



Agosto 23 y 24 de 2023

Sentencia C-322/23
M.P. Natalia Ángel Cabo
Expediente: D-13.856

LA CORTE CONSTITUCIONAL DECLARÓ ESTARSE A LO RESUELTO EN LA SENTENCIA C-055 DE 2022 FRENTE A UNA DEMANDA PRESENTADA CONTRA EL ARTÍCULO 122 DE LA LEY 599 DE 2000

1. Norma demanda

“Ley 599 de 2000

(julio 24)

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000

Por la cual se expide el Código Penal.

EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

2. Decisión

En relación con los cargos por violación al derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, contenidos en los artículos 1 y 16 de la Constitución, **ESTARSE A LO RESUELTO** en la sentencia **C-055 de 2022**, que declaró “la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, “por medio de la cual se expide el Código Penal”, en el sentido de que la conducta de abortar allí prevista solo será punible cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación y, en todo caso, este límite temporal no será aplicable a los tres supuestos en los que la Sentencia C-355 de 2006 dispuso que no se incurre en delito de aborto, esto es, “(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin



consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto".

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena de la Corte Constitucional conoció de una demanda presentada por un ciudadano contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, por la vulneración de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad contenidos en los artículos 1, 13 y 16 de la Constitución Política de 1991.

En primer lugar, la Corte realizó un exámen de aptitud de la demanda formulada y concluyó que los cargos referidos a los artículos 1 y 16 de la Constitución cumplieron con los requisitos de admisión contenidos en el Decreto 2067 de 1991. Sin embargo, lo mismo no ocurrió con el cargo por violación del derecho a la igualdad, establecido en el artículo 13 de la Carta.

Frente a este último cargo, el Tribunal encontró que el demandante no logró articular un cargo cierto, pertinente y específico. Si bien el actor cumplió con la exigencia de indicar cuál era la disposición que presuntamente establece el trato diferente, que en este caso sería el artículo 122 del Código Penal, no cumplió con el requisito de distinguir con claridad cuál es el trato desigual que plantea la norma demandada. El cargo por violación a la igualdad partió de la premisa de que la penalización afecta el derecho al acceso igualitario a la salud de las mujeres respecto de los hombres, particularmente porque los hombres no tienen restricciones para acceder a cualquier procedimiento médico mientras que las mujeres sí.

Sin embargo, la mayoría de la Sala Plena consideró que el análisis presentado por el actor no solo careció de desarrollo, sino que también no tuvo en cuenta que, para el momento de la presentación de la demanda, la penalización de la práctica del aborto era parcial, pues de acuerdo con la Sentencia C-355 de 2006, existen tres hipótesis conforme a las cuales la decisión de la mujer está protegida jurídicamente. En esa medida, en criterio de la Corte, la acusación del actor por violación al derecho a la igualdad de las mujeres, comparada con la de los hombres, partió de la premisa errada de que la penalización era total y no explicó por qué, aun con la

existencia del precedente de la Sentencia C-355 de 2006, la penalización parcial implicaba una violación al derecho a la igualdad de las mujeres que debía ser resuelto por la Corte.

En relación con los cargos por violación del artículo 1 (dignidad) y 16 (libre desarrollo de la personalidad) el Tribunal concluyó que, si bien los argumentos eran aptos para una decisión de fondo, **sobre los mismos operó la figura de la cosa juzgada teniendo en cuenta lo decidido por la Corte en la Sentencia C-055 de 2022.**

En criterio de la Sala Plena la acusación formulada por el ciudadano sobre el presunto desconocimiento de los artículos 1 y 16 de la Constitución ya fue abordado en extenso por la Corte en la mencionada decisión. En otras palabras, existió una identidad en el parámetro de control que abordó la Corte con anterioridad, con el que se propone en la actual demanda estudiada por la Corporación.

4. Salvamento de voto y aclaraciones de voto

El magistrado **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR** salvó su voto. Las magistradas **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** y **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA** aclararon el voto.

El **magistrado Ibáñez Najar salvó su voto** respecto de esta decisión. A diferencia de la posición mayoritaria, consideró que no se configura cosa juzgada constitucional frente a los cargos de la demanda por la supuesta afectación del principio a la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que en realidad no correspondía decidir estarse a lo resuelto en la Sentencia C-055 de 2022.

El planteamiento del accionante en ambos cargos sugería que obligar a una mujer a continuar con lo que denominó como un “*proceso biológico*” en su cuerpo, desconoce el principio de la dignidad humana y el derecho a decidir y a autodeterminarse de la mujer.

Por lo tanto, este es un asunto que necesariamente exigía una decisión de mérito luego de la correspondiente ponderación de los derechos humanos y fundamentales a la vida y a la dignidad humana, por lo que, si bien en la

Sentencia C-055 de 2022 se abordaron algunos de los elementos que fueron propuestos en esta demanda los cuales sirvieron de fundamento para declarar la exequibilidad condicionada del tipo penal contemplado en el artículo 122 del Código Penal contenido en la Ley 599 de 2000, lo cierto es que el debate constitucional en torno al control abstracto de tal disposición no ha contado con un examen integral que reconozca el innegable carácter de ser sintiente del que está por nacer y que pondere bajo un estudio razonable y proporcionado la garantía de su derecho a la vida y a la dignidad humana del *nasciturus* respecto de los derechos de la mujer.

El magistrado Ibáñez Najar señaló que en su momento se apartó de la posición mayoritaria que profirió la Sentencia C-055 de 2022, dado que, entre otros, (i) la ineptitud de los cargos de la demanda relacionados con la igualdad, la salud en materia de barreras, la libertad de profesión u oficio, el Estado laico, la libertad de conciencia y los principios del derecho penal exigía la inhibición de la Corte Constitucional; y, (ii) en esa oportunidad se configuraba cosa juzgada constitucional frente a lo decidido por esta Corporación en la Sentencia C-355 de 2006, fenómeno que impedía a la Sala Plena pronunciarse sobre la demanda pues, contrario a lo considerado por esta, existía identidad de cargos y de objeto, y no se presentaban las causales de debilitamiento de la cosa juzgada. A su vez, frente a dicha decisión, explicó en torno al fondo, que el debate constitucional que formuló la Corte frente a ese asunto: (i) genera un déficit de protección absoluto del derecho fundamental a la vida de los no nacidos antes de la semana 24 de gestación; (ii) afecta de manera injustificada, irrazonable y desproporcionada el mandato constitucional y convencional de protección de la vida del que está por nacer; (iii) realiza una aproximación equivocada de los derechos en tensión anulando por completo el carácter de ser sintiente y sujeto de derechos del *nasciturus*; y, (iv) asume la decisión de un asunto propio de la esfera funcional del legislador relativo a definir la política criminal del Estado y con ella la de establecer el o los tipos penales que corresponda lo cual exige un absoluto respeto del principio de reserva de ley en cuya configuración no le es dable intervenir al juez para modular algunos de los elementos del tipo penal.

En esa línea, frente a este caso concreto objeto de análisis y decisión, el Magistrado reiteró lo dicho en sus salvamentos de voto presentados con motivo de las decisiones adoptadas mediante las Sentencias C-055 de 2022

y C-066 de 2023, sobre el necesario respeto y protección del derecho a la vida humana en gestación; el respeto del principio de separación de funciones entre los distintos órganos del poder público; y, la ausencia de razones constitucionales que motivaron la expedición de la Sentencia C-055 de 2022, la cual se tradujo en un desconocimiento flagrante del principio a la dignidad del ser humano que está por nacer, su carácter de sujeto de derechos y ser sintiente.

Todo ello, con fundamento en la reiterada línea y tradición que había defendido la jurisprudencia constitucional en el sentido que los *nasciturus* son titulares de los derechos reconocidos a los niños en los mandatos constitucionales o, en palabras de la Corte, del mismo “espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños [... esto por cuanto] es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana.” (Sentencia T-223 de 1998). La Corte ha debido ponderar la protección de los derechos de la mujer y advertir que por el carácter de ser sintiente del *nasciturus* era necesario condicionar la aplicación de la disposición para garantizar la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, de conformidad con la jurisprudencia que protege los derechos de los seres sintientes. Esa garantía es imperativa dado que el ser sintiente, además, hace parte de la especie humana y es el fundamento de la existencia humana, tal como lo disponen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹ la Declaración de los Derechos del Niño,² la Convención de los Derechos del Niño³ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴

¹ En su artículo 6.1 señala que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

² En su principio número 4 establece que “[e]l niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá **derecho** a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, **incluso atención prenatal** y postnatal.” (Negrillas fuera del original)

³ Se refiere en diferentes ocasiones a la protección del derecho a la vida. En su preámbulo señala que, “[t]eniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto **antes** como después del nacimiento’.” (Negrillas fuera del original) Además, en su artículo 6 dispone que “los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, y en su artículo 24.2.d establece que los Estados Parte deberán asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.

⁴ En el artículo 1.2 la Convención establece que: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” Luego en el artículo 4.1. de la misma Convención refiere que: “**Toda persona** tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, **en general, a partir del**

Con fundamento en lo anterior, advirtió que la Corte Constitucional podría haber proferido en esta oportunidad una nueva decisión de fondo encaminada a declarar la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, con fundamento en una ponderación razonable y proporcionada que permitiera la protección efectiva de los derechos del *nasciturus* como sujeto de derechos y ser sintiente, pero de nuevo no lo hizo generando otra vez en un desconocimiento flagrante del principio a la dignidad del ser humano que está por nacer, su carácter de sujeto de derechos y ser sintiente.

La **magistrada Pardo aclaró su voto** respecto de la decisión adoptada, para señalar que acompañó la decisión mayoritaria, por considerar que efectivamente se configuraba el fenómeno e la cosa juzgada respecto de la sentencia C-055 de 2022, en relación con los cargos por violación de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, y que el cargo por vulneración del derecho a la igualdad era inepto por falta de especificidad. No obstante, afirmó que, como lo dejó expresado en su salvamento de voto a la mencionada Sentencia C-055 de 2022, discrepa radicalmente de lo decidido por la mayoría de la Corte en esa decisión.

En efecto, recordó que en esa oportunidad consideró que la decisión mayoritaria de la Corte constituyó un hito negativo en la evolución de la jurisprudencia respecto de la protección de la vida. Esta había dejado de ser objeto reconocido y protegido, para ser reemplazada por la nueva categoría de *vida autónoma*, insuficiente para justificar la inviolabilidad del derecho a la vida en otros ámbitos distintos del de la gestación. Se trató, de una banalización significativa del derecho a la vida, cuya protección en ciertas etapas de la gestación es inferior a la que se reconoce a objetos no humanos como el medio ambiente, la vida animal e incluso la propiedad privada. Se introdujo así la idea de que existen vidas humanas disponibles y desechables. Vidas que se pueden eliminar por la razón más vana, pues, a pesar de las declaraciones de buenas intenciones que hace la sentencia, en ella no existe ningún argumento que se oponga a abortos por motivos

momento de la concepción." (Negritas fuera del texto original). La CADH es parámetro de constitucionalidad como lo ha aceptado en múltiples providencias esta Corte al reconocerla como parte del bloque de constitucionalidad. Cfr., Corte Constitucional. Sentencias C-500 de 2014, Sentencia C-111 de 2019, y C-146 de 2021.

como el racismo, eugenesia o misoginia. Con todo lo anterior, no solo se desdibujó el ámbito de protección del derecho a la vida, originalmente reconocido por el Constituyente como un derecho de protección absoluta ("el derecho a la vida es inviolable"), sino que se vieron profundamente afectados los pilares del ordenamiento constitucional, como lo son la noción misma de persona, la idea de un Estado que reconoce y no crea los derechos inherentes de la persona humana, la dignidad humana, la igualdad y la libertad. Esta última, a pesar de ser invocada constantemente en la sentencia, se desfigura totalmente, en la medida en que se la desvincula del deber de respeto de la coexistencia.

La Sentencia de 2022, aclaró la magistrada Pardo, incurrió en el error de confundir la condición humana con una de sus manifestaciones en cierto periodo de la vida, concretamente con la probabilidad (siempre incierta) de supervivencia fuera del claustro materno, que en el fallo se denomina *autonomía*. Frente a este equívoco, recordó que en su salvamento a esa Sentencia sostuvo que era menester aceptar que desde la concepción existe un organismo humano biológicamente individual y diferenciado, pues se trata de un ser distinto a la madre, lo que se hace patente por hechos de orden genético e inmunológico, pero sobre todo por realidades tan evidentes como la posibilidad actual de concepción y conservación del embrión por fuera de la madre, mediante mecanismos como la fecundación *in vitro*. Que no sea parte de la madre, se comprueba además por el hecho de que el parto no es una mutilación, tras la cual la mujer pierda su integridad física, como ocurriría si perdiera, por ejemplo, un riñón o un miembro. Que se trata de un individuo de la especie humana se constata con la presencia del genoma humano, esto es, la secuencia de ADN contenida en 23 pares de cromosomas.

Finalmente, **la magistrada Meneses** señaló que comparte que en este caso la Sala Plena debía estarse a lo resuelto frente a los cargos por la posible violación de los artículos 1 y 16 de la Constitución e inhibirse frente al cargo por la presunta vulneración del artículo 13 Superior. No obstante, la magistrada aclaró su voto, comoquiera que la decisión se basa en lo considerado en la Sentencia C-055 de 2022, en relación con la cual ella salvó su voto. Por ende, consideró necesario reiterar la posición expuesta en su salvamento de voto a la referida sentencia; en especial, en lo que se refiere a la cosa juzgada constitucional que en su momento se configuraba frente a la Sentencia C-355 de 2006.

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

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

Esta decisión la adoptó al revisar la constitucionalidad de las expresiones “trabajadora”, “madre” y “mujer”, contenidas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo⁵

1. Norma demanda

«CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO [...]

PRIMERA PARTE

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

[...]

TÍTULO VIII

PRESTACIONES PATRONALES COMUNES

[...]

CAPÍTULO V

PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y

PROTECCIÓN DE MENORES

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

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la

trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

(...)

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende 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

⁵ Modificado por el artículo 2º de la Ley 2114 de 2021.

expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre. La licencia parental compartida se registrará por las siguientes condiciones:

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple o madres de un hijo con discapacidad, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

(...)

PARÁGRAFO 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.

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

2. La madre deberá tomar como mínimo las primeras doce (12) semanas después del parto, las cuales serán intransferibles. Las restantes seis (6) semanas podrán ser distribuidas entre la madre y el padre, de común acuerdo entre los dos. El tiempo de licencia del padre no podrá ser recortado en aplicación de esta figura.

3. En ningún caso se podrán fragmentar, intercalar ni tomar de manera simultánea los períodos de licencia salvo por enfermedad posparto de la madre, debidamente certificada por el médico.

(...)

3. El médico tratante debe autorizar por escrito el acuerdo de los padres, a fin de garantizar la salud de la madre y el recién nacido.

4. Los padres deberán presentar ante el empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la mujer; o una constancia del nacimiento del menor.

(...)

PARÁGRAFO 5°. Licencia parental flexible de tiempo parcial. La madre y/o padre podrán optar por una licencia parental flexible de tiempo parcial, en la cual, podrán cambiar un 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 registrará por las siguientes condiciones:

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

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

probable del parto. Los periodos seleccionados para la licencia parental flexible no podrán interrumpirse y retomarse posteriormente. Deberán ser continuos, salvo aquellos casos en que medie acuerdo entre el empleador y el trabajador.

(...)

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

(...)

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

a) El estado de embarazo de la mujer; o constancia del nacimiento

2. Decisión

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

3. Síntesis de los fundamentos

Previamente, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó que en el presente caso no se configuró la cosa juzgada respecto de la Sentencia C415 de 2022, que impidiera a este Tribunal pronunciarse de fondo. Lo anterior, pues esa providencia estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad del artículo 2º de la Ley 2114 de 2021 por omisión legislativa relativa, por un cargo distinto al que ahora se analizó. En concreto, la censura propuesta en ese momento discutió si la disposición acusada excluía a las parejas adoptantes del mismo sexo, mientras que en esta ocasión los cargos se refieren a que las expresiones señaladas incurrían en omisión legislativa relativa, en tanto estarían excluidos de la licencia de maternidad los hombres trans y las personas no binarias.

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

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

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

reconocidos a poblaciones mayoritarias y que puedan ejercerlos en igualdad de condiciones, con independencia de su identidad de género.

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

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

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

Con base en los precedentes en que la jurisprudencia ha resuelto la inconstitucionalidad derivada de una omisión legislativa relativa, la Corporación profirió una sentencia integradora aditiva y declaró la

exequibilidad de las expresiones analizadas, en el entendido de que las licencias de maternidad en la época del parto también son aplicables a hombres trans y a personas no binarias, en los términos señalados en la providencia.

4. Salvamentos y reservas de aclaración de voto

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

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

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

Lo anterior, a juicio de la magistrada Pardo, es especialmente importante en relación con aquellos derechos que han sido conquistas históricas de las mujeres en su lucha por su igualdad, libertad y dignidad, consagrados en la Convención de la CEDAW y en otros convenios internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Pretender asignar estos derechos con fundamento en orientaciones de género distorsiona su titularidad y oculta estos logros.

En los casos concretos en que las licencias asociadas a la maternidad eventualmente no fueran reconocidas por las entidades responsables a personas con orientación de género no coincidente con el sexo femenino, la magistrada estimó que la Corte debió indicar que la simple certificación

médica relativa al parto debió tenerse como fundamento de su otorgamiento, sin necesidad de condicionamiento alguno.

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

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

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

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

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



DIANA FAJARDO RIVERA
Presidenta
Corte Constitucional de Colombia