

Sentencia C-415/22

PAREJAS ADOPTANTES DEL MISMO SEXO-Derecho a disfrutar licencias parentales en las mismas condiciones que las familias heteroparentales adoptantes

(...) al reconocerse que las familias conformadas por personas del mismo sexo adoptantes también deben atender labores de cuidado ante la llegada de un niño o niña a sus vidas, no resulta justificado que su hipótesis no se encuentre prevista, es decir cómo repartir el banco de semanas. Y resultaría incompatible asignar a una misma pareja dos licencias de maternidad o dos de paternidad, pues en el primer evento una pareja recibiría 36 semanas con cargo al sistema general de seguridad social y, en el segundo 4 semanas. Esto implica que efectivamente carece de razón la exclusión de estas hipótesis en una disposición que debía contemplarlas, además como concreción del deber específico de cuidado y de protección a la niñez.

LICENCIAS PARENTALES-Trato diferenciado injustificado entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo

La falta de justificación para excluir a las parejas del mismo sexo adoptantes de la distribución y otorgamiento de las licencias parentales constituye una infracción constitucional, pues las parejas heterosexuales que adoptan si cuentan con el tiempo de cuidado suficiente para prodigar los cuidados del recién llegado y estrechar lazos familiares. De tal manera la regulación afecta además intensamente a uno de los destinatarios del cuidado, que requiere protección reforzada, el niño o niña, que no podrá contar con la posibilidad de profundizar el afecto tan necesario cuando se trata de un proceso de adopción.

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Configuración/**OMISION LEGISLATIVA RELATIVA**-Existencia conlleva a sentencia integradora

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Requisitos

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Jurisprudencia constitucional

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Elementos que la configuran

DERECHO A LA NO DISCRIMINACION POR RAZON DE ORIENTACION SEXUAL DIVERSA-Reiteración de jurisprudencia

ORIENTACION SEXUAL-Constituye un criterio sospechoso de diferenciación

DEFICIT DE PROTECCION-En materia patrimonial en contra de miembros de parejas del mismo sexo

PAREJAS CONFORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO-Jurisprudencia constitucional

FAMILIA DIVERSA-Protección constitucional

LICENCIA PARENTAL-Alcance

Las licencias parentales, también conocidas como licencias de responsabilidades familiares regulan que las personas encargadas de otros, cuenten con prestaciones económicas durante un determinado lapso, sin que además se vean obligadas a acudir al empleo. Son entonces el resultado de reconocer que el cuidado debe ser remunerado y debe redistribuirse y reorganizarse. Cómo se hace, es una de las cuestiones centrales que los estudios de género han debatido.

LICENCIA PARENTAL-Finalidad

LICENCIA DE MATERNIDAD-Importancia del reconocimiento y pago de la licencia como medio de protección de la madre y del recién nacido

DERECHO A LA LICENCIA DE PATERNIDAD-Derecho subjetivo/**LICENCIA DE PATERNIDAD REMUNERADA**-Constituye desarrollo y realización del interés superior del menor

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

Referencia: Expediente D-14820

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 “Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica

el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

Demandante: Juan Felipe Parra Rosas

Magistrada ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos previstos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Juan Felipe Parra Rosas presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, por considerar que vulnera el artículo 13 de la Constitución Política.

2. Por Auto de catorce (14) de junio de dos mil veintidós (2022) se admitió la demanda presentada.¹ Se ordenó comunicar el inicio del trámite al Presidente de la República, al Presidente del Congreso, a los ministros de Justicia y del Derecho, de Salud y Protección Social y del Trabajo, y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. También se invitó a participar a distintas instituciones y organizaciones sociales, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, para que indicaran las razones que, en su criterio, justifican la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.²

¹ Expediente Digital D-14820

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/archivo.php?id=43944>

² Se invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Asociación Colombiana de Juristas Católicos, Colombia Diversa, Corporación Caribe Afirmativo, Dejusticia, FAUDS (Familiares y Amigos Unidos por la Diversidad Sexual y de Género), Grupo Bienestar, Trabajo, Cultura y Sociedad (BITACUS) de la Universidad Javeriana, Human Rights Watch, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social - PAIIS de la Universidad de los Andes, Red Alas, Temblores y a las facultades de Derecho de las universidades de Antioquia, del Norte, del Rosario, del Valle, de La Sabana, EAFIT, Externado, de Colombia, Javeriana, Libre de Colombia, Pontificia Bolivariana, Santo Tomás y Sergio Arboleda.

3. Luego de los trámites de rigor, la demanda fue fijada en la Secretaría de la Corte para permitir la participación ciudadana. Posteriormente, la señora Procuradora General de la Nación emitió el concepto de su competencia.

II. NORMA OBJETO DE REVISIÓN

4. A continuación, se transcribe la norma demandada íntegramente:

“LEY 2114 DE 2021 (julio 29)
Diario Oficial No. 51.750 de 29 de julio de 2021
PODER PÚBLICO - RAMA LEGISLATIVA

Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo, y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA
(...)

ARTÍCULO 2o. Modifíquese el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Artículo modificado por el artículo 1o de la Ley 1822 de 2017.

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 1o. 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 2o. 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 3o. 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 4o. 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. Parto 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 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 5o. 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 párrafo, así como en el párrafo 4 del presente artículo.

Para los efectos de la licencia de la que trata este párrafo, los beneficiarios deberán cumplir los siguientes requisitos:

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

2. Debe existir mutuo acuerdo entre los empleadores y los trabajadores. El acuerdo deberá ir acompañado de un certificado médico que dé cuenta de:

- a) El estado de embarazo de la mujer; o constancia del nacimiento.*
- b) La indicación del día probable del parto, o indicación de fecha del parto y*
- c) La indicación del día desde el cual empezaría la licencia correspondiente. Este acuerdo deberá consultarse con el empleador a más tardar dentro de los 30 días siguientes al nacimiento.*

El empleador deberá dar respuesta a la solicitud dentro de los cinco (5) hábiles siguientes a su presentación.

La licencia parental flexible de tiempo parcial también se aplicará con respecto a los niños prematuros y adoptivos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el presente artículo.

La licencia parental flexible de tiempo parcial es aplicable también a los trabajadores del sector público.

Para estos efectos, el Departamento Administrativo de la Función Pública, reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la sanción de la presente ley. Superado este periodo de tiempo el Presidente de la República conservará su facultad reglamentaria.”

III. LA DEMANDA

5. El demandante presenta un cargo de omisión legislativa relativa contra el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021. Específicamente reprocha que el Legislador excluyera en los supuestos de la norma -referente a las licencias de maternidad, de paternidad y las parentales compartida y flexible- lo relacionado con las garantías de las parejas adoptantes del mismo sexo.

6. A partir de las reglas jurisprudenciales desarrolladas en las sentencias C-215 de 1999,³ C-041 de 2002,⁴ C-600 de 2011⁵ y C-767 de 2014⁶ refiere que esta Corporación es competente para definir de fondo, pues su función no solo implica el control de la actuación positiva del legislador, al emitir leyes, sino también de su inactividad cuando este menoscaba garantías constitucionales.

7. Apunta que es evidente que, al legislarse sobre las licencias de maternidad, paternidad y parentales, se excluyó tácita e injustificadamente a un segmento de personas, afectándoles intensamente el ejercicio de sus derechos fundamentales. Explica así que el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 prevé el disfrute de dichas licencias y señala las reglas en las que estas operan, esto es fija su tiempo, la forma en la que se solicitan, el valor sobre el que se liquidan, entre otros, pero que sin embargo guardó silencio en su operatividad tratándose de parejas adoptivas del mismo sexo, pese a que deberían gozar de similares prerrogativas que las parejas heterosexuales.

8. Asegura que dicha exclusión carece de razón suficiente, dado que tales licencias deberían contar con enfoque de derechos, en la medida en que su naturaleza es la de proteger a los niños, niñas y adolescentes, prodigarles cuidado, velar por su bienestar físico, psíquico y emocional de los hijos y que aspiran a su desarrollo armónico y a fortalecer su relación filial y esto debe alcanzar a las familias homoparentales y su decisión de cómo gestionar el tiempo de cuidado.

9. Prosigue con que si bien en la Sentencia C-543 de 2010⁷ esta Corte abordó lo relacionado con la licencia de maternidad y la importancia de su reconocimiento en los procesos de adopción, nada determinó sobre su disfrute en el supuesto de adoptantes que conforman una relación homoparental. Es decir, para ellos no existe certeza de cómo repartir la licencia, pues, por ejemplo, se puede estar frente a dos madres o dos padres que no responden a los supuestos de la norma que se concibe o bien para parejas heterosexuales o para personas adoptantes individualmente consideradas.

10. Insiste en que la omisión legislativa relativa implica la abstención del Legislador de cumplir el mandato constitucional que se concreta en que dejó de incorporar a la norma demandada un ingrediente esencial, en este asunto en perjuicio de las parejas adoptantes del mismo sexo y que esto no solo afecta el mandato de igualdad, sino además incumple el deber de protección

³ M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

⁴ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷ M.P. Mauricio González Cuervo.

integral a la niñez, de acuerdo con lo previsto en los artículos 42, 43, 44 y 45 constitucionales.

11. Solicita en consecuencia a esta Corte dictar una sentencia aditiva en la que se condicione la disposición demandada *“bajo el entendido que los padres del mismo sexo son titulares de la licencia de maternidad la cual puede estar en cabeza del padre que ejerza mayoritariamente las labores de cuidado del hijo adoptante o en caso de que se haga de manera compartida la licencia se divide en tiempos iguales y se suma a uno de los padres el tiempo de la licencia de paternidad.”*⁸

IV. INTERVENCIONES

12. Durante el término de fijación en lista se presentaron nueve intervenciones.⁹ Una parte pide que la Corte se declare inhibida para definir de fondo el asunto, por considerar que la disposición demandada no introduce una distinción por razón del sexo, en tanto lo que busca es determinar la causación de la licencia de maternidad. Aseguran que la norma regula múltiples hipótesis jurídicas: esto es la licencia de maternidad, la de paternidad y las parentales compartidas y flexibles pero que el demandante solo desarrolla argumentativamente su oposición a la de maternidad, asignándole además una consecuencia que esta no contiene como es la de distinguir su disfrute entre las parejas adoptantes heterosexuales y las homosexuales.

13. Subsidiariamente algunos de ellos solicitan que se declare la constitucionalidad de la medida por estimar que el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 establece que las garantías reconocidas a la madre biológica se extienden, en los mismos términos y en cuanto fueren procedentes, a la madre o al padre adoptante que esté a cargo del recién nacido, sin apoyo de la madre, bien sea por enfermedad, abandono o muerte, es decir que no se presenta la aludida omisión.

14. Los restantes intervinientes señalan que la norma demandada debe ser condicionada. Entienden que es necesario que la Corte se pronuncie sobre cómo operan las licencias de parejas adoptantes del mismo sexo, pues la disposición solo regula jurídicamente a parejas heterosexuales o a personas que individualmente adoptan, es decir que actualmente existe un vacío que impide conocer cuál es la forma en la que las familias homoparentales que adoptan pueden acceder al descanso remunerado y a la gestión del tiempo de cuidado al que se refiere el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021.

⁸ Expediente Digital D-14820. Demanda de inconstitucionalidad
<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/archivo.php?id=43105>

⁹ Las intervenciones de la Universidad EAFIT, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y del Ministerio del Trabajo se presentaron de forma extemporánea.

15. Teniendo en cuenta esos abordajes, a continuación, se resumirán las intervenciones, en el siguiente orden:

Interviniente	Concepto
Universidad del Rosario	Inhibición
Universidad Pontificia Bolivariana	Inhibición
Juan Felipe Herrera Cortés	Inhibición/Exequibilida d
Ministerio del Trabajo	Inhibición /Exequibilidad
Universidad Externado de Colombia	Exequibilidad condicionada
Academia Colombiana de Jurisprudencia	Exequibilidad condicionada
Universidad Libre de Colombia	Exequibilidad condicionada
Universidad Eafit	Exequibilidad condicionada
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar	Exequibilidad condicionada

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

16. Un docente de la facultad de Jurisprudencia¹⁰ solicita que la Corporación se declare inhibida para resolver el cargo propuesto. Se interroga sobre si la disposición efectivamente implica una omisión legislativa relativa y concluye que esta no se concreta.

17. Esa respuesta la edifica en que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo determina las prestaciones económicas que se derivan de la maternidad, sin incorporar como requisito de acceso alguna consideración basada en distinción de sexo. Y dice que actualmente no surge duda en que las parejas homoparentales cuentan con idénticos derechos que las heterosexuales, para lo cual se remite a la Sentencia SU-214 de 2016.

18. En ese sentido cuestiona la aptitud de la demanda al fundarse en una lectura parcial y descontextualizada de la medida normativa, que no requería incluir dentro de sus hipótesis jurídicas las de las parejas adoptantes del mismo sexo, dado que entiende que ello implicaría aceptar que las madres solteras también carecerían de protección.

¹⁰ David Hernando Barbosa Ramírez, profesor titular de la facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Expediente Digital D-14820

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/archivo.php?id=44759>

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

19. Varios profesores de la Clínica Jurídica de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana¹¹ solicitan que la Corte se inhiba para decidir de fondo.

20. Para ellos el escrito de demanda carece de los requisitos de certeza y suficiencia, al fundarse en una interpretación subjetiva del accionante a partir de la cual halla un vacío en la norma que no corresponde a la realidad. Esto lo explican en que, desde su perspectiva, una interpretación literal, histórica y sistemática del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, así como del precedente constitucional, conducen a concluir que no existe una omisión legislativa relativa.

21. Así, se refieren al contenido de la Sentencia C-122 de 2020 que reitera las reglas para estudiar un cargo por omisión relativa, y aunque admiten que una distinción a parejas del mismo sexo es inconstitucional, encuentran que la norma no alude a qué significan los vocablos “*padre*”, “*madre*”, “*padres*”, “*maternidad*”, “*paternidad*”, “*trabajadora*” y “*trabajador*” o que estos deban entenderse exclusivamente como heterosexuales.

22. Entonces, aseguran que la licencia se dirige a madres o padres adoptantes sin pareja y no desconoce sus prerrogativas a los adoptantes del mismo sexo, lo que deduce del término “*madres y/o padres*” a los que se refiere la norma demandada. Recuerda que desde la Sentencia SU-617 de 2014 las parejas homoparentales gozan de idénticos derechos para la adopción y que no es posible deducir que el Legislador desconoció dicho mandato, al punto que la Ley 2114 de 2021 se fundamentó en el principio de igualdad y en la prohibición de discriminación por razón del sexo, como consta en su exposición de motivos.¹²

23. Siguen con que la interpretación que ha hecho el Ministerio de Salud, en distintos conceptos, implica que las licencias legales se otorgan sin atender la orientación sexual y, por ello consideran que el supuesto sobre el que se soporta la demanda es equivocado, de allí que piden la inhibición.

INTERVENCIÓN CIUDADANA

24. Un ciudadano¹³ pide que esta Corte se inhiba de analizar el cargo propuesto; subsidiariamente que declare la exequibilidad de la norma demandada, aunque señala que, de condicionarse sea en estos términos: “*en*

¹¹ Enán Arrieta Burgos, Hernán Vélez Vélez, Andrés Felipe Duque Pedroza y Miguel Díez Rugeles. Expediente digital D-14820

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/archivo.php?id=44767>

¹² Gaceta del Congreso 741 de 12 de agosto de 2019.

¹³ Juan Felipe Esguerra Cortés.

el entendido de que la voluntad del legislador válidamente cobija a las parejas del mismo sexo, pero dentro de los postulados de consecutividad normativa por los que se profirieron los apartados legales que se demandan."¹⁴

25. Comienza con que la Corte debe inhibirse de definir de fondo dado que el contenido íntegro del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 regula múltiples tipos de licencias, esto es la de maternidad, la de paternidad y la parental compartida, pero el reproche del accionante es exclusivamente frente a la de maternidad por lo que incumple la carga argumentativa mínima y tampoco satisface las exigencias jurisprudenciales relacionadas con la omisión legislativa relativa.

26. Entiende que, en todo caso, si se decidiera resolver de fondo, debe declararse la constitucionalidad, pues la medida normativa impugnada no crea distinciones odiosas por razón del sexo, y por el contrario las licencias se asignan a quienes *“indistintamente de ser miembros de tales familias se identifiquen como padres o madres al dar a luz, adoptar, o quedar a cargo como único padre del menor.”*¹⁵ Que además es inviable considerar que la existencia de dos madres, o de dos padres deba conducir al reconocimiento de los beneficios legales y que por ello *“no es constitucionalmente admisible que ambos miembros se consideren padres o madres”* en tanto las mujeres son quienes gozan de protección reforzada.

27. Por último, dice que si esta Corporación opta por un condicionamiento debiera ser que las parejas, independientemente de si son o no homosexuales, son las llamadas a definir a cuál de sus integrantes se le reconoce como padre y madre, atendiendo roles familiares para que, de esa manera, las entidades del sistema de seguridad social en salud procedan al otorgamiento, sin dilaciones.

MINISTERIO DEL TRABAJO

28. El Asesor jurídico del Ministerio del Trabajo¹⁶ solicita que la Corte se inhiba de proferir una sentencia de fondo o, en su defecto declare constitucional la norma demandada.

29. Para el interviniente el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 no realiza distinciones por razón del sexo, sino que adjudica la licencia atendiendo los

¹⁴ Expediente digital D-14820

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/archivo.php?id=44775>

¹⁵ Pág. 5 intervención ciudadana:

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/archivo.php?id=44775>

¹⁶ Johnny Alberto Jiménez Pinto.

Intervención extemporánea: Expediente digital D-14820

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/archivo.php?id=45155>

roles de padre y madre, tanto biológicos como adoptivos, es decir nada dice sobre las parejas heterosexuales, ni las homosexuales, no obstante añade que *“cuando ante un inspector del trabajo y seguridad social se solicite que actúe para que se garantice este derecho por parte de dos adoptantes que se identifiquen simultáneamente como madres se tendría una dificultad, pues los empleadores respectivos podrían tener una situación más gravosa al tener que reconocer el máximo tiempo establecido por la ley a los dos.”*¹⁷

30. Como cierre alude a que la norma es constitucional, pero que en determinados casos no existe claridad sobre cómo operarían las licencias tratándose de parejas adoptantes del mismo sexo, dado que los roles podrían o no coincidir con la maternidad o la paternidad y por ello pide que se clarifique cómo deben resolverse esos casos.

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

31. La docente investigadora del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia¹⁸ pide que se declare la exequibilidad condicionada del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021.¹⁹

32. En su criterio, del contenido de la demanda se puede inferir que el reproche constitucional es contra la figura de la licencia de maternidad, que no prevé cómo opera ante parejas adoptivas del mismo sexo. Comparte entonces la aproximación del accionante sobre la necesidad de resolver la ambigüedad que se presenta, pues no es posible saber qué sucede ante una familia conformada o bien por dos hombres o por dos mujeres que se consideran ambos padres o madres, es decir si debería otorgárseles idénticas prerrogativas a las que se refiere la norma.

33. Sobre esa consideración explica que es evidente que existe una omisión legislativa relativa, dado que solo se regula que la licencia de maternidad de las madres biológicas se extiende a las adoptantes o incluso al padre que queda a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, pero en esas hipótesis nada se dice sobre las parejas homoparentales sobre quienes no existen reglas claras para el otorgamiento de la referida licencia, exclusión que implica una trasgresión de la cláusula de igualdad.

34. Alude a la jurisprudencia interamericana que ha desarrollado una línea sólida sobre la igualdad y que, en casos como el de Atala Riffo y niñas vs Chile, ha señalado que la orientación sexual es una de las categorías de discriminación prohibida. También esgrime que esta Corte ha robustecido la

¹⁷ Pág. 7 intervención Expediente digital D-14820
<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/archivo.php?id=45155>

¹⁸ Sandra Lucía Tovar Reyes.

¹⁹ Expediente digital D-14820.

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/archivo.php?id=44805>

protección de las parejas del mismo sexo, y para evidenciarlo se remite al contenido de las sentencias C-577 de 2011,²⁰ C-683 de 2015²¹ y C-005 de 2017²² de las que reproduce un fragmento.

35. Se ocupa además de decir que el escrutinio de la norma debe pasar por consultar cuál es la finalidad de la licencia de maternidad, que está ligada a la protección de la niñez. De ahí argumenta que la disposición sí genera una diferencia de trato entre niños, niñas y adolescentes que hacen parte de una familia heterosexual, en comparación con quienes integran una familia homosexual, pues mientras los primeros disponen del disfrute de dieciocho (18) semanas, a las que se suman las dos (2) semanas de la licencia de paternidad, los restantes se ven privados de ese derecho pleno pues, tratándose de dos hombres estos solo podrían acceder a dos (2) licencias de paternidad, es decir a cuatro (4) semanas y, si fuesen dos mujeres no existe regla clara, todo lo cual carece de justificación constitucional.

36. Por tanto argumenta que es patente que el Legislador omitió regular un supuesto jurídico en las licencias de maternidad y cómo operan, lo que genera un déficit de protección de las parejas del mismo sexo que deciden adoptar, razón por la cual pide que, así como ocurrió en la Sentencia C-577 de 2011²³ se exhorte al Congreso de la República para que legisle sobre la materia y en caso de que no lo realice en un lapso de tiempo se condicione la norma para asegurar el respeto de los derechos a la igualdad así como los de los niños, niñas y adolescentes.

ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA

37. El Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia²⁴ solicita a la Corte declarar la exequibilidad condicionada del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, en el entendido que la licencia de maternidad se hace extensible a uno de los padres o una de las madres adoptantes de parejas del mismo sexo.

38. En su concepto, el cargo cumple con las exigencias de aptitud sustantiva, pero encuentra que, tal como lo desarrolla el demandante, existe una omisión legislativa relativa en la aplicación de la licencia de maternidad,

²⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV y SV. María Victoria Calle Correa. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Luis Ernesto Vargas Silva.

²¹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Myriam Ávila Roldán (e). SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Alberto Rojas Ríos. AV. Luis Ernesto Vargas Silva.

²² M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Alejandro Linares Cantillo. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²³ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV y SV. María Victoria Calle Correa. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁴ Augusto Trujillo Muñoz.

Expediente Digital D-14820.

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/archivo.php?id=44876>

pues la norma acusada dispone unas consecuencias jurídicas para la adopción de las parejas heterosexuales y omite su aplicación en las parejas del mismo sexo, lo que genera una violación directa al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

39. Expone que en las sentencias T-1078 de 2003²⁵ y C-543 de 2010²⁶ esta Corte ha considerado que la licencia de maternidad es extensible a los padres biológicos y adoptantes sin cónyuge o compañera permanente, pues lo que busca dicha medida es garantizar los derechos de los menores; que el artículo 127 de la Ley 1098 de 2006 dispone que el padre y la madre adoptantes tienen derecho al disfrute y pago de la licencia de maternidad, pero que nada se dice sobre las parejas adoptivas del mismo sexo.

40. Agrega que la Corte Constitucional ha prohibido la discriminación por razones de orientación sexual. Por consiguiente, *“toda diferenciación de trato -entre parejas homosexuales y heterosexuales- debe responder a un principio de razón suficiente (Sentencias C-075/07 y C-071/15); y no se encuentra en la legislación vigente argumento constitucional que justifique el trato discriminatorio entre parejas del mismo sexo y heterosexuales respecto al disfrute de la licencia de maternidad, más aún, cuando se trata de una institución que busca proteger el interés superior del menor en la construcción de un vínculo afectivo fuerte, seguro y definitivo con sus adoptantes.”*²⁷

41. Por último, advierte que no existe disposición jurídica en la actualidad que establezca la manera en que debe aplicarse la licencia de maternidad en parejas del mismo sexo adoptantes, generándose una omisión legislativa relativa que la Corte Constitucional, en protección a los derechos de la igualdad y del interés superior del menor debe subsanar.

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

42. Varios integrantes del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre de Colombia²⁸ consideran que la Corte debe declarar la exequibilidad condicionada de la norma demandada *“en el entendido de que la ampliación de la licencia de paternidad, licencia parental compartida y licencia parental flexible, serán constitucionales siempre que los derechos allí previstos sean reconocidos tanto a los miembros de las parejas heterosexuales como a las parejas del mismo*

²⁵ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁶ M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁷ Intervención Expediente digital D-14820.

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/archivo.php?id=44876>

²⁸ Jorge Keneth Burbano Villamarín, Javier Enrique Santander Díaz, Óscar Andrés López Cortés, Jessica Tatiana Jiménez Escalante y María Alejandra Parra Celis.

sexo.”²⁹ Adicionalmente que se exhorte al Congreso de la República para que, en lo sucesivo, se reconozcan de manera expresa los derechos de las parejas del mismo sexo en igualdad de condiciones que las familias heterosexuales.

43. En su escrito defienden que, desde los orígenes, la jurisprudencia constitucional ha preservado la cláusula de igualdad y, en lo relacionado con los derechos de las parejas del mismo sexo ha reconocido, sobre todo en la última década, que existe un déficit de protección. Por ello en distintos escenarios ha evidenciado la necesidad de equiparar sus derechos, para que su disfrute sea en el mismo orden que el de las parejas heterosexuales, por ejemplo, en materia de libertades, de derechos patrimoniales, de acceso a servicios de salud, a pensión y demás derechos económicos y sociales.

44. En lo relativo a los procesos de adopción, arguyen que también esta corporación ha sostenido que las parejas del mismo sexo no pueden ser excluidas de dichos trámites, en tanto la orientación sexual no determina la idoneidad para adoptar, y con base en esto apuntan que no se justifica constitucionalmente que las familias homoparentales puedan verse excluidas del disfrute de las licencias de maternidad, paternidad, parental compartida y parental flexible de tiempo parcial.

45. Entienden que la desprotección se presenta porque guarda silencio sobre la forma en que las parejas homoparentales pueden acceder a las licencias, es decir pese a que la medida demandada es idónea, pues amplía el descanso remunerado ante un integrante recién nacido o adoptado en la familia, implícitamente la adjudica a un modelo de familia nuclear heterosexual, y al hacerlo genera desigualdad frente al reconocimiento de los derechos de las familias homoparentales.

UNIVERSIDAD EAFIT

46. Su intervención fue extemporánea.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

47. Su intervención fue extemporánea.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

48. En cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 278 numeral 5 de la

²⁹ Pág. 2 Intervención Expediente digital D-14820.
<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/archivo.php?id=44880>

Constitución Política, la Procuradora General de la Nación,³⁰ a través de concepto de 5 de julio de 2022 pide que se declare la exequibilidad condicionada del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 *“bajo el entendido de que los adoptantes del mismo sexo tienen la oportunidad de decidir el ascendiente que gozará de cada prestación en las mismas condiciones que se disponen para los progenitores consanguíneos.”*

49. En principio se refiere a la naturaleza de las omisiones legislativas y a su clasificación de absolutas y relativas, también a las restricciones del control constitucional en ambos escenarios. Refiere que esta corporación puede pronunciarse por vía de demanda de inconstitucionalidad, únicamente cuando exista omisión legislativa relativa, como sucede en el presente asunto.

50. Una vez alude a las exigencias jurisprudenciales para fundar una acusación por omisión, explica que estas se encuentran satisfechas en la demanda pues el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, al regular las licencias parentales, no incluyó los presupuestos necesarios de operatividad de las parejas adoptivas del mismo sexo, pese al mandato de trato igualitario con los padres consanguíneos.

51. Evidencia que dicha exclusión desconoce el deber impuesto al Congreso de la República por el constituyente que, tanto en los preceptos 13 y 43 constitucionales, dispuso que los vínculos consanguíneos y civiles son equiparables y que no es válida una distinción basada en la orientación sexual.

52. Plantea que no existe razón suficiente para mantener una diferencia de trato basada ni en el tipo de parentesco, ni en el modelo de familia y que, como de acuerdo con la jurisprudencia constitucional las licencias tienen por objeto el disfrute de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo propio es que no existan dificultades para establecer cuáles son los requisitos y cómo deben repartirse las semanas a las que se refiere la norma.

53. Enfatiza en que mientras la disposición impugnada si es clara al señalar cómo se reparten y se reconocen las licencias parentales de hijos biológicos o de parejas conformadas por diferente sexo, al mencionar claramente al concepto de “madre” y “padre”, esto no ocurre frente a las parejas homoparentales que no pueden determinar cuál es el ascendiente que está habilitado para disfrutar cada prerrogativa, lo que se traduce en incertidumbre y desprotección, y es esto lo que refuerza la necesidad de introducir el condicionamiento, permitiendo que los adoptantes del mismo sexo sean quienes definan

³⁰ Margarita Cabello Blanco. Concepto de la Procuradora. Expediente digital D-14820. <https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/archivo.php?id=45976>

cómo repartirlas.

VI. CONSIDERACIONES

Competencia

54. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política la Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad pues la disposición acusada está contenida en una ley de la República.

Presentación del caso

55. El demandante pide que se condicione el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021. Explica que en esa norma se fijan las reglas para el disfrute de las licencias de maternidad, paternidad y las parentales (compartida y flexible), esto es el número de semanas y la operatividad de su otorgamiento cuando se trata o bien de madre o padre biológicos o adoptantes - individualmente considerados - o de parejas heterosexuales, pero que no así con las parejas del mismo sexo que adoptan.

56. Considera que, en este último supuesto, en el que pueden existir o bien dos madres, o dos padres, no es posible establecer cuáles son sus derechos, ni la licencia que pueden disfrutar, como tampoco el número de semanas que debe otorgárseles a través del sistema de seguridad social. A partir de allí expone que, al no preverse esa hipótesis normativa, el legislador incurrió en una omisión, que carece de razón suficiente y que se funda en un tratamiento odioso e injustificado, por orientación sexual, que debe ser remediado permitiendo que las parejas homoparentales que adopten puedan definir la división en el disfrute del número de semanas que determina dicha ley, lo que además se traduce en el cumplimiento de protección de la niñez.

57. En el marco de la acción pública de inconstitucionalidad se allegaron nueve intervenciones, además del concepto del Ministerio Público. Cuatro de ellas le pidieron a esta corporación inhibirse de dictar un pronunciamiento de fondo, al considerar que la disposición demandada no hace distinciones por razón del sexo, y que existe claridad en que las parejas adoptivas homoparentales gozan de los mismos derechos que las heteroparentales. Esgrimen, además, que el reproche es descontextualizado, pues la norma no adjudica un contenido específico sobre lo que significa “*padre*”, “*madre*”, “*maternidad*”, “*paternidad*”, “*trabajadora*” y “*trabajador*” y que, en ese sentido no es posible afirmarse que se refieren a un determinado género.

58. Dos de las intervenciones que pidieron la inhibición, subsidiariamente defendieron la constitucionalidad de la medida. En una de ellas se señaló que no es posible considerar que en una familia coexistan dos padres y dos madres, ni que pueda duplicarse el beneficio legal, y en la restante se admitió la ausencia de claridad de la medida, para poderse determinar cómo asignar las semanas, solo que estima que puede resolverse sin el condicionamiento.

59. Las cinco intervenciones restantes, así como el concepto de la Procuradora General de la Nación piden a la Corte condicionar la norma demandada, pero sus abordajes son distintos. Aun cuando todas encuentran que la disposición sí excluye de protección a las parejas homoparentales adoptivas, dado que solo atribuye derechos a quienes cumplen roles tradicionales y no así a quienes integran familias diversas, lo cierto es que una parte estima que solo debe condicionarse la figura de la licencia de maternidad; mientras otros aseguran que el pronunciamiento debe alcanzar a las licencias de paternidad y maternidad y los restantes indican que es necesario pronunciarse frente a todos los supuestos normativos -es decir también sobre las parentales compartidas y flexibles-, para de esa manera resolver las ambigüedades existentes sobre su causación y disfrute.

60. En ese sentido es necesario que esta Corte deba pronunciarse sobre la aptitud de la demanda, tanto para indagar si se satisfacen las exigencias legales y jurisprudenciales tanto generales, como las específicas sobre el cargo por omisión legislativa relativa como para determinar cuál es el alcance de la discusión constitucional. Solo en caso de superarse esta etapa se procederá a delimitar el problema jurídico y las reglas para la definición del caso concreto.

Cuestión previa. Aptitud sustantiva de la demanda

61. Para la Corte, como se señaló previamente, es preciso definir la aptitud del cargo por omisión legislativa relativa contra el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 *“Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*. Lo anterior, teniendo en cuenta que ya se ha señalado que la etapa de admisión *“no compromete ni limita la competencia de la Sala Plena de la Corte, para analizar la aptitud de la demanda, al conocer el proceso.”*³¹

62. Ahora bien, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, la demanda de inconstitucionalidad debe contener tres elementos

³¹ Sentencia C-493 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Jorge Enrique Ibáñez Najar. AV. Antonio José Lizarazo. AV. Cristina Pardo Schlesinger. AV. Alberto Rojas Ríos.

esenciales: (i) referir con precisión el objeto demandado, (ii) el concepto de la violación y (iii) la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto (Art. 241, CP y Art. 2, Decreto 2067 de 1991).

63. A su vez, respecto del *concepto de la violación* se ha establecido que los cargos deben cumplir con tres parámetros básicos: (i) el señalamiento de las normas constitucionales que consideren infringidas (Art. 2, num. 2, Decreto 2067 de 1991); (ii) la exposición del contenido normativo de las disposiciones constitucionales que riñe con las normas demandadas; y (iii) la presentación de las razones por las cuales los textos normativos demandados violan la Constitución. Vinculado a lo anterior, ha determinado que las razones expuestas para sustentar cabalmente la censura constitucional deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

64. La *claridad* hace relación a que los argumentos sean determinados y comprensibles y permitan captar en qué sentido el texto que se controvierte infringe la Carta. Deben ser entendibles, no contradictorios, ilógicos ni anfibológicos.

65. Conforme la exigencia de la *certeza*, de una parte, se requiere que los cargos tengan por objeto un enunciado normativo perteneciente al ordenamiento jurídico e ir dirigidos a impugnar la disposición señalada en la demanda y, de la otra, que la norma sea susceptible de inferirse del enunciado acusado y no constituir el producto de una construcción exclusivamente subjetiva, con base en presunciones, conjeturas o sospechas del actor.

66. La *especificidad* de los cargos supone concreción y puntualidad en la censura, es decir, la demostración de que el enunciado normativo exhibe un problema de validez constitucional y la explicación de la manera en que esa consecuencia le es atribuible.

67. Es necesario que los cargos sean también *pertinentes* y, por lo tanto, por una parte, que planteen un juicio de contradicción normativa entre una disposición legal y una de jerarquía constitucional y, por la otra, que el razonamiento que funda la presunta inconstitucionalidad sea de relevancia constitucional, no legal, doctrinal, político o moral. El cargo tampoco es *pertinente* si el argumento en que se sostiene se basa en hipótesis acerca de situaciones de hecho, reales o de hipotética ocurrencia, o ejemplos en los que podría ser o es aplicada la disposición.

68. Por último, la *suficiencia* implica que el razonamiento jurídico contenga un mínimo desarrollo, en orden a demostrar la inconstitucionalidad que le imputa al texto demandado. El cargo debe proporcionar razones, por lo menos básicas, que logren poner en entredicho la presunción de constitucionalidad de las leyes, derivada del principio democrático, que

justifique llevar a cabo un control jurídico sobre el resultado del acto político del Legislador.³²

69. Los anteriores requisitos deben ser verificados al admitir la demanda. Sin embargo, este análisis inicial tiene un carácter provisional debido a que carece de la exigencia y el rigor deliberativos “*de aquél que debe realizarse al momento de entrar a decidir sobre la exequibilidad de los enunciados o de los contenidos normativos acusados.*”³³ Por esa razón, la Corte ha señalado que la superación de la fase de admisión no impide que la Sala Plena analice con mayor detenimiento y profundidad los cargos propuestos. Ello, en tanto la admisión de la demanda “*responde a una valoración apenas sumaria de la acción que no compromete ni define la competencia del pleno de la Corte*”³⁴ a efectos de decidir los asuntos puestos a su consideración en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

70. En los anteriores términos, es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad satisfaga las mencionadas exigencias mínimas, para que pueda ser emitido un pronunciamiento de fondo. En caso contrario, no poseerá aptitud sustantiva y la Corte deberá declararse inhibida para fallar.

Exigencias de aptitud de la demanda frente a omisiones legislativas relativas³⁵

71. Esta Corporación ha considerado que es posible controlar las normas explícitas y las implícitas, en este último supuesto cuando se advierte que el legislador omite el cumplimiento de mandatos constitucionales específicos. Sin embargo, solo se ha habilitado la competencia para el control de las omisiones relativas y no absolutas, de un lado por el principio de separación de poderes que implica respeto a las competencias del legislador y a su autonomía, y de otro porque ante la ausencia de desarrollo legal, de un mandato constitucional el juicio carecería de objeto material.

72. Dadas las características de este escrutinio, se ha considerado que quien demanda alegando una omisión, además de satisfacer las previsiones generales, debe cumplir una carga argumentativa mayor³⁶. Esto es así pues lo que se pretende es generar un diálogo eficaz entre el demandante y el juez

³² Estos criterios fueron recogidos de la jurisprudencia desde la Sentencia C-1052 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), y han sido utilizados de manera reiterada, uniforme y pacífica por la Corte Constitucional. Para un recuento enunciativo ver, entre otras, la Sentencia C-105 de 2018 (M.P. Diana Fajardo Rivera).

³³ Sentencias C-781 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. SV. Jaime Araujo Rentería. SV. Catalina Botero Marino (e) y C-559 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. AV. Alejandro Linares Cantillo.

³⁴ Sentencias C-281 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo y C-189 de 2021. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

³⁵ Este apartado recoge las reglas jurisprudenciales de las sentencias C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-027 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. AV. Diana Fajardo Rivera; C-066 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger y C-173 de 2021. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

³⁶ Sentencia C-352 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

constitucional, el cual debe contar con los elementos esenciales para establecer cuál será la medida objeto de control constitucional y no partir de sus propios supuestos.

73. Esto implica indicar i) sobre qué norma jurídica se precisa la omisión; ii) cómo se concreta la omisión legislativa relativa, esto es el incumplimiento de un deber específico consagrado en la Constitución y iii) en consecuencia, por qué, de no existir la omisión, cabría incluir las personas no previstas, o generar frente a ellas consecuencias jurídicas o prever determinada condición necesaria para su constitucionalidad.

Aptitud de la demanda frente al cargo propuesto por omisión legislativa relativa contra el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021

74. El artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, ahora censurado está compuesto por seis numerales y cinco párrafos y regula distintas hipótesis jurídicas, a saber, que se señalan en la siguiente tabla y que se describirán luego:

TIPO DE LICENCIA	DESTINATARIO	NÚMERO DE SEMANAS	MODALIDAD DE DISFRUTE	REQUISITOS
Licencia de maternidad	Madre biológica (trabajador a del sector público o privado)	18 semanas	Licencia preparto: de las 18 semanas puede gozar hasta 2 de preparto. La semana anterior al parto es obligatoria, salvo disposición del médico tratante. Licencia posparto: Depende de las semanas pedidas en preparto, pueden ser 16 o 17 o 18 si no tuvo licencia de preparto.	Debe presentar al empleador certificado médico en el que conste: 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.
Licencia de	Madre biológica	A las 18 semanas	Al ser prematuro se disfrutan desde	Para fijar el número de

TIPO DE LICENCIA	DESTINATARIO	NÚMERO DE SEMANAS	MODALIDAD DE DISFRUTE	REQUISITOS
maternidad	(trabajador a del sector público o privado) de niños prematuros	se suma la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término	la fecha gestacional,	semanas se requiere certificado médico de nacido vivo en el que se fije la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término. A este número variable se suman las 18 semanas.
Licencia de maternidad	Madre biológica (trabajador a del sector público o privado) con parto múltiple o con hijos con discapacidad	20 semanas	Licencia preparto: Puede gozar hasta 2 de preparto. La semana anterior al parto es obligatoria, salvo disposición del médico tratante. Licencia posparto: Depende de las semanas pedidas en preparto. Debe completar 20 en total.	Debe presentar al empleador certificado médico en el que conste: 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. Adicionalmente para el pago, debe tener constancia de parto múltiple o de nacimiento de hijo con

TIPO DE LICENCIA	DESTINATARIO	NÚMERO DE SEMANAS	MODALIDAD DE DISFRUTE	REQUISITOS
				discapacidad
Licencia de maternidad	Madre adoptante	18 semanas	<p>Su disfrute inicia desde la fecha de entrega oficial del menor adoptado.</p> <p>Se extenderían las dos semanas adicionales si la adopción es múltiple o si el menor se encuentra en condición de discapacidad.</p>	
Licencia de maternidad	Padre que queda a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre sea por enfermedad, abandono o muerte.	18 semanas	<p>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.</p> <p>Igual que en el supuesto anterior se sumaría dos</p>	

TIPO DE LICENCIA	DESTINATARIO	NÚMERO DE SEMANAS	MODALIDAD DE DISFRUTE	REQUISITOS
			semanas si se trata de nacimiento múltiple o de menor en condición de discapacidad	
Licencia de paternidad	Padre biológico o adoptivo	2 semanas	Surge por los hijos nacidos o adoptados del cónyuge o de la compañera permanente. Se disfrutan independientemente de las 18 semanas que disfruta la madre.	Se otorga con el registro civil de nacimiento. Se podría ampliar en 1 semana adicional por cada punto porcentual de disminución de la tasa de desempleo estructural, sin superar 5 semanas
Licencia parental compartida	Padre y madre (trabajadores del sector público o privado) biológicos o adoptivos	6 semanas de las 18 semanas	De las 18 semanas asignadas a la madre, esta debe tomar obligatoriamente 12 después del parto, las cuales son intransferibles. Los 6 restantes las pueden distribuir entre madre y padre de común acuerdo. No es posible fragmentar, intercalar o tomar simultáneamente los periodos de	Registro civil de nacimiento. Documento suscrito por ambos padres sobre la distribución de la licencia, el cual debe presentarse ante el empleador en un término de 30 días desde el nacimiento del menor. Autorización del médico tratante del acuerdo. Los padres

TIPO DE LICENCIA	DESTINATARIO	NÚMERO DE SEMANAS	MODALIDAD DE DISFRUTE	REQUISITOS
			<p>licencia.</p> <p>No pueden disfrutar esta licencia 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</p>	<p>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. e) 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,</p>

TIPO DE LICENCIA	DESTINATARIO	NÚMERO DE SEMANAS	MODALIDAD DE DISFRUTE	REQUISITOS
			2008, o la norma que lo modifique, sustituya o adicione	
Licencia parental flexible a tiempo parcial	Madre y/o padre biológico o adoptivo	Desde la semana 13, en el caso de la madre y antes de la semana dos en el caso del padre, puede acogerse esta modalidad.	<p>Es decir, en el caso de la madre podrá optar por dividir las 5 semanas de tiempo pleno, en 10 semanas a medio tiempo y, en el caso de los padres, de 2 semanas a tiempo pleno, a 4 semanas a medio tiempo. Es compatible con la licencia parental compartida.</p> <p>También se aplica con respecto a los niños prematuros y adoptivos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el presente artículo.</p>	<p>Registro Civil de Nacimiento,</p> <p>Mutuo acuerdo entre los empleadores y los trabajadores.</p> <p>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.</p>

75. Específicamente, en el orden normativo, el **numeral 1** establece que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de maternidad equivalente a dieciocho (18) semanas remuneradas con el salario devengado al momento del parto.

76. El **numeral 2** determina que en caso de que el salario no sea fijo se empleará un promedio del salario devengado en el último año a efectos de liquidar la prestación.

77. El **numeral 3** señala que para acceder a la prestación la trabajadora debe presentar a su empleador un certificado médico en el que conste: i) el estado de embarazo; ii) la fecha probable del parto; y iii) el día en que se estima debería iniciar la licencia teniendo en cuenta que se estima dos (2) semanas antes de la fecha probable del parto. En este numeral hay un inciso adicional que dispone que los beneficios contenidos en los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo no excluyen a los trabajadores del sector público.

78. El **numeral 4** define que todas las provisiones o garantías del artículo se hacen extensivas a la madre adoptante o al padre que sin apoyo de la madre (por la muerte, enfermedad o abandono) se haga cargo del recién nacido cuando sobrevenga. Determina que la fecha del parto es asimilable a la fecha de entrega del niño adoptado o de quien asume la custodia después del nacimiento.

79. El **numeral 5** prevé que la licencia de bebés de madres prematuros se ampliará dependiendo de la fecha del nacimiento y la fecha probable del parto. Igualmente, aumenta en dos (2) semanas la licencia de maternidad cuando se trata de partos múltiples o madres con hijos con discapacidad.

80. El **numeral 6** define la opción de distribuir las dieciocho (18) semanas de licencia en dos momentos. El primero, previsto en el literal a), dispone la licencia de maternidad preparto equivalente a una (1) semana antes de la fecha del parto de las dieciocho (18) de que es beneficiaria o máximo dos (2) semanas por razones médicas. El segundo, consagrado en el literal b), establece la licencia de maternidad postparto equivalente a diecisiete (17) semanas de conformidad con el literal anterior, o a 16 o 18 semanas de conformidad con las decisiones médicas.

81. El **parágrafo 1** advierte que de las dieciocho (18) semanas la semana anterior al parto es de obligatorio disfrute, salvo prescripción médica. Además, precisa que la licencia remunerada de maternidad 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.

82. El **parágrafo 2** establece que el padre tiene derecho a dos (2) semanas de licencia remunerada de paternidad, por los hijos nacidos de la cónyuge o la compañera permanente, opera igual para el padre adoptante. Determina como requisitos para acceder a la prestación presentar el registro civil de nacimiento dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del nacimiento y que su pago estará a cargo de la EPS de forma proporcional a las semanas cotizadas por el padre durante el periodo de gestación. Adicionalmente, contiene una previsión de aumento de las semanas de licencia de paternidad (hasta 5 semanas) por cada punto porcentual de disminución de la tasa desempleo estructural, según lo regule el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Banco de la República y el Departamento Nacional de Planeación. Finalmente, autoriza al Gobierno nacional para que en caso de niños prematuros aplique el parágrafo.

83. El **parágrafo 3** dispone que para la aplicación del numeral 5 (partos múltiples o bebés prematuros) se requiere el certificado de nacido vivo y la certificación del médico tratante que especifique la diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término a efectos de determinar la ampliación de la licencia de maternidad. En tal sentido, ordena al Ministerio de Salud regular, en seis (6) meses, el contenido de la certificación y los criterios de los médicos tratantes para expedirla.

84. El **parágrafo 4** crea la licencia parental compartida de acuerdo con la cual es posible distribuir entre los padres las seis (6) últimas semanas de la licencia de maternidad (con independencia del permiso de lactancia materno), siempre que se cumplan los siguientes requisitos: i) el tiempo para la licencia compartida se contará a partir de la fecha del parto salvo que la madre hubiere gozado de licencia preparto; ii) son obligatorias para la madre doce (12) semanas de licencia de maternidad, las restantes seis (6) semanas son las que puede compartir de común acuerdo con el padre, lo cual no altera el tiempo de la licencia de paternidad; iii) no se podrá fragmentar, intercalar ni tomar de manera simultánea periodos de licencia por enfermedad postparto de la madre (certificado por el médico tratante); iv) la licencia parental compartida será remunerada conforme al salario de quien la disfrute y estará a cargo de la EPS; v) aportar registro civil de nacimiento a la EPS en los treinta (30) días siguientes al nacimiento; vi) presentar documento de mutuo acuerdo de la distribución de la licencia a sus empleadores dentro de los treinta (30) días siguientes al nacimiento; vii) contar con autorización del médico tratante del acuerdo parental a efectos de garantizar la salud de la madre y el recién nacido; viii) presentar ante el empleador certificado médico que dé cuenta del estado de embarazo o nacimiento, fecha probable del parto o fecha de nacimiento, las fechas en que planean distribuir la licencia.

85. Además, dispone que la licencia parental compartida aplica para niños prematuros y adoptivos, así como a trabajadores del sector público, lo cual corresponde regularlo al Departamento Administrativo de la Función Pública. Descarta que puedan ser beneficiarios de 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.

86. El **parágrafo 5** crea la licencia parental flexible de tiempo parcial de acuerdo con la cual 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 (con independencia del permiso de lactancia materno) o de paternidad por un período de trabajo de medio tiempo, equivalente al doble del tiempo correspondiente al período de tiempo seleccionado.

87. Los requisitos para acceder a la prestación son los siguientes: i) los padres podrán usar esta figura antes de la semana dos (2) de su licencia de paternidad; las madres, no antes de la semana trece (13) de su licencia de maternidad; ii) el tiempo para la licencia parental flexible se contará a partir de la fecha del parto salvo que la madre hubiere gozado de licencia preparto; iii) 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; iv) la licencia parental flexible será remunerada conforme al salario de quien la disfrute y estará a cargo de la EPS; v) 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; vi) aportar registro civil de nacimiento a la EPS en los treinta (30) días siguientes al nacimiento; vii) presentar documento de mutuo acuerdo entre trabajadores y empleadores; viii) presentar ante el empleador certificado médico que dé cuenta del estado de embarazo o nacimiento, fecha probable del parto o fecha de nacimiento y la indicación del día desde el cual empezaría la licencia correspondiente. Este acuerdo deberá consultarse con el empleador a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes al nacimiento. El empleador deberá dar respuesta a la solicitud dentro de los cinco (5) hábiles siguientes a su presentación.

88. También regula que la licencia parental flexible de tiempo parcial aplica para niños prematuros y adoptivos, así como a trabajadores del sector

público, lo cual corresponde regularlo al Departamento Administrativo de la Función Pública dentro de los seis meses siguientes a la expedición de la ley, luego de transcurrido ese periodo el Presidente de la República conservará su facultad reglamentaria.

89. Esta asignación de los distintos tipos de licencias implica que sus destinatarios sean beneficiarios del régimen de seguridad social, porque sean cotizantes dependientes o independientes o sus correspondientes beneficiarios.

90. El reproche de algunas intervenciones para que se declare inepto el cargo se cimentan en que, a diferencia de lo señalado en la demanda, *i*) la disposición no otorga las prestaciones distinguiendo por sexo; *ii*) al existir un mandato de trato igualitario entre las parejas homoparentales y heterosexuales se deduce que ambas deben disfrutar idénticos derechos y finalmente que *iii*) la disposición no asigna un determinado contenido al significado de los vocablos “padre”, “madre”, “maternidad”, “paternidad”, “trabajadora” y “trabajador”.

En la demanda sí se evidencia que las prestaciones se otorgan atendiendo la naturaleza de padre y/o madre

91. Sobre el primer reproche advierte esta Corte que las hipótesis a las que se refiere la disposición sí introducen distinciones por razón del sexo para acceder a cada tipo de licencia, como se explicó en la tabla del párrafo 78. La licencia de maternidad se asigna a las madres biológicas, a las madres adoptantes y a los padres (biológicos o adoptantes) que estén a cargo del recién nacido, sin apoyo de la madre, es decir quien suple la figura materna, al punto que su disfrute está atado al tiempo que, de no haber estado ausente la madre, le correspondía. Esta modalidad atiende la asignación de la prestación a la madre, quien debe demostrar esa calidad, o bien con certificado médico sobre el parto, o de la entrega de adopción. Tal vez la figura disruptiva en este escenario es la del padre que suple las labores de madre, pero que debe demostrar que aquella o murió, o enfermó o lo abandonó.

92. Cuando la disposición hace la equivalencia de garantías entre la madre biológica y la adoptante, transfiere a esta última la obligación de demostrar su calidad de tal, a través del documento de entrega del menor. De otro lado, la licencia de paternidad también requiere demostrar que se es padre, bien biológico o adoptante. Esto da cuenta de que la norma sí reconoce roles diferenciados, el de una madre (mujer) y el de un padre (hombre). Es posible incluso advertir que una mujer que carezca de compañero permanente o de cónyuge no le podrán ser transferidas las dos (2) semanas correspondientes a la licencia de paternidad.

93. Las licencias parentales, tanto compartidas, como flexibles, también están delimitadas sobre la distinción de padre y madre. En efecto, la disposición reconoce, en el caso de la licencia parental compartida, que es posible que ambos padres dividan el tiempo de cuidado de las últimas seis (6) semanas, al indicar que por lo menos las primeras doce (12) deben ser exclusivamente disfrutadas por la madre -biológica o adoptante- y previo concepto médico sobre su salud física y mental. Es decir que debe acreditar si la madre está en condiciones de permitir el cuidado compartido con el menor.

94. La licencia parental flexible a tiempo parcial también se delimita a partir de un número mínimo de semanas que debe disfrutar la madre, y les permite a ambos-padre y madre-, en el último periodo de la reseñada licencia, trabajar medio tiempo y permitir que el banco de semanas sea elástico. Esto es que las seis (6) semanas se conviertan en doce (12) siempre que laboren medio tiempo y el restante lo usen en el cuidado del menor.

95. Lo anterior evidencia que la demanda si es *clara* en cuanto a su objeción constitucional. Es decir, advierte que la disposición da por cierto que existen roles diferenciados a los que reconoce una serie de prestaciones. Y es *cierta*, en tanto diferencia, en razón del sexo, el otorgamiento de la licencia. Al punto que es el mismo artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 el que obliga demostrar, con certificado médico o legal, el carácter probado de madre que tuvo parto -bien natural, múltiple, con dificultades, prematuro etc.- o de adoptante.

96. También la acusación es *específica*. Mientras reconoce que, efectivamente la norma equipara los derechos entre las madres y padres biológicos, con los padres y madres adoptantes, lo que cuestiona no es eso, sino que su concepción sea binaria, es decir que reconoce que en una familia convergen un padre y una madre, o eventualmente solo existe una de tales figuras y ese es precisamente el argumento en el que funda la petición del condicionamiento, esto es que nada se dice sobre la manera en la que deben repartirse las licencias cuando se está ante parejas homoparentales adoptantes.

97. De allí que sus razones también sean *pertinentes* pues se dirigen a controvertir una disposición jurídica fundada en la violación de la cláusula de igualdad, a partir de un argumento constitucional dirigido a condicionar su contenido para insertar la hipótesis normativa excluida de regulación, esto es lo que sucede cuando las licencias la solicitan parejas del mismo sexo adoptantes. También el desconocimiento del deber específico de protección integral a la niñez que implica que los hijos de las parejas adoptantes cuenten con el tiempo para estrechar lazos de afecto con su familia.

98. Por último, la demanda es *suficiente* para suscitar una duda mínima sobre la constitucionalidad, pues no solo satisface las anteriores exigencias, sino que además demuestra de qué manera se concreta la oposición de esa medida a la Constitución y el mecanismo más adecuado para poder compatibilizarla.

La demanda sí explica que pese a las reglas jurisprudenciales sobre parejas adoptantes del mismo sexo existe un vacío en la forma en la que deben repartirse las semanas de la licencia

99. Otra de las objeciones a la aptitud de la demanda tiene que ver con que la disposición se lee de manera fragmentada, pues no reconoce que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las parejas del mismo sexo gozan de los mismos derechos que las parejas heterosexuales, y en ese orden tienen las mismas garantías en el disfrute de las licencias que prevé el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021.

100. Leída la demanda, encuentra esta Corporación que el accionante es enfático en señalar que es la disposición impugnada la que crea un vacío en desmedro de las parejas homoparentales adoptantes. Efectivamente, aun partiendo de que la jurisprudencia constitucional reconoce que cuentan con idénticos derechos que las heterosexuales, lo cierto es que, para el actor, las particularidades que rigen las licencias evidencian las dificultades que implica operativamente su otorgamiento, se trata entonces de un elemento que escapa de ser meramente interpretativo, pues al no determinar cómo se efectiviza el otorgamiento de las licencias, deja desprovisto a un grupo, de manera injustificada.

101. Al interrogarse sobre cómo debe asignarse el disfrute de las licencias a dos madres o a dos padres, el escrito explica que la disposición carece de neutralidad y que se concibe a partir de un modelo nuclear de familia tradicional o por lo menos de una concepción binaria, en la que existe un padre y una madre, y es esto lo que reprocha. Al hacerlo no desconoce que existe una jurisprudencia que le otorga idénticos beneficios que los reconocidos a las parejas conformadas por personas heterosexuales, solo que estima que ello es insuficiente para resolver esta controversia, pues es determinante indicar cómo se dividirá el tiempo de cuidado en un modelo de familia diversa y esto no lo prevé la medida normativa.

102. Aunque la norma señala que las prerrogativas de la madre y padre biológicos se otorgan en lo pertinente a la madre y padre adoptantes, es factible comprender, de acuerdo con la demanda, que esto sería insuficiente para resolver las asignaciones de los tiempos de cuidado y específicamente cómo son operativas tratándose de parejas del mismo sexo. Esta carga argumentativa es suficiente para suscitar la duda mínima de

constitucionalidad de la medida y no parte, como lo indican quienes piden la inhibición, de un supuesto imaginario al no atender al precedente constitucional, dado que lo que se cuestiona además es que este es insuficiente para responder al reparto de las semanas y al cumplimiento de los requisitos en cada una de las licencias atrás explicadas.

103. Lo anterior significa que, a juicio de esta corporación, sí existen argumentos constitucionales sólidos que satisfacen las cargas generales que se exigen para producir un pronunciamiento de fondo.

La demanda no reprocha el alcance de los vocablos “madre”, “padre”, “trabajador” y “trabajadora”, sino el vacío legal de las licencias que se otorgan a parejas homoafectivas adoptantes

104. Una de las intervenciones alude a que la demanda carece de aptitud, pues la disposición impugnada no asigna un significado particular a los vocablos “madre”, “padre”, “trabajador” y “trabajadora” y si esto es así no es necesario distinguir si se dirigen a parejas homosexuales o heterosexuales. No obstante, esto no coincide con el propio contenido normativo. Por ejemplo, al referirse a la licencia de maternidad se exige demostrar “el estado de embarazo de la trabajadora”, su “fecha probable de parto” e igual sucede con el padre, quien debe acreditar su calidad de acuerdo con el registro civil de nacimiento, o el de adopción. Esto alude a una condición biológica indiscutible y a esta se asimila el otorgamiento de las prerrogativas de la madre y el padre adoptante. Incluso las licencias plantean una división del tiempo de cuidado tras considerar la necesaria recuperación física y mental que supone para una mujer un parto.

105. La norma entonces reconoce que existe un padre y una madre, y distingue las exigencias que cada uno de los roles debe satisfacer para acceder a las licencias, si bien no se refiere específicamente a las parejas heterosexuales, lo cierto es que, como lo apunta la demanda, no se determina qué sucede ante la reclamación de la licencia de maternidad pedida por una pareja homoparental adoptante conformada por dos mujeres, o por dos hombres y esa es la objeción que se plantea como vacío que debe ser resuelto en sede de control constitucional.

106. No se trata además de un debate de control sobre el alcance del lenguaje, pues la discusión no se presenta contra dichas expresiones, ni se les adjudica a ellas una connotación peyorativa, o discriminatoria. Es decir, el actor no busca controlar el contenido normativo de los enunciados legales a los que se refiere el interviniente, sino, se insiste, se dirige a dar cuenta de la omisión del legislador frente a las particulares circunstancias que deben atenderse cuando se trata de reconocer el reparto de las semanas en cada una de las licencias que determina la norma impugnada. Razones suficientes para

considerar que este reparo es equivocado y que la carga argumentativa para construir una acusación, se cumple.

La discusión constitucional se plantea frente al contenido de las licencias de maternidad, paternidad, parental compartida y parental flexible

107. De lo señalado en los acápites previos, surge que aun cuando el accionante pidió condicionar la licencia de maternidad, el desarrollo argumental se dirigió contra todo el enunciado normativo al que acusa de no prever cómo operan la totalidad de las licencias frente a las parejas homoparentales adoptantes. Esto es importante para fijar la discusión constitucional y específicamente analizar los presupuestos puntuales que se le exigen tratándose de una omisión legislativa relativa.

108. No solo impugnó la totalidad del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, sino que además esgrimió razones particulares para considerar que no existen reglas claras del disfrute de las licencias allí previstas. Todas ellas, como se ha insistido, tienen como referente el rol de madre y la necesidad de que este disfrute exclusivamente un número mínimo de semanas, también el rol de padre a quien se le asignan dos (2) semanas adicionales a las dieciocho (18) requiere siempre que acredite su calidad.

109. Si la censura se fundamenta en la desatención legislativa sobre la operatividad y el otorgamiento de las licencias de las parejas homoafectivas adoptantes, y de esa manera se explica en el escrito de demanda, corresponde entonces pronunciarse frente a cada una de esas hipótesis, es decir sobre las de maternidad, paternidad, parental compartida y parental flexible, que, como se indicó al inicio de este apartado de cuestión previa si bien comparten algunos elementos, también distinguen el número de semanas a repartir, las modalidades del disfrute y las exigencias que, en cada caso, deben acreditarse para acceder a ellas.

110. Sumado a ello algunas intervenciones, así como el concepto de la Procuradora aportan razones para que esta Corte evalué cada uno de los elementos normativos y específicamente la concreción de la omisión alegada, y, en caso de hallarla adecúe la disposición al mandato constitucional de igualdad, por lo que sobre ese horizonte se evaluará la medida.

La demanda cumple la carga argumentativa específica exigida para las omisiones legislativas relativas

111. 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.

112. Es *cierto*, en tanto deriva un contenido normativo específico. Señala que la norma omite regular dichas licencias cuando se trata de parejas adoptantes del mismo sexo. De acuerdo con la descripción del artículo demandado, la Sala advierte que no hay alusión a las parejas adoptantes del mismo sexo de modo que es cierta la afirmación de la demanda sobre la omisión de regular la materia y las hipótesis previstas *prima facie* parecen insuficientes para resolver su otorgamiento.

113. La Corte advierte además que el cargo es *específico* en tanto de forma puntual censura la falta de regulación de las licencias en parejas adoptantes del mismo sexo bajo los requisitos que la jurisprudencia ha establecido para la configuración de una omisión legislativa relativa pues identifica:

- i) Una norma de la cual se predica la omisión, esto es, el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021.
- ii) Se alude a la omisión del legislador para regular las distintas modalidades de licencia cuando se trata de parejas adoptantes del mismo sexo.
- iii) La exclusión carece de principio de razón suficiente porque en los procesos de adopción es de vital importancia la adaptación de la nueva familia, de allí que resulte indispensable el reconocimiento remunerado para ejercer tales tareas familiares, y fortalecer los vínculos filiales en beneficio del bienestar afectivo, social y físico de los niños y niñas que conforman la nueva familia y la forma en la que están previstas generan incertidumbres sobre su asignación.
- iv) No existe justificación y objetividad para la exclusión constitucional que impida el disfrute de dichas licencias a las familias diversas, pues estos cumplen idénticos roles de cuidado que las demás parejas heterosexuales, de allí que evidencia una discriminación por razón del sexo.

- v) Se incumple un deber específico impuesto por el constituyente al Legislador, dado que la licencia de maternidad y paternidad se ha concebido como un mecanismo de protección integral para la niñez, en desarrollo de los artículos, 42, 43, 44 y 45 de la Constitución Política, además del mandato de igualdad y no discriminación por razón del sexo.

114. También se cumple con el requisito de *pertinencia*. Los argumentos presentados para sustentar la omisión son de índole constitucional, basados principalmente en la discriminación por razones de orientación sexual, así como la especial protección a la niñez.

115. El requisito de *suficiencia* está acreditado, en tanto el accionante realiza un esfuerzo argumentativo para demostrar la configuración de una omisión legislativa relativa que genera una duda sobre la constitucionalidad de la norma acusada que habilita un pronunciamiento de fondo de la Corte.

116. En conclusión, la Sala Plena encuentra que la acusación es apta y por ende se pronunciará sobre el cargo propuesto por omisión legislativa relativa contra el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 por violación del principio de igualdad, en relación con las licencias de maternidad, paternidad, parental compartida y parental flexible.

Planteamiento del problema jurídico y metodología de la decisión

117. La Corte conoce de la demanda contra el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 *“Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, por el cargo de omisión legislativa relativa.

118. La discusión constitucional se circunscribe a determinar si existió una exclusión injustificada al regular las licencias de maternidad, paternidad, parental compartida y parental flexible en relación con las parejas adoptantes del mismo sexo que son beneficiarias por pertenecer al sistema general de seguridad social, y si ello implica una omisión legislativa relativa y una infracción al deber de protección especial a la niñez. Es decir, si la Corte debe corregir la acción del Legislador condicionando la medida normativa, permitiendo expresamente que los modelos de familias diversas deban contar con reglas específicas para acceder al reconocimiento de los beneficios económicos y de cuidado que aquella prevé.

119. En consecuencia, la Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿Incurrió el Legislador en una omisión legislativa relativa, al no

incorporar a las parejas adoptantes del mismo sexo como beneficiarios expresos 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?

120. Para resolver el interrogante propuesto, la Corte adoptará la siguiente metodología: *i)* reiterará brevemente la jurisprudencia sobre omisión legislativa relativa, para luego referirse a la *ii)* la orientación sexual diversa en la jurisprudencia constitucional; el *iii)* impacto de la heteronormatividad en las licencias parentales; *iv)* las licencias de maternidad y paternidad y el deber de protección a la niñez y, *v)* tras fijar el contexto y alcance de la disposición impugnada, resolverá el problema jurídico.

Omisión legislativa relativa. Reiteración de jurisprudencia³⁷

121. En lo relacionado con la jurisprudencia consolidada sobre la omisión legislativa relativa, la Sala destaca tres aspectos relevantes: *(i)* el concepto; *(ii)* los requisitos para que se configure la omisión legislativa relativa; y *(iii)* el remedio judicial a adoptar.

122. En cuanto al primer aspecto mencionado, la Corte ha sido enfática en reiterar que carece de competencia para pronunciarse sobre omisiones legislativas absolutas, por tanto, de forma excepcional puede encontrar que el Legislador incumplió parcialmente o de forma insuficiente el mandato constitucional y encontrarse frente a una omisión legislativa relativa que subsanar.³⁸

123. En lo referente al segundo aspecto, la jurisprudencia ha reiterado que se deben cumplir cinco requisitos para que configure la omisión legislativa relativa:

1. Que la omisión se le atribuya a una norma específica y concreta, pues una censura general sobre la inactividad del Legislador cuestionaría una omisión legislativa absoluta y no existiría objeto de control.
2. Que la norma excluya de sus efectos casos que debía incluir por ser asimilables a los que sí reguló, u omita un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, resulta imperativo.
3. Que la omisión demandada sea injustificada o carezca del principio de razón suficiente.
4. Que la omisión cuestionada genere un trato desigual e injustificado para los sujetos excluidos.

³⁷ Sentencia C-122 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁸ Pueden consultarse entre otras, las sentencias C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-471 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; C-031 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera. SV. Carlos Bernal Pulido. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo; y C-173 de 2021. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar.

5. Que la omisión sea la consecuencia del incumplimiento de un deber impuesto por la Carta Política al Legislador.³⁹

124. Al sistematizar el cumplimiento de los mencionados requisitos, la Sala Plena ha optado por verificar:

1. La existencia de una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que (i) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o (ii) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo.
2. Que exista un **deber específico** impuesto directamente por el Constituyente al legislador que resulta omitido, por los casos excluidos o por la no inclusión del elemento o ingrediente normativo del que carece la norma.
3. Que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente.
4. Que, en los casos de exclusión, la falta de justificación y objetividad genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma.⁴⁰

125. Frente al remedio judicial la jurisprudencia constitucional ha determinado que se debe proferir una sentencia integradora en la que se declara la exequibilidad condicionada de la norma censurada, en el entendido de que deben incluirse los supuestos que fueron omitidos por el Legislador.⁴¹

126. En tal sentido, por ejemplo, en la Sentencia C-075 de 2021,⁴² la Corte examinó la demanda interpuesta contra del numeral 6 del artículo 52 de la Ley 1709 de 2014, “*Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones*”. El texto acusado señalaba “*Artículo 74. Solicitud de traslado. El traslado de los internos puede ser solicitado a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) por: **6. Los familiares de los internos dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad.***”

127. El actor señaló que “*el tratamiento diferencial que contempla la norma objeto de esta demanda, radica en la exclusión que la misma supone, en tanto faculta a los familiares del interno que sean consanguíneos o afines con este, a realizar la solicitud de traslado; sin embargo, dicha posibilidad*

³⁹ Al respecto, ver entre otras, sentencias C-188 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; C-306 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y C-122 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁰ C-354 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁴¹ Sentencias C-043 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-911 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Nilson Pinilla Pinilla; C-658 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Alejandro Linares Cantillo. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado; y C-122 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴² Sentencia C-075 de 2021. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

no se extiende a los familiares que tengan parentesco civil”, desconociendo “el principio de igualdad contenido en el artículo 13 superior, así como (...) vulnera el mandato de igualdad consagrado en el inciso 6° del artículo 42 constitucional.” La Corte, tras constatar la omisión legislativa relativa resolvió declarar la exequibilidad del numeral 6 del artículo 52 de la Ley 1709 de 2014 bajo el entendido de que el traslado de los internos también puede ser solicitado a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) por los familiares de los reclusos dentro del segundo grado de parentesco civil.

128. Asimismo, en la Sentencia C-156 de 2022⁴³ la Corte analizó la demanda contra del numeral 3 del artículo 1025 del Código Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley 1893 de 2018, con el siguiente texto “**Artículo 1025. Indignidad sucesoral. Son indignos de suceder al difunto como heredero o legatarios: (...) 3. El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata no la socorrió pudiendo.**” En lo relacionado con la configuración de la omisión legislativa relativa, el actor señaló que la norma demandada excluye casos asimilables que debería haber contemplado lo que carece de un principio de razón suficiente y genera una desigualdad negativa. Aunado a lo anterior, consideró que el Legislador incumplió el deber de “*establecer medidas legislativas que brinden un trato jurídico igualitario a los diferentes modos en que se conforma una familia, así como entre las diversas clases de hijos*” y que incurrió en la omisión pues se refiere sólo a los parientes consanguíneos y, por tanto, excluye a los parientes civiles.

129. En esa ocasión, la Sala Plena concluyó que el numeral 3 del artículo 1025 del Código Civil excluyó de sus consecuencias jurídicas a los familiares de parentesco civil, y, en consecuencia, la norma enunciada incurrió en una omisión legislativa relativa. Por lo tanto, declaró la exequibilidad condicionada bajo el entendido de que también comprende a los parientes civiles hasta el sexto grado inclusive.

130. También puede citarse la Sentencia C-189 de 2022,⁴⁴ en la que la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 (parcial) de la Ley 2058 de 2020 en relación con la conformación de la Comisión Preparatoria que Garantizará la Coordinación para la Celebración del Quinto Centenario de Fundación de la Ciudad de Santa Marta. Para los demandantes, la exclusión de la participación de las comunidades negras en los espacios creados por esa ley desconocía, entre otras disposiciones, el preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 7, 13, 40, 70, 93, y 55 transitorio de la Constitución Política, así como normas convencionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

⁴³ Sentencia C-156 de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

⁴⁴ Sentencia C-189 de 2022. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

131. Dentro del asunto, la Corte concluyó que el legislador incurrió en omisión legislativa relativa pues no incluyó a las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras como miembros de la comisión preparatoria de la celebración del quinto centenario de fundación de Santa Marta, desconociendo el deber de reconocer y respetar las diferentes comunidades étnicas y de otorgarles un trato igualitario en relación con el ejercicio de su derecho de participación en asuntos que les conciernen, de acuerdo con la Constitución y el Convenio 169 de la OIT.

132. Así la omisión legislativa relativa permite la intervención judicial para reparar las discriminaciones normativas, cuando quiera que el Tribunal las advierta y, por ello, está habilitado para acudir a una sentencia integradora y de esa forma resolver las hipótesis que fueron excluidas por el Legislador.

La orientación sexual diversa en la jurisprudencia constitucional

133. Desde mediados de los años 90,⁴⁵ la Corte ha reconocido que la cláusula general de igualdad de la Constitución establece la prohibición de discriminación de personas por razón de su orientación sexual. Las primeras sentencias que se ocuparon del tema fueron las sentencias T-101 de 1998⁴⁶ y C-481 de 1998.⁴⁷ En la primera se ordenó a una institución educativa garantizar el derecho a la educación de dos jóvenes que habían sido expulsados por ser abiertamente homosexuales.

134. En la segunda decisión, la Sala Plena de la Corte declaró inexecutable la expresión “*el homosexualismo*”, contenida en el literal b del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, según la cual, dicha preferencia sexual, era causal de mala conducta para ser docente. La Corte señaló que la homosexualidad no es una aberración sexual, y en esa medida, resulta discriminatorio y violatorio del derecho al libre desarrollo de la personalidad establecer faltas disciplinarias a quienes ejercen una orientación sexual distinta a la heterosexual. En esta oportunidad refirió que “*Es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad ni una anormalidad patológica que deba ser curada o combatida.*”

135. No obstante, en cuanto al reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo las discusiones no han sido pacíficas. Cuando la Corte debió

⁴⁵ Lemaitre. Julieta. El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencias y movimientos sociales. Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes. 2009, pág. 248 y subsiguientes. En el mismo sentido, López Medina. Diego. Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual. Editorial Legis S.A., 2016, Bogotá, pág. 5.

⁴⁶ M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁷ M.P. Alejandro Martínez Caballero. AV. Vladimiro Naranjo Mesa. SV. Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández y Hernando Herrera Vergara.

resolver en la Sentencia C-098 de 1996⁴⁸ la demanda contra los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, por vulnerar la cláusula de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad al prever un régimen patrimonial exclusivo para las parejas heterosexuales y no así para las homosexuales, discurrió sobre el alcance al concepto de familia del artículo 42 constitucional.

136. Al hacerlo, si bien esgrimió que la libre opción sexual está protegida, entendió que la misma no se veía coartada al fijarse un régimen patrimonial para las parejas heterosexuales y que estas no podían asimilarse completamente a las parejas homosexuales, pues aquellas podían conformar una familia unida por vínculos naturales, como los hijos y el hecho de existir lazos sexuales o afectivos no podía conducir inexorablemente a su equiparación, de allí que declaró exequible las disposiciones demandadas. Esa postura se mantendría por más de una década.

El camino para el reconocimiento de los derechos sociales de las parejas del mismo sexo

137. En el año 2000, la Corte debió resolver el caso de un hombre que solicitó a la entidad promotora de salud la afiliación de su compañero permanente, que le fue negada por no estar permitido como beneficiario del grupo familiar, al ser homosexual negó su amparo. El fundamento principal, para ese entonces, radicó en la imposibilidad de proteger un derecho social vía tutela, y en que la protección integral de la familia a la que alude la Constitución no incluía a las parejas homosexuales.

138. Para ese momento se comprendía que las parejas heterosexuales y las homosexuales no podían ser comparables y que, de acuerdo con las reglas legales, vigentes para la época no podía sustentarse una violación a la cláusula de igualdad.⁴⁹

139. Poco tiempo después llegó otro asunto a decisión de una Sala de Revisión de la corporación. Se trataba de una pareja de hombres portadores del VIH. Como solo uno de ellos se encontraba afiliado a la seguridad social, requirió vincular a su compañero permanente, sin que se le permitiera. La Corte, analizó si la negativa de la inscripción al sistema general de seguridad social vulneraba algún derecho fundamental.

140. Tras referirse al alcance del concepto de familia, y a la forma en la que debía entenderse la cobertura familiar en el sistema general de seguridad social, señaló que la afiliación solo era viable frente a personas de sexo diferente del afiliado. En ese sentido no eran asimilables las parejas

⁴⁸ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. AV. Vladimiro Naranjo Mesa. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. José Gregorio Hernández Galindo. AV. Hernando Herrera Vergara.

⁴⁹ Sentencia T-999 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

heterosexuales y las homosexuales, sin que ello implicara quebrantamiento de derechos fundamentales.⁵⁰

141. Esta misma línea la mantuvo la Sala Plena, en una sentencia de unificación⁵¹ en la que, al igual que los dos casos anteriores, debió resolver sobre la negativa de una entidad de salud de reconocer como beneficiario al compañero permanente de un afiliado. Allí ratificó que no se violaba la cláusula de igualdad, pues no se trataba de sujetos comparables dado que si bien la orientación sexual es una opción válida que expresa el libre desarrollo de la personalidad, ello no implicaba equiparar constitucionalmente al concepto de familia que señala a Constitución y admitir que las parejas heterosexuales eran equiparables a las homosexuales.

142. Para la Corte en su momento, no se trataba de una situación discriminatoria, sino de un criterio normativo que adjudicaba la afiliación al grupo familiar, entendiendo este como heterosexual. Entendía que ello no implicaba negar servicios de salud por orientación sexual, sino que no era plausible acceder a ellos como beneficiario afiliado de su pareja homosexual cotizante. Así definió que no se presentaba vulneración de algún derecho fundamental y confirmó las decisiones de instancia que habían negado la tutela.

143. En el año 2006,⁵² nuevamente un asunto de seguridad social, de parejas del mismo sexo llegaría a revisión de una de las salas de la Corte. Esta vez se discutía el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes de un hombre cuya pareja había fallecido como consecuencia del VIH. Al definir se consideró que existía regulación sobre los beneficiarios de dicha prestación y que la exclusión de esa categoría de una persona homosexual no se traducía en discriminatorio, pues no se eliminaba su posibilidad de acceder al sistema de seguridad social en pensiones, al que podía concurrir de manera ordinaria. En esa oportunidad consideró que no le podía ser extensible el régimen legal en materia de pensiones, como si se tratase de iguales y negó la protección constitucional.

Por la vía de la protección patrimonial las parejas del mismo sexo adquirieron similares derechos que las parejas heterosexuales. Es el puente del reconocimiento de las garantías sociales

144. La Sentencia C-075 de 2007⁵³ estudió la demanda parcial de los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 “*por la cual se definen las uniones*

⁵⁰ Sentencia T-1426 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁵¹ Sentencia SU-623 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. SV. Jaime Araujo Rentería. SV. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Jaime Córdoba Triviño. SV. Eduardo Montealegre Lynett.

⁵² Sentencia T-349 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵³ M.P. Rodrigo Escobar Gil. SV. Jaime Araujo Rentería. AV. Jaime Córdoba Triviño. AV. Rodrigo Escobar Gil. AV. Marco Gerardo Monroy Cabra. AV. Nilson Pinilla Pinilla.

maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005, por vulnerar el preámbulo y los artículos 1º y 38 de la Constitución Política. Lo que se discutía en esa oportunidad era si al establecerse una protección patrimonial en la unión marital de hecho a las parejas heterosexuales y no así a las homosexuales, se violaba la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la cláusula de igualdad.

145. La Corte inicialmente esgrimió que el debate jurídico era distinto al que se surtió en la Sentencia C-098 de 1998. Reconoció un cambio en el significado social en relación con las parejas del mismo sexo y los derechos que debían asignárseles. Es decir que era necesario reevaluar interpretaciones que mantenían distinciones hostiles que negaban el reconocimiento jurídico a un grupo social que debía contar con similares derechos que los reconocidos a las parejas heterosexuales.

146. Bajo la consideración de que la Constitución proscribía la discriminación por orientación sexual, destacó que correspondía al Congreso avanzar gradualmente en la protección de sectores históricamente excluidos. Advirtió así la necesidad de indagar si la medida normativa respetaba los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, si la desprotección de un grupo excedía los márgenes constitucionalmente admisibles o si la menor protección de un grupo obedecía a discriminación, la cual se encuentra constitucionalmente prohibida.⁵⁴

147. Entendió que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales atentaba contra su dignidad al afectar su autonomía y capacidad de autodeterminación. De esa manera, no se justificaba someter a dichas parejas a un régimen incompatible con una opción vital, ni es posible que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea indiferente ante la desprotección de parejas homosexuales.

148. De modo que concluyó que al regularse la denominada “*unión marital de hecho*”, se estableció un régimen de protección patrimonial para los integrantes de las parejas heterosexuales, pero no para las homosexuales. Indicó que, si bien, la regulación que procure la protección de esas parejas entra en el ámbito de configuración legislativa, este último se encuentra limitado por la Constitución Política y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. En consecuencia, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscribida por la Carta Política.⁵⁵

⁵⁴ Cfr. Sentencia T-386 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁵ Sentencia C- 075 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

149. En suma, estableció que *“en relación con la situación patrimonial de las parejas homosexuales existe un déficit de protección a la luz del ordenamiento constitucional, llevan a la conclusión de que el régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, declaró “(...) la EXEQUIBILIDAD de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.”*

150. Esa decisión fue el puente para el reconocimiento de los derechos sociales de las parejas del mismo sexo, que vino a concretarse al resolver la Sentencia C-811 de 2007,⁵⁶ en la que se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993. En esa ocasión, la Corte determinó que la omisión legislativa que impedía a las parejas del mismo sexo ingresar al régimen contributivo en calidad de beneficiarias implicaba la vulneración de derechos de rango fundamental. Reiteró lo planteado en la Sentencia C- 075 de 2007 respecto a que la falta de reconocimiento de la realidad de las parejas homosexuales es un atentado en contra de su dignidad. Recalcó que, la exclusión además no resultaba necesaria pues para los fines previstos de la norma, la inclusión no implicaba una desprotección del núcleo familiar.

151. Agregó que la omisión legislativa relativa de la norma no implicaba que la Corte tuviera que declarar inexecutable la disposición, sino condicionar sus efectos para que se entienda que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admite la cobertura de las parejas del mismo sexo. Así las cosas, decidió declarar **“EXEQUIBLE el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo.**

152. Luego, en la Sentencia C-336 de 2008,⁵⁷ analizó la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (parcial) de la ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993, referentes a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la cobertura del plan obligatorio de salud. Los ciudadanos demandantes señalaron que dicha normativa, no extendía a las parejas homosexuales la protección que en seguridad social sí se reconocía a las parejas heterosexuales.

153. En el referido caso, la Corte consideró que la aplicación de las expresiones demandadas ha permitido dar un trato discriminatorio a las

⁵⁶ Sentencia C-811 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Jaime Araújo Rentería y Nilson Pinilla Pinilla. AV. Catalina Botero Marino.

⁵⁷ Sentencia C-336 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. SPV y AV. Jaime Araújo Rentería. SPV. Nilson Pinilla Pinilla.

parejas homosexuales, exceptuadas del sistema de seguridad social, “*pues la falta de claridad del legislador ha conducido a implementar una situación contraria a los valores del Estado social de derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, y a las normas que desde la Constitución amparan el libre desarrollo de la personalidad y su extensión: la libertad de opción sexual.* Refirió que, para remover esa discriminación contraria a la Constitución, la protección debía ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, ya que no existe un fundamento razonable y objetivo para explicar el trato desigual.

154. Recordó que la Corte tiene establecido un examen riguroso de las de medidas legislativas, cuando la norma impugnada “*(i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población.*”⁵⁸

155. Así, entre otras determinaciones, resolvió declarar la constitucionalidad de las expresiones acusadas en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C-521 de 2007⁵⁹ para las parejas heterosexuales.

La adopción y el matrimonio igualitario

156. La discusión sobre el alcance del concepto de familia y el matrimonio entre parejas del mismo sexo vino a ser resuelta por la Corte en la Sentencia C-577 de 2011.⁶⁰ En ella se señaló que dichas parejas deben acceder a la posibilidad de solemnizar jurídicamente su vínculo y de esa forma constituir una familia con mayores compromisos que los delimitados en las uniones de hecho. Entendió sin embargo que ello se trataba de una competencia del legislador, y le otorgó plazo hasta el 20 de junio de 2013, para remediar el déficit de desprotección.

⁵⁸ Sentencia C-111 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández. SV. Rodrigo Escobar Gil. AV. Jaime Araújo Rentería. SV. Nilson Pinilla Pinilla. SV. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Juan Carlos Henao Pérez. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Luis Ernesto Vargas Silva.

157. En relación con las parejas del mismo sexo, la Corte también se ha pronunciado sobre la adopción por consentimiento. En la Sentencia SU-617 de 2014⁶¹ resolvió una tutela presentada por una menor de edad y dos mujeres, una de ellas su madre biológica. Reclamaban que se les hubiera negado la declaración judicial del vínculo filial con la compañera permanente de la madre, considerando la imposibilidad de adopción por parte de parejas del mismo sexo. En esa oportunidad la Sala Plena protegió los derechos fundamentales a la autonomía familiar y a tener una familia.

158. Aseguró que, si bien la previsión de la adopción solo estaba prevista legalmente para las parejas heterosexuales, no podía impedirse a la menor contar con una familia, máxime cuando existían sólidos lazos relacionados con la crianza, cuidado y manutención y por tanto amparó y dispuso continuar con el trámite de adopción.

159. Poco tiempo después en la Sentencia C-071 de 2015⁶² la Corte analizó la constitucionalidad de las normas previstas en el Código de la Infancia y la Adolescencia que no incorporaban como posibles participantes en procesos de adopción conjunta, y por consentimiento, a parejas conformadas por personas del mismo sexo. En relación con la figura de adopción conjunta entendió válida la distinción del Legislador, al no existir la obligación de dar idéntico trato a todas las modalidades de familia, y al hecho de que la referida modalidad de adopción conjunta suple relaciones de maternidad y paternidad. En cambio, en relación con la adopción complementaria o por consentimiento comprendió necesario condicionarla para entender que las parejas del mismo sexo podían acudir a ella cuando recayera sobre el hijo biológico de su compañera o compañero permanente, pues lo contrario implicaba un déficit de protección de los integrantes a no ser separados de su familia.

160. Por su parte, en la Sentencia C-683 de 2015,⁶³ al estudiar la demanda de inconstitucionalidad en materia de adopción por parejas del mismo sexo la Corte consideró que no era procedente: *“(…) abordar un análisis a partir de una presunta omisión legislativa relativa, sino tomando como base el alcance de las normas parcialmente acusadas y la exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en los procesos de adopción de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, el problema jurídico a resolver ya no consiste en definir si esa exclusión vulnera los derechos de las parejas*

⁶¹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Luis Ernesto Vargas Silva. AV y SPV. María Victoria Calle Correa. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

⁶² M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV y AV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SPV y AV. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV. Conjuez José Roberto Herrera Vergara; SV y AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV y AV. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV y AV. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV y AV, Martha Victoria Sáchica Méndez (e). SV. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶³ Sentencia C-683 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Luis Ernesto Vargas Silva y Myriam Ávila Roldán (e). AV. Alberto Rojas Ríos. AV. Jorge Iván Palacio Palacio.

a la igualdad y a conformar una familia, lo cual fue desestimado por la mayoría de la Sala en la Sentencia C-071 de 2015. Lo que en esta oportunidad debe determinar la Corte es, desde un enfoque constitucional diferente, si las normas que regulan el régimen legal de adopción en Colombia, al excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en procesos de adopción, vulnera el principio del interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia para garantizar su desarrollo armónico e integral (art. 44 CP).”

161. Se discurrió en dicha decisión que la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa no afecta el interés superior del menor, ni tampoco afecta su salud física o emocional o su desarrollo integral, pues entre otros los estereotipos discriminatorios, o los prejuicios sociales, nada tiene que ver con la orientación sexual de su familia y que los procesos de adopción deben cimentarse en asegurar la estabilidad socioeconómica de los solicitantes y el cumplimiento de los requisitos que garanticen el cuidado de los menores en cada caso.

162. Ese mismo año la Sala Plena se ocupó de resolver el caso de dos hombres que habían acudido a la subrogación del vientre de una mujer para poder tener hijos.⁶⁴ De dicho procedimiento nacieron dos niños, reconocidos en Estados Unidos con dos padres. No obstante, las distintas peticiones que elevaron en Colombia, tanto en el consulado, en la registraduría y en diferentes notarías para conseguir el registro civil con la misma anotación, les fue negado por ser una pareja conformada por personas del mismo sexo.

163. A partir de la cláusula de igualdad y de la protección de las familias diversas, la Corte señaló que la negativa del registro de los menores se basó en una interpretación tradicional y heterosexual de la familia, que era injustificada y contravenía los estándares de protección del derecho internacional de los derechos humanos. Admitió que las familias diversas deben ser protegidas y al advertir una persistencia en el déficit de protección constitucional señaló que debían adecuarse los mecanismos de inscripción de registro para personas del mismo sexo. En ese sentido protegió y ordenó a la Registraduría que en el formato en el que se identifica “*padre*” y “*madre*” es admisible incorporar el de dos hombres, o el de dos mujeres, en el orden que voluntariamente decida la pareja.

164. En el año 2016, la Corte nuevamente se pronunció sobre la adopción de parejas del mismo sexo.⁶⁵ Dos mujeres que, luego de vivir por más de 10 años juntas, decidieron acudir a un proceso de inseminación artificial, el cual culminó con el nacimiento de una niña. Al registrarla, se les impidió que en

⁶⁴ Sentencia SU-696 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁵ Sentencia T-196 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

el certificado de nacida viva se introdujeran los nombres de las dos madres y, en ese sentido que constaran sus correspondientes apellidos. Para las mujeres la actuación de la Registraduría fue abiertamente discriminatoria y en ese sentido pidieron conjurar la vulneración de los derechos fundamentales de la niña.

165. En esa oportunidad la Corte reconoció que la protección constitucional de las familias diversas no había sido pacífica y que, por el contrario, planteaba tensiones en relación con el alcance del artículo 42 constitucional. Sin embargo, reconoció que, desde la Sentencia C-577 de 2011 las parejas homoparentales gozan de los mismos derechos que las heterosexuales y que si bien el Congreso debía generar un régimen jurídico particular esto no debía impedir el disfrute de derechos en igualdad de condiciones.

166. Al indicar además que el derecho de la niña a tener una familia era un mandato ineludible que no podía ser obstaculizado y menos por las acciones de las autoridades, atendiendo además que tras la Sentencia SU-696 de 2015⁶⁶ la Registraduría había adecuado, por medio de la circular No. 24 el diligenciamiento del nuevo formato de registro civil de nacimiento en el país, para resolver estos casos, refirió la necesidad de otorgar el amparo y que se procediera a modificar el registro de la menor, con el apellido de sus dos madres, de acuerdo con el orden que estas definieran.

167. Poco tiempo después en la Sentencia SU-214 de 2016⁶⁷ la Sala Plena debió estudiar varios casos de parejas del mismo sexo a quienes se negó dar curso a la solicitud para contraer matrimonio civil, en desconocimiento de lo señalado en la Sentencia C-577 de 2011. Las autoridades consideraban que mientras el Congreso de la República no legislara no era viable acceder a dicha petición.

168. Explicó la Corte que en un sistema democrático todas las personas debían ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, y esto alcanzaba a la decisión de unirse libremente con otro y conformar una familia: realizar así un plan de vida común. Por tanto, la ausencia de regulación no podía conllevar a una suspensión indefinida de los derechos, ni podía seguirse sosteniendo que un contrato solemne innominado o atípico celebrado entre parejas del mismo sexo tuviera los mismos efectos personales y civiles que un matrimonio celebrado legalmente y en ese sentido comprendió la regla judicial de la Sentencia C-577 de 2011, esto es que era viable la formalización del vínculo a través del matrimonio civil de parejas del mismo sexo.

⁶⁶ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁷ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Cristina Pardo Schlesinger.

169. En la sentencia C-456 de 2020⁶⁸ la Corte, al resolver una demanda sobre varias disposiciones del Código Civil que otorgaban efectos jurídicos a los cónyuges y no así a los compañeros permanentes del mismo o de distinto sexo, señaló en lo pertinente, que los vínculos eran equiparables pues ambos eran familia y debían asumir los mismos derechos y obligaciones.

170. En el año 2021, la Corte definió el caso de una mujer transgénero, de 61 años que solicitó su pensión tras haber completado el número de semanas y tener más de 57 años.⁶⁹ La entidad pensional la negó al considerar que el cambio de sexo en el registro de identidad, no implicaba la variación de los requisitos prestacionales que le correspondían por haber nacido hombre. Al definir se reconoció que la identidad de género es un derecho fundamental e innominado; que admite un universo de identidades y que reconocerlo implícitamente permite proteger de manera reforzada a las personas que transitan el género, la cual es cualificada y reforzada.

171. Discurrió en que las mujeres trans deben contar con los mismos derechos que las mujeres cisgénero y que en todo caso no es posible negar acceso a prestaciones fundadas en un criterio discriminatorio, como lo es acudir a categorías binarias y cisnormativas. En ese orden, señaló que la edad aplicable era la prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para las mujeres y dispuso que teniendo en cuenta esas exigencias, la entidad pensional procediera a definir sobre su prestación.

172. En la decisión se reconoció que en el sistema pensional no se contemplaron los impactos financieros ante el cambio o corrección del marcador “*sexo*” y por ello exhortó al Congreso de la República a regular y definir los requisitos y procedimientos de acceso a la pensión de vejez aplicables a las personas transgénero.

173. De lo señalado en el presente acápite pueden extraerse las siguientes reglas: *i*) existe un mandato de prohibición de discriminación por orientación sexual, esto implica que el goce y el ejercicio de los derechos no puede restringirse al decidir una opción sexual; *ii*) actualmente se reconoce similar trato jurídico a las parejas conformadas por personas heterosexuales y a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, por lo que el Legislador no puede desconocer dicho mandato; *iii*) dicha equiparación en el trato permite el acceso al sistema general de seguridad social, en todos sus componentes, con las mismas garantías asignadas a parejas heterosexuales; *iv*) se reconoce la garantía a las familias homoparentales no solo de contraer matrimonio sino de adoptar y asumir las obligaciones que ello implica, fundamentalmente la del cuidado de los niños, niñas y adolescentes a quienes se deben proveer

⁶⁸ M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

⁶⁹ Sentencia SU-440 de 2021. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SPV. Cristina Pardo Schlesinger.

cuidados, respeto y afecto pues son protegidos preferentemente por la Constitución y por las disposiciones relativas a la adopción.

Heteronormatividad y licencias parentales

174. A lo largo de la presente decisión, se ha explicado de qué manera la orientación sexual ha sido reconocida, jurisprudencialmente como una categoría sospechosa para analizar si se presentan tratos odiosos e injustificados y, al advertirlos, poder conjurarlos.

175. Se explicó que los escenarios más recurrentes de discriminación han estado ligados al reconocimiento de derechos sociales y al ejercicio de derechos civiles. En punto a las parejas del mismo sexo, ambos han significado debates profundos sobre qué significa constituir una familia y cuáles son los efectos de admitir que puedan ser reconocidas como tales.

176. Este no es un asunto menor. Si la familia es una construcción social, en la que intervienen distintas fuerzas e instituciones, que generan controles explícitos e implícitos sobre las personas, y que tiene efectos en las dimensiones productivas y reproductivas de la sociedad, e incluso en los propios sistemas políticos,⁷⁰ es fácil advertir las propias resistencias que supone modificar las concepciones arraigadas que tenemos sobre ella.

177. Mientras el concepto clásico de familia, está basado en la triada: sexualidad, procreación y convivencia, los nuevos arreglos familiares implican retar los propios criterios de parentesco.⁷¹ Qué significa ser padre o madre, cuáles son los vínculos sociales a partir de los cuales podemos considerarlos como tales y cómo situamos en la estructura social estos nuevos significados.

178. Resolver la desigualdad, no la diferencia⁷² pasa por reconocer que muchos conceptos, entre ellos el de la familia, se han construido a partir de categorías binarias sobre la sexualidad, en la dupla hombre-mujer, y que ellos han dado lugar a diseños normativos que surgen a partir de un modelo ideal de conducta sexual o moral, mejor conocido como heteronormatividad, y son excluyentes.⁷³

179. En la seguridad social esto ha tenido un especial impacto. Ya en el apartado anterior se evidenciaron las recurrentes reclamaciones de protección

⁷⁰ Jelin, Elizabeth, Pan y afectos: la transformación de las familias; Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010.

⁷¹ Butler Judith, El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad. Barcelona, Editorial Paidós, 2007.

⁷² Cobo, Rosa, Hacia una nueva política sexual: Las mujeres ante la reacción patriarcal, Madrid: Catarata, 2011.

⁷³ Curiel, Ochy, La nación heterosexual. Análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación, Brecha lésbica, Bogotá, 2013.

en salud y pensión por parejas del mismo sexo y la manera en la que les eran negadas. Al institucionalizar un sistema basado en la heterosexualidad, que no se expresa abiertamente, pero que se reconoce implícitamente, se ha validado la exclusión y con ello afectado intensamente el goce de otros derechos. Esto justificó, por ejemplo, que en una etapa inicial de la jurisprudencia constitucional se impidiera a las parejas del mismo sexo ser inscritas como beneficiarias en el sistema de salud, o que se les negara las pensiones de sobrevivientes. Por eso, tras el giro jurisprudencial y distintas decisiones de esta corporación para que el Legislador adecúe sus determinaciones legislativas, no resulta admisible que se mantengan tratos odiosos e injustificados basados en la orientación sexual de las parejas homoparentales.

Organización del cuidado y sistemas de seguridad social

180. Todas las personas, sin distinción, son interdependientes y frágiles,⁷⁴ requieren de otras que, por lo menos, en un momento de su existencia las asista. Cuando no existe Estado de Bienestar organizado, las labores de cuidado se gestionan por la decisión autónoma, que por regla general es limitada y se traduce en trabajo no remunerado que impacta intensamente a quienes deben ocuparse de él. Históricamente, las mujeres -madre- han sido designadas preferentemente para ocuparse de esa labor, en oposición al hombre -padre- a quien se le ha relevado de tener similar trato.

181. El tiempo que se utiliza socialmente para el trabajo de cuidado, y la forma en que se divide sexualmente nos determina qué tipo de sociedad construimos. El modelo familiarista entiende que el cuidado es del ámbito privado y la solidaridad intergeneracional es fundamental. El modelo defamiliarista reconoce al Estado una responsabilidad en algunos servicios de cuidado.

182. Las licencias parentales, también conocidas como licencias de responsabilidades familiares regulan que las personas encargadas de otros, cuenten con prestaciones económicas durante un determinado lapso, sin que además se vean obligadas a acudir al empleo. Son entonces el resultado de reconocer que el cuidado debe ser remunerado y debe redistribuirse y reorganizarse.⁷⁵ Cómo se hace, es una de las cuestiones centrales que los estudios de género han debatido.

183. Los enfoques para el otorgamiento de las licencias son variados, pero la mayoría parten de una concepción binaria como se explicará. Unos derivan

⁷⁴ Carrasco Cristina. El tiempo más allá del reloj, las encuestas del uso del tiempo. Cuadernos de Relaciones Laborales, Barcelona, 2016, 34(2), 357-383. <https://doi.org/10.5209/CRLA.53433>

⁷⁵ Batthyány Karina, Genta Natalia, Perrotta Valentina, Uso de licencias parentales y roles de género en el cuidado, Universidad de la República, Montevideo, 2018.

de políticas maternalistas, aquí se considera que las madres son las principales responsables en el cuidado de los hijos, se valora socialmente esta tarea y se asocia a las mujeres con la capacidad idónea y natural para llevarla a cabo. Las prestaciones que se les reconocen a partir de tales consideraciones son extensas y exclusivas.

184. De otra parte, las políticas de piso maternal, reconocen que las mujeres requieren recuperarse del parto, además de estrechar lazos de afecto con el recién nacido, amamantarlo, velar por su salud y su bienestar, pero entienden que también el padre debe estar involucrado en ese proceso, y, por ende, otorgan también licencia para que él cumpla algún rol de cuidado.

185. Las políticas secuenciales alternan tiempos de trabajo y tiempos de cuidado, es decir, permiten que las personas puedan definir, de forma flexible cómo se disfrutará la licencia y cuál es la mejor manera de conciliar la vida familiar con la laboral.

186. Las políticas de corresponsabilidad consideran que las familias deben redistribuir las tareas de cuidado y en ellas deben participar la madre y el padre, también el Estado debe brindar asistencias -salas lactantes, jardines infantiles, etc.-. Es posible además que las licencias respondan a distintos enfoques de las políticas, no obstante, lo que surge evidente es que, salvo las secuenciales, las demás se cimentan en el reparto binario del cuidado -madre y padre- y no reconocen familias diversas.

187. Su regulación en todo caso está mayoritariamente basada en un modelo de familia nuclear, y fundada en significados y representaciones acerca de la maternidad y de la paternidad, excluyendo otras experiencias familiares. Esto podría ser explicado en que las configuraciones de familias diversas y su ejercicio de la parentalidad ha sido reconocido hasta hace poco, como se pudo advertir en el acápite anterior.

188. No obstante, no puede perderse de vista que las políticas de cuidado⁷⁶ son un tema sustantivo relacionado con el ejercicio de la ciudadanía social de quienes ejercen tal rol.⁷⁷ Definir su alcance y sus destinatarios tiene un impacto en la redistribución del trabajo, pero también en la asignación de responsabilidades que recaen directamente en el bienestar de los niños y las niñas.

189. El cuidado sostiene la vida cotidiana, es decir la forma en la que se reproduce la existencia e impacta directamente a las personas más interdependientes y frágiles, como los recién nacidos, o los niños y las niñas,

⁷⁶ Torns, Teresa. El trabajo y el cuidado: cuestiones teórico metodológicas desde la perspectiva de género. Revista de Metodología de Ciencias Sociales, UNED- Enero - junio No 15, 2006.

⁷⁷ Véase Recomendación 165 de la OIT, Trabajo y responsabilidades familiares, y Convenio 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

distribuir equitativamente ese trabajo parece algo necesario, como también lo es interrogarse sobre las formas más eficientes para alcanzar la igualdad de género, que pasa además por reconocer a las familias diversas. Este contexto, permite dar paso al alcance de las licencias de maternidad y paternidad como escenario regulado del sistema de cuidado.

Licencias de maternidad y de paternidad. Deber de protección a la niñez

190. El otorgamiento de las licencias parentales ha evolucionado, desde considerar que sólo se asignaba exclusivamente a la madre biológica, luego al extenderlo al padre biológico y más tarde a los padres y madres adoptantes, bajo la consideración de que su objetivo es la protección a los niños, niñas y adolescentes. Ahora, además, se discute si esas reglas son suficientes para resolver los arreglos familiares diversos. En efecto, en un primer momento, a inicios del siglo pasado (1919), las licencias estaban dirigidas exclusivamente a las mujeres⁷⁸. Más tarde en la Recomendación 95 de la OIT⁷⁹ se consideró necesario que, para garantizar la salud de la mujer y del hijo, el descanso de la maternidad pudiera extenderse⁸⁰ y en el Convenio 156 de la OIT,⁸¹ relacionado con los trabajadores con responsabilidades familiares, se introdujo la necesidad de que los hombres participaran en la división del trabajo.

191. En la Recomendación 165 la OIT⁸² se profundizó la necesidad de que hombres y mujeres distribuyeran el trabajo socialmente necesario para lograr el bienestar cotidiano. En el Convenio 183 de la OIT⁸³ sobre protección de la maternidad se amplió nuevamente la licencia para las mujeres y en la Recomendación 191⁸⁴ se consideró que debían ampliarse a dieciocho (18) semanas y que en los casos de nacimientos múltiples debía prolongarse.

192. En esa misma Recomendación 191 se indicó sobre la necesidad de

⁷⁸ Puede consultarse:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312148. Este convenio fue aprobado por Colombia a través de la Ley 129 de 1931.

⁷⁹ Puede consultarse:

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R095,/Document#:~:text=\(1\)%20El%20trabajo%20nocturno%20y,de%20per%C3%ADodos%20adecuados%20de%20descanso](https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R095,/Document#:~:text=(1)%20El%20trabajo%20nocturno%20y,de%20per%C3%ADodos%20adecuados%20de%20descanso).

⁸⁰ La jurisprudencia constitucional ha reevaluado ese enfoque. Véanse las sentencias C-622 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara. AV. Alejandro Martínez Caballero; y C-586 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos. AV. Aquiles Arrieta Gómez (e). AV. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Alberto Rojas Ríos.

⁸¹ Puede consultarse en:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156

⁸² Puede consultarse en:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312503

⁸³ Puede consultarse en:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183

⁸⁴ Puede consultarse en:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R191

crear otros tipos de licencias derivadas de la maternidad. Así en caso de fallecimiento, enfermedad u hospitalización de la madre antes de acabarse el periodo de licencia postnatal, el padre - de contar con un empleo - debería tener derecho a disfrutar de la licencia por el tiempo que aquella le hacía falta. Aunado a ello se consideró necesario crear una licencia parental distribuida entre el padre y la madre y, en los eventos de adopción, se fijó necesario que los padres adoptivos contaran con acceso al sistema de protección a las licencias y al empleo.

193. Sin duda esta recomendación impactó las reformas laborales que se emprendieron desde el año 2000 y en las que se amplió el número de semanas de licencia de maternidad, se crearon otras modalidades de licencia y se equipararon los derechos con las familias adoptivas.

La transformación de la protección de las licencias de maternidad y paternidad

194. La licencia de maternidad, como se indicó previamente, surgió como mecanismo de protección a las mujeres y a sus hijos. Su duración ha estado ligada a la recuperación física y mental de la madre biológica, así como a la posibilidad de cuidar, proteger y brindar bienestar físico y emocional al recién nacido.

195. La jurisprudencia constitucional ha desarrollado el alcance específico de las licencias de paternidad y maternidad.⁸⁵ En relación con la licencia de maternidad esta corporación ha sostenido que busca preservar la salud de la madre y del recién nacido, y le permite conciliar su rol productivo y reproductivo.

196. Para ello ha señalado que la protección de la maternidad encuentra sustento en el artículo 43 constitucional que ordena la protección estatal y el otorgamiento de subsidio cuando la mujer embarazada se encuentre desempleada o desamparada. Pero también en instrumentos internacionales, pues el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que la maternidad y la infancia requieren cuidado y asistencia especiales, el artículo 10.2 del PIDESC prevé que debe concederse protección a las madres antes y después del parto y el artículo 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, dispone que los Estados deben garantizar a las mujeres servicios apropiados en relación con el embarazo y el periodo posterior al parto. De allí se ha derivado la obligación general y objetiva de proteger a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado.

⁸⁵ Aquí se utiliza el contenido de la Sentencia de Unificación SU-070 de 2013. M.P. (e) Alexei Julio Estrada.

197. A partir de las cláusulas de prohibición de discriminación por sexo y especialmente de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, esta Corte ha señalado que a la mujer embarazada no solo se le protege su derecho a trabajar, sino a no ser despedida por razón de su condición y a obtener el pago de una licencia en un periodo previo y posterior al parto.

198. En la Sentencia C-470 de 1997⁸⁶ la Corte evidenció la necesidad de proteger a la mujer en licencia y por ejemplo, en la Sentencia C-005 de 2017⁸⁷ al resolver una demanda contra los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo en la que se debatía si la protección a la maternidad, especialmente la estabilidad en el empleo, debía también reconocerse a las mujeres que no se encontraban trabajando, pero que podían extenderla a su cónyuge, compañera o pareja trabajadora, determinó que la comprensión de la protección a la maternidad también implica un cambio de roles entre hombres y mujeres en el plano familiar y una participación más equitativa en el cuidado.

199. Tras comprender que las niñas y los niños son los directamente beneficiados con el reparto de roles y de las responsabilidades familiares, que recaen en hombres y mujeres señaló que existía una omisión legislativa relativa y que por tanto la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).

200. Así mismo la Corte en la Sentencia C-543 de 2010⁸⁸ dio sentido y alcance a la licencia de maternidad. Indicó que la *“figura de la licencia de maternidad tiene una finalidad principal, cual es la de proteger a las mujeres trabajadoras en estado de gravidez, durante la época del embarazo y luego del parto –protección que se extiende, en lo pertinente, a los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente–; así como la de asegurar la protección de la niñez. El amparo que de allí se deriva es, por consiguiente, doble e integral. Es doble, por cuanto se despliega respecto de la madre –y en lo que corresponda, respecto del padre sin cónyuge o compañera permanente–, a la vez que en relación con los hijos o hijas. Es integral, toda vez que abarca un conjunto de prestaciones encaminadas a asegurar que las mujeres trabajadoras –incluyendo los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente– y su descendencia dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de calidad y de dignidad.”*

⁸⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁷ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Alejandro Linares Cantillo. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸⁸ M.P. Mauricio González Cuervo.

201. De esa manera comprendió que busca asegurar que la mujer trabajadora en estado de embarazo esté protegida antes y después del parto, con lo que además se protege a la niñez. Allí sin embargo se preguntó sobre si dicha licencia debía recaer exclusivamente en las madres biológicas o si era extensible a las madres adoptantes de niños mayores de siete (7) años⁸⁹ y al hacer el escrutinio de igualdad encontró que ambos supuestos eran asimilables, y que la adopción es una medida de protección de los intereses superiores de la niñez; de allí que limitar el acceso a la licencia con criterio etario vulneraba principios y derechos constitucionales.

202. Frente a la licencia de paternidad la Corte ha acogido el enfoque de piso maternal. En ese sentido ha considerado que la licencia para el padre es un derecho fundamental y subjetivo, y que su reconocimiento garantiza el interés superior del recién nacido para recibir cuidado y amor y permite al padre involucrarse en la crianza del hijo, especialmente en la primera etapa de la vida, y que es extensible a los padres adoptantes;⁹⁰ también ha señalado que las exigencias de cotización para su disfrute no pueden ser desproporcionadas.⁹¹

203. En la Sentencia C-273 de 2003⁹² esta Corporación se preguntó sobre cuál era el significado de la paternidad⁹³ y explicó que el papel del hombre en el cuidado de los hijos se ha transformado implicándose más en el desarrollo físico, psicológico, moral y cognoscitivo. Una vez destacó su soporte legal,

⁸⁹ Esto por cuanto el numeral 4ª del artículo 34 de la Ley 50 de 1990 le hacía extensiva a la madre adoptante de menores de 7 años las mismas garantías que a la madre biológica.

⁹⁰ Sentencia C-383 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Nilson Pinilla Pinilla.

⁹¹ Sentencias C-663 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. Humberto Sierra Porto y C-174 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹² M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹³ Señaló que: *“Los cambios culturales y sociales vividos en los últimos tiempos han generado transformaciones importantes en el papel que le corresponde ejercer al padre en la crianza del hijo. Desde la época colonial hasta fines del siglo XIX el principal rol paterno consistía en otorgar a los hijos una educación cristiana; por lo tanto, la educación cristiana y las buenas costumbres eran entonces su tarea fundamental. A comienzos del siglo XX y por causa de la industrialización, la necesidad imperativa del hombre de pasar la mayor parte de la jornada en las fábricas, produjo un cambio en el papel paterno asumiendo el soporte económico de la familia pero delegando en la madre la crianza y educación de los hijos. A partir de la década del 30 y por efecto de la llamada Gran Depresión, los padres se quedaron sin empleo y por lo tanto el rol de proveedores les era difícil de cumplir; se presentó igualmente la partida de los hombres al ejército durante la Segunda Guerra Mundial, lo que permitió que éstos dejaran puestos de trabajo que comenzaron a ser ocupados por mujeres, y que se presentara la ausencia del padre en el hogar, vivida dramáticamente por los hijos especialmente varones, lo que propició posteriormente la necesidad de tener un fuerte modelo paterno aduciéndose beneficioso para el bienestar psíquico de los niños. Estas circunstancias motivaron el inicio de un cambio en el concepto de paternidad, pero es sobre todo en la década del 70 en la que realmente aparece una nueva imagen paterna, mucho más comprometida con los hijos dada la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo. Finalmente, a fines del milenio se produce la llamada “revolución masculina” que ha influenciado el cambio de actitud del hombre hacia sus hijos, según la cual, una nueva generación de padres ha descubierto que pueden involucrarse en la crianza de sus hijos, de la misma forma en que lo hace la madre y sin afectar su virilidad[14]. Es así como además comienzan a cambiar diversas costumbres médicas, por ejemplo, se incluyó al padre en el momento del parto y, en algunas sociedades se instituyó la licencia por paternidad.”*

desde su creación en el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, que autorizaba a la mujer a ceder al padre una (1) de sus semanas de licencia y su transformación en la Ley 755 de 2002 que adjudicó días adicionales, destacó que la finalidad de la licencia de paternidad se encuentra ligada al interés superior del niño a recibir cuidado y amor de su padre, lo que impacta su desarrollo integral.

204. En la Sentencia C-174 de 2009⁹⁴ se amplió la licencia a ocho (8) días hábiles y se reiteró que la finalidad era la de que el padre se involucrara en *“la crianza de las hijas o hijos brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, como factor fundamental para su desarrollo armónico e integral, en el contexto de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.*

205. Luego en la Sentencia C-383 de 2012⁹⁵ se consideró que la licencia de paternidad es un derecho fundamental del padre, que deriva del contenido de los artículos 16 y 42 constitucionales y que, entre otras, tiene como características el desarrollo del principio del "interés superior del menor", consagrado en el artículo 44 superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y del derecho al cuidado y al amor y el pleno goce efectivo de sus derechos, especialmente del derecho al cuidado y al amor de todos los niños y niñas por igual, el cual ha sido ampliamente reconocido, tanto por el derecho como por la jurisprudencia nacional e internacional.

206. A partir de allí determinó que las expresiones demandadas, *“El esposo o compañero permanente” tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad*, y *“La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos “del cónyuge o de la compañera”*, contenidas en el párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1468 de 2011 vulneraban la cláusula de igualdad, así como la protección de los niños, pues limitaba injustificadamente el reconocimiento de la licencia de paternidad solo a aquellos padres que tuvieran la calidad de esposos, cónyuges o compañeros permanentes y resolvió condicionar las expresiones, en el sentido de que dicha licencia opera para todos los hijos, independientemente de su filiación.

207. En una decisión reciente,⁹⁶ la Corte debió resolver el caso de un hombre que pedía el otorgamiento de la licencia de paternidad, por el mismo número de semanas previsto para la licencia de maternidad. Relató que acudió a la gestación subrogada de la cual nació su hija, y que era padre cabeza de familia. La entidad de salud encargada del reconocimiento de la prestación solo autorizó catorce (14) días hábiles y no las dieciocho (18) semanas, las cuales sí otorgó a la madre subrogada. La Sala advirtió la existencia de un vacío en relación con la maternidad subrogada y demás

⁹⁴ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Nilson Pinilla Pinilla.

⁹⁶ Sentencia T-275 de 2022. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

técnicas de reproducción asistida. También detectó que el Congreso desde el año 1998 ha intentado tramitar dieciséis (16) leyes sobre dichas materias, proyectos que han sido archivados y que, en todo caso, en su contenido, nada se ha propuesto en relación con la manera en la que debe operar la maternidad subrogada.

208. Estas determinaciones relativas a las licencias de maternidad y paternidad dan cuenta de elementos transversales, de un lado, además de asignárseles a las mujeres y a los hombres como derechos, atendiendo sus roles, se dirigen fundamentalmente a proteger a la niñez y especialmente el bienestar del recién nacido; así mismo su contenido es extensible, a la madre o al padre adoptante, pues la distinción para el cuidado, atendiendo la capacidad biológica de procrear, fue reevaluada por el Legislador y en atención a sus finalidades se les asigna también su disfrute.

209. Ahora bien, de acuerdo con lo explicado a lo largo de este capítulo, es posible señalar que aun cuando las licencias parentales protegen simultáneamente los intereses de los niños, así como los de los involucrados en su cuidado y a la sociedad, y pueden permitir la distribución equitativa del trabajo con responsabilidades al interior de la familia, no existe acuerdo sobre la manera más eficaz de alcanzar dichos objetivos, y por ello existen distintos enfoques que se utilizan de manera autónoma por los Estados.

*Deber específico de protección a los niños, niñas y adolescentes.
Reiteración de jurisprudencia*

210. En la reciente Sentencia SU-180 de 2022⁹⁷ la Sala Plena señaló que tanto la Constitución Política, como los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, protegen a los niños y las niñas como sujetos titulares de derechos⁹⁸. En la Convención sobre los Derechos del Niño, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sintonía con el artículo 44 constitucional, se indica que es su derecho garantizarles un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, a tener familia y a no ser separado de ella, salvo para proteger sus intereses.⁹⁹

⁹⁷ M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV. Natalia Ángel Cabo. SPV. Diana Fajardo Rivera; SPV y AV. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁹⁸ En dicha sentencia se indica que la Corte Interamericana precisó en su Opinión Consultiva 17 que el término niño “abarca, evidentemente, los niños, niñas y adolescentes”. Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, nota 45.

⁹⁹ También en dicha sentencia de unificación se recordó que “*En la Observación General No. 14 del 29 de mayo de 2013, el Comité de los Derechos del Niño interpretó esa disposición y determinó que el interés superior del niño abarca tres dimensiones, a saber: (i) como derecho sustantivo a que el interés superior del menor de edad sea una consideración primordial que se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses, cuando se deba tomar una decisión sobre una cuestión debatida; (ii) como principio jurídico interpretativo fundamental, conforme al cual, cuando una disposición jurídica admita más de una interpretación, se debe elegir aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior de los niños y las niñas; y (iii) como norma de procedimiento, según la cual siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a uno o más*

211. Así mismo se recordó que la jurisprudencia constitucional los ha reconocido como sujetos de protección constitucional reforzada. Entre ellas, en la Sentencia C-569 de 2016¹⁰⁰ se explicó que el principio de interés superior del menor es *concreto*, pues solo puede determinarse atendiendo las circunstancias individuales de cada niño, de allí que no sea posible definir a través de reglas abstractas; es *relacional*, por lo que debe otorgárseles una consideración primordial, sobre todo cuando sus derechos entran en tensión con los derechos de otras personas y se requiere la ponderación; *no es excluyente*, es decir no son absolutos; es *autónomo* pues la situación específica, aunque esté en contra de los intereses de padres, familiares o terceros es la que prevalece y; es *obligatorio* pues vincula al Estado, a la familia y a la sociedad en general.

212. En lo relacionado con la protección de los menores en el ámbito laboral la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas oportunidades. En la Sentencia C-250 de 2019¹⁰¹, al declarar la constitucionalidad de la norma sobre autorización para trabajar de menores de edad, destacó que existe precedente pacífico, desde la Sentencia SU-225 de 1998¹⁰², en el que se ha considerado que los derechos de los niños someten a la mayoría política en aras de su desarrollo armónico e integral y si el Legislador, al limitar o regular un derecho fundamental puede afectar los derechos fundamentales de los niños debe actuar con especial cuidado, ante la regla pro infante.

213. Allí se recordó que existen cinco principios que orientan la protección de los derechos fundamentales de los menores, esto es i) *la no discriminación*; ii) *el interés superior del menor*; iii) *el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo*; iv) *el respeto a las opiniones del niño* y v) *la protección del menor frente a riesgos prohibidos*. A partir de este último principio la sentencia señaló que el trabajo de los menores es posible a la luz del orden constitucional, siempre que se respete el tope de edad y las reglas de incorporación.

214. Así mismo, como se explicó en el acápite previo, distintas decisiones relacionadas con el análisis de las licencias de maternidad y paternidad han reconocido que, estas protegen además de a la madre y padre biológico, también a los adoptantes, pero bajo la consideración de que es a través de dichos instrumentos legales que se protegen a los menores. Así quedó

niños, se deberá incluir una evaluación de las posibles repercusiones de la decisión en el o los menores de edad involucrados y dejar de presente explícitamente que se tuvo en cuenta ese derecho.”

¹⁰⁰ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁰¹ M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁰² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. José Gregorio Hernández Galindo. SV. Carlos Gaviria Díaz. SV. Antonio Barrera Carbonell.

expreso en la Sentencia C-174 de 2009¹⁰³ en la que se señala que “*el derecho a la licencia de paternidad remunerada es desarrollo y aplicación del principio del interés superior del menor, como también del derecho al amor y cuidado del niño, mediante la implementación de un mecanismo legislativo que, como corolario del artículo 44 superior, garantiza al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo, la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad.*”

215. De manera que las licencias remuneradas se conciben hoy, como determinantes para crear vínculos familiares y para que la pareja realice las tareas de cuidado y atención del menor y lo asistan en un momento de especial vulnerabilidad. Esto no excluye que, en el caso de la madre biológica le permita la recuperación física y emocional, pero comprende otras hipótesis, la del padre biológico, y la de los adoptantes que, sin el desgaste físico si deben estar prestos a resolver con la mayor diligencia y afecto las necesidades del menor.

Resolución del problema jurídico. Configuración de una omisión legislativa relativa respecto del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 al no incluir a las parejas adoptantes del mismo sexo

216. A continuación, la Sala resolverá el problema jurídico propuesto por la demanda. Establecerá si el Legislador incurrió 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 si con ello afectó al deber de protección a los menores.

217. Con ese propósito, (i) explicará el contexto y alcance de la norma, a partir de allí (ii) identificará las hipótesis normativas sobre las cuales debe referirse, para luego (iii) resolver el cargo por omisión legislativa relativa formulado.

Contexto y alcance normativo del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021. Ampliación de la licencia paternidad, creación de la licencia parental compartida y la licencia parental flexible de tiempo parcial. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido

¹⁰³ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

218. El artículo 236 hace parte del Título VIII Prestaciones Patronales Comunes del Código Sustantivo del Trabajo, específicamente, del Capítulo V denominado protección a la maternidad y protección de menores. El artículo en su versión original regulaba el descanso remunerado en la época del parto, que para entonces correspondía a una licencia remunerada de ocho (8) semanas, así como la forma de liquidarla y los requisitos para acceder a ella.

219. Posteriormente, la Ley 24 de 1986 introdujo un numeral al artículo que incluía a las madres adoptantes como beneficiarias de la licencia remunerada en los siguientes términos: *“Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de 7 años de edad, asimilando a la fecha del parto la de la entrega oficial del menor que se adopta.”*

220. Luego, con la reforma introducida por la Ley 50 de 1990, este artículo se modificó en el sentido de ampliar la licencia de maternidad a doce (12) semanas en la época de parto. Además, eliminó la frase *“7 años de edad”* que había incluido la Ley 24 de 1986. Finalmente, se incluyó un párrafo en el que se permitía ceder una (1) semana de la licencia al padre, así: *“La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto podrá reducir a once (11) semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de este la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio.”*

221. El mencionado párrafo fue modificado por la Ley 755 de 2002, mediante la cual se reconoció ocho (8) días hábiles de licencia de paternidad y los requisitos para acceder a la prestación.

222. Después, en el año 2011, mediante la Ley 1468, una nueva reforma al artículo 236 amplió licencia de catorce (14) semanas, así como los tiempos para tomar la licencia preparto y posparto. Igualmente, reiteró que todas las provisiones y garantías establecidas para la madre biológica se hacían extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante y al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. Asimismo, señaló que la licencia de maternidad para madres de niños prematuros tendría en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serían sumadas a las catorce (14) semanas que se establecían en esa ley. Aunado a lo anterior, previó que en caso de fallecimiento de la madre antes de terminar la licencia por maternidad, el empleador del padre del niño le concedería una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

223. Por su parte, dispuso en el párrafo que el esposo o compañero permanente contaba con ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad incompatible con la licencia por calamidad doméstica.¹⁰⁴ Igualmente, estableció que la licencia remunerada de paternidad operaba por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.¹⁰⁵

224. Por último, la legislación previa contenida en el artículo 1° de la Ley 1822 de 2017, de acuerdo con la cual el periodo de la licencia de maternidad era de dieciocho (18) semanas, reiteraba la forma de liquidar el monto del pago si el salario no era fijo, los requisitos para acceder a la prestación y se conservaba la garantía de hacer extensivas las prerrogativas del descanso remunerado a la madre adoptante o al padre en caso de enfermedad o muerte de la madre biológica. Se regulaba, igualmente, la licencia en caso de partos prematuros, múltiples, así como la posibilidad de tomar parte de la licencia preparto y cómo se compensaba con la licencia postparto. Finalmente, disponía ocho (8) días hábiles de licencia de paternidad.

225. El proyecto que dio origen a la Ley 2114 de 2021 se dirigía a crear la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial y el fuero de protección parental, la prohibición de evaluaciones médicas y de preingreso relacionadas con el embarazo y la profundización de campañas educativas relativas a la corresponsabilidad en el cuidado y la necesidad de profundizar la equidad entre los padres y las madres, para para ello planteaba modificar los artículos 236, 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo.¹⁰⁶

226. El primer fundamento del proyecto de ley fue el principio de interés superior de los niños. A partir de la jurisprudencia constitucional y de lo señalado en la Convención sobre los derechos del niño, explicó que estos tienen derecho al cuidado y que las licencias de maternidad y paternidad permiten concretarlo. Sin embargo, estimó que además del sistema tradicional la incorporación de las licencias parental compartida y parental flexible posibilitaba una organización del tiempo de cuidado atendiendo los acuerdos familiares.

227. Otro fundamento que se tuvo en cuenta fue el de la igualdad. Así, la iniciativa buscaba eliminar la consideración de que la responsabilidad de los hijos recaía principalmente en las mujeres -madre- y afianzaba una

¹⁰⁴ Mediante la Sentencia C-383 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Nilson Pinilla Pinilla. La Corte declaró condicionalmente exequible la frase “*El esposo o compañero permanente*” bajo “*el entendido de que estas expresiones se refieren a los padres en condiciones de igualdad independientemente de su vínculo legal o jurídico con la madre.*”

¹⁰⁵ Mediante la Sentencia C-383 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Nilson Pinilla Pinilla), la Corte declaró condicionalmente exequible la frase “*cónyuge o de la compañera*” bajo “*el entendido de que la licencia de paternidad opera por los hijos en condiciones de igualdad, independientemente de su filiación.*”

¹⁰⁶ Gaceta del Congreso 226 de 2021.

obligación de corresponsabilidad de los padres, lo cual, además, podría disminuir los índices de desigualdad de las mujeres en el acceso y permanencia en el empleo. También se determinó adecuar la licencia de paternidad a las reglas definidas constitucionalmente, al introducir la figura del fuero parental.

Hipótesis normativas y contornos del debate constitucional

228. El artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 que finalmente se aprobó reguló la ampliación de la licencia de paternidad y creó las licencias parentales compartida y flexible - pueden sintetizarse así:

Tipo de licencia	Número de semanas	Destinatarios
Licencia de maternidad	18 semanas	Madre biológica o adoptante y padre que se haga cargo del niño por abandono, enfermedad o muerte de la madre.
Licencia de paternidad	2 semanas	Padre biológico o adoptivo.
Licencia parental compartida	Disponibilidad de 6 semanas a compartir	Madre y padre biológico o adoptivo.
Licencia parental flexible	Posibilidad de utilizar por lo menos 6 semanas de las 18 para la madre, o las 2 semanas del padre, como banco de tiempo. Esto implica que puedan trabajar medio tiempo y disfrutarlas el otro medio tiempo hasta agotar las horas.	Madre y padre biológico o adoptivo.

229. Como quiera que en esta decisión se explicó que el cargo se dirige contra todos los supuestos normativos, que no solo describen el tipo de licencia, el número de semanas, y sus destinatarios, sino que además señalan las reglas para su otorgamiento y disfrute, se definirá sobre ellos, a partir del test de omisión legislativa relativa. Esto es así pues en este caso existe una regulación, solo que se le atribuye que excluye a un segmento de ciudadanos de su contenido, mientras a otros si les reconoce una garantía. En efecto la discusión versa sobre las diferentes licencias que reguló el Legislador y la

forma en la que estas operan, sin que se contemplara la hipótesis de las parejas adoptantes del mismo sexo.

230. Previo a ello debe indicarse que en este asunto está fuera de discusión que las parejas conformadas por personas del mismo sexo son familia, que pueden contraer matrimonio civil y adoptar, y conformar un hogar con hijos. La discusión se centra entonces en determinar si están incluidos dentro de los supuestos de la norma demandada y, en caso negativo, si le son extensibles dichas prerrogativas.

Análisis de la omisión legislativa relativa sobre las licencias de maternidad, paternidad, parental compartida y parental flexible y su reconocimiento a las parejas conformadas por personas del mismo sexo

231. El demandante cuestiona el silencio del Legislador respecto de una hipótesis normativa que, en su criterio, debió introducirse en la norma para así ser compatible con la Constitución. A su juicio la simple consideración de que los derechos de los padres biológicos se extienden a los adoptantes es insuficiente en los casos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, pues no se determina qué ocurre al existir dos madres o dos padres, o al encontrarse frente a otros modelos de familias diversas. En consecuencia, procederá la Sala a aplicar el test.

a) La existencia de una norma respecto de la cual se pueda predicar necesariamente el cargo por inconstitucionalidad

232. La omisión que acusa el demandante es relativa y se encuentra contenida en el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021. Recae sobre los enunciados normativos que regulan el otorgamiento y disfrute de las licencias de (i) maternidad; (ii) paternidad; (iii) parental compartida y (iv) parental flexible, y la forma en que se distribuye el cuidado familiar.

233. Es decir, se satisface el primer presupuesto pues se presenta una omisión en relación con dichos supuestos normativos.

b) La exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma de aquellos casos o situaciones análogas reguladas por la norma que, por ser asimilables, debían estar contenidos en el texto normativo cuestionado

234. La censura se sustenta en que el artículo no hubiese extendido el reconocimiento de las prestaciones por cuidado a las parejas homoparentales adoptantes, mientras que las parejas heterosexuales que adoptan sí cuentan con reglas para la adjudicación y disfrute de las licencias parentales.

235. En ese sentido, el criterio de comparación que se utiliza para identificar las situaciones análogas que debe traducirse en igualdad de trato, es el de parejas conformadas por personas del mismo sexo que adoptan y parejas conformadas por personas de distinto sexo que adoptan.¹⁰⁷ El tratamiento análogo que se debe brindar se funda en los siguientes argumentos:

236. A partir de la Sentencia C-075 de 2007¹⁰⁸ la Corte reconoció que era inconstitucional excluir de reconocimiento jurídico de la sociedad patrimonial de hecho a las parejas conformadas por personas del mismo sexo mientras las parejas heterosexuales sí contaban con una regulación de su régimen patrimonial. Así mismo determinó que las parejas homosexuales podían determinar a sus beneficiarios en el régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud,¹⁰⁹ también en el sistema pensional¹¹⁰ para obtener la pensión de sobrevivientes.

237. Ha reconocido también esta Corte que las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio civil y constituir una familia¹¹¹ igual que las parejas heterosexuales y que cuentan con la posibilidad de adoptar.¹¹² A partir del contenido jurisprudencial han surgido reglas según las cuales i) existe un mandato de prohibición de discriminación por orientación sexual, esto implica que el goce y el ejercicio de los derechos no puede restringirse al decidir una libre opción sexual; ii) se reconoce similar trato jurídico a las parejas conformadas por personas heterosexuales y a las parejas compuestas

¹⁰⁷ La actividad de la Corte Constitucional ha concurrido con la elaboración del test de igualdad, dentro de un proceso de construcción iniciado en la década de los noventa. En este sentido y durante el período inicial, se habló más del test de igualdad que del test de razonabilidad y en la clásica Sentencia C-093 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se refirieron sus orígenes, fueron fijados los elementos básicos de su estructura, se identificaron las distintas intensidades, hasta plantear el test integrado de igualdad, el que según dijo la Corte, “*combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los test de distinta intensidad estadounidenses. // El juicio integrado de igualdad se desarrolla a partir de tres etapas, a saber: (i) la de fijar el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) la de establecer si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) por, último, la de determinar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la perspectiva constitucional.*”

¹⁰⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil. AV. Jaime Córdoba Triviño. SV. Jaime Araújo Rentería. AV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Rodrigo Escobar Gil. AV. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰⁹ Sentencia C-811 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Jaime Araújo Rentería. SV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Catalina Botero Marino (e).

¹¹⁰ Sentencia C-336 de 2008. MP. Clara Inés Vargas Hernández. SPV y AV. Jaime Araújo Rentería. SPV. Nilson Pinilla Pinilla.

¹¹¹ Sentencias C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Juan Carlos Henao Pérez. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Luis Ernesto Vargas Silva y SU-214 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Cristina Pardo Schlesinger.

¹¹² Sentencias SU-617 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Luis Ernesto Vargas Silva. AV y SPV. María Victoria Calle Correa. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Martha Victoria Sáchica Méndez (e) y C-683 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Luis Ernesto Vargas Silva y Myriam Ávila Roldán (e). AV. Alberto Rojas Ríos. AV. Jorge Iván Palacio Palacio.

por personas del mismo sexo; *iii*) dicha equiparación en el trato permite el acceso al Sistema General de Seguridad Social, en todos sus componentes, con las mismas garantías asignadas a parejas heterosexuales; *iv*) se reconoce la garantía a las parejas homoparentales no solo de contraer matrimonio sino de adoptar y asumir las obligaciones que ello implica.

238. Ahora bien, no pasa inadvertido a esta Corporación que las licencias de maternidad y de paternidad reconocen la existencia de dos roles específicos, el de madre y padre. En principio la distinción de madre biológica era relevante e incluso el número de semanas previsto se ha fundado en la necesidad de la recuperación de la madre tras el parto. No obstante, el reconocimiento de la madre adoptante introdujo otro elemento de reflexión a la hora de asignar la prestación, el del interés superior de los niños y niñas y el de la necesidad de afianzar lazos de afecto y amor.

239. Esta comprensión también se trasladó a las licencias de paternidad. Tanto para el padre adoptante, como para el biológico, se ha considerado que su ampliación permite además de la asunción de corresponsabilidades familiares que contribuyen a la equidad de género, la construcción de relaciones parentales robustas que benefician el crecimiento y desarrollo del recién nacido, así como de los niños y niñas.

240. Por demás las licencias parentales, compartidas y flexibles, se construyen a partir de los roles materno y paterno, es decir la forma en la que se adjudican y disfrutan está delimitada por quien disfruta el de la maternidad y el de la paternidad.

241. Es evidente que las parejas adoptantes del mismo sexo, que conforman una familia, requieren el mismo tiempo de cuidado para proteger al recién adoptado y que es determinante contar con el espacio para construir vínculos y poder prodigarle afecto y amor. Es decir, ambas parejas que adoptan deben brindar las mismas garantías, si bien en la primera los roles binarios de madre y padre no encajan con las expectativas sociales y lo que implica un modelo de familia nuclear, esto no es suficiente para descartar que se encuentran en similar situación y, por tanto, como lo indicó el demandante debían estar dentro de las hipótesis normativas.

242. Así mismo si bien la disposición no se refiere explícitamente al otorgamiento de las licencias a parejas heterosexuales, si lo reconoce implícitamente. De un lado se distingue claramente el objeto de cada una de las licencias, y a quien van dirigidas, la de maternidad, a la madre biológica o adoptante y la de paternidad al padre biológico o adoptante. Las parentales flexibles y compartidas si bien buscan una redistribución del tiempo de cuidado, lo hacen a partir de considerar que las mujeres -madres- deben contar con un tiempo mínimo de recuperación, y que solo son válidas esas

modalidades en un tiempo posterior a que se restaure la salud física y mental de las madres.

243. Es decir que la norma distingue la concesión de la prestación a partir de un criterio binario y heterosexual, a partir de concebir un modelo de familia tradicional y además desconoce que, a partir del interés superior del menor este requiere atención y cuidado por parte de su familia, entre ella la adoptiva, la cual debe cumplir con las mismas exigencias que las demás. De allí que la deficiencia alegada por la demanda es correcta, en tanto no es posible resolver normativamente cómo repartirse las licencias parentales en modelos de familias diversas, entre ellas las conformadas por dos mujeres o por dos hombres y, en relación con los cuales, no existen las distinciones de género relativas al rol de padre y madre y a sus responsabilidades familiares.

c) La inexistencia de un principio de razón suficiente que justifique la exclusión de los casos, situaciones, condiciones o ingredientes que debían estar regulados por el precepto en cuestión

244. El artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, como se explicó previamente, no señala explícitamente la asignación de derechos prestacionales por licencia a las parejas heterosexuales adoptantes. Así solo determina cómo se causan y originan las licencias de maternidad, paternidad y a partir de estas las parentales compartidas y flexibles. Y aunque reconoce que las provisiones y garantías previstas para la madre y padre biológicos se extienden a los adoptantes, ello no resuelve la tensión.

245. Es fácil determinar que la licencia de maternidad se dirige a la mujer y la de paternidad al hombre y que, de ese reparto surgen los arreglos para el disfrute de las demás. Así la norma asume la heteronormatividad y descarta la posibilidad de que las familias homoparentales puedan acceder a ellas.

246. Esto significa que las familias diversas que no encajan en las categorías binarias se ven excluidas de la protección por su orientación sexual. Al trasluz de la jurisprudencia constitucional no existe justificación para admitir este trato diferenciado, pues al estar resuelto que constituyen una familia, que pueden adoptar y que cuentan con las mismas garantías que las parejas familiares heterosexuales no es admisible una distinción en este sentido. Por demás, como se señaló en el acápite del deber de protección de los intereses de los menores, es claro que estas instituciones, tanto la de la adopción, como la del reconocimiento de las prestaciones económicas para el cuidado derivan del mandato constitucional que impone la garantía a una familia, con amor y afecto, en favor de los niños, niñas y adolescentes, quienes son los destinatarios principales de tales instituciones.

247. Ahora bien, 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.

248. Esto ha permitido además que se discuta sobre el reparto equitativo de tiempo y cargas entre padre y madre, al reconocer que las licencias van dirigidas a otorgar el mayor bienestar posible a los menores y esto es lo que ha permitido ampliar el número de semanas que pueden recibir los padres y las licencias parentales compartidas y flexibles se dirigen a profundizar esa concepción.

249. Sin embargo, al reconocerse que las familias conformadas por personas del mismo sexo adoptantes también deben atender labores de cuidado ante la llegada de un niño o niña a sus vidas, no resulta justificado que su hipótesis no se encuentre prevista, es decir cómo repartir el banco de semanas. Y resultaría incompatible asignar a una misma pareja dos licencias de maternidad o dos de paternidad, pues en el primer evento una pareja recibiría 36 semanas con cargo al sistema general de seguridad social y, en el segundo 4 semanas. Esto implica que efectivamente carece de razón la exclusión de estas hipótesis en una disposición que debía contemplarlas, además como concreción del deber específico de cuidado y de protección a la niñez.

(d) La generación de una desigualdad negativa para los casos o situaciones excluidas de la regulación legal acusada, frente a los casos y situaciones que se encuentran regulados por la norma y amparados por las consecuencias de la misma, y en consecuencia la vulneración del principio de igualdad, en razón a la falta de justificación y objetividad del trato desigual

250. La falta de justificación para excluir a las parejas del mismo sexo adoptantes de la distribución y otorgamiento de las licencias parentales constituye una infracción constitucional, pues las parejas heterosexuales que adoptan si cuentan con el tiempo de cuidado suficiente para prodigar los cuidados del recién llegado y estrechar lazos familiares.

251. De tal manera la regulación afecta además intensamente a uno de los destinatarios del cuidado, que requiere protección reforzada, el niño o niña,

que no podrá contar con la posibilidad de profundizar el afecto tan necesario cuando se trata de un proceso de adopción.

252. Así las familias conformadas por parejas del mismo sexo que adoptan tienen restricciones injustificadas en el reconocimiento de sus tareas al interior del hogar, a la forma en la que interactúan y a los tiempos que cada uno define brindar al nuevo integrante. Así mismo la disposición les asigna un rol o bien materno, o bien paterno, a partir del cual podrían solicitar la prestación, esto responde a una concepción binaria, que impide resolver otros escenarios, como los de una pareja lesbiana o una pareja conformada por dos hombres. Esto se traduce en que mientras para las parejas heterosexuales no existe controversia frente a la modalidad de licencia a la que cada miembro accede, la manera en la que se reparte y acredita su asignación, esto no ocurre con las familias del mismo sexo que adoptan, quienes están por fuera de las reglas previstas frente al cuidado.

253. Por demás no es posible señalar, como lo indicaron algunos intervinientes, que es posible interpretar la disposición, pues es claro que esta no determina en el caso de la existencia de dos mujeres, o de dos hombres, cómo deben asignarse y acreditarse las exigencias de las licencias de maternidad y de paternidad, y como quiera que las licencias compartidas y flexibles, como se ha explicado, derivan de las dos primeras y de cómo se reparten, las familias homoparentales se encuentran en desventaja frente a las heterosexuales que acceden a las prestaciones y esto afecta directamente la cláusula de igualdad y el interés superior de los niños y niñas.

254. Si bien es entendible que las primeras regulaciones sobre licencias parentales respondieran a otra idea de familia, lo cierto es que actualmente el Legislador debió, a partir del desarrollo jurisprudencial de esta Corte sobre la materia, prever distintas concepciones y significados sobre ella y comprender que los modelos diversos deben contar con distintas protecciones, entre ellas las normativas.

d) La existencia de un deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al Legislador para regular una materia frente a sujetos y situaciones determinadas, y por consiguiente la configuración del incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al Legislador

255. A juicio de la Corte se incumple un deber específico impuesto por el Constituyente al Legislador, dado que la licencia de maternidad y paternidad y por extensión las parentales flexibles y compartidas son un mecanismo de

protección integral para la niñez, en desarrollo de los artículos, 42, 43, 44 y 45 de la Constitución Política.

256. A lo largo de esta decisión la Sala Plena explicó que el objetivo de la protección por el cuidado familiar ha sido, de un lado otorgar tiempo de recuperación físico y mental a la mujer que ha acabado de tener un parto y que requiere de obvios cuidados para la restauración de su salud física y mental, así como la creación de vínculos estrechos con el recién nacido. Pero esa protección no se agota allí, tanto el Legislador como la jurisprudencia constitucional ha señalado que las madres adoptantes deben contar con ese mismo tiempo de cuidado, y que lo que se protegen son los intereses de los niños, niñas y adolescentes a contar con una familia. Esto último también ha permitido construir una línea sólida sobre el reparto de responsabilidades familiares y de conciliación entre la vida familiar y laboral de las personas que alcanza las licencias de paternidad.

257. En efecto, como se señaló en los párrafos 210 a 215 de esta providencia, existe un mandato concreto al legislador, dentro del que se cuenta el del interés superior del menor el cual debe ser *concreto*, pues solo puede determinarse atendiendo las circunstancias individuales de cada niño, que en este caso debe contar con una familia que le prodigue amor y cuidados; *relacional*, de allí que deba considerarse que la protección del tiempo de cuidado de los niños, niñas y adolescentes no puede verse afectada por la ausencia de regulación de hipótesis jurídicas como la aquí analizada que afecta intensamente la manera en la que se reparte el tiempo de cuidado de las parejas adoptantes del mismo sexo; *no es excluyente*, es decir que a la par que se preserva dicho interés también los derechos de las parejas del mismo sexo; es *autónomo* y prevalece y; es *obligatorio* pues vincula al Estado, a la familia y a la sociedad en general, de allí que el Legislador no podía dejar de regular el reparto del tiempo de cuidado frente a las parejas adoptantes del mismo sexo.

258. Esto implica que las licencias parentales deban responder a esos mandatos constitucionales, esto es a preservar los intereses de los menores a no verse afectados por decisiones legislativas que excluyan a sus familias del reparto del tiempo para cuidarlos y conformar lazos estrechos. Esto implica que es necesario adecuar la norma para resolver este dilema.

259. Satisfechos los requisitos del test que evidencian la concreción de una omisión legislativa relativa, que es contraria a la Constitución, al no existir un principio de razón suficiente y al evidenciar un trato discriminatorio, corresponde a la Corte pronunciarse sobre la resolución a adoptar.

Decisión a adoptar

260. Esta Corporación ha señalado que cuando advierta la configuración de una omisión legislativa relativa y con la finalidad de reparar discriminaciones normativas es posible dictar una sentencia aditiva que resuelva las hipótesis excluidas por el Legislador.

261. A juicio de la Corte, en este asunto, lo que corresponde es que sean los integrantes de la pareja del mismo sexo adoptante quienes definan, por una sola vez, quien disfrutará de cada prestación en las mismas condiciones previstas para las familias heteroparentales adoptantes. Esto responde de mejor manera a la forma en la que se concreta el deber específico de cuidado y protección a la niñez, para gestionar equitativamente el cuidado del menor adoptado, a la par que permite evitar distinciones odiosas basadas en la orientación sexual.

262. Aunque la Corte comprende que la decisión de replicar el modelo de licencia de maternidad y paternidad frente a las parejas adoptantes del mismo sexo, puede resultar en la especialización del trabajo de cuidado, lo cierto es que corresponde al Legislador adoptar las medidas pertinentes que les permita a todas las parejas dividir equitativamente las semanas de las licencias. En todo caso la disposición analizada permite que, a través de las licencias parentales flexibles y compartidas se atenúen los efectos de tal determinación.

263. Que sea por una sola vez evita discrepancias en el otorgamiento al sistema general de seguridad social y permite que, así como sucede en el evento en el que se notifica el reparto de las licencias parentales compartidas y flexibles, se deba informar, desde por lo menos un mes antes de la entrega del menor adoptado, quien disfrutará de cada licencia.

264. Así teniendo en cuenta las particularidades de la disposición, tal como lo señaló la Procuradora General este condicionamiento resuelve la exclusión y permite que, fijado quien accederá a la licencia de maternidad y quien a la de paternidad, puedan determinarse el reparto, de optar, por las licencias compartidas y flexibles.

Síntesis

265. La Corte resolvió la demanda contra el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 *“Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del Código*

Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”, por el cargo de omisión legislativa relativa.

266. La discusión constitucional se circunscribió a determinar si existió una exclusión injustificada al regular las licencias de maternidad, paternidad, parental compartida y parental flexible en relación con las parejas adoptantes del mismo sexo, y si ello implica una omisión legislativa relativa en la que se desconoce el deber específico de protección especial a la niñez.

267. Atendiendo ese debate la Sala fijó el problema jurídico en determinar si el Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, al no incorporar a las parejas adoptantes del mismo sexo como beneficiarios expresos 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 si además vulneró el deber especial de protección a la niñez.

268. Previo a definir, señaló que la demanda era apta para emitir un pronunciamiento de fondo, al cumplir las cargas argumentativas generales y específicas fijadas por la jurisprudencia. Luego *i)* reiteró brevemente la jurisprudencia sobre omisión legislativa relativa, se refirió a la *ii)* la orientación sexual diversa en la jurisprudencia constitucional; y al *iii)* impacto de la heteronormatividad en las licencias parentales; así como frente a *iv)* las licencias de maternidad y paternidad y el deber de protección a la niñez y, *v)* tras fijar el contexto y alcance de la disposición impugnada, determinó que se configuró la omisión legislativa relativa.

269. En ese sentido definió adoptar una sentencia aditiva, y condicionar el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, bajo el entendido de que corresponde a las parejas adoptantes del mismo sexo definir por una sola vez, quien de ellos gozará de cada prestación en las mismas condiciones previstas para las familias heteroparentales adoptantes.

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 **EXEQUIBLE** el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 bajo el entendido de que la pareja adoptante del mismo sexo definirá, por una sola

vez, quien de ellos gozará de cada prestación en las mismas condiciones previstas para las familias heteroparentales adoptantes.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO
Magistrada
Ausente con excusa

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

HERNÁN CORREA CARDOZO

Magistrado (E)

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
JOSE FERNANDO REYES CUARTAS
A LA SENTENCIA C-415/22**

1. En la Sentencia C-415 de 2022 la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró executable el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, bajo el entendido de que la pareja adoptante del mismo sexo definirá, por una sola vez, quien de ellos gozará de cada prestación en las mismas condiciones previstas para las familias heteroparentales adoptantes.

2. El criterio de comparación que acogió la ponencia para identificar las situaciones análogas que debe traducirse en igualdad de trato, fue el de (i) familias conformadas por personas del mismo sexo que adoptan y (ii) familias conformadas por personas de distinto sexo que adoptan. A partir del problema jurídico propuesto, en el desarrollo de la ponencia se reitera que existe una omisión legislativa relativa en tanto la norma acusada no regula la forma de reconocer y disfrutar la licencia de maternidad y de paternidad cuando una pareja del mismo sexo adopta a un menor de edad.

3. Aunque comparto la decisión adoptada por la mayoría, considero que la Sala Plena tuvo la oportunidad de visibilizar la ausencia de regulación sobre la licencia en la época del parto cuando se trata de una pareja del mismo sexo y uno de los integrantes de la familia es el padre o madre biológica del menor de edad.

Caso 1. Cuando la pareja del mismo sexo adopta a un menor de edad -ninguno es padre o madre biológico-. Acorde con la decisión adoptada en la presente sentencia, esta pareja puede decidir un mes antes a la entrega oficial del menor de edad quién disfrutará la licencia de 18 semanas y quién la de 2 semanas; o si compartirán la licencia en los términos del mismo artículo.

Caso 2. Cuando el menor de edad es hijo biológico de una de las mujeres que conforman la pareja del mismo sexo. Si son dos mujeres y una de ellas es la madre biológica, será ella quién disfrute la licencia de 18 semanas. En este caso lo no específicamente regulado son los derechos de la madre adoptante.

Caso 3. Cuando el menor de edad es hijo biológico de uno de los hombres que conforman la pareja del mismo sexo. Si son dos hombres y uno de ellos es el padre biológico, será él quien disfrute la licencia de 2 semanas. En este caso lo no específicamente regulado son los derechos del padre adoptante.

4. Aunque la demanda solamente propuso el análisis de constitucionalidad de la norma en el caso específico de una pareja del mismo sexo adoptante, ante la omisión evidenciada la Corte ha debido exhortar al Congreso para que regule de forma particular cada una de las situaciones que pueden surgir con ocasión de la adopción de menores de edad por parte de familias del mismo sexo. Pues lo cierto es que hoy son varios los vacíos normativos que surgen de este tipo de relaciones filiales.

5. En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha *ut supra*,

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado