

LICENCIA REMUNERADA DE PATERNIDAD-Condicionamiento para su reconocimiento resultan discriminatorias y vulneran el principio de igualdad y el interés superior del menor/LICENCIA REMUNERADA DE PATERNIDAD-Reconocimiento comprende a todo padre con independencia del vínculo legal o jurídico con la madre y el tipo de filiación

EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Justificación/EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Procedencia para subsanar discriminación en el reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad

Si bien para el presente estudio de constitucionalidad la solución no puede ser la exclusión de las expresiones demandadas del ordenamiento jurídico, por cuanto la norma quedaría sin sujeto, con lo cual el precepto normativo perdería su sentido lógico, en este caso procede subsanar la discriminación que implica la limitación establecida por la norma, mediante unas declaratorias de exequibilidad condicionada, a través de las cuales se extienda el derecho a la licencia de paternidad a todos los padres, en condiciones de igualdad, e independientemente del vínculo legal o jurídico que tenga el padre con la madre; y así mismo, en favor de todos los hijos, independientemente de su filiación.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Estricto-Aplicación en regulación de la licencia de paternidad

En el presente caso en que el Legislador crea exclusiones al regular el derecho a la licencia de paternidad, por tratarse de un derecho fundamental, se debe adelantar el examen de la proporcionalidad de la medida legislativa, que debe ser estricto, encontrando la Corte que las expresiones demandadas conllevan una restricción o limitación injustificada que excluyen del reconocimiento de dicho derecho a los padres que sin ser esposos o compañeros permanentes, han decidido voluntariamente garantizar los derechos del hijo otorgándole dedicación, atención y cuidado, así dicha atención y cuidado no se presente dentro del entorno familiar biparental que brinda el matrimonio o la unión marital de hecho, no siendo necesaria la convivencia del padre con la madre, o la existencia de un vínculo legal o extralegal entre ellos para que los padre puedan ejercer su paternidad responsable.

NORMA QUE LIMITA EL RECONOCIMIENTO DE LA LICENCIA REMUNERADA DE PATERNIDAD-No supera test estricto de proporcionalidad

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL, NATURALEZA Y CARACTERISTICAS DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD-Reiteración de jurisprudencia

LICENCIA DE PATERNIDAD-Origen y justificación

LICENCIA REMUNERADA DE PATERNIDAD-Concepto/LICENCIA REMUNERADA DE PATERNIDAD-Naturaleza jurídica/LICENCIA REMUNERADA DE PATERNIDAD-Características

La licencia de paternidad es un descanso remunerado reconocido por el legislador como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño y especialmente el de recibir cuidado y amor. No ha sido concebido como un beneficio caprichoso, sino como un derecho que tiene la finalidad de garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales del menor a través de la asistencia, cuidado y amor que debe recibir por parte de su padre. Dicha licencia permite al padre, y en el interés superior de su hijo, comprometerse con su paternidad en un clima propicio para que el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional.

LICENCIA REMUNERADA DE PATERNIDAD-Beneficiarios

La licencia remunerada de paternidad opera en favor del padre que ha decidido responsablemente acompañar a su hijo en los primeros momentos de vida, resultando claro por los pronunciamientos de esta Corte, que dicha licencia también debe ser reconocida a los padres adoptantes independientemente de la edad del menor y de la relación de pareja legal o extralegal del padre adoptante.

LICENCIA DE PATERNIDAD-Derecho fundamental del padre

La Corte pone de relieve que el derecho a la licencia de paternidad constituye no solo un derecho derivado del interés superior del menor, sino también un derecho fundamental del padre, derivado del derecho a la familia y del derecho a la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad

LICENCIA DE PATERNIDAD-Requisitos consagrados en la Ley para su reconocimiento

La interpretación sistemática del párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, permite concluir que la única condición que impone la norma para el otorgamiento de la licencia de

paternidad es la acreditación de la condición de padre a través del registro civil de nacimiento del menor, de conformidad con el inciso 5º del párrafo 1º del art. 1º mencionado, y no exige por tanto demostrar la condición de cónyuge o compañero permanente de la madre, esto es, sin importar la condición o vínculo legal o jurídico del padre respecto de la madre.

LICENCIA REMUNERADA DE PATERNIDAD-Argumentos en que se ha sustentado su reconocimiento

Esta Corporación ha desarrollado el tema del reconocimiento de la licencia de paternidad consagrado en el artículo 236 del CST, esencialmente con base en los siguientes argumentos: (a) el interés superior del niño, que constituye un principio garantista, ya que su razón de ser, su esencia, es la plena satisfacción de los derechos de los menores, en el que una de las formas principales en que se garantiza este interés superior al recién nacido es la garantía del reconocimiento de la licencia de maternidad y paternidad, por cuanto con ello se le posibilita al menor el poder recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento. De esta manera, la licencia de paternidad permite al padre comprometerse con mayor fuerza en su paternidad bajo un clima adecuado para que la niña o el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional; (b) el derecho fundamental de los niños al cuidado y al amor que si bien tiene una directa e intrínseca con el principio del interés superior del niño, se encuentra primeramente a cargo de la familia y la sociedad, como también subsidiariamente del Estado, siendo los primeros obligados a dar protección y amor al niño sus padres; (c) el nuevo concepto de paternidad y el papel del padre en la garantía plena de los derechos del menor, que reconoce que si bien no existe un rol paterno único al cual todos los padres deben aspirar, resalta la importancia del hecho de que el padre se involucre activa, consciente y responsablemente en la crianza de sus hijos, brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, lo cual es fundamental para su desarrollo armónico e integral, como parte esencial de la garantía de los derechos del menor; (d) la especial naturaleza y características de la licencia de paternidad, sobre la cual, la jurisprudencia de esta Corte ha resaltado que este derecho constituye un desarrollo y una aplicación del principio del interés superior del menor, como también del derecho al amor y cuidado de los niños y niñas, mediante la implementación de un mecanismo legislativo que “garantiza al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la

atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad; (e) el reconocimiento de la licencia de paternidad igualmente a los padres adoptantes; y (f) la licencia de paternidad como derecho fundamental y subjetivo del padre.

PATERNIDAD-Significado en cuanto involucra la participación del padre en el cuidado y amor del hijo

DERECHOS DEL NIÑO-Protección integral

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Significado y alcance

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Función hermenéutica

CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Prevalencia de los derechos de los niños

ERROR DE TECNICA LEGISLATIVA-No constituye un problema de constitucionalidad

En la redacción del párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, en la expresión “del cónyuge o de la compañera”, la Corte evidencia que existe un error del Legislador en la redacción de la norma, específicamente en relación con la correcta utilización del artículo determinado para el género femenino, ya que el precepto se refiere a los hijos “del cónyuge”, cuando debería referirse a los hijos “de la” cónyuge, lo cual, aunque no constituye un problema de constitucionalidad, sí configura un yerro gramatical que afecta la semántica de la norma y configura una falla de técnica legislativa.

Referencia: expediente D-8846

Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo 1º inciso 1º (parcial) e inciso tercero del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011 “Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”

Actor: Jarol Estibens Echeverri Giraldo y otros

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil doce (2012)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241, numeral 4º de la Constitución, los ciudadanos demandantes solicitan a la Corte que declare la inexequibilidad del párrafo 1º inciso 1º (parcial) e inciso tercero del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011 “Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada según publicación en el Diario Oficial No. 48.116 del 30 de junio de 2011:

“LEY 1468 DE 2011

(junio 30)

Diario Oficial No. 48.116 de 30 de junio de 2011

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.

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 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.

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 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.

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con Parto Múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.

6. En caso de fallecimiento de la madre antes de terminar la licencia por maternidad, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

7. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el posparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

PARÁGRAFO 1o. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

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

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo.

PARÁGRAFO 2o. De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.

PARÁGRAFO 3o. Para efecto de la aplicación del numeral 5 del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad.”

(Se resaltan y subrayan las expresiones que se demandan)

III. LA DEMANDA

Los ciudadanos consideran que las expresiones demandadas del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, infringen los artículos 13, 43 y 44 de la CP los cuales hacen referencia a la igualdad, la equidad de género e interés superior del menor, con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Consideran que la norma acusada infringe el art. 13 de la CP al establecer una clasificación sospechosa, pues incluye la expresión “El esposo o compañero permanente” y “del cónyuge o de la compañera”, expresiones que a su juicio excluyen a aquellos padres que no cumplan con tal clasificación o condición.

Sostienen que establecer el anterior condicionamiento es sospechoso e innecesario, pues encuentran que para acceder a la licencia de paternidad solo es necesario el registro civil de nacimiento del menor, y que con tal acreditación del padre, se le debe reconocer de manera formal y legal su paternidad, y con ello adquiere las obligaciones y deberes que esa condición conlleva.

En este sentido, mencionan que las expresiones demandadas de la Ley 1468 de 2011, dan a entender que los hijos concebidos fuera de una unión marital no tienen derecho a gozar de los beneficios de la licencia de paternidad, ni a que se les brinde el cuidado que necesita el menor, por lo que consideran que “el legislador especula y cree que dichos padres no están dispuestos a brindarle amor y cuidado a sus hijos”, razón por la cual encuentran que con las

expresiones acusadas se discrimina a los padres que no tienen una unión marital de hecho o legal, y de contera, se discrimina a los menores nacidos por fuera de la unión de sus padres.

3. Observan que la posibilidad del padre de contar con una licencia de paternidad, para brindarle al menor el amor y cuidados en sus primeros días de vida, contribuye a la igualdad de género plasmada en el art. 43 de la CP, la cual se vulnera cuando se discrimina el otorgamiento de la licencia de paternidad a los padres que no tienen una condición de unión legal o de hecho. Evidencian por tanto, que existe un desequilibrio entre el padre y la madre, ya que la madre, a pesar de no contar con esa misma condición, sí puede disfrutar de su licencia de maternidad, mientras que el padre se ve limitado a la condición impuesta por el Legislador de manera desproporcionada e innecesaria.

Mencionan que en sentencia C-273 de 2003, la Corte definió la licencia de paternidad como “un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompañe y cuide al hijo, garantizándole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y amor”, de manera que la jurisprudencia constitucional solo incluye la palabra “padre” y no habla de condición alguna, con lo cual evita caer en discriminaciones o clasificaciones sospechosas, por lo cual concluyen que “todo padre” tiene derecho a la licencia de paternidad. Señalan que en la misma sentencia la Corte se pronuncia sobre los fines y la importancia de la licencia de paternidad para brindarle al menor el amor y cuidado de sus padres, con el fin de garantizar la efectiva igualdad de género contemplada en el art. 43 de la CP.

4. En conclusión, solicitan a la Corte que declare (i) la inexequibilidad de la expresión “el esposo o compañero permanente” contenida en el inciso 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011; (ii) inexequible la expresión “del cónyuge o de la compañera” del inciso tercero del mismo artículo; y (iii) se condicione la aplicación del inciso primero del artículo en mención, en el entendido que el padre tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Trabajo

El Ministerio de Trabajo intervino a través de apoderado judicial para solicitar a la Corte se

inhiba de proferir un fallo de fondo en relacion con las expresiones demandadas de la Ley 1468 de 2011, con base en las siguientes consideraciones:

(i) Aduce que el Legislador determinó la licencia de paternidad para el esposo o compañero permanente, teniendo en cuenta el contexto de un hogar en convivencia con la esposa o compañera e hijos, por lo que la licencia y disfrute de la misma se da dentro de este marco. Considera que la no inclusión del padre que no convive con el hijo recién nacido y con la madre de éste, es entendible por cuanto en el derecho civil colombiano, se presume la convivencia y el hogar estable entre quienes detentan la calidad de esposos o compañeros permanentes.

(ii) Solicita a la Corte abstenerse de conocer el contenido de la demanda, porque el actor pretende que por vía de declaratoria de inconstitucionalidad de las expresiones demandadas se incluya dentro del alcance normativo a quienes son padres pero no tienen cónyuge o compañera permanente, lo cual a su entender “agrega a la norma un ingrediente normativo que en su originalidad no contiene, dando lugar a una proposición jurídica inexistente sobre la cual resulta imposible que se adelante un juicio de constitucionalidad”.

(iii) Menciona que en Sentencia C-1054 de 2004, la Corte evidenció que cuando se demanda la constitucionalidad de una norma, el cargo debe ser de naturaleza objetiva frente a la norma demandada y al texto constitucional, por lo que encuentra inviable que se adelante un estudio de constitucionalidad respecto de las consideraciones subjetivas de los actores, quienes se apoyan en la jurisprudencia de la Corte aplicada a otros enunciados normativos de la norma demandada.

Así mismo, considera que la argumentación de los actores no es suficiente para sustentar adecuada y fehacientemente en dónde radica la supuesta violación constitucional de la norma. A su juicio, esta deficiencia argumentativa permite solicitarle a la Corte que se inhiba de proferir un fallo de fondo.

2. Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– intervino dentro del proceso de la referencia a través de apoderado judicial, para solicitar a la Corte que se declare la constitucionalidad condicionada de las expresiones demandadas. Para fundamentar lo

anterior, expuso los siguientes argumentos:

(i) Afirma que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Indica que en la norma demandada se evidencia una discriminación para los hijos procreados fuera de una unión legal o extralegal, ya que estos niños tienen el derecho a recibir la misma protección del Estado, sea cual sea la situación legal de sus padres. Sostiene que el vínculo que haya entre padre y madre no determina o varía la manera en que se debe cumplir con la obligación respecto del hijo. Por tanto, con base en lo consignado en los artículos 44 y 13 de la CP, concluye que no es viable la expedición de norma alguna que contraría estos derechos fundamentales.

(ii) En el mismo sentido, sostiene que los hijos cuentan con igualdad de derechos sin importar la categorización que se les dé, por lo que se evidencia que los padres tienen las mismas obligaciones respecto a sus hijos, sean legítimos, extramatrimoniales o adoptivos (art. 250 inciso 2º del Código Civil). Afirma que, con el nacimiento de un niño, los padres adquieren un compromiso constitucional y legal de cuidarlo, protegerlo y satisfacer sus necesidades sin distinción alguna.

(iii) Encuentra que en el Código de la Infancia y Adolescencia y en el Código Penal no hay referencia de la condición que deban tener los padres para asumir sus responsabilidades con respecto a sus hijos. Por su parte, señala que la Corte Constitucional ha manifestado en su jurisprudencia que los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos (Sentencia C-273 de 2003), y que el interés superior del menor y la protección que requieren se encuentra por encima de la relación legal o extra legal que tengan sus padres.

En este sentido, sostiene que el derecho fundamental de los niños al cuidado y amor es dado en primera instancia por sus padres, por lo que la ley no puede privar al menor de la presencia de su padre, por razón de que el padre no esté casado o no tenga una convivencia con la madre del niño.

(iv) De otra parte, considera que la declaratoria de inexequibilidad simple de las expresiones acusadas implicaría la supresión del sujeto pasivo de la norma, con lo que perdería su

sentido lógico, por lo que encuentra necesario que la Corte declare la constitucionalidad condicionada de los segmentos normativos acusados, en el entendido que la garantía ampara al padre sin importar el vínculo que tenga con la madre.

(v) Adicionalmente, resalta el error gramatical del texto legal cuando dice “nacidos del cónyuge o compañera”, ya que la condición biológica femenina obligaba a decir “de la cónyuge o compañera”, lo cual se debe aclarar en la norma.

(vi) Con fundamento en lo anterior, solicita a la Corte que declare una constitucionalidad condicionada de la norma, “en el entendido de que para todos los efectos se entenderá que la licencia de paternidad cubre al padre, sin importar el vínculo legal que tenga con la madre. Esto sin perjuicio de la necesidad de precisar la impropia expresión “nacidos del cónyuge”.”

3. Intervención de la universidad de Ibagué

La universidad de Ibagué intervino dentro del presente proceso de constitucionalidad para solicitar a la Corte que las expresiones acusadas sean declaradas inexecutable, con base en los siguientes argumentos:

(i) Evidencia que en la norma demandada hay una discriminación de los padres que no tengan una relación legal o extralegal con la madre del niño, ya que éstos deben demostrar la condición de compañero o cónyuge de la misma, dejando de lado su condición de padre. Con esta exclusión se está vulnerando el artículo 13 de la CP, que establece el derecho a la igualdad de todas las personas sin discriminación alguna.

(ii) Encuentra así mismo, que la norma es contradictoria, ya que en el inciso 3º del párrafo 1º del art. 1º, se establece como único requisito para otorgar la licencia de paternidad presentar el registro civil de nacimiento del menor, y no se solicita demostrar su condición de cónyuge o compañero permanente de la madre. De este modo, indica que con el registro se demuestra únicamente la condición de padre del menor, sin importar la condición o vínculo legal del padre respecto de la madre.

(iii) Afirma que el objetivo primordial de la licencia de paternidad es que el menor tenga derecho de recibir en sus primeros días de vida el amor y cuidado de su padre, por lo que excluir y discriminar a los padres que no tengan la calidad de cónyuge o compañero

permanente, priva al menor recién nacido del derecho antes mencionado y se discrimina al niño, con lo que se transgrede el artículo 44 de la CP.

(iv) Con base en lo expuesto, solicita a la Corte que las expresiones acusadas sean declaradas inexecutable, por cuanto violan el principio constitucional a la igualdad establecido en el art. 13 de la CP, y que se condicione la aplicación de la norma en su integridad en beneficio del padre del menor, sin otro condicionamiento diferente a que se demuestre la condición de padre.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, el señor Procurador General de la Nación, mediante concepto 5294 del 26 de enero de 2012, solicitó a la Corte declarar executable las expresiones demandadas en el artículo 1o, parágrafo 1o inciso 1o (parcial), e inciso 3o de la Ley 1468 de 2011.

(i) Sostiene que la licencia de paternidad es una prerrogativa establecida para garantizar los derechos fundamentales de las niñas y los niños recién nacidos, como son el derecho a una familia, el derecho al amor y el derecho al cuidado (art 44 CP), entre otros. Por lo tanto, encuentra que tanto la licencia de maternidad, como la de paternidad, no están encaminadas a cobijar las expectativas, deseos o derechos de los progenitores. Así mismo, señala que estos derechos no solo se tienen en los primeros días de vida de los niños y niñas, sino que se deben extender hasta que cumplan la mayoría de edad, los cuales se garantizan no solo con la licencia de paternidad, sino con muchos otros instrumentos jurídicos y de política pública.

(ii) Precisa que la familia no nace del hecho de la paternidad, sino de la decisión libre de la unión de un hombre y una mujer legal o extralegalmente constituida. Observa que, cuando la madre convive con un esposo o compañero permanente que no es el padre biológico del niño o la niña, haría prácticamente imposible la convivencia del padre biológico con el recién nacido en ese mismo tiempo. Por lo tanto, a juicio de la Vista Fiscal conceder la licencia a este padre, beneficia al progenitor y no al menor, por cuanto esta licencia no podría garantizar que padre e hijo pudieran “estar juntos los días siguientes al nacimiento del menor” como constitucionalmente se pretende.

(iii) De otra parte, la Vista Fiscal encuentra que “en la norma demandada el legislador omitió injustificadamente incluir al padre del menor de edad que, aun conviviendo con su madre y con el mismo, no ha adquirido todavía esa condición o estado civil” que se exige en la norma, por ello encuentra necesaria una sentencia integradora en ese sentido.

(iv) Con base en lo expuesto, el Ministerio Público solicitó a la Corte una declaratoria de exequibilidad condicionada de las expresiones contenidas en el párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, “bajo el entendido de que la licencia de paternidad remunerada también cobija al padre que convive con la madre y el recién nacido pero que no ostenta la condición de cónyuge o compañero permanente de la madre”.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia de la Corte

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las expresiones acusadas hacen parte de una ley, en este caso, de la Ley 1468 de 2011.

2. Asunto bajo revisión

2.1 La demanda considera que las expresiones acusadas del párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, al conceder la licencia de paternidad solo a los esposos, cónyuges o compañeros permanentes, y por tanto, al excluir a los padres que no tengan tal condición, son expresiones discriminatorias que infringen los artículos 13, 43 y 44 de la CP, los cuales consagran los derechos a la igualdad, a la equidad de género y el interés superior del menor.

2.2 En su intervención, el Ministerio de Trabajo solicitó a la Corte inhibirse de proferir un fallo de fondo en relación con las expresiones demandadas, al considerar que los cargos carecen de certeza, pertinencia y suficiencia, y por tanto, se configura ineptitud sustantiva de la demanda.

Por su parte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar solicitó a la Corte la declaratoria de exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas, en el entendido de que para

todos los efectos se entenderá que la licencia de paternidad cobija al padre, sin importar el vínculo legal que tenga con la madre.

En el mismo sentido, la Universidad de Ibagué solicitó a la Corte que las expresiones acusadas sean declaradas inexecutable, por ser violatorias del derecho a la igualdad -art. 13 de la CP-, y que se condicione la aplicación de la norma en su integridad en beneficio del padre del menor, sin otro condicionamiento diferente a que se demuestre la condición de padre.

2.3 El Ministerio Público, en su concepto de rigor, solicitó a la Corte declarar una declaratoria de exequibilidad condicionada de las expresiones contenidas en el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, “bajo el entendido de que la licencia de paternidad remunerada también cobija al padre que convive con la madre y el recién nacido pero que no ostenta la condición de cónyuge o compañero permanente de la madre”.

3. Problema jurídico y esquema de resolución

3.2 Para resolver este problema, la Corte (i) reiterará su jurisprudencia en relación con el fundamento constitucional, la naturaleza y las características del derecho a la licencia de paternidad; para con fundamento en ello, (ii) analizar la constitucionalidad de las expresiones demandadas.

4. El fundamento constitucional, la naturaleza y las características de la licencia de paternidad

4.1 La licencia de paternidad, derecho que hace parte de la garantía de la protección integral de los menores, encuentra su fundamento constitucional en múltiples normas de la Carta Política, tales como el artículo 1º sobre dignidad humana, el artículo 5º que reconoce los derechos inalienables, el artículo 11 acerca del derecho a la vida, el artículo 42 que contiene el concepto de familia, el artículo 43 relativo a la equidad de género, el artículo 44 contentivo de los derechos fundamentales de los niños, el artículo 48 que consagra el derecho a la seguridad social, el artículo 49 respecto del derecho a la salud, y el artículo 50 que consagra el derecho a la salud de menores de un año; todos los cuales ostentan la naturaleza de derechos fundamentales y de aplicación reforzada cuando sus titulares son menores de edad.

Por tanto, la institución de la licencia de paternidad hace parte de un sistema general de principios y garantías establecidos para la protección de los niños, como derechos fundamentales y prevalentes, los cuales no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual. Especial relevancia reviste el artículo 44 Superior, en donde se consagran los derechos fundamentales de los niños, se les reconoce el carácter de fundamentales y prevalentes, y en donde se les garantiza no solo los derechos generales de todas las personas, de conformidad con otras disposiciones constitucionales, sino los derechos especiales para los menores.

Este sistema de principios y derechos para los niños, se funda en el reconocimiento de su condición de sujetos de especial protección constitucional con derechos de carácter fundamental y prevalente, de manera que los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos.¹

4.2 Por su parte, la Corte se ha pronunciado de manera reiterada y pacífica en relación con el sustento constitucional y la naturaleza de la licencia de paternidad, especialmente en lo que se refiere al alcance normativo del hoy nuevamente demandado artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

(i) Especial importancia reviste para el presente estudio de constitucionalidad la sentencia C-273 de 20032, en donde la Corte tuvo la oportunidad de referirse a las expresiones “La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia” contenidas en el artículo 1º de la Ley 755 de 2002, modificatoria del artículo 236 del CST, en donde se presentaron cargos análogos a los que ahora nuevamente se presentan, relativos a la violación del derecho a la igualdad, consagrada en el artículo 13 CP, y del artículo 44 CP, que consagra los derechos de los menores. En esa sentencia, la Corte concluyó que si la teleología de la licencia de paternidad era la de hacer efectivo el interés superior del niño o la niña a recibir el cuidado y el amor de manera plena por parte de su padre, el requisito de la convivencia, y más aún, por dos años, que exigía el inciso impugnado, no resultaba razonable, pues, independientemente de que se dieran o no esas circunstancias, al recién nacido no se le podía privar del derecho fundamental al amor y cuidado de su progenitor. Por lo anterior, decidió declarar inexecutable las expresiones “solo”, “permanente” y “En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia”, del inciso tercero del artículo 1º de la

Ley 755 de 2002, y exequible el resto del segmento normativo del inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002.

(ii) En la Sentencia C-152 de 20033 la Corte examinó la constitucionalidad de la expresión “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS”, contenida en el inciso 5° del artículo 1 ° de la Ley 755 de 2002, por el cargo de violación del derecho a la igualdad, encontrando la expresión acusada exequible por dicho cargo.

(iii) Mediante la Sentencia C-174 de 20094 la Corte conoció de una expresión contenida en el inciso 10 del artículo 1º de la Ley 755 de 2002, que modificó el párrafo del artículo 236 del CST, según la cual el esposo o compañero permanente tendría derecho a “cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre”. Esta expresión fue acusada de violar el derecho a la igualdad y los cargos de la demanda se fundaban en la diferencia del término de la licencia de paternidad del hombre cuya esposa o compañera permanente no cotizara al Sistema General de Seguridad Social en Salud, respecto de aquél cuya esposa o compañera permanente sí cotizara, lo cual se acusaba como discriminatorio y violatorio del artículo 44 de la Constitución Política. A este respecto, la Corte recordó que si bien el Legislador tenía una potestad de configuración en materia de seguridad social, la misma no era absoluta, por cuanto estaba limitada por los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política, y por consiguiente encontró que la medida era discriminatoria.

(iv) Finalmente, en la Sentencia C-663 de 20095, la Corte conoció nuevamente de un aparte del artículo 1º de la Ley 755 de 2002 por la cual se modifica el párrafo del artículo 236 del CST, según el cual “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”. En esa sentencia, la Corte reiteró los criterios y las reglas jurisprudenciales ya sentados por esta Corporación en relación con la licencia de paternidad, y con base en ello, concluyó la inexequibilidad de la expresión “cien (100)” contenida en el inciso 5° del artículo 1° de la Ley 755 de 2002, así como la exequibilidad condicionada de la expresión “para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al

reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”, “en el entendido que para el reconocimiento de la licencia de paternidad, la EPS respectiva sólo podrá exigir el número de semanas de cotización correspondientes al período de gestación, en los términos en que se reconoce la licencia de maternidad”.

4.3 En todos estos pronunciamientos, la Corte ha desarrollado el fundamento y alcance normativo constitucional de la institución de la licencia de paternidad, con fundamento en los argumentos y consideraciones que a continuación se sintetizan:

(i) La jurisprudencia ha realizado un recuento de (a) de la evolución de la licencia de paternidad en el derecho comparado, cuya figura tuvo su origen en la OIT, en la Recomendación 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares e instituyó la licencia parental, y en el Convenio 156 de 1981 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares; (b) del reconocimiento de la licencia de paternidad y su aplicación gradual en los países miembros de la OIT; y (c) de la doctrina de la protección integral de los menores, plasmada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en otros documentos internacionales de derechos humanos⁶.

(ii) Esta Corporación ha desarrollado el tema del reconocimiento de la licencia de paternidad consagrado en el artículo 236 del CST, esencialmente con base en los siguientes argumentos: (a) el interés superior del niño; (b) el derecho fundamental de los niños al cuidado y al amor; (c) el nuevo concepto de paternidad y el papel del padre en la garantía plena de los derechos del menor; (d) la especial naturaleza y características de la licencia de paternidad; (e) el reconocimiento de la licencia de paternidad igualmente a los padres adoptantes; y (f) la licencia de paternidad como derecho fundamental y subjetivo del padre.⁷

(iii) En relación con el principio del interés superior del menor, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el alcance normativo del artículo 44 Superior, el cual dispone que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Igualmente, ha puesto de relieve que este principio se encuentra consagrado en el numeral 1° del artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, en virtud del cual “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”⁸. Así mismo, este principio se

encuentra en otros instrumentos internacionales, como la declaración de Ginebra de 1924, la cual estableció el imperativo de darle a los niños lo mejor, con frases como “los niños primero”, y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y su posterior incorporación en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).

Acerca de este principio, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el carácter garantista de dicho principio, el cual se expresa a través de la plena garantía de los derechos de los menores. A este respecto, este Tribunal ha afirmado que “[e]l interés superior del niño constituye entonces un principio garantista, ya que su razón de ser, su esencia, es la plena satisfacción de los derechos de los menores. En este sentido resulta claro que el contenido del principio son los propios derechos de los niños, y por ello en este caso puede decirse que interés y derecho se identifican”⁹

La Corte ha resaltado, que una de las formas principales en que se garantiza este interés superior al recién nacido es la garantía del reconocimiento de la licencia de maternidad y paternidad, por cuanto con ello se le posibilita al menor el poder recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento. De esta manera, la licencia de paternidad permite al padre comprometerse con mayor fuerza en su paternidad bajo un clima adecuado para que la niña o el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional.¹⁰

En este sentido, el principio del interés superior del niño tiene una relevancia especial para la determinación de las relaciones parentales, ya que este principio “está llamado a orientar los derechos y responsabilidades de los padres en la crianza y educación del hijo y el deber del Estado de garantizarlos y apoyarlos.”¹¹

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha expresado sobre este principio que su plena satisfacción constituye un imperativo constitucional a través de la garantía de todos los derechos fundamentales del menor. Así mismo, ha insistido en que este principio cumple un importante papel hermenéutico, pues permite resolver eventuales conflictos de derechos en favor de los menores y llenar vacíos legales en la toma de decisiones políticas, administrativas o judiciales, de forma que siempre se adopte “aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos de los niños que sea posible y la menor restricción de

los mismos, no sólo considerando el número de derechos afectados sino también su importancia relativa.”¹²

(iv) Acerca del derecho del menor al cuidado y amor, consagrado en el artículo 44 de la Carta Política, la jurisprudencia constitucional ha expresado que éste se encuentra en relación directa e intrínseca con el principio del interés superior del niño y que se encuentra primeramente a cargo de la familia y la sociedad, como también subsidiariamente del Estado, a quien corresponde el deber de asistir y proteger a los menores y, de manera principal, auspiciar el cuidado y amor hacia los infantes mediante diferentes mecanismos y estrategias que propicien el desarrollo integral de los menores.¹³ En este sentido, los primeros obligados a dar protección y amor al niño son sus padres, de manera que todo niño tiene derecho a ser tratado con amor por parte de sus padres.¹⁴

A este respecto, la Corte ha sostenido que “de acuerdo con la Constitución, el derecho fundamental de los niños al cuidado y amor, debe ser prodigado por la familia, en primer lugar, y por la sociedad, correspondiéndole también al Estado la tarea de asistirlos y protegerlos así como estimular tales conductas y apoyar su cumplimiento mediante la adopción de mecanismos legales y la ejecución de políticas orientadas hacia su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”.¹⁵

El derecho al cuidado y al amor se deriva de la especial condición de vulnerabilidad del menor, de su estado de inmadurez física y mental del niño, circunstancias que obligan a una adecuada protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Este derecho encuentra su fundamento no solo en la Constitución, sino en distintos instrumentos internacionales, especialmente en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, en la cual se han establecido claros compromisos para los Estados en relación con el derecho al cuidado y al amor, los cuales han sido reseñados ampliamente por la jurisprudencia de esta Corporación.¹⁶

(v) La protección constitucional reforzada del menor implica una protección complementaria para los niños, niñas y adolescentes, de manera que, además de las normas que consagran derechos especiales que les son directamente aplicables, los menores son beneficiarios de todos aquellos preceptos que de manera general se aplican a todas las personas. Este

principio de protección se encuentra en armonía y se deriva del principio del interés superior del niño, reconocido en el artículo 44 de la Constitución Política.¹⁷

En este sentido, la Corte ha resaltado la importancia del hecho de que el padre se involucre activa, consciente y responsablemente en la crianza de sus hijos, brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, lo cual es fundamental para su desarrollo armónico e integral, como parte esencial de la garantía de los derechos del menor, de conformidad con los artículos 42 y 44 de la Constitución.¹⁹

(vii) En cuanto a la naturaleza y características del derecho a la licencia de paternidad remunerada, la jurisprudencia de esta Corte ha resaltado que este derecho constituye un desarrollo y una aplicación del principio del interés superior del menor, como también del derecho al amor y cuidado de los niños y niñas, mediante la implementación de un mecanismo legislativo que, como corolario del artículo 44 superior, “garantiza al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad”.²⁰

En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que el establecimiento del derecho a la licencia remunerada de paternidad ha obedecido “a la necesidad de hacer prevalecer el interés superior del niño dotándolo de un mecanismo legal orientado a hacer realidad el mandato del artículo 44 Superior en cuanto pretende garantizarle su derecho fundamental al cuidado y amor especialmente en los primeros días de su existencia”. ²¹ (Resalta la Sala) Igualmente, ha sostenido que es claro que la licencia de paternidad no ha sido concebida “como un premio o una gracia que se concede al trabajador por el simple hecho de la paternidad o para que se dedique a celebrar la llegada del hijo, sino como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño y especialmente el de recibir cuidado y amor.”²² (Énfasis de la Sala) Así las cosas, el periodo que el Legislador concede como licencia remunerada de paternidad, no ha sido concebido como un beneficio caprichoso, sino como un derecho que tiene la finalidad de garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales del menor a través de la asistencia, cuidado y amor que debe recibir el menor por parte de su padre.²³

(viii) La licencia de paternidad ha sido reconocida jurídicamente a nivel internacional por parte de la OIT, así como a nivel interno por parte de normas como el artículo 236 del CST, que ha sido modificado en varias oportunidades, por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, el artículo 1º de la Ley 755 de 2002, y el artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, que ahora se demanda. Sobre la consagración legal de la licencia de paternidad, la jurisprudencia constitucional ha recordado que la intención del Legislador al crear y regular este derecho ha sido la de “permitir al recién nacido el ejercicio de sus derechos fundamentales y especialmente el de recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento. Dicha licencia permite al padre, y en el interés superior de su hijo, comprometerse con su paternidad en un clima propicio para que el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional”.²⁴

En consecuencia, la licencia remunerada de paternidad consagrada legalmente opera en favor del padre que ha decidido responsablemente acompañar a su hijo en los primeros momentos de vida, ya que lo que se busca es proteger el interés superior del niño, de manera que conlleva una responsabilidad para el padre de acompañar y cuidar al hijo, brindándole la ayuda y el apoyo necesarios en los días posteriores a su nacimiento. La jurisprudencia de esta Corporación ha recordado a este respecto, que a nivel interno, la consagración de la licencia de paternidad obedeció a “la necesidad de hacer prevalecer el interés superior del niño dotándolo de un mecanismo legal orientado a hacer realidad el mandato del artículo 44 Superior en cuanto pretende garantizarle su derecho fundamental al cuidado y amor especialmente en los primeros días de su existencia, permitiéndole en esos días, no solo la compañía permanente de la madre sino también la del padre, para su desarrollo armónico e integral”.²⁵

Concluyó la Corte que el objetivo del Legislador respecto de este derecho consiste en que, “compartiendo el padre con el hijo ése tiempo tan preciado, se atienda su interés superior, permitiéndole iniciar su formación de una manera sólida para fortalecer los vínculos paterno-filiales, pues de esta manera se garantiza su desarrollo armónico e integral y se asume de manera significativa la responsabilidad de la paternidad”²⁶.

(ix) De otra parte, los pronunciamientos de esta Corte han sido claros igualmente al exponer

que la licencia de paternidad debe ser reconocida y aplicada también para los padres adoptantes independientemente de la edad del menor. En este sentido, mediante la Sentencia C-543 de 201027, esta Corporación se manifestó en relación con la declaratoria de inconstitucionalidad de la edad como criterio restrictivo para que a los adoptantes de infantes y adolescentes mayores de 7 años, se les reconozca y pague la licencia de maternidad o de paternidad. En dicho pronunciamiento, la Corte consideró que excluir del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a las personas adoptantes mayores de siete años –incluidos los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente–, y a los adoptables mayores de siete años, desconoce el mandato de igual trato del artículo 13 constitucional, así como el mandato del artículo 42 Superior, que ordena el reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones a todos los hijos de la familia y el interés superior de la niñez del artículo 44 CP. Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta, que el grupo de adoptables mayores de siete (7) años requiere de mayor acompañamiento y protección en su proceso de integración en su nuevo hogar. Ahora bien, no obstante que en dicho pronunciamiento la Corte se refirió al caso de los padres adoptantes sin esposa o compañera permanente, las consideraciones vertidas en esa oportunidad, son extensivas al reconocimiento de la licencia de paternidad a todos los padres adoptantes e hijos adoptivos, independientemente de la edad del menor y de la relación de pareja legal o extralegal del padre adoptante.

En punto a este tema, esta Corporación reitera los argumentos relativos a: (a) la equiparación del parto a la adopción, con el fin de proteger los derechos de los niños y niñas que han sido adoptados, razón por la cual no es admisible que se prive del goce de un conjunto de prestaciones encaminadas a asegurar la integración de la nueva familia en condiciones de calidad y de dignidad, independientemente de la edad del menor; (b) la igual relevancia del tiempo inicial de integración familiar, tanto para los procesos de parto como para los procesos de adopción independientemente de la edad del menor; (c) la especial importancia que merecen las adopciones, las cuales requieren un mayor compromiso y acompañamiento durante el periodo de adaptación e integración a un nuevo núcleo familiar, teniendo en cuenta las situaciones, en su mayoría difíciles para los menores, que preceden a la adopción; (d) los intereses superiores de los menores y el carácter amplio con que la jurisprudencia constitucional ha interpretado el concepto de infancia y adolescencia.²⁸

(x) Finalmente, la Corte pone de relieve que el derecho a la licencia de paternidad constituye

no solo un derecho derivado del interés superior del menor, sino también un derecho fundamental del padre, derivado del derecho a la familia -art.42 CP-, y del derecho a la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad -art.16 CP-.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado que no solo los derechos de los niños y el interés superior del menor fundamentan el derecho a la licencia de paternidad, sino que ésta constituye también un derecho fundamental del padre.²⁹ Así, ha encontrado que este derecho se deriva de la conformación de una familia, protegida por el artículo 42 Superior, en donde se afirma que “el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”. De este precepto Superior se deriva entonces para la Corte “la obligación en que está el legislador de propiciar las circunstancias para que los trabajadores hombres puedan conciliar el trabajo y la vida familiar, mediante el reconocimiento de un breve período alrededor de la fecha del nacimiento de sus hijos(as). Adicionalmente, la protección a la familia también implica, en virtud del principio de solidaridad, el derecho – deber que se radica en cabeza del padre, de asistir a su hijo(a) recién nacido en los primeros momentos de su vida, y la madre durante el parto y en el período inmediatamente siguiente, cuando ella es vulnerable y merece especial cuidado por parte suya, del Estado, los empleadores y la sociedad³⁰”. Así las cosas, esta Corporación ha relacionado directamente tanto el derecho a la maternidad como el derecho a la paternidad, con la protección que el Estado debe dar a la familia.³¹

En consecuencia, la Corte ha concluido que el derecho a la licencia de paternidad es un derecho subjetivo del padre, desarrollo del derecho constitucional de conformar una familia y de protección de la misma, de conformidad con los artículos 42, 43 y 44 Superiores. A este respecto, ha sostenido que “el derecho a la licencia de paternidad, en relación con el padre, es un derecho subjetivo, que constituye un desarrollo del derecho constitucional a fundar una familia, y que tiene como fin cumplir la obligación estatal de dar protección a la misma, a la maternidad y a los menores, impuesta por los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución Política. Como esa obligación, además, corresponde al Estado, la determinación del legislador de prever una licencia de paternidad constituye una concreción de la obligación constitucional de adopción de medidas impuesta por los mismos artículos.” ³²

De otra parte, el derecho a la licencia de paternidad se encuentra íntimamente articulado con el principio fundante de la dignidad humana -art.1 CP- y con el derecho a la libertad,

autonomía y libre desarrollo de la personalidad –art.16 CP-. Así, de un lado, este derecho aparece relacionado con la dignidad humana, que es un principio fundante del Estado colombiano -art.1 CP-, en la medida en que el reconocimiento de la licencia de paternidad a todo padre, presupone la idea misma del padre como persona jurídica y moral, sujeto de derechos, esto es, como ser humano digno, libre e igual, que tiene un valor inherente a su condición de persona, el cual es inajenable e intransferible, razón por la cual constituye siempre un fin valioso en sí mismo. Este reconocimiento impide la consagración de normas discriminatorias o devaluadoras de la personalidad moral y jurídica, y promueve la libertad y los derechos fundamentales de la persona humana en el desarrollo de sus diferentes elementos, aspectos y ámbitos, así como el desempeño de sus diferentes roles en la familia y en la sociedad, uno de cuyos más importantes es el de la paternidad.

Igualmente, la Constitución consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP) que, como constituye la consagración constitucional de la libertad y autonomía de la persona humana, de manera que como ya lo ha destacado esta Corporación, no es más que la formulación de la libertad in nuce, pues establece el principio de autonomía de las personas, en cuanto a que “es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo”²⁴. Por tanto, el principio de autonomía implica el derecho irrenunciable de cada persona, de conformidad con su concepto de lo bueno y siguiendo su propio ideal de perfección humana, de poder diseñar e implementar un plan de vida propio, dentro de la órbita de su libertad moral y jurídica, y atendiendo únicamente a los límites que le imponen la libertad y los derechos de los demás. Ahora bien, un elemento esencial de todo ser humano para desarrollarse como persona digna, libre e igual, es la posibilidad de relacionarse con otros seres humanos, de conformar una familia, y de reproducirse, procrear o concebir hijos, así como de adoptar. Por tanto, una regulación legal que imponga una restricción al reconocimiento de la licencia de paternidad a todos los padres por igual, sin una justificación constitucionalmente válida, constituye una vulneración al libre desarrollo de la personalidad, derecho fundamental de rango constitucional.

Todo lo anterior muestra que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como expresión primigenia de la dignidad humana, no puede tener una consagración meramente formal, sino que tiene que tener un sustento en la realidad fáctica y jurídica de las relaciones humanas a fin de que se respete la igual dignidad de todos los seres humanos, en cuanto

sujetos morales, y su derecho a estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad y expresarla a través de la implementación de su propio proyecto de vida en las distintas facetas, que incluye de manera palmaria la paternidad.

Con fundamento en las anteriores consideraciones que establecen las normas constitucionales, y las reglas y criterios jurisprudenciales más importantes en relación con la licencia de paternidad, pasa la Corte a analizar las expresiones demandadas del párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011.

5. Análisis de constitucionalidad de las expresiones demandadas

5.1 El artículo 1º de la Ley 1468 de 2011 modifica el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en el cual se regula lo relativo al descanso remunerado en la época del parto o licencia de maternidad. El párrafo 1º de ese mismo artículo, que se demanda parcialmente en esta oportunidad, consagra en su inciso primero que la trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. En su inciso segundo, establece que el esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad, siendo la expresión “esposo o compañero permanente” contenida en este inciso la que ahora se demanda. El inciso cuarto determina que la licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos “del cónyuge o de la compañera”, siendo estas últimas expresiones las que se acusan en esta ocasión como inconstitucionales.

5.2 La Sala reitera aquí las reglas y criterios jurisprudenciales en relación con el fundamento constitucional, naturaleza y características de la licencia remunerada de paternidad, que son relevantes para el presente estudio de constitucionalidad³⁴:

(i) El derecho a la licencia de paternidad hace parte de un sistema de principios y derechos relativos a la garantía de la protección integral de los menores, y encuentra fundamento constitucional en los artículos 1º, 5, 11, 42, 43, 44, 48, 49 y 50 que consagran la dignidad humana, el reconocimiento de los derechos inalienables, el derecho a la vida, el concepto de familia, la equidad de género, los derechos fundamentales de los niños, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, y específicamente el derecho a la salud de menores de un año, respectivamente, todos los cuales ostentan la naturaleza de fundamental y de aplicación reforzada cuando sus titulares son menores de edad.

(iii) En armonía con lo anterior, la finalidad de la licencia de paternidad es la de garantizar el interés superior del menor y el pleno goce efectivo de sus derechos, especialmente del derecho al cuidado y al amor de todos los niños y niñas por igual, el cual ha sido ampliamente reconocido, tanto por el derecho como por la jurisprudencia nacional e internacional.

(iv) La figura jurídica de la licencia de paternidad se funda en un nuevo concepto de paternidad, en el cual se pone de relieve la transcendental importancia de la presencia y del papel activo, consciente, responsable, participativo y permanente del padre, como fundamental para el desarrollo sano e integral del menor.

(v) La licencia de paternidad constituye igualmente un derecho fundamental del padre que se basa en el derecho a conformar una familia y en la especial protección que el Estado le debe brindar a la familia -art.42 CP-, así como en el principio de dignidad humana -art.1º CP-, y en la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad -art.16 CP-.

(vi) La licencia de paternidad opera igualmente para el padre adoptivo, independientemente de la edad del menor adoptado.

(vii) Cuando el Legislador genera o crea exclusiones al regular el derecho a la licencia de paternidad, por tratarse de un derecho fundamental, se debe adelantar el examen de la proporcionalidad de la medida legislativa, que debe ser estricto³⁵.

5.3 Con fundamento en lo anterior, la Corte encuentra que las expresiones demandadas, “El esposo o compañero permanente” tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad”, y “La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos “del cónyuge o de la compañera”, contenidas en el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, efectivamente vulneran los artículos 13, 43 y 44 de la Constitución Política. En efecto, tal y como lo alegan los demandantes, estas expresiones conllevan una restricción o limitación injustificada, al reconocer la licencia de paternidad solo para los padres que tengan la calidad de esposos, cónyuges o compañeros permanentes, excluyendo de dicho reconocimiento a los padres que no ostenten tal condición jurídica o legal, lo cual termina vulnerando el derecho a la igualdad -art.13 CP-, la equidad de género -art.43-, y los

derechos de los niños y niñas y el interés superior del menor –art.44 CP-.

5.3.1 Lo anterior, por cuanto la Corte evidencia que estas expresiones, al disponer que el derecho de licencia remunerada de paternidad opera solo para los esposos o cónyuges o para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera, deja por fuera o excluye del reconocimiento de dicho derecho a los padres que sin ser esposos o compañeros permanentes, han decidido voluntariamente garantizar los derechos del hijo otorgándole dedicación, atención y cuidado, así dicha atención y cuidado no se presente dentro del entorno familiar biparental que brinda el matrimonio o la unión marital de hecho. En este sentido, la Sala encuentra que no es requisito necesario la convivencia del padre con la madre, o la existencia de un vínculo legal o extralegal entre ellos, para que los padres puedan ejercer su paternidad responsable.

En el caso bajo análisis, se ha establecido que la licencia de paternidad regulada por el artículo 236 del CST, modificado por el artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, que ahora se demanda, fue instituida por el Legislador con el propósito fundamental de satisfacer el interés superior del niño a recibir el cuidado y amor del padre en los primeros momentos de vida (art. 44 de la CP), como un factor que se considera necesario y determinante en el desarrollo armónico e integral del menor.

En cuanto al interés superior del menor, es de recordar que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que este interés superior del menor se expresa en el derecho fundamental al cuidado y al amor del recién nacido, que es el objetivo primordial de la licencia de paternidad, esto es, que el menor tenga y pueda recibir en sus primeros días de vida el amor y cuidado por parte de su padre. Por esta razón, encuentra la Corte que excluir y discriminar a los padres que no tengan la calidad de esposos, cónyuges o compañeros permanentes, priva al menor recién nacido de este derecho fundamental, independientemente de la relación, convivencia o vínculo que tenga con su madre, y que por tanto, esta regulación consagra un contenido normativo que se encuentra en contravía del interés superior del menor, de la plena garantía de los derechos fundamentales de los niños y niñas, y transgrede los artículos 43, 44 y 13 Superiores.

En armonía con lo anterior, la Sala colige que el precepto demandado, al establecer que la

licencia de paternidad opera solo por los hijos de la cónyuge o compañera permanente, consagra una discriminación para los hijos procreados fuera del matrimonio o de la unión marital de hecho, ya que todos los niños, sin discriminación alguna, tienen los mismos derechos fundamentales y deben recibir la misma protección por parte del Estado, sea cual sea la situación legal de sus padres, y sea cual fuere su filiación. Por tanto, la condición de hijos de la cónyuge o compañera permanente, no debe constituir una limitante para el goce efectivo de sus derechos fundamentales, y del derecho a recibir el cuidado y amor necesarios en sus primeros días de vida, independientemente de la convivencia o del vínculo legal o jurídico que exista entre padre y madre, o de la filiación del menor, ya que ello no determina la obligación y responsabilidad que tiene el padre para con su hijo. De esta manera, la norma, tal y como se encuentra consagrada, implica una afectación de los artículos 13, 43 y 44 de la CP.

En punto a este tema, es necesario recordar aquí que, desde el punto de vista constitucional, todos los hijos menores cuentan con plena igualdad de derechos, sin que sea posible entrar a realizar categorizaciones entre ellos, razón por la cual se les debe garantizar todos los derechos fundamentales por igual. También es de recabar, que todos los padres tienen las mismas obligaciones y responsabilidades respecto de sus hijos, sean éstos nacidos de la cónyuge, de la compañera permanente, de una madre con la cual no convivan o no tengan vínculo legal o jurídico alguno, o sean éstos adoptivos -art. 250 inciso 2º del Código Civil-. De esta manera, para la Corte es claro que con el nacimiento de un niño los padres adquieren un compromiso constitucional y legal de cuidarlo, protegerlo y satisfacer sus necesidades sin distinción alguna. Igualmente, es de mencionar que ni el Código de la Infancia y Adolescencia, ni el Código Penal, hacen referencia alguna a la condición que deban tener los padres para asumir sus responsabilidades con respecto a sus hijos.

5.3.2 Adicionalmente, la Sala encuentra que de una interpretación sistemática con el resto del párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, se concluye que la única condición que impone la norma para el otorgamiento de la licencia de paternidad es la acreditación de la condición de padre a través del registro civil de nacimiento del menor, de conformidad con el inciso 5º del párrafo 1º del art. 1º mencionado. De esta manera, se observa que la misma norma establece solamente como requisito para otorgar la licencia de paternidad el

presentar el registro civil de nacimiento del menor, y no exige por tanto demostrar la condición de cónyuge o compañero permanente de la madre. De este modo, de una interpretación sistemática la Sala colige que el único requisito que exige la norma para el otorgamiento de la licencia de paternidad es el registro civil de nacimiento, esto es, la acreditación de la condición de padre del menor, sin importar la condición o vínculo legal o jurídico del padre respecto de la madre.

5.3.3 Siendo pues el derecho fundamental al cuidado y al amor, y la efectividad del interés superior del menor, los objetivos esenciales de la licencia de paternidad, entonces, la determinación consignada en el párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, bajo análisis, consistente en limitar la procedencia de la licencia de paternidad para los esposos o compañeros permanentes, o para los hijos de la cónyuge o compañera permanente, no resulta razonable ni proporcionada a la luz de las normas constitucionales –artículos 1º, 13, 43, 44- y los parámetros y criterios de la jurisprudencia constitucional que han determinado el alcance normativo de la licencia de paternidad, que se han expuesto en esta providencia.

En punto a este tema, la Sala pone una vez más de relieve, que el interés superior del menor y la efectividad del derecho del recién nacido al cuidado y amor del padre se debe llevar a cabo de manera prevalente, “aún por encima del vínculo legal o relación del padre con la madre, esto es, de la calidad de esposos de los padres, de compañeros permanentes, o de la convivencia efectiva entre los padres del menor”, tema que ya fue dilucidado y esclarecido por esta Corte en anterior oportunidad –sentencia C-273 de 2003-, y que así mismo, este derecho debe operar para todos los hijos, y no solo para los hijos de la esposa o compañera permanente, con el fin de hacer realmente efectivo los derechos fundamentales de los niños, el interés superior del menor y el derecho al cuidado y al amor del menor –art.44 Superior-, así como para reconocer y garantizar este derecho fundamental del padre, fundado no solo en el derecho a la conformación de una familia –art.42 CP-, sino en el derecho a la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad –art.16 Superior-.

Así las cosas, la Sala reitera su jurisprudencia en el sentido de que “si la teleología de la licencia de paternidad es la de hacer efectivo el interés superior del niño a recibir el cuidado y al amor de manera plena por parte de su padre, propiciando de esta forma un ambiente benéfico para el desarrollo integral del mismo, el requisito del matrimonio para que exista la

calidad de esposo o de cónyuge, o el requisito de la convivencia por un tiempo determinado para que exista la calidad de compañeros permanentes, no resulta razonable, como quiera que, independientemente que se den o no estas circunstancias, al recién nacido no se le puede privar del derecho fundamental al amor y cuidado de su padre”. 36

De conformidad con lo anterior, constata la Sala que no existe justificación razonable para que la norma no reconozca como beneficiario de la licencia de paternidad al padre que no sea esposo o compañero permanente de la madre, que no conviva al momento del nacimiento de su hijo con la madre, o que se excluya a los hijos que no sean de la cónyuge o compañera permanente, ya que la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido que “es incuestionable que no mediando estos eventos el niño también tiene derecho a la cercanía y cuidados de su progenitor, pues el hecho de la convivencia entre los padres no puede ser oponible al interés superior del recién nacido a recibir el cuidado y amor por parte de su padre”.37 (Resalta la Sala)

5.3.4 En este orden de ideas, la Corte evidencia que las expresiones acusadas no superan tampoco el test estricto de razonabilidad y proporcionalidad, ya que estas disposiciones no cumplen con los requisitos de (i) responder a una finalidad constitucionalmente legítima, (ii) ser medidas adecuadas y necesarias para la consecución de dicha finalidad constitucional, y (iii) ser proporcionales en sentido estricto.

(i) Así, las expresiones acusadas no cumplen cabalmente las finalidades constitucionales imperativas consagradas en el artículo 44 Superior, que sirven de fundamento a la licencia de paternidad y que hacen referencia a la garantía de los derechos fundamentales de los niños y niñas, a la protección de todos los niños y niñas por igual, y al derecho al cuidado y al amor de todos los menores, especialmente de los recién nacidos, finalidades a través de las cuales se hace efectivo el interés superior del menor, ya que deja sin protección a los padres e hijos que no cumplen con las condiciones exigidas por la norma acusada. Adicionalmente, estas expresiones no cumplen con la finalidad constitucional de garantizar plenamente el derecho fundamental de todos los padres responsables a la licencia de paternidad, con base en el principio de dignidad humana -art.1 CP-, y los derechos a la conformación de una familia -42 CP- y al libre desarrollo de la personalidad -art.16 CP-. Lo anterior, por cuanto los enunciados objetados constitucionalmente imponen limitaciones y restricciones al reconocimiento igualitario del derecho fundamental a la licencia de paternidad, la cual solo

se reconoce a los padres que tengan la condición de esposos o compañeros permanentes de la madre, y opera solo para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente, restricción que a juicio de la Corte, no sólo no cumple plenamente con las finalidades constitucionales mencionadas, sino que las contraría, al privar del beneficio de la licencia de paternidad a aquellos padres e hijos que no satisfacen los requisitos impuestos por la norma, vulnerando con ello las finalidades constitucionales consagradas en el derecho a la igualdad de padres e hijos -art.13 CP-, los derechos fundamentales de los menores, especialmente el derecho al cuidado y al amor, y el interés superior del menor -art.44-; y el derecho fundamental del padre a la licencia remunerada con fundamento en la dignidad humana -art.1 CP-, la protección de la familia -art.42 CP-, y el libre desarrollo de la personalidad -art.16 CP-.

(ii) En concordancia con la premisa anterior, las expresiones demandadas tampoco cumplen con los requisitos de adecuación y necesidad respecto de las finalidades constitucionales mencionadas, ya que no constituyen medidas idóneas ni necesarias para garantizar de manera plena e igualitaria los derechos fundamentales de los niños y niñas, el derecho al cuidado y al amor de los menores recién nacidos, y garantizar el interés superior del menor -art.44 Superior-, en razón a que excluyen del reconocimiento de la licencia de paternidad a los padres que no ostenten la calidad de esposos o compañeros permanentes de la madre, y del beneficio buscado con este derecho a los menores que no sean hijos de la cónyuge o compañera permanente; lo cual no solo no es adecuado, ni necesario a la consecución de las finalidades constitucionales que sirven de fundamento a la licencia de paternidad, sino que las contrarían claramente, vulnerando especialmente el derecho a la igualdad de padres e hijos -art.13 CP-, los derechos fundamentales de todos los niños y niñas por igual, especialmente el derecho al cuidado y al amor -art.44 CP-, la equidad de género -art.43 CP-, y el derecho fundamental del padre a la licencia de paternidad con fundamento en los artículos 1º, 16 y 42 de la Carta Política.

(iii) Finalmente, las expresiones demandadas no cumplen con la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, ya que afectan de manera grave el derecho fundamental de los menores recién nacidos al cuidado y al amor -art.44 CP-, el cual se concretiza a través de la licencia de paternidad, así como el derecho fundamental del padre al reconocimiento de esta licencia remunerada, con fundamento en los artículos 42 y 16 CP, al no reconocer este derecho a todos los padres responsables por igual para la asistencia,

cuidado y amor que deben brindarle a sus hijos en sus primeros días de vida, independientemente del vínculo o relación legal o jurídica que tengan con la madre, y al no reconocer a todos los hijos por igual el derecho al cuidado y al amor que se busca proteger a través del beneficio de la licencia de paternidad. Por el contrario, en criterio de la Corte, los segmentos normativos acusados tienen el alcance de restringir desproporcionadamente el acceso al disfrute de la licencia de paternidad, pues, ciertamente, sólo cuando el padre cumpla con el requisito de ser esposo o compañero permanente, o cuando se trate de hijos de la cónyuge o compañera permanente, operará la licencia de paternidad, de manera que solo en estos casos los padres podrán acceder a este derecho fundamental y los hijos podrán beneficiarse de ello, lo cual supone igualmente una restricción que afecta de manera irrazonable, injustificada y desproporcionada varios derechos fundamentales, tales como la igualdad -art.13 CP-, los derechos fundamentales de los menores, especialmente el derecho al cuidado y al amor -art.44 CP, y el derecho fundamental en cabeza del padre a la licencia remunerada de paternidad con base en los artículos 1º, 16 y 42 CP.

(iv) En síntesis, concluye la Sala que las expresiones demandadas no cumplen ni con las finalidades constitucionales que sirven de sustento al derecho fundamental a la licencia de paternidad, relativas a los derechos fundamentales de los menores, el interés superior del menor y el goce efectivo del derecho al cuidado y al amor del menor -art.44 CP-, ni con la garantía del derecho fundamental en cabeza del progenitor a la licencia remunerada de paternidad con base en los artículos 42 y 16 Superior; ni constituyen medidas adecuadas, ni necesarias para cumplir con estas finalidades constitucionales; y que resultan desproporcionadas al afectar de manera seria y grave estos mismos derechos fundamentales.

5.3.5 Así las cosas, a juicio de la Corte, deben prosperar las razones de la demanda y de algunos intervinientes, en cuanto ponen de relieve que las expresiones acusadas solamente permiten que los niños y niñas recién nacidos(as) hijos de la cónyuge o compañera permanente o de padres trabajadores que tengan la calidad de esposos o compañeros permanentes, puedan disfrutar de la presencia de su padre durante los días inmediatamente siguientes a su nacimiento, lo cual afecta los derechos fundamentales de los menores -art.44 Superior- y el derecho a la igualdad -art.13 CP-.

De esta manera, la Sala insiste en que dado que la licencia de paternidad se orienta a

satisfacer el derecho al cuidado y al amor a que tienen derecho todos los niños y niñas, según ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional e internacional, evidentemente las expresiones demandadas implican una limitación, privación o negación de un derecho catalogado como de rango fundamental, a ciertos padres e hijos, cual es el derecho igualitario de todos los niños y niñas recién nacidos(as) a recibir cuidado y amor en los primeros días de su existencia, así como una restricción inconstitucional del derecho fundamental del padre y del menor a gozar, en condiciones de igualdad, de los beneficios derivados de la licencia de paternidad. Además, estas expresiones contienen un desconocimiento que afecta derechos en cabeza de sujetos de especial protección, como lo son los bebés recién nacidos, por su evidente condición de debilidad manifiesta.

Por tanto, a juicio de la Corte, la limitación que implica la norma para el goce del derecho fundamental a la licencia de paternidad, se funda en razones sospechosas desde el punto de vista constitucional, al distinguir entre padres que tengan la calidad de esposos o compañeros permanentes, y los padres que no ostentan tal calidad, y entre hijos nacidos de la cónyuge o compañera permanente, e hijos que no tienen esa condición. Para la Sala, estos criterios de clasificación pueden calificarse de sospechosos, en razón de que hacen depender la efectividad de un derecho fundamental en beneficio de sujetos de especial protección, como lo son los niños y niñas recién nacidos(as), de que el padre tenga la calidad legal o jurídica de esposo o compañero permanente de la madre, o de que los recién nacidos sean hijos de la cónyuge o compañera permanente del padre, excluyendo de este beneficio y discriminando a una gran cantidad de menores que no son hijos de la cónyuge o compañera permanente del padre, o a los padres que no tienen la calidad de esposos o compañeros permanentes, lo cual resulta a todas luces violatorio del derecho a la igualdad de hijos y padres -art.13 CP-, del derecho a los derechos fundamentales de los niños y niñas, del derecho al cuidado y al amor, y del interés superior del menor -art. 44 CP-, de la equidad de género -art.43 CP-, y del derecho fundamental de los padres a la licencia remunerada para asistir a sus hijos durante los primeros días de vida, que encuentra fundamento en el principio de dignidad -art.1 CP-, y en los derechos a la conformación de una familia -art.42 CP-, y en el libre desarrollo de la personalidad -art.16 CP-.

5.3.6 En síntesis, la Corte evidencia que efectivamente las expresiones acusadas tienen el efecto de permitir que, dentro del universo de los niños y niñas, sólo un grupo de ellos pueda ejercer el derecho a ser atendido por sus padres en el momento de nacer y en los días

inmediatamente subsiguientes. Por tanto, a juicio de la Sala, estas expresiones efectivamente implican una restricción al derecho a la igualdad –art.13-, y al derecho fundamental a recibir ayuda y amor, en cabeza de estos menores recién nacidos –art.44-, y por tanto no responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que la justifiquen constitucionalmente. Adicionalmente, la Sala reitera que el derecho a la licencia de paternidad no solo es un derecho que se deriva del interés superior del menor y del derecho al cuidado y al amor –art.44 Superior-, sino que es un derecho fundamental del padre, que se fundamenta en la dignidad humana –art.1 CP-, en el derecho a la conformación de una familia –art.42 CP-, y en el derecho a la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad –art.16 CP-.

5.4 Conclusiones

Con fundamento en lo expuesto, ha de concluirse que las expresiones “El esposo o compañero permanente” y “del cónyuge o de la compañera”, contenidas en el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011,” son contrarias al Estatuto Superior, especialmente a los artículos 13, 43 y 44 de la Carta, que consagran los derechos fundamentales de los niños al cuidado y amor, el derecho a la igualdad y la equidad de género. Lo anterior, por cuanto las expresiones acusadas del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011 no superan el test estricto de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que estas disposiciones no cumplen con los requisitos de (i) responder a una finalidad constitucionalmente legítima, (ii) ser medidas adecuadas y necesarias para la consecución de dicha finalidad constitucional y (iii) ser proporcionales en sentido estricto.

Adicionalmente, en relación con la expresión “del cónyuge o de la compañera”, la Corte evidencia que existe un error del Legislador en la redacción de la norma, específicamente en relación con la correcta utilización del artículo determinado para el género femenino, ya que el precepto se refiere a los hijos “del cónyuge”, cuando debería referirse a los hijos “de la” cónyuge, lo cual, aunque no constituye un problema de constitucionalidad, sí configura un error gramatical que afecta la semántica de la norma y configura una falla de técnica legislativa.

Así las cosas, esta Sala concuerda con las intervenciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de la Universidad de Ibagué, en cuanto a que las expresiones

demandadas, tal y como se encuentran redactadas, constituyen una limitación al reconocimiento a la licencia remunerada de paternidad, solo para aquellos padres que sean esposos, cónyuges o compañeros permanentes, y por tanto excluye el reconocimiento de este derecho a los padres que no tengan dichos vínculos de derecho o de hecho con la madre del menor, por cuanto estas exclusiones resultan violatorias del principio de igualdad –art.13 CP-, de la equidad de género –art.43 CP-, y de los derechos fundamentales de los menores y del interés superior del menor –art. 44 de la Carta-.

Igualmente, la Corte coincide con esas intervenciones y con el concepto del Procurador, en cuanto a que la solución para el presente estudio de constitucionalidad no puede ser la exclusión de las expresiones demandadas del ordenamiento jurídico, por cuanto la norma quedaría sin sujeto, con lo cual el precepto normativo perdería su sentido lógico. Para la Corte, lo que procede en este caso, es subsanar la discriminación que implica la limitación establecida por la norma, mediante unas declaratorias de exequibilidad condicionada, a través de las cuales se extienda el derecho a la licencia de paternidad a todos los padres, en condiciones de igualdad, e independientemente del vínculo legal o jurídico que tenga el padre con la madre; y así mismo, en favor de todos los hijos, independientemente de su filiación.

Por consiguiente, la Sala declarará la exequibilidad condicionada de la expresión “El esposo o compañero permanente” en el sentido de entender que estas expresiones se refieren al padre, independientemente de su condición de esposo, cónyuge o compañero permanente, esto es, atendiendo solo a la acreditación de su paternidad e independientemente de su vínculo legal o jurídico con la madre del menor. Así mismo, declarará la exequibilidad condicionada de la expresión “del cónyuge o de la compañera” en el entendido de que la licencia de paternidad opera para todos los hijos por igual, independientemente de su filiación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR EXEQUIBLE la expresión “El esposo o compañero permanente”, contenida en el párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, en el entendido de que estas expresiones se refieren a los padres en condiciones de igualdad, independientemente de su vínculo legal o jurídico con la madre.

SEGUNDO.- DECLARAR EXEQUIBLE la expresión “del cónyuge o de la compañera”, contenida en el párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, en el entendido de que la licencia de paternidad opera por los hijos en condiciones de igualdad, independientemente de su filiación.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

Con salvamento de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

ADRIANA MARIA GUILLEN ARANGO

Magistrada (E)

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado ponente

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-383/12

Magistrado Ponente:

Luis Ernesto Vargas Silva

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de esta Corporación, en esta oportunidad me permito salvar el voto, con fundamento en lo siguiente:

En mí concepto, las normas demandadas tienen una finalidad constitucionalmente legítima, razonable y proporcional, en el sentido de reconocer un derecho al cónyuge o compañero permanente de la madre recién parida a gozar de un descanso remunerado que le permita asistir al recién nacido y colaborar con las labores que demanda el cuidado y atención de sus primeros días de vida. Considero que el condicionamiento impuesto a la disposición legal objeto de análisis de constitucionalidad, modifica el propósito inicial concebido por el Legislador a la hora de otorgar el reconocimiento especial a esas personas que cumplen con los deberes propios de un padre.

En ese orden de ideas, si la intención del Legislador hubiese sido la de otorgar el beneficio de la licencia remunerada solo por el hecho de la paternidad, éste no se hubiese referido a las categorías “esposo” o “compañero permanente” o “al hijo de la cónyuge” o “compañera permanente”, sino que simplemente hubiese establecido la licencia de paternidad para todos los padres, independientemente, y sin avizorar la condición de esposo o compañero permanente de la madre.

De este modo, comparto lo manifestado por los representantes del Ministerio del Trabajo y del Ministerio Público, intervinientes en el presente proceso de constitucionalidad, en el sentido de que el Legislador estableció la licencia de paternidad para el esposo o compañero permanente, teniendo en cuenta el contexto de un hogar en el cual conviven con la esposa o compañera e hijos, por lo que, consecuentemente, la licencia y el disfrute de la misma se da dentro de dicho marco y a manera de protección de la estabilidad de la familia y de la salvaguarda del menor recién nacido.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 Sentencia C-273 de 2003.

2 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

3 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

5 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

6 Ver sentencia C-273 de 2003 y C-174 de 2009.

7 Ver las Sentencias C-273 de 2003, C-174 de 2009 y C-663 de 2009.

8 La evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño. Así en la Declaración de Ginebra de 1924 se estableció el imperativo de darle a los niños lo mejor, con frases como “los niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y su posterior incorporación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

9 Sentencia C-273 de 2003.

10 Ver Sentencia C-273 de 2003 y sentencia C-174 de 2009.

11 Sentencia C-273 de 2003.

13 Ver Sentencia C-273 de 2003 y C-174 de 2009.

14 Sentencia T-339 de 1994 y C-273 de 2003.

15 Sentencia C-273 de 2003.

16 Ver Sentencias C-273 de 2003 y C-174 de 2009.

17 Consultar la Sentencia C-174 de 2009.

18 Ver Sentencia C-273 de 2003.

19 Al respecto se puede consultar la Sentencia C-174 de 2009.

20 Ibidem.

21 Sentencia C-273 de 2003.

22 Ibidem.

23 Sentencia C-174 de 2009.

24 Sentencia C-273 de 2003.

25 Sentencia C-273 de 2003.

26 Ibidem.

27 En esta sentencia la Corte resolvió declarar inexecutable la expresión “del menor de siete (7) años de edad” contemplada en el artículo 236 del CST.

28 Ver también la Sentencia T-172 de 2011, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

29 Ver Sentencia C-663 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

30 Sentencia T-865 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy cabra.

31 Ibidem.

32 Sentencia C-663 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

24 Sentencia C-221 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

34 Ver conclusiones similares en la Sentencia C-663 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

35 Consultar la Sentencia C-174 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

37 Ibidem.

{p}