

Sentencia C-543/10
(Junio 30; Bogotá D.C.)

Referencia: Expediente D-7971

Demanda de inconstitucionalidad: contra el numeral 4° del artículo 34 de la Ley 50 de 1990 modificatoria del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

Demandante: Dubis Carmiña Cantor García.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

La ciudadana Dubis Carmiña Cantor García, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, presentó demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4° del artículo 34 de la Ley 50 de 1990 modificatoria del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

1. Textos normativos demandados.

La norma demandada, con los apartes atacados en negrillas son del siguiente tenor:

LEY 50 DE 1990
(diciembre 28)¹

“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

(...)

“ARTICULO 34. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, quedará así:

ARTICULO 236. DESCANSO REMUNERADO EN LA EPOCA DEL PARTO.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

¹ Diario Oficial No. 39.618, del 1° de enero de 1991.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, 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 patrono un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

2. Demanda.

2.1. Vulneración del artículo 13 superior.

Para empezar, la ciudadana demandante recuerda que la Corte Constitucional ha interpretado el derecho constitucional fundamental previsto en el artículo 13 superior como un mandato orientado a evitar que se establezcan excepciones o beneficios, que priven a algunas personas de las ventajas que se les confiere a otras personas en similares circunstancias. Explica la actora que *“más que un derecho a la igualdad lo que realmente existe es un derecho a no ser discriminado”*. Así las cosas, resulta factible distinguir dos tipos de discriminación. En primer lugar, una discriminación que ella denomina *de facto* y que *“se produce cuando la disposición legal no tiene en cuenta las diferencias que de hecho existen en la realidad entre los sujetos que serán destinatarios de la ley”*. En segundo lugar, una discriminación que la ciudadana apela *de iure* y que se presenta *“cuando en la práctica las condiciones de los destinatarios de la ley son las mismas o muy similares y la ley introduce una desigualdad”*.

Estima que el precepto acusado desconoce esta segunda faceta del derecho a la igualdad por cuanto establece *de iure* un trato discriminatorio. No encuentra la actora motivo que justifique el que la protección contemplada en el ordenamiento al que pertenece el precepto acusado solo sea extensible a los hijos adoptivos menores de siete (7) años. Para ella, esta distinción *“marca claramente un manejo discriminatorio”* que contradice lo establecido en el artículo 13 de la Carta Política. En su opinión, *“la Madre adoptante de un menor de siete (7) años le son aplicables (sic) los mismos beneficios legales otorgados a la Madre Biológica, pero se excluyen los mismos a las Madres que deciden adoptar un menor de edad que supere los siete (7)”*, No

encuentra la demandante que exista una razón lógica y razonable para establecer tal distinción pues considera que *“quien adopta un menor que supere la edad en mención, tiene las mismas necesidades, deberes, compromisos, responsabilidades y sobre todo, DERECHOS, los cuales de igual manera se traducen respecto del menor, quien para ingresar a un entorno o contexto familiar, requiere del tiempo, esmero y dedicación que le es negado por la consagración legal impugnada”*.

2.2. Vulneración de la protección integral de la familia (artículo 42 superior) y del interés superior de la niñez (artículo 44 superior)

La ciudadana demandante estima que el precepto acusado desconoce el mandato contenido en el artículo 42 de la Carta Política y, en especial, el aparte al tenor del cual *“los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, **adoptados** o procreados naturalmente o con asistencia científica, **tienen iguales derechos y deberes**”*. (Énfasis dentro del texto original). El segmento demandado priva de protección a los niños y niñas adoptados mayores de siete años e impide que se garantice el amparo de sus intereses prevalentes en contravía de lo establecido por el artículo 44 superior.

3. Concepto del Procurador General de la Nación e Intervenciones Ciudadanas.

El Procurador General de la Nación emitió concepto². Adicionalmente, la Comisión Colombiana de Juristas; la Universidad del Rosario; la Defensoría del Pueblo; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; el Ministerio de la Protección Social; presentaron oportunas intervenciones.

3.1. Procurador General de la Nación.

La Vista Fiscal solicita a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad del precepto demandado. Apoya su solicitud de la manera que se expone a continuación.

Encuentra, en primer lugar, que la Corte Constitucional debe establecer *“si la expresión impugnada, al extender el descanso remunerado en la época del parto a las madres adoptantes de niños menores de 7 años, excluyendo de este beneficio a las madres adoptantes de niños que superen dicha edad, configura o no una discriminación en contra de estas y sus hijos adoptados violatoria de sus derechos fundamentales a la igualdad, la familia y el mínimo vital, así como la protección especial debida a la maternidad y a los niños que han sido víctimas de situaciones de abandono o maltrato, o si por el contrario se trata*

² Concepto número 4917 allegado a la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 25 de febrero de 2010.

de una distinción razonable que se ubica dentro de la esfera de libertad de configuración legislativa del Congreso de la República en materia de regulación de derechos prestacionales”. Para efectos de responder este interrogante, el Procurador divide su exposición en varias partes. De un lado, se refiere a los principios constitucionales de protección especial a la maternidad y el interés superior de la niñez; de otro, examina lo relacionado con el objeto y fin que persigue la licencia de maternidad y la figura de la adopción en cuanto expresiones del derecho fundamental de los niños y de las niñas “a recibir cuidado y amor, para con base en tales consideraciones abordar el examen concreto de la constitucionalidad del aparte normativo demandado”.

A partir de lo anterior, afirma que si bien la Carta Política no incluye un criterio específico que regule lo atinente a *“la situación prestacional de la mujer que recibe en adopción a un niño mayor de siete (7) años de edad, el programa normativo que encierra el principio de la protección a la maternidad, reforzado por otros mandatos como los ya aludidos de equidad, solidaridad y dignidad humana, tiene relevancia en cualquier evento en el cual el legislador aborde la materia, impidiéndole dejar de regular situaciones de hecho que tienen relevancia constitucional indiscutible”*.

A juicio del Procurador, la expresión *“del menor de siete (7) años de edad”* contenida en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, resulta inconstitucional, pues excluye de los beneficios previstos en esa norma a favor de las madres biológicas o adoptantes de hijos o hijas menores de siete años, a las madres adoptantes de hijos o hijas adoptivos mayores de siete años, lo que, en su opinión, desconoce sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, a tener una familia, al mínimo vital, de la misma forma que vulnera la protección especial que le confiere el ordenamiento jurídico a la maternidad y a los niños y niñas que han sido víctimas de situaciones de abandono o de maltrato. En su opinión, no existen motivos objetivos que justifiquen, desde el punto de vista constitucional, dicha diferenciación entre unos/unas y otros/otras niños y niñas pues ellos y ellas *“son igualmente titulares del derecho a pertenecer a una familia en la cual reciban [el] cuidado y amor que requieren, resultando inadmisibles bajo los principios del Estado social de derecho esta clase de discriminaciones”*.

Estima la Vista Fiscal, que el segmento acusado significa desconocerle a las mujeres quienes han sido históricamente víctimas de *“discriminación, marginación y sometimiento”*, el derecho de optar por la adopción de niños o niñas mayores de siete años, toda vez que *“con la extensión parcial del descanso remunerado en la época del parto únicamente cuando deciden adoptar a un menor de 7 años se les está restringiendo desproporcionadamente la elección de esta opción de vida, al tiempo que por conexidad se produce el efecto perverso de reducir las posibilidades de acceso a esta medida de protección para los niños que superen tal límite de edad”*.

Por lo anterior, solicita a la Corte Constitucional, declarar la inconstitucionalidad del precepto acusado.

3.2. Comisión Colombiana de Juristas.

El ciudadano Gustavo Gallón, en su calidad de Director de la Comisión Colombiana de Juristas y a nombre propio; la ciudadana Fátima Esparza Calderón, en su calidad de Coordinadora del Área de Promoción y Debates de la Comisión Colombiana de Juristas y a nombre propio; la ciudadana Astrid Orjuela Ruiz, en su calidad de abogada de la misma área y a nombre propio, solicitan a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad del segmento acusado. Respaldan su solicitud en los motivos que se sintetizan a continuación.

Advierten los intervinientes que su concepto hará referencia al derecho de igualdad en el sentido material y señalará los motivos por los cuales la norma acusada vulnera ese principio constitucional en perjuicio de: (i) los niños, las niñas y adolescentes, en especial, aquellos mayores de 7 años que son considerados como de “*difícil adopción*” y (ii) de las madres adoptantes de estos niños, niñas y adolescentes³. En primer lugar, se refieren al juicio integrado de igualdad⁴ y luego proceden a determinar la intensidad del test que ha de aplicarse al asunto bajo examen. Estiman que el segmento acusado supone una distinción que afecta a niños, niñas y adolescentes. Bajo aplicación de los criterios desarrollados en la primera parte de su escrito de intervención, llegan a la conclusión de que en el presente caso resulta obligado aplicar un test estricto, dado que las personas sobre las que recae la distinción son grupos de personas colocadas en especial condición de vulnerabilidad.

Constatado lo anterior, pasan a realizar el juicio de adecuación que corresponde a la segunda etapa del test integrado de igualdad. Se preguntan, por tanto, cuán idónea es la medida contentiva de la distinción para obtener fines constitucionalmente imperiosos⁵. Resaltan cómo lo que se indaga en este escenario es cuán pertinente resulta ser el trato desigual. Sobre este extremo, sostienen que:

³ La exposición está dividida en 3 acápite. El primero, se refiere al desconocimiento del derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 superior y abarca varios aspectos: (i) El principio de igualdad como regla general en la actividad legislativa; (ii) Las características del juicio integrado de igualdad; (iii) la aplicación del test integrado de igualdad para el caso concreto. El segundo tema hace alusión a los alcances de la licencia de maternidad y en el tercero se elabora la conclusión del concepto.

⁴ Destacan cómo la denominación de este juicio obedece a que la Corte ha resuelto combinar dos modelos con características propias: el modelo aplicado en países donde domina el derecho continental y el denominado modelo anglosajón (Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 2001). Así, en la medida en que ambos modelos contienen elementos valiosos para el juicio de igualdad, la Corte encontró razonable integrarlos pese a sus elementos diferenciales Corte Constitucional (Corte Constitucional. Sentencias C-309 de 1997; T-352 de 1997; C-093 de 2001). Los intervinientes explican que el juicio integrado está compuesto por dos etapas. En la primera etapa se evalúa el caso concreto y se determina la intensidad del juicio (juicio anglosajón). La segunda –cuyo desarrollo depende del tipo de escrutinio que se haya realizado en la primera–, valora los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida (juicio europeo).

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 2001.

“la medida resulta completamente contraria a las necesidades de la política pública en niños, niñas y adolescentes, y especialmente del grupo al cual no se le extienden los beneficios, toda vez que su circunstancia de difícil adopción los [hace más vulnerables]”. El trato diferenciado consistente en “no hacer extensivos los efectos de la norma a las madres que adopten niños mayores de siete años, genera un desincentivo en las mujeres trabajadoras que tengan como opción adoptar. En definitiva los efectos del trato diferenciado no sólo afectan a los niños, niñas y adolescentes por no poder disfrutar de la asistencia y cuidados de la madre en la llegada al nuevo contexto de familia, sino porque la norma desestimula a las madres trabajadoras que quieren adoptar a estos niños y niñas que se encuentran en una situación de ‘difícil adopción’ toda vez que no serían beneficiarias de las garantías del capítulo V del CST”.

A su juicio, el trato diferenciado es inadecuado. Señalan, de otra parte, que con esta constatación debería concluir el juicio integrado de igualdad. Agregan, empero, que como la propósito de la intervención consiste en aportar elementos de juicio a la Corte Constitucional, agotarán el examen completo.

Pasan, pues, a valorar la necesidad de la medida. En ese orden, encuentran que si el objetivo de la medida es la protección de la maternidad y de los menores de edad, *“lo cierto es que la distinción entre madres adoptantes de menores y mayores de siete años es innecesaria para lograr el objetivo puntual de este ordenamiento específico”*. Para los intervinientes, es claro que la idea de amparar las condiciones laborales de las madres y, en consecuencia, de los hijos constituye un fin constitucionalmente imperioso, pero no se comprende *“qué utilidad tiene generar la renombrada distinción”*. Por ello, es evidente que la medida no es indispensable.

Continuando con el juicio integrado de igualdad, se pronuncian sobre la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, y se preguntan, en esa dirección, si la finalidad buscada con la medida tiene una relevancia tal, que con su aplicación puedan afectarse máximas del Estado de derecho como lo son *“la igualdad, la solidaridad y la supremacía de los derechos de los niños y de las niñas”*. En su criterio, también es evidente que la medida no es proporcionada por cuanto:

“implica una desconsideración del principio de altísimo valor constitucional de la igualdad y los derechos superiores de los niños, niñas y adolescentes”. Concluyen los intervinientes que “el trato desigual contenido en el artículo 236 numeral 4º del CST comporta una medida INADECUADA, INNECESARIA Y DESPROPORCIONADA, razón por la cual se debe concluir del juicio integrado de igualdad que esta norma no se ajusta a los parámetros constitucionales, toda vez que establece un trato desigual sin que exista una causa **objetiva, razonable y suficiente** violando flagrantemente el artículo 13 de la C. P.”. (Énfasis y mayúsculas en el escrito original)

Luego, se interrogan sobre el fundamento de la licencia de maternidad. Ello, con el objetivo de mostrar la inconstitucionalidad de la norma *“en virtud del*

derecho de las madres adoptantes a gozar de una licencia de maternidad, independiente de la forma como lleguen sus hijos a formar parte de la familia y de la necesidad de cuidado fisiológico que necesitan las madres que han dado a luz a sus hijos". De inmediato, realizan un repaso del sentido y alcance de la licencia de maternidad en la jurisprudencia constitucional. Concluyen, que la licencia de maternidad es un instituto de protección, que ha de garantizarse con independencia de cómo ingresen los hijos e hijas a formar parte de la familia. Esto se explica, por cuanto lo que busca esta protección consiste en facilitar que el padre o la madre –biológica o adoptiva–, puedan compartir con sus hijos o hijas durante los primeros días en que ingresan a formar parte de la familia, motivo por el cual, carece de justificación que se establezca una distinción *"entre los niños adoptados menores de siete años y los mayores de edad"*.

Por los motivos expuestos en precedencia, los intervinientes solicitan a la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de la expresión *"del menor de siete (7) años de edad"* contenida en el artículo 236 numeral 4º del Código Sustantivo del Trabajo.

3.3. Universidad del Rosario.

Mediante escrito presentado dentro del término legal, el Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Alejandro Venegas Franco, entrega concepto elaborado por el Profesor de esa facultad Juan Enrique Medina Pabón. A continuación, se efectúa una síntesis del mismo.

Resalta el interviniente que la actora demandó en su integridad el inciso 4º del artículo 34 de la Ley 50 de 1990 y advierte al respecto que, en realidad, el propósito de la actora era cuestionar que los beneficios contenidos en dicho precepto sólo se extienden a las madres que adoptan menores de siete años de edad, por lo cual, sólo se estaría cuestionando este segmento del artículo y no todo el precepto, como de manera equivocada lo aduce la demanda.

Una vez puntualizado lo anterior, pasa a establecer el propósito de la norma y su alcance sociológico⁶. Considera el interviniente, que en vista de que la

6 En relación con el primer aspecto, subraya que la licencia de maternidad: "es una de esas prestaciones laborales que se visualizan mejor con la apreciación real [de] la situación por la que atraviesa la familia, pero especialmente la madre, cuando llega al hogar una criatura recién nacida y por eso [se ahorra el interviniente] la descripción y la justificación de la necesidad de que la madre trabajadora cuente con ese tiempo de licencia remunerada que le permita manejar de la mejor manera posible el impacto personal, administrativo y económico que esa situación (y ojala más tiempo como sucede en otros países donde la seguridad es menos precaria que la nuestra)". Agrega, de otra parte, que los menores de siete años son infantes en el sentido en que los concibe el artículo 34 del Código Civil. Dice, además, que respecto de criaturas de pocos años resulta imprescindible: "la presencia permanente de la madre por un tiempo, porque ello permite generar una serie de lazos instinto-afectivos similares seguramente a los que se generan entre los progenitores y los recién nacidos, aunque en materia de intensidad van disminuyendo a medida que pasa el tiempo y el niño va consolidando su propia personalidad, de modo que [los] vínculos tienden a ser cada vez más racionales y es seguro que para cuando entre en la adolescencia tales relaciones serán más cercanas a las que establecen los adultos entre ellos, que propiamente vínculos paterno filiales inconscientes y motivados por un componente instintivo

capacidad intelectual de los humanos aumenta a medida que transcurre el tiempo, entonces, el contacto primario se torna menos necesario, por lo que no cabe sostener que lo establecido en el inciso acusado pueda equipararse a un trato discriminatorio frente a los niños mayores de siete años, sino que se *“estaría reconociendo un fenómeno de la conducta humana, como es el hecho de que la situación del niño que supera cierta edad no demanda de los adultos paternos un trato constante y directo de igual magnitud al que se requiere para que la relación con los infantes sea la más sana posible”*.

En su opinión, lo más importante en relación con el objetivo que busca realizar la norma consiste en promover la integración familiar por lo que, a su juicio, no habría motivo que justificara *“conceder a los padres trabajadores la licencia de ‘maternidad’ por adopción a quienes ya tiene integrado un hijo por adoptar en la familia, como son las adopciones del hijo de los miembros de la pareja que vive en el hogar (No. 5, Art. 68 C.I.A.), la adopción del menor que se encuentra en un hogar por solidaridad familiar (Art. 67 C. I. A.) y la adopción de los parientes (Inc. 7º Art. 68 C. I. A.), tema que por cierto se le iba olvidando al legislador en su momento”*⁷.

En la medida en que la distinción establecida por el inciso acusado pueda justificarse científicamente, y, desde que no exista un concepto técnico que desvirtúe la previsión allí contenida, respaldado por la comunidad científica, que determine la pertinencia de extender la protección a los adoptantes de niños mayores, entonces debe declararse la exequibilidad del segmento en cuestión.

3.4. Universidad Nacional de Colombia.

El Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, José Francisco Acuña Vizcaya, solicita a la Corte Constitucional declarar la inexecutable de la expresión acusada. En apoyo de su solicitud, aporta los argumentos que se sintetizan en seguida.

En primer lugar, se refiere la intervención al interés superior de los niños, niñas y adolescentes como principio constitucional. De otra parte, se refiere a la finalidad que persigue el descanso remunerado en la época del parto prevista en el artículo 34 de la Ley 50 de 1990. Finalmente, aborda el tema atinente al límite

ligado a la supervivencia del individuo y de la especie. // Lo comparo, y desde ya [se excusa el interviniente] por la imprudencia, con la situación que se presenta con el animal gregario (canino o felino) que se integra con humanos, donde es notoria la diferencia entre el ingreso como cachorro, que cuando ya llega adulto y hago notar que ese animal a pesar de la edad, ese animal no llega tener uso de razón y que tal vez esa capacidad racional incida todavía más en las conductas”.

⁷ Encuentra el interviniente, que la decisión que se adopte en el presente caso debe sustentarse con apoyo pericial, pues si bien es cierto todas las personas pueden reconocer la importancia de la licencia de maternidad de la madre de parto, *“e incluso no tener mayores cuestionamientos sobre la extensión de esa prestación a los adoptantes de niños pequeños, no puede decirse lo mismo respecto de la adopción de los niños que sobrepasan una cierta edad, simplemente porque las situaciones psico-afectivas se aprecian a simple vista como de diferente orden y por ello hay que determinar de la manera más acertada posible si se trata de tutelar el mismo fenómeno sociológico y por ende se debe aplicar la misma solución jurídica”*.

de edad del menor establecido por el legislador para el efectivo disfrute del descanso remunerado por parte de la madre trabajadora.

Advierte que frente a este tema es indispensable distinguir, de un parte, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y, de otra, el derecho de la madre adoptante quien *“al igual que la madre biológica supone disponer de un periodo para estar con su hijo adoptivo, integrarlo en la nueva familia, crear los lazos afectivos necesarios y ofrecer el soporte y guía necesarios frente a la nueva situación familiar del menor”*. Encuentra que aún cuando el numeral cuarto del precepto acusado *“garantiza de cierta manera éstos derechos, la designación del límite de edad de siete años impuesto por el legislador para el disfrute de la licencia de maternidad no parece obedecer a criterio social o físico que respalde tal discriminación”*. En opinión del interviniente, la responsabilidad que se origina frente a los niños y niñas mayores de siete años vinculada con la necesidad de garantizarles una adecuada iniciación *“en su nueva vida familiar”* exige, incluso, igual o mayor atención que la que requiere el hijo o la hija recién nacidos, *“todo esto de la mano de la estabilidad laboral durante el tiempo que la Ley concede para la licencia de maternidad”*.

Indica que el sentido de la norma demandada fue justamente hacer extensibles los beneficios del descanso remunerado en la época del parto a las madres adoptantes. Señala, no obstante, que la norma –que fue expedida antes de la vigencia de la Carta Política actual–, debe ajustarse a lo allí dispuesto y debe, por tanto, interpretarse de conformidad con las disposiciones constitucionales y, en especial, con el derecho a la igualdad. Es por ello, que el límite de edad trazado por el legislador resulta *“caprichoso e injustificado”*, por cuanto restringe el derecho de las madres que adoptan niños, niñas y adolescentes mayores de siete años e impide que las madres de estos niños, niñas y adolescentes disfruten de la licencia de maternidad que la ley les reconoce a las madres de niños y niñas menores de siete años.

Por lo anterior, solicita a la Corte declarar inexecutable la expresión *“de siete (7) años de edad”* contenida en el numeral 4º del artículo 34 de la Ley 50 de 1990.

3.5. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Ángela María Mora Soto, quien interviene en nombre de dicha institución solicita a la Corte Constitucional declarar la inexecutable de la expresión *“(…) del menor de siete (7) años de edad (...)”* contenida en el numeral 4º del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo. Con el fin de sustentar su petición aportó los siguientes argumentos.

La intervención comienza citando varias sentencias emitidas por la Corte Constitucional sobre el derecho a la igualdad, luego de lo cual, concluye que el carácter prevalente de los derechos de los niños y de las niñas vincula tanto al

Gobierno, como al Congreso y a las Autoridades Judiciales, así como los obliga a *“adoptar medidas positivas que garanticen su protección”*⁸. En seguida se pregunta, no obstante, si este amparo constitucional se aplica *“indistintamente a los niños, las niñas y los adolescentes”*. Recuerda cómo respecto de este interrogante la Corte Constitucional en sentencia C-468 de 2009 fue enfática al afirmar que *“el término niño comprende a todos los menores de 18 años de edad, ya que la diferenciación entre niños, niñas y adolescentes no se hizo con el ánimo de ‘excluir a estos últimos de la protección integral otorgada a la niñez, ni reconocerles distinto margen de protección, sino ofrecerles espacios de participación en los organismos públicos y privados que adopten decisiones que los conciernen, teniendo en cuenta su mayor grado de desarrollo físico y mental’”*. (Énfasis puesto por la interviniente). Advierte, de todos modos, que la legislación y la jurisprudencia ha permitido trazar distinciones encaminadas a otorgar mayor protección *“de acuerdo con la esfera volitiva e intelectual del niño, niña o adolescente”*.

En general, indica la intervención que la jurisprudencia constitucional ha reiterado que aún cuando la edad no constituye un criterio de diferenciación sospechoso, cualquier distinción que se realice con sustento en dicho criterio ha de estar debidamente justificado y ha de encaminarse a ampliar el margen de protección y no a disminuirlo. Por lo anterior, considera la interviniente que no existe motivo objetivo que permita trazar una distinción entre los niños, las niñas menores de siete años y los y las mayores de dicha edad en punto a la protección especial que ellos y ellas requieren para facilitar *“su formación y adaptación a un nuevo entorno familiar como consecuencia de su adopción y, por el contrario, aclarándose que requieren la misma atención y amparo que los niños menores de 7 años de edad en iguales circunstancias”*. Así las cosas, la expresión acusada debe ser declarada inexecutable.

3.6. Ministerio de la Protección Social.

El ciudadano Juan Carlos Niño Gómez quien actúa a nombre del Ministerio de la Protección Social, solicita a la Corte Constitucional declarar executable el segmento acusado contemplado en el numeral 4º del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo. Aportó las siguientes razones en apoyo de su solicitud.

Para el interviniente, la argumentación desarrollada por el demandante se construye a partir de una *“inadecuada interpretación de la expresión demandada y en tal sentido se puede deducir que la misma no vulnera los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución Política”*. Encuentra, que en la redacción del segmento acusado el legislador aplicó *“el conocimiento científico con relación a las diferentes etapas del desarrollo infantil. Esto es, que las necesidades de un menor en sus diferentes etapas de cero (0) a siete (7) años son diferentes a las de un menor de siete (7) a doce (12) o más años”*. A renglón

⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-410 de 1994; C-314 de 2004; C-796 de 2004; C-507 de 2004; y C-468 de 2009; C-853 de 2009.

seguido, ilustra su postura mediante la clasificación que hace Piaget en relación con las etapas de desarrollo cognitivo⁹. Por último, concluye que un aspecto fundamental a considerar en los procesos de adopción manejados por intermedio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar respecto de la adopción de niños y de niñas mayores de siete años, es el desarrollo de *“etapas especiales de adaptación del menor con los padres adoptantes, y de estos con el menor, a fin de generar la confianza, respeto y conocimiento necesarios para un sano desarrollo del pequeño adoptado. Procesos que cuentan con la asesoría pre y pos entrega del menor a sus nuevos padres”*. Agrega, más adelante, lo siguiente:

“frente a los diversos hechos que puedan llevar a que un menor llegue a la condición de adoptante, hablar del goce de derechos, libertades y oportunidades de este, con relación a un niño que ha nacido y se ha desarrollado en el seno de su hogar consanguíneo, suele resultar relativo; el derecho a la igualdad suele formularse frente a individuos en circunstancias semejantes. Por ello ante el desequilibrio en el goce de los derechos y libertades, el estado debe abrir espacios para restablecer estos derechos, fundado, como ya se indicó, en el conocimiento científico (desarrollo cognitivo de los menores). Es por ello que o resulta oportuno afirmar que exista una violación de las normas constitucionales señaladas por el actor”.

En vista de lo anterior, el interviniente solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad del segmento objeto de reproche contemplado en el numeral 4º del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

3.7. Defensoría del Pueblo.

La ciudadana Karin Irina Kuhfeldt Salazar, presenta intervención a nombre de la Defensoría del Pueblo. Advierte, en primer lugar, que la Defensoría del Pueblo ya *“venía realizando un estudio sobre la constitucionalidad de la disposición acusada, de manera que los comentarios que siguen corresponden a una evaluación propia previamente elaborada con vistas a una eventual acción pública”*. No obstante, afirma que en desarrollo del estudio surgió la información acerca de la presente demanda, motivo por el cual pone a consideración de la Corte *“la evaluación hecha por [la] Defensoría, que resulta congruente con la demanda que ha propuesto la ciudadana Dubis Carmiña Cantor”*. Encuentra la interviniente, que la Corte Constitucional debe declarar el segmento acusado y contemplado en el numeral 4º del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, no ajustado a la Carta Política. En sustento de su petición, aporta los motivos que se sintetizan a continuación.

El escrito de intervención efectúa, primero, un conjunto de precisiones en relación con los derechos a la igualdad y a la protección especial de la mujer trabajadora madre de familia. Concluye, que *“la mujer pertenece a un grupo tradicionalmente discriminado y marginado, y esa es la razón por la que,*

⁹ A folios 83-95 del expediente.

además de la igualdad como principio básico fundante del Estado Social de Derecho, se consagraron normas específicas para su protección y respaldo institucional”¹⁰. Destaca cómo la igualdad ha de comprenderse en cuanto un concepto relacional, “que se predica frente a otro sujeto y frente a una característica o condición de los sujetos”. Así las cosas, “el hombre y la mujer, en tanto seres racionales dotados de dignidad, por definición nacen iguales ante la ley y tienen por ello, los mismos derechos y oportunidades”.

En consecuencia, está proscrito el trato diferenciado injustificado por motivo de sexo y, también lo está, el trato diferenciado entre personas del mismo sexo, cuando no existe razón que lo justifique desde la perspectiva constitucional. Entonces, si las mujeres están ubicadas en la misma situación de hecho, deben ser tratadas de igual manera. De otra parte, el artículo 53 de la Carta Política ordena conferirle una protección especial a “la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”. Subraya la interviniente, que este mandato cobra especial relevancia en el caso bajo examen, toda vez que “la distinción que se ataca se predica justamente de las trabajadoras enfrentadas al hecho de la maternidad por vía de adopción y la protección especial a que se hacen acreedoras por tal hecho, protección que debe prodigarse con igual alcance y sin exclusiones”. Sobre el punto, enfatiza que la regla de igual trato únicamente puede alterarse en el evento en que los sujetos respecto de los cuales se efectúa la comparación, se encuentran en circunstancias disímiles “que hagan aconsejable y aún, exijan un tratamiento distinto por parte del legislador”.

De todos modos, señala el escrito de intervención, el legislador consideró que debía asimilar la situación de las madres biológicas y la de las madres adoptivas y lo hizo por medio de la Ley 24 de 1986. El legislador resolvió, que una manera de equipararlas era considerar que las madres adoptantes de niños o niñas menores de siete años estaban en la misma situación de las madres biológicas, por lo que la licencia de maternidad debía hacerse extensiva a ellas.

A continuación, se pregunta si esta ventaja aplicable únicamente a las madres adoptantes de niños y niñas menores de siete (7) años no implica un trato diferenciado injustificado respecto de las madres adoptantes de niños mayores de siete (7) años. Esta distinción –advierte de entrada la interviniente–, no se edifica sobre criterios que han sido denominados por la doctrina y la jurisprudencia constitucional “sospechosos”, tales como “la edad, el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la religión u otros semejantes”. Se construye, más bien, a partir del rango etario de los niños y niñas adoptivos.

¹⁰ Tal es el caso, añade la interviniente, de la disposición prevista en el artículo 43 superior encaminada a proscribir cualquier suerte de trato discriminatorio injustificado en contra de las mujeres, lo mismo que el precepto contemplado en el artículo 40 de la Carta Política “que ordena garantizar a la mujer una ‘adecuada y efectiva participación’ en los niveles decisorios de la administración pública, norma que ha dado lugar a la expedición de la Ley 581 de 2000, conocida como la ‘Ley de Cuotas’, típica medida de acción afirmativa orientada a dar cifras concretas a la participación femenina en los comandos del Estado”. Situación que, recuerda, ha sido “aceptada sin dubitación por la Corte Constitucional, que la ha descrito en múltiples ocasiones”. A renglón seguido, cita la sentencia C-371 de 2000 a la que hace referencia la sentencia C-667 de 2006.

Desde esta perspectiva, resulta evidente que *“el factor determinante para acceder o mantener el beneficio de licencia por maternidad consiste en la superación de un determinado rango de edad predicable de su hijo adoptivo, razón que convierte esta condición en ‘problemática’.*

Enseguida, destaca cómo la jurisprudencia constitucional reiterada ha insistido en que cuando el legislador fija unas exigencias mínimas para realizar una actividad o para acceder a algún beneficio, el juicio que se debe hacer respecto de tales requerimientos no es tan estricto o es, por decirlo así, dúctil, mientras que aquellas determinaciones por medio de las cuales se imponen *“límites máximos a partir de los cuales una persona es excluida de una cierta actividad o de un determinado beneficio”*, deben someterse a un escrutinio de igualdad intermedio. Puestas las cosas de la manera antes descrita, concluye la interviniente que el juicio de igualdad en el caso bajo examen integra las siguientes fases analíticas: (i) examen del medio utilizado; (ii) relación de conexidad entre el medio empleado y al fin que se pretende alcanzar. (Corte Constitucional. Sentencias C-093 de 2001; C-227 de 2004).

Llega a la conclusión la interviniente, que al extender el artículo 236 del C. S. T. el ámbito de aplicación del derecho al descanso remunerado por maternidad – previsto inicialmente sólo para las madres trabajadoras biológicas –, a las madres trabajadoras adoptantes, con ello persigue la ley un fin constitucionalmente legítimo, cual es, *“la protección especial de la mujer y la maternidad y la garantía de igualdad ‘real y efectiva’, entre la madre biológica y la madre adoptiva”*, en cumplimiento de los mandatos previstos en los artículos 53, 43 y 13 de la Carta Política¹¹. La medida también busca realizar el interés superior de la niñez, al prever un tiempo para que la madre esté en capacidad de afianzar sus vínculos con el infante en el nuevo hogar y tenga la posibilidad de ofrecerle el cuidado y el amor indispensables¹².

Luego, pasa la interviniente a efectuar el examen de conducencia o idoneidad de la medida. Se pregunta, primero, cuál habría sido el motivo que tuvo el legislador al restringir el goce de los beneficios relacionados con la licencia de maternidad extendiéndolos únicamente a favor de las madres adoptantes de niños y niñas menores de siete años de edad. Concluye que quizá cuando se aprobó la Ley 24 de 1986 el legislador que efectuó tal equiparación consideró

¹¹ Admite la interviniente, que estas finalidades tienen un grado alto de importancia, pues uno de los objetivos de la Constitución fue precisamente que, en virtud de la situación de desventaja histórica de la mujer, ella ocupara un lugar destacado en el ordenamiento jurídico y sus derechos fueran efectivamente protegidos para superar circunstancias de marginamiento o discriminación injustificada. Estima, en suma, que *“la extensión de las prestaciones asociadas a la maternidad para las trabajadoras adoptantes encuentra un amplio soporte en la Carta, de manera que esto ha conducido a un escenario de realización de los derechos congruente con las bases del Estado Social, la equidad y la dignidad humana”*.

¹² A propósito de lo anterior, recuerda la interviniente que el principio e prevalencia de los derechos de los niños, de las niñas y adolescentes ha sido consignado en distintos convenios internacionales. Entre ellos, menciona la Declaración de los Derechos del Niño; la Convención sobre Derechos del Niño; la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño; la Declaración Universal sobre Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

que la tendencia en esa materia era adoptar niños y niñas menores de siete años. Admite, que esto puede confirmarse también con las cifras. Enseguida agrega, que esta circunstancia no justifica de todos modos que los beneficios propios de la licencia de maternidad no sean extendidos a las madres adoptantes de niños y niñas mayores de siete años.

Después de efectuar un repaso de la legislación sobre adopción, advierte que la regla general en materia de adopciones consiste en que los sujetos posibles de adoptar son los niños y niñas menores de 18 años. Por ello, no se encuentra razón que justifique excluir de los beneficios a las mujeres trabajadoras que adoptan niños o niñas mayores de siete años. El solo hecho de que la tendencia sea la adopción de menores de siete años no legitima la diferenciación en materia de protección que se deriva de la licencia de maternidad. Para la interviniente, *“la satisfacción integral y simultánea de los derechos prevalentes del menor estaría en íntima relación con la ampliación, no la restricción, de los derechos de un tercero, en este caso, la madre trabajadora. Al ser esto así, es aún más claro que la extensión del derecho al descanso por maternidad a las trabajadoras adoptantes debe establecerse en sus favor sin ninguna distinción basada en la edad del infante adoptado, quien requiere agorar, con mayores o menores énfasis, un proceso similar respecto de una nueva familia con independencia de su rango etario, razón por la que excluir del descanso por maternidad a la madre adoptante del infante mayor de siete (7) años comporta una medida violatoria de la igualdad”*.

Por último señala, que esta distinción resulta injustificada y desconocedora de los derechos constitucionales fundamentales de las madres adoptantes y de los niños y niñas mayores de siete años, al paso que significa *“un incentivo negativo que refuerza [la tendencia a adoptar niños y niñas menores de siete años] cuando lo razonable y lo conveniente es generar estímulos para la adopción de infantes mayores de siete años”*. Finalmente, solicita a la Corte declarar inexecutable la expresión *“del menor de siete años de edad”*, por desconocer el derecho a la igualdad, en los términos en que tal derecho fue desarrollado por los artículos 5º, 13, 43 y 53 de la Carta Política. Adicionalmente, por vulnerar los artículos 43 y 53 superiores, pues desconoce el derecho a la especial protección de que es titular la mujer como trabajadora y madre así como por infringir los derechos de la familia y de la niñez consignados en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para decidir sobre la constitucionalidad de una disposición del Código Sustantivo del Trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241.4 de la Constitución Política.

2. Norma, cargo y problema de constitucionalidad.

2.1. Norma y contexto normativo.

2.1.1. El artículo acusado forma parte del capítulo v del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como fue modificado este Código por la Ley 50 de 1990¹³. El capítulo v regula lo concerniente a la protección de la maternidad así como lo atinente a la protección de la niñez. El numeral 4º que contiene el segmento acusado en la presente ocasión, forma parte del artículo 236 que regula, a su turno, el descanso remunerado en la época del parto.

Según lo dispuesto en este precepto, toda mujer trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de maternidad, que se remunera con el salario que ella devengue al entrar a disfrutar del descanso. La duración de la licencia es de doce (12) semanas en la época del parto. En el numeral segundo del referido artículo, se establecen las reglas a seguir cuando el salario no es fijo, como es el caso del trabajo a destajo¹⁴. En el numeral tercero se consignan, a su turno, las exigencias que ha de llenar la trabajadora para efectos de solicitar la licencia¹⁵.

2.1.2. En el numeral cuarto –contentivo del segmento cuestionado en la presente ocasión–, se ordena que la totalidad de las provisiones y garantías consignadas en el capítulo v del Código Sustantivo del Trabajo deban extenderse, en idénticos términos y, de ser ello procedente, a la madre adoptante del menor de siete (7) años. De esta manera, dispone el precepto asimilar la fecha del parto, a la fecha en que tiene lugar la entrega oficial del menor que se adopta. Añade el numeral cuarto, que la licencia se extiende, también, al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente¹⁶.

2.2. Análisis formal de los cargos.

2.2.1. En el caso bajo examen, la demandante acusa, en efecto, la totalidad del numeral cuarto del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990. No obstante, como lo señalan algunos de los intervinientes, la argumentación se endereza

¹³ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se introducen otras disposiciones”.

¹⁴ “2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor”.

¹⁵ 3. “Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al {empleador} un certificado médico, en el cual debe constar: //a). El estado de embarazo de la trabajadora; // b). La indicación del día probable del parto, y // c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto”.

¹⁶ En este lugar resulta preciso destacar que mediante sentencia T-1978 de 13 de noviembre de 2003, la Corte Constitucional estableció que para la interpretación del numeral cuarto del artículo 236 debe tenerse en cuenta que los beneficios allí consignados se hacen extensivos al padre biológico, su cónyuge o compañera permanente.

principalmente a cuestionar el segmento “*del menor de siete (7) años*”. De cualquier manera, encuentra la Sala que la ciudadana demandante hizo bien en atacar la totalidad del numeral cuarto, pues, como pasará a indicarlo enseguida, con ello se facilita arrojar mayor claridad, certeza, pertinencia y suficiencia en relación con los cargos que plantea la demanda.

2.2.2. A la luz de lo establecido en el numeral 4º del artículo 236 acusado, la ciudadana Cantor García indica que existen dos formas de efectuar una distinción no justificada o discriminatoria desde el punto de vista constitucional. De una parte, cuando una disposición legal se abstiene de tener en cuenta las diferencias existentes en la realidad entre sujetos destinatarios de una ley que los trata de manera similar –lo que ella denomina discriminación *de facto*–. De otra parte, cuando en la realidad la situación o condición de los destinatarios de una determinada ley es idéntica o muy semejante y la ley introduce una desigualdad en el trato, sin que medie justificación alguna, –lo que ella apela discriminación *de iure*–.

2.2.3. Para la demandante, el precepto acusado desconoce esta segunda faceta del mandato de igualdad, pues pese a que las madres trabajadoras adoptantes de hijos o hijas menores de siete (7) años se hallan en semejante o en similar situación a aquella en la que se encuentran las madres adoptantes de hijos o hijas mayores de siete (7) años, la ley no hace extensibles a estas últimas los beneficios que le reconoce a las primeras. En su opinión, esta restricción en el acceso a las ventajas y protecciones derivadas de la licencia de maternidad a las mujeres trabajadoras que adoptan niños o niñas mayores de siete años, no resulta razonable, ni lógica, pues quien adopta un niño o una niña mayor de siete años tiene las mismas necesidades y asume idénticas responsabilidades, por manera que también debería gozar de los mismos derechos.

Considera, que la diferenciación trazada por la ley no sólo desconoce el mandato de igual trato y no discriminación establecidos en el artículo 13 superior, sino que vulnera, de modo simultáneo, otros derechos constitucionales fundamentales y desconoce, en particular, la protección prevalente de la niñez (artículo 44 C. P.). Los niños y niñas mayores de siete años requieren, al igual que los niños y niñas menores de siete años, que se les asegure el ingreso a un entorno familiar y se les garantice “*tiempo, esmero y dedicación*”, beneficios éstos, que se les niega con la restricción contemplada en la disposición acusada, violando, de paso, el mandato que ordena conferirle a la niñez una protección prevalente. Por último, encuentra la demandante que la limitación prevista en el numeral acusado también desconoce el mandato contemplado en el artículo 42 superior, que le reconoce iguales derechos y deberes a todos los hijos sin distinción, entre ellos, por supuesto, a los hijos adoptados sin consideración a su edad.

2.2.4. Hasta aquí, puede decirse que los cargos formulados por la demandante cumplen, a grandes rasgos, las exigencias establecidas por el legislador y por la jurisprudencia constitucional y logran despertar una duda respecto de la

constitucionalidad del numeral acusado¹⁷. Con todo, antes de pasar a formular el problema jurídico debe la Sala efectuar algunas precisiones adicionales que se echan de menos en la demanda, aunque no logran desvirtuar la entidad de los cargos elevados por la ciudadana Cantor García.

2.2.5. El numeral 4º del artículo 236 introduce una restricción que supone – como lo indica la demandante –, un trato diferenciado dentro de dos grupos de sujetos a saber: (i) dentro del universo de niños, niñas y adolescentes adoptables por mujeres trabajadoras y (ii) dentro del universo de las madres trabajadoras que deciden adoptar. No obstante, hay un extremo que no fue considerado inicialmente por la demandante, es decir, el caso de los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente.

Cuando se realiza una lectura de la totalidad del numeral 4º, aparece claramente que dicho precepto hace extensivos los beneficios derivados de la licencia también al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. Esto lleva a la Corte a ampliar en este aspecto el reparo por vulneración del artículo 13 superior, pues a partir de lo consignado en el numeral 4º del artículo 236 se deriva un trato diferenciado que no sólo afecta a las mujeres trabajadoras que resuelven adoptar un niño o una niña mayor de siete años sino que se proyecta asimismo frente a los hombres trabajadores –sin cónyuge o compañera permanente–, que resuelven adoptar un niño o una niña mayor de siete años.

Puesto de otra manera, teniendo en cuenta una consideración etaria (la edad de los niños y de las niñas adoptables), el numeral acusado en la presente ocasión traza una restricción que se proyecta, de un lado, sobre los niños y niñas mayores de siete años que son adoptados por mujeres trabajadoras o por hombres trabajadores –sin cónyuge o compañera permanente y, de otro, respecto de las personas trabajadoras que adoptan niños o niñas mayores de siete años –entre las que se incluye a las mujeres trabajadoras y a los hombres trabajadores –sin cónyuge o compañera permanente–. En virtud de la restricción contemplada en numeral 4º del artículo 236 todos estos sujetos se ven impedidos para acceder a las ventajas que se desprenden de la licencia de maternidad.

3. Problema de constitucionalidad.

A partir de lo anteriormente expuesto, debe verificar la Sala si la restricción contenida en el numeral 4º del artículo 236 edificada a partir de la edad de los niños adoptivos o niñas adoptivas y con sustento en la cual se limita el goce de los beneficios derivados de la licencia de maternidad únicamente a favor de las personas trabajadoras –incluidos hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente–, que adoptan niños o niñas menores de siete años, a

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1052 de 2001, reiterada en sentencias C-370 de 2006, C-922 de 2007 y C-923 de 2008.

quienes se hacen extensivas, en idénticos términos y cuando ello fuere procedente, las garantías establecidas en el artículo 236 para las madres biológicas, se ajusta al mandato de igual trato contemplado en el artículo 13 superior y respeta las previsiones contempladas en los artículos 42 y 44 de la Carta Política.

Antes de responder los cargos elevados, la Corte se pronunciará respecto del sentido y alcance de la licencia de maternidad en la legislación laboral y acerca de las ventajas y beneficios que se derivan de esta figura protectora.

4. Sentido y alcance de la licencia de maternidad en la legislación laboral.

4.1. La licencia de maternidad –tal como está concebido este instituto en la legislación laboral–, tiene entre sus propósitos principales asegurar que la mujer trabajadora en estado de embarazo esté integralmente protegida –antes y después del parto–, al igual que garantizar a la niñez protección integral.

Esta figura protectora en materia laboral constituyó uno de los triunfos derivados del reconocimiento expreso –en el ámbito internacional de los derechos humanos y, bajo su influjo, en los ordenamientos jurídicos internos–, de la situación de desventaja, de discriminación y de marginamiento al que se han visto puestas las mujeres en el curso de la historia por circunstancias conectadas con la maternidad, así como de la profunda repercusión restrictiva que de esa compleja situación suele derivarse también para el goce efectivo de los derechos de la niñez¹⁸.

4.2. La necesidad de amparar a las mujeres antes y después del parto, fue puesta de presente por primera vez en el ordenamiento jurídico internacional en junio de 1921, fecha en la cual entró en vigencia el Convenio número 3 adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo¹⁹. En general, es de destacar en este lugar el papel que han tenido los Convenios Internacionales respecto de la protección de la mujer trabajadora en estado de gravidez²⁰.

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia s T-461 de 2006; T-127 de 2009.

¹⁹ Esta legislación que se sometió a revisión en el año de 1952. Cfr. Consejo de Estado. –Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Segunda. – Santafe de Bogotá, D. C., septiembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

²⁰ Así, por ejemplo, las Recomendaciones número 12 y 95 de la OIT resaltan la necesidad de proteger a las mujeres empleadas en la agricultura que se encuentran en estado de gravidez –antes y después del parto–. Entre los documentos internacionales que protegen la maternidad se encuentran, además, los Convenios 3° y 183 de la Organización Internacional del Trabajo; el artículo 10° del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “*Protocolo de San Salvador*” y la Convención sobre los Derechos del Niño. Como lo recuerda la Vista Fiscal, los mencionados documentos, a la vez que prevén una cláusula genérica en relación con la referida protección, establecen obligaciones de tipo concreto sobre: “(i) el derecho a gozar de un descanso de por o menos catorce (14) semanas, de las cuales al menos seis (6) deben tomarse con posterioridad al parto; (ii) el derecho a percibir una prestación económica durante el periodo de licencia que garantice un nivel adecuado de vida tanto a la madre como al niño, erogación que deberá financiarse mediante seguro social obligatorio con cargo a fondos públicos o directamente por el empleador cuando así lo prevean las norma internas anteriormente vigentes. Este ingreso no podrá ser inferir a en ningún caso a las dos terceras partes del salario que percibía la trabajadora al momento de entrar a gozar del descanso”. Puestas de esta manera

Estos instrumentos internacionales no sólo establecen una cláusula general de protección de la mujer gestante durante el embarazo y después del parto. Al mismo tiempo, fijan obligaciones concretas²¹ y exigen a las autoridades estatales remover todo posible obstáculo e impulsar políticas para asegurar que las mujeres accedan efectivamente a la protección²².

4.3. En Colombia, el amparo de las mujeres trabajadoras en relación con la maternidad se inició con la expedición de la Ley 53 de 1938 *“Por la cual se protege la maternidad”*²³ y se afianzó mediante la ley 197 del mismo año. Con posterioridad, se dictaron un conjunto de normas encaminadas a configurar el denominado fuero de maternidad, que introduce una presunción legal de conformidad con la cual se estima que si una mujer en estado de embarazo es despedida –sin que su empleador haya solicitado antes el visto bueno de la inspección de trabajo–, se entiende que ha sido despedida la mujer trabajadora por causa o con motivo del embarazo²⁴.

Ahora bien, la licencia de maternidad fue introducida por primera vez en el Código Sustantivo del Trabajo mediante la Ley 141 de 1961. Primero, se estableció que la mujer trabajadora tenía derecho a una licencia remunerada de ocho semanas y se consignó, igualmente, la prohibición de despido por motivos de lactancia o embarazo. Se introdujo, de otra parte, la obligación de indemnizar a la empleada u obrera que fuese despedida sin justa causa dentro de períodos de tres meses anteriores o posteriores al parto y se previó, de la misma manera, la licencia remunerada de dos a cuatro semanas en caso de aborto o parto prematuro, según la prescripción médica.

4.4. Con todo, la versión inicial del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo sólo reconocía la licencia de maternidad remunerada a favor de las madres biológicas en la época del parto, durante ocho (8) semanas, con el salario

las cosas, las normas internacionales se encaminan a garantizar los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social tanto de las mujeres gestantes como de los niños y de las niñas.

²¹ En relación con: *“(i) el derecho a gozar de un descanso de por lo menos catorce (14) semanas, de las cuales al menos seis (6) deben tomarse con posterioridad al parto; (ii) el derecho a percibir una prestación económica durante el periodo de licencia que garantice un nivel adecuado de vida tanto a la madre como al niño o a la niña; erogación que deberá financiarse mediante un seguro social obligatorio, con cargo a fondos públicos o directamente por el empleador cuando así lo prevean las normas internas anteriormente vigentes. Este ingreso no podrá ser inferior en ningún caso a las dos terceras partes del salario que percibía la trabajadora al momento de entrar a gozar del descanso”*. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-127 de 2009.

²² En tal sentido, *“el Estado debe garantizar que la mayoría de las mujeres puedan cumplir con los requisitos exigidos para percibir la prestación económica durante la licencia de maternidad y en aquellos casos en los que no los cumplan, deberá proveer recursos adecuados con cargo a los fondos de asistencia social; (iii) la obligación estatal de proporcionar asistencia médica a la madre, antes, durante y después del parto; (iv) el derecho a gozar de un descanso remunerado para lactancia; (v) la prohibición de despido durante el embarazo y con posterioridad al alumbramiento y (vi) la protección especial en los casos de trabajadoras que desempeñen labores que puedan resultar perjudiciales durante el embarazo”*. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-127 de 2009.

²³ *“ARTÍCULO 1o. Toda mujer en estado de embarazo, que trabaje en oficinas o empresas, de carácter oficial o particular, tendrá derecho, en la época del parto, a una licencia remunerada de ocho semanas. // Esta licencia empezará a contarse desde el día indicado por el médico de la interesada”*.

²⁴ Ver, entre otros, el Decreto 2350 de 1938; el Decreto 13 de 1967; el Decreto 995 de 1968 así como las Leyes 73 de 1966; 27 de 1974; 50 de 1990 y en el Sector Público el Decreto Ley 3135 de 1968 y su Reglamentario 1848 de 1969.

que ellas devengaran en el momento de entrar a disfrutar el descanso²⁵. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 24 de 1986, que reforma el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo²⁶, todas las provisiones y garantías establecidas en el capítulo v de dicha codificación referentes a la licencia de maternidad a favor de la madre biológica, se extienden, en lo que fuere procedente, a la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad.

Así, dicha disposición equiparó la fecha del parto, con la fecha de entrega oficial del menor que se adopta. En el año de 1988, por medio de la Ley 69 de ese mismo año, se reconoció que esta protección debía extenderse a la madre adoptante empleada en el sector público²⁷. Posteriormente, con motivo de la expedición de la Ley 50 de 1990 se incorporaron nuevos cambios. Esta ley introdujo modificaciones, entre otras, respecto de la duración del descanso, pues lo amplió a doce semanas. Además, en el numeral 4º del artículo 236 se incluyó como beneficiario de la licencia al padre trabajador adoptante sin cónyuge o compañera permanente. Por último, en el inciso final del mismo numeral, se fijó que los beneficios consignados no podían excluir al trabajador del sector público.

4.5. Cabe resaltar acá, que la Constitución de 1991 contempló una amplia protección constitucional a favor de la mujer embarazada, de la madre trabajadora –antes y después del parto– así como de la niñez. Esto, como consecuencia de un conjunto de objetivos sentados de manera expresa en la misma Carta Política, entre los cuales, ocupan lugar preeminente: (i) el logro efectivo de la igualdad entre los géneros (artículo 43 C.P.); (ii) la protección de la vida (artículos 2º, 11, 44); (iii) el amparo de la familia como institución básica de la sociedad (artículos 5º y 42 C. P.); (iv) la garantía de los derechos de la madre en cuanto una manera eficaz para garantizar también la protección de los derechos de las niñas y de los niños, derechos éstos, que por orden del artículo 44 superior deben ampararse de modo prevalente. En esta misma línea de pensamiento, sobresale el mandato contemplado en el artículo 43 superior que ordena al Estado conferir a la mujer durante el embarazo y después del parto, especial asistencia y protección así como manda otorgarle subsidio alimentario en el caso en que ella se encuentre desempleada o desamparada.

²⁵ “Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de ocho (8) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso. // 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, 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 patrono un certificado médico, en el cual debe constar: // a). El estado de embarazo de la trabajadora; // b). La indicación del día probable del parto, y // c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto”.

²⁶ “Por la cual se adiciona el Artículo 236 del Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo”, publicada en el Diario Oficial No. 37.320 de 28 de enero de 1986.

²⁷ “Ley 69 de 1988 ‘(...) Artículo 1º. Todas las provisiones y garantías que se hayan establecido para la madre biológica al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales o Comerciales de tipo oficial y sociedades de Economía Mixta, se hacen extensivas en los mismos términos y cuando fuere procedente, para la madre adoptante del menor hasta de 7 años, asimilando a la fecha del parto la de entrega del menor...’ Posteriormente, la Ley 50 de 1990, artículo 34, modificó el numeral 4 del artículo 236 del CST, extendiendo la figura al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente que fuere trabajador del sector público”.

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

4.7. Ciertamente es y antes se resaltó, que la figura protectora de la licencia de maternidad tuvo como objetivo inicial reconocer la situación de marginalidad, discriminación y desventaja a la que históricamente se han visto expuestas las mujeres por motivo de la maternidad. También se mostró con antelación, que la licencia fue reconocida, primero, únicamente para favorecer a las madres biológicas. Con el paso del tiempo, no obstante, esta protección se amplió para cubrir con ella también a las madres adoptantes. De esta forma, la legislación equiparó la situación de las mujeres gestantes con la de las madres adoptantes de niños o niñas menores de siete años y ordenó conferirles la misma protección que la ley les ofrece a las madres biológicas. Más adelante, la legislación introdujo nuevas modificaciones e incluyó como beneficiarios de la protección derivada de la licencia de maternidad, también a los padres trabajadores adoptantes sin cónyuge o compañera permanente.

4.8. Por medio de la sentencia T-1078 de 2003, la Corte Constitucional encontró que esa misma protección debía darse también a los padres biológicos puestos en las mismas circunstancias que los padres adoptantes sin cónyuge o compañero permanente²⁸. Finalmente, debe recordarse que por virtud de lo dispuesto en la Ley 755 de 2002 –que reformó el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo–, hoy en día se reconoce también la licencia de paternidad como institución con entidad propia, la cual, por el contrario de lo que sucedía en el régimen anterior, no supone una reducción del tiempo de duración de la licencia de la madre.

4.9. La jurisprudencia constitucional ha reiterado de modo constante la importancia que tiene la figura protectora de la licencia de maternidad en el ordenamiento jurídico, entre otras, en cuanto desarrollo de la cláusula del Estado Social de Derecho (artículo 1º C. P.); como derivación específica de la

²⁸ En aquella ocasión le correspondió a la Corte Constitucional pronunciarse sobre la acción de tutela interpuesta por el padre biológico de una recién nacida (prematura) quien por motivo del fallecimiento de su cónyuge solicitaba se le hiciera extensiva a él la protección derivada de la licencia de maternidad, toda vez que se encontraba en la misma situación fáctica prevista por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo. La Corte concedió el amparo.

obligación de tomar medidas encaminadas a favorecer grupos discriminados y marginados (artículo 13 C. P.) y en cuanto consecuencia de la aplicación del artículo 43 C. P., con arreglo al cual, debe garantizarse la igualdad de derechos entre hombres y mujeres así como ha de proscribirse cualquier trato discriminatorio edificado sobre la base del género²⁹. Ha dicho la Corte, que la licencia de maternidad constituye un medio eficaz de proteger los derechos fundamentales de las mujeres –y bajo ciertas circunstancias también de los hombres–, así como de la niñez³⁰. En otros términos, ha insistido la jurisprudencia constitucional que la licencia de maternidad es un derecho constitucional que se conecta de modo estrecho con otros derechos constitucionales fundamentales como la dignidad, la seguridad social, el mínimo vital y la salud tanto de la madre como de los hijos o hijas.

Sobre este extremo, ha destacado la Corte de manera especial las consecuencias positivas que se derivan de la licencia de maternidad no sólo a favor de las madres trabajadoras –y en ocasiones también de los padres trabajadores– sino a favor de la niñez. Esto en conexión con el mandato expreso de protección integral de la niñez derivado de los artículos 42; 43; 44; y 45 superiores. A partir de los lineamientos protectores consignados en dichas normas constitucionales, se construye un hilo conductor que debe servir de pauta para la interpretación del resto de las normas contempladas en la Constitución Política y en el ordenamiento jurídico.

Ha insistido la jurisprudencia constitucional en que el interés superior de la niñez debe orientar las políticas públicas así como las prácticas administrativas y judiciales³¹. De este modo, entre todas las medidas que resulta factible implementar, ha de preferirse la que sea más apta para garantizar el máximo de satisfacción de los derechos de los niños, de las niñas y de los adolescentes³². En otros términos, estas previsiones deben tenerse en cuenta para fijar el alcance de los derechos constitucionales fundamentales y, desde luego, también de las garantías derivadas de la licencia de maternidad.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencias C- 273 de 2003; C-174 de 2009; T-1167 de 2008; T-127 de 2009.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-1078 de 2003; T-1208 de 2008; T-127 de 2009, entre muchas otras.

³¹ En virtud de lo allí estipulado, la preservación de los derechos constitucionales fundamentales de la niñez, “no depende de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de concurrir a su entera satisfacción”. Justo en esos términos, se configura la obligación de asistir y de proteger a los niños y a las niñas en su desarrollo armónico e integral por parte de la familia, de la sociedad y del Estado. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-402 de 1992 y SU-043 de 1995; T-598 de 1993; T-408 de 1995.

³² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-796 de 2004. A partir de la prevalencia de los derechos de la infancia y adolescencia se extrajo el principio consignado en el artículo 8º de la Ley 1098 de 2006 como “*el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, los cuales son universales, prevalentes e interdependientes*”. La Corte Constitucional ha caracterizado el interés superior de la niñez en tanto un asunto real, esto es, que: (i) “se relaciona con las particulares necesidades del [infante] y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (ii) se enlaza con la independencia de los infantes respecto del “*criterio arbitrario*” de las demás personas y se vincula, por consiguiente, con una protección que no depende, ni puede depender, de la “*voluntad o capricho de los padres*”, pues busca garantizar la vigencia de “*intereses jurídicamente autónomos*”; (iii) es, adicionalmente, un concepto relacional, toda vez que “*la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del [infante]*”; (iv) comprende asegurar un interés jurídico supremo, es decir, “*el desarrollo integral y sano de la personalidad del [infante]*”. Corte Constitucional. Sentencias C-273 de 2003 y la T-408 de 1995.

4.10. Varios de los intervinientes –y en particular el concepto presentado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar–, llaman la atención acerca de que las expresiones “niñez” o “infancia” o “menores”, son términos que comprenden tanto a las niñas y a los niños como a las y a los adolescentes. Al respecto, mencionan la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en la sentencia C-468 de 2009³³. En esta providencia la Corporación reiteró su jurisprudencia sobre el tema y realzó que la niñez o el término niño/niña comprendía *“a todos los menores de 18 años de edad”*. Recalcó la Corte que la distinción entre niños, niñas y adolescentes no se había trazado con la intención de excluir a las y a los adolescentes de la protección integral que ordena conferirle a la infancia el artículo 44 de la Carta Política. Sostuvo, que si existen diferenciaciones, todas ellas se construyen para *“ofrecerles espacios de participación (...) teniendo en cuenta mayor grado de desarrollo físico y mental”*.

4.11. En ese orden de ideas, ha subrayado la jurisprudencia constitucional que todas las distinciones trazadas por la legislación respecto de la niñez apuntan y deben dirigirse siempre a ampliar la protección *“de acuerdo con la esfera volitiva e intelectual del niño, niña o adolescente”*. Esta línea de pensamiento ha

³³ En aquella ocasión le correspondió a la Sala Plena pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 127 de la Ley 599 de 2000, *“por la cual se expide el Código Penal”*, con las modificaciones introducidas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. La disposición acusada era del siguiente tenor: *“Artículo 127. Abandono. El que abandone a un menor de doce (12) años o a una persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ochenta (108) meses. Si la conducta descrita en el inciso anterior se cometiere en lugar despoblado o solitario, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte”*. En opinión de los demandantes *“la jurisprudencia constitucional y los tratados de derechos humanos entienden por niño todo menor de 18 años, de manera que la norma acusada, al no extender el delito de abandono a los adolescentes, establece un trato discriminatorio no justificado para ese grupo, en materia de protección y, al mismo tiempo, desconoce el carácter fundamental y prevalente de sus derechos, pues la medida ignora que las personas entre los 12 y 18 años no poseen las condiciones legales, mentales y físicas para valerse por sí mismas y para proveer todo aquello que a su edad requieran, viéndose afectado el desarrollo armónico e integral, en caso de no recibir el apoyo requerido por parte de quienes están obligados a ello”*. La Corte se preguntó en esa ocasión si el Congreso de la República había desbordado su margen de configuración al introducir una limitación de edad en relación con el reconocimiento de la condición de víctimas del derecho de abandono, extendiendo esta condición a los menores de 12 años. En otras palabras, se interrogó la Corporación si el legislador había incurrido en un trato discriminatorio en perjuicio del grupo de niños y de niñas mayores de 12 años y menores de 18 –esto es, en perjuicio de las y de los adolescentes–. Entre los temas abordados por la Corte, ocupó un lugar especial *“la protección especial de que son titulares los menores de edad”* así como el margen y alcances de dicha protección. A propósito de lo anterior, debe mencionarse que el Magistrado Ponente de la presente sentencia salvó su voto en aquella ocasión. Pese a que estuvo de acuerdo con que el término niñez abarcaba también a las y a los adolescentes hasta los dieciocho años de edad, encontró que el legislador podía trazar algunas distinciones en diferentes campos y estimó que uno de ellos precisamente hacía relación con la determinación de quiénes son víctimas del delito de abandono. Sobre el particular, consideró que resultaba ajustado a la Constitución establecer que las víctimas de este delito se encontraban dentro del grupo de niños y de niñas menores de 12 años, teniendo en cuenta que el bien jurídico tutelado con el delito de abandono de menores es la vida y la integridad personal asociada a la capacidad del menor de valerse por sí mismo, cuestión predicable de menores de doce años y no, por ejemplo, de un adulto menor. El salvamento de voto destacó cómo el legislador está plenamente legitimado para diseñar los tipos penales en la forma que considere más conveniente para la política criminal del Estado y señaló que no observaba que el aparte de la norma demandada contradijera los límites constitucionales. Resaltó que no toda diferencia en los ámbitos de salvaguardia de grupos específicos de menores constituían actos de discriminación. Mencionó que incluso en varios Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos se admitían diferenciaciones y acentuó que la protección de los niños y adolescentes cambia y se matiza en cada circunstancia particular de acuerdo con la realidad física, social y cultural del ámbito de aplicación. Concluyó que *“las personas mayores de doce años son capaces de ejercer sus ciclos vitales sin intervención de terceros”*. Por lo anterior el segmento acusado debía ser declarado ajustado a la Carta Política.

sido sostenida por la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos. Al respecto, ha hecho hincapié la Corporación en la situación de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta en que suelen encontrarse los niños, las niñas y los adolescentes, así como ha puesto énfasis en la necesidad de otorgarles protección tanto en el ámbito familiar como en al campo social y estatal, *“buscando con ello garantizarles un tratamiento preferencial y asegurarles un proceso de formación y desarrollo en condiciones óptimas y adecuadas, acorde con el papel relevante y trascendental que están llamados a cumplir en la sociedad”*³⁴.

4.12. A la luz de la jurisprudencia constitucional puede decirse, en resumen, que la licencia de maternidad en cuanto figura protectora tiene por fin asegurar que *“las mujeres durante la etapa de la maternidad (...) puedan recuperarse del esfuerzo físico y psicológico que acarrea el proceso de gravidez y de parto”*³⁵. Como se mencionó –y así también lo indicaron varios de los intervinientes–, en numerosas sentencias ha dicho la Corte que el descanso por motivo de la maternidad significa a un mismo tiempo aplicar el mandato de protección superior de la niñez y, en desarrollo de tal mandato, amparar sus derechos constitucionales fundamentales, especialmente, facilitar que los niños, las niñas y los adolescentes reciban *“cuidado y amor”*.

Desde esta perspectiva, fuera del carácter normativo laboral de este instrumento; de su matiz económico y de los beneficios que se desprenden de su garantía para la madre, la licencia de maternidad asegura a la niñez que la madre trabajadora – y como también se señaló–, el padre trabajador sin cónyuge o compañera permanente, podrá velar por su bienestar físico, psíquico y emocional y, en esa dirección, estará en capacidad de brindarle la compañía, la atención, el apoyo y el cariño indispensables que les permita a los niños, a las niñas y a los adolescentes obtener un desarrollo armónico e integral. En fin, mediante los beneficios derivados de la licencia de maternidad, podrán las madres, los padres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente y sus hijos o hijas fortalecer, además, sus vínculos maternos/paternos filiales.

4.13. En efecto, los beneficios derivados de la licencia de maternidad pueden hacerse extensibles también a las madres trabajadoras adoptantes y a sus hijas o hijos adoptivos. De esto se percató el legislador quien, como ya se indicó, amplió el beneficio para favorecer también a las madres trabajadoras adoptantes. En el año de 1990 por virtud de la reforma introducida mediante la Ley 50 se extendió esta posibilidad a los padres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente. Antes se recordó, sin embargo, cómo desde el año de 1986 dicha ventaja únicamente benefició a las madres adoptantes de niños y niñas menores de siete (7) años, esto es, la legislación impuso una restricción al goce de los beneficios que se ligan con la licencia de maternidad y, al hacerlo, dejó de lado a las madres adoptantes de niños y niñas mayores de siete años.

³⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004.

³⁵ Ibíd.

4.14. En la actualidad puede afirmarse, entonces, que la protección derivada de la licencia de maternidad se define como una prestación de carácter laboral reconocida por el Sistema General de Seguridad Social que comprende los beneficios establecidos en el capítulo v del Código Sustantivo del Trabajo, a saber: (i) descanso remunerado en la época del parto o la adopción (artículo 236); (ii) descanso remunerado durante la lactancia (artículo 238); (iii) y prohibición de despedir (artículo 239) al grupo de madres adoptantes y de padres adoptantes –sin cónyuge o compañera permanente–, de niños, niñas y adolescentes menores de siete años. Este instituto protector beneficia: (i) a la madre biológica; (ii) al padre biológico sin cónyuge o compañero permanente³⁶; (iii) a la madre adoptante de un niño o una niña menor de siete años; (iv) al padre adoptante –sin cónyuge o compañera permanente–, de un niño o de una niña menor de siete años³⁷.

4.15. De lo expuesto se deriva, que el legislador se fundamentó en una consideración etaria (la edad de los niños y de las niñas adoptables) para trazar una restricción que supone un trato diferenciado dentro de grupos de sujetos en relación con el goce de las ventajas derivadas de la licencia de maternidad. Por un lado, dentro del universo de las madres trabajadoras y de los padres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente que han optado por adoptar. Por otro, dentro del universo de niñas, niños y adolescentes adoptables por madres trabajadoras o padres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente.

Dentro del universo de las madres trabajadoras y de los padres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente que han resuelto adoptar, estableció el legislador que únicamente las personas trabajadoras que decidan adoptar niños o niñas menores de siete años pueden gozar de las ventajas que se desprenden de la licencia de maternidad. Dentro del universo de los niños, niñas y adolescentes adoptables, determinó el legislador que únicamente los niños y niñas menores de siete años podían gozar de los beneficios que se desprenden de la licencia de maternidad.

4.16. La pregunta que surge a continuación, es si en desarrollo del margen de configuración que le reconoce la Carta Política, el Legislador está legitimado para efectuar tal distinción o si, al hacerlo, incurrió en un trato diferenciado que carece de justificación desde el punto de vista constitucional y, por ende, obró desconociendo la prohibición que se desprende del artículo 13 de la Carta Política de tratar de manera diferente personas que se encuentran en una situación similar o semejante.

En otras palabras, a continuación debe verificar la Sala si la restricción contenida en el numeral 4º del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo

³⁶ Por obra de lo establecido en la sentencia T-1078 de 2003.

³⁷ Como se menciona en varias de las intervenciones, “[p]ara el caso concreto de la madre y del padre sin cónyuge o compañera permanente adoptantes, el Código de la Infancia y de la Adolescencia –Ley 1098 de 2006, artículo 127– establece que el derecho al disfrute y pago de la licencia de maternidad, en los términos en los que se encuentra establecido en las disposiciones atinentes”.

que les impide a las mujeres trabajadoras –y a los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente–, que adoptan niños o niñas mayores de siete años gozar de la licencia de maternidad y que imposibilita, en consecuencia, que estas niñas o estos niños adoptados mayores de siete años disfruten del beneficio derivado de la licencia de maternidad, desconoce el derecho a la igualdad (artículo 13 C. P.) así como la protección integral de la familia (artículo 42 C. P.) y el mandato que ordena amparar el interés superior de la niñez (artículo 44 C. P.).

5. Cargos por vulneración del artículo 13 superior (mandato de igual trato); del artículo 42 (mandato de igual protección a todos los hijos e hijas sin excepción); del artículo 44 (interés prevalente de la niñez).

5.1. La igualdad en general y la igualdad de trato.

5.1.1. La expresión prevista en el artículo 13 de la Constitución según la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas, constituye la primera dimensión del derecho a la igualdad, cuyo desconocimiento se concreta cuando *“una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas”*³⁸. Dicho de otro modo, sobreviene una vulneración del derecho a la igualdad al reconocer consecuencias jurídicas diferentes a personas cuya conducta o estado se subsume en un mismo supuesto normativo.

5.1.2. Ha subrayado la Corte cómo la igualdad también puede considerarse un derecho subjetivo de tipo relacional y genérico por cuanto su desconocimiento apareja el desconocimiento de otros derechos y se proyecta respecto de todas las situaciones jurídicas, así como condiciona *“la actuación de las autoridades públicas [en cuanto] límite al ejercicio del poder público”*³⁹. El mandato de igualdad de trato adquiere entonces un cariz prescriptivo. Su respeto se impone a todas las autoridades públicas y a toda la ciudadanía sin excepción.

5.1.3. Con todo, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha acentuado que, *“el control del respeto a la igualdad de trato es una operación compleja por cuanto el análisis realizado por el juez, cuando ejerce el control, en cierta forma se superpone a unas consideraciones sobre la igualdad realizadas previamente por el Legislador o por la autoridad administrativa”*⁴⁰. Al expedir un determinado acto las autoridades políticas o administrativas suelen establecer ciertas diferenciaciones para obtener algunos objetivos considerados válidos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, tal distinción vista con los ojos de dichas

³⁸ Ibíd.

³⁹ Ibíd.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1191 de 2001.

autoridades no resultaría en principio discriminatoria. No obstante, en el momento de examinar si se respetó o no el mandato de igual trato, se debe analizar si la autoridad competente –en este caso el legislador–, obró dentro del margen de configuración que le reconoce la Carta Política. En otras palabras, ha de establecerse si se respetó o no el mandato de igualdad, para lo cual el juez constitucional “*evalúa la razón que tuvo en cuenta quien con cierta medida afectó dicho derecho en forma negativa o positiva*”⁴¹.

5.1.4. Desde luego, la Corte Constitucional ha destacado los problemas que se ligan con la aplicación del mandato de igual trato contemplado en el artículo 13 de la Carta Política. Ha enfatizado, primero, que en la realidad no se presentan situaciones o personas que sean por entero iguales o totalmente distintas. Así, ha subrayado: “*ninguna situación ni persona es totalmente igual a otra, pues si lo fuera, sería la misma situación y la misma persona; y, en ese mismo contexto, ninguna situación es totalmente distinta, pues siempre existen algunos rasgos comunes entre los eventos más diversos*”⁴². Es por ello, que en ocasiones el mandato encaminado a asegurar que la ley se aplique por igual a todas las personas y a todas las situaciones, no garantiza que reciban el mismo trato de la ley⁴³. Con miras a lograr este objetivo adicional, es necesario tener en cuenta la segunda dimensión del derecho a la igualdad consignado también en el artículo 13 de la Constitución Política que se dirige a garantizar que la ley no regulará de forma diferente “*la situación de personas que deberían ser tratadas igual*”⁴⁴ ni que regulará “*de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente*”⁴⁵.

5.1.5. ¿Cómo evitar que la situación de personas que han de ser tratadas diferente se regule de manera igual y que la situación de personas que deben ser tratadas de igual manera se regule de manera diferente? En otras palabras: ¿cómo garantizar igualdad de trato? La Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias ha puntualizado que para tales efectos resulta imprescindible “*establecer un criterio o tertium comparationis a partir del cual se pueda determinar si las situaciones o las personas son o no iguales*”. Sobre el particular, ha insistido la Corporación que la elección de ese criterio no puede ser arbitraria sino que ha de extraerse a partir de la finalidad que persigue el trato normativo objeto de análisis y debe ajustarse a los preceptos constitucionales. En tal sentido, deben ser tratadas de igual manera dos personas que de conformidad con el criterio de comparación se encuentren en similar situación.

5.1.6. Cabe recordar en este lugar que, por lo general, cuando se realiza el juicio de igualdad se examina, primero, que las circunstancias sobre las cuales recae el trato diferenciado sean, en efecto, diversas. Segundo, se analiza si el criterio utilizado para configurar el trato diferenciado se ajusta o no a los

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2009.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-1191 de 2001

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

preceptos constitucionales. Tercero, se verifica que dicho trato sea factible para alcanzar fines constitucionalmente legítimos y que la medida sea necesaria, adecuada y que sea proporcionada, esto es, que entre las medidas existentes se elija aquella que presente una menor restricción de los derechos constitucionales fundamentales o de los bienes jurídicos en juego. Como lo recordó la Corte recientemente, “[c]ada una de estas condiciones corresponde al papel que juegan los tres elementos –fáctico, legal o administrativo y constitucional en la relación– que se interpreta. Por eso, la primera condición pertenece al orden de lo empírico (hecho), la segunda hace parte del orden de lo válido (legalidad) y la tercera del orden de lo valorativo (constitución)”⁴⁶. De otro lado, el rigor con que se ejerce el juicio de igualdad depende, por su parte, de la amplitud con que se le reconozca al legislador el margen de apreciación de que dispone para configurar las políticas. Entre mayor sea dicho margen, menos riguroso será el juicio⁴⁷. Si por el contrario, la potestad configuradora es más restringida, el juicio de igualdad tendrá mayor rigor⁴⁸.

5.2. Igualdad de trato y margen de configuración del Legislador respecto de los sujetos titulares del derecho a gozar de las ventajas que se derivan de la licencia de maternidad.

A continuación, debe precisar la Sala si al limitar el Legislador el disfrute y pago de la licencia de maternidad en razón de la edad de los sujetos adoptables y privar de este beneficio, respectivamente, a las madres adoptantes de niños y niñas mayores de siete años –incluidos los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente– y a los niños y niña adoptables mayores de siete años, incurrió en una distinción que contradice valores, principios y derechos constitucionales fundamentales y rebasa, con ello, el margen de configuración que le confiere la Carta Política.

En otras palabras, el numeral 4º del artículo 236 introduce una diferenciación entre madres adoptantes de niños menores de siete años y madres adoptantes de niños mayores de siete años y menores de 18 años –incluidos los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente–. Debe, entonces, verificar la Sala si la situación de estos sujetos sobre los cuales se proyecta la distinción es,

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1110 de 2001.

⁴⁷ En la sentencia C-093 de 2001 se pronunció la Corte Constitucional sobre el margen de configuración del legislador y respecto de la forma como puede modularse el mandato de igualdad. Así dijo la Corporación “[e]n aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia libertad de apreciación y configuración, entonces el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege”.

⁴⁸ La Corte Constitucional ha identificado en qué casos el escrutinio debe ser estricto: (i) cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas, por cuanto al tenor de lo establecido por el artículo 13 superior “todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades”. (ii) cuando el Congreso se vale de un criterio prohibido o sospechoso como la raza en cuanto elemento para establecer la diferenciación “pues la Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías”; (iii) cuando la Constitución prevé mandatos puntuales de igualdad, como sucede con la equiparación entre todas las confesiones religiosas ordenada por el artículo 19 superior, dado que “en esos eventos, la libertad de configuración del Legislador se ve menguada”. (iv) cuando las normas legales afectan a poblaciones que se encuentran en situación especial de vulnerabilidad; (v) cuando la Constitución misma de manera ordena incentivar una determinada política.

en efecto, diferente o resulta, más bien, “equiparable”, “asimilable” o “semejante”. Para responder este interrogante considera la Sala pertinente referirse de manera breve a la figura de la adopción como medida de protección de los intereses superiores de la niñez.

5.3. La adopción como medida de protección de los intereses superiores de la niñez.

5.3.1. El artículo 61 del Código de la Infancia y de la Adolescencia define la adopción como, *“una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”*. Como lo subrayan varios de los intervinientes, esta disposición debe ser interpretada –según lo dispuesto por el artículo 93 C. P.–, esto es, de conformidad con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por Colombia. En tales instrumentos se le confiere un lugar principal a la **protección de los intereses prevalentes de la niñez**⁴⁹. Desde este horizonte de comprensión, la adopción puede entenderse como una medida de orden subsidiario que se toma en interés de la niñez adoptada *“por encima inclusive del interés de quienes aspiran a ser sus padres adoptantes, con el fin de darle un entorno familiar apto para su desarrollo integral, ya que su propia familia biológica no cumple con las condiciones mínimas para ello, o representa un riesgo claro para su bienestar”*⁵⁰.

5.3.2. Esta misma directriz fue plasmada en la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y de la Adolescencia⁵¹ y ha sido desarrollada de manera profusa por la jurisprudencia constitucional⁵². En esa dirección, ha insistido la Corte

49 Cfr. El Preámbulo al Convenio de la Haya relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Como lo recuerda la Vista Fiscal en dicha normatividad se determina que “las adopciones internacionales deben tener lugar ‘en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales’”. Esta meta coincide con el objetivo buscado por el artículo 1º del Convenio. Así mismo, cobra relevancia la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y al Bienestar de los Niños, con particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional, prescribe en su preámbulo “que en cualquier proceso de colocación en un hogar sustituto o de adopción, los intereses superiores de los niños implicados deberán ser la consideración primordial”. El mandato de preservar los intereses superiores de la niñez fue considerado de manera especial por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso de Keegan vs. Irlanda (sentencia del 19 de abril de 1994) “en la cual se declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción”.

⁵⁰ Respecto de los pronunciamientos efectuados por la Corte Constitucional en relación con la naturaleza jurídica de la adopción ver las sentencias C-562 de 1995; T-881 de 2001.

⁵¹ “ARTÍCULO 8º. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. “ARTÍCULO 9º. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. // En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

⁵² Corte Constitucional. Sentencias C-041 de 1994; C-459 de 1995; C-468 de 2009.

Constitucional en el carácter eminentemente protector del proceso de adopción, encaminado a asegurar el interés superior de la niñez, el cual, debe servir de criterio de interpretación de todas las normas aplicables en la materia. Por otro lado, es preciso resaltar cómo a partir de 1936 se inicia un proceso hacia la equiparación entre los hijos, hasta el punto de proscribir cualquier tipo de discriminación por motivo de la proveniencia de los hijos o hijas⁵³. Con independencia de si son hijas o hijos nacidos dentro del matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho o llegan a la familia por adopción, la Constitución de 1991 hoy vigente, ordena garantizarles los mismos derechos e imponerles iguales obligaciones (artículo 42 C. P.).

5.3.3. Puede afirmarse, por consiguiente, que la adopción es un instituto jurídico por medio del cual se genera una familia en el estricto sentido del término, como la conformada con base en nexos de sangre. Los lazos entre los padres y las madres adoptantes y los hijos y las hijas adoptivos generan, pues, los mismos derechos y deberes que los que origina la familia biológica. Así, la persona que opta por la adopción, esta obligada a prodigar a su hija adoptiva o a su hijo adoptivo el cuidado y la asistencia indispensable para garantizar la debida protección del interés superior de la niñez, en los términos en que lo ordena la Constitución, la jurisprudencia constitucional y el Código de la Infancia y la Adolescencia.

5.3.4. Como lo ha recordado el Instituto de Bienestar Familiar, en virtud de la adopción los padres y madres adoptantes se obligan a brindar cuidado y asistencia a las hijas adoptivas y a los hijos adoptivos, a educarlos, a apoyarlos, a amarlos tanto como a proveerlos *“de todas las condiciones necesarias para que crezca[n] en ambiente de bienestar, afecto y solidaridad”*. No puede perderse de vista que a partir de lo establecido en el artículo 42 de la Carta Política, todas las hijas y todos los hijos deben ser tratados de la misma manera, independientemente de la forma como hayan llegado a la familia.

5.3.5. En otras partes de esta misma providencia se ha indicado que el trato desigual consignado en el numeral objeto de reproche consiste en excluir a las madres adoptantes –y a los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente– de niños, niñas y adolescente mayores de siete años y, por ende, a todo este grupo etéreo de los beneficios que se desprenden de la licencia de maternidad. Siendo ello así, lo primero que debe preguntar la Sala es si en relación con la posibilidad de gozar de estos beneficios la situación de todas las madres adoptantes es “similar”, “semejante” o “equiparable”⁵⁴ y si la circunstancia de todos los hijos o hijas adoptivos es “similar”, “semejante” o

⁵³ La Ley 45 de 1936 permitió la investigación de la paternidad natural, para reconocer efectos frente a alimentos y culminó con la Ley 29 de 1982 *“por la cual se otorga la igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios”*. Mediante la referida ley se permitió a los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos heredar en igualdad de condiciones. La Constitución de 1991 subsanó cualquier rezago en relación con la integración normativa anterior y previó un mismo régimen normativo para todos los hijos a quienes sin diferencia alguna se les debe garantizar iguales derechos.

⁵⁴ Incluyendo la situación de los padres sin cónyuge o compañera permanente.

“equiparable” o si, con base en ciertos criterios, como lo es en el caso concreto la edad, resulta factible desde el punto de vista constitucional, diferenciar el trato que se les da a unas personas– y a otras, así como a unos hijos o hijas y a otr@s.

En otros términos, un primer paso en el desarrollo del juicio de igualdad tiene un matiz fáctico y se dirige a identificar si los grupos de personas afectados con una medida determinada se encuentran en circunstancias similares que ameritan un trato semejante o se hallan en situaciones diferentes que exigen un trato distinto. Una vez establecido este supuesto fáctico, entonces debe verificarse cuál deberá ser la intensidad del juicio de igualdad –estricta, intermedia o débil–.

5.4. ¿Se encuentran los grupos de personas afectados con la medida contemplada en el numeral 4º del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo en circunstancias similares que ameritan un trato semejante a las personas beneficiadas con la licencia de maternidad o se hallan en situaciones diferentes que exigen un trato distinto?

5.4.1. En el caso concreto, a primera vista, podría pensarse que dentro del universo de las personas adoptantes⁵⁵, la situación de quienes adoptan niños o niñas menores de siete años es muy diferente a aquella en que se encuentran quienes adoptan niños o niñas mayores de siete años y que ni siquiera es equiparable. Algo semejante cabría afirmar en relación con el universo de los hijos y de las hijas adoptables. Dentro de este universo, podría sostenerse que no es posible equiparar la circunstancia en que se hallan las hijas o hijos adoptables menores de siete años y aquella en que se encuentran las niñas y niños adoptables mayores de siete años. Ciertamente es –y lo recuerdan varios de los intervinientes–, que la situación de unas y otras personas no es idéntica y difiere en varios aspectos. Tanto es ello así, que desde una perspectiva en exceso formalista –la cual desde luego no es la acogida por la Constitución de 1991–, podría, incluso, descartarse que se tratara de una situación similar.

5.4.2. Ahora bien, si la circunstancia de unas y de otras personas no es exactamente igual, es al menos “semejante”, “asimilable” o “equiparable” respecto de hechos o rasgos sobresalientes o relevantes. En ello le cabe razón a la Defensoría del Pueblo, cuando asegura en su intervención que si las madres –léase también padres sin cónyuge o compañera permanente–, que adoptan niños o niñas menores de siete años no se encuentran exactamente en la misma situación de aquellas personas que adoptan niños o niñas mayores de siete años, *“una mirada en perspectiva sustancial arroja resultados diversos, porque, en realidad, vistas las características esenciales de los términos que integran la relación, se puede afirmar que estamos ante situaciones en esencia similares: se trata de dos mujeres, ambas son trabajadoras, las dos son o están en proceso de ser madres y las dos han optado por ser madres adoptantes”*.

⁵⁵ Incluyendo los padres sin cónyuge o compañera permanente.

5.4.3. De este modo, puede afirmarse que los puntos de equiparación –*tertium comparationis*– con fundamento en los cuales se asimilan las personas trabajadoras que adoptan niños o niñas menores de siete años a las personas trabajadoras que adoptan niños y niñas mayores de siete años, son varios: (i) ser trabajadoras; (ii) estar en proceso de ser madres o padres; (iii) haber optado por la adopción. Estos tres puntos de equiparación, permitirían conferirles a las madres adoptantes –con independencia de la edad que tienen los hijos o hijas adoptivos–, iguales derechos y obligaciones y haría factible, en tal sentido, reconocerles en los mismos términos que a las personas que adoptan niños o niñas menores de siete años, el goce de la licencia de maternidad. De ahí que comparta la Sala el punto de vista sostenido por la Defensoría del Pueblo cuando afirma que *[e]l hecho de que una [madre] haya adoptado un niño de seis años y otra un niño de siete años no parece introducir una diferencia de naturaleza sustantiva en relación comparativa. Si se analiza así, no habría lugar a un tratamiento jurídico distinto entre ellas, menos aún en lo relativo a los derechos que se derivan de la situación de hecho de su maternidad por adopción”*.

5.4.4. Ahora bien, si se hace una consideración adicional –también sugerida por varios de los intervinientes–, a saber, que dentro del universo de los niños, niñas y adolescentes adoptables, justamente el grupo de las y de los adolescentes se encuentra colocado en especial situación de indefensión por varios motivos relacionados con la situación de abandono, marginalidad y exclusión a que suele verse avocado dicho grupo poblacional. Las repercusiones que sobre su condición psíquica, física y emocional suele tener quien ha sido víctima de maltrato, desamor y abandono impactan, en general, a todos los niños y a todas las niñas adoptables pero se proyectan de manera más crítica respecto de las y de los adolescentes. Debe tenerse presente que –como lo recuerdan varios de los intervinientes–, los niños y niñas mayores de siete años y, en especial, los adolescentes son considerados como de *“difícil adopción”*.

5.5. Al encontrarse los grupos de personas afectadas con la restricción incluida en el numeral 4º del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo en circunstancias similares, semejantes o equiparables al grupo de personas excluidas de los beneficios de la licencia de maternidad, el criterio de diferenciación por motivo de la edad de los niños y niñas adoptables utilizado por el legislador, debe someterse a un juicio estricto de igualdad.

5.5.1. En consecuencia, el criterio de edad utilizado por el Legislador para trazar la restricción contemplada en el numeral 4º del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo debe someterse a un juicio estricto de igualdad, pues si bien no obedece a una de las categorías prohibidas por el artículo 13 de la Constitución como lo son –el género, la raza, la opinión religiosa o filosófica–, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática al afirmar que cuando el criterio utilizado para establecer un trato diferenciado se proyecta de manera restrictiva sobre el disfrute de los derechos constitucionales fundamentales de una

población en situación especial de vulnerabilidad, debe adelantarse un juicio estricto de igualdad⁵⁶.

5.5.2. Así las cosas, en el caso que ocupa la atención de la Sala en la presente ocasión se debe examinar inicialmente si el criterio diferencial busca cumplir con un fin constitucionalmente legítimo sino también debe verificarse que la medida sea necesaria, adecuada y proporcional. Con todo, únicamente si se comprueba que el criterio sobre el cual se construye el trato diferenciado se ajusta a lo dispuesto por la Carta Política es procedente examinar los otros aspectos. De lo contrario, es decir, cuando se constata que dicho criterio carece de sustento constitucional, finaliza el juicio de igualdad y no resulta indispensable examinar los otros aspectos integrantes del mismo como lo son la necesidad, la adecuación y la proporcionalidad.

Acto seguido pasa pues la Sala a examinar, primero, si la medida de diferenciación sustentada en el criterio etario busca una finalidad legítima desde el punto de vista constitucional.

5.5.3. Como se indicó en precedencia, inicialmente no se reconocía en la legislación colombiana la licencia de maternidad sino únicamente a favor de las mujeres trabajadoras que habían sido madres biológicas. Con la reforma introducida en el año de 1986, se equiparó la situación de la mujer trabajadora –madre biológica–, a la de la mujer trabajadora que se había decidido por la adopción. No obstante, el legislador trazó un límite a dicha equiparación, pues resolvió que únicamente podían gozar de los beneficios propios de la licencia de maternidad las madres trabajadoras que adoptaran niños o niñas menores de siete años.

5.5.4. ¿Cuál es la justificación de dicha distinción trazada con base en la edad del grupo de niños y niñas adoptable? Puede ser que en el momento en que se expidió la ley 24 de 1986 el *tertium comparationis* con sustento en el cual se realizó tanto la equiparación y como la exclusión, haya sido, por una parte, la cercanía que tienen los niños y niñas menores de siete años a las niñas y a los niños recién nacidos y, por otra, la tendencia existente en la sociedad colombiana –y en general en el mundo–, a adoptar niñas y niños que se encuentran dentro de este margen de edades.

⁵⁶ Como lo recuerda el escrito de intervención presentado por la Comisión colombiana de Juristas, la Corte Constitucional ha identificado en qué casos el escrutinio debe ser estricto: (i) cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas, por cuanto al tenor de lo establecido por el artículo 13 superior “*todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades*”; (ii) cuando el Congreso se vale de un criterio prohibido o sospechoso como la raza en cuanto elemento para establecer la diferenciación “*pues la Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías*”; (iii) cuando la Constitución prevé mandatos puntuales de igualdad, como sucede con la equiparación entre todas las confesiones religiosas ordenada por el artículo 19 superior, dado que “*en esos eventos, la libertad de configuración del Legislador se ve menguada*”. (iv) cuando las normas legales afectan a poblaciones que se encuentran en situación especial de vulnerabilidad.

5.5.5. Ahora bien, no reparó el Legislador en las repercusiones que dicha diferenciación por edades podía traer consigo frente a las personas que adoptan niños y niñas mayores de siete años así como frente a estas niñas y a estos niños y adolescentes. En ambas circunstancias, la restricción trazada implica privarlas, privarlos de beneficios que resultan de una importancia crucial, dada la situación de maltrato, desamor y abandono, en la cual, la mayoría de ellas y de ellos suelen encontrarse, así como en vista de los retos que el proceso mismo de adopción de adolescentes enfrenta.

5.5.6. Desde luego, la adopción de niños y de niñas mayores de siete años tiene también ventajas considerables para los padres adoptivos, así como para las hijas o los hijos adoptivos⁵⁷. Entre los beneficios que se derivan de la adopción de niños o niñas mayores de siete años, la doctrina ha enumerado los siguientes: (i) Tolerancia a la propia ambivalencia y/o sentimientos negativos fuertes⁵⁸; (ii) Comprensión ante el rechazo por parte de los niños o de las niñas⁵⁹; (iii) Habilidad para encontrar felicidad en pequeños incrementos de mejoría⁶⁰; (iv) Flexibilidad en el rol parental⁶¹; (v) Visión sistémica de la familia⁶²; (vi) Apropiación del rol⁶³; (vii) Actitud activa⁶⁴; (viii) Humor y auto cuidado⁶⁵; (ix) Sistema familiar abierto⁶⁶.

⁵⁷ Cf. Kaduchin, *Adopting older children* (1970), citado en www.postadopción, *La adopción de niños mayores. Factores de éxito*. Adaptado a partir del artículo de Mario Rosas Mundara, Iris Gallardo Rayo y Pamel Ángulo Díaz, *Factores que influyen en el apego y la adaptación de los niños adoptados*.

⁵⁸ Las personas que adoptan niños o niñas mayores de siete años suelen no juzgarse a sí mismas de manera tan estricta por los sentimientos negativos que experimentan hacia sus hijos o hijas. Admiten que tales sentimientos pueden presentarse en vista de las circunstancias de maltrato, negligencia o abandono en que suelen encontrarse estos niños y estas niñas así como de las reacciones que estas circunstancias suelen generar en estos niños y estas niñas. *Ibíd.*

⁵⁹ Comprenden de mejor manera que las hijas o los hijos adoptados puedan tener actitudes de rechazo y esta situación no mengua sus esfuerzos por tejer lazos de confianza sino que facilita, más bien, “proceder adecuadamente según las necesidades del niño” o de la niña. *Ibíd.*

⁶⁰ No persiguen “metas finales” y, por lo general, “han abandonado la esperanza de ser padres [y madres] ideales”. Tampoco pretenden que sus hijas o hijos sean perfectos. Intentan “ayudar a que el niño [o la niña] tenga éxito en las pequeñas tareas diarias”. *Ibíd.*

⁶¹ El papel de cuidador se comparte y cuando uno de los padres se encuentra en estado de agotamiento, el otro lo puede apoyar, con lo que se evita que solo uno de los cuidadores –sea el padre o la madre–, reciba toda la carga física y emocional. *Ibíd.*

⁶² “Las familias que acostumbran a mirar el sistema total para encontrar respuestas tendrán una base más rica para resolver problemas en la postadopción. Con un punto de vista sistémico, la familia puede trabajar en cambios en la conducta de los padres, roles de los parientes, prioridades familiares y otros aspectos, como la forma de manejar las reacciones de los miembros de la familia hacia los niños perturbadores”. *Ibíd.*

⁶³ “Algunas familias son capaces de hacer la transición desde una instancia parental tentativa, a una de “propiedad” de lleno del niño adoptado en un corto tiempo, incorporando adecuadamente las diferencias del niño y su historia”. *Ibíd.*

⁶⁴ “Una postura activa ayuda a los padres a no sentirse victimizados por el niño, cosa que sucede frecuentemente con aquellos que adoptan una postura más pasiva. Además, una actitud activa le entrega al niño un mensaje esencial: ‘Yo soy tu padre [tu madre] ahora y así es como te voy a proteger y cuidar’. (Katz, 1992)”. *Ibíd.*

⁶⁵ “Tardes ocasionales y fines de semana lejos del niño son necesarios para mantener la fuerza de los padres y su salud física y mental”. *Ibíd.*

⁶⁶ Pese a que las habilidades de los padres y de las madres suelen ser claves en el trabajo con una niña o con un niño que se han visto puestos en circunstancias de maltrato, negligencia, desamor y abandono, la posibilidad de contar con los demás integrantes del grupo familiar facilita la labor de integración y hace factible descubrir las fortalezas y las debilidades así como posibilita “encontrar ayuda y plantearse nuevas soluciones”. *Ibíd.*

También ha destacado la doctrina cómo en familias que resuelven adoptar niños entre los siete y los dieciocho años –incluso tratándose de casos en los que se había presentado maltrato, negligencia o abandono– la actitud de los padres y de las madres tiene especial fuerza, por lo que resulta muy probable que el proceso sea exitoso y logren trabarse lazos de amor, de respeto y de confianza profundos. Empero, lo anterior no *“significa que los problemas desaparezcan, sino que los niños se incorporan a la familia, sus padres sientan fuertes lazos con ellos y pueden proveer las funciones de nutrición parental, estimulación, modelamiento, estructuración, etc., que se requieren para un crecimiento y maduración óptimos”*⁶⁷.

5.5.7. De todos modos, lo que si resulta factible sostener –y antes se resaltó–, es que el tiempo inicial de integración familiar es tan decisivo en el proceso de adopción de niños o de niñas mayores de siete años, como lo es en el caso de los niños y de las niñas menores de siete años. Incluso, se podría sostener que el ingreso a la adolescencia trae consigo un conjunto de requerimientos todavía más complejos –para las madres y los padres como para las hijas y los hijos–.

La doctrina ha destacado cómo durante la adolescencia los cambios físicos se presentan de manera evidente, mientras que *“el desarrollo emocional y mental”* puede ser muy demorado⁶⁸. Esta etapa en la vida de las y de los jóvenes es especialmente exigente, pues corresponde al lapso en que definen su personalidad y determinan, en consecuencia, *“sus valores, sus creencias, su identidad sexual, su elección de carrera, sus esperanzas para con [ellas y] ellos mismos”*⁶⁹. Por consiguiente, como también lo ha recordado la doctrina, no se trata de problemas menores: *“[d]urante este proceso, los jóvenes prueban diferentes personalidades; buscan, imitan y rechazan diversos modelos. Examinan de forma muy crítica a su familia. Cambian a menudo de opiniones; pueden estar muy seguros de ellos mismos o pensar que no sirven para nada. Mientras tratan de distinguirse en su familia, al mismo tiempo, quieren parecerse a sus amigos”*⁷⁰.

5.5.8. Vistas las cosas desde este horizonte de comprensión, es claro para la Sala que la distinción efectuada por el legislador en el numeral 4º del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo apoyada en el criterio de la edad no busca cumplir con una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional. Al contrario, encuentra la Corte que analizada esta restricción a la luz de la protección que ordena conferirle la Constitución a los intereses superiores de la niñez y a la luz del carácter amplio con que ha interpretado la jurisprudencia constitucional el concepto de niñez –en concordancia con lo establecido por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos–, la diferenciación efectuada en el precepto acusado por razón de la edad es injustificada e incompatible con lo dispuesto por la Carta Política.

⁶⁷ Ibíd.

⁶⁸ Cfr. *Los retos de la adolescencia*. Extractado por Pilles Breton a partir del documento Parenting the adopted adolescent de National Adoption Information en: www.posadopción.org.

⁶⁹ Ibíd.

⁷⁰ Ibíd.

5.5.9. En la parte considerativa de la presente providencia se hizo referencia a los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto del sentido y alcance de la licencia de maternidad como instituto protector de las personas trabajadoras y se dijo, en suma, que era un derecho constitucional estrechamente conectado con otros derechos fundamentales como la dignidad, la seguridad social, el mínimo vital y la salud, principalmente de la madre –en ocasiones también del padre sin cónyuge o compañera permanente–, así como de la niñez. En últimas, si la legislación equiparó la adopción al hecho del parto, los hizo justamente para proteger también los derechos de las niñas y de los niños en situación de adoptabilidad.

5.5.10. Es por ello, que no resulta lógico ni razonable –como lo indican varios de los intervinientes– *“que luego de las situaciones de abandono, violencia, maltrato físico y emocional, soledad, pérdida de los padres”* a las que suelen estar expuestos las y los adolescentes, se prive precisamente a este grupo etéreo del goce de un conjunto de prestaciones encaminadas a asegurar la integración a la nueva familia en condiciones de calidad y de dignidad. Las niñas mayores de siete años y menores de dieciocho años –quienes por obra de lo dispuesto en el numeral acusado quedan privad@s de disfrutar de las ventajas derivadas de la licencia de maternidad–, son precisamente quienes más requieren de un mayor acompañamiento *“que permita tanto la integración como la adaptación y el tránsito de éstos, que una vez se encontraron en situaciones de abandono, a sus nuevas familias”*.

Pero eso no es todo. También las mujeres trabajadoras –y los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente–, que resuelven adoptar niños y niñas mayores de siete años y menores de dieciocho, se encuentran en especial condición de vulnerabilidad, pues por lo general el proceso de adopción bajo estas condiciones implica un mayor desgaste emocional y exige un esfuerzo grande para asegurar la integración de los adolescentes al núcleo familiar. Tanto es ello así, que las mayoría de las personas prefiere adoptar niños o niñas menores de siete años.

5.5.11. Sobre el particular, vale la pena transcribir acá el siguiente aparte de la intervención realizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: *“de conformidad con el concepto técnico de la Subdirección de Adopciones del ICBF, es necesario que el niño, niña o adolescente adoptado cuente con la presencia física permanente del o de los padres adoptantes desde el momento en que se entrega a la familia y por un tiempo determinado, como lo es la licencia de maternidad y paternidad, etapa en la que debe garantizársele al menor de edad la construcción de un vínculo afectivo fuerte, seguro y definitivo, que se logra exclusivamente con el contacto directo y la interrelación permanente durante los primeros meses de integración, ya que el niño o adolescente necesita asimilar y tener la seguridad de que éstos serán sus padres definitivos”*.

En su intervención trae a colación el Instituto que uno de los signos característicos de los niños, niñas y adolescentes que suelen ingresar en el Sistema de Restablecimiento de Derechos del ICBF, lo hacen, luego de que sus derechos constitucionales fundamentales han sido desconocidos de múltiples maneras. Estos niños, niñas y adolescentes han sido, por lo general, sometidos a maltratos, negligencia, abandono, explotación laboral o sexual por parte de sus cuidadores, de modo que suelen enfrentar dificultades psicológicas y de conducta que se traducen, por ejemplo, en *“ansiedad, depresión, agresividad, entre otras”*. Es por ello, que el modo de asegurar que el niño, la niña o los adolescentes elaboren estas dificultades *“aparte de la intervención terapéutica, es la de pertenecer y sentirse miembro de una familia idónea, la cual debe concentrarse en su hijo una vez lo recibe para lograr plena identidad e inclusión familiar; de lo contrario, el menor de edad se expone a generar apegos con las personas que deban asumir el cuidado temporal mientras sus padres trabajan, situación que profundiza la incertidumbre de los niños, niñas y adolescentes”*.

5.5.12. Puestas las cosas de la manera antes expuesta, considera la Sala que la situación de los sujetos sobre las cuales se proyecta la distinción trazada por el numeral 4º del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo no sólo es “equiparable”, “asimilable” o “semejante”, a la de los sujetos que se benefician con la licencia de maternidad sino que a la luz de los preceptos constitucionales y, en especial, bajo la óptica de lo establecido por los artículos 13, 42 y 44, el grupo de niños y niñas mayores de siete años y menores de 18 así como el conjunto de las mujeres trabajadoras –a las que se suman también los padres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente– que han decidido adoptar niños o niñas dentro de estos márgenes de edad, se encuentran en especial situación de indefensión y requieren de manera más urgente gozar de los beneficios derivados de la licencia de maternidad.

5.5.13. Como se sostuvo más arriba y lo enfatizó la Defensoría del Pueblo en su intervención, el artículo 13 superior al establecer que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, les fija a las autoridades legislativas una obligación consistente en no incurrir en ningún tipo de discriminación o distinción injustificada respecto de los destinatarios de la leyes, esto es, *“busca que el proceso de formación e las leyes esté exento de cualquier tipo de arbitrariedad que tenga como objetivo otorgar privilegios injustos o establecer perjuicios indebidos”*. Allí donde no existe motivo suficiente y justificado desde el punto de vista constitucional para permitir un trato desigual, entonces la Constitución obliga a conferir un trato igual. *Contrario sensu*, allí donde no se presenta razón suficiente y justificada desde la perspectiva constitucional para permitir un trato igual, entonces la Carta Política obliga a conferir un trato diferente⁷¹. En el asunto bajo examen resulta claro para la Corte que no hay razón suficiente, ni legítima constitucionalmente que permita establecer un trato diferente. En vista

⁷¹ Cita las siguientes sentencias: C-022 de 1996; C- 337 de 1997; T-230 de 1994; T-644 de 1998; C-171 de 2004.

de las constataciones hechas por la Sala hasta este lugar, no se considera necesario continuar con los siguientes pasos del juicio de igualdad.

5.6. Conclusión.

Los motivos expuestos en precedencia, llevan a la Sala a concluir que el criterio de edad utilizado por el Legislador para establecer la restricción contemplada en el numeral 4º del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo que priva a las mujeres trabajadoras –y a los padres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente– que adopten hijos o hijas mayores de siete y al grupo de niños, niñas y adolescentes mayores de siete años, de los beneficios que se desprenden de la licencia de maternidad, resulta contrario al mandato de igual trato establecido en el artículo 13 constitucional y desconoce igualmente el mandato consignado en el artículo 42 que ordena reconocerle a todos los hijos y a todas las hijas con independencia de la manera como hayan llegado a la familia los mismo derechos e imponerles las mismas obligación así como vulnera el mandato contemplado en el artículo 44 de la Carta Política que ordena conferirle protección prevalente a la niñez.

En suma, al limitar el Legislador el disfrute y pago de la licencia de maternidad en razón de la edad de los sujetos adoptables y privar de este beneficio, respectivamente, a las madres adoptantes de niños y niñas mayores de siete años –incluidos los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente– y a los niños y niña adoptables mayores de siete años, incurrió en una distinción que contradice principios y derechos constitucionales fundamentales y rebasó, con ello, el margen de configuración que le confiere la Carta Política.

Cabe resaltar en este lugar que el juicio de constitucionalidad se efectuó con sustento en los cargos elevados por la ciudadana demandante Carmiña Cantor García, lo que no excluye que, con posterioridad, se puedan plantear otros cargos. Por ese motivo y con fundamento en lo expuesto, la Sala Plena declarará inexecutable el segmento “*del menor de siete (7) años de edad*” contemplado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo tal y como este Código fue modificado por la Ley 50 de 1990, por los cargos analizados en la presente sentencia.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “*del menor de siete (7) años de edad*” contemplada en el artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo –modificado por la Ley 50 de 1990– por los cargos analizados en la presente sentencia.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria Genera