

## Conceptos D-15103 y D-15123

Juan Sebastian Vega Rodriguez <jvega@procuraduria.gov.co>

Lun 10/04/2023 16:22

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

CC: Martha Ligia Castiblanco Prado <mcastiblanco@procuraduria.gov.co>

📎 2 archivos adjuntos (672 KB)

Concepto D-15103.pdf; Concepto D-15123.pdf;

Bogotá, D.C., 10 de abril de 2023

**Honorables Magistrados**  
**Corte Constitucional**  
Ciudad

Respetados Señores Magistrados:

Por instrucción de la Señora Procuradora General de la Nación, de manera atenta, me permito remitir adjunto los conceptos correspondientes a los procesos D-15103 y D-15123, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política.

Cordialmente,



**PROCURADURIA**  
**GENERAL DE LA NACION**

**Juan Sebastián Vega Rodríguez**

Procurador Auxiliar

Procuraduría Auxiliar Asuntos Constitucionales

**jvega@procuraduria.gov.co**

PBX: +57 601-587-8750

Línea Nacional Gratuita: 01 8000 940 808

Carrera 5 # 15 - 80, Bogotá D.C.

Código Postal 11032



Bogotá, D.C., 10 de abril de 2023

**Honorables Magistrados**  
**CORTE CONSTITUCIONAL**  
Ciudad

**Expediente:** D-15103

**Referencia:** Acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por Valentina Ortega Carvajal y otros contra el artículo 236 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo.

**Magistrado Ponente:** Juan Carlos Cortés González

**Concepto No.:** 7180

De conformidad con el artículo 278.5 de la Constitución Política<sup>1</sup>, rindo concepto en el asunto de la referencia.

## **I. Antecedentes**

La ciudadana Valentina Ortega Carvajal<sup>2</sup> y otros interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra las palabras “*mujer*”, “*madre*” y “*trabajadora*” contenidas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>3</sup> que regula la “*licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido*”, cuyo texto se puede consultar en el Diario Oficial 51.750.

Los accionantes consideran que los términos demandados desconocen el principio de igualdad y el derecho a la seguridad social<sup>4</sup>, pues con su uso el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa. Ello, ya que las palabras “*mujer*”, “*madre*” y “*trabajadora*” excluyen de la regulación de las licencias en la época del parto a las personas que pueden gestar pero no se identifican como mujeres, por ejemplo, los hombres trans o los individuos de género no binario. Por consiguiente, los actores solicitan que la Corte Constitucional condicione la exequibilidad de los conceptos acusados a fin de superar dicho trato discriminatorio.

## **II. Consideraciones del Ministerio Público**

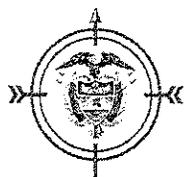
Las omisiones legislativas son abstenciones del Congreso de la República consistentes en no “*disponer lo prescrito por la Constitución*”. En consecuencia, para su configuración se requiere que exista una norma superior que contemple el deber

<sup>1</sup> “Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: (...) 5. *Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad*”.

<sup>2</sup> Julián Alexander Mejía Correa, Ian Thomas Rey, Nico Rueda Beltrán, Bruno Ospina Velásquez, Lina Rocío Quevedo Cerquera, Noah Herrera Acevedo, Juli Salamanca Cortés, Eliana Robles Pallares, Daniel Gómez Mazo y Jhonnatan Espinosa Rodríguez.

<sup>3</sup> Modificado por 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*”.

<sup>4</sup> Cfr. Artículos 13 y 48 de la Constitución Política.



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

de expedir un preciso marco regulatorio, así como que dicha obligación sea objeto de incumplimiento por parte del legislador<sup>5</sup>.

Sobre el particular, se ha explicado que las omisiones legislativas pueden ser clasificadas en: (i) absolutas y (ii) relativas. En las primeras, no existe algún desarrollo del precepto constitucional en la ley. En cambio, en las segundas, si bien se expide una disposición legal con la que, en principio, se cumple un deber superior, lo cierto es que ésta resulta incompleta, porque le hace falta *“un ingrediente, consecuencia o condición que resultaba esencial para armonizar el texto legal con los mandatos previstos en la Carta Política”*<sup>6</sup>.

En relación con las omisiones legislativas relativas, a partir de una interpretación teleológica y sistemática de los artículos 4°, 6° y 241 de la Carta Política, la Corte Constitucional ha sostenido que pueden ser objeto de control por vía de la acción pública de inconstitucionalidad. Para el efecto, se debe demostrar:

*“(a) 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;*

*(b) 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;*

*(c) Que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; y*

*(d) 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”*<sup>7</sup>.

En los procesos en los que se acredite la concurrencia de las referidas exigencias y, con ello, la existencia de una omisión legislativa relativa, la Corte Constitucional ha considerado que el remedio judicial idóneo es *“una sentencia que extienda sus consecuencias a los supuestos excluidos de manera injustificada”*<sup>8</sup>. Lo anterior, con la finalidad de mantener *“en el ordenamiento el contenido que, en sí mismo, no resulta contrario a la Carta, pero incorporando al mismo aquel aspecto omitido, sin el cual la disposición es incompatible con la Constitución”*<sup>9</sup>.

En la presente oportunidad, el Ministerio Público advierte que la demanda de la referencia está llamada a prosperar, pues concurren los presupuestos necesarios para sostener que, al expedir el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el

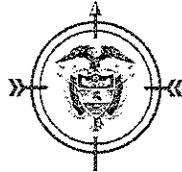
<sup>5</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-543 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-664 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>6</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-031 de 2018 (M.P. Diana Fajardo Rivera).

<sup>7</sup> Sentencia C-075 de 2021 (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar), reiterando los fallos C-352 de 2017 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) y C-083 de 2018 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

<sup>8</sup> Cfr. Sentencia C-864 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

<sup>9</sup> Cfr. Sentencias C-401 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y C-075 de 2021 (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar).



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

Congreso de la República incurrió en la omisión legislativa alegada por los accionantes, conforme pasa a explicarse.

En primer lugar, se evidencia que la omisión legislativa se predica sobre una disposición positiva, esta es, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021. Ciertamente, se tiene que dicha norma, al regular las licencias en la época del parto, no utilizó palabras que permitan su operatividad frente a todos los sujetos con capacidad de gestación, puesto que el lenguaje que incorpora sólo ampara a las personas que se identifican como mujeres, excluyendo a:

(i) Los hombres trans, es decir, las personas *“cuyo sexo asignado al nacer es femenino/mujer, pero su identidad de género corresponde al ámbito de lo social y culturalmente construido, concebido y leído como masculino”*<sup>10</sup>; o

(ii) Los individuos de género no binario, estos son, *“aquellas personas que no se identifican única o completamente como mujeres o como hombres; es decir, que trascienden o no están incluidas dentro del binario mujer-hombre de modo que reúnen, entre otras categorías identitarias, a personas que se identifican con una única posición fija de género distinta de mujer u hombre, personas que se identifican parcialmente como tales, personas que fluyen entre los géneros por períodos de tiempo, personas que no se identifican con ningún género y personas que disienten de la idea misma del género”*<sup>11</sup>.

En punto de ello, se destaca que, en la Sentencia C-415 de 2022<sup>12</sup>, la Corte Constitución puso de presente que artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo al regular las licencias en la época del parto *“distingue la concesión de las prestaciones a partir de un criterio binario”*, con base en un *“modelo de familia tradicional”*, lo que puede derivar en escenarios de discriminación.

En segundo lugar, se evidencia que la referida exclusión desconoce un deber impuesto al Congreso de la República por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, porque en los artículos 13, 43 y 48 Superiores se ordenó al legislador garantizar el derecho a la seguridad social a *“todos los habitantes”* del territorio nacional, así como otorgarles *“especial asistencia y protección del Estado”* a las personas *“después del parto”*. Lo anterior, *“sin ninguna discriminación por razones de sexo”*.

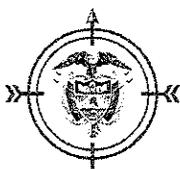
Al respecto, en la jurisprudencia constitucional se ha explicado que *“la prohibición de discriminar por razones de sexo”*, contenida en el artículo 13 de la Carta Política, proscribe considerar *“la identidad sexual y de género, esto es, la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, como fundamento para establecer tratamientos diferenciados tanto entre hombres y mujeres cisgénero, como entre estos y las personas que asumen alguna modalidad de identidad transgénero”*<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-440 de 2021 (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera).

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-033 de 2022 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delegado).

<sup>12</sup> M.P. Diana Fajardo Rivera.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-141 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa).



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

En tercer lugar, se resalta que no existe una razón suficiente desde una perspectiva constitucional para otorgarle un trato diferenciado en el goce de las licencias en la época del parto a las personas con capacidad de gestación que identifican su género de manera diversa. Ello, porque aceptar una distinción en tal sentido implicaría desconocer:

(a) El derecho fundamental innominado a la “*identidad de género*”<sup>14</sup>, el cual habilita a la persona para: “(i) *construir y desarrollar su vivencia de género, de manera autónoma, privada y libre de injerencias, y (ii) reivindicar para sí la categoría identitaria que mejor represente su manera de concebir la expresión de tal identidad*”<sup>15</sup>; y

(b) Los mandatos superiores que imponen la especial protección de las personas recién nacidas<sup>16</sup>, en tanto se restringe su derecho al cuidado y a la compañía de sus familiares en función de la orientación de género de sus progenitores. En efecto, según la jurisprudencia constitucional, una de las finalidades del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo “*es la plena satisfacción de los derechos de los menores*” de edad, “*por cuanto con ello se le posibilita el poder recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento*”<sup>17</sup>.

En cuarto lugar, se observa en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo una ausencia de presupuestos para la operatividad de las licencias en tratándose de hombres trans o individuos de género no binario, lo que deriva en una desigualdad negativa. Efectivamente, aunque estos sujetos cuentan con capacidad de gestación al igual que las mujeres, lo cierto es que debido al lenguaje utilizado en el precepto legal no se encuentran amparados por dichas prestaciones<sup>18</sup>.

En concreto, la referida norma ofrece claridad sobre el goce de las licencias en la época del parto frente a las personas que se identifican como “*mujeres*” y asumen el rol tradicionalmente asociado a la feminidad (“*madre*” o “*trabajadora*”). Empero, dicha disposición resulta incompleta cuando se trata de sujetos con capacidad de gestación que, en ejercicio de su derecho a la orientación de género, modificaron la categoría de “*sexo*” que se registra en sus documentos personales y, por ello, desde la literalidad del texto positivo no es posible determinar si pueden disfrutar de las prestaciones que regula, generando incertidumbre en la aplicación del derecho, así como una eventual desprotección de los recién nacidos<sup>19</sup>.

Sobre el particular, se toma nota de que, en su calidad de agremiación de las

<sup>14</sup> Se trata de una prerrogativa fundamental ligada al principio de la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a las prerrogativas constitucionales a la intimidad e igualdad.

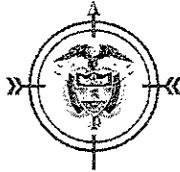
<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-440 de 2021 (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera). En esta providencia se resaltó que la identidad de género “*forma parte del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos*”.

<sup>16</sup> Cfr. Artículos 42, 43, 44 y 50 de la Constitución Política.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-383 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>18</sup> En la Sentencia T-033 de 2022 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), la Corte Constitucional advirtió “*sobre la existencia de identidades de género más allá de las convicciones extendidas en la sociedad e institucionalizadas en el sistema de identificación vigente*”, así como evidenció que su desconocimiento puede derivar en escenarios de discriminación que afectan los derechos fundamentales de las personas.

<sup>19</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-033 de 2022 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y C-415 de 2022 (M.P. Diana Fajardo Rivera).



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

instituciones encargadas de reconocer las prestaciones reguladas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI) reconoció en su intervención que dicha norma carece de la claridad necesaria para asegurar el reconocimiento de las licencias a todos los sujetos con capacidad de gestación, en tanto su literalidad sólo ampara a las personas que se identifican como mujeres. En concreto, dicha agrupación sostuvo que:

*“El artículo 207 de la Ley 100 de 1993 establece que a las EPS les corresponde reconocer y pagar la licencia de maternidad a los afiliados cotizantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), de conformidad con las disposiciones legales, esto es, cuando se cumplan los requisitos previstos para el efecto en el ordenamiento jurídico. Posteriormente, las EPS recobran a la ADRES los valores pagados por concepto de licencia de maternidad. Como de la norma legal acusada se deriva que la licencia de maternidad se reconoce solo a las mujeres, uno de los requisitos a validar es el género, y en consecuencia, en caso de reconocer la licencia de maternidad a una persona con género diferente al femenino, la ADRES glosa el pago de la licencia a la EPS.*

*Por esta razón el usuario de género hombre trans, o la persona de género no binario, se ve compelido(a) a acudir al juez para que mediante orden de tutela se ordene a la EPS a inaplicar el artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo, que prevé el reconocimiento de la licencia de maternidad exclusivamente a personas de sexo femenino. Esta situación comporta un desgaste innecesario de la administración de justicia, afecta de manera negativa la reputación del SGSSS, e implica una violación a principios y valores fundamentales (...)”<sup>20</sup>.*

En este orden de ideas, para el Ministerio Público no hay duda de que el lenguaje utilizado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo restringe el acceso a los beneficios de la seguridad social de los individuos con capacidad de gestación que no se identifican como mujeres, incurriendo en una discriminación por razones de sexo que vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 13 Superior<sup>21</sup>. Lo anterior, pues aunque todas las personas en situación de embarazo y después del parto junto con los recién nacidos tienen necesidades similares, la referida disposición les otorgar un trato diferencial injustificado a algunas de ellas en función de su identidad de género<sup>22</sup>.

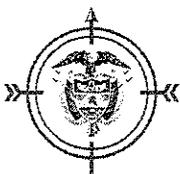
Entonces, se estima que concurren los presupuestos exigidos en la jurisprudencia para la configuración de la omisión legislativa relativa alegada en la demanda en relación con el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo y, por ende, el

---

<sup>20</sup> Página 6 de la intervención de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI). En punto de ello, se resalta que en su concepto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público precisó que “la licencia en la época de parto de acuerdo con los fines para los que fue prevista, no implica un costo adicional para el Sistema si es reconocida a un hombre trans o persona no binaria, pues no se extiende a personas diferentes de la gestante, debido a que de todas formas será reconocida a las personas trabajadoras después del parto, con el fin de poder crear los vínculos familiares correspondientes y garantizar la recuperación de la persona gestante, así como del recién nacido”.

<sup>21</sup> Sobre el particular, se destaca que la base del modelo acogido por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 en el artículo 13 Superior se fundamenta en la fórmula clásica: “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” (Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>22</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 2022 (M.P. Diana Fajardo Rivera).



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

Ministerio Público le solicitará a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad condicionada de dicha norma para superar la desigualdad evidenciada.

En concreto, siguiendo la finalidad de la disposición acusada de permitir que las mujeres puedan disfrutar de un tiempo de reposo en la época del parto, así como atender y velar por el bienestar del recién nacido, la Procuraduría solicitará que las palabras cuestionadas sean declaradas exequibles, bajo el entendido de que hacen referencia a todas las personas con capacidad de gestación, incluidos los hombres trans o los individuos de género no binario<sup>23</sup>.

### III. Solicitud

Por las razones expuestas, la Procuraduría le solicita a la Corte Constitucional que declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** las palabras “*mujer*”, “*madre*” y “*trabajadora*” contenidas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en el entendido de que hacen referencia a todas las personas con capacidad de gestación, incluidos los hombres trans o los individuos de género no binario.

Atentamente,

MARGARITA CABELLO BLANCO  
Procuradora General de la Nación

Proyectó: Diana Pilar Pulido Gómez – Asesora Grado 19.

Revisó y aprobó: Juan Sebastián Vega Rodríguez – Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales. JSVR

<sup>23</sup> En este sentido, la Procuraduría General de la Nación comparte la posición de la Vicepresidencia de la República, el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Salud y Protección Social, las Universidades de los Andes, Externado, Libre y EAFIT, así como de las organizaciones no gubernamentales intervinientes.