

legis

CONCEPTO ICBF No 23

Fecha: 01/06/2020

ASUNTO: *¿Procede la licencia de maternidad en los casos de parejas homoparentales que llegan a la paternidad a partir de la figura del alquiler del vientre o maternidad subrogada? ¿Procede dicha licencia en los casos de hombres solteros que son padres a través de la adopción?*

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Procede la licencia de maternidad en los casos de parejas homoparentales que llegan a la paternidad a partir de la figura del alquiler del vientre o maternidad subrogada? ¿Procede dicha licencia en los casos de hombres solteros que son padres a través de la adopción?

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas: 2.1. La figura del alquiler de vientre o maternidad subrogada en Colombia; 2.2. Vacío jurídico en la legislación colombiana; 2.3. La adopción en Colombia; 2.4. El reconocimiento de las licencias de maternidad y de paternidad en Colombia.

2.1. La figura del alquiler de vientre o maternidad subrogada en Colombia

La maternidad subrogada, ha sido reconocida por la Corte Constitucional en sentencia T-968 de 2009, como una modalidad para resolver los problemas de infertilidad de las parejas y, en ese sentido, la legitimó como una de las técnicas de reproducción asistida.

Estas técnicas guardan estrecha relación con el derecho a la salud, así como los derechos sexuales y reproductivos. Particularmente, la maternidad subrogada fue definida en la sentencia anteriormente citada como *el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste*.

De acuerdo con esta proposición, la madre gestante se obliga a llevar a término el embarazo y entregar al niño después del parto, sin aportar material genético para la inseminación invitro, o la técnica de reproducción humana asistida elegida por las partes.

La técnica de maternidad subrogada tiene dos modalidades: i) la tradicional, plena o total y ii) la gestacional o parcial. La primera de ellas consiste en que la madre gestante es la misma madre genética pues sus propios óvulos son fecundados con esperma del padre comitente o de un donante y generalmente el recurso que se usa para lograr la concepción es el de la inseminación artificial. La segunda modalidad consiste en que la concepción tiene lugar a partir de un óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, normalmente la madre comitente. En este caso la fecundación del óvulo u óvulos con espermatozoides del padre comitente o donante se lleva a cabo en un laboratorio a partir de la fecundación “in vitro” y posteriormente se transfiere al útero de la madre subrogada el embrión o embriones resultantes.

Según la Corte en sentencias T-968 de 2009 y T-316 de 2018, en la modalidad tradicional de maternidad subrogada, existe un amparo constitucional evidente, al no existir duda sobre la propiedad del material genético porque la mujer no “transfiere” su posición y, por lo tanto, sus derechos como madre no son discutibles. En la modalidad gestacional, la Corte le hizo la asignación del término “alquiler de vientre” y lo definió como *el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste*. En el evento de la modalidad gestacional, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos y de por medio hay un compromiso único de gestar el embrión y darlo a luz.

Para la Corte, del ordenamiento jurídico no resulta clara tanto la permisibilidad como la prohibición para practicar esta modalidad de reproducción asistida. Explícitamente en la sentencia T-968 de 2009 dijo: *En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”. (...) La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada, como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia, para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que lleguen a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién*

nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

Como puede apreciarse, la maternidad subrogada gestacional no se encuentra permitida ni prohibida en nuestro país, debido a que no hay un marco normativo de leyes y decretos que regulen el tema, salvo las decisiones jurisprudenciales citadas. Si bien hace parte de las técnicas de reproducción humana asistida como las demás, resulta necesario regularlas de forma integral para garantizar su ejercicio de forma responsable con los derechos que ellas involucran.

2.2. Vacío jurídico en la legislación colombiana

Partiendo de la base de que la prohibición o permisión de una práctica o modalidad de reproducción asistida, es competencia exclusiva del legislador en el ejercicio de la libertad de configuración legislativa que le confiere la Constitución Política, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre este tema en sede de tutela, solo abrió la puerta a dar la discusión debido a que los efectos de esa decisión son inter-partes.

Por eso mismo es que definió algunos criterios a tener en cuenta para su regulación, pero no zanjó la discusión de lleno al establecer lo siguiente: *Dentro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones” como los siguientes: (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.*

2.3. La adopción en Colombia

La adopción en Colombia es una institución jurídica que, bajo la suprema vigilancia del Estado, tiene como fin fundamental garantizar a los menores de edad que se encuentran en situación de adoptabilidad, un hogar estable en donde puedan desarrollarse armónica e integralmente, y en el que puedan establecer una verdadera familia con todos los derechos y deberes que ello comporta, así como ser asistidos y educados en un ambiente de bienestar y afecto.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 3.1, 20 y 21, establece que la adopción debe tener como principio orientador el interés superior de los niños, niñas y adolescentes dado su carácter primordial de medida de protección. Esta institución busca entonces la garantía del derecho de los menores de edad, a tener una familia y a no ser

separado de ella, en la que se le proporcione un ambiente de amor y cuidado para su desarrollo integral y armónico.

El Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 61 señala que la adopción (...) es, principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

La Corte Constitucional Colombiana sobre esta figura concluyó en sentencia C- 864 de 2009, que *dada su naturaleza eminentemente protectora, el proceso de adopción debe estar orientado ante todo por la búsqueda del interés superior del menor, el cual se debe aplicar como parámetro de interpretación de todas las normas aplicables.*

Es evidente entonces, que la adopción se entiende como un mecanismo que materializa el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y por lo tanto, los requisitos exigidos para adoptar están encaminados a garantizar su interés superior como sujetos de especial protección constitucional, lo cual significa que el Estado tiene la obligación de asegurar que quien o quienes aspiren a hacer parte de su nueva familia, reúnan todas y cada una de las exigencias de idoneidad para cumplir su nuevo rol, procurando siempre potenciar el desarrollo integral del niño, niña o adolescente..

En cuanto a las personas que pueden adoptar en Colombia, tenemos que el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, al referirse a los requisitos para adoptar, dispone lo siguiente:

(...) Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.

Podrán adoptar:

- 1. Las personas solteras*
- 2. Los cónyuges conjuntamente*
- 3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiere estado vigente un vínculo matrimonial anterior.*
- 4. El guardador al pupilo o expupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.*
- 5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo de cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. (...)*

Sobre este punto es importante recordar también lo señalado por la Corte Constitucional, la cual en sentencia C-683 de 2015, en la que, con ponencia del Honorable Magistrado Jorge Iván Palacio, se refirió a la procedencia de la adopción por parte de familias homoparentales y concretamente dispuso: *La Corte encuentra que no es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una*

hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección plenamente idónea para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (art. 44 C).

Así las cosas, es claro que las personas solteras están facultadas en Colombia para ser padres a través de la figura de la adopción, siempre y cuando cumplan con los requisitos de edad y de idoneidad establecidos por las normas vigentes, requisitos a partir de los cuales se pretende, en todos los casos, que la adopción que se ordene garantice el efectivo ejercicio de los derechos que les ha sido vulnerados o amenazados a los niños, niñas o adolescentes que se entregan a una nueva familia, bajo esta figura.

2.4.El reconocimiento de las licencias de maternidad y paternidad en Colombia

La licencia de maternidad es una prestación económica que reconoce el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) la cual emana del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1 de Ley 1468 de 2011, a su vez modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017 la cual dispone:

*Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. 1. **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.** 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.*

Por su parte, el artículo 2.1.13.1, del Decreto 780 de 2016¹ señala los requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad :

“Artículo 2.1.13.1. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente

¹ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”,

como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

En lo relacionado con la finalidad de la licencia de maternidad, en sentencia C-543 de 2010, en la que se estudió la inconstitucionalidad el numeral 4 del artículo 34 de la ley 50 de 1990, modificatoria del artículo 326 del Código Sustantivo del Trabajo², la Corte Constitucional resaltó que busca proteger a las mujeres trabajadoras en estado de gravidez, durante la época del embarazo y en el posparto, así como la de asegurar la protección de la niñez.

Ahora bien, mediante el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2017 se amplió la protección respecto a la licencia de maternidad y se extendió dicha prestación al padre que quede a cargo del recién nacido si la madre por enfermedad o muerte:

(...) 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 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 (...).

En la misma línea, con el fin de proteger el interés superior del menor en sus primeros meses de vida, la Ley 1098 de 2006, en su artículo 127 modificado por el artículo 12 de la Ley 1878 de 2018 aclaró que los padres adoptantes gozan del derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad en igualdad de condiciones que una mujer en estado de embarazo, a saber:

(...) El padre y la madre adoptantes de un menor tendrán derecho al disfrute y pago de la licencia de maternidad establecida en el numeral 4 del artículo 34 la Ley 50 de 1990 y demás normas que rigen la materia, la cual incluirá también la licencia de paternidad consagrada en la Ley 755 de 2002, incluyendo el pago de la licencia a los padres adoptantes.

Los menores adoptivos tendrán derecho a ser afiliados a la correspondiente EPS o ARS, desde el momento mismo de su entrega a los padres adoptantes por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Para el caso de adoptantes extranjeros la afiliación de los niños, niñas y adolescentes, mientras se encuentren en territorio colombiano continuará en la EPS a la cual se encuentra afiliado. (...).

² M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo.

Con ese criterio, en sede de revisión de tutelas, la Corte Constitucional argumentó que la licencia no se puede desconocer por factores subjetivos de la madre o el padre adoptante o del menor de 18 años adoptado. En particular, en sentencia T-172 de 2011³ señaló:

(...) Para la Sala es claro que si la legislación equiparó la adopción al hecho del parto, lo hizo justamente para proteger también los derechos de las niñas y de los niños en situación de adoptabilidad por lo que no es admisible que se prive del goce de un conjunto de prestaciones encaminadas a asegurar la integración a la nueva familia en condiciones de calidad y de dignidad al grupo de los niños y niñas adoptables mayores a siete (7) años, después de que probablemente han sufrido situaciones de abandono, violencia, maltrato físico, emocional, soledad y pérdida de los padres, entre otras lamentables circunstancias. En conclusión, la Corte considera que excluir del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a las personas adoptantes mayores de siete años –incluidos los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente– y a los adoptables mayores de siete años, desconoce el mandato de igual trato del artículo 13 constitucional, así como el mandato del artículo 42 Superior, que ordena el reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones a todos los hijos de la familia y el interés superior de la niñez del artículo 44. Más aún, teniendo en cuenta que el grupo de adoptables mayores de siete (7) años requiere de mayor acompañamiento y protección en su proceso de integración en su nuevo hogar. (...) (Negrilla por fuera del texto original).

A la luz de lo expuesto, se observa que la doctrina constitucional colombiana ha venido avanzando respecto a la protección de la licencia de maternidad y los sujetos que gozan de dicha prerrogativa, en aras de proteger y garantizar el interés superior del menor.

En cuanto al reconocimiento de la licencia de paternidad concretamente, la Corte Constitucional en Sentencia T 114-19, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, señaló: *En tales términos la licencia de paternidad está concebida como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad y especialmente el de recibir cuidado y atención. Por ello, la licencia de paternidad consiste en un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompañe y cuide a su hijo, garantizándole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y protección y que, además, cuente con los medios económicos para garantizar su mínimo vital.*

En suma, podemos decir que la prueba fundamental para que la licencia de paternidad pueda ser reconocida, es el registro civil de nacimiento del niño o niña en el que consta la paternidad a partir de la cual se va a solicitar el derecho a la licencia mencionada; sin el cumplimiento de dicho requisito, como es obvio, no se podrá acceder a la misma.

3. CONCLUSIONES Y RESPUESTAS A SU CONSULTA

³ M.P.. Jorge Iván Palacio Palacio.

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal analizadas, podemos concluir lo siguiente:

Primera. En Colombia no existe norma jurídica que regule la figura de la maternidad subrogada, por lo que a partir de la misma, no se podrá de manera directa obtener la paternidad o maternidad de un menor de edad.

Segunda. Las personas solteras en Colombia se encuentran facultadas por la ley para ser padres o madres por adopción, una vez se verifique el respectivo cumplimiento de los requisitos de edad y de idoneidad exigidos por la normatividad vigente para todos aquellos que pretendan adoptar un niño, niña o adolescente.

Tercera. En los dos eventos planteados en la consulta, únicamente cuando la persona pueda demostrar su condición de padre o madre a través del registro civil de nacimiento del niño o niña, podrá acceder al beneficio de la licencia de maternidad o paternidad.

El presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con el artículo 6 numerales 4, 8 y 20 del Decreto 987 de 2012.

Atentamente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica