

**Licencia De Maternidad Y Paternidad, Conceptos Distintos Con Fines
Homogéneos: Un Análisis De Su Regulación En El Ordenamiento Jurídico Colombiano**

Johan, R. Bohórquez Pulido

Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Tunja, Colombia

2022

Resumen

En la presente monografía se analizará la evolución histórica normativa de la licencia de paternidad en el ordenamiento jurídico Colombiano desde el punto de vista constitucional y jurisprudencial; posteriormente, se determinará la naturaleza jurídica de la licencia en mención desde el punto de vista de los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Además, se efectuará un estudio de fondo por la presunta vulneración al derecho de igualdad iniciando con un análisis por medio de cuadros comparativos de las situaciones fácticas y jurídicas de los sujetos acreedores de la licencia de paternidad y maternidad, posterior a ello y teniendo en cuenta la medida adoptada por el legislador frente al otorgamiento del tiempo de licencia de paternidad esta será sometida a un test de proporcionalidad y un juicio de razonabilidad en relación a la Ley 2114 del 2021 *"Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo, y se dictan otras disposiciones"*. Por último, se hará referencia a la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia en relación a los derechos y deberes que tienen los padres respecto al tiempo de la licencia de paternidad.

Palabras clave: paternidad, maternidad, igualdad, familia, derecho fundamental, parental.

Abstract

In this monograph, the normative historical evolution of paternity leave in the Colombian legal system will be analyzed from the constitutional and jurisprudential point of view; subsequently, the legal nature of the license in question will be determined from the point of view of the pronouncements of the Constitutional Court. In addition, an in-depth study will be carried out for the alleged violation of the right to equality, beginning with an analysis through comparative tables of the factual and legal situations of the creditors of paternity and maternity leave, after that and taking into account The measure adopted by the legislator against the granting of paternity leave time will be subjected to a proportionality test and a reasonableness judgment to proceed with the study in relation to Law 2114 of 2021 "Through the which extends paternity leave, creates shared parental leave, flexible part-time parental leave, modifies article 236 and adds article 241A of the Substantive Labor Code, and enacts other provisions." reference will be made to the prevalence of the rights of children and adolescents taking into account the doctrine and jurisprudence in relation to the rights and duties that parents have regarding the time of paternity leave.

Key words: paternity, maternity, equality, family, fundamental right, parental

Tabla de Contenido

Introducción	5
Planteamiento Del Problema	8
Formulación Del Problema	9
Objetivos General y Específicos	9
Objetivos General	9
Objetivos Específicos	9
Hipótesis	10
Justificación	10
Metodología	11
Evolución De La Licencia De Paternidad En El Marco Constitucional Y Legal Colombiano	12
Naturaleza Jurídica De La Licencia De Paternidad Desde La Jurisprudencia De La Corte Constitucional	17
Análisis Del Derecho De Igualdad En Relación A La Licencia De Paternidad	22
Cuadro Comparativo De Derechos En El Ordenamiento Jurídico Colombiano De Los Sujetos Beneficiarios De Las Prestaciones De Licencia De Paternidad Y Licencia De Maternidad	25
Cuadro Comparativo De Situación Fáctica Entre Los Sujetos Beneficiarios De Las Prestaciones De Licencia De Paternidad Y Licencia De Maternidad	32
Test De Proporcionalidad Y Juicio De Razonabilidad	39
Prevalencia De Los Derechos De Los Niños, Niñas y Adolescentes En Relación A La Licencia De Paternidad	49
Conclusiones	60
Referencias	62

Introducción

Existen diversos instrumentos internacionales como Pactos, Convenios o Tratados los cuales a lo largo del tiempo han venido resaltando la importancia del concepto de familia y la responsabilidad que tiene cada Estado de regular y legislar sobre los derechos fundamentales de los niños, niñas, adolescentes promoviendo el interés superior del menor, la igualdad entre hombres y mujeres y la importancia de la figura paterna.

De igual forma, es preciso mencionar que diferentes entes como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre otros, han reconocido la relevancia de la licencia de paternidad y maternidad en relación al bienestar del menor, generando con ello, que se promueva la lactancia materna, el cuidado, amor, crianza, atención al niño, entre otras acciones que ayudan a que los derechos del menor no se vean limitados y es por ello, que el ámbito familiar y laboral deben generar un equilibrio que le permita tanto al padre como a la madre en iguales condiciones disfrutar del tiempo para crear vínculos afectivos con sus hijos tal como lo mencionó el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2016): “La combinación correcta de políticas puede ayudar a garantizar altas tasas de participación femenina en la fuerza laboral y trabajadores motivados y satisfechos con un buen equilibrio entre el trabajo y la vida.”

En Colombia y con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 el concepto de familia ha tenido una gran evolución a nivel jurisprudencial y legal pues se considera como el núcleo fundamental de la sociedad y es por ello, que el legislador le ha venido otorgando a los integrantes de la familia garantías que permitan el goce pleno de sus derechos y obligaciones con el fin que estos no sean vulnerados dentro del núcleo familiar.

En ese orden de ideas, la legislación laboral crea beneficios al padre y a la madre para que puedan equilibrar su entorno familiar y laboral por medio de la asignación de un tiempo remunerado denominado licencia de maternidad y paternidad respectivamente esto con el fin

de que los padres de familia cuenten con el tiempo óptimo para el cuidado, crianza, amor y educación hacia sus hijos los cuales requieren de especial atención. Al respecto la

Organización Internacional del Trabajo (2014) argumento que:

La maternidad, la paternidad y las responsabilidades familiares deben pasar a ser un elemento normal de la dinámica empresarial. Para reducir las penalizaciones que entraña ser trabajador(a) y tener responsabilidades familiares cabría poner al alcance de todos los trabajadores opciones de conciliación de la vida laboral y personal, como el trabajo a tiempo parcial de calidad, o disposiciones en relación con el trabajo flexible, que favorezcan a todos los/las integrantes de la fuerza de trabajo.

Por lo anterior y teniendo en cuenta todos los convenios, tratados y pactos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad el cual ha sido definido por la jurisprudencia como “(...) aquella unidad jurídica compuesta “por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (...)” (Corte Constitucional, 2016), el legislador en Colombia ha expedido diversas leyes como la Ley 50 de 1990, Ley 755 de 2002, Ley 1822 de 2017 y finalmente, la Ley 2114 del 2021, las cuales le han otorgado a la madre un tiempo prudencial para el cuidado de sus hijos, sin embargo, la licencia de paternidad no ha tenido una mayor evolución legislativa en comparación con la licencia de maternidad, pues actualmente el padre goza de dos semanas y la madre de dieciocho semanas.

En consecuencia, el tiempo de licencia remunerada de paternidad se encuentra muy desproporcionado en comparación al tiempo de licencia remunerada de maternidad, es por ello, que se pretende realizar un análisis jurisprudencial con el fin de determinar si existe una posible discriminación que obedezca a un criterio sospechoso que vulnere no sólo los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes sino los derechos del padre y de la madre.

Ahora, con el fin de esquematizar este proyecto investigativo se estructuró en cuatro capítulos comenzando por el primer capítulo, titulado *Evolución De La Licencia De Paternidad En El Marco Constitucional Y Legal Colombiano* en el cual se hizo un recuento de las normas jurídicas que el legislador expidió a través de los años en relación a la licencia de paternidad y maternidad en Colombia y sus diferentes opiniones respecto a cada una de ellas para finalmente llegar a la Ley 2114 del 2021, la cual es la normatividad que actualmente se encuentra vigente.

En el segundo capítulo, titulado *Naturaleza Jurídica De La Licencia De Paternidad Desde La Jurisprudencia De La Corte Constitucional* se efectuará un análisis de la jurisprudencia específicamente de la Corte Constitucional quien en sus sentencias ha explicado la naturaleza jurídica de la licencia de paternidad, ítem de gran relevancia teniendo en cuenta que sirve como base para el estudio de la misma.

En el tercer capítulo, titulado *Análisis Del Derecho De Igualdad En Relación A La Licencia De Paternidad* se encontrara primero, el análisis de la licencia de paternidad y maternidad por medio de dos cuadros comparativos, siendo el primero en relación a los derechos a los cuales los sujetos son beneficiarios tomando como base la normatividad actualmente vigente en Colombia y el segundo, respecto a las situaciones fácticas del padre y madre siendo biológicos o adoptantes y por ende, se verificara si existe o no una posible vulneración al derecho de igualdad por razón de sexo o género; segundo, se traerá a colación pronunciamientos de entes internacionales como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto al tiempo optimo que deben tener las licencias de paternidad y maternidad para que la salud de los menores no se vea en riesgo, sometiendo así la medida adoptada por el legislador a un análisis por medio de un test de proporcionalidad y juicio de razonabilidad.

En el cuarto capítulo, titulado *Prevalencia De Los Derechos De Los Niños, Niñas y Adolescentes En Relación A La Licencia De Paternidad* se evidencian referencias tanto de la

normatividad superior como pronunciamientos de la Corte Constitucional y de instrumentos internacionales respecto a la importancia del reconocimiento de la licencia de paternidad para el adecuado desarrollo de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Planteamiento Del Problema

Actualmente y de conformidad con la legislación vigente, las madres son acreedoras de dieciocho (18) semanas por concepto de licencia de maternidad y los padres tienen derecho a dos (2) semanas de licencia de paternidad. Ahora bien, el tiempo correspondiente a estas licencias, se otorga por parte del legislador con el fin de garantizar la adecuada atención y cuidado del recién nacido; sin embargo, se evidencia que el tiempo asignado a los padres se encuentra limitado y desproporcionado.

De igual forma, es de referir que a pesar que la Ley 2114 del 2021 aumento una semana más la licencia de paternidad, esta medida resulta desproporcionada y vulnera los derechos de los padres al ejercicio de la paternidad de manera igualitaria, y los derechos de los menores quienes hoy con esta medida se les niega la posibilidad de recibir amor y cuidado de sus progenitores en igualdad de condiciones, sin que medie una razón suficiente que dé a entender de qué forma esto fomenta el interés superior de los niños niñas y adolescentes, lo anterior no produce el efecto jurídico que se espera mediante el aumento a dos semanas de licencia de paternidad que generó esta ley con el fin de que los padres tengan un papel más activo en el cuidado de los hijos.

Ahora bien, si el estado garantiza un tiempo de licencia de maternidad y paternidad en condiciones de igualdad sin desmejorar los derechos de las madres y se aumenta el tiempo de la licencia de paternidad con el fin de garantizarlo en la misma proporción que se le otorga a una madre adoptante en la licencia de maternidad, tendría las siguientes ventajas i) la no vulneración a los derechos de los padres en relación al ejercicio a la paternidad en igualdad de condiciones , ii) mayor incentivo para la participación activa de los padres en el cuidado de la madre, del menor y en general, con las obligaciones derivadas de la paternidad y la

conformación del hogar; iii) se reduciría la desigualdad entre hombres y mujeres generando un hito histórico en la lucha contra la discriminación por razón de sexo o género iv) beneficia la salud física mental y emocional de la familia v) disminuirían los actos discriminatorios en el ámbito laboral vi) Protección real del estado al derecho fundamental que tienen todos los niños, niñas y adolescentes de recibir cuidado y amor mediante la compañía de ambos padres en igualdad de condiciones sin ningún tipo de distinción injustificada.

Por lo tanto, a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y los instrumentos internacionales en referencia a los derechos de los niños y los derechos de los padres a la paternidad, es menester proponer una solución con argumentos suficientes que consoliden un derrotero para frenar la afectación a los derechos del padre en relación al tiempo de la licencia de paternidad remunerada, y los derechos de los niños a recibir de estos el debido amor, acompañamiento y cuidado como se recibe de la madre.

Formulación Del Problema

¿Existe una presunta vulneración de los derechos fundamentales de los niños, niñas o adolescentes y de los derechos del padre en relación a la asignación del tiempo de licencia de paternidad regulada actualmente mediante la Ley 2114 de 2021 en Colombia?

Objetivos General y Específicos

Objetivo General

Evaluar la existencia de una posible vulneración de los derechos del padre y de los niños, niñas y adolescentes respecto de la licencia de paternidad en Colombia de conformidad con la Ley 2114 del 2021.

Objetivos Específicos

Analizar la evolución de la licencia de paternidad por medio de un recuento histórico normativo en la legislación colombiana.

Identificar la naturaleza jurídica de la licencia de paternidad con base en los pronunciamientos de la Corte Constitucional

Evaluar si existe una vulneración injustificada del derecho de igualdad en la asignación de la licencia de paternidad.

Resaltar la importancia y prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en relación a la licencia de paternidad.

Hipótesis

Existe una vulneración a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y los derechos del padre en relación al tiempo que le otorga el legislador respecto de la licencia de paternidad establecida en la Ley 2114 del 2021 en atención a que la decisión del legislador no fue fundada bajo el derecho de igualdad conllevando a una desproporción en el tiempo que se le otorga al padre, el cual debería otorgarle en iguales condiciones a las que lo puede recibir de la madre.

Justificación

La presente monografía se realizará con el fin de determinar una presunta vulneración de los derechos del padre en relación al tiempo otorgado en la licencia de paternidad la cual actualmente está reglamentada en la Ley 2114 del 2021 teniendo en cuenta que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a gozar del cuidado y amor de sus padres en iguales condiciones sin importar el género que pertenezcan.

Ahora bien, es importante mencionar que el tema en cuestión es de gran relevancia para el Derecho colombiano teniendo en cuenta que nos encontramos en un Estado Social de Derecho y por ende, el legislador al crear normas debe salvaguardar la Constitución Política de Colombia y por tanto, no debe desconocer los derechos plasmados en ella, los cuales para el caso en concreto son la igualdad, la equidad y los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

De igual forma, la presente investigación tiene un valioso significado teniendo en cuenta que sus argumentos sirven para determinar por qué se da la ruptura de los derechos

anteriormente mencionados y que son constitucionalmente legítimos para amparar los derechos del padre respecto a la asignación de la licencia de paternidad y al disfrute de la misma en iguales condiciones para el cuidado y amor que deben brindarle a sus hijos, lo cual incentiva de manera directa la participación del padre en el cuidado y crianza de los menores y se disminuiría de manera directa la brecha generacional entre hombres y mujeres.

En este orden de ideas y para lograr darle solución al problema planteado, la presente monografía se basará en la búsqueda de diversos argumentos jurisprudenciales de la honorable Corte Constitucional, posteriormente, se efectuará una comparación de los derechos otorgados a los sujetos en relación a su situación fáctica y por último, se verificará la posible vulneración de derechos constitucionales del padre, madre y de los niños, niñas y adolescentes.

Metodología

La metodología desarrollada, fue de tipo teórico con enfoque cualitativo porque pretende estudiar las cualidades de los derechos en cuestión y la importancia del buen desarrollo de estos partiendo del análisis del concepto de paternidad, para luego determinar la naturaleza jurídica y conceptual con el fin de trazar un contenido crítico entorno al impacto que tiene la asignación de la licencia de paternidad en el buen desarrollo de los integrantes de la familia, lo anterior, haciendo uso de fuentes primarias siendo la Ley y como fuentes secundarias la jurisprudencia y doctrina y como técnica de recolección de datos, la revisión bibliográfica.

En consecuencia, la investigación del tema se desarrolló de forma Analítico Sintético porque pretende descomponer los factores determinantes del problema para comprenderlo mejor y sintético por cuanto se pretende estudiar el móvil del problema sin desintegrarlo.

Evolución De La Licencia De Paternidad En El Marco Constitucional Y Legal Colombiano

Comenzaremos por investigar la gran evolución y desarrollo normativo de la licencia de paternidad a lo largo de los años en el ordenamiento jurídico Colombiano, para entender con mayor claridad por qué nace este derecho y cuál es la finalidad que se persigue con su garantía.

Por lo anterior, se debe mencionar como referente fundamental para el análisis de la evolución normativa de la licencia de paternidad y maternidad la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”* (1990) :

ARTÍCULO 34. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.

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

(...)

PARÁGRAFO. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto podrá reducir a once (11) semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con el anterior texto legal se puede inferir que el legislador decidió otorgarle al padre o compañero permanente un tiempo de una semana con el fin de no solo brindarle a la mujer ayuda y compañía en la etapa del parto sino de obtener un adecuado desarrollo de los derechos fundamentales de los niños, niñas y el reconocimiento de la importancia y necesidad

de que los padres acompañen a sus hijos los cuiden y los apoyen, conllevando con ello un fortalecimiento del vínculo paterno/materno filial, según la Corte Constitucional (2019):

Al momento de expedir la Ley 50 de 1990 que reconocía el mencionado derecho, el Legislador consideró que la presencia del padre durante los primeros días de vida del recién nacido es fundamental para que el menor de edad pueda obtener un pleno desarrollo físico y emocional y, además, sirve para que se afiancen las relaciones paterno-filiales.

Es importante resaltar que de acuerdo con la norma referida anteriormente el otorgamiento de la licencia de paternidad derivada de una cesión de derechos por parte de la madre resultó siendo un retroceso normativo, que desconoce ítems puntuales que fundamentan los derechos del padre, el reconocimiento de sus derechos de manera autónoma como sujeto individual de derechos y no en la decisión de la madre de ceder o no una semana de la licencia de maternidad, segundo, no se avanzó de manera eficiente en la aplicación de los parámetros constitucionales que permiten frenar de manera directa la desigualdad por razón de género o sexo entre hombres y mujeres en la asignación de sus derechos desde el momento de su redacción, ni tampoco en el reconocimiento de los derechos de los niños y niñas quienes son los principales beneficiarios, los cuales tienen prevalencia y protección constitucional, una verdadera garantía de los derechos de los niños por ende, se debe observar de manera imperativa que estos últimos tienen derecho a la compañía, cuidado y amor de sus padres en iguales condiciones y sin ningún tipo de limitación por razón de sexo o género de estos.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 tanto la licencia de maternidad como la licencia de paternidad, deben observarse desde el punto de vista constitucional y de manera holística y conexa con los principios constitucionales, los que se hacen obligatorios para el desarrollo de los fines estatales siendo, por ejemplo: el artículo 42 constitucional, el cual consagra la protección de la familia como núcleo fundamental de la

sociedad, de igual forma, el artículo 43 de la carta política que garantiza el principio de igualdad jurídica real y material entre hombre y mujer y finalmente el artículo 44 que establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

De acuerdo con el anterior precepto normativo en el año 2002 se expide la Ley 755, denominada “Ley María”, que modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo (Ley 755 del 2002, 2002):

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley.

(...)

El esposo o compañero tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad. Esta licencia de paternidad 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 sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera.

(...)

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. (Subrayado fuera del texto)

Respecto a la anterior Ley, se puede evidenciar que la legislación tuvo una transición normativa que garantizo al padre o compañero permanente un término para su ejercicio, sin depender de la decisión de la madre de ceder o no un tiempo para su disfrute, disminuyendo con esto la brecha de desigualdad entre hombres y mujeres, de igual forma, generando la

inclusión del hombre en el ámbito familiar de manera directa y desarrollar un vínculo afectivo mayor, con esta nueva normatividad empezó el padre o compañero permanente a obtener derecho a ocho (08) días hábiles como licencia; todo esto, con el fin de garantizar los derechos de los niños y niñas. Según la Gaceta del Congreso No. 408 (2001):

Los niños necesitan de su padre y de su madre. De sus cuidados y sus caricias. De su atención y dedicación. Ello se hace particularmente crítico en tratándose de los primeros días de la existencia de los bebés. Necesitan a su padre y su madre. Y la madre también necesita al padre. El niño tiene el derecho preferente a que su padre lo acompañe. Y lo cuide. Y le dé amor y ternura. Y comparta con su madre los primeros días de su crianza. Por otra parte el padre también tiene el derecho a estar con su criatura recién nacida. Y acompañarla durante los primeros días. No en vano el propio constituyente definió en su artículo 43 un principio inspirador de equidad de género. Y la madre, a su turno, también tiene derecho a que el padre la acompañe en el pos-parto. Y en la guarda, cuidado y protección de su bebé. (p.20)

La Corte Constitucional respecto a la Ley 755 de 2002 mencionó que (Corte Constitucional, 2003):

La finalidad buscada por el legislador al crear la licencia remunerada de paternidad, fue la de permitir a los niños al momento de su nacimiento el ejercicio de sus derechos fundamentales, especialmente el de recibir el amor y el cuidado de su padre en los primeros días de su vida. "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". Así quedó reseñado en los antecedentes legislativos del proyecto de ley que hoy es la Ley 755 de 2002.

En definitiva, la Ley María introdujo importantes garantías para el padre o compañero permanente toda vez que reconoció y catalogo la licencia de paternidad y maternidad como un

derecho laboral importante para la conciliación del trabajo y la vida familiar, sin embargo, deja una brecha muy amplia en relación a los derechos y el reconocimiento derivados de estas licencias en su asignación de tiempo para ejercerlas, entre hombres y mujeres, generando una discriminación hacia el padre y afectando simultánea e indirectamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes toda vez que se ve limitada drásticamente en comparación con los derechos de la madre derivados de la licencia de maternidad.

Posteriormente se creó la Ley 1822 del 4 de enero de 2017 *“por la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo de trabajo y se dictan otras disposiciones”* en donde se pretendió garantizar a las madres una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, pero también le hizo extensiva esta licencia a las madres adoptantes asimilando la fecha del parto con la fecha de la entrega del menor. En materia de licencia de paternidad le siguió otorgando ocho (8) días y en los mismos términos a los padres adoptantes.

Por consiguiente, la licencia de paternidad, a pesar de que se reglamentó para su disfrute en un término de ocho (8) días hábiles, no tuvo una gran evolución respecto de las garantías de los derechos de los niños y sus padres filiales o adoptantes, pues el padre no puede gozar del tiempo suficiente para dedicarse al cuidado del hijo y el apoyo a la madre, fines que se persiguen con la creación de este postulado normativo, lo cual deja ver no solamente la afectación de los derechos del padre por el reducido tiempo que tiene para ejercer la paternidad sino que se hace más grande la brecha de desigualdad entre hombres y mujeres algo que afecta de manera negativa y directa la construcción de normas de carácter internacional como nacional que están llamadas a eliminar este tipo de desigualdades infundadas.

Actualmente se encuentra la Ley 2114 del 2021 *“ Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de*

tiempo parcial, se modifica el artículos 236 y se adiciona el artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones” la cual, para el caso en concreto, le otorga al padre dos semanas de licencia de paternidad y además, crea dos figuras siendo la de licencia parental compartida y licencia flexible de tiempo parcial, ahora bien, es importante mencionar que de acuerdo con la Gaceta No. 644 del 2021 las justificaciones para la expedición de la actual ley que regula la licencia de paternidad fueron las siguientes: i) principio del interés superior del niño; ii) El establecimiento de medidas diferenciales en favor de niños con discapacidad y el deber del legislador en relación con la promoción de derechos y especial protección a personas con discapacidad; iii) Aportes de la Iniciativa legislativa al cumplimiento del principio, valor y derecho fundamental a la igualdad en el cumplimiento de responsabilidades de los padres frente al cuidado de sus hijos; iv) Contribuciones de la iniciativa legislativa a la consecución de igualdad entre hombre y mujeres en el acceso al mundo laboral.

Por tal razón, se procederá en los próximos capítulos de la presente investigación a analizar si la medida del legislador establecida en la Ley 2114 del 2021 es conducente para alcanzar los fines constitucionales o si por el contrario existe un choque de manera directa con derechos de orden constitucional.

Naturaleza Jurídica De La Licencia De Paternidad Desde La Jurisprudencia De La Corte Constitucional

Es imperativo identificar la naturaleza del objeto de estudio y para ello en primera medida se refiere que por mandato constitucional le asiste una obligación al estado de proteger la familia¹ establecidos en los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución Política. Por tanto, es

¹ la licencia de paternidad es una prestación que se otorga al padre con el fin de garantizar el goce de los derechos del niño recién nacido y la sostenibilidad de su familia, dentro de una etapa en la cual son vulnerables.

importante aclarar que la licencia de paternidad obedece a la concreción de un mandato constitucional de crear mecanismos y adoptar medidas para la protección de la familia, de las madres e hijos, para la materialización efectiva y oportuna de sus derechos; de igual forma, se debe referenciar el papel que ha tenido la Corte Constitucional en la evolución de los derechos sociales, y constitucionales de los padres como sujetos integrantes de la familia y en relación con la paternidad siendo esto manifestado de manera expresa y precisa en sentencia C-663-09²

En esta medida es importante determinar ¿cuál es el papel de los niños, niñas y adolescentes en relación a la licencia de paternidad? y comprender que siempre debe existir una garantía plena de los derechos fundamentales del menor con el fin de que estos puedan disfrutar del cuidado y amor no solo de su progenitora sino del padre³. Por tanto, la postura de la Corte Constitucional sirve para interpretar que la licencia de paternidad tiene como finalidad desarrollar el interés superior del menor de edad y resalta la influencia de los padres en el desarrollo integral del hijo, pues según la Corte Constitucional (2003), “La licencia de paternidad consiste en un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompañe y cuide al hijo, garantizando de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y amor”

En ese orden de ideas, la licencia de paternidad además de ser un derecho trae implícita la obligación de acompañar y cuidar al hijo, con el fin de garantizar el interés superior del menor el cual se encuentra regulado en Colombia en el artículo 44 de la Constitución

² 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; y 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.

³ (...) la filosofía que orienta esa licencia no es otra que la "protección de la niñez en Colombia y el desarrollo del derecho constitucional de los menores al amor y cuidado de sus dos progenitores, no solo de uno de ellos"

Política, en el artículo 8 del Código de Infancia y Adolescencia y además, ha sido estipulado en instrumentos internacionales como lo fue en la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1991 y por ende, prevalezca en la legislación de cada estado teniendo en cuenta que se debe velar por la protección del niño quien es un sujeto de especial protección. Además, la Corte Constitucional (2013) refirió que:

En consecuencia, existe un consenso entre la legislación nacional e internacional en el sentido de rodear a los niños de una serie de garantías y beneficios que los protejan en el proceso de formación y desarrollo de la infancia hacia la adultez, generando un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como *sujeto privilegiado* y de la cual se deriva la titularidad de un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que ellos se hallan (...)

De igual forma, se debe garantizar la presencia del padre durante los primeros días del recién nacido ya que son fundamentales para su desarrollo físico y emocional, haciéndose extensivo a los hijos adoptivos, para afianzar las relaciones paterno-filiales pues esta es la manifestación del derecho al interés superior del menor y que por medio de esta se garantiza el cuidado y amor, permitiéndole no solo la compañía permanente de la madre sino también del padre, frente a este punto según la Corte Constitucional (2016):

La licencia de paternidad desarrolla el principio del interés superior del menor de edad, consagrado en el artículo 44 Superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Además, se erige como una forma de satisfacer el derecho al cuidado y al amor a que tienen todos los niños y niñas del mundo, pues reconoce que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo.

Así entonces, logramos ver la relevancia e importancia que tiene la presencia activa del padre en el desarrollo de los hijos y como estos tienen derecho a gozar y disfrutar de la

presencia y compañía de su padre en iguales condiciones que lo recibe de la madre, toda vez que la asignación del tiempo de licencia no puede fundarse en una discriminación con ocasión de su sexo o género; y teniendo como precedente que toda norma esta llamada a ser interpretada de manera óptima y en concordancia con los principios y derechos constitucionales, para lograr el fin estatal que esta persigue la cual es, incentivar “*la adecuada atención y cuidado de la primera infancia*”, y así dar una garantía real al menor de que recibirá amor y cuidado de sus padres en igualdad de condiciones, y que el tiempo de compañía que puede disfrutar de estos en lo referente a la licencia de paternidad o maternidad no obedece a un criterio del sexo o genero de los padres sino a la importancia que tienen estos en el acompañamiento y desarrollo de los hijos.

Resulta importante observar en esta norma jurídica, la conexidad de los conceptos de maternidad y paternidad cuando estos tienen su génesis en un “hecho jurídico”, conformar una familia, concebir un hijo o adoptarlo, y que son conceptos que resultan íntimamente unidos por la constitución de la familia en sus múltiples composiciones, con las consecuencias jurídicas, e imposiciones del orden legal y constitucional que le obliga a cumplir una carga jurídica al padre y a la madre, para que de conformidad con la voluntad de crear y conformar una familia de manera libre, asuma las obligaciones derivadas de esta y garantice de la mejor manera el desarrollo óptimo, oportuno, eficaz, real de los derechos de los niños, como el cuidado y apoyo mutuo pues de acuerdo con la jurisprudencia (Corte Constitucional, 2016) “los deberes de los padres con los hijos son la: (i) crianza; (ii) educación; y (iii) la corrección.”

Es por ello, que la licencia de paternidad se ha venido desarrollando con el fin de que el padre se involucre de forma activa con la crianza y cuidado del hijo, según Fernández y Tobio (2005)

La licencia por paternidad, se toma como un mecanismo que permite al padre la posibilidad de participar en el nacimiento de los hijos compartiendo esta función con la madre, lo que promueve la participación del hombre en el cuidado del hijo. (p. 57)

Finalmente, otra característica importante de la evolución de la licencia de paternidad y que tiene fundamento en la naturaleza de la misma es, que debe entenderse que la licencia de paternidad es una garantía de los derechos fundamentales de los niños de recibir amor y cuidado de los padres pues según Alexy (2009) “La fundamentalidad de los derechos tiene un sentido que podría calificarse de antropocéntrico. Serán “fundamentales” los derechos que se entienden como más básicos o esenciales del ser humano” (p.109); También, debemos mencionar, que tanto el padre como la madre tienen el deber de la custodia y el cuidado de sus hijos y sobre este punto, la Corte Constitucional (2020) argumento:

(...) sobre el deber de custodia y cuidado personal se ha dicho que la regla general es que ambos padres tengan bajo su cargo el cuidado personal de los hijos, esto es, i) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente excluyendo de la reprensión cualquier clase de violencia física o moral; ii) la dirección de la educación de los hijos y su formación moral e intelectual, según estimen más conveniente para estos; y, iii) el deber de colaborar conjuntamente en la crianza, el sustento y el establecimiento de los hijos menores e impedidos. Solo de manera excepcional el cuidado estará bajo uno de los padres, o si ambos presentan inhabilidad física o moral, estará a cargo de terceras personas. Lo importante, en todo caso, es *“rodear a los niños, las niñas y los adolescentes de las mejores condiciones para que su crecimiento, desarrollo y crianza sean armónicos e integrales”*¹, pues el cuidado personal propende por generarles una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental.

Es claro entonces, que el padre debe velar por el cumplimiento de los derechos de la infancia por medio de acciones que fortalezcan la salud del menor esto es demostrándole cariño, amor, cuidado, brindándoles educación que fortalezca su formación intelectual y estando con el menor durante todas las etapas de su desarrollo y demás acciones siempre en beneficio del hijo.

En conclusión y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, la naturaleza jurídica de la licencia de paternidad de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional es la vinculación del padre en la custodia, el cuidado, y amor del menor, la asistencia de aquel cuando el menor es recién nacido y la protección del padre hacia el hijo en cada etapa de crecimiento pues por encontrarse el menor en estado de indefensión requiere que tanto el Estado, familia y sociedad le presten la mayor atención para que sus derechos no sean vulnerados.

Análisis Del Derecho De Igualdad En Relación A La Licencia De Paternidad

Para poder entender por qué se presenta una ruptura al derecho de igualdad en la asignación del tiempo de licencia de los padres debemos observar detenidamente la situación fáctica en la que se encuentran los sujetos acreedores de estas prestaciones asistenciales, posteriormente a ello determinar si por este motivo opera un trato diferenciado justificable o si por el contrario se encuentran en condición de recibir un trato igualitario.

Antes de empezar a explicar por qué existe una vulneración del derecho a la igualdad es indispensable citar el artículo constitucional de igualdad para entrar en contexto y entender su incidencia en el conflicto jurídico y el alcance de esta norma según el artículo 13 de la Constitución Política (1991):

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades

sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan

Podemos entender que, el anterior artículo refiere que todas las personas son iguales ante la ley, adicional a esto debemos tener en cuenta la calidad que le asiste a los sujetos acreedores de estas licencias los cuales obedecen a una condición de trabajadores⁴ que cotizan al sistema de seguridad social integral⁵, quiere decir que el estado está en la obligación de promover la igualdad de oportunidades y de trato, pues estos deben recibir no solo la misma protección ante la ley, sino que también gozarán de los mismos derechos sin discriminación alguna.⁶

Resulta entonces acertado afirmar que cualquier distinción⁷, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, que tenga por efecto anular o

⁴ El principio de igualdad de los trabajadores en la aplicación y configuración de la ley, parte de la base de que si bien la existencia de dos regímenes jurídicos es una opción constitucional válida para el Legislador, aquella no significa que la naturaleza jurídica del empleador justifique en sí misma la diferencia de trato entre los trabajadores de los dos regímenes jurídicos.

⁵ En este orden de ideas, el pago de la licencia de paternidad constituye un derecho subjetivo del padre del menor, inscrito como desarrollo del derecho a la seguridad social. El componente económico del derecho se encuentra, por lo mismo, protegido en cuanto es condición necesaria para su realización.

⁶ Todos los trabajadores y trabajadoras son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, en consecuencia, queda abolido cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, el género o sexo salvo las excepciones establecidas por la ley.

⁷ Por otra parte, Colombia aprobó mediante la Ley 22 de 1967 el Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, en cuyo artículo primero se consagra lo siguiente: 1. A los efectos de este Convenio, el término **discriminación** comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el

alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, que en el caso particular se traduce en una distinción entre el hombre y la mujer en cuanto a la asignación del tiempo de licencia lo cual altera el derecho a la igualdad y genera un desequilibrio que es observado por los empleadores en el cual resulta más factible contratar mano de obra masculina afectando la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación⁸.

Ahora bien, frente al caso en concreto y tratándose de la asignación del tiempo de licencia de paternidad, el legislador omite incorporar el ingrediente normativo de igualdad en atención a su alcance como norma preponderante por su función jerárquica, como un derecho, valor y principio fundamental y fundante del estado social de derecho.⁹

Por lo tanto, esta distinción limita los derechos del padre en cuanto al tiempo en que puede ejercer cuidado, ayuda y compañía a su hijo y la madre de este¹⁰, y genera una discriminación que contraria los mandatos constitucionales y la obligación que impone al estado de implementar medidas para frenar este tipo de distinciones injustificadas.

Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

⁸ (...) con el Convenio 111 de la OIT *relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*, que impone al Estado la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades en materia de empleo y ocupación, a través de distintos mecanismos, entre los que se encuentra la derogatoria de disposiciones legislativas incompatibles con tal postulado, y la modificación de prácticas que distingan, excluyan o se funden en preferencias injustificadas basadas en motivos de raza, religión, color, opinión política, ascendencia u origen social (artículo 1, literal b)

⁹ La importancia de la regla de prohibición de trato discriminado ha sido expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, quien ha reiterado que “El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”

¹⁰ (...) el padre trabajador es también hoy titular de unos derechos específicos en el campo laboral que le permiten vincularse de manera más activa y autónoma a las responsabilidades que implican el cuidado de su familia y la crianza de sus hijos, durante la gestación y sus primeros días de vida, superando la posición subordinada o accesoria que tradicionalmente se le ha reconocido, pues sus derechos, en este sentido no pueden seguir siendo considerados como derivación de los derechos que se le reconocen a la madre gestante.

Con el fin de ser más claros en las razones que fundamentan este análisis se presentan los siguientes cuadros comparativos, en los cuales se analiza en qué condiciones fácticas y jurídicas se encuentran el padre y la madre adoptante o biológica:

Cuadro Comparativo De Derechos En El Ordenamiento Jurídico Colombiano De Los Sujetos Beneficiarios De Las Prestaciones De Licencia De Paternidad Y Licencia De Maternidad:

MADRES BIOLÓGICAS	MADRES ADOPTANTES	PADRES BIOLOGICOS Y PADRES ADOPTANTES
“Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.” “Licencia parental compartida. Los padres podrán distribuir libremente entre sí las últimas seis (6) semanas de la licencia de la madre, siempre y cuando	“Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega	“El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad” Padre que queda a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha de la entrega del menor. “El padre tendrá derecho a dos (2) semanas

cumplan las condiciones y requisitos dispuestos en este artículo. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.” “La madre y/o padre podrán optar por una licencia parental flexible de tiempo parcial, en la cual, podrán cambiar un periodo determinado de su licencia de maternidad o de paternidad por un período de trabajo de medio tiempo, equivalente al doble del tiempo correspondiente al período de tiempo seleccionado. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.”	oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.” “Licencia parental compartida. Los padres podrán distribuir libremente entre sí las últimas seis (6) semanas de la licencia de la madre, siempre y cuando cumplan las condiciones y requisitos dispuestos en	de licencia remunerada de paternidad.” Licencia parental compartida. Los padres podrán distribuir libremente entre sí las últimas seis (6) semanas de la licencia de la madre, siempre y cuando cumplan las condiciones y requisitos dispuestos en este artículo. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia. “La madre y/o padre podrán optar por una licencia parental flexible de tiempo parcial, en la cual, podrán cambiar un periodo determinado de su licencia de maternidad o de paternidad por un período de trabajo de medio tiempo, equivalente al doble del
---	---	--

	este artículo. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.” “La madre y/o padre podrán optar por una licencia parental flexible de tiempo parcial, en la cual, podrán cambiar un periodo determinado de su licencia de maternidad o de paternidad por un período de trabajo de medio tiempo, equivalente al doble del tiempo correspondiente al período de tiempo seleccionado. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.”	tiempo correspondiente al período de tiempo seleccionado. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.”
--	--	---

En el anterior cuadro se puede apreciar que la norma resulta garantista y protectora en relación al reconocimiento de los derechos del padre de manera independiente cuando en su texto, la anterior Ley 1822 del 2017, otorgaba ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de

paternidad, de igual forma, también permea y amplía la cobertura de su alcance cuando prescribe que las provisiones y garantías establecidas en la referida norma para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte.

Ahora bien, esas extensiones que trae la norma en sí mismo no resulta inconstitucional, de hecho consolidan una ayuda que le otorga la ley al padre que queda a cargo de los hijos sin ayuda de la madre, sin embargo, debemos observar que el tiempo que le fue otorgado al padre por parte del legislador¹¹ en su licencia de paternidad no le permite una vinculación efectiva a este en las labores del hogar ni tampoco desarrollar el cuidado y crianza de los hijos de manera óptima y proporcionada, en las mismas condiciones en las que lo puede ejercer la madre adoptante, en el tiempo que le asiste en su licencia de maternidad, sin que medie una razón justificada que permita una diferencia de trato y así la ruptura al derecho de igualdad que le asiste a los padres, limitando drásticamente por el hecho de ser hombres los derechos de los padres.

Del mismo modo, es de precisar que la Ley 2114 del 2021 resulta discriminatoria pues limita los derechos de los padres, adicional a esto, la parentalidad no puede quedar al arbitrio de los padres ni en la distribución del tiempo de licencias al que tiene derecho la madre aún siendo esto de común acuerdo entre los padres, pues son ambos a través de su filiación parental los que están llamados a garantizar de manera efectiva el desarrollo, acompañamiento y crianza del menor sin ningún tipo de distinción con ocasión a su sexo o género.

Es por ello que cuando el legislador faculta al padre y madre para que de común acuerdo se distribuyan las últimas seis (6) semanas de la licencia de maternidad se puede

¹¹ Totalmente en este sentido. el Tribunal Constitucional Federal partió a en sus primeras decisiones como de algo evidente, de la vinculación del legislador al principio de igualdad. es decir, de la interpretación del artículo 3 párrafo 1 LF no sólo como mandato de igualdad en la aplicación del derecho sino también de la igualdad en la formulación del derecho.

entender que afecta los derechos de los sujetos acreedores de estas licencias observando que principalmente el más afectado es el menor que se pretende proteger con su asignación, pues la facultad que otorga el legislador a los padres para la distribución de las últimas seis (6) semanas de licencia de maternidad, van en contravía de la garantía de los derechos que le asisten a las madres en cuanto al tiempo de licencia de maternidad lo cual reduce también la eficacia de una garantía real de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes pues no se entiende como reduciendo el tiempo de licencia de maternidad se amplifican las medidas de protección de la primera infancia. Al respecto, la Corte Constitucional (2010) afirmó que:

Finalmente, debe recordarse que por virtud de lo dispuesto en la Ley 755 de 2002 –que reformó el párrafo 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.

Ahora con la entrada en vigencia de la ley 2114 del 2021 se plantea que la madre pueda de común acuerdo distribuir las últimas seis (6) semanas de su licencia con el padre esto no solamente desconoce la paternidad como una institución propia, sino que además desconoce los derechos de la madre al ver que se puede reducir la licencia.

Así entonces, la madre por su parte puede tomar la decisión de ceder o no sus últimas seis semanas de su licencia, pues solo pasaran al padre si lo hacen de común acuerdo, de ser así, esto incrementa el tiempo de la licencia de paternidad, generando una vulneración de los derechos de las madres pues se reduce el tiempo de duración de la licencia, consolidado actualmente en dieciocho (18) semanas, un término de duración mínima para su ejercicio y disfrute y que apenas se consolidó en el año 2017 con la ley 1822 en observancia de las

recomendaciones de la OIT, ahora con en la entrada en vigencia de la ley 2114 del 2021 se reducen esas semanas de licencia, las cuales son las mínimas que debe tener la madre, esto en concordancia con la Recomendación 191 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y lo mencionado por la UNICEF (2019) quien refirió que:

La salud de los bebés se apoya mejor con la lactancia materna exclusiva durante seis meses (recomendaciones de la OMS basadas en evidencias de investigación). La mejor manera de apoyar esto es proporcionar al menos seis meses de licencia por maternidad remunerada. Cuando esto no es posible, se debe proporcionar un mínimo de 18 semanas de licencia por maternidad remunerada (de acuerdo con las recomendaciones actuales de la OIT) y se deben garantizar recesos para la lactancia materna remunerados en el trabajo durante al menos ocho semanas y aspirar a proporcionar recesos hasta que el niño tenga 2 años (de acuerdo con las recomendaciones de la OMS con respecto a la duración de la lactancia materna).

La nueva normativa supone de manera indirecta una reducción en el tiempo de licencia de maternidad, omite y deja de lado lo que se viene desarrollando en materia de protección constitucional de la paternidad como institución con entidad propia y debe reconocerse con independencia a los derechos de la madre pues el hombre tiene autonomía en sus derechos al igual que la mujer es por esto que el padre como sujeto autónomo de derechos no puede quedar a la merced de los derechos derivados de la licencia de maternidad pues la ley desde el momento de su redacción no puede fundamentarse en diferenciación injustificada que vaya en contravía con el derecho a la igualdad y equidad de género, generando una discriminación en las condiciones para acceder a la licencia de paternidad.

Es preciso mencionar que los menores por su parte tenían un disfrute de dieciocho (18) semanas para la compañía, apoyo, cuidado y amor por parte de su madre, como una garantía

de sus derechos en relación a la maternidad, generando con ello, un retroceso legislativo que va en contra de la evolución normativa que ha tenido el estado colombiano en la adecuada atención, protección y cuidado de la primera infancia, en las medidas que implemento el estado para materializar la protección constitucional a favor de la mujer embarazada o madre trabajadora y cuando se consolidaba una protección a la maternidad, a la familia y a la niñez con un tiempo de licencia de maternidad de dieciocho (18) semanas.

Por consiguiente, la legislación vulnera y desconoce en esta oportunidad no solo de los derechos de la madre sino los del padre, pues no puede quedar al arbitrio de los padres la disminución o reducción del tiempo que pueda disfrutar el menor de la licencia de maternidad¹² toda vez que este es un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes y además de esto, no se visualiza el logro efectivo del fin constitucional de la igualdad entre los géneros pues siguen existiendo diferencias de trato en la redacción de los textos legales que regulan la licencia de paternidad y maternidad.

A pesar de que la Ley 2114 de 2021, en el párrafo segundo del artículo segundo de la mencionada ley, otorga dos semanas de licencia remunerada de paternidad, circunscribe la licencia de paternidad a la reducción de la tasa de desempleo sin que en ningún caso pueda superar de cinco (5) semanas, sin embargo no se visualiza cual es el criterio razonable que utiliza el legislador para determinar y marcar una diferencia justificada para que el padre y su hijo no puedan disfrutar el mismo tiempo que puede disfrutar la madre con su hijo en la asignación de la licencia parental respectiva.

¹² 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.

Cuadro Comparativo De Situación Fáctica Entre Los Sujetos Beneficiarios De Las Prestaciones De Licencia De Paternidad Y Licencia De Maternidad:

MADRES BIOLÓGICAS	MADRES ADOPTANTES	PADRES BIOLOGICOS Y PADRES ADOPTANTES
Cuando una mujer se encuentra en la etapa del postparto tiene implicaciones tanto físicas como psicológicas, entre estas se encuentran: dolores corporales, fatigas, nauseas matutinas, la depresión postparto, el apoyo del entorno, cambios renales, urinarios, gastrointestinales, amamantamiento y además, requieren de una recuperación física pues el proceso del embarazo y la etapa del puerperino. Según la Corte Constitucional (2008):	Las mujeres que deciden adoptar un menor no tienen el mismo cambio físico que sufren las madres biológicas pues estas no pasan por la etapa del parto ni del puerperio, es decir, el cuerpo no tiene que pasar por una recuperación física. Ahora bien, la adopción puede generar cambios psicológicos, emocionales y efectos sociales para la madre. De igual forma, es importante precisar que el contexto en el que se desarrolla la maternidad es	Los padres por naturaleza no tienen cambios físicos como sí lo sufren las madres biológicas. Ahora bien, en el grado de adopción puede generar cambios psicológicos, emocionales y efectos sociales para el padre adoptante. De igual forma, es importante precisar que el contexto en el que se desarrolla la paternidad es en el ámbito familiar o en el núcleo familiar sin importar como este compuesto este. Según la Corte Constitucional (2003):

Con sustento en las normas citadas, la Corte Constitucional ha sido enfática en definir la licencia de maternidad como un elemento idóneo para salvaguardar derechos fundamentales de la madre y del neonato, pues se trata de una protección especial conferida a las mujeres – sin diferenciar si son o no madres cabeza de familia- durante la etapa de la maternidad para que puedan recuperarse del esfuerzo físico y	en el ámbito familiar o en el núcleo familiar sin importar como este compuesto este. Refirió la Corte Constitucional (2010) que: 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.	Además consideró el legislador como motivo para crear la licencia remunerada de paternidad que: Es abundante la bibliografía moderna en materia del imperativo de brindar a los niños tanto el afecto, la ternura, el cuidado y el amor de la madre como el afecto, la ternura, el amor y el cuidado del padre para garantizarlos a cabalidad. Por otra parte, afirmo la Corte Constitucional (2010): Más adelante, la
---	---	--

psicológico que acarrea el proceso de gravidez y de parto, así como para que puedan brindarles el cuidado necesario a sus hijos recién nacidos. De igual forma, es importante precisar que el contexto en el que se desarrolla la maternidad es en el ámbito familiar o en el núcleo familiar sin importar como este compuesto este. Además, la madre que da a luz, y se siente fisiológica y emocionalmente en condición de dar leche materna a su hijo, lo hace como muestra de amor y afecto hacia su hijo.		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. 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
---	--	---

Menciona la Corte Constitucional (2010): 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		los padres adoptantes sin cónyuge o compañero permanente.
---	--	--

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.		
---	--	--

En el cuadro comparativo de situaciones fácticas, se puede evidenciar que las madres adoptantes no se encuentran en la misma situación a una madre que tiene un parto natural, sin embargo, el legislador fue garantista y les otorgó los mismos derechos a los primeros sujetos mencionados, caso en el cual genera una discriminación indirecta por razón de sexo al padre que por su condición no puede ser acreedor a los mismos derechos que una madre adoptante, aunque se encuentre en la misma situación fáctica¹³, es así como se visualiza la ruptura del

¹³ El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a

principio de igualdad, toda vez que un trato diferenciado¹⁴ no puede fundarse en raza, sexo o género, por mandato legal y constitucional.

Es necesario tener en cuenta la situación fáctica del padre, sujeto que adquiere una condición parental con su hijo ya sea recién nacido o adoptado, debe ser comparada conjuntamente con la situación fáctica de una mujer adoptante, que se encuentra en una situación parental, con su hijo adoptado, lo cual deja en evidencia que los dos sujetos (padre - madre adoptante), trabajadores, que cumplen con los requisitos requeridos por la ley para ser titulares de la prestación asistencial de licencia de paternidad y maternidad respectivamente, que cobija el Sistema General de Seguridad Social Integral, catalogada como una de las contingencias que cubre el mismo sistema, debe ser otorgada de manera igual teniendo como presente que los dos sujetos (padre -madre adoptante) se encuentran en una misma situación fáctica.

En consecuencia, no puede motivarse la asignación de estas licencias en un carácter discriminatorio por razón de sexo o género el cual decida cuanto tiempo debe tener un sujeto o el otro, por el contrario, deben recibir un trato igualitario por encontrarse en la misma condición fáctica lo cual no solamente reduce la brecha de desigualdad que existe en la actualidad garantizando un derecho constitucional de manera efectiva sino que además promueve de manera directa la participación activa del padre en la familia cumpliendo la finalidad que persigue la ley.

partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos (...)

¹⁴ Esto hace que, dirigida al legislador, la igualdad le imponga no establecer diferenciaciones arbitrarias. Estas son aquellas en las cuales no existe una razón de rango constitucional para establecer la diferencia de trato. El mismo artículo 13 superior enuncia algunos de los criterios de diferenciación que pueden considerarse arbitrarios (...)

Ahora bien, para alegar de manera acertada una vulneración del derecho a la igualdad¹⁵ es indispensable observar la validez que le imprime la constitución a la norma que pretende entrar al ordenamiento jurídico y que resulta objeto de estudio, esto se hace observando el criterio de distinción que utilizó el legislador y determinar si este obedece y cumple de manera estricta con el principio de igualdad¹⁶ constitucional y el alcance que tiene jurisprudencialmente.

Test De Proporcionalidad Y Juicio De Razonabilidad

En Colombia, la Corte Constitucional ha venido utilizando como criterios contemporáneos de evaluación el test de proporcionalidad y el juicio de razonabilidad. Al respecto la doctrina mencionó que (Armenta Ariza, A, 2018):

Dentro del denominado neoconstitucionalismo cabe destacar el uso de los denominados test por parte de los tribunales constitucionales, y para el caso de Colombia, de la Corte Constitucional colombiana. Para el presente caso, el objeto de estudio de la investigación se centra en describir y analizar, la figura del uno de estos, como es, el test de proporcionalidad, así como revisar su uso y metodología por parte de la Corte Constitucional colombiana, tema que resulta de gran importancia nos solo para el derecho constitucional, sino para todo lo que respecta al ordenamiento jurídico colombiano; por cuanto, el test de proporcionalidad viene siendo uno de los métodos hermenéuticos más utilizados por la Corte Constitucional para el ejercicio del control

¹⁵ (i) que el derecho a la igualdad protegido en nuestra Constitución implica, además de contenidos legislativos no discriminatorios, un trato igual por parte de las autoridades públicas y un principio de actuación vinculante para las relaciones entre particulares; (ii) que el constituyente determinó como uno de los ámbitos de aplicación y protección expresa el de las relaciones de igualdad entre géneros (...)

¹⁶ Del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

constitucional, abstracto o concreto, en todas las temáticas del derecho, esto es, en lo penal, civil, laboral, familia, tributaria, policivo, disciplinario, etc.

Por lo anterior, es importante efectuar para el caso en concreto los métodos de análisis utilizados por la jurisprudencia pues lo que se pretende con el juicio de razonabilidad y proporcionalidad es analizar si una medida, en este caso la Ley 2114 del 2021, sometida a estudio es adecuada para la consecución del fin propuesto, que para el objeto bajo examen sería “incentivar la adecuada atención y cuidado de la primera infancia”.

Ahora bien, para efectuar el test de proporcionalidad es importante realizar un análisis desde el supuesto de la razonabilidad y a la luz de los subprincipios reconocidos por la jurisprudencia siendo i) Idoneidad, ii) Necesidad y iii) Proporcionalidad en sentido estricto.

i) Idoneidad: la medida se crea con el fin de garantizar el fin constitucionalmente legítimo de proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, es por esta razón que el Estado debe intervenir y garantizar la consecución de este fin perseguido por la carta en igualdad de condiciones en atención a que los derechos de los niños no se vean afectados por el tiempo que el padre le pueda acompañarlo, pues su efectividad no es lo suficientemente apta para lograr el fin que pretende que es la plena satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Generar una igualdad de trato para los padres y madres no solamente es un objetivo constitucionalmente legítimo porque esto afecta directamente los derechos, su salud, desarrollo, crianza, acompañamiento, cuidado, amor, que resultan de imperiosa consecución por parte del estado. Resulta razonable pedir que padre y madre sean tratados como iguales con el fin de garantizar los derechos fundamentales al amor y cuidado en iguales condiciones de sus dos padres y no de uno solo de ellos pues los derechos de los niños deben garantizarse sin observancia del sexo al que pertenezca sus padres.

ii) Necesidad: Limitar el tiempo que tiene el niño a recibir amor y cuidado de su padre a dos semanas es una limitación que no es indispensable y es tanto así que va en contravía de la obtención del fin legítimo de proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral e incentivar la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, para la consecución de este fin lo menos lesivo para los derechos fundamentales de los niños es que puedan recibir amor y cuidado de sus padres en igualdad de condiciones.

iii) Proporcionalidad en sentido estricto: en la proporcionalidad se puede observar que la restricción a los derechos fundamentales de los niños niñas o adolescentes, que genera la medida cuestionada, no es equivalente a los beneficios que reporta, en atención a que la licencia por paternidad resulta ser tan importante que incide de manera directa en la salud y el desarrollo físico y emocional de los menores lo cual al verse limitado de manera injustificable y ser desproporcional en relación al tiempo que puede el menor recibir compañía amor y cuidado de su madre, teniendo derecho el menor a la compañía acompañamiento, cuidado y amor de ambos padres en iguales condiciones y no de solo uno de ellos, pues esa asignación desproporcionada del tiempo de las licencias genera una afectación mucho mayor a los derechos e intereses jurídicos de orden superior que le asisten a los niños niñas y adolescentes por su condición de sujetos de especial protección.

El test de proporcionalidad en su ejercicio más estricto, permite evaluar si la restricción de los derechos fundamentales de los niños que genera la norma acusada, es de algún modo equivalente a los beneficios que reporta o determinar si por el contrario la misma es desproporcionada y genera mayores afectaciones a los derechos fundamentales de los niños niñas o adolescentes.

Es por esto que la relación de costo-beneficio no es favorable a los intereses constitucionales en controversia, teniendo en cuenta que el desconocimiento del principio de

igualdad deriva en una afectación directa a los derechos de los niños los cuales no pueden gozar del amor y cuidado de sus padres en iguales condiciones.

Como bien lo ha manifestado la Corte cuando la medida trate de una clasificación sospechosa como las enumeradas de manera taxativa en el inciso 1 del artículo 13 de la constitución o cuando la medida afecte un derecho fundamental como en el caso que afecta derechos fundamentales de los niños y de los padres, se debe efectuar un análisis completo, es por esto que para efectuar el test de razonabilidad y proporcionalidad es importante tener en cuenta el nivel de intensidad al que se va a dar aplicación para el estudio del mismo, para ello existen tres niveles siendo i) Débil: ii) Intermedio y iii) Estricto y que conforme a los pronunciamientos de la Corte Constitucional (2020) cada uno tiene aplicación diferente, siendo lo siguiente:

El test débil se aplica “*cuando se estudia la razonabilidad del ejercicio legislativo en materias económicas, tributarias o de política internacional*”, al *test intermedio*, cuando la medida acusada involucra categorías que bajo algunos supuestos han sido consideradas como semi sospechosas; y, al *test estricto*, cuando está de por medio una categoría sospechosa en los términos -enunciativos- del artículo 13, inciso 1º, de la C.P., o cuando la medida recae de manera directa en personas en condición de debilidad manifiesta, o de grupos marginados o discriminados.

En ese orden de ideas, el nivel que se va a aplicar para analizar y justificar el test en mención será estricto porque se trata de categorías sospechosas las cuales se encuentran expresas en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución Política, siendo estas de sexo o género.

Ahora bien, a efectos de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad, de acuerdo con la jurisprudencia el test de intensidad estricto requiere que se verifique lo siguiente (Corte Constitucional,2020):

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

De acuerdo con lo anterior, el test de intensidad estricto para el caso en concreto se procederá a analizar de la siguiente forma:

1. El fin perseguido por la norma demandada: Para el caso concreto no es otro que incentivar la adecuada protección y cuidado de la primera infancia, sin embargo, la importancia de este fin constitucional además resulta de un mandato contenido en el artículo 44 de la constitución nacional, que ordena el deber del Estado de estimular el desarrollo de los derechos de los niños y de generar leyes tendientes a garantizar sus derechos, el fin resulta imperioso en términos constitucionales, en tanto el fomento de los derechos de igualdad en esta norma no solamente resulta de obligatoria observancia y aplicación, sino que además aplicarlo de manera óptima resulta menos lesivo a los intereses de los menores y es el estado el primer llamado a garantizar los intereses de estos.

2. El medio empleado: El medio que la ley emplea para garantizar el fin perseguido por la norma acusada, es el otorgamiento de las licencias de maternidad y paternidad respectivamente, asignándole al padre un tiempo mucho menor sin un argumento razonable que permita vislumbrar de qué modo esto beneficia y propende por garantizar en mayor medida

los derechos de los niños niñas y adolescentes, y la vinculación efectiva del padre en las labores del hogar especialmente el cuidado y crianza de los hijos.

3. El medio resulta el adecuado para garantizar el fin propuesto pues el estado se vale de esta herramienta legislativa para poder cumplir con el mandato constitucional de garantizar una adecuada protección y cuidado de los niños niñas y adolescentes sin embargo esto no resulta necesario ni proporcional, en atención a que no resulta razonable que se le otorgue un tiempo de licencia desigual cuando existen condiciones de igualdad entre el padre y la madre adoptante, esta medida implementada de manera desproporcionada no resulta ser el medio idóneo para lograr el fin propuesto por la ley

4. No es legítimo, porque con él se está afectando de manera directa, no solo el principio de igualdad el cual es un derecho del trabajador, y que resulta indispensable para armonizar los postulados legales con los mandatos constitucionales, sino que además no deja ver el beneficio de esta medida en favor de los menores, si se le limita el tiempo que este puede disfrutar de la compañía del padre de manera injustificable.

5. No es necesario en la medida en que existen formas menos lesivas para los derechos de los niños niñas y adolescentes, de modo tal que tampoco se desconozca el principio de igualdad de los derechos de los trabajadores. Entre ellas están, por ejemplo, medidas como dar una correcta aplicación al principio de igualdad incentivando así la adecuada participación del padre en el hogar, a su vez traería consigo la adecuada garantía de los derechos de los niñas y adolescentes invirtiendo en estas medidas el Estado lograría con mayor eficacia los fines que se ha propuesto alcanzar sin sacrificar los derechos de los trabajadores ni de los niños niñas o adolescentes.

6. No es proporcional en sentido estricto, pues las afectaciones que genera la medida, que afectan de manera directa los derechos y garantías de los trabajadores, y en mayor medida los derechos de los niños niñas y adolescentes. La medida afecta de manera manifiesta y grave el derecho al amor y cuidado, al desconocer las condiciones de igualdad en

la que se encuentran los sujetos acreedores de estas licencias y los derechos que tienen los niños niñas o adolescentes a recibir amor y cuidado de sus dos padres en iguales condiciones de sus progenitores sin importar el sexo al que estos pertenezcan.

En estas condiciones, la norma demandada no supera el escrutinio estricto de proporcionalidad y se puede concluir que la norma demanda es incompatible con lo previsto en el artículo 13, 44 y 53 de la Constitución.

Si se aplica un trato igualitario al padre y a la madre, los empleadores evitarían utilizar prácticas discriminatorias tales como, la exigencia de pruebas de embarazo, realización de preguntas relacionadas con planes reproductivos, en la selección de personal y que se regula en la Ley 2114 del 2021 pues al encontrarse el padre y madre en iguales condiciones respecto a las licencias, las mujeres ya no serían objeto de discriminación como consecuencia del embarazo pues la licencia de maternidad es lo que más preocupa a los empleadores al momento de la contratación, por tanto, al ser padre y madre catalogados sujetos necesarios e indispensables para el desarrollo del menor deben ser tratados y cobijados por la Ley en igualdad de condiciones por mandato constitucional y como mecanismo de protección adecuado y efectivo que le permita al menor disfrutar de sus padres en igual tiempo y proporción sin distinción de su sexo o género.

Al respecto es importante traer a colación los principios constitucionales teniendo en cuenta que toda norma jurídica vigente debe ser estudiada por el intérprete dentro de un marco de control de constitucionalidad siendo la dignidad humana¹⁷, la supremacía de la constitución,

¹⁷ En criterio de la jurisprudencia constitucional, el vínculo del derecho a la igualdad con la dignidad humana se expresa en dos dimensiones: una formal y otra sustancial. Mientras la primera busca asegurar “la igualdad ante la ley y el deber de no discriminar (abstención), es decir, la prohibición de realizar tratamientos o de establecer ventajas injustificadas sobre un grupo de la población”, la segunda “exige al Estado promover las condiciones necesarias para alcanzar una igualdad real y efectiva de aquellos grupos tradicionalmente marginados y discriminados”. De esta forma, los poderes públicos deben adoptar medidas que disminuyan o eliminen injusticias y a las cuales se les reconoce “un designio compensatorio o reparador de previas desigualdades reales” que afectan profundamente el derecho a la dignidad humana.

el estado social de derecho, entre otros, los cuales restringen la interpretación y resultan de aplicación inmediata, es por esto que el legislador debe garantizar el cumplimiento de los anteriores principios cuando crea una norma.

Frente a este punto y en el caso en concreto, debemos observar la triple dimensión del principio de igualdad que consagra la Carta Política y le da una connotación de derecho fundamental, valor y principio¹⁸ fundante del estado social de derecho en el que nos encontramos, la importancia de este se encuentra no solo en el preámbulo constitucional sino en el acápite de principios fundamentales y que debe permear todas las leyes que pretendan una validez jurídica.

Por tanto, resulta evidente una ruptura del artículo 13 constitucional, cuando el legislador le otorga al padre beneficiario dos (2) semanas de licencia de paternidad al padre, sin tener en cuenta que este se encuentra en la misma situación fáctica¹⁹ que la mujer adoptante, razón por la cual y en atención a este referido normativo, el padre debe obtener el mismo trato ante la ley, en definitiva, la misma consecuencia jurídica, pues una discriminación no puede fundarse en el sexo o género que tengan los sujetos acreedores de estas licencias para su asignación.

La paternidad y la maternidad deben ser reconocidas y catalogadas como conceptos diferentes que persiguen fines comunes, no deben ser objeto de ningún tipo de discriminación o distinción, deben ser reconocidos en igualdad de condiciones, pues es el estado quien está llamado a reconocer estas instituciones como verdaderos derroteros para frenar la desigualdad y como consecuencia amplía la brecha generacional entre hombres y mujeres en sus

¹⁸ Como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico

¹⁹ En cuanto a las condiciones fácticas, son las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso individualmente considerado

relaciones de poder, esto con el fin de incentivar de manera directa la participación activa del padre en el cuidado y crianza de los hijos, para fomentar los lazos de afecto en la familia y el fortalecimiento de la familia como pilar fundamental de la sociedad, cobijando y protegiendo de manera directa los derechos de los niños a recibir amor y cuidado de sus padres en iguales condiciones, sin distinción del sexo o género al cual pertenezcan.

Ahora bien, si la situación fáctica de una madre que da a luz no es la misma que la del padre pues según la Corte Constitucional (2003), “esto porque la situación en que se encuentra la mujer que da a luz –recuperación física, amamantamiento, etc.– no es la misma que la del padre” tampoco lo es de la madre adoptante. Es por esto que el trato jurídico diferente e injustificado de situaciones iguales que comparten el padre y la madre adoptante vulnera el derecho a la igualdad, siendo esta según la Corte Constitucional (2001):

Aceptada como principio y como valor, la igualdad no sólo exige que las leyes sean aplicadas a todos los casos que caen bajo sus supuestos de hecho, (igualdad ante la ley en sentido estricto), sino que implica también que la igualdad debe estar presente en la formulación del derecho. Esto hace que, dirigida al legislador, la igualdad le imponga no establecer diferenciaciones arbitrarias.

La omisión del principio de igualdad no solamente vulnera los derechos del padre, también vulnera los derechos de la madre pues todo trato diferenciado e injustificado genera un aumento de la desigualdad y de la brecha generacional que existe entre hombres y mujeres además no permite que el padre ayude y se comprometa de manera igualitaria en las labores del hogar, el cuidado de los hijos y asistencia de la madre en caso de parto natural pues esto limita y estigmatiza a que la madre sea quien deba cuidar de los hijos mientras que el padre debe trabajar y hacer otras labores, es por ello, que es momento de cambiar²⁰ el modelo

²⁰ Se deriva de esta perspectiva que aunque toda relación entre los géneros están mediados por relaciones de poder, no implica que las mismas no puedan ser modificadas. Partir de que el poder, tal y

legislativo machista y entender que el derecho a la igualdad debe estar presente y de manera preferente en la redacción de un texto legal.

Radica en esto la importancia, de que el Estado o sus agentes no pueden tolerar un trato desigual por razón de género, que infunde en el ámbito familiar o unidad doméstica, un estigma en el hogar y en la sociedad de que las mujeres deben dedicarse al hogar y cuidado de los hijos, mientras que los hombres deben dedicarse a trabajar y llevar alimentos al hogar, reduciendo no solo la oportunidad de gozar sus libertades y derechos y limitando su dignidad humana sino además generando violencia y discriminación negativa²¹ tanto a hombres como mujeres basada en su género y que no llevan al cumplimiento de la finalidad de la ley cuando se busca que el padre se involucre en las prácticas del hogar de manera activa y directa y que participe del cuidado y crianza de los hijos en un mayor grado pues según la Corte Constitucional (2003): “(...) la madre, a su turno, también tiene derecho a que el padre la acompañe en el pos-parto. Y en la guarda, cuidado y protección de su bebé”

Por último, es importante mencionar que la discriminación que sufre el hombre por el hecho de ser hombre, y su limitación en la asignación de la licencia, se presenta sin una justificación o razón suficiente que permita entender de qué forma esto favorece al principal beneficiario de la licencia, el hijo menor, quien por ministerio de esta ley no tiene la posibilidad de disfrutar del cuidado, acompañamiento, amor y demás derechos fundamentales de los niños en igualdad de condiciones en que los puede disfrutar de su madre pues el amor de un hijo hacia sus padres o de los padres hacia sus hijos no debe ser objeto de discriminación por

como lo plantea Foucault, contiene espacios de libertad compuestos, de múltiples puntos de resistencia que conforman una red de relaciones —amplia, compleja y modificable— es un aspecto que debemos tener presentes a la hora de observar prácticas cotidianas rutinizadas y los procesos de cambio que se generan.

²¹ Una de las formas especiales de acción afirmativa es la discriminación positiva, es decir, aquel trato diferente que propende por materializar la igualdad real, a través de acciones afirmativas de igualdad que recurren a criterios tradicionalmente utilizados para profundizar o al menos perpetuar la desigualdad, tales como el origen racial, el sexo o las preferencias sexuales (discriminación negativa), pero son utilizados, por el contrario, para romper esa situación de desigualdad o, al menos, para estrechar la brecha de la desigualdad no formalmente jurídica, aunque presente en la sociedad.

razón de género o sexo de estos, el menor necesita del apoyo y afecto de su padre en igualdad de condiciones a los de su madre, para poder generar lazos afectivos fuertes y conseguir que el padre se involucre de manera activa en las labores de cuidado y crianza de los hijos, para también brindarle un apoyo a la madre que con ocasión del embarazo se encuentra en una condición de vulnerabilidad o en caso de la madre adoptante para que se apoyen y se formen lazos afectivos que fortalezcan la institución de la familia, generando un cambio positivo en las generaciones que están por nacer, o las que inician una vida familiar.

En conclusión, se hace necesario reconocer que la participación activa del padre en el cuidado y la crianza de los hijos no solo desarrolla el interés superior del menor sino que además reduce la desigualdad de género y beneficia no solo al menor sino a la madre, como lo mencionó la (UNICEF, 2019):

Se debe proporcionar a los padres la licencia por paternidad remunerada que tenga la duración adecuada para apoyar la creación de un vínculo con el bebé, establecer las rutinas del padre en el cuidado del niño y para apoyar el desarrollo de la salud de los niños y la igualdad de género. Existen evidencias importantes de que la licencia por paternidad aumenta la participación del padre, reduce la desigualdad de género y beneficia tanto la salud infantil como la materna.

Prevalencia De Los Derechos De Los Niños, Niñas Y Adolescentes En Relación A La Licencia De Paternidad

Para analizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, estos se deben observar desde el punto de vista de la prevalencia y protección constitucional así como los convenios ratificados por Colombia, en atención a que esta resulta ser una verdadera garantía, y las normas jurídicas están llamadas a garantizar su cumplimiento y observar de manera imperativa que estos últimos tienen derecho a la compañía, cuidado y amor de sus padres en iguales condiciones y sin ningún tipo de limitación por razón de sexo o género de estos.

En este orden de ideas, es importante mencionar que Colombia ha suscrito diversos convenios y tratados internacionales orientados a salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues es de precisar que a lo largo de la historia se ha venido evidenciando un alto índice de violencia hacia los menores de edad, especialmente por grupos armados ilegales o bandas criminales y es por ello, que a partir de la Constitución Política de 1991 el legislador le otorgó una protección especial al niño, no solo por parte del Estado sino por la sociedad y la familia.

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior y en concordancia con los instrumentos internacionales es preciso mencionar que Colombia ha suscrito convenios o pactos respecto a los derechos de los niños que generan un gran aporte y valor jurídico dentro del derecho colombiano, como por ejemplo el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños incorporado en Colombia por la Ley 173 de 1994 por medio del cual se requiere proteger a los niños de los traslados ilícitos, por otra parte, se encuentra el Convenio No. 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo ratificado por Colombia por la Ley 515 de 1999 el cual busca abolir el trabajo infantil, Convención sobre los derechos del niño la cual fue aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, en ella según la UNICEF (2017):

i) Reconoce que los niños y las niñas son titulares de sus propios derechos -no recipientes pasivos de caridad, sino actores en su propio desarrollo. ii) Define a la niñez como un espacio distinto de la edad adulta, y establece los derechos que deben hacerse realidad para que el niño pueda desarrollar su pleno potencial, libre de hambre y necesidades, negligencia y abuso. y iii) Compromete a los Estados a cumplir con sus obligaciones reformando sus leyes y políticas o dictando otras nuevas para cumplir plenamente con las disposiciones de la Convención, y a considerar todas sus medidas desde la óptica del interés superior del niño.

Como consecuencia, los instrumentos internacionales han servido de gran ayuda para que no solo Colombia sino otros estados modifiquen sus políticas públicas y puedan crear leyes encaminadas a la protección del niño y es por ello, que la UNICEF como recomendación a los gobiernos y las empresas resaltó que (UNICEF, 2019):

Tanto los gobiernos como las empresas deberían velar por que se aplique el permiso parental remunerado, y deberían abogar por que el permiso de paternidad sea tan importante como el permiso de maternidad remunerado. Deberían ofrecer garantías de licencia de paternidad remunerada además de la licencia de maternidad, y ambos deberían garantizar conjuntamente la protección del empleo y promover la utilización de la licencia de paternidad por parte de los hombres.

De igual forma, es relevante mencionar que la Convención sobre los Derechos del Niño regula un tema de gran relevancia para el tema objeto de estudio, siendo el interés superior del niño, esto porque el Estado, la familia y la sociedad en general deben garantizar el pleno desarrollo y bienestar, de los derechos del menor, respecto a esto particularmente la Corte Constitucional mencionó que (Corte Constitucional, 2018):

De todo lo expuesto se puede constatar las finalidades incorporadas en la Convención de los Derechos del Niño, así como en otros instrumentos internacionales, de armonizar el ejercicio de los derechos de los menores de acuerdo con su edad y se concluye que: (...) (iii) los padres, la familia ampliada o la comunidad tienen derecho a que el Estado respete sus derechos y deberes acorde con la ley local (CDN, art.5); (iv) la primacía del interés superior del niño constituye una excepción a su derecho de no ser separado de su familia (CDN, art.9); (...)

Ahora, si analizamos hacia dónde se dirige la norma, ¿cuál es la voluntad general que se busca resaltar con esta?, debemos tener en cuenta su función directiva²² y su contexto, pues pretende optimizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, buscando alcanzar en mayor grado la finalidad que persigue el legislador por medio de la Ley, la cual corresponde a incentivar la adecuada atención y cuidado de la primera infancia.

Habiendo dicho esto y con el fin de determinar la importancia de la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en relación a la licencia de paternidad, es de relevancia traer a colación el artículo 44 de la Constitución Política (1991):

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Se presenta la vulneración de este precepto constitucional cuando se entiende que el niño o niña debe obtener del padre, el amor, cuidado y crianza en los mismos términos y

²² En otras palabras, conforme a la función directiva de la supremacía constitucional, la armonía con la Carta Política opera como árbitro entre dichas interpretaciones jurídicas divergentes, otorgándose con ello no solo plena eficacia de dicho principio, sino también seguridad jurídica, la racionalidad y la razonabilidad al orden jurídico en su conjunto.

condiciones, con iguales garantías en que los obtiene de la madre, por ser un derecho y una garantía que prevalece sobre los derechos de los demás, por ser un sujeto de especial protección por parte del estado y la sociedad.

Se fundamenta la ruptura de este mandato constitucional, dejando de manifiesto que el derecho a la licencia de paternidad reconocida por el legislador como una licencia remunerada y garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, especialmente el de recibir amor y cuidado es vulnerado por la expresión contenida en el párrafo segundo del artículo 2 de la ley 2114 de 2021 la cual advierte que *“El padre tendrá derecho a dos (2) semanas de licencia remunerada de paternidad.”*

En esta norma, se ve la intención del legislador de plasmar en la ley, los días hábiles, que se reconocen al padre con ocasión a la licencia remunerada de paternidad, pues como lo advierte la Corte Constitucional (2009):

El periodo que el legislador concede como licencia remunerada de paternidad, ha sido concebido para vincular efectivamente al padre con las tareas de cuidado y atención a su pequeño hijo, teniendo en cuenta, además, la necesaria y conveniente asistencia al recién nacido, y se trata de una medida de protección destinada a realizar los derechos superiores del infante, particularmente, aquellos vinculados al cuidado y amor de quien por su condición de indefensión e inmadurez física y mental, requiere la mejor atención tanto de sus padres, de la familia como también del Estado.

Teniendo esto presente y observando la orientación del espíritu de esta ley, se refleja que la intención es evolucionar en aras de garantizar siempre el interés del menor, y la jurisprudencia ha señalado que el interés de los niños (Corte Constitucional, 1995) “debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo” y como fuente legal de esto

encontramos la Ley 1098 de 2006 en su artículo 8 y 9 hace hincapié en el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes (Ley 1098 de 2006, 2006):

Artículo 8°. 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 9°. 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.

Los anteriores referidos normativos, fijan un criterio de interpretación en relación a la licencia de paternidad entendida como el instrumento a través del cual el estado brinda protección y cuidado a los menores por tanto, se debe observar con mayor detenimiento que la protección y garantía efectiva de los derechos del menor tiene prevalencia y en consecuencia, deben ser otorgados, los derechos derivados de la licencia de paternidad y maternidad en iguales condiciones tanto a los padres como a las madres porque ambos derechos son necesarios para el desarrollo integral de los sujetos de especial protección niños, niñas y adolescentes y es por ello que la jurisprudencia ha reiterado que : (Corte Constitucional, 2018):

(...) el deber de custodia y cuidado personal de ambos padres frente a los hijos menores, además de responder a los lineamientos de la progenitura responsable y a la igualdad de derechos y obligaciones entre los progenitores, se justifica prevalentemente

desde la perspectiva constitucional en el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, y en el derecho que tienen a la unidad familiar

Es necesario precisar que la ley referida persigue varios fines como lo son la protección a la niñez, reducción de brecha generacional existente y la desigualdad, promoción de la participación activa del padre especialmente en la crianza y el cuidado de los hijos, protección a las madres y sus hijos en los primeros días de convivencia, garante del interés superior del menor sin embargo es por este motivo que no resulta razonable que exista una desigualdad infundada que impide a los niños niñas o adolescentes a recibir compañía amor y cuidado en igualdad de condiciones de ambos padres, es por ello, que la paternidad es de suma importancia pues la UNICEF (2019) mencionó que:

También hay evidencias que plantean la posibilidad de que la licencia por paternidad puede afectar indirectamente la salud de los niños. Algunos estudios han encontrado que los padres que toman la licencia por paternidad se involucran más en el cuidado infantil y en otros trabajos no remunerados en el hogar lo que puede apoyar la lactancia materna y reducir la probabilidad de depresión posparto, factor que a su vez beneficia la salud infantil.

En este sentido entonces es necesario recalcar la importancia que tiene el padre en el cuidado y apoyo de la madre pero más importante es que esta medida tiene implicaciones que influyen de manera directa en la salud de los niños, esto bajo lo mencionado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, además lo que destacó esta misma entidad en lo referente a que la licencia por paternidad aumenta la participación activa del padre en las labores del hogar, reduce la desigualdad de género, y beneficia la salud infantil y materna, es en este punto donde nace la importancia del reconocimiento de esta licencia de paternidad en igualdad de condiciones a las madres con el fin de promover en mayor medida los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes.

Debemos también resaltar lo que ha dicho la Corte en materia de protección de la niñez y que según la Corte Constitucional (2003): “la protección de la niñez en Colombia y el desarrollo del derecho constitucional de los menores al amor y el cuidado de sus dos progenitores, no solo de uno de ellos” derecho que debe garantizarse en igualdad de condiciones, para que se visualice de manera efectiva, el mandato constitucional de dar amor y cuidado de sus dos progenitores. Además, tratándose de la prevalencia del interés superior del menor debe observarse lo ya mencionado por la Corte Constitucional que: (Corte Constitucional, 2017)

En sentencia SU-696 de 2015, la Corte señaló que debe prevalecer el interés superior del niño y debe actuarse de manera inmediata e incondicional cuando el infante se halle en estado de necesidad o ante una amenaza cierta y grave de sus derechos, como deber prioritario e ineludible. Es así como no pueden alegarse otras obligaciones que dilaten la eficacia de la acción del Estado y de la sociedad hacia la protección de los menores de edad, porque el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica

Como el fundamento de la licencia de paternidad versa sobre un derecho constitucional consagrado a favor de los menores, y teniendo en cuenta su carácter prevalente, el interés superior del menor de recibir asistencia, cuidado, crianza y acompañamiento para su pleno desarrollo debe darse en iguales condiciones para una garantía real y efectiva de sus derechos, no como un capricho sino como una medida tendiente a garantizar el fin para el cual nació a la vida jurídica.

En cuanto al análisis de las condiciones jurídicas de los menores en relación a la garantía del interés superior, se debe recalcar según la jurisprudencia la importancia de aspectos puntuales que deben ser tenidos en cuenta para su aplicación como: Corte Constitucional (2017) “el equilibrio con los derechos de los padres, provisión de un

ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención del estado en las relaciones paterno materno filiales.”

Entonces es deber de los padres cumplir las obligaciones derivadas de la paternidad o maternidad, con la finalidad de garantizar el bienestar general del menor. De igual forma, según al Corte Constitucional (2017):

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, señala en su artículo 3.2, que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley”. Esto impone a los padres cumplir con los deberes respecto de sus hijos orientados a garantizar su bienestar general.

Con base en todos los fundamentos de orden legal y constitucional, que anteriormente se mencionan, y bajo el postulado de que los derechos fundamentales de los niños priman sobre cualquier interés y según la Ley 1098/06 (2006): “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”, debe garantizarse el goce del derecho al amor y cuidado, en las mismas condiciones que lo podría recibir de la madre, porque este derecho no puede ser objeto de una discriminación por razón de sexo o género, explícitamente porque la asignación de esa licencia se otorga con la finalidad de que el menor reciba el acompañamiento y asistencia de los padres y además, porque de acuerdo con la Jurisprudencia: (Corte Constitucional, 2012)

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.

En reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha determinado la naturaleza y características de la licencia de paternidad, y ha sido desarrollada de manera especial indicando que esta es la manifestación del derecho al interés superior del menor, sino que por medio de esta se garantiza el cuidado y amor, permitiéndole no solo la compañía permanente de la madre sino también del padre. Además, resaltan la importancia de la presencia del padre durante los primeros días del recién nacido ya que son fundamentales para su desarrollo físico y emocional, además de afianzar las relaciones paterno-filiales. Según la Corte Constitucional (2016):

En otras palabras, el derecho a obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad permite “garantizar 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”. La licencia de paternidad desarrolla el principio del interés superior del menor de edad, consagrado en el artículo 44 Superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Además, se erige como una forma de satisfacer el derecho al cuidado y al amor a que tienen todos los niños y niñas del mundo, pues reconoce que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo.

Esta postura de la Corte nos sirve para interpretar que la licencia de paternidad tiene como finalidad desarrollar el interés superior del menor de edad y la influencia de los padres en el desarrollo integral del hijo, es por esta trascendencia que debe garantizarse sin ningún tipo de diferenciación infundada e injustificada en las mismas condiciones en que los puede ejercer

la madre pues la paternidad reviste también una importante misión la cual es satisfacer en la mayor medida posible los derechos de los niños, niñas o adolescentes.

Conclusiones

Frente a la pregunta de la presente investigación y la hipótesis del trabajo se estableció que existe una vulneración del derecho de igualdad frente a los derechos del padre y del menor respecto al tiempo otorgado por la licencia de paternidad teniendo en cuenta que los padres deben gozar de las mismas garantías que las que gozan las madres adoptantes sin discriminación por razón de sexo o género pues no se evidencia un argumento válido por parte del legislador para que los padres solo tengan derecho a dos semanas por licencia de paternidad remunerada.

Del análisis de la legislación colombiana, y su evolución histórica se observa que Colombia ha expedido diferentes normas tendientes a regular la licencia de paternidad y maternidad, a partir de esto y de manera reiterada la ley ha pretendido varios propósitos, como lo son i) Que la madre tenga la compañía y atención del padre, en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio y ii) Se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia.

De acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional se determinó que la naturaleza jurídica de la licencia de paternidad es i) la vinculación del padre en la custodia, el cuidado, y amor del menor, ii) la asistencia del padre cuando el menor es recién nacido y iii) la protección del padre hacia el hijo en cada etapa de crecimiento.

Con base al análisis practicado se concluye que existe una vulneración injustificada del derecho de igualdad en la asignación de la licencia de paternidad teniendo en cuenta que la Ley 2114 del 2021 resulta discriminatoria porque limita los derechos de los padres, pues la parentalidad no puede quedar al arbitrio de los padres en la distribución del tiempo de licencias al que tiene derecho la madre aún siendo esto de común acuerdo entre los padres, pues son ambos a través de su filiación parental los que están llamados a garantizar de manera efectiva

el desarrollo, acompañamiento y crianza del menor sin ningún tipo de distinción con ocasión a su sexo o género.

Por lo tanto, la madre y el padre, deben recibir un trato igualitario por encontrarse en la misma condición fáctica porque: i) reduce la brecha de desigualdad que existe en la actualidad garantizando un derecho constitucional de manera efectiva, ii) promueve de manera directa la participación activa del padre en la familia cumpliendo la finalidad que persigue la ley y iii) los empleadores evitarían utilizar prácticas discriminatorias tales como, la exigencia de pruebas de embarazo o realización de preguntas relacionadas con planes reproductivos en la selección de personal.

Por otro lado, se resaltó la importancia y prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en relación a la licencia de paternidad siendo i) el interés superior del menor, iii) un pleno desarrollo de los derechos fundamentales por parte del estado, la familia y la sociedad por ser un sujeto de especial protección, iii) la creación de un vínculo con la madre y el padre en iguales condiciones, iv) recibir la atención y el cuidado infantil de alta calidad, v) tener un desarrollo saludable en su primera infancia vi) obtener del padre, el amor, cuidado y crianza en los mismos términos y condiciones, con iguales garantías en que los obtiene de la madre, por ser un derecho y una garantía que prevalece sobre los derechos de los demás.

Por último, se concluye que los beneficios que traería aumentar el tiempo de licencia de paternidad en Colombia serían los siguientes: i) beneficia a todo el núcleo familiar generando una mayor participación del padre en el hogar; ii) garantiza que el cuidado del menor tenga un mayor desarrollo tanto físico como psicológico, iii) Ayuda a que la responsabilidad parental no recaiga exclusivamente en la madre iv) reduce la desigualdad de género, v) la madre también tiene derecho a que el padre la acompañe en el pos-parto, vi) la licencia de paternidad y maternidad como un derecho laboral importante para la conciliación del trabajo y la vida familiar.

Referencias

- Alexy, R. (2009) *Los Derechos sociales y ponderación* (2.a ed.) Fundación Coloquio Jurídico Europeo. http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/Libros_Publicados/Cuadernos_Fundacion/DERECHOS_%20SOCIALES_Y_%20PONDERACION.pdf
- Armenta Ariza, A. (2018). El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Verba Iuris*, 14 (41). pp. 121-133. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4663/3957>
- Código Sustantivo del Trabajo. Congreso de la Republica. Diario oficial No. 27.407. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=33104>
- Congreso de la República. (2001, 17 de agosto). Gaceta del Congreso No. 408 de 2001 [file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/gaceta_408%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/gaceta_408%20(1).pdf)
- Congreso de la República. (2021, 15 de junio). Gaceta del Congreso No. 644 de 2021 [file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/gaceta_644%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/gaceta_644%20(1).pdf)
- Convención sobre los derechos del niño (1989)
- Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980, 27 de octubre)
- Convenio No. 138 sobre la edad mínima adoptado por la OIT (1973)
- Earle, A. y Heymann, J. (2019). Licencia parental remunerada y políticas orientadas a la familia un informe de evidencias. *UNICEF*. <https://www.unicef.org/media/95126/file/Parental-Leave-ES.pdf>
- Fernández, J., Tobío, C. (2005) *Conciliar las responsabilidades familiares y laborales: políticas y prácticas sociales*. Fundación Alternativas. https://www.researchgate.net/publication/28118005_Conciliar_las_responsabilidades_familiares_y_laborales_politicas_y_practicas_sociales

Ley 1098 de 2006. (2006, 8 de noviembre). Congreso de la Republica. Diario oficial No. 46.446.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Ley 12 de 1991. (1991, 22 de enero). Congreso de Colombia. [https://www.suin-](https://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1568638#:~:text=LEY%2012%20DE%201991&text=por%20medio%20de%20la%20cual,20%20de%20noviembre%20de%201991&text=Los%20Estados%20Partes%20en%20la%20presente%20Convenci%C3%B3n.)

[juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1568638#:~:text=LEY%2012%20DE%201991&text=por%20medio%20de%20la%20cual,20%20de%20noviembre%20de%201991&text=Los%20Estados%20Partes%20en%20la%20presente%20Convenci%C3%B3n.](https://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1568638#:~:text=LEY%2012%20DE%201991&text=por%20medio%20de%20la%20cual,20%20de%20noviembre%20de%201991&text=Los%20Estados%20Partes%20en%20la%20presente%20Convenci%C3%B3n.)

Ley 1468 de 2011. (2011, 30 de junio). Congreso de la Republica. Diario oficial No. 48.116.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1468_2011.html

Ley 173 de 1994. (1994, 22 de diciembre). Congreso de Colombia.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37803>

Ley 1822 de 2017. (2017, 4 de enero). Congreso de Colombia. Diario Oficial No. 50.106.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78833>

Ley 2114 de 2021. (2021, 29 de julio). Congreso de Colombia.

<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202114%20DEL%2029%20DE%20JULIO%20DE%202021.pdf>

Ley 50 de 1990. (1990, 28 de diciembre). Congreso de Colombia. Diario oficial No. 39618.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=281>

Ley 515 de 1999. (1999, 4 de agosto). Congreso de Colombia.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6300>

OIT (2014). La maternidad y la paternidad en el trabajo.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_242618.pdf

Piedra, N. (2004). *Relaciones de poder: leyendo a foucault Desde la perspectiva de género*.

Revista de Ciencias Sociales. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15310610>

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2016, 17 de marzo). Obtenido de

<http://hdr.undp.org/en/content/paid-parental-leave-including-mandatory-paternity-leave>

Robert, A. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

<http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>

Sentencia C-005/17. (2017, 18 de enero). Corte Constitucional (Luis Ernesto Vargas Silva, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-005-17.htm>

Sentencia C-022/20. (2020, 29 de enero). Corte Constitucional (Alberto Rojas Ríos, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-022-20.htm>

Sentencia C-028/19. (2019, 30 de enero) Corte Constitucional (Alberto Rojas Ríos, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-028-19.htm>

Sentencia C-038/21. (2021, 24 de febrero). Corte Constitucional (Cristina Pardo Schlesinger, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-038-21.htm>

Sentencia C-054/16. (2016, 10 de febrero). Corte Constitucional (Luis Ernesto Vargas Silva, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm>

Sentencia C-055/99. (1999, 3 de febrero). Corte Constitucional (Carlos Gaviria Díaz, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-055-99.htm>

Sentencia C-058/18. (2018, 6 de junio) Corte Constitucional (Alejandro Linares Cantillo, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-058-18.htm>

Sentencia C-084/20. (2020, 27 de febrero) Corte Constitucional (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-084-20.htm>

Sentencia C-113/17. (2017, 22 de febrero). Corte Constitucional (María Victoria Calle Correa, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-113-17.htm>

Sentencia C-115/17. (2017, 22 de febrero). Corte Constitucional (Alejandro linares Cantillo, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-115-17.htm>

Sentencia C-1287/01. (2001, 5 de diciembre). Corte Constitucional (Marco Gerardo Monroy Cabra, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm>

- Sentencia C-144/15. (2015, 6 de abril) Corte Constitucional (Martha Victoria Sachica Méndez , M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-144-15.htm>
- Sentencia C-152/03. (2003, 25 de febrero). Corte Constitucional (Manuel José Cepeda Espinosa, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-152-03.htm>
- Sentencia C-174/09. (2009, 18 de marzo). Corte Constitucional (Jorge Iván Palacio Palacio, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-174-09.htm>
- Sentencia C-250/12. (2012, 28 de marzo). Corte Constitucional (Humberto Antonio Sierra Porto, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-250-12.htm>
- Sentencia C-273/03. (2003, 1 de abril). Corte Constitucional (Clara Inés Vargas Hernández, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-273-03.htm>
- Sentencia C-383/12. (2012, 24 de mayo) Corte Constitucional (Luis Ernesto Vargas Silva, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-383-12.htm>
- Sentencia C-543/10. (2010, 30 de junio). Corte Constitucional (Mauricio González Cuervo, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-543-10.htm>
- Sentencia C-586/16. (2016, 26 de octubre). Corte Constitucional (Alberto Rojas Ríos, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-586-16.htm>
- Sentencia C-663/09. (2009, 22 de septiembre). Corte Constitucional (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-663-09.htm>
- Sentencia C-804/09. (2009, 11 de noviembre). Corte Constitucional (María Victoria Calle Correa, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-804-09.htm>
- Sentencia C-818/10. (2010, 13 de octubre). Corte Constitucional (Humberto Antonio Sierra Porto, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-818-10.htm>
- Sentencia T-033/20. (2020, 30 de enero). Corte Constitucional (José Fernando Reyes Cuartas, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-033-20.htm>
- Sentencia T-071/16. (2016, 19 de febrero). Corte Constitucional (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-071-16.htm>

Sentencia T-105/10. (2010, 16 de febrero). Corte Constitucional (Jorge Iván Palacio Palacio, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2010/T-105-10.htm>

Sentencia T-114/19. (2019, 14 de marzo). Corte Constitucional (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-114-19.htm>

Sentencia T-1160/08. (2008, 26 de noviembre). Corte Constitucional (Jaime Araujo Rentería, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1160-08.htm>

Sentencia T-117/13. (2013, 07 de marzo). Corte Constitucional (Alexei Julio Estrada, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-117-13.htm>

Sentencia T-190/16. (2016, 20 de abril). Corte Constitucional (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-190-16.htm>

Sentencia T-207/17. (2017, 04 de abril). Corte Constitucional (Antonio José Lizarazo Ocampo, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-207-17.htm>

Sentencia T-280A/16. (2016, 27 de mayo) Corte Constitucional (Luis Ernesto Vargas Silva, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-280A-16.htm>

Sentencia T-298/04. (2004, 25 de marzo). Corte Constitucional (Eduardo Montealegre Lynett, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-298-04.htm>

Sentencia T-384/18. (2018, 20 de septiembre) Corte Constitucional (Cristina Pardo Schlesinger, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-384-18.htm>

Sentencia T-408/95. (1995, 12 de septiembre) Corte Constitucional (Eduardo Cifuentes Muñoz, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-408-95.htm>

Sentencia T-432/92. (1992, 25 de junio). Corte Constitucional (Jaimen Sanin Greiffenstein y Ciro Angarita Baron, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-432-92.htm>

Sentencia T-572/17. (2017, 13 de septiembre) Corte Constitucional (Antonio José Lizarazo Ocampo, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-572-17.htm>

Sentencia T-709/03. (2003, 14 de agosto) Corte Constitucional (Alfredo Beltrán Sierra, M.P).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-709-03.htm>

UNICEF (2017). Obtenido de <https://www.unicef.org/colombia/media/1131/file/Convencion-sobre-los-derechos-del-nino-2019.pdf>

UNICEF (2019) obtenido de <https://www.unicef.org/media/95066/file/Family-friendly-policies-ES.pdf>