

Legislación y realidad: desafíos legales del fuero de maternidad en personas de género diverso*

*Legislation and reality: legal
challenges of maternity leave
in people of diverse gender*

Maite Rocío Cañate Barreneche**
María Gabriela Herrera Moreno***

* Recibido el 31 de julio de 2024. Aceptado el 9 de septiembre 2024.

DOI: <https://doi.org/10.18601/30283574.v01n02.04>

** Docente de planta, Universidad del Magdalena. Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-0699-2663>

*** Estudiante de Derecho, Universidad del Magdalena. Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-5523-7834>

RESUMEN

El fuero de maternidad es un amparo constitucional dirigido a las personas que se encuentran trabajando y en estado de embarazo o en el período de lactancia; estas no podrán ser despedidas y además las condiciones de trabajo no podrán ser desmejoradas sin la autorización del Ministerio del Trabajo. Históricamente en la sociedad se establecieron roles de género, pero estos con el paso del tiempo y la variabilidad de la humanidad se han visto envueltos en cambios significativos con las nuevas concepciones de la orientación sexual y de género; por lo tanto, el panorama cisnormativo es cada vez menor. El objetivo de este trabajo es realizar un paralelo entre la legislación existente sobre el fuero de maternidad y la realidad en Colombia; en razón a ello, es preciso advertir cuáles son las desventajas de la falta de regulación de esta temática en los hombres transgénero y las personas no binarias y cómo se ven afectados sus derechos laborales y reproductivos cuando se encuentran en proceso de gestación. Con este propósito, se llevó a cabo el análisis de la normatividad pertinente sobre la Seguridad Social, incluyendo normas como la Ley 2114 de 2021 y la Ley 2306 de 2023, además de sentencias recientes como la C-324/2023 de la Corte Constitucional. La falta de legislación contundente dirigida a la protección del fuero de maternidad en personas de género diverso acarrea la desprotección de estos dado que, al ser sujetos de especial atención, constantemente han sido víctimas de discriminación y violencia laboral. El Estado como institución garante de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política de 1991 está obligado a actuar en favor de la necesidad de los ciudadanos, y el ahínco debe ser aún mayor cuando se trate de un individuo que posee claramente una desventaja histórico-social.

PALABRAS CLAVE

Seguridad Social, fuero de maternidad, lactancia, igualdad, comunidad LGBTIQ+.

ABSTRACT

Maternity leave is a constitutional protection aimed at people who are working and are pregnant or breastfeeding. They cannot be fired and working conditions cannot be worsened without the authorization of the Ministry of Labor. Historically, gender roles were established in

society, but with the passage of time and the variability of humanity, these have been involved in significant changes, with new conceptions of sexual orientation and gender, therefore, the cis normative panorama is less and less. The objective of this work is to make a parallel between the existing legislation on maternity leave and the reality in Colombia. For this reason, it is necessary to stipulate what are the disadvantages of the lack of regulation of this topic in transgender people and non-binary people, and how their labor and reproductive rights are affected when they are in the process of pregnancy. The analysis of the relevant regulations on Social Security was carried out, including laws such as Law 2114 of 2021 and Law 2306 of 2023, in addition to recent rulings such as C-324/2023 of the Constitutional Court. The lack of significant legislation aimed at protecting maternity rights for people of diverse genders leads to a lack of protection for them given that, being subjects of special attention, they have constantly been victims of discrimination and workplace violence. The State, as an institution that guarantees effectiveness of the principles, rights and duties enshrined in the Political Constitution of 1991 is obliged to act in favor of the needs of citizens and the effort must be even greater when dealing with an individual who clearly has a historical-social disadvantage.

KEY WORDS

Social security, maternity leave, breastfeeding, equality, LGBTIQ+ community.

1. INTRODUCCIÓN

Al abordar el tema propuesto, es inevitable empezar por mencionar el papel fundamental de la Seguridad Social como derecho de todas las personas y como deber a cargo del Estado social de derecho. Es así como de la institución jurídica aludida se ocupó la Conferencia Internacional del Trabajo que tuvo lugar en Filadelfia en 1944 para declarar que

la seguridad social engloba un conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra riesgos a los cuales se hayan expuestos. El advenimiento de esos riesgos entraña gastos imprevistos, a los que el individuo que dispone de recursos módicos no puede hacer frente por

sí solo, ni por sus propios medios, ni recurriendo a sus economías, ni siéndole tampoco posible recurrir a la asistencia de carácter privado de sus allegados¹.

Ahora bien, para no extendernos en el recuento histórico con relación al derecho a la Seguridad Social, es oportuno señalar que nuestra carta magna en su artículo 48 prevé de manera expresa que el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la Seguridad Social; en ese orden de ideas, el problema del siglo XXI se evidencia cuando se presentan nuevas situaciones que también exigen el amparo del engranaje jurídico; esto es, como era lógico, el transcurrir de los años y las constantes dinámicas sociales nos muestran otras realidades sociales que no estaban contempladas en nuestra legislación.

En ese orden de ideas, si bien el derecho a la licencia de maternidad en cabeza del titular que en principio se pretendió proteger y se protege tanto en el Código Sustantivo del Trabajo (CST)² como en la Ley 100 de 1993³, sus reformas y decretos reglamentarios, es decir, al menor y a la madre, hoy el interrogante es otro, hoy nos preguntamos: ¿y qué pasa con el mismo derecho, pero con relación a los hombres transgénero y personas de género no binario en Colombia?, porque claramente parecieran no estar incluidos en las distintas fuentes normativas enunciadas, pese a que el principio de universalidad expuesto en el marco legal del sistema mismo es diáfano en cuanto a su definición y objetivo principal, que no es otro que la cobertura es para todas las personas por igual.

En ese mismo sentido, nos preguntamos: si la misma Ley 100 de 1993 establece en uno de sus principios –teniendo a este como norma orientadora y pilar– que la cobertura es para toda persona, ¿por qué para este grupo existen barreras que les impiden gozar del derecho en igualdad de condiciones que el resto de los destinatarios de la disposición normativa?

El acrecentamiento de los avances jurisprudenciales y legales en materia de protección laboral a la comunidad LGTBIQ+ en el último siglo en Colombia es palpable e interesante al ser un tema tan complejo en el desarrollo jurídico social del país. La presente investigación se centra en el progreso del principio de estabilidad laboral reforzada en razón al fuero de maternidad, que supone que las personas respaldadas en estado de embarazo o lactancia no serán desvinculadas

1 Rafael Mesa Rodríguez, "Capítulo III. Definiciones y principios de la seguridad social", en *Tratado de Seguridad Social* (Universidad del Norte e Ibáñez, 2019), 35, <https://doi.org/10.2307/j.ctvswx8sw.6>

2 Código Sustantivo del Trabajo, Decreto Ley 2663 de 1950, 5 de agosto de 1950.

3 Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, 23 de diciembre de 1993, DO: 41148.

de su puesto de trabajo por razón de la situación que los hace más vulnerables que el resto de la población.

La bifurcación entre la falta de regulación y la protección legal del fuero de maternidad en los hombres transgénero y personas de género no binario durante sus embarazos o períodos de gestación implica una afectación para esta comunidad en su entorno social y laboral, además de que supone indicios de discriminación y, por lo tanto, conduce a la falta de acceso a servicios de salud reproductiva adecuados, además de provocar otras formas de exclusión social y económica o el ignorar las necesidades y realidades de esta comunidad.

Esta investigación surge de la necesidad reguladora que padece el país frente a múltiples derechos laborales de la población transgénero y de género no binario; en este caso puntual, del fuero de maternidad, dado que, al igual que en Colombia, en muchas otras partes del mundo las políticas y legislaciones excluyen a menudo a este sector de la población. Es acertado afirmar que la Corte Constitucional y diferentes órganos de la rama legislativa del país han realizado aportes significativos a favor de los desafíos que contrarresta esta comunidad en un entorno legal y social que a menudo no reconoce su identidad de género de manera plena y equitativa. Con el análisis de precedentes sobre el déficit de inclusión en políticas de maternidad y casos documentados de discriminación, esta investigación busca arrojar luz sobre un tema trascendental pero poco explorado en Colombia.

Además, el presente artículo nace de la proyección de una investigación socio-jurídica enfocada en el cumplimiento de los derechos de una población de protección especial, pues trata de estudiar la eficacia de las normas y visibilizar la efectividad o inefectividad parcial de estas. Se hizo uso de una metodología jurídica-teórica y empírica desde una perspectiva cualitativa de tal manera que, en el desarrollo del análisis propuesto, no se encontró ninguna característica del objeto de estudio que fuera posible cuantificar; con ayuda del método inductivo se logró obtener una serie de conclusiones válidas a partir del estudio de situaciones particulares. En consecuencia, entre las técnicas de recopilación de información se utilizaron con mayor ahínco la investigación documental y la etnografía y se realizó un análisis por medio de la lectura y la hermenéutica.

La situación laboral que experimentan las personas en condición gestante se ve delimitada por las disposiciones de los artículos 236, 237, 238, 239 y 240 del CST, porque estos reglamentan temas como la licencia en la época de parto, el descanso remunerado durante la lactancia, la prohibición de despido, la nulidad de este y lo que en conjunto hace parte del fuero de estabilidad laboral reforzada por la gestación; todos estos preceptos van dirigidos textualmente a las madres o a las trabajadoras, y en esencia desconocen la utilización del lenguaje legal correcto.

Con base en lo anterior, en el presente artículo de investigación se observará el marco legal colombiano actual relacionado con el fuero de maternidad. A partir del estudio de estas normas se identificarán los desafíos enfrentados por las personas de género diverso y además se realizarán múltiples sugerencias con el fin de garantizar la igualdad de derechos laborales; con esto será posible desarrollar un análisis comparativo entre la normatividad y la realidad social.

La Corte Constitucional recientemente en la Sentencia C-324 de 2023 reconoció la existencia de discriminación estructural e invisibilización de los hombres transgénero y las personas no binarias en la estructura taxativa de algunos de los artículos mencionados con anterioridad; sin embargo, la no creación y no implementación de políticas específicas que reconozcan y protejan las necesidades de estas personas durante el período prenatal puede acarrear diversas circunstancias laborales en que muchas de ellas se encuentren expuestas a múltiples formas de discriminación, violencia y exclusión social.

Ahora bien, la escasa implementación de leyes que contengan realmente un carácter proteccionista hacia este vulnerable sector de la población, tanto en el ámbito laboral como en el acceso a servicios de salud reproductiva adecuados, representa un problema para la sociedad y el Estado; por lo tanto, este estudio se propone investigar cómo la carencia de regulación y protección legal del fuero de maternidad impacta directamente en las vidas de los hombres transgénero y personas de género no binario que experimentan procesos reproductivos.

Al abordar esta problemática, se pretende reflexionar y hacer aún más evidente la necesidad imperiosa de la creación y planteamientos concretos de políticas más inclusivas y equitativas que reconozcan y protejan los derechos reproductivos de todas las personas, independientemente de su identidad de género. A pesar de los avances en la legislación que protege los derechos de las personas LGBTQ+, existe una brecha importante en la protección de sus derechos reproductivos, particularmente en lo que respecta al acceso a licencias por maternidad y a un entorno laboral seguro y libre de discriminación durante el embarazo y el parto.

En Colombia, "el fuero de maternidad es una protección constitucional del cual gozan las trabajadoras que se encuentran en estado de embarazo y en el período de lactancia de no ser despedidas, ni las condiciones de trabajo desmejoradas sin previa autorización del Inspector de Trabajo"⁴. En consecuencia, es importante desde el punto de vista legal y social garantizar la protección de la vida y la salud de quienes atraviesan por un período antenatal, además de la

4 Concepto 202312030000068155 de 2023 [Ministerio del Trabajo], sobre estabilidad laboral reforzada en periodo de lactancia, 13 de diciembre de 2023, párr. 24, <https://www.alcaldia-bogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=152761>

unidad familiar y la vida del neonato, y por ende preguntarnos: ¿cómo podría aplicarse la normatividad existente sobre el fuero de maternidad a los hombres transgénero y personas de género no binario que se encuentran en estado de embarazo o proceso de gestación en Colombia?

2. MARCO LEGAL ACTUAL RELACIONADO CON EL FUERO DE MATERNIDAD EN COLOMBIA Y SU APLICABILIDAD A LOS HOMBRES TRANSGÉNERO Y DE GÉNERO NO BINARIO

Inicialmente, se pretende desglosar la normatividad existente sobre la estabilidad reforzada en el trabajo en razón del fuero de maternidad, y para ello es indispensable analizar el capítulo V del título VIII del CST que versa sobre la “*protección a la maternidad y protección de menores*”, al igual que la Ley 2114 de 2021^[5] que versa sobre la ampliación de la licencia de paternidad, la creación de la licencia parental compartida y la licencia parental flexible de tiempo parcial.

El artículo 236 del CST en su numeral primero señala que todas las trabajadoras que se encuentren en estado de embarazo tendrán derecho a una licencia de 18 semanas en la época de gestación; tal período será remunerado con el salario que esta devengue en el momento de iniciar la licencia; la protección de esta licencia debería ser un tema preeminente para el Estado colombiano, pues este suministra la seguridad y el cuidado no solo de la persona gestante sino también del menor que se está formando. La maternidad es un proceso complejo y diverso que históricamente se le ha atribuido a la feminidad y a raíz de esto se ha desencadenado la relación entre la palabra mujer con el hecho de ser mamá.

Ahora bien, la maternidad puede ser concebida como “un término que se encuentra en permanente evolución y en el cual inciden tanto factores culturales como sociales, los cuales lo han relacionado con las definiciones de mujer, procreación y crianza”⁶; sin embargo, el surgimiento de diferentes orientaciones sexuales (atracción física, emocional, erótica que se siente hacia otra persona) e identidades de género (manifestación personal del género) han traído consigo la modificación de los patrones históricamente establecidos de cómo ser mujer y, por lo tanto, de cómo se lleva a cabo la maternidad o el embarazo.

Continuando con la reglamentación, el artículo 237 del CST, que versa sobre el descanso remunerado en caso de aborto, indica que la trabajadora que se

5 Ley 2114 de 2021, por la cual se promueve la protección de la maternidad y la primera infancia, se crean incentivos y normas para la construcción de áreas que permitan la lactancia materna en el espacio público, 31 de julio de 2023, DO: 52473.

6 Karla Barrantes Valverde y María Fernanda Cubero Cubero, “La maternidad como un constructo social determinante en el rol de la feminidad”, *Revista Winb Lu* 9, n.º 1 (2014): 29-42.

encuentre embarazada y en el proceso sufra un aborto o un parto prematuro no viable tendrá derecho a una licencia de dos a cuatro semanas, período que será remunerado con el salario que esta devengue en el momento de iniciar el descanso. El presente artículo se tendría que ver enlazado con la reciente Sentencia C-055 en la cual la Corte Constitucional, el 21 de febrero de 2022, estipuló que el aborto inducido o interrupción voluntaria del embarazo en Colombia es legal hasta las 24 semanas de gestación.

Siguiendo con este razonamiento, sería justo manifestar que los hombres transgéneros y las personas de género no binario que se encuentren en el curso de un embarazo y por algún motivo sufran un aborto o decidan interrumpir voluntariamente el proceso, deben ser resguardadas con las mismas protecciones que poseen las trabajadoras y, en este sentido, garantizar el amparo de los derechos laborales a este grupo poblacional.

El artículo 238 del CST determina que el empleador está obligado a otorgar a la trabajadora dos descansos, de 30 minutos cada uno dentro de la jornada, para amamantar a su hijo, sin lugar a descuento alguno del salario durante los seis meses siguientes al parto. La Ley 2306 de 2023^[7], que hace alusión al fomento de la protección de la maternidad y la primera infancia, la creación de incentivos y normas para construir áreas que posibiliten la lactancia materna en los espacios públicos, amplió el período de descanso remunerado durante la lactancia, pues ahora el empleador deberá continuar concediendo un descanso de 30 minutos durante la jornada laboral hasta dos años después del parto; obligatoriamente se debe certificar que luego de los 6 meses la lactancia continuará.

Por consiguiente, el artículo 6 de la Ley 2306 modifica textualmente el artículo 238 del CST y dispone que, durante el descanso remunerado por lactancia, el empleador es responsable de

conceder a la trabajadora dos (2) descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo [...] durante los primeros seis (6) meses de edad; y una vez cumplido este periodo, un (1) descanso de treinta (30) minutos en los mismos términos hasta los dos (2) años de edad del menor; siempre y cuando se mantenga y manifieste una adecuada lactancia materna continua⁸.

No obstante, al igual que en los demás artículos ya mencionados, la palabra “trabajadora” limita la esfera poblacional a la que se dirige la legislación y, por

7 Ley 2306 de 2023, por la cual se amplía la licencia de paternidad y se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, 29 de julio de 2021, DO: 51750.

8 Ley 2306 de 2023, art. 6.

lo tanto, no se puede afirmar con exactitud que la normatividad colombiana reconoce en la actualidad la posibilidad de que dos personas en una pareja (por ejemplo, un hombre transgénero y una mujer) puedan amamantar y, por ende, si ambos tienen derecho al mismo período de descanso remunerado por maternidad.

De manera que tal situación nos permite explorar brevemente el mundo de la *lactancia inducida* y la *relactación*, dos conceptos novedosos que traen consigo reformas legales futuras. La persona que en el pasado inició el período de gestación, amamantó e interrumpió la lactancia, puede en un futuro volver a producir leche sin la necesidad de un nuevo embarazo⁹, y a este suceso se le llama *relactación*. La mayoría de “las mujeres que relactan pueden producir suficiente leche para amamantar un niño de forma exclusiva”¹⁰. Ahora bien, la persona que nunca ha estado embarazada, pero que por razón de su sexo tiene la capacidad de estarlo, puede establecer la lactancia y a este acontecimiento se le llama *lactancia inducida*, que puede ser posible con tratamiento hormonal o estimulación artificial¹¹.

Según las indicaciones de la Organización Mundial de Salud (OMS), la leche materna es primordial para el crecimiento de los bebés, pues “los niños amamantados muestran un mejor desempeño en las pruebas de inteligencia, son menos propensos al sobrepeso o la obesidad y, más tarde en la vida, a padecer diabetes”¹²; por tal motivo es necesario ampliar el panorama y considerar las implicaciones laborales para las parejas conformadas por dos individuos que se ven en la necesidad de lactar.

A modo de ejemplo, en el 2023 en la revista *Infobae* se documentó en Argentina la historia de un hombre trans que estaba gestando mellizos –tras haber quedado en estado de embarazo mediante un tratamiento de fertilidad con espermatozoides de un donante anónimo– y de su pareja mujer, que también lactó a los bebés a pesar de nunca haberse encontrado en un período de gestación¹³.

9 José G. Fuenmayor, Thaís Álvarez de Acosta, Isabel Cluet de Rodríguez y María del R. Rossell-Pineda, “Relactancia, método exitoso para reinducir el amamantamiento en madres que abandonaron la lactancia natural”, *Anales Venezolanos de Nutrición* 17, n.º 1 (2004), https://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50798-07522004000100003

10 Organización Mundial de la Salud [OMS], “Relactación. Revisión de la experiencia y recomendaciones para la práctica” (WHO/CHS/CAH/98.14 Working Paper, 31 de diciembre de 1998), 1, https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68952/WHO_CHS_CAH_98.14_spa.pdf

11 Lucía López Granados, Andrea Serrano Reynal y Cynthia Restrepo Mora, “Inducción de la lactancia sin gestación”, *Pediatría Atención Primaria* 20, n.º 80 (diciembre de 2018): e113- e115.

12 “Lactancia materna”, Organización Mundial de la Salud, consultado el 28 de agosto de 2024, <https://www.who.int/es/health-topics/breastfeeding>

13 Gisele Sousa Días, “Él estuvo embarazado, ella no: tuvieron mellizos y los dos lograron amamantarlos”, *Infobae*, 2 de agosto del 2023, <https://www.infobae.com/historias/2023/08/03/>

En este caso, según se observa en la nota periodística, para la persona no fue fácil el momento de dar a luz, pues fue sujeto de juicios morales debido al hecho de ser varón y tener mamas.

El que un hombre trans viva un proceso de gestación, dé a luz y amante puede generar confusión, y además este se puede convertir en el foco de violencia sistemática proveniente de las instituciones de salud o de justicia. Que la sociedad entienda que una persona podría no sentirse cómoda o identificada con el género con el que nació y, aun así, querría vivir situaciones que van ligadas a este resulta complejo, pues históricamente los roles de género ya fueron estipulados por las normas sociales y comportamentales; tan simple como recitar el común “si es niña, rosado y si es niño, azul”.

No obstante, el *derecho*, entendido como conjunto de principios y normas¹⁴, no puede cerrarse al cambio y a la constante reforma; es un hecho que las sociedades mutan cada tanto y la responsabilidad que recae sobre la norma no es otra distinta a la de adaptarse.

El artículo 239 del CST establece que ninguna trabajadora puede ser despedida en razón a su estado de embarazo o lactancia y, en caso de hacerlo, el empleador debe tener autorización del Ministerio de Trabajo siempre y cuando avale una justa causa, y dispone que el despido que se lleve a cabo por motivo de embarazo o lactancia dentro de las 18 semanas luego del parto se presumirá en razón de este hecho y, si no se avala justa causa, tendrán derecho a recibir una indemnización igual a 60 días de trabajo.

En esta misma línea, la Corte Constitucional en la Sentencia C-005 de 2017 se dispuso a resolver demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del artículo 239 y el numeral 1 del artículo 240 del CST. El demandante sostuvo que tales articulados vulneraban los artículos 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 de la Constitución Política y el numeral 2 del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw).

El actor alegó que las normas acusadas, si bien protegían a la mujer embarazada trabajadora, al prohibir su despido durante el período de embarazo o lactancia y exigir un permiso para su despido, no extendía esta misma protección para la mujer no trabajadora que depende económicamente de su pareja que sí posee un vínculo laboral. La sentencia se pronuncia respecto al principio de igualdad de género y la protección del interés superior de niños y niñas recién nacidos o por nacer.

el-estuvo-embarazado-ella-no-tuvieron-mellizos-y-los-dos-lograron-amamantarlos/

14 Diccionario de la Lengua Española, versión 23.7 en línea, “Derecho”, consultado el 28 de agosto de 2024, <https://dle.rae.es/derecho>

Con base en esto, la Corte extendió esta protección no solo a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, sino también a sus cónyuges, parejas permanentes o compañeros de trabajo. En el caso de las parejas de la comunidad LGBTQ+ sería acorde suponer que tendrían los mismos derechos, por ejemplo, en el caso de una pareja conformada por un hombre transgénero y una mujer o por dos personas de género no binario, donde una de ellas se encuentra en estado de embarazo y la otra tiene un vínculo laboral con el cual subsisten. Resultaría inhumano afirmar que estas no serían acobijadas por las disposiciones de los artículos 239 y 240 del CST y, por lo tanto, no podríamos estar en desacuerdo a la hora de proteger a la persona en gestación y a la criatura que se está formando.

A pesar de lo mencionado, el panorama de los derechos y garantías para las personas transgénero y de género no binario sigue siendo crítico; aunque las normas hoy en día son mucho más inclusivas y proteccionistas con este grupo de la población, todavía es erróneo manifestar que gozan plenamente de sus derechos o que en sus vidas laborales no se ven amenazados, intimidados o incluso rechazados. En el 2022, en Colombia, el informe de la corporación Caribe Afirmativo¹⁵ –que desde el 2007 entrega un registro anual sobre la violencia hacia la comunidad LGBTQ+– señaló que 145 personas pertenecientes a esta comunidad habían sido asesinadas por causa de su identidad, y que las mujeres y hombres transexuales encabezaban la lista al ser los más agredidos. En este período se registraron 49 asesinados¹⁶.

3. DESAFÍOS ESPECÍFICOS ENFRENTADOS POR LOS HOMBRES TRANSGÉNERO Y DE GÉNERO NO BINARIO EN RELACIÓN CON EL FUERO DE MATERNIDAD, INCLUYENDO DISCRIMINACIÓN, ESTIGMA Y BARRERAS LEGALES

“La discriminación es un fenómeno social que vulnera la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas”¹⁷. Cuando se discrimina se descarta con base en las diferencias, se excluye y, por ende, se da un

15 Caribe Afirmativo, *No se mata lo que no se olvida: Informe sobre la situación de los derechos humanos de personas LGBTQ+ en Colombia 2022* (2023), 27, <https://caribeafirmativo.lgbt/wp-content/uploads/2023/03/INFORME-DDHH-LGBTIQ2023-CA.pdf>

16 Sally Palomino, “La violencia contra la población LGBTI no cesa: 145 asesinatos en un año”, *El País*, 15 de marzo de 2023, <https://elpais.com/america-colombia/2023-03-15/la-violencia-contra-la-poblacion-lgbti-no-cesa-145-asesinatos-en-un-ano.html>

17 Comisión Nacional de los Derechos Humanos [CNDH], *La discriminación y el derecho a la no discriminación* (CNDH México, 2012), 5, <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/43-discriminacion-dh.pdf>

trato inferior a causa de su origen étnico, su religión, su edad, su género, etc.; la población segrega lo que con el paso del tiempo surge y resulta contrario a las construcciones sociales culturalmente ya aceptadas, margina y estigmatiza lo “anormal”, lo que no encaja con el precedente o la matriz.

En los entornos laborales del país comúnmente observamos prácticas de discriminación sin justificación, empleadores que explotan a los trabajadores y se aprovechan del rol dominante que ejercen para obstaculizar el ambiente de trabajo. En consecuencia, la Ley 1010 de 2006^[18] que regula el acoso laboral se enfocó en corregir y sancionar las múltiples prácticas constituyentes de hostigamiento, teniendo claro que el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad y la intimidad forman parte de los bienes jurídicos protegidos por el Estado y la Constitución Política.

En Colombia, las personas que pertenecen a la comunidad LGBTIQ+ se enfrentan constantemente a entornos laborales llenos de discriminación, y esto trae consigo las prácticas de negación de la identidad que dificulta el desarrollo del trabajo, el acceso a este, al igual que la permanencia y la posibilidad de una pensión. Según un estudio realizado por el Programa de Promoción del Modelo de Empleo Inclusivo (PPMEI)¹⁹, en Bogotá el 60 % de la comunidad LGBTIQ+ se sienten vulnerables en su espacio de trabajo en razón a la homofobia y lesbofobia, además de que el 80 % de las personas transgénero se sienten discriminadas en la búsqueda de empleo en el proceso de contratación, solo por su identidad de género²⁰.

Ahora bien, en la Sentencia SU-067 de 2023 la Corte Constitucional estableció que las personas transgénero son sujeto de especial protección constitucional y ordenó el reintegro de una mujer transgénero que fue despedida de manera injusta en un período de incapacidad; la Corte Constitucional señaló que la identidad de género constituye una categoría protegida por la Constitución Política de Colombia y que cualquier tipo de discriminación basada en aquella es inconstitucional.

18 Ley 1010 de 2006, por la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo, 23 de enero de 2006, DO: 46160.

19 Secretaría Distrital de Planeación de la Alcaldía Mayor de Bogotá [SDP], *Diagnóstico y recomendaciones para la inclusión laboral de los sectores sociales LGBTI* (SDP, Fundación Corona, USAID, ACIDI/VOCA y Fundación ANDI, 2022), 17, <https://api.includere.co/uploads/dx-igtbi-small.pdf>

20 “Más de 100.000 personas de la comunidad LGBT+ se encuentran fuera de la fuerza laboral, según el DANE”, *Infobae*, 13 de junio de 2023, www.infobae.com/colombia/2023/06/14/mas-de-100000-personas-de-la-comunidad-lgbt-se-encuentran-fuera-de-la-fuerza-laboral-segun-el-dane/

Esta sentencia esclareció la presunción de discriminación, pues la terminación del contrato de trabajo de una persona transgénero se presume que fue motivada por la discriminación del género y, por lo tanto, el empleador deberá demostrar la no discriminación.

Las personas transgénero y de género no binario enfrentan desafíos sociales y culturales a lo largo de su vida; una de estas luchas se evidencia a la hora de acceder a los servicios de salud reproductiva y prenatal, debido a la poca orientación que poseen los empleados del área de la salud en temas como la orientación sexual y la identidad de género.

En 2022, en un artículo publicado en *Infobae* Colombia²¹ se divulgó una noticia de gran relevancia sobre Matheo Gómez y Valerie Sommer, una pareja transgénero de Cali. Matheo, un hombre transgénero, se encontraba en estado de embarazo y en la nota narraban cómo la pareja, a pesar de enfrentar desafíos y actos discriminatorios en la atención médica y la sociedad, había encontrado apoyo en organizaciones sociales, amigos y la universidad a la que asistían; en consecuencia, esperaban dar a luz a finales de año.

En los distintos controles de salud a los que asistía la pareja se veían obligados a instruir a los profesionales de la salud para evitar confusiones; aun así, estas persistían y pese a la existencia del Decreto 1227 de 2015^[22], que estableció la posibilidad de corregir el componente sexo de la cédula para las personas transgénero, la pareja tuvo inconvenientes a la hora de realizar cierto trámites; por ejemplo, cuando a Valerie le mandaron una ecografía testicular algunos funcionarios lo pusieron en cuestionamiento; en otra ocasión la pareja relató que durante una fila para la toma de exámenes, después de una hora y media de espera, un funcionario no veía la razón de que a Matheo le hicieran una prueba de VIH y que esta no le parecía prioritaria, sin entender que se trataba de un embarazo transmasculino²³.

Es importante señalar que en Colombia no existe un registro puntual de personas transgénero y de género no binario en estado de embarazo; no se tienen siquiera estadísticas sobre el número de personas que hacen parte de esta comunidad y habitan en el país, lo cual dificulta que las ONG realicen estudios con altos grados de credibilidad. Entre el 2021 y el 2022 se registraron alrededor

21 Kirvin Larios, "Ser varón trans y estar embarazado: 'Para evitar la violencia tiene que parecer que estoy gordito'", *Infobae*, 27 de junio de 2022, <https://www.infobae.com/lgbt/2022/06/28/ser-varon-trans-y-estar-embarazado-para-evitar-la-violencia-tiene-que-parecer-que-estoy-gordito/>

22 Decreto 1227 de 2015 [Presidencia de la República de Colombia], sobre el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil, 4 de junio de 2015, DO: 49532.

23 Larios, "Ser varón trans y estar en embarazo", párr. 11.

de 50 muertes de esta población que mundialmente posee un promedio de vida de 35 años²⁴.

La estigmatización social es uno de los mayores desafíos enfrentados por la comunidad LGBTQ+; aquella “se reconoce como una señal, marca, signo, manifiesto o no, que permite que aquel que lo porta se incluya en una categoría social en cuyos miembros se crea una respuesta social negativa”²⁵. El estigma es el desencadenante de la discriminación y, como consecuencia, acarrea la violación directa de los derechos humanos y del principio fundamental de la dignidad humana, que se encuentra consagrado en la Constitución Política de 1991 como un elemento base para la protección y la promoción de la libertad, la justicia y la igualdad^{26,27}.

Conviene resaltar que, mientras regímenes tradicionales como el heterosexismo, la heteronormatividad o las concepciones de género dicotómico sean tolerados y adoptados por la sociedad, los cambios serán nulos y las transgresiones en la vida de esta comunidad seguirán haciendo parte del día a día, pues la transformación del panorama nunca llegará sin un esfuerzo deliberado.

En cuanto a la controversia académica sobre si el género es una construcción social o una realidad biológica, en el presente artículo se entenderá como un constructo que se configura a base de ciertas categorías, que nacen a partir de normas, roles y expectativas culturales y sociales, más que por determinantes biológicos estrictos. Es preciso señalar que en el presente escenario se reconoce que las identidades de género son en la actualidad diversas y fluidas; por lo tanto, corresponden a un producto de múltiples experiencias individuales y colectivas, en lugar de responder a un binario rígido²⁸.

Una consecuencia de la lucha histórica de la comunidad LGBTQ+ es que trae consigo el reconocimiento de su condición especial de protección y, por ende, deben ser custodiados en todas las instancias, incluso del mismo sistema general de seguridad social, de ser necesario. La protección de los individuos

24 *Ibid.*, párr. 15.

25 Nohora Estella Joya-Ramírez, Giovane Mendieta-Izquierdo y Elizabeth Aurora Pérez-Hernández. “Estigma internalizado en un grupo LGBTQ+”. *El Ágora USB* 22, n.º 1 (noviembre de 2022): 301-316, <https://doi.org/10.21500/16578031.4680>

26 Andrés Sandoval Sarrias, “La noción de dignidad humana en la Corte Constitucional colombiana. Una mirada alternativa desde Martha Nussbaum”, *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia* 2, n.º 4 (noviembre de 2020): 15-39, <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i4.1>

27 David Mendieta y Mary Luz Tobón, “La dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho: el caso colombiano”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 10, n.º 3 (septiembre-diciembre de 2018): 278-289, <https://doi.org/10.4013/rechtd.2018.103.05>

28 Karmele Atucha, “La construcción social del género”, *Inguruak: Revista vasca de sociología y ciencia política*, n.º 22 (diciembre de 1998): 9-14.

con género diverso debe asegurar el fácil acceso a los derechos laborales, un trato justo y equitativo respecto a los servicios de salud y acompañamiento reproductivo, procurando que todos puedan vivir con total certeza de que serán respetados dentro de la sociedad.

4. RECOMENDACIONES Y POSIBLES REFORMAS LEGALES PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE DERECHOS Y LA PROTECCIÓN LABORAL A LOS HOMBRES TRANSGÉNERO Y DE GÉNERO NO BINARIO EN SITUACIONES DE EMBARAZO

Con el fin de garantizar la igualdad de derechos y protección laboral de los hombres trans y de género no binario, es importante tener claro cuáles son las barreras que enfrenta este grupo poblacional y, habiendo identificado los puntos clave de estas, formular soluciones concretas para combatirlas. Por lo tanto, es fundamental implementar programas de formación en todas las instancias del sistema judicial y administrativo colombiano, acompañados de jornadas de sensibilización ciudadana. Ahora bien, tales proyectos deberán ser creados con el fin de generar conciencia social y, en consecuencia, el nivel de comprensión y respeto hacia las diferentes identidades de género.

Es importante señalar que los servidores, funcionarios y empleados públicos cumplen un papel fundamental a la hora de promover el conocimiento sobre los derechos laborales de las personas transgénero y de género no binario. El rol de alguno de estos individuos es garantizar el funcionamiento eficiente de las instituciones gubernamentales, además de facilitar el cumplimiento de las políticas y disposiciones sobre el funcionamiento de la administración pública, de modo que las políticas y las normativas pueden estar ya estipuladas sobre el papel, pero sin una buena implementación en la realidad estas no cumplirán su propósito.

Además, es prudente recordar que el derecho es previo a la norma y este nace del requerimiento de un orden social, de la necesidad de reglar las múltiples conductas humanas y las incorpora, por medio de la legislación, a la sociedad. En palabras de Calvo Espiga, el “lenguaje y la norma se originan y justifican por ser medios instrumentales necesarios para ordenar el desarrollo de la dimensión social de los individuos: el lenguaje posibilitando una eficiente comunicación y el derecho permitiendo una convivencia pacífica y provechosa”²⁹. En consecuencia, es correcto afirmar que el lenguaje que es empleado por el órgano legislador

29 Arturo Calvo Espiga, “El lenguaje como medio de exclusión social y política: ¿autenticidad jurídica o corrección política?”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 48 (2023): epub 1-30, <https://doi.org/10.7770/10.7770/rchdcp-V14N1-art37>

puede llegar a ser excluyente, confuso y abierto a la interpretación de los encargados de impartir justicia en el país.

De tal manera, es necesario reformular las normas existentes para que el fuero de maternidad se defina de manera inclusiva desde su núcleo, eliminando el uso exclusivo de términos como “trabajadora”, “madre” o “mujer” que perpetúan una visión binaria y excluyente. A la vez, podemos señalar que la problemática entre la legislación y la realidad en cuanto al fuero de maternidad en hombres transgénero y personas de género no binario se encuentra en la etapa de contemplación, puesto que ya se advierte que hay un conflicto y al mismo tiempo se rechaza la existencia de este, pero a nivel nacional la balanza entre la utilidad de satisfacer las necesidades de este grupo poblacional y la utilidad de permanecer igual se encuentra equilibrada hasta el momento.

En este sentido, resulta primordial que el debate jurídico avance desde lo meramente formal hacia una transformación efectiva en el lenguaje y en el contenido normativo. No basta solamente con que se interpreten las leyes de manera inclusiva; es imperativo que estas sean redactadas de forma que todas las identidades de género se vean plenamente reconocidas y protegidas desde el inicio y que se materialicen una vez se hayan modificado los términos de la ley que así lo requieran.

Sumado a lo anterior, una recomendación, con la finalidad de evitar que los derechos reproductivos de las personas de género diverso sean vulnerados, sería la obligatoria capacitación de los profesionales del área de la salud de manera que se garantice el trato digno y la debida adecuación de los servicios ofrecidos por los hospitales, las clínicas, las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) y las empresas promotoras de salud (EPS).

Si contrastamos las etapas que transita un individuo en el proceso de un cambio en su vida con las que experimenta la sociedad al alterar la normatividad existente, podríamos encontrar similitudes, y esto considerando que la legislación no se desarrolla de un día para otro, sino que en su lugar se constituyen etapas. El modelo transteórico de Prochaska y DiClemente³⁰, puntualmente, establece el ciclo del cambio y señala seis etapas que representan seis estados por los que una persona transita en un proceso de cambio; estas fases son la precontemplación, la contemplación, la preparación, la acción, el mantenimiento y la recaída.

Entonces, es posible indicar que el problema entre la legislación y la realidad en cuanto al fuero de maternidad en hombres transgénero y personas de género no binario se encuentra en la etapa de contemplación, puesto que ya se reconoce que hay un problema y al mismo tiempo se rechaza la existencia de

este, pero a nivel nacional la balanza entre la utilidad de satisfacer las necesidades de este grupo poblacional y la utilidad de permanecer igual hasta el momento se encuentra equilibrada.

Al construir esta investigación se advirtió una problemática novedosa y de poco desarrollo legal, académico y jurisprudencial, por medio de la cual se espera contribuir al desarrollo de soluciones con bases sólidas para la histórica falta de interés en la igualdad y equidad del campo laboral y social con las poblaciones más vulnerables. Por consiguiente, el análisis del fuero de maternidad y su aplicación en los hombres transgénero y personas no binarias resultó indispensable para identificar y proponer soluciones contundentes para garantizar el pleno goce de los derechos laborales, reproductivos y de maternidad de esta comunidad.

Los derechos de las personas de la comunidad LGTBQ+, un grupo minoritario e históricamente atacado por otros en razón a su orientación sexual distinta a la heterosexual, han tenido gran relevancia en el último siglo debido a que, luego de años de marchas y luchas contra la discriminación, este colectivo ha logrado relevantes cambios sociales y legales, con apoyo de legislaciones nacionales e internacionales.

Por otro lado, Colombia es un Estado colmado de diferencias culturales, raciales e ideológicas que, pese a estar en principio identificadas, la discriminación sigue siendo una barrera continua para la equidad, y aunque sí se han presentado movimientos sociales y legislaciones recientes que han promovido una mayor inclusión, la desigualdad estructural sigue limitando el acceso de estos grupos a todas las oportunidades legales. Por lo tanto, el Estado colombiano debe adoptar y crear marcos legales y planes de protección social que se adecuen a las necesidades de todos, a fin de evidenciar un sistema que tenga en cuenta los derechos fundamentales y humanos al alcance de todos los ciudadanos.

En este sentido, la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género lastimosamente todavía es una realidad, y con el fin de garantizar la protección de los derechos laborales de este grupo poblacional es pertinente la implementación de políticas públicas para garantizar el desarrollo de estas personas en el ámbito laboral. La evolución de esta situación exige la perceptibilidad y aceptación social de la inminente variación del derecho como conjunto de normas que imponen deberes cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia³¹.

La presente investigación se justifica ante la exigencia social del estudio de la institución jurídica o derechos en torno a la maternidad de las personas

31 Leonel Pereznieta Castro y Abel Ledesma Mondragón, *Introducción al estudio del derecho* (Harla, 1992).

transgénero y no binarias en Colombia, además de fomentar la visibilización de problemáticas de gran actualidad y a la vez promover la inclusión, combatir la discriminación y el estigma que enfrenta este grupo de la población.

REFERENCIAS

- Atucha, Karmele. "La construcción social del género". *Inguruak: Revista vasca de sociología y ciencia política*, n.º 22 (diciembre de 1998): 9-14.
- Barrantes Valverde, Karla y María Fernanda Cubero Cubero. "La maternidad como un constructo social determinante en el rol de la feminidad". *Revista Winb Lu* 9, n.º 1 (2014): 29-42.
- Calvo Espiga, Arturo. "El lenguaje como medio de exclusión social y política: ¿autenticidad jurídica o corrección política?". *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 48 (2023): epub 1-30. <https://doi.org/10.7770/10.7770/rchdcp-V14N1-art37>
- Caribe Afirmativo. *No se mata lo que no se olvida: Informe sobre la situación de los derechos humanos de personas LGBTIQ+ en Colombia 2022*. 2023. <https://caribeafirmativo.lgbt/wp-content/uploads/2023/03/INFORME-DDHH-LGBTIQ2023-CA.pdf>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos [CNDH]. *La discriminación y el derecho a la no discriminación*. CNDH México, 2012. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/43-discriminacion-dh.pdf>
- Diccionario de la Lengua Española. Versión 23.7 en línea. "Derecho". Consultado el 28 de agosto de 2024. <https://dle.rae.es/derecho>
- Fuenmayor, José G., Thaís Álvarez de Acosta, Isabel Cluet de Rodríguez y María del R. Rossell-Pineda. "Relactancia, método exitoso para reinducir el amamantamiento en madres que abandonaron la lactancia natural". *Anales Venezolanos de Nutrición* 17, n.º 1 (2004). https://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-07522004000100003
- Joya-Ramírez, Nohora Estella, Giovane Mendieta-Izquierdo y Elizabeth Aurora Pérez-Hernández. "Estigma internalizado en un grupo LGBT". *El Ágora USB* 22, n.º 1 (noviembre de 2022): 301-316. <https://doi.org/10.21500/16578031.4680>
- Larios, Kirvin. "Ser varón trans y estar embarazado: 'Para evitar la violencia tiene que parecer que estoy gordito'". *Infobae*, 27 de junio de 2022. <https://www.infobae.com/lgbt/2022/06/28/ser-varon-trans-y-estar-embarazado-para-evitar-la-violencia-tiene-que-parecer-que-estoy-gordito/>
- López Granados, Lucía, Andrea Serrano Reynal y Cynthia Restrepo Mora. "Inducción de la lactancia sin gestación". *Pediatría Atención Primaria* 20, n.º 80 (diciembre de 2018): e113- e115.
- "Más de 100.000 personas de la comunidad LGBT+ se encuentran fuera de la fuerza laboral, según el DANE". *Infobae*, 13 de junio de 2023. www.infobae.com/colombia/2023/06/14/mas-de-100000-personas-de-la-comunidad-lgbt-se-encuentran-fuera-de-la-fuerza-laboral-segun-el-dane/

- Mendieta, David y Mary Luz Tobón. "La dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho: el caso colombiano". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 10, n.º 3 (septiembre-diciembre de 2018): 278-289, <https://doi.org/10.4013/rechtd.2018.103.05>
- Mesa Rodríguez, Rafael. "Capítulo III. Definiciones y principios de la seguridad social". En *Tratado de Seguridad Social*. Universidad del Norte e Ibáñez, 2019. <https://doi.org/10.2307/j.ctvswx8sw.6>
- Organización Mundial de la Salud. "Lactancia materna". Consultado el 28 de agosto de 2024. <https://www.who.int/es/health-topics/breastfeeding>
- Organización Mundial de la Salud. "Relactación. Revisión de la experiencia y recomendaciones para la práctica". WHO/CHS/CAH/98.14 Working Paper, 31 de diciembre de 1998. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68952/WHO_CHS_CAH_98.14_spa.pdf
- Palomino, Sally. "La violencia contra la población LGBTI no cesa: 145 asesinatos en un año". *El País*, 15 de marzo de 2023. <https://elpais.com/america-colombia/2023-03-15/la-violencia-contra-la-poblacion-lgbti-no-cesa-145-asesinatos-en-un-ano.html>
- Perezniето Castro, Leonel y Abel Ledesma Mondragón. *Introducción al estudio del derecho*. Harla, 1992.
- Prochaska, James O. y Carlo DiClemente. *The transtheoretical approach*. Dow Jones, 1984.
- Sandoval Sarrias, Andrés. "La noción de dignidad humana en la Corte Constitucional colombiana. Una mirada alternativa desde Martha Nussbaum". *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia* 2, n.º 4 (noviembre de 2020): 15-39. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i4.1>
- Secretaría Distrital de Planeación de la Alcaldía Mayor de Bogotá [SDP]. *Diagnóstico y recomendaciones para la inclusión laboral de los sectores sociales LGBTI*. Bogotá: SDP, Fundación Corona, USAID, ACDI/VOCA y Fundación ANDI, 2022. <https://api.includere.co/uploads/dx-lgtbi-small.pdf>
- Sousa Días, Gisele. "Él estuvo embarazado, ella no: tuvieron mellizos y los dos lograron amamantarlos". *Infobae*, 2 de agosto del 2023. <https://www.infobae.com/historias/2023/08/03/el-estuvo-embarazado-ella-no-tuvieron-mellizos-y-los-dos-lograron-amamantarlos/>