

Bogotá, D.C., 3 de marzo de 2023

Honorable magistrado

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Corte Constitucional

Ciudad

E.S.D.

REFERENCIA: Intervención ciudadana del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia-.

INTERVINIENTES: Diana Esther Guzman Rodriguez, Maryluz Barragán González, Cristina Annear Camero, Édgar Valdeleón Pabón, Fabián Mendoza Pulido y Lucía Ramírez Bolívar.

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.

RADICADO: Expediente D-15013.

Diana Esther Guzman Rodriguez, Maryluz Barragán González, Cristina Annear Camero, Édgar Valdeleón Pabón, Fabián Mendoza Pulido y Lucía Ramírez Bolívar, directora, subdirectora e investigadoras (es) del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), identificadas como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos esta intervención en el marco del expediente D-15013, correspondiente a la demanda contra las expresiones “trabajadora”, “mujer”, “madre” y “madres” previstas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021. Esto debido a que la Corte Constitucional, mediante Auto del 7 de febrero de 2023, invitó a Dejusticia a participar con la finalidad de que emitiera concepto sobre la norma demandada, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

Nuestra intervención se enfoca en argumentar que: (i) la norma impugnada incurre en una omisión legislativa relativa, debido a que excluye u omite de la protección de la licencia de maternidad a los hombres trans y a las personas de género no binario con capacidad de gestar, en estado de embarazo y, por tanto, vulnera el principio de igualdad establecido en la Constitución Política (art. 13) y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (arts. 2.2, PIDESC, 2.1 del PIDCP y 1.1 CADH) que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93, C.P.); y (ii) que la demanda de inconstitucionalidad satisface los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional, respecto a la inconstitucionalidad y, por tanto, la Corte tiene la competencia en el caso concreto para declarar la exequibilidad condicionada de la norma en el entendido que la garantía de licencia de maternidad, que se encuentra limitada únicamente para las expresiones “trabajadora”, “mujer”, “madre” y “madres”, se extienda a los hombres trans y las personas de género no binario con capacidad de gestar, en estado de embarazo.

De conformidad con lo anterior, nuestra intervención se divide en dos secciones, que corresponden a

cada uno de esos dos argumentos.

1. LA CONFIGURACIÓN DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA EN ESTE CASO

Las personas demandantes en este caso argumentan que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo incurre en una omisión legislativa relativa al no incluir a los hombres trans y personas de género no binario con capacidad de gestar, que se encuentran en estado de embarazo como beneficiarias de las 18 semanas de licencia de maternidad. En el presente escrito sostenemos que los argumentos de la demanda son acertados pues la norma cuestionada es discriminatoria y por tanto contraria al principio de igualdad. Al seguir la jurisprudencia constitucional es posible concluir que la norma incurre en la omisión legislativa relativa alegada, pues los hombres trans y las personas de género no binario con capacidad de gestar, que se encuentran en estado de embarazo están en una situación asimilable a las personas beneficiarias de la norma, y no existe una razón suficiente que justifique su exclusión .

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la omisión legislativa relativa ocurre 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*”¹. Es decir, en estos eventos, se dejan por fuera (se omiten) casos que no deberían estar excluidos de la regulación, así, la función legislativa se debe realizar sin generar situaciones discriminatorias proscritas por la Constitución², pues el Legislador tiene una obligación específica y concreta de hacer (legislar), determinada por el Constituyente³. La Corte también ha señalado que se puede enjuiciar excepcionalmente estas omisiones mediante una acción pública de inconstitucionalidad⁴, siempre que no se trate de omisiones absolutas, es decir, cuando se trata de la falta total de regulación normativa referida a un aspecto cualquiera de la realidad regulable⁵, pues no habría objeto de análisis, sino de omisiones relativas. Estas últimas se refieren a la existencia de disposiciones legales incompletas

¹ Corte Constitucional, Sentencias C-122 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

² Corte Constitucional. Sentencia C-110 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; C-767 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-215 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica; C-543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. En dichas providencias la Corte ha entendido que la omisión legislativa relativa es “*todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución. Tales omisiones se identifican con la falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el Constituyente. (...) En este orden de ideas, cuando se analiza una norma demandada por omisión legislativa relativa y ésta excluye de sus consecuencias jurídicas el ingrediente que de acuerdo con la Constitución debía estar incluido, se presenta el incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente así como la vulneración del principio de igualdad, lo cual obliga al juez constitucional en ejercicio de sus funciones a adicionar al texto de la norma el elemento omitido, de forma que este se ajuste a la Carta o, en caso que resulte imposible hacerlo, declarar la inconstitucionalidad de la disposición demandada.*”

³ Corte Constitucional, Sentencias C-600 de 2011, M.P. María Victoria Calle; C-891A de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil. AV. Jaime Araújo Rentería.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-767 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

porque omiten, sin justificación, consecuencias jurídicas a casos asimilables⁶ que resultan indispensables para que la norma sea compatible con la Constitución⁷. La consecuencia de este fenómeno, generalmente, es una sentencia -condicionada- integradora aditiva “*que extienda sus consecuencias a los supuestos excluidos de manera injustificada*”⁸.

Para sostener un cargo de omisión legislativa relativa se exige una mayor carga argumentativa⁹ porque es necesario demostrar que el Legislador no está cumpliendo con una obligación “*expresamente señalada en forma de regla o principio por el Constituyente*”¹⁰. Por ende, además de la carga general para las acciones de constitucionalidad¹¹, se deben acreditar cinco requisitos específicos, que son los siguientes:

*“(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”*¹².

A continuación, verificamos estos requisitos para demostrar que el artículo 236 del CST excluyó injustificadamente a hombres trans y personas de género no binario con capacidad de gestar, que estén en estado de embarazo, para la obtención de licencias de maternidad, a pesar de que deberían ser también beneficiarias de la norma.

⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-767 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-031 de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera; C-075 de 2021, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar; C-173 de 2021, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar; C-156 de 2022, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar.

⁷ Corte Constitucional, Sentencias C-189 de 2021, M.S. José Fernando Reyes Cuartas; C-156 de 2022, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar.

⁸ Corte Constitucional, Sentencias C-083 de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-156 de 2022, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar.

⁹ Corte Constitucional, Sentencias C-352 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-352 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-027 de 2020, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencias C-352 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-270 de 2022, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹² Corte Constitucional, Sentencias C-1009 de 2005, M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa; C-352 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo; C-122 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-270 de 2022, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

i. La omisión legislativa relativa se predica de una norma específica

En este caso el cargo se eleva contra el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo que regula la licencia en época de parto o de maternidad. Al respecto, y como se verá a lo largo de este escrito, la omisión no deviene de una interpretación ni de una suposición, sino de una lectura literal de la norma, comparada con la realidad material de los hombres trans y de las personas de género no binario con capacidad de gestar que requieren recuperarse tras el parto y/o ejercer las labores de cuidado de la persona recién nacida. .

ii. La norma excluye de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en su regulación

Para verificar si se cumple el requisito de exclusión de casos asimilables, nos ocuparemos de dos elementos: en primer lugar, la demostración de que los preceptos acusados no incluyeron el caso cuya omisión se reprocha; y, en segundo lugar, que dicho caso sea asimilable a aquellos que sí fueron comprendidos en tal precepto.

En primer lugar, como fue expuesto en la demanda, el artículo demandado menciona a “*la trabajadora o madre biológica*” en estado de embarazo, que tiene derecho a la licencia de 18 semanas en época de parto (núm. 1, 4). Y también la norma se refiere a la “*madre adoptante*”, o al padre que quede a cargo “*sin apoyo de la madre biológica*” (núm. 4.). Al leer de forma literal esta norma, se evidencia que los casos que incluye, ya todos citados y resaltados en la demanda, no incluyen a hombres trans y personas de género no binario con capacidad de gestar, en estado de embarazo. Así, estas personas, en el caso de ser trabajadoras, y tras su propio parto, **no podrían acceder a la licencia de 18 semanas por no ser madres biológicas, ni padres que se hayan quedado sin el apoyo de las madres biológicas.**

En segundo lugar, la situación de los hombres trans y las personas de género no binario con capacidad de gestar, que se encuentran en estado de embarazo es en esencia asimilable a la situación que se predica en la norma impugnada. Como se menciona en la demanda, la consecuencia de la licencia de maternidad es una prestación económica que recibe la mujer tras el parto, y que concuerda con el período de 18 semanas en que se aparta de sus actividades laborales. De esta manera, el objetivo de esta licencia es proteger principios constitucionales como los contenidos en los artículos 5 (prohibición de discriminación y reconocimiento de la familia), 43 (igualdad de género y protección del embarazo) y 44 (prevalencia de los derechos de las niñas y niños, y su protección familiar) de la Constitución. Esto, ya que la licencia cumple una función doble: de descanso y cuidado de la salud de la mujer que acaba de pasar por un parto, pero también por la responsabilidad y las labores que conllevan el cuidado de la persona recién nacida en la etapa más crítica tras su nacimiento. En otros términos, la licencia busca, en esencia, proteger la vida y salud de quien recién pasa por un proceso de parto, así como también la unidad familiar al proteger la vida de un neonato que es un sujeto de especial protección constitucional¹³.

De esta manera, a pesar de que los hombres trans y las personas no binarias con capacidad de gestar

¹³ Corte Constitucional, Sentencias T-224 de 2021, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-014 de 2022, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-275 de 2022 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

tienen la capacidad de llevar a término un embarazo y ejercer las labores de cuidado del neonato, al igual que las “trabajadoras” y “madres biológicas”, no tienen acceso a la licencia de maternidad. Y esto ocurre porque la lectura literal de la norma no enuncia el caso específico de estas personas que también necesitan este período de 18 semanas para los mismos fines que quienes sí están incluidas en la norma, poniendo en riesgo sus derechos y los de sus familias.

iii. La exclusión de los hombres trans y de las personas de género no binario con capacidad de gestar de las causales de exoneración del artículo 236 del CST carece de razón suficiente

Para verificar este requisito se debe definir si la omisión es producto de un ejercicio caprichoso, o si existen razones claras y precisas que justifiquen la exclusión¹⁴. Esto exige, no una mera mención que se limite a enunciar el trámite legislativo de la norma sin ningún análisis, sino una justificación razonada de índole constitucional que justifique la exclusión¹⁵.

En el caso de la norma demandada, en el año de la expedición del CST, esto es en 1950, no se contemplaba la identidad de género como un componente a tener en cuenta en la configuración legislativa. Adicionalmente, en la exposición de motivos de las últimas reformas al artículo 236 del CST, la licencia remunerada tras el parto opera a través de una diferenciación según el sexo. Según la exposición de motivos de la ley 1822 de 2017, el período de licencia

“se justifica en la medida que la mujer en ese periodo requiere de una recuperación, y además disponer de un espacio de tiempo mayor en el cual se dedique completamente al cuidado de su bebé, a efectos de garantizar: primero, una alimentación de la madre lactante y por consiguiente de su bebé, y segundo, la creación y el fortalecimiento de los lazos afectivos que los mantendrá unidos el resto de la vida”¹⁶ (resaltado fuera del texto).

Por otro lado, en la exposición de motivos de la ley 2114 de 2021 se propuso una serie de medidas de fomento a la contratación de mujeres, así como de ampliación de la licencia de paternidad. Ello, con el fin de demostrar que el cuidado de las personas recién nacidas no es “una responsabilidad exclusiva o por lo menos preponderante de la madre, dando claridad frente a que los padres en su conjunto poseen una corresponsabilidad de protección y cuidado frente a sus hijos”¹⁷.

Según una lectura de este tipo de exposiciones, la visión del cuidado posnatal y físico tras el embarazo se ve a partir de una lógica en que quien gestó y debe recibir la prerrogativa es la madre trabajadora. Por el contrario, no hay ningún tipo de alusión a aquellos casos en que también debería operar esta

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2022, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-084 de 2022, M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹⁶ Gaceta del Congreso de la República. INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 181 DE 2016 SENADO, 064 DE 2015 CÁMARA (ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 103 DE 2015 CÁMARA). AÑO XXV - N° 604 Bogotá, D. C., miércoles, 10 de agosto de 2016.

¹⁷ Gaceta del Congreso de la República. INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 229 DE 2020 SENADO, 129 DE 2019 CÁMARA. AÑO XXX - N° 226 Bogotá, D. C., martes, 6 de abril de 2021.

licencia para hombres trans y personas de género no binario quienes, se reitera, también pueden necesitar este mismo tiempo para su cuidado y el de el bebé recién nacido.

Por otro lado la Corte ha mencionado que “[e]xisten normas en el ordenamiento jurídico colombiano que prevén obligaciones y beneficios legales diferenciados en función de la pertenencia de una persona a categorías binarias o “cisonormativas” de género, esto es: hombre/mujer, o sexo masculino/femenino”¹⁸. Por ende, prestaciones en el derecho laboral, como la licencia de 18 semanas tras el parto, que parten de la diferenciación sexual no tiene en cuenta la identidad de género como un factor adicional para la evaluación de la adecuación normativa a la Constitución, lo que conlleva a que se excluya a hombres trans y personas de género no binario de casos donde deberían ser incluidas.

Debido a los avances del derecho internacional¹⁹ y de la jurisprudencia constitucional colombiana²⁰, la adecuación legislativa se hace necesaria para incluir a las personas trans y de género no binario en las prestaciones y derechos a los que deberían tener acceso. En ese orden, las normas como la demandada que no incluyen a estas personas son discriminatorias e imponen la necesidad de una interpretación constitucional que proteja adecuadamente los derechos de las personas con identidades de género diversas²¹.

En suma, la norma no tuvo una razón suficiente para excluir a los hombres trans y a las personas de género no binario en capacidad de gestar y, además, se hace necesario corregir esa omisión, pues la normatividad constitucional (art. 13, C.N.) e internacional (arts. 2.2, PIDESC, 2.1 del PIDCP y 1.1 CADH) que hace parte del bloque de constitucionalidad (art. 93, C.N.) así lo exige.

iv. La falta de justificación y objetividad en la exclusión de los hombres trans y las personas de género no binario con capacidad de gestar genera una condición de desigualdad negativa frente a quienes sí pueden acceder a la licencia de maternidad

El cuarto requisito sólo es procedente cuando se alegue una presunta afectación al principio de igualdad²², como ocurre en este caso. Para el efecto, se debe verificar que la norma excluya a sujetos

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-440 de 2021, M.P. Paola Meneses Mosquera.

¹⁹ Como ha señalado la CIDH: “durante décadas, el tema de identidad de género y discriminación contra las identidades de género no normativas estuvo invisibilizado. Al respecto, en 2006 tuvo lugar la primera audiencia pública ante la CIDH, en la que se identificó la falta de reconocimiento legal de la identidad de género como uno de los principales problemas que enfrentaban las personas trans y de género diverso en América”. Cf. CIDH, REDESCA. Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. P. 25. En la actualidad contamos con los Principios de Yogyakarta, presentados ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2007. Y más recientemente, el Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, para la Asamblea General de la ONU (A/73/152, 12 de julio de 2018).

²⁰ Dentro de las primeras decisiones que reconocieron los derechos de las personas trans se encuentran las sentencias T-918 de 2012, T-231 de 2013, T-771 de 2013, T-476 de 2014, T-804 de 2014, T-099 del 2015 y la T-063 de 2015.

²¹ Corte Constitucional, Sentencias T-324 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-443 de 2020, M.S. José Fernando Reyes Cuartas; y SU-440 de 2021, M.P. Paola Meneses Mosquera.

²² Corte Constitucional, Sentencias C-083 de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-156 de 2022, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar.

que, por principio, deberían estar inmersos en el régimen legal o en el supuesto de hecho contemplado al evaluar la razonabilidad en la diferencia de trato²³. Esto se realiza mediante un análisis que establece: “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”²⁴.

Como se mencionó desde el primer punto del análisis, nos encontramos ante un caso en donde los sujetos a comparar son similares, ya que en todos los casos **son personas que tienen capacidad de gestar, y que tras el parto necesitan de un período de descanso, cuidado propio, así como de cuidados y atención al recién nacido**. Por otro lado, el trato diferencial en este caso no es proporcional ni busca la obtención de un fin legítimo. La diferenciación ocurre 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”. No obstante, tras los avances normativos y jurisprudenciales, se ha evidenciado que las transmasculinidades y personas no binarias que deciden gestar también pueden hacerlo y necesitan de ese mismo período de 18 semanas al que no pueden acceder por no ser “madres biológicas”, ni padres que quedaron a cargo cuando la madre biológica está ausente.

Por ende, no existe ningún principio constitucional, ni certeza real, para mantener este tipo de discriminación en contra de las personas trans y no binarias, sus familias y los menores (sujetos de especial protección también) que componen esas familias pues les privan de la posibilidad de cuidado de la persona gestante y llamada a su protección del bebé durante sus primeros meses de vida. Además, las personas a quienes afecta esta exclusión son víctimas de una cruel discriminación de la que el Estado tiene el deber de encargarse²⁵. Por tanto, esta omisión crea y reproduce las desigualdades negativas en el plano fáctico, con lo que se acredita el cumplimiento cuarto requisito de la omisión legislativa relativa.

v. La omisión es el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al Legislador

Frente a este requisito sobre la existencia de una omisión legislativa relativa, la Corte ha resaltado que debe predicarse del orden legal vigente. Lo anterior quiere decir que no se debe analizar la conducta del legislador histórico en la época de expedición de la norma para evaluar si el Congreso tenía el deber de incluir a cierta categoría de personas²⁶. En cambio, es necesario evaluar si en la norma, la omisión, a la luz del presente, es incompatible con la Constitución²⁷.

En el caso del artículo 236 del CST, la norma desconoce el principio de igualdad y no discriminación

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencias T-324 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-443 de 2020, M.S. José Fernando Reyes Cuartas; SU-440 de 2021, M.P. Paola Meneses Mosquera.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-600 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa; C-156 de 2022, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2022, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar.

establecido en el artículo 13 de la Constitución²⁸ y los artículos 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica. La igualdad es uno de los pilares fundamentales del modelo constitucional y democrático del Estado Social de Derecho reconocido en el artículo 1° de la Constitución. Encuentra, igualmente, su fundamento en las normas internacionales mencionadas, que disponen que los Estados parte se obligan a garantizar a todas las personas el pleno ejercicio de los derechos consagrados en dichos instrumentos sin efectuar 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*.

Particularmente, el Legislador ha omitido la obligación impuesta por el Constituyente y expresamente prevista en la cláusula de igualdad del artículo 13 superior que le ordena “*promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*”²⁹. Este es un deber de todas las autoridades públicas de adoptar medidas promocionales y dar un trato especial, de carácter favorable, a las personas y grupos vulnerables o a los sujetos en condición de debilidad manifiesta (*igualdad material*)³⁰, pero muy especialmente del Legislador quien es el encargado de desarrollar los contenidos y fines constitucionales por vía de regulaciones como las que ahora se demandan.

Con respecto a la población trans, la Corte Constitucional ha afirmado que es una población en situación de debilidad manifiesta y, en esa medida, son sujetos de especial protección constitucional³¹, debido a que son las personas que afronta mayores obstáculos para el reconocimiento de su identidad y el goce efectivo de sus derechos dentro de la población LGBTIQ+³². Como parte de las principales barreras a las que se enfrentan, se encuentran “*que van desde la seguridad social integral, pasando a situaciones básicas como el acceso y la permanencia en el trabajo, la educación o en el aspecto recreativo el ingreso a eventos o establecimientos abiertos al público como discotecas, bares, restaurantes, centros comerciales, ferias y similares*”³³. Por tanto, se trata de personas que hacen parte de los “*grupos discriminados o marginados*” de los que habla el artículo 13 de la Constitución.

Este deber de protección a estas personas se ha vulnerado sistemáticamente y la norma demandada incurre en esta misma vulneración porque el Legislador no consideró la identidad de género diversa como un criterio para establecer medidas diferenciales en la ley que regula la licencia de maternidad, con efectos negativos sobre los hombres trans y personas de género no binario con capacidad de gestar y que asumen el cuidado del recién nacido en sus primeros meses de vida. De acuerdo con todo lo mencionado a lo largo de este punto, es claro que la situación de los hombres trans y personas de género no binario con capacidad de gestar es asimilable a la de las mujeres trabajadoras que tienen derecho a la licencia remunerada de 18 semanas del artículo 236 del CST. **Estas personas también**

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-828 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁹ Artículo 13 de la Constitución Política.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-520 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia T-392 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

³² Ibid.

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-918 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

pueden gestar y necesitan del apoyo del Estado y de la sociedad para su recuperación y el cuidado de las personas recién nacidas a su cargo.

No obstante, el Estado, y particularmente el Legislador, que tiene un deber de protección y de no discriminación de las personas con identidades de género diversas como los hombres trans y las personas de género no binario, no ha realizado ningún cambio legislativo para incluirlas en esta norma de acuerdo con los mandatos constitucionales. En consecuencia, la lectura literal de la norma no le permite a todo ese grupo poblacional acceder a esta prestación a cargo del sistema de protección social en salud, poniendo en riesgo su vida, la de los recién nacidos, así como la estabilidad en general de estos núcleos familiares. Esta desprotección necesita ser remediada a través de una sentencia integradora de carácter aditivo que condicione la interpretación del contenido normativo demandado.

Para evaluar la procedencia de esta modulación de los efectos del fallo, a continuación demostramos que se cumplen los requisitos jurisprudenciales que permiten emitir este tipo de decisiones.

2. LA PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA EN EL CASO CONCRETO

La Corte Constitucional ha considerado que es viable estudiar de fondo una acción pública de inconstitucionalidad que tiene por objeto solicitar la exequibilidad condicionada de una determinada norma, cuando la inconstitucionalidad radica en que la norma omite, en su diseño legislativo, ciertos sujetos o situaciones que constitucionalmente debería incluir³⁴. En estos casos no es razonable solicitar la inexequibilidad de la norma debido a que se eliminaría el beneficio que se está cuestionando para todas las personas destinatarias de la misma.

En consecuencia, para la procedencia de la solicitud de exequibilidad condicionada es necesario que la demanda de inconstitucionalidad cumpla con dos exigencias argumentativas³⁵. La primera consiste en satisfacer los requisitos generales de la demanda; y la segunda radica en que se debe argumentar que: (i) el cargo propuesto plantea un problema de control abstracto de constitucionalidad; y, (ii) que se justifique mínimamente la decisión de no solicitar la inexequibilidad total o parcial de la disposición demandada³⁶.

Respecto al primer aspecto, el cumplimiento de los requisitos generales de la demanda de

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-514 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-149 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Al respecto, en dicha oportunidad, la Corte expuso que “cuando el actor fundamenta su pretensión en un cargo de inconstitucionalidad que cumple con todos los requisitos legales y jurisprudenciales, on cabe declarar la ineptitud sustantiva de la demanda en razón a que la pretensión se oriente a obtener una sentencia de exequibilidad condicionada. Pretender lo contrario no es razonable en cuanto ello implicaría imponer al demandante una carga que, incluso, prima facie, podría resultar contraria a la Constitución, como cuando, por ejemplo, se acusa una norma legal que establece un beneficio que responde a un imperativo constitucional, pero que se ha restringido, injustificadamente, a ciertos sujetos con exclusión de otros que también deberían estar incluidos.”

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

inconstitucionalidad y, específicamente, las cargas argumentativas exigidas para demostrar que la norma incurre en un desconocimiento del principio de igualdad por omisión legislativa relativa, consideramos que la demanda satisface los requisitos argumentativos exigidos por la jurisprudencia constitucional, como se demostró en la primera sección de este escrito.

En cuanto al segundo aspecto, la **demanda propone un cargo de inconstitucionalidad abstracto y, a su vez, justifica la solicitud de constitucionalidad condicionada**. Como se evidencia en la demanda, se discute la interpretación de la disposición jurídica demandada, en el entendido que su redacción y aplicación literal excluye a un grupo de personas que por vía del principio de igualdad (artículo 13, C.P) y en aplicación conforme con otros mandatos constitucionales como el deber específico de protección de la familia (art. 5° y 43 C.P.) y la niñez (art. 44. C.P.), deberían hacer parte de la regulación normativa acusada, lo que constituye a todas luces un cargo de control abstracto.

En este sentido, la demanda expone que las expresiones “*trabajadora*”, “*mujer*”, “*madre*” y “*madres*” que se encuentran en la norma demandada, no incluyen otras categorías identitarias de otros sujetos distintos a las “*mujeres biológicas*”. Esta circunstancia ya ha sido estudiada en anteriores oportunidades por la Corte Constitucional, por ejemplo, al estudiar la expresión “*madre*” en otros enunciados normativos, como una categoría que excluye a los “*padres*” de las situaciones jurídicas que las normas pretenden reglamentar³⁷. Por tanto, la demanda plantea un cargo de inconstitucionalidad abstracto debido a que las razones discriminatorias que genera radica estrictamente en la norma acusada.

Sobre la justificación de la solicitud de constitucionalidad condicionada, la demanda explica que la declaratoria de inexecutable de la norma es inviable, pues generaría una mayor afectación de derechos, debido a que conllevaría la exclusión de todas las mujeres del derecho a acceder a una licencia en época de parto. En este sentido, la inexecutable produciría una situación constitucionalmente inadmisibles y más gravosa que aquella que se evidenciaba con anterioridad a la intervención de la Corte, pues significa eliminar la posibilidad de que las mujeres accedan a esta protección social, cuando actualmente gozan de una protección constitucional reforzada, de conformidad con el artículo 43 de la Constitución.

En suma, la licencia de maternidad es una garantía que responde a criterios de igualdad material y que no podría eliminarse del ordenamiento jurídico. Sin embargo, debido a que la disposición demandada solo se ha reconocido a las “*mujeres biológicas*”, bajo las categorías “*trabajadora*”, “*mujer*”, “*madre*” y “*madres*” previstas en la norma demandada, sin incluir a los hombres trans y a las personas de género no binario con capacidad de gestar, se hace necesario que la Corte emita un fallo

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-989 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis. En esta oportunidad, la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad contra inciso 2° del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que reglamentaba la pensión especial de vejez para madres trabajadoras con hijos con capacidades diversas. La razón de la inconstitucionalidad radicaba en que, al no incluir también a los padres dentro de dicha figura de protección, la norma desconocía el derecho a la igualdad. En el caso concreto, la Corte aseguró que la norma era inconstitucional debido a que la expresión “*madre*” efectivamente hacía referencia al género femenino y, por tanto, excluía expresamente a los padres de dicha protección social, quienes se encontraban en una situación similar a los sujetos que se encontraban protegidos por la norma demandada - “*madres*”. En consecuencia, declaró la exequibilidad condicionada de la norma “*en el entendido que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependen económicamente de él*”.

condicionado para remediar esta situación inconstitucional.

3. SOLICITUDES

De conformidad con lo expuesto, solicitamos a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad condicionada de la norma, 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.