los derechos, deberes y principios constitucionales, se está ante una omisión legislativa relativa. En este caso la inconstitucionalidad por omisión se presenta cuando el legislador desconoce, omite u pretermite su deber de materializar y preservar la vigencia de la Constitución (Sentencia C-189 de 2021).

Por su naturaleza, las omisiones legislativas, desconocen la fuerza normativa de la Constitución y vulneran derechos fundamentales de los asociados. Se trata de una situación que repercute de manera directa sobre la supremacía de la Constitución y menoscaba derechos constitucionales fundamentales. Así, la fuerza normativa de la Constitución puede verse gravemente afectada, no solo por el desconocimiento activo de sus postulados. Existen situaciones omisivas que vulneran la fuerza normativa de la Constitución y desconocen de manera directa su supremacía.

Cuando la vulneración es resultado de una práctica omisiva, reconocerla, así como demostrar la consecuente transgresión, es más compleja que en aquellos casos en que el desconocimiento o la contradicción con la norma es activa y se manifiesta de forma expresa.

Por ello, la tarea de la Corte Constitucional en los casos de omisiones legislativas relativas requiere mayor análisis, interpretación e intervención. Puesto que el desconocimiento de los mandatos constitucionales no es ostentadamente manifiesto, sino que puede ser el resultado de estereotipos prejuiciosos, prejuicios o formas de violencia estructural aceptadas y normalizadas dentro de la sociedad, lo que da lugar a supuestos de discriminación, diferenciación o exclusión que transgreden derechos fundamentales como la igualdad, la dignidad humana o el debido proceso.

Este tipo de omisiones suelen presentarse en el caso de las normas que regulan derechos sociales, pero también pueden darse en cuanto a la regulación o desarrollo de otros derechos y pueden incidir de forma grave en la dignidad humana de los sujetos afectados por la omisión.



Como ha precisado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia (Sentencia C-222 de 1995)⁵; (C-189 de 2021), las omisiones legislativas no solo se presentan en relación directa con el articulado de la Constitución, además puede darse en relación con los principios constitucionales, o con normas, principios y derechos reconocidos y ratificados por Colombia en virtud del bloque de constitucionalidad.

En el caso objeto de estudio, la norma demanda excluye de su redacción y, por lo tanto, 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. Se trata en este caso, de una clara exclusión en el reconocimiento de derechos que afecta a una población tradicionalmente excluida, violentada y transgredida tanto en lo normativo como en lo social.

El desconocimiento en la norma sobre la posibilidad de que la población transgenerista, transgenero, de género no binario o quienes transitan entre géneros, u otras identidades no normativas, puedan gestar y, por consiguiente, gozar de la licencia de maternidad, vulnera el derecho a la igualdad, la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad de esta población, además que supone una forma de perpetuación de la violencia y exclusión de la que tradicionalmente han sido víctimas. En ese mismo orden, su exclusión dentro del articulado de la norma afecta su derecho a la seguridad social, al mínimo vital y la protección integral de la familia.

Se trata entonces de un desarrollo legislativo imperfecto⁶ que excluye a un tipo particular de individuos, quienes, en igualdad de condiciones, por encontrarse en situación similar a la una mujer en estado de embarazo o con posterioridad al parto, tendrían el derecho de solicitar y acceder a la licencia de maternidad. Lo que resulta en la omisión de un deber constitucional específico en relación con el derecho a la igualdad y la no discriminación.

Este Observatorio advierte que la omisión en el art. 236 del Código Sustantivo del trabajo no sólo afecta a quienes debiendo acceder a la licencia de maternidad no estarían contemplados por la norma (afectando sus derechos económicos, prestacionales, de salud y en relación con la familia), sino, además, a los neonatos que estando en condición de extrema vulnerabilidad,

⁵ Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

⁶ Entre otras sentencias, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-522 de 2009, considera que las omisiones legislativas se presentan en aquellos casos en que existe una legislación vigente que desarrolla un derecho o un deber constitucional, pero que es incompleto o imperfecto, al excluir de manera implícita algún criterio normativo relacionado con un derecho o un deber constitucional que debía contemplar el legislador en el desarrollo de la norma.



se ven privados del cuidado al que tienen derecho y que debe ser garantizado por el Estado y la sociedad.

La exclusión que persiste en el art. 236 del Código Sustantivo de trabajo, no se encuentra justificada de forma razonada, razonable y suficiente, por el contrario, es resultado del desconocimiento, la invisibilización y la ignorancia respecto de las identidades de género no normativas. Aspecto que, si bien no era conocido o desarrollado en el contexto jurídico social colombiano en el momento de la expedición de la norma, si lo es en la actualidad, por lo cual, su no inclusión, es una clara forma de discriminación contra las personas con identidades no hegemónicas.

Ello teniendo en cuenta que, si un hombre trans o una persona de género no binario puede estar en embarazo, y, por lo tanto, dar a luz, no asiste razón alguna para que después del parto no tenga el derecho a acceder a la licencia de maternidad.

iv) Sobre el lenguaje y las formas de discriminación

Los símbolos y significaciones asociados a ciertas palabras construyen y/o definen la identidad individual, cultural y social de algunos sujetos cuyas alteridades se reflejan en ellos. A su vez, estos símbolos pueden fundar prácticas sociales de exclusión y/o violencia hacia dichos sujetos. Lo distinto, ha sido tradicionalmente objeto de la carga simbólica negativa presente en el lenguaje y la cultura y, por consiguiente, aquellas existencias y experiencias que se encuentran insertas en estas categorías son víctimas de variadas y sistemáticas formas de violencia, injusticia y discriminación.

Por ello, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional considera que existen experiencias que se deben nombrar para adquirir un estatus y reconocimiento, para llamar a la acción o a la oposición o para enfrentarse a la violencia y la discriminación.

En nuestro análisis se concluye que el legislador también es humano y también falla, aún con buenas intenciones. En este caso, al no mencionar, a través del lenguaje escrito (la norma) a las identidades de género diversas y, por consiguiente, desconocer el derecho de esta población a la licencia de maternidad. Esto es particularmente importante, porque la exclusión de lo distinto en el lenguaje jurídico legal es una práctica ampliamente discriminatoria que reproduce patrones de violencia e injusticia estructural, siendo el propio Estado quien, en efecto, ejerce de agresor y discriminador.



Frente a esto, el Observatorio reitera su postura al considerar que el lenguaje jurídico legal es uno de esos escenarios en que los significantes y sus significaciones tienen mayor carga e impacto, de ahí la importancia de incluir los nuevos términos que reconocen las otras vivencias, experiencias y saberes y, excluir aquellos que desconocen lo distinto, lo diverso o lo plural; lo invisibilizan, lo hegemonizan o lo transgreden.

Si bien el solo cambio de una denominación o expresión, o la ampliación de su sentido o significado en “el entendido de”, no resuelve el problema de la discriminación o el prejuicio, comprender el impacto del lenguaje en la construcción de prácticas sociales y culturales, es un primer paso hacia la desestructuración de la discriminación y la violencia en sus distintas manifestaciones.

Enfrentar la dependencia, la opresión, la dominación y la negación requiere necesariamente aprender a leer y a “reescribir” el mundo, en otras palabras, transformarlo con una narrativa distinta que, por supuesto, desde lo jurídico, comienza con el lenguaje de la ley.

Sobre el tema ya la Corte Constitucional ha analizado los efectos del lenguaje para prevenir conductas que configuren prácticas discriminatorias. En la sentencia T- 098 de 1994 la Corte puntualizó que

“El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - **anular**, dominar o ignorar a una **persona o grupo de personas**, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales”

En la misma providencia, afirmaba que también constituye un acto discriminatorio el trato desigual e injustificado que, por lo común, **se presenta en el lenguaje de las normas** o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad.

Esto tiene trascendencia si se analiza el lenguaje desde su fin comunicativo, en el que se orienta al intercambio de pensamientos e ideas y para ello es indispensable analizar la literalidad de lo expresado por cada palabra y por la gramática de cada frase (Sentencia C- 147 de 2017).

Afirma la Corte que la palabra no puede estar reducida al signo y a su funcionalidad gramática, sintáctica o a su utilización práctica, en la medida en que no solo atiende a su



significado concreto, sino a la función que se predica de ella en una oración o al contexto en el que se emite o se recibe.

Entonces la potencialidad del lenguaje no solo se encuentra referida a la capacidad de comunicar ideas, sino también a la posibilidad de crear, transformar o extinguir percepciones sobre las cosas a las que se refieren las palabras. En ese sentido **la palabra crea realidad y la difunde**, pues asienta socialmente representaciones sobre las cosas nombradas que serán aceptadas o rechazadas conforme la escala axiológica de los emisores y receptores de los mensajes. (Sentencia C-147 de 2017).

Algunos autores han analizado la carga valorativa del lenguaje y su efecto directo en reconocer privilegios o excluir - discriminar. Es decir, no solo es una herramienta positiva o de afirmación, sino que además se proyecta con efectos jurídicos.

Van Dijk, Teun A en *El lenguaje y el status quo en Lenguaje y Discriminación* (2005) analiza la relación que existe entre el lenguaje y la discriminación. Afirmando que “(...) *no es simplemente un instrumento de comunicación entre individuos anteriores a él (...), por el contrario, posee (...) un papel fundante dado su potencial creativo y ordenador*”. Explica que **la desigualdad puede venir de las mismas expresiones lingüísticas** que se presentan como descripción de la realidad abstraída de cualquier influencia. Adicional, determina que

“(...) la coartada discriminatoria induce a concebir las desigualdades como resultado de la naturaleza y no como construcción cultural “(...) debería plantearse que entre lo real y lo que el sujeto percibe como su realidad se ubica precisamente una **mediación simbólica** a partir de la cual se inducirán, entre otras, **las discriminaciones negativas (...)**”.

Sostiene que el lenguaje ha sido determinante para que en ciertas épocas un concepto o palabra se excluya o valore de manera inferior, diferente. De ahí que se pueda inferir que la finalidad de su prohibición, desde el lenguaje, es impedir que se menoscabe el ejercicio de los derechos a una o varias personas (como en el caso de personas gestantes diferentes a las mujeres -hombres trans y las personas de género no binario en estado de embarazo-) ya sea negando un beneficio o privilegio (licencia de maternidad), sin que exista justificación objetiva y razonable. De otra manera, efectuar un trato desigual conlleva una vulneración general, manifiesta y arbitraria de la Constitución, momento en el cual el juez constitucional debe efectuar un análisis con el objetivo de establecer sus causas y, como consecuencia, definir la irregularidad.



v) Necesidad de resignificación y transformación de la política pública y de la normativa sobre la licencia de maternidad en materia de reconocimiento de las identidades de género

El presente concepto asume como tesis principal que, teniendo en cuenta el principio de progresividad y el Derecho Internacional del Trabajo, la normativa nacional se debe ajustar para aplicar las protecciones propias del derecho al trabajo y a la seguridad social a las nuevas formas de maternidad y paternidad, por lo que, no se puede limitar el derecho a la licencia de maternidad a la población de sexo femenino, sino que la normativa debe contemplar a todas las personas con capacidad de gestar. Ello con el objetivo de garantizar el derecho a disfrutar y ejercer en forma plena la maternidad o paternidad en condiciones de igualdad.

Se asume como premisa que la identidad de género no debe ser un obstáculo para el reconocimiento de derechos, por el contrario, es deber del Estado evitar todas las formas de discriminación negativa y proteger los derechos de las minorías. En el caso sub examine, la exclusión de las personas trans y de las personas de género no binario en la regulación de la licencia de maternidad, es una omisión legislativa relativa que vulnera el derecho a la igualdad y la dignidad de esta población, además de afectar el derecho de niñas y niños de gozar de un adecuado cuidado y protección de sus padres en el primer momento de la vida.

El derecho a la maternidad es un derecho fundamental que se debe garantizar a todas las personas que ostenten dicho rol. Para el caso de la norma demandada, el uso de expresiones como “mujer”, “madre” o “trabajadora” no son incluyentes de las identidades de género diversas y, en este sentido, los hombres trans o las personas que no se identifican con el género binario o que transitan entre géneros y que se encuentran en capacidad de gestar, no estarían protegidas por lo contemplado en la norma demandada.

Para el caso es preciso resaltar que la propia licencia de maternidad es un derecho que se ha conquistado, como una forma de enfrentarse a la exclusión que afecta a las “mujeres”, no solo por su condición de mujeres, en tanto a pertenecer al género femenino, sino en función de su capacidad de gestar, en especial, frente a los prejuicios que conlleva en el mundo laboral todo lo relacionado con el embarazo y la lactancia, así como la necesidad de cuidado de los hijos y otras labores tradicionalmente asociadas a la condición de mujer. No obstante, estas exclusiones y prejuicios en la actualidad se extienden a las personas trans, a las personas que se reconocen con género no binario y a quienes transitan entre géneros, en la medida que tengan la posibilidad de gestar; las cuales, al no estar representadas en la norma, enfrentan una grave desprotección de sus derechos, lo que sumado a los prejuicios y estereotipos que



enfrenta esta población, las pone en una grave situación de vulnerabilidad y las expone a diversas formas de persecución, en contravía de derechos constitucionales fundamentales.

Así, la licencia de maternidad es un derecho humano fundamental que debe estar garantizado a todas las personas, con independencia de su género o identidad de género. Las personas trans y las personas de género no binario son parte integral de la sociedad y merecen el mismo nivel de respeto y dignidad que cualquier otra persona. Esto significa que tienen derecho a disfrutar de los mismos beneficios y derechos que el resto de la población.

Por lo tanto, extender la licencia de maternidad a los hombres trans y a las personas del género no binario permitiría garantizar su derecho a la igualdad y a la no discriminación, al reconocer que todas las personas tienen derecho a la protección de su salud y de su vida personal y familiar. Además, esto sería coherente con la tendencia internacional de reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI y con el compromiso de Colombia con la promoción de los derechos humanos y la igualdad.

La importancia de garantizar la licencia de maternidad a las personas trans y a las personas de género no binario es fundamental para proteger su derecho a la igualdad, dignidad, seguridad social, mínimo vital, entre otros derechos, además de garantizar la protección y cuidado de los neonatos, aspecto que se vincula al derecho a una familia y al interés superior del niño.

La licencia de maternidad también es importante para garantizar la igualdad de oportunidades entre los padres. Esto significa que todos los padres deben tener la oportunidad de disfrutar de un tiempo de descanso para cuidar de sus hijos, sin importar su género o identidad de género. Lo que permite superar estereotipos prejuiciosos en relación con los deberes de cuidado y la maternidad, al garantizar la igualdad entre los padres, lo que a su vez contribuye a la lucha contra la discriminación y a la construcción de una sociedad más equitativa, justa y plural. Por lo tanto, extender la licencia de maternidad a los hombres trans y a las personas del género no binario permitiría garantizar su derecho a la igualdad y a la no discriminación, al reconocer que todas las personas tienen derecho a la protección de su salud y de su vida personal y familiar. Además, esto sería coherente con la tendencia internacional de reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI+ y con el compromiso de Colombia con la promoción de los derechos humanos, la igualdad y la dignidad humana.



III. Petición

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre le solicita a la Honorable Corte Constitucional:

- Que declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del en contra de las expresiones “*trabajadora*”, “*madre*” y “*mujer*” del art. 236 del Código Sustantivo del Trabajo, 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.

De los señores Magistrados, atentamente,

KENNETH BURBANO VILLAMARIN

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho de la Universidad Libre

jkbv@hotmail.com - jorgek.burbanov@unilibre.edu.co - observaciudadanoderecho@unilibre.edu.co

C.C. 79.356.668 - Calle 8 No. 5-80, segundo Piso, Bogotá D.C. - Cel. 3153465150

MICHELLE ANDREA NATHALIE CALDERON ORTEGA

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Docente de la Facultad de Derecho Universidad Libre, Cúcuta.

Correo: michellea.calderono@unilibre.edu.co / nathalie.calderon.ortega@gmail.com

C.C. 1092347311 de Villa del Rosario.

DANIELA RAMÍREZ LÓPEZ

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Docente de la Facultad de Derecho Universidad Libre, Cúcuta.

Correo: daniela.ramirezl@unilibre.edu.co – lopezramirezdaniella@gmail.com

C.C. 1.093.780.950 de Los Patios