

**PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN**

Bogotá D.C., septiembre de 2025.

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
M.P. LINA MARCELA ESCOBAR MARTÍNEZ
Ciudad

Expediente: D-16635

Referencia: Acción pública de inconstitucionalidad contra el numeral 4 (parcial) del 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*”.

Concepto No.: 7506

De acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 242 y numeral 5 artículo 278 de la Constitución Política, procedo a rendir el concepto de rigor en relación con la demanda presentada ante esa Corporación por los ciudadanos Andrés Ricardo González Toloza y otros¹, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, contra el numeral 4 (parcial) del 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*”.

I. ANTECEDENTES

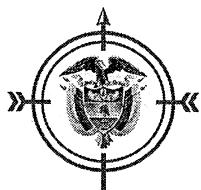
El 9 de octubre de 2024 los accionantes interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra las normas que se transcriben a continuación (se resalta en negrillas el aparte cuestionado):

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 La demanda de inconstitucionalidad es presentada por Andrés Ricardo González Toloza, Jorge Orlando Ardila Galvis, Juan David Vargas Martínez, Juan Fernando Camacho Ortiz, Lizeth Paola Cortina Candanoza, Yudy Tatiana Fuentes Agudelo, Carolina Montañez Uribe, Luisa Fernanda García Salazar, Carlos Andrés Peña Moreno, Hugo Armando Rodríguez Vera, María Alejandra Santos Barón, Angélica María Reyes Sánchez, Flor Manuelita Barrios Rodríguez, Álvaro Julián Prada Camacho, Diana Carolina Estévez Suárez y Anderson Rico Suárez. Sin embargo, dentro del expediente solo reposa copia de la cédula de ciudadanía de Lizeth Paola Cortina Candanoza



**PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN**

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. (énfasis añadido).

(...)"

La magistrada sustanciadora, mediante Auto del 8 de julio de 2025, inadmitió la demanda por las siguientes razones: en primer lugar, porque carece de los requisitos de procedibilidad de la acción pública de inconstitucionalidad, específicamente de certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. En segundo lugar, se incumplió con el requisito de acreditar la ciudadanía respecto de algunos de los accionantes. Por las razones anteriores, otorgó tres días para subsanar la demanda.

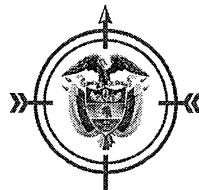
El 15 de julio de 2025 los accionantes presentaron escrito de corrección. Por su parte, la magistrada sustanciadora mediante Auto del 23 de julio de 2025, advirtió que se satisfizo el presupuesto de acreditar la ciudadanía respecto de todos los accionantes. Además, admitió la demanda respecto del cargo por la presunta vulneración al principio de igualdad, conforme pasará a explicarse.

Cargo único por violación al principio de igualdad.

Los demandantes explican que, en Sentencia C-415 de 2022, el alto tribunal conoció de la constitucionalidad de la norma demandada. En ese momento, la Corte determinó que las familias homoparentales tenían la posibilidad de decidir cuál de sus integrantes disfrutaría de la licencia de maternidad o la de paternidad, bajo las mismas condiciones previstas para los integrantes de parejas heteroparentales adoptantes.

En esos términos, los accionantes sostienen que, “*el estándar de protección acogido en la Sentencia C-415 de 2022 para las parejas del mismo sexo debe hacerse extensivo a las parejas heteroparentales que adopten, pues no existe una justificación razonable para que las primeras puedan elegir al cuidador principal del sujeto adoptado, mientras que en las segundas se imponga dicho rol, automáticamente, a la madre, solo con fundamento en su género*”.

Los demandantes solicitan que se declare condicionalmente exequible la norma acusada, bajo el entendido que se incluya también al padre adoptante, atendiendo a las garantías establecidas en la ley, permitiéndole a la familia heteroparental adoptante elegir quién disfrutará cada prestación, tal como lo hace la familia homoparental adoptante, en los términos previstos por la Sentencia C-415 de 2022.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Finalmente, en el Auto del 23 de julio de 2025 la magistrada sustanciadora (i) fijó en lista la norma acusada por el término de 10 días; (ii) corrió traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera concepto en los términos del artículo 7 del Decreto Ley 2067 de 1991 e (iii) invitó a distintas entidades para que emitieran su concepto sobre la interpretación objeto de reproche constitucional. Lo anterior, comunicado mediante Oficio No. 293 de 1 de agosto de 2025.

II. COMPETENCIA

El numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política establece que la Corte Constitucional es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad “que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”, por lo tanto, en esta oportunidad, esta Corporación es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

III. PROBLEMA JURÍDICO

En concordancia con el cargo admitido, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la expresión “a la madre adoptante”, contenida en el numeral 4 (parcial) del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 desconoce el principio de igualdad, en tanto otorga un tratamiento diferenciado entre las parejas adoptantes homoparentales y las parejas adoptantes heteroparentales. Esto, en atención a que, mientras las primeras pueden elegir cuál de sus integrantes gozará de las licencias de maternidad y de paternidad; las segundas están obligadas a que la madre adoptante sea únicamente quien disfrute de la licencia de maternidad.

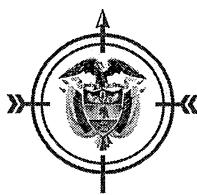
IV. CUESTIÓN PREVIA

El expediente de la referencia versa sobre una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4 (parcial) del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, con fundamento en un cargo material.

Teniendo en cuenta que el artículo 278 de la Constitución Política me impone el deber de rendir concepto en todos los procesos de constitucionalidad, estimo necesario realizar la presente **manifestación de transparencia**, pues pese a que no me encuentro formalmente en una causal de impedimento, en mi otrora calidad de secretario general del Senado de la República, participé en el trámite de expedición de la Ley 2114 de 2021.

A lo largo del procedimiento legislativo otorgué constancia del texto aprobado en la plenaria del Senado, realicé actuaciones encaminadas a garantizar el principio de publicidad del trámite y suscribí, junto con el presidente del Senado, el cuerpo normativo finalmente sancionado por el presidente de la República, lo cual consta en las gacetas del Congreso número 226, 644, 690 y 865 de 2021.

Si bien, en otras oportunidades me he declarado impedido por haber participado en el trámite legislativo de las normas objeto de control por parte de la Corte Constitucional, el alto tribunal ya ha fijado algunas pautas que permiten determinar cuándo dicha conducta no ha sido determinante para la expedición de la norma.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Puntualmente, mediante Auto 452 de 2025 la Corte Constitucional estableció que, si bien participé en el proceso de formación de la norma objeto de control, en tanto ejercí las funciones propias de mi cargo como secretario general del Senado, lo cierto es que dicha actuación **no fue activa y determinante** en el proceso de formación de la norma acusada, **ni guardó relación con el asunto que la Corte debía resolver**. En consecuencia, la Sala Plena concluyó que no se había demostrado alguna circunstancia que comprometiera mi independencia o imparcialidad para emitir concepto sobre la constitucionalidad de la norma.

En esta ocasión, al revisar el contenido de la demanda D-16635 y del auto admisorio, no hay duda sobre la naturaleza de los cargos propuestos. Se trata de planteamientos de fondo o sustanciales, que, en principio, no tienen ninguna conexión con las funciones que ejercí como secretario general del Senado de la República y, por tanto, estas últimas no guardan relación con la materia que le corresponde conocer a la Corte.

Finalmente, estimo pertinente aclarar que formulo la presente manifestación de transparencia con el objetivo de advertir a la Corte que participé en la expedición de la norma, pero mis actuaciones no fueron activas ni determinantes y por tanto no comprometen mi independencia e imparcialidad. Así mismo, con el propósito de salvaguardar la celeridad y el buen funcionamiento de la administración de justicia y evitar dilaciones en este proceso.

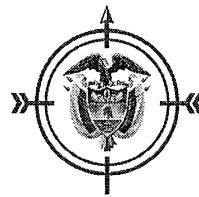
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En primer lugar, corresponde precisar el contenido de la norma objeto de la demanda, a fin de confrontarla con la disposición constitucional que hace referencia al principio de igualdad, así como con la jurisprudencia que sobre el tema ha decantado la Corte Constitucional.

No obstante, antes de abordar la confrontación constitucional propuesta en la demanda, este Ministerio Público se pronunciará, respecto a si existe o no cosa juzgada constitucional, esto es, en relación con las reglas de decisión fijadas en las sentencias C-324 de 2023 y C-415 de 2022 de la Corte Constitucional, luego de la expedición de la Ley 2114 de 2021.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, los fallos que la Corte profiera en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Es decir, de acuerdo con el artículo 243 de la Constitución, las decisiones que adopta la Corte Constitucional mediante sentencia de constitucionalidad tienen el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas.

Es así como la Corte Constitucional, respecto del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, ha fallado las siguientes demandas, en lo que a la Ley 2114 de 2021 se refiere:



**PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN**

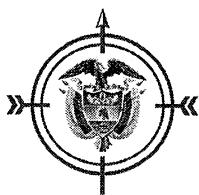
NORMA DEMANDADA	SENTENCIA	RESOLUTIVO
Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, por considerar que vulnera el artículo 13 de la Constitución Política. (Modifica el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo)	C-415 de 2022	Declarar EXEQUIBLE el artículo 2 de la Ley 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.
Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 236 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2º de la Ley 2114 de 2021	C-324 de 2023	Declarar EXEQUIBLE , 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 los hombres trans y personas no binarias, en los términos señalados en esta sentencia

En la Sentencia C-415 de 2022 la Corte revisó la constitucionalidad del artículo 236 del CST, y la integralidad el artículo 2º de la Ley 2114 de 2021, que lo modificó. En esa providencia se examinó si el Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al excluir de las licencias reguladas en esa ley a las parejas adoptantes homoparentales, en el que, además, se desconoció el deber específico de protección especial a la niñez.

Puntualmente, la Sala Plena encontró que el Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, en tanto brindó un tratamiento diferenciado, que carece de razón suficiente, y que excluye a las parejas del mismo sexo adoptantes de la distribución y del otorgamiento de las licencias parentales; lo cual viola el principio de igualdad.

Así las cosas, se estimó necesario adoptar una sentencia aditiva y condicionar el entendimiento del artículo demandado con el propósito de que las parejas adoptantes puedan definir cuál de sus integrantes gozará la licencia de maternidad y paternidad en las mismas condiciones previstas para las familias heteroparentales adoptantes.

Posteriormente, en la Sentencia C-324 de 2023, la Corte Constitucional revisó si el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa porque las expresiones “mujer”, “trabajadora” y “madre” contenidas en el artículo 2º de la Ley 2114 de 2021, excluyen de manera injustificada a los hombres trans y a las personas no binarias, al referirse únicamente a las mujeres cisgénero como beneficiarias de las licencias en la época del parto.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

La Sala Plena encontró “que se configuró la omisión legislativa relativa, la vulneración del principio de igualdad y el desconocimiento del derecho a la seguridad social en la regulación de las licencias en la época del parto, al no incluir a los hombres trans o a las personas no binarias. Lo anterior, al concluir que la exclusión de esta población significa un tratamiento discriminatorio debido a su identidad, que desconoce la obligación de garantizar las prestaciones del sistema de seguridad social sin discriminación alguna y de conformidad con el principio de universalidad”².

En esa oportunidad, la Corte Constitucional se pronunció sobre la cosa juzgada constitucional, respecto de la regla de decisión fijada en la Sentencia C-415 de 2022, y determinó que: “Esa providencia resolvió una demanda que cuestionaba el precepto acusado por considerar que fijaba las reglas de las licencias de maternidad, paternidad y las parentales compartida y flexible, de madres o padres biológicos o adoptantes individualmente considerados o de parejas heterosexuales. Sin embargo, no regulaba el derecho de las parejas del mismo sexo adoptantes. Por lo anterior, sostuvo que el Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa”.

Así, sostuvo que los cargos formulados en ese entonces eran diferentes a los que estudió la Sala Plena en el marco de la Sentencia C-415 de 2022, pues “las censuras no fueron propuestas en los mismos términos ni con iguales alcances”, por lo tanto, determinó que “no se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional”.

En igual sentido, el Ministerio Público estima que, en lo que tiene que ver con el alcance de las sentencias C-415 de 2022³ y C-324 de 2023⁴, existe un escenario de cosa juzgada formal relativa, que no impide un nuevo pronunciamiento respecto de cargos distintos a los estudiados por el alto tribunal en esas oportunidades.

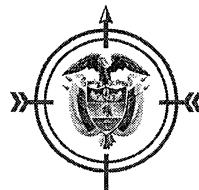
Así las cosas, aunque en este caso también se acuse el desconocimiento del principio de igualdad, lo cierto es que el alcance de los cargos que se presentaron en este proceso es diferente a lo estudiado por la Corte en los expedientes D-14820 y D-15103, que dieron lugar a las sentencias C-415 de 2022 y C-324 de 2023, respectivamente. En concreto, mientras que en la primera se analizó la exclusión de las parejas adoptantes del mismo sexo y en la decisión de 2023 se estudió el trato diferenciado de las personas no binarias y hombres trans; en esta oportunidad se plantea un debate sobre la violación del principio de igualdad de las parejas heterosexuales adoptantes para distribuir las licencias de maternidad y paternidad en igualdad de condiciones que las parejas homoparentales adoptantes. Esto, con el propósito de que el rol de cuidado no sea ejercido de manera exclusiva por la mujer, por el solo hecho de ser mujer.

Por las razones expuestas, se considera que no se configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional y que procede el estudio de fondo sobre el debate planteado.

² Corte Constitucional. Sentencia C-324 de 2023.

³ Expediente D-14820.

⁴ Expediente D-15103.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Para resolver el problema jurídico, el Ministerio Público realizará un análisis sobre: (a) el principio constitucional de igualdad y no discriminación, (b) la licencia de maternidad, (c) la familia, el cuidado parental y los roles de cuidado (d) la licencia de paternidad como derecho subjetivo, y (e) el interés superior del menor. Para finalmente, analizar el cargo de cara al estudio precedente.

A. El principio constitucional de igualdad y no discriminación.

El principio constitucional de igualdad ante la ley irradia, de forma transversal, el ordenamiento jurídico en su conjunto. En tal sentido, de conformidad con el artículo 13 constitucional, la ley debe ser aplicada del mismo modo a todas las personas, siendo ésta la primera dimensión de la igualdad cuyo desconocimiento se concreta cuando “una ley se aplica de manera diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas”. Esta faceta del principio de igualdad ante la ley, que suele llamarse “formal”, se traduce, también en una prohibición de discriminación “por razones de sexo, ideología, color de piel, origen nacional o familiar u otros similares”⁵.

Asimismo, el artículo 13 de la Constitución incorpora un mandato de integración social, es decir, que ordena a las autoridades a adoptar las disposiciones y medidas necesarias a favor de personas y grupos de la población que se encuentren en situación de vulnerabilidad o en condición de debilidad manifiesta. Además, el principio de igualdad consignado en el artículo 13 superior se ve protegido reforzadamente por los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que, por la vía del artículo 93 de la Carta Política, forman parte del bloque de constitucionalidad⁶.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el concepto de igualdad es relacional, esto es, exige un ejercicio de cotejo entre grupos de personas, requiere, además, un criterio o *tertium comparationis* con fundamento en el cual resulta factible valorar “las semejanzas relevantes y las diferencias irrelevantes”⁷.

Lo anterior, toda vez que, consideradas en abstracto, todas las personas somos iguales, aun cuando en concreto nos perfilamos como individuos distintos y singulares. De ahí que el trato diferenciado esté permitido, siempre y cuando obedezca a criterios de objetividad y razonabilidad, vale decir de ninguna manera el trato diferenciado puede estar fincado en motivos meramente subjetivos o prohibidos por la Constitución como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica⁸.

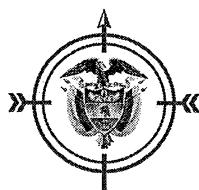
En ese sentido, el alto tribunal ha manifestado que para definir el contenido y alcance del principio de igualdad también resulta indispensable comparar las situaciones o circunstancias fácticas en las que se encuentran dos personas o grupos de personas, de modo que sea factible determinar cuál es el trato que jurídicamente debe conferírseles, pues quienes se hallan en iguales o semejantes

⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2021. En otras sentencias C-266 de 2019, C-507 de 2004, C-520 de 2016, entre otras.

⁶ Ibid.

⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-741 de 2003.

⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2021.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

circunstancias fácticas, deben recibir el mismo trato y, quienes se encuentran en situación fáctica distinta, deben recibir un trato diferente⁹.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el artículo 43 superior, de acuerdo con el cual “*la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades y [...]a mujer no puede ser sometida a ninguna clase de discriminación*”, ha sido interpretado por esta Corte en consonancia con el artículo 13 constitucional, para concluir que el derecho a la igualdad se proyecta en todos los ámbitos que atañen a las mujeres lo que, de suyo, impone tener claro que la discriminación fundada en razones de sexo se encuentra *prima facie* prohibida; cabe decir, mientras no exista un motivo constitucionalmente válido que la justifique¹⁰.

A propósito de lo anterior, señaló el alto tribunal que “[el hombre] y la mujer gozan de los mismos derechos y prerrogativas y están obligados por sus deberes en igual forma a la luz de la Constitución, pues ninguno de los dos sexos puede ser calificado de débil o subalterno para el ejercicio de los primeros ni para el cumplimiento de los segundos, ni implica ‘per se’ una posición de desventaja frente al otro. La pertenencia al sexo masculino o al femenino tampoco debe implicar, por sí misma, una razón para obtener beneficios de la ley o para hallarse ante sus normas en inferioridad de condiciones. De allí que sean *inconstitucionales* las disposiciones que plasman distinciones soportadas únicamente en ese factor”¹¹.

De lo expuesto, puede concluirse que el sexo es una categoría sospechosa prohibida por la Constitución. El trato diferenciado que se sustente en este criterio se presume directamente discriminatorio y desconocedor del derecho a la igualdad, a menos que se demuestre la razonabilidad y proporcionalidad de su uso¹².

B. La licencia de maternidad

El ordenamiento jurídico reconoce la licencia de maternidad, como mecanismo de protección para las madres y para los hijos, el cual se deriva de los principios constitucionales de solidaridad e igualdad¹³.

En ese orden de ideas, la prestación con ocasión del parto no solo tiene finalidades asociadas a los roles de gestación y de cuidado, sino que también tiene un criterio de asignación basado en la protección de la persona que pare o da a luz que cobija a las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo y que están vinculadas a través de un contrato de trabajo o son servidoras públicas o trabajadoras independientes¹⁴ con capacidad de pago que, con motivo del nacimiento de su hijo, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades¹⁵.

En ese sentido, el alto tribunal señala que por medio de la licencia de maternidad se reconoce un período destinado a la recuperación física de la madre y a pagarle

⁹ Ibid. En otras sentencias. C-600 de 2015 y C-138 de 2019.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 1992.

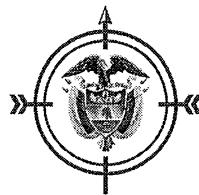
¹¹ Ibid.

¹² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2021.

¹³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 2025.

¹⁴ Entiéndanse también incluidas las personas trans y no binarias.

¹⁵ Ibid.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

una prestación económica que reemplace los ingresos que percibía, para poder cubrir sus necesidades vitales¹⁶. En suma, esta prestación busca preservar la salud de la madre y del recién nacido, y le permite conciliar su rol productivo y su rol de cuidado.

Puntualmente, la Corte indicó que “*de la licencia de maternidad se deriva una doble e integral protección. Es doble por cuanto cobija a las madres y a sus hijos o hijas. Es integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad*”¹⁷.

C. La familia, el cuidado parental y los roles de cuidado

La Corte Constitucional ha sido bastante prolífica en abarcar el concepto de familia y su evolución, y con ella, los cambios que, respecto del cuidado parental ha generado esta evolución. Factores sociales, económicos, culturales, jurídicos y hasta biológicos o científicos han incidido profundamente en el cambio de paradigmas de la familia tradicional y las responsabilidades en la crianza y cuidado de la familia.

De manera particular, los artículos 42 y 43 de nuestra Carta Política establecen, respecto a la familia, igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer, siendo entre otros, el sustento constitucional para la protección de la maternidad, mediante el otorgamiento de la licencia, que tiene entre sus objetivos, la recuperación física de la madre biológica, la generación del vínculo madre e hijo, así como la protección del recién nacido.

Las licencias de maternidad y paternidad encuentran su fundamento en diferentes artículos de la Constitución. En primer lugar, el artículo 44 señala como derechos fundamentales de los niños “*el cuidado y amor*” y el deber que tienen la familia, la sociedad y el Estado de garantizar su interés superior. En segundo lugar, el artículo 42 dispone que el “*Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia*”. En tercer lugar, el artículo 53 constitucional incluye como principios fundamentales del trabajo el descanso necesario, la protección especial a la mujer y a la maternidad.

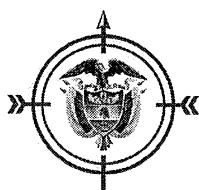
Ahora bien, los artículos 42 y 43 de la C.P, así como la jurisprudencia constitucional, fijan la igualdad entre derechos y deberes, protegen la autodeterminación de la familia, así garantizan que las parejas, tanto heterosexuales como del mismo sexo¹⁸, decidan libre y voluntariamente contraer matrimonio o conformar familia. Lo anterior significa que la defensa de esta institución no se materializa por vía de la intrusión sistemática en sus asuntos y problemáticas internas, sino todo lo contrario, a través del reconocimiento general de su capacidad de autodeterminación y auto-regulación, en la que sus miembros definen por sí mismos las “reglas del juego” del funcionamiento familiar¹⁹.

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-418 de 2022 y C-415 de 2022.

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-225 de 2024 y T-224 de 2021, que a su vez reiteran lo establecido en la sentencia C-543 de 2010.

¹⁸ Protección patrimonial parejas del mismo sexo, sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, entre otras. Adopción y matrimonio igualitario: C-577 de 2011, SU-617 de 2014, C-071 de 2015, C-683 de 2017, entre otras.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional Sentencia SU-617 de 2014.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Bajo esta perspectiva constitucionalmente válida, que consiste en la autodeterminación y autorregulación de la institución de la familia, los sujetos individuales y autónomos que conforman el núcleo familiar, ostentan tanto derechos como obligaciones, de lo cual se deriva el cuidado parental, referido este a las acciones de protección, cuidado y sustento de los padres con la finalidad de satisfacer las necesidades de los hijos en las primeras etapas del desarrollo, los cuales se encuentran en condiciones vulnerables²⁰, abarcando también el desarrollo físico, emocional, social e intelectual de un niño, hasta su vida adulta.

Por su lado, la Sentencia C-400 de 2024, define el cuidado como aquel que sostiene el ciclo vital y promueve que las personas dispongan de elementos materiales, intelectuales, emocionales y simbólicos para vivir en sociedad. Así mismo refiere, que este ha sido producto de movimientos sociales, especialmente de mujeres, que exigen la igualdad y la necesidad de que todas las personas puedan cuidar, cuidarse y ser cuidadas.

Lo anterior, encuentra respaldo en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las Convenciones sobre los Derechos del Niño, de las Personas en Condición de Discapacidad y de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; así mismo, instrumentos de la OIT como el Convenio 156²¹ y la Recomendación 165, sobre responsabilidades familiares; y recientemente, la Resolución de 14 de junio de 2024, que incluye la esencialidad del cuidado para sostener la vida, todos ellos, evidencian que el reconocimiento del cuidado y el reparto de tareas, está vinculado estrechamente con relaciones sociales igualitarias, por lo cual es considerado como un derecho fundamental.

Así, la Corte realiza la construcción jurisprudencial sobre el derecho fundamental al cuidado, el cual, durante los primeros años de desarrollo, a partir de 1992, lo consideró como dimensión de otros derechos prestacionales²², básicamente en la protección de los derechos de los niños y niñas y su derecho fundamental a la salud y la educación.

En el año 2023, la Corte Constitucional se enfoca en un concepto de cuidado con las características de universal, autónomo e interdependiente²³, y que como tal debía dejar de ser comprendido como faceta de otros derechos, para poder ser justificable en sí mismo. Por ello, lo reconoció como derecho fundamental e insistió en consolidar el sistema integral de cuidado²⁴.

Dentro de los estándares de protección del derecho al cuidado, la Corte establece que: “[e]l cuidado debe ser asumido socialmente, a través de la corresponsabilidad entre familia, Estado y particulares. **Esto conduce a que las políticas que**

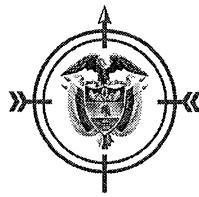
²⁰ Tomado de la revista <https://www.sabermas.umich.mx/archivo/articulos/516-numero-58/1007-todos-necesitamos-de-mama-y-papa.html>

²¹ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-187 de 2024 que declara la constitucionalidad del Convenio 156 sobre igualdad de oportunidades de trato entre trabajadoras y trabajadores con responsabilidades familiares y el énfasis en la categoría de derecho fundamental al cuidado.

²² Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-402 de 1992, SU-491 de 1993, T-192 de 1994, T-049 de 1995, SU-224 de 1998, T-030 de 2002.

²³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-200 de 2023, T-264 de 2023, T-268 de 2023, T-447 de 2023.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 2024.



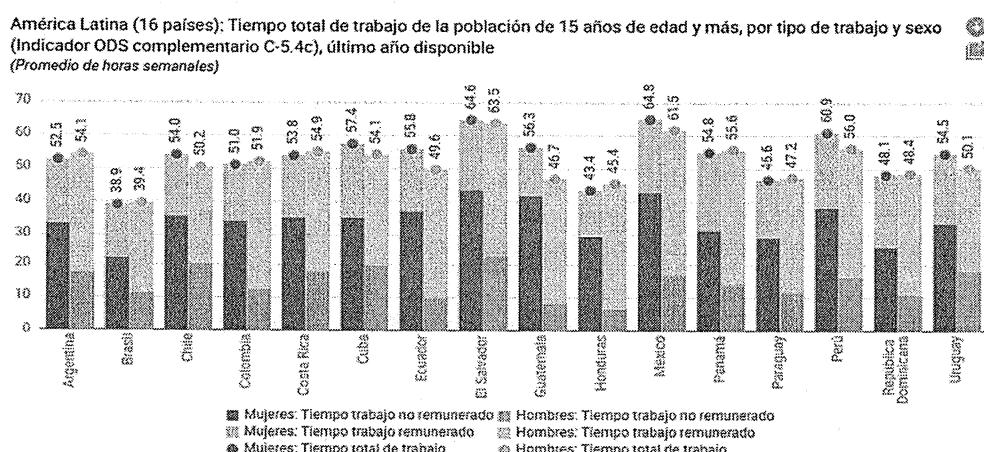
PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

desarrolle deban contar con enfoques diferenciales y de género, entendiendo que ha sido realizado mayoritariamente por mujeres”²⁵. (negrilla fuera de texto)

Ciertamente, las mujeres han ejercido históricamente este rol de cuidadoras²⁶, ellas asumen mayores cargas al interior de los hogares, ejerciendo, además, el rol de trabajadoras, lo cual afecta la igualdad de trato en el empleo, así como su acceso. En consecuencia, “los ordenamientos jurídicos habían introducido mecanismos de cuidado y de reparto de responsabilidades familiares en las relaciones laborales. En sus orígenes y a través de una concepción familiarista, la mujer asumía el rol central y licencias como la de maternidad, se dirigían exclusivamente a ellas, con un impacto sobre su acceso al empleo. Esto se ha ido modificando al extenderse a otros integrantes, como un derivado del principio de igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras”²⁷.

Esta brecha del tiempo total de trabajo según tipo de trabajo (remunerado y no remunerado) y sexo, puede evidenciarse en la siguiente encuesta de la CEPAL²⁸:

Tiempo total de trabajo



Fuente: CEPAL, CEPALSTAT, sobre la base de Repositorio de información sobre uso del tiempo de América Latina y el Caribe.

La CEPAL advierte que, ese indicador resulta fundamental para entender las brechas de género en el bienestar y el uso del tiempo, entre hombres y mujeres, evidenciando que, en todos los países de la región que cuentan con datos disponibles, se concluye que la carga de tiempo dedicado al trabajo doméstico y de cuidado no remunerado es significativamente mayor para las mujeres que para los hombres.

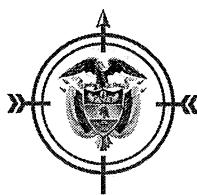
Esta sobrecarga limita su capacidad para participar en el mercado laboral en igualdad de condiciones, el acceso a recursos económicos que les permitan

²⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-583 de 2023.

²⁶ La importancia que han comenzado a adquirir los cuidados en la agenda de investigación fue producto de su estrecha vinculación con las desigualdades de género. Las características relacionales y afectivas de la tarea de cuidado están asociadas a la identidad femenina, lo que posiciona el cuidado como uno de los temas sustantivos directamente relacionados al real ejercicio de la ciudadanía social de las mujeres. Una de las razones que explican el fuerte protagonismo que adquiere el cuidado es que se distingue de otros tipos de trabajo no remunerado debido a su dimensión relacional. Aguirre 2014 - Revista de ciencias sociales, Facultad Latinoamericana de ciencias sociales. Consultado en: <https://www.studocu.com/latam/document/universidad-ort-uruguay/politica-economica/aguirre-2014-revista-de-ciencias-sociales-facultad-latinoamericana-de-ciencias-sociales/11005212>

²⁷ Cfr. Sentencia. T-259 de 2024.

²⁸ La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) es una de las cinco comisiones regionales de las Naciones Unidas (ONU) que promueve el desarrollo económico y social de la región.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

mayores grados de autonomía, como también el uso de su tiempo en actividades educativas y personales, como el ocio y el autocuidado.

Por su parte, el aumento en la participación de las mujeres en el trabajo remunerado no ha sido acompañado de un aumento equivalente en la participación de los hombres en el trabajo doméstico y de cuidado no remunerado. Lo que significa para las mujeres una doble carga.

En el caso colombiano las mujeres invierten 34.1 horas al tiempo de trabajo no remunerado, mientras que los hombres invierten 12.4 horas. Para el caso del tiempo de trabajo remunerado, las mujeres utilizan de 16.9 horas, mientras los hombres 34.1²⁹.

El trabajo de cuidado se ha vuelto cada vez más importante, y se ha promovido la remuneración de estas labores a través de distintas políticas públicas en el mundo. Este crecimiento está fuertemente asociado a su estrecha vinculación con la lucha para frenar las desigualdades de género con el propósito de que esta carga no recaiga únicamente en la mujer, y que, sea compensado económicamente. Además, el modelo de cuidados, fundamentalmente provisto por mujeres de forma no remunerada, se ha ido disminuyendo a partir de las transformaciones demográficas y culturales que lo cuestionan y que determinan su inviabilidad³⁰.

Lo anterior, inclusive, ha generado una “crisis del cuidado”³¹, que resulta del impacto de estas transformaciones y que, entre otras razones, ha llevado a que en el mundo se busque una paridad en el cuidado de los hijos a través de herramientas como la creación de las licencias parentales distribuidas sin fijación por los roles y estereotipos de género asociados al cuidado³².

D. La licencia de paternidad como derecho subjetivo

El rol de la paternidad se ha transformado de conformidad con los cambios culturales y sociales. A partir de “*la década del 70 (...) aparece una nueva imagen paterna, mucho más comprometida con los hijos dada la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo*”³³.

Asimismo, las masculinidades han atravesado tres modelos antes de llegar al del nuevo milenio: i) en los años 50 surge el “macho”, proveedor o padre “nutricio” con sus hijos, pero manteniéndose alejado emocionalmente de ellos; ii) en los años 60 aparece un “hombre cuestionador” y se introducen nociones más flexibles y reflexivas sobre la paternidad; y, iii) en los 70 hizo su aparición el “hombre sensitivo”

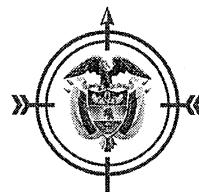
²⁹ Este indicador hace parte del marco regional del seguimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), como un indicador complementario (ODS C-5.4), y hace parte del conjunto de indicadores priorizados para el seguimiento de los ODS en América Latina y el Caribe. Consultado en: <https://oig.cepal.org/es/indicadores?id=2286>

³⁰ Batthyány, Karina, Genta Natalia, Perrotta Valentina. Uso de licencias parentales y roles de género en el cuidado, Sistema de Cuidados. Uruguay. p. 30

³¹ Ibid. El posicionamiento de los cuidados en la agenda y en la política pública, que lleva al Estado a diseñar nuevas políticas para poder afrontarlo, está determinado como señalamos por la llamada “crisis del cuidado”, que refiere a un conjunto de transformaciones sociodemográficas y culturales que muestran el agotamiento del régimen de cuidados basado en el trabajo de las familias y las mujeres. Esta realidad fue visibilizada desde los espacios académicos, así como desde la sociedad civil y la institucionalidad de género en el Estado.

³² Cfr. Colombia crea el Sistema Nacional de Cuidado mediante la Ley 2281 de 2023 y en el año 2025 la aprobación del CONPES 4143, que constituye la política nacional de cuidado.

³³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-273 de 2003.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

que comenzaba a tomar conciencia de su responsabilidad con la naturaleza y con los hijos³⁴.

La Recomendación 165 de 1891 de la OIT³⁵, la cual fija lineamientos sobre las responsabilidades familiares en el cuidado, es la antesala para la incorporación de la licencia remunerada de paternidad en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la expedición de la Ley 755 de 2002³⁶.

En esos términos, la licencia de paternidad tiene como propósito privilegiar los derechos del interés superior del menor; entre otros, al cuidado y al amor, de conformidad con lo previsto en los artículos 42, 43, 44, 45 y 50 de la Constitución Política. Esta prerrogativa, según la jurisprudencia constitucional, está dirigida a “vincular efectivamente al padre con las tareas de cuidado y atención a su pequeño hijo, teniendo en cuenta, además, la necesaria y conveniente asistencia al recién nacido”³⁷.

Asimismo, el alto tribunal estableció que “la licencia de paternidad constituye un derecho fundamental y subjetivo, cuyo reconocimiento garantiza el interés superior del recién nacido a recibir cuidado, atención, apoyo, amor y seguridad física y emocional, pero también sirve para afianzar las relaciones paternofiliales e involucrarse en su crianza, especialmente en la primera etapa de su vida. Opera para todas las hijas e hijos por igual, independientemente de su filiación”³⁸.

Resalta la jurisprudencia el sentido de la doble titularidad de este derecho fundamental, la del padre y la del recién nacido, y resalta que está dirigida a todas las personas que ejerzan el rol de padres, ya sean biológicos o adoptantes, o tengan arreglos familiares en parejas homoparentales o de género trans o no binarios. Es decir, “la expresión padre es independiente a la condición de esposo, cónyuge o compañero permanente y de su vínculo legal o jurídico con la madre del niño o de la niña recién nacido (a) o adoptado (a)”³⁹.

E. El interés superior del menor

La Constitución Política de 1991 comporta un catálogo de derechos consagrados en los artículos 42, 43, 44 y 45 que acogen la doctrina de la protección integral de los menores, igualmente traída de la Convención sobre los Derechos del Niño y que integran de forma trasversal, todo nuestro ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁰, respecto a los derechos del niño considera que, estos se derivan de su condición de persona y, por tanto, los mecanismos para su protección son complementarios, más no sustitutivos de los

³⁴ Oiberman Alicia. “La relación padre-bebé. Una revisión bibliográfica”. Revista del Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá” Chile. 1994

³⁵ La licencia de paternidad tuvo su origen en la O.I.T con el ánimo que el hombre desempeñe un rol más activo en el cuidado de los hijos desde sus primeros días de nacidos, llevó a la Organización Internacional del Trabajo a adoptar la Recomendación 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, cuyo numeral 22 hizo explícito que durante un periodo inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, también el padre debería tener posibilidad de obtener una licencia sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él, a lo que denominó licencia parental. Así mismo, dejó en libertad de cada país su determinación, que debería introducirse en forma gradual.

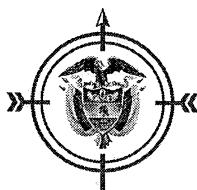
³⁶ por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.

³⁷ Sentencia C- 174 de 2009

³⁸ Sentencias C-273 de 2003, C-174 de 2009, C-663 de 2009, C-383 de 2012, C-140 de 2018, C- 415-2022, C-324 de 2023.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-273 de 2003.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas. Esta es la razón, para afirmar que los niños y niñas gozan de protección complementaria de sus derechos, denominado *interés superior del niño*, en el entendido que según el mandato del artículo 44 de la Constitución Política “*los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*”.

En lo que respecta a las relaciones parentales, el interés superior del menor se erige como la medida sobre la cual se deben orientar los derechos y responsabilidades de los padres, de la familia y del Estado y esencialmente el derecho de los niños al cuidado y al amor.

En lo que atañe a este último, la jurisprudencia ha señalado que “*la unidad familiar es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes de los niños. La estabilidad del ambiente físico y familiar es fundamental para el desarrollo intelectual y socioemocional del niño; un ambiente estable y seguro, facilita la concentración y motivación del niño; un cuidado familiar, permanente y constante, le ayuda a desarrollar sentimientos de confianza hacia el mundo que lo rodea y hacia otros seres humanos*

⁴¹”.

Así, las licencias remuneradas son determinantes para crear vínculos familiares y para que la pareja realice las tareas de cuidado y atención que el menor de edad requiera, así como para que lo asistan en un momento de especialísima 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, o la pareja de adoptantes que, sin el desgaste físico, deben estar prestos a resolver con la mayor diligencia y afecto las necesidades del menor.

Es preciso señalar que, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 129/19 en Cámara y 229/20 en Senado, “*Por medio de la cual se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial y el fuero de protección parental; se modifican los artículos 236, 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*

⁴²” se precisó que la finalidad de ese cuerpo normativo consiste en crear alternativas que faciliten a los padres el ejercicio de sus derechos de licencia, conciliando la vida laboral y familiar, siempre atendiendo el interés superior del menor.

Su fundamento constitucional se estructuró en el contenido del artículo 44 de la Constitución Política, incluyendo como derechos fundamentales de los niños, el derecho al cuidado, “*el cual reviste una mayor importancia durante los días posteriores al nacimiento o siguientes a la adopción*

⁴³”.

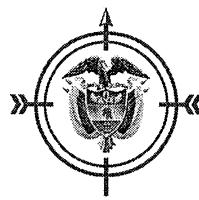
F. Caso concreto

Los demandantes solicitan que se declare condicionalmente exequible la expresión, “**madre adoptante**” contenida en el numeral 4° del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, bajo el entendido que se incluya también al “padre adoptante”. Esto con el propósito de que cualquiera de los padres adoptantes pueda acceder a las

⁴¹ Ibíd.

⁴² Gaceta del Congreso núm. 741 de 2019 p. 14

⁴³ Ibidem.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

prestaciones establecidas en la ley, en **iguales** condiciones que las parejas homoparentales adoptantes, esto es, que cada uno de sus miembros pueda elegir quien disfrutará de la correspondiente licencia de maternidad y de paternidad.

En aras de verificar si se configura una violación al artículo 13 superior, la Corte Constitucional ha empleado el *test* integrado de igualdad, el cual permite evaluar si las medidas que son acusadas realmente lo contradicen. Este *test* comprende tres etapas de análisis:

- (i) La identificación de los sujetos o situaciones reguladas por la medida y el parámetro de comparación predecible de los mismos.
- (ii) La escogencia del nivel de intensidad del juicio de igualdad, de acuerdo con la naturaleza de la medida analizada, el cual puede ser leve, intermedio o estricto.
- (iii) La verificación de la proporcionalidad de la medida, lo cual implica determinar si se satisfacen los presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

La Corte Constitucional ha advertido que el *test* leve se utiliza en los eventos en los cuales el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración, tales como materias económicas, tributarias o de política internacional.

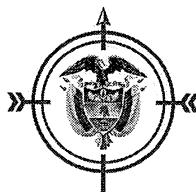
Por su parte, el *test* intermedio se utiliza cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia, o cuando se trata de una medida de acción afirmativa.

Y por último, el *test* estricto se utiliza en casos, como por ejemplo (i) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como de las que trata el artículo 13 de la Constitución; (ii) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; (iii) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, entendido en su faceta negativa o prestacional mínima y exigible de forma inmediata en virtud de la Constitución o el DIDH; y (iv) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

Claro lo anterior, la Procuraduría procede a realizar el juicio integrado de igualdad, en los términos que se exponen a continuación.

En primer orden, se advierte que se satisface el primer presupuesto del juicio, en tanto que existen dos sujetos que son comparables: (i) la pareja heterosexual adoptante que no puede elegir cuál de sus miembros disfrutará de la licencia de maternidad y/o paternidad y (ii) la pareja homoparental adoptante que sí puede elegir cuál de sus integrantes gozará de dichas prestaciones.

Además, se acredita que existe un tratamiento diferenciado entre dichos sujetos. El numeral 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 indica que: *"todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen*



PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante. Bajo ese entendido, para el Ministerio Público es claro que “padre adoptante” únicamente puede acceder a las prestaciones de las que trata esa norma en caso de enfermedad, abandono o muerte de la madre, lo cual, significa que la pareja adoptante heterosexual, no se encuentra en las mismas condiciones de la pareja adoptante homoparental, cuyos integrantes sí pueden elegir cuál de ellos gozará de las licencias de maternidad y paternidad.

Respecto de la segunda etapa, el Ministerio Público considera que el escrutinio a realizar debe ser de nivel “estricto”, puesto que se trata de una disposición que puede afectar el derecho fundamental a la igualdad, en tanto, establece un trato diferenciado entre parejas adoptantes homoparentales y heteroparentales, lo cual, además, se relaciona con la profundización de estereotipos de género asociados a los roles de cuidado y que, inclusive, podría incidir en el interés superior del menor.

En tercer orden, se verificará si el tratamiento diferenciado se justifica en términos de proporcionalidad. Para tales efectos se verificará:

- (i) Si el fin perseguido por la norma es imperioso;
- (ii) Si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los destinatarios de la norma; y, por último,
- (iii) Si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto.

Para la Procuraduría General de la Nación, la norma objeto de reproche persigue un fin constitucionalmente válido⁴⁴:

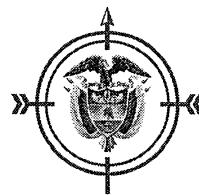
En términos generales, se advierte que las licencias de las que trata el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 tienen como propósito crear alternativas para facilitar el disfrute de las licencias de maternidad y paternidad “conciliando la vida laboral y familiar y siempre atendiendo el interés superior del menor”, especialmente al derecho que tienen las niñas y los niños de recibir el cuidado y el amor de sus padres⁴⁵.

Al respecto, los ponentes reiteraron que la Constitución contiene un mandato según el cual los derechos de los niños tienen un rango superior y que, entre esos, el derecho al cuidado adquiere una relevancia especial durante los días posteriores al parto o a la adopción. En consecuencia, la finalidad de las licencias es que los padres puedan armonizar su vida laboral con el cuidado que demandan los hijos.

Asimismo, el Legislador se propuso erradicar la discriminación basada en el sexo, así como promover las condiciones para lograr la igualdad real entre hombres y mujeres. Así, por un lado, advirtió que la mujer ha sido históricamente discriminada en el ámbito laboral y, además, se le atribuye, en su mayoría, la carga de las labores

⁴⁴ Este acápite se fundamentará en la exposición de motivos del Proyecto de Ley que dio lugar a la Ley 2114 de 2021. Disponible para consulta en la Gaceta 741 del 12 de agosto de 2019. Páginas 17-20.

⁴⁵ Gaceta 741 del 12 de agosto de 2019. Páginas 17-22.



**PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN**

de cuidado. Por lo tanto, resultaba necesario crear licencias que permitieran garantizar la competitividad de las mujeres en los espacios de trabajo y le permitieran al padre y a la madre distribuir los tiempos de cuidado de conformidad con sus propias aspiraciones laborales y profesionales⁴⁶.

En ese sentido se plantea que es necesario introducir cambios en la legislación, a fin de romper con las barreras estructurales arraigadas que dificultan las condiciones de competitividad laboral de las mujeres que, hacen que sean menores en relación con las de los hombres. Por ejemplo, en el caso de la regulación de las licencias de maternidad y paternidad, se podría optar por una normatividad que otorgue mayores posibilidades a padre y madre a decidir acerca de los tiempos de cuidado de los hijos, de acuerdo con sus propias aspiraciones profesionales y laborales.

Así, los ponentes explicaron que desde la jurisprudencia constitucional se reprochan las desigualdades estructurales que padecen las mujeres. En consecuencia, el proyecto buscaba promover la participación de los padres en el cuidado de los menores, articular la vida en familia para que las cargas se repartan equitativamente, así como que las infancias gocen de “una mejor salud psicológica, autoestima y formas de relacionamiento con el mundo”⁴⁷, pues el rol de un padre presente también es fundamental en el desarrollo físico y psicosocial de los menores.

En esa línea, reiteraron pronunciamientos en los que la Corte Constitucional resaltó la importancia del rol del padre en la protección de los derechos de las niñas y de los niños. De conformidad con la Sentencia C-273 de 2003, “*si bien no existe un rol paterno único al cual todos los padres deben aspirar –pues debe admitirse que la naturaleza de la influencia paterna puede variar sustancialmente dependiendo de los valores individuales y culturales–, lo que sí está claro es que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo, y aún más cuando ha decidido asumir su papel en forma consciente y responsable, garantizando al hijo el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y especialmente el derecho al cuidado y amor para su desarrollo armónico e integral*”⁴⁸.

Bajo este panorama, se recordó que las mujeres que son madres sufren de “penalidades por maternidad”, es decir, que se encuentran en una posición de desventaja sistemática en lo que tiene que ver con salarios, beneficios y habilidades, en comparación con las mujeres que no tienen hijos⁴⁹.

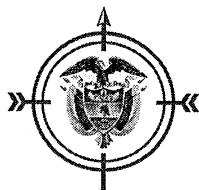
Por otro lado, en la exposición de motivos se advirtió que, en las últimas décadas, los hombres han cumplido con un rol más activo en el ejercicio de su paternidad, por lo tanto, se necesitaba de medidas que atendieran a esta nueva realidad según la cual los padres también se involucran en la crianza de los niños y niñas. Por ende, la legislación buscaba “dar alcance a unos cambios que ya se ven reflejados en la sociedad donde el padre y la madre apoyan el desarrollo integral de sus hijos a

⁴⁶ Ibíd.

⁴⁷ Ibíd.

⁴⁸ Ibíd.

⁴⁹ Ibíd.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

través de la coparentalidad” (...) y así “garantizar los tiempos y el dinero para que tanto padres como madres puedan ejercer su rol”⁵⁰.

Finalmente, se expuso que se deben erradicar las políticas según las cuales la mujer sea quien ejerza exclusivamente el rol de cuidadora, pues ello “perpetúa estereotipos sobre el cuidado”⁵¹. En ese sentido, “que sólo las mujeres sean quienes solicitan los permisos laborales crea barreras que se ven reflejadas en la realidad laboral colombiana”⁵²

Pues bien, la Procuraduría General de la Nación estima que la norma objeto de reproche persigue un fin legítimo e imperioso. En esos términos, se trata de herramientas que promueven la igualdad material entre hombres y mujeres; busca eliminar los estereotipos de género asociados a los roles de cuidado, así como garantizar el interés superior de los niños y niñas.

Ahora bien, aunque en la exposición de motivos no se refieren puntualmente a la expresión objeto de reproche, el Ministerio Público estima que extender a la madre y al padre adoptantes los beneficios propios de la familia biológica, persigue un fin constitucional imperioso, en tanto materializa el derecho a la igualdad en los distintos tipos de familias y también promueve el afianzamiento de los lazos familiares, así como la protección y el cuidado de los menores.

Bajo esa línea, la finalidad del proyecto de ley relacionada con reducir la desigualdad estructural de la que padecen las mujeres, así como distribuir de manera equitativa los roles de cuidado al interior entre padres y madres, es perfectamente aplicable respecto de quienes son padres biológicos y/o adoptivos; así, se insiste en que se trata de medidas que persiguen un propósito compatible con los mandatos derivados de la Constitución.

En segundo lugar, la norma es parcialmente conducente para el propósito que persigue.

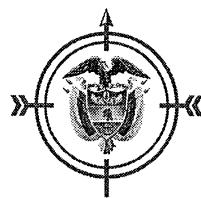
De un lado, la garantía de las distintas licencias (de maternidad, paternidad, parental compartida y la parental flexible de tiempo parcial) se erige como un medio conducente para alcanzar los fines descritos. Así, estas prestaciones promueven la erradicación de la brecha de desigualdad asociada a las labores de cuidado; la distribución equitativa entre los integrantes de la pareja con el propósito de armonizar la vida laboral y la atención del recién nacido y/o adoptado, así como aseguran la protección del interés superior del menor.

Sin embargo, en lo que tiene que ver con el objeto de la demanda, la Procuraduría General de la Nación estima que la medida no es conducente para alcanzar el fin propuesto. Así, las parejas heterosexuales adoptantes no tienen la posibilidad de elegir cuál de sus integrantes gozará de la respectiva licencia de maternidad y paternidad, sin que exista una razón que lo justifique.

⁵⁰ Ibíd.

⁵¹ Ibíd.

⁵² Ibíd.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

En ese sentido, según la Sentencia C-415 de 2022, las parejas homoparentales sí pueden acceder de forma indistinta a esas prestaciones, sin que su acceso esté limitado por el sexo de sus integrantes. En cambio, tratándose de las parejas heteroparentales adoptantes se exige que sea la mujer quien goce de la licencia de maternidad, y, por su parte, el hombre tenga el disfrute de la licencia de paternidad.

Esa restricción es sumamente lesiva para los derechos de la pareja y del menor, pues reproduce los estereotipos de género asociados al rol del cuidado en cabeza de la mujer y desconoce que los hombres pueden ejercer una paternidad activa, presente y emocionalmente comprometida con los niños. Además, impide que haya una distribución equitativa en las tareas de atención del menor de edad, lo cual puede, inclusive, resultar perjudicial para sus intereses.

Por lo tanto, resulta necesario que todas las parejas, como las heterosexuales adoptantes puedan elegir libremente el tiempo que cada uno destinará al cuidado del niño o niña adoptada, en iguales términos que lo hacen las parejas homoparentales.

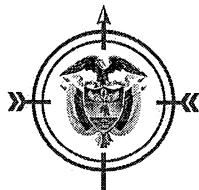
Ahora bien, el Ministerio Público reconoce que dentro del mismo artículo demandado existe la licencia parental compartida, la cual permite que entre madre y padre se repartan libremente el tiempo de las últimas seis semanas de la licencia de maternidad. Sin embargo, considera que no se trata de un medio conducente para satisfacer en la mayor medida de lo posible los derechos objeto de análisis. Lo anterior, en tanto que, la licencia parental compartida exige que las primeras 12 semanas de la licencia de maternidad sean disfrutadas únicamente por la mujer que tuvo el parto.

Para la Procuraduría, esta limitación está justificada en tanto que, como se expuso en acápitulos anteriores, la licencia de maternidad pretende, entre otras cosas, garantizar la recuperación física de la madre biológica del bebé.

En el caso que ahora nos ocupa, se trata de una madre adoptante, a quien se le extienden las mismas prerrogativas pero que, al no haber gestado a su hijo, no debería tener que limitarse al supuesto de hecho contemplado en el parágrafo 4º del artículo 2º de la Ley 2114 de 2021, pues no requiere de un tiempo específico para recuperar su salud. Esta situación la debería poner en igualdad de condiciones (que a las parejas homoparentales adoptantes) para que, con su pareja, puedan distribuir con base en sus conveniencias el tiempo de ambas licencias.

Así las cosas, la Procuraduría estima que las parejas heterosexuales adoptantes son equiparables a las parejas homoparentales adoptantes, tanto en su situación fáctica como jurídica. Por lo tanto, con el fin de satisfacer sus garantías constitucionales en la mayor medida de lo posible, se debe extender el condicionamiento creado a partir de la Sentencia C-415 de 2022 a las madres y padres adoptantes. Así, podrán elegir cuál de sus miembros gozará de la respectiva licencia de maternidad y paternidad, sin que haya limitaciones asociadas al sexo y a los roles de género.

Por último, se advierte que el tratamiento diferenciado entre parejas heterosexuales adoptantes y parejas homosexuales adoptantes, no supera un *test* de



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

proporcionalidad en sentido estricto, pues limitar la libertad para elegir quién de sus integrantes disfrutará de la licencia de paternidad y/o maternidad, implica una discriminación por el sexo de sus integrantes, que no tiene respaldo en la Constitución.

En esos términos, el sentido vigente de la norma implica que es la madre adoptante quien debe dedicar un mayor tiempo al cuidado del hijo adoptivo. Mientras que ella puede disfrutar de 18 semanas de licencia, el padre está limitado al goce de 2 semanas, sin que tengan posibilidad de modificar tal distribución de tiempos.

Para la Procuraduría General de la Nación esta restricción reproduce estereotipos de género que afectan a la madre adoptante, en tanto se cree que la mujer es quien debe dedicar una mayor cantidad de tiempo para ejercer las labores de cuidado. Esa lectura, refuerza la desigualdad estructural y permite que las mujeres sigan siendo excluidas de los espacios laborales y sean "penalizadas" por su género, forzándolas a ejercer el rol tradicional en la maternidad.

En ese sentido, se requiere de una lectura de la norma que sea armónica y compatible con el diseño que el mismo Legislador propuso respecto del ejercicio de las maternidades y las paternidades. Bajo ese orden de ideas, las mujeres y hombres adoptantes deberían poder repartir el tiempo de la licencia de maternidad y paternidad, sin razones asociadas al sexo.

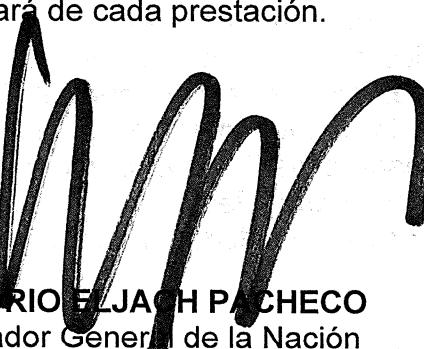
Lo anterior, además, es compatible con el derecho del padre a afianzar el lazo familiar con su hijo, lo cual, se insiste resulta de suma importancia de cara al desarrollo físico y emocional del menor.

Así las cosas, el Ministerio Público le solicitará a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad condicionada de la expresión "madre adoptante" contenida en el numeral 4 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido que las parejas adoptantes heterosexuales también podrán definir, por una sola vez, cuál de sus miembros gozará de la licencia de maternidad y paternidad.

VI. SOLICITUD

Por las razones expuestas, la Procuraduría General de la Nación le solicita a la Corte Constitucional que declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de la expresión "madre adoptante" contenida en el numeral 4 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido que las parejas adoptantes definirán, por una sola vez, quien de ellos gozará de cada prestación.

Atentamente,


GREGORIO ELJACH PACHECO
Procurador General de la Nación