

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**MAESTRÍA EN DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**LA LICENCIA DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN PAREJAS ADOPTANTES  
HOMOPARENTALES: ¿CUÁL ES LA MEJOR MANERA DE AFRONTAR ESTA  
REALIDAD?**

**MATERNITY AND PATERNITY LEAVE IN HOMOPARENTAL ADOPTIVE  
COUPLES: WHAT IS THE BEST WAY TO FACE THIS REALITY?**

**Laura María Valderrama Medrano\***  
**Juan Felipe Trujillo Díaz\***

**Bogotá D.C., 5 de diciembre de 2020**

---

\* Abogada egresada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana; actualmente candidata al título de Maestría de Derecho Laboral y de Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogada de la unidad de asesoría de la Firma de abogados Godoy Córdoba con experiencia en el área de auditorías en esta misma.

\* Abogado egresado de la Universidad de los Andes; especialista en Derecho de la Empresa de la Universidad de los Andes; especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana; actualmente candidato al título de Maestría de Derecho Laboral y de Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana. Responsable de Equipo dentro del área de Consultoría de la Firma López y Asociados, que atiende varias cuentas de clientes (Nacionales y Extranjeros) de diversos sectores de la economía.

## Resumen

En Colombia, cuando un menor es adoptado, la madre y el padre adoptante tienen derecho al reconocimiento y disfrute de una licencia de maternidad y paternidad, respectivamente; siempre que cumplan con los requisitos legales para que les sea reconocido este derecho. Las licencias consisten en un descanso remunerado cuya finalidad es que los padres puedan acompañar al menor durante la primera etapa de su vida. A partir del 2014 se avaló la adopción de menores por parejas conformadas por personas del mismo sexo; frente a esta realidad, se generó un gran interrogante en relación con el disfrute de la licencia de maternidad y paternidad puesto que la normativa colombiana no previó la posibilidad de que una pareja homoparental pudiera adoptar a un menor y, por ende, disfrutar de estos descansos. Así las cosas, actualmente existe un vacío normativo frente a si les asiste este derecho a los padres homoparentales adoptantes y de qué manera debería reconocerse la licencia, puesto que no se encuentran en el mismo supuesto de una pareja heterosexual en donde el descanso se reconoce dependiendo si corresponde a la madre o al padre. Por esta razón, el propósito del presente artículo es analizar el reconocimiento de la licencia de maternidad y paternidad cuando los padres son del mismo sexo y, con base en el estudio, proponer la forma como podría concederse esta licencia a los dos padres homoparentales adoptantes.

**Palabras claves:** Licencia de maternidad, licencia de paternidad, familia, adopción, parejas homoparentales.

## Abstract

In Colombia when a minor is adopted, the adopting mother and father are entitled with a maternity and paternity leave correspondingly, as long as they meet all the legal requirements for this right to be recognized. These are paid leaves that grant the child's parents a time to take care of the minor during the first stage of his life. Since 2014 the adoption of minors by couples of the same sex was endorsed in the Country and when this happened, a great amount of question arises in relation to the enjoyment of the maternity and paternity leave, since the Colombian regulations do not foresee the possibility that a same-sex couple could adopt a minor and, therefore, enjoy their leaves. Thus, nowadays there is a gap as to whether same-sex adoptive parents have this right and how the leave should be recognized, since they are not in the same situation as a heterosexual couple where the leave is recognized depending on whether it corresponds to the mother or the father. For this reason, the purpose of this paper is to study the recognition of maternity and paternity leave when the parents are of the same sex and, based upon this study, to propose how this leave should be granted to the two adopting same-sex parents.

**Key words:** Maternity leave, paternity leave, family, adoption, same-sex couple

## Definiciones

❖ **Licencia de maternidad:** La licencia de maternidad es el permiso remunerado que se otorga a las mujeres cotizantes al Régimen Contributivo en salud por 18 semanas, en la época de parto, de acuerdo con el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

La Corte Constitucional definió la licencia de maternidad como:

*“[U]na medida de protección a favor de la madre del niño recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del bebé y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.”* (Sentencia SU-075, 2018)

Señaló también que esta: *“prestación cobija no sólo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que habitualmente atendían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento.”* (Sentencia SU-075, 2018)

❖ **Licencia de paternidad:** La Ley 1822 de 2017 dispone que: *“El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad. La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.”*

La Corte Constitucional en Sentencia C-174 de 2009 señaló que la licencia de paternidad *“garantiza al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad.”* (Sentencia C-174, 2009)

La Corte Constitucional en el año 2019 la definió como *“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.”* (Sentencia C-114, 2019)

❖ **Familia:** De acuerdo con la Corte Constitucional, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, que como tal debe ser protegido con el fin de que pueda surgir y desarrollarse sin traumatismos. No obstante, la calificación de una relación de familia no está fundada ni siquiera en la existencia de una pareja, y por esta razón no existe, ni puede existir un requisito de heterosexualidad como concepto indispensable a la forma de entender la familia, pues una familia puede estar conformada entre abuelos, padres solteros, hijos de crianza, tíos responsables de sus sobrinos, etc. (Sentencia C-577, 2011).

Así mismo, la Corte Constitucional ha definido el concepto de familia como: *“[S]e entiende por familia, “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”* (Sentencia T-070, 2015).

❖ **Adopción:** El artículo 61 de la Ley 1098 de 2006 define como adopción *“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".*

En Colombia, la Corte Constitucional señaló que la adopción tiene:

*"[U]na especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 del estatuto supremo", en el cual halla fundamento, así como en los artículos 42 y 45 superiores que "establecen la protección especial del niño y los derechos del mismo a tener una familia y a no ser separado de ella, a recibir protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, explotación laboral o económica, maltrato y abuso sexual, a recibir el cuidado y el amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral" (Sentencia C-577, 2011 )*

Igualmente, señaló que: *"[E]l artículo 42 de la Carta establece que los hijos adoptados "tienen iguales derechos y deberes" y la Corte ha acotado que, en atención a las formas de fundar la familia "los hijos pueden ser de tres clases, a las que se refiere el mismo canon constitucional: hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos", entre los cuales, por disponerlo así la Constitución, no puede haber diferencias de trato." (Sentencia C-577, 2011 ).*

❖ **Pareja Homoparental:** *"El término homoparentalidad, es un neologismo creado en Francia en 1977 para designar todas las situaciones familiares en las que al menos un adulto que se autoidentifica como homosexual es, a su vez, el padre de al menos un niño" (Chaparro & Guzmán, 2017, p. 268).*

Aunque no hay una definición legal ni Jurisprudencial, el entendimiento que dio la Corte Constitucional en las Sentencias SU-617 de 2014 y C-577 de 2011 al término de pareja homoparentales es que son parejas del mismo sexo adoptantes de un menor de edad.

**Sumario:** Introducción. I. Desarrollo Jurisprudencial desde el año 2011 hasta el año 2020 frente a la posibilidad de que las Parejas Homoparentales adopten en Colombia. II. Desarrollo Legal y Jurisprudencial de los Derechos Derivados de la Licencia de Maternidad y Paternidad en los Padres Adoptantes. III. Análisis del Problema Central. IV. Estudio de las Soluciones que se han Planteado en Otras Jurisdicciones. 4.1. Argentina. 4.2. España. 4.3. Chile. 4.4. Conclusiones respecto de las Propuestas de Otras Jurisdicciones. V. Planteamiento de la Solución al Problema – Análisis de Costos y Tiempo Frente a la Posibilidad de Compartir las Licencias (Evidenciar cómo Operativamente debería Funcionar). Conclusiones. Bibliografía. Anexo.

## **Introducción**

La Constitución Política de Colombia reconoce en su artículo 42 a la familia como *"el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla".*

Este concepto ha sido interpretado de diferentes formas y, actualmente, la noción tradicional de familia ya no radica exclusivamente en el vínculo entre un hombre y una mujer. Así las cosas, debido al desarrollo Jurisprudencial de la Corte Constitucional la concepción tradicional de familia ha variado, pues en un principio el artículo 2° de la Ley 1361 de 2009 disponía que la familia era: *“el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”*

La Corte Constitucional señaló en Sentencia C-577 de 2011 que el criterio de familia no está delimitado o enmarcado en la pareja heterosexual, pues dicha condición no es un requisito para formarla<sup>1</sup>. Igualmente, la Corte Constitucional planteó en su Jurisprudencia la posibilidad de que las parejas del mismo sexo conformaran una familia, al permitirles la posibilidad de adoptar (Sentencia SU-617, 2014; Sentencia C-683, 2015 y Sentencia C-071, 2015).

Bajo este panorama es que surge el problema central del presente artículo pues, al existir la posibilidad de que las parejas del mismo sexo adopten, no es clara la manera de reconocer y permitir el disfrute de la licencia de maternidad y paternidad contemplada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo que otorga 18 semanas de descanso remunerado a las mujeres que hacen parte del Régimen Contributivo en Salud y 8 días a los padres que también pertenecen a este Régimen.

Este trabajo abarcará únicamente el estudio del disfrute de este descanso remunerado para parejas homoparentales que adopten, siempre que no se trate del hijo biológico de uno de los integrantes de la pareja, sin: (i) Discutir los motivos que llevaron a la decisión de la Corte Constitucional respecto de la posibilidad de que las parejas del mismo sexo adopten; (ii) Analizar la posible diferenciación respecto del disfrute de la licencia de maternidad y paternidad de las parejas heterosexuales adoptantes y homoparentales adoptantes; y (iii) Analizar los motivos y legalidad de la diferenciación entre los días concedidos por licencia de maternidad y paternidad a los hombres y a las mujeres, y si esta situación podría o no ser discriminatoria.

Así las cosas, el propósito de este trabajo es analizar el disfrute de la licencia de maternidad y paternidad en Colombia en parejas homoparentales cuando no están adoptando al hijo biológico de alguno de los integrantes de la pareja. El trabajo propone una alternativa de solución clara y sin interpretaciones al problema planteado, teniendo en cuenta los derechos de los niños adoptados a acoplarse a su nueva familia y de los padres homoparentales adoptantes a disfrutar sus respectivas licencias.

Se verificará si la regulación actual, tanto en materia normativa como frente a las decisiones de la Corte Constitucional, es suficiente o no para establecer reglas claras sobre el reconocimiento

---

<sup>1</sup> Al respecto la Corte Constitucional (Sentencia C-577, 2011 ) señaló sobre el concepto de familia que *“La doctrina ha puesto de relieve que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. (...) El “carácter maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”* (Sentencia C-577, 2011 )

y disfrute de la licencia de maternidad y de paternidad cuando una pareja del mismo sexo adopta un menor y este no es el hijo biológico de ninguno de los padres adoptantes. Así las cosas, la hipótesis a demostrar será si es necesario contar con una regulación clara que les permita a las parejas homoparentales tener certeza de la manera en que esta licencia debe ser reconocida y disfrutada. Por eso, se explorará si la mejor forma de llenar este vacío es mediante la posibilidad de que el tiempo total de las licencias sea repartido entre los miembros de la pareja a su elección.

Con el fin de demostrar la hipótesis planteada, se han propuesto algunos objetivos (general y específicos) relativos a lo que se quiere abordar en este trabajo. Como objetivo general se pretende realizar un estudio sobre el reconocimiento, pago y disfrute de la licencia de maternidad y paternidad en parejas adoptantes homoparentales en Colombia cuando ninguno de los adoptantes es el padre biológico del menor adoptado.

De otra parte, como objetivos específicos se plantean: (i) Exponer cuál ha sido el desarrollo Jurisprudencial desde el 2011 hasta el 2020 frente a la posibilidad de que las parejas homoparentales adopten en Colombia; (ii) Verificar cuál ha sido el desarrollo legislativo y Jurisprudencial actual desde el 2010 hasta el 2020 en cuanto al tratamiento de la licencia de maternidad en el caso de parejas adoptantes; (iii) Analizar las diferentes problemáticas que actualmente existen respecto de la aplicación de la licencia de maternidad y paternidad en parejas homoparentales en Colombia; (iv) Exponer las posibles alternativas de solución que se han dado en otras jurisdicciones (Argentina, España, Chile) frente a la aplicación de la licencia de maternidad y paternidad en adopciones por parejas homoparentales; y (v) Proponer una alternativa de solución al problema central del artículo.

De acuerdo con los objetivos planteados, la metodología a utilizar para el trabajo de grado será la investigación documental tomando como referente Normas, Conceptos, Sentencias nacionales y de otras Jurisdicciones, con el fin de hacer un análisis desde otras Jurisdicciones (Argentina, España, Chile) para llegar a una propuesta de solución al problema planteado.

En este sentido, como principales documentos a analizar se tendrán (i) Sentencias de Altos Tribunales tanto en Colombia como en las Jurisdicciones objeto de estudio; (ii) Leyes Nacionales; (iii) Conceptos y Consultas de Entidades Administrativas.

Se recuerda, que la presente investigación solamente abordará lo relativo al estudio de la licencia de maternidad y paternidad en parejas homoparentales adoptantes, cuando el menor no es hijo biológico de ninguno de los integrantes de la pareja. En ese sentido, es importante aclarar que se excluyó del estudio a las parejas adoptantes cuando el menor es el hijo biológico de uno de los integrantes de la pareja, porque en dicho escenario uno de los dos padres ya habría disfrutado de la licencia (de maternidad o paternidad según sea el caso) cuando su hijo nació. En esta medida, consideramos que este escenario no es problemático y no atiende al objeto de estudio planteado, pues la pareja adoptante simplemente se le deberá reconocer su licencia según las disposiciones de Ley a saber: (i) 18 semanas de licencia de maternidad para las mujeres; y (ii) 8 días hábiles de licencia de paternidad para los hombres (Ley 1822, 2017).

Por otro lado, como limitaciones al presente artículo se tendrán las siguientes:

La falta de estudios previos de investigación sobre el tema: En Colombia existe bibliografía limitada sobre la facultad de que las parejas del mismo sexo adopten y los derechos que se les otorga por parte del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Como se expondrá más adelante, solamente existe un sólo pronunciamiento de Entidades Administrativas (Concepto Jurídico Rad.201742301918152, 2017)<sup>2</sup>, específicamente del Ministerio de Salud (2017) cuando se refirió a dicho tema en el 2017 sin que se haya hecho un estudio o análisis de fondo de las implicaciones que tiene señalar la manera cómo se debe disfrutar la licencia de maternidad y de paternidad por parejas homoparentales.

La escasez de casos de parejas homoparentales que han adoptado menores: En Colombia han sido pocas las parejas homoparentales que han adoptado niños desde que la Corte Constitucional lo permitió. Como profundizaremos más adelante, desde enero de 2017 hasta agosto de 2018 sólo 11 parejas del mismo sexo adoptaron menores (ICBF, 2018), lo que resulta ser escaso si lo comparamos con las 1.430 parejas heterosexuales que adoptaron niños durante el mismo lapso (Instituto Colombiano del Bienestar Familia (ICBF), 2018).

No obstante, consideramos que el problema planteado en esta investigación es una situación que debe ser aclarada y regulada prontamente pues la espera podrá afectar los derechos de los menores y de los padres, tal y como se expondrá a lo largo del artículo.

## **I. Desarrollo Jurisprudencial desde el año 2011 hasta el año 2020 frente a la posibilidad de que las Parejas Homoparentales adopten en Colombia**

En primer lugar, es importante indicar que en Colombia, a criterio de la Corte Constitucional, el concepto de familia no está delimitado o enmarcado en la pareja heterosexual, pues dicha condición no es un requisito para formar una familia. En palabras de la Corte Constitucional:

*“[L]a calificación de esa relación como familia protegible no está fundada siquiera en la pareja y, por lo tanto, el requisito de heterosexualidad no aparece como indispensable al entendimiento de la familia (...).”* (Sentencia C-577, 2011) (Negrillas fuera del texto original)

De otra parte, y más específicamente frente a la posibilidad de que las parejas homoparentales adopten, la Corte Constitucional indicó que: *“cuando una persona adopta el hijo biológico de su compañero(a) permanente, la condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo”* (Sentencia SU-617, 2014) (Negrillas fuera del texto original).

Posteriormente, la Corte Constitucional expresó que, si bien no le corresponde entrar a regular los aspectos administrativos de la adopción de parejas del mismo sexo, ha señalado que no es posible establecer como prohibición de adopción el hecho de que una pareja sea homosexual

---

<sup>2</sup> Por medio del cual se contesta una solicitud presentada por Aliansalud E.P.S., respecto del otorgamiento de la licencia de maternidad a una pareja homoparental en un caso de subrogación de útero.

(Sentencia C-683, 2015). Complementando lo anterior, es importante recordar que en esta Sentencia la Corte Constitucional indicó con claridad:

*“También es preciso aclarar que con ello la Corte no pretende autorizar de manera directa la adopción para estas parejas, ni mucho menos fijar un estándar o un parámetro en los procesos de adopción. Lo que para esta Corporación resulta incompatible con la Carta es restringir genéricamente la adopción a las parejas del mismo sexo, en tanto dicha prohibición no cuenta con una justificación constitucionalmente válida.”* (Sentencia C-683, 2015) (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Luego, esta misma Corte fue sentando aún más su postura frente a la posibilidad de que las parejas homosexuales compuestas por personas del mismo sexo pudiesen adoptar. Así, este Tribunal señaló (Sentencia C-683, 2015):

1. Que no es constitucionalmente válido ni admisible excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia; al respecto, la Corte dijo:

*“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 CP).”*

2. Que, en los procesos de adopción, lo que prima es el interés superior del menor.

3. Que, al verificar una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma indicó que no se puede utilizar el argumento del interés superior del menor como fundamento de discriminación a una pareja del mismo sexo, por no ser o estar enmarcada dentro de la visión tradicional de familia.

4. Que, de acuerdo con la evidencia científica presentada en la Sentencia, la adopción de parejas del mismo sexo no afecta el interés superior del menor; ni tampoco la condición de pareja homoparental puede condicionar moralmente a dichas personas para adoptar.

Si bien expresamente no se dijo que está permitida la adopción de parejas del mismo sexo, al analizar la decisión constitucional, se puede concluir que la Corte Constitucional permitió que las parejas del mismo sexo adopten; ya que la mencionada Corte señaló expresamente lo siguiente al referirse directamente a las reglas de adopción contenidas en los artículos 64, 66 y 68 del Código de Infancia y Adolescencia (Artículos relativos a la posibilidad de adoptar):

*“[...]la declaratoria de inexecutable de las expresiones acusadas eliminaría a todos los “compañeros permanentes” (del mismo o diferente sexo) de la posibilidad de participar en procesos de adopción, lo que obviamente conduciría a una situación aún más gravosa para los niños en situación de abandono. En consecuencia, la respuesta*



*constitucional adecuada consiste en declarar la exequibilidad condicionada de las normas objeto de control (...) en el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo que conforman una familia.(...) Pero lo que definitivamente no puede aceptarse es que la orientación sexual de una persona se confunda con su falta de idoneidad para adoptar. Y en cuanto al interés superior del niño, lo que queda claro es que debe ser examinado caso a caso de acuerdo con las condiciones de cada individuo y de cada potencial familia adoptante, eso sí con independencia del sexo y de la orientación sexual de sus integrantes [...]” (Sentencia C-683, 2015) (Negrillas fuera del texto original).*

En esta medida, aun cuando el propósito del trabajo únicamente pretende analizar lo relativo al disfrute de la licencia de maternidad y paternidad en las parejas homoparentales adoptantes sin entrar a discutir si las parejas del mismo sexo pueden adoptar o no, lo cierto es que con las diferentes decisiones Jurisprudenciales se ha autorizado que esta situación se permita en el País. De hecho, se recuerda que en Colombia al 14 de septiembre de 2018, 11 parejas homoparentales han adoptado niños en Colombia de acuerdo con las cifras del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, siendo claro que es una situación que se presenta actualmente en Colombia. (Instituto Colombiano del Bienestar Familia (ICBF), 2018).

Sumado a ello, y con el fin de aclarar el estatus actual de la posibilidad de que las parejas del mismo sexo adopten en el País, incluso en el escenario en el que ninguno de los integrantes de la pareja sea el padre biológico del menor, se consultó a través de un derecho de petición al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que se encuentra en el Anexo 1 del presente documento, quien respondió en documento de referencia “Asesoría en Derecho de Familia SIM N° 1762189264” del 21 de octubre (Instituto Colombiano del Bienestar Familiar (ICBF), 2020) lo siguiente:

*“[...]Debido al amplio desarrollo jurisprudencial que ha tenido el tema al que usted se refiere en su escrito, le manifestamos que, en Colombia las parejas del mismo sexo podrán iniciar el proceso de adopción frente a un niño, niña o adolescente indeterminado, es decir, no es necesario que sea el hijo (a) de uno de los integrantes de la pareja. [...]” (Instituto Colombiano del Bienestar Familiar (ICBF), 2020) (Negrillas fuera del texto original).*

En este sentido, es claro que en Colombia actualmente las parejas del mismo sexo pueden participar en los procesos de adopción y adoptar menores de edad, siempre que cumplan los requisitos legales para ello, sin la necesidad de que uno de los integrantes de la pareja sea el padre biológico del menor en proceso de adopción, pues tanto la Corte Constitucional así lo ha permitido, como las Autoridades Administrativas (ICBF) lo han entendido. En esta medida, es posible concluir que, en Colombia, efectivamente, las parejas del mismo sexo pueden adoptar, incluso cuando se trata de un menor que no es el hijo biológico de uno de los integrantes de la familia, situación que genera el problema principal a abordar en el presente artículo y que será analizado más adelante.

## **II. Desarrollo Legal y Jurisprudencial de los Derechos Derivados de la Licencia de Maternidad y Paternidad en los Padres Adoptantes**

La Ley 1822 de 2017 dispuso que la licencia de maternidad de las madres es de 18 semanas y la licencia de paternidad de los padres es de 8 días hábiles, e indicó:

*“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 (...).”*  
(Negrillas fuera del texto original)

Así las cosas, las madres adoptantes tendrán las mismas prerrogativas y garantías de la madre biológica; y en caso de enfermedad o muerte de la madre, el padre es quien estará a cargo del recién nacido, quien tendrá derecho a una licencia de duración equivalente al tiempo que falte para que se termine la licencia de maternidad de la madre. No obstante, no existe una disposición expresa frente a qué sucede cuando quien adopta es una pareja del mismo sexo, situación que se complica aún más, tal y como se demostrará a continuación, cuando la pareja está conformada por dos hombres, quienes tienen derecho solamente a 8 días hábiles de licencia.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-543 de 2010 señaló que *“los beneficios derivados de la licencia de maternidad pueden hacerse extensibles también a las madres trabajadoras adoptantes y a sus hijas o hijos adoptivos. De esto se percató el legislador quien, como ya se indicó, amplió el beneficio para favorecer también a las madres trabajadoras adoptantes. En el año de 1990 por virtud de la reforma introducida mediante la Ley 50 se extendió esta posibilidad a los padres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente. (...)”* (Negrillas fuera del texto original)

En la Sentencia anteriormente citada la Corte consideró que:

*“Excluir del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a las personas adoptantes mayores de siete años –incluidos los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente–, y a los adoptables mayores de siete años, desconoce el mandato de igual trato del artículo 13 constitucional, así como el mandato del artículo 42 Superior, que ordena el reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones a todos los hijos de la familia y el interés superior de la niñez del artículo 44 CP”* (Sentencia C-543, 2010) (Negrillas fuera del texto original)

Aunque en la referida Sentencia, la Corte Constitucional sólo hizo referencia al caso de los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente, en el año 2012, la citada Corte hizo extensible el reconocimiento de la licencia de paternidad a todos los padres adoptantes e hijos adoptivos, independientemente de la edad del menor y de la relación de pareja legal o extralegal del padre adoptante. Para sustentar su exposición, reiteró los argumentos señalados anteriormente por esa misma Corporación, al señalar que los menores adoptados requieren de especial atención durante el proceso de adaptación e integración a la nueva familia, sobre todo, considerando las difíciles situaciones que preceden a la adopción. (Sentencia C-383, 2012)

En este orden de ideas, la licencia de maternidad y paternidad debe ser disfrutada por los padres adoptantes sin que por esta calidad su derecho sea relativizado o se pueda negar este

reconocimiento del descanso remunerado, no sólo porque les asiste el mismo derecho que a los padres adoptantes heterosexuales, sino por la protección constitucional que se debe garantizar al menor adoptado.

Así las cosas y teniendo en cuenta el desarrollo Jurisprudencial de la Corte Constitucional no sería viable que el problema del presente artículo se siga perpetuando en el tiempo, por cuanto hay derechos como el interés superior del menor adoptado que, incluso, priman sobre los demás derechos. (Sentencia C-383, 2012)

### III. Análisis del Problema Central

Teniendo en cuenta el panorama explicado, el problema que se plantea es la falta de regulación y claridad frente a la forma en la que las parejas homoparentales pueden disfrutar la licencia de maternidad y paternidad en Colombia cuando el menor no es hijo biológico de alguno de los miembros de la pareja. Por eso, se propondrá una solución a esta situación, pues si se permite la existencia del vacío jurídico planteado, se pueden generar afectaciones a la familia y en especial al menor adoptado por no poder disfrutar del tiempo necesario para acoplarse a su nueva familia.

En Colombia, la primera aproximación al problema la tuvo el Ministerio de Salud (2017) cuando se refirió a dicho tema, sin hacer un estudio o análisis de fondo de las implicaciones que tiene señalar la manera como se debe disfrutar la licencia de maternidad y de paternidad por parejas homoparentales. En un concepto con radicado 201742301918152, de fecha 18 de septiembre de 2017 indicó:

- a. De acuerdo con la Sentencia de la Corte Constitucional C-543 de 2010, la licencia de maternidad tiene una función garantista frente a los derechos de las niñas y de los niños, que por mandato constitucional deben ampararse de modo prevalente.
- b. La Corte en la citada Sentencia C-543 de 2010, destaca así mismo:

*“(…) En otros términos, ha insistido la jurisprudencia constitucional que la licencia de maternidad es un derecho constitucional que se conecta de modo estrecho con otros derechos constitucionales fundamentales como la dignidad, la seguridad social, el mínimo vital y la salud tanto de la madre como de los hijos o hijas.”* (Negrillas fuera del texto original).

- c. Así mismo, el Ministerio reitera la prevalencia de los derechos de los niños entendidos como sujetos de especial protección constitucional.
- d. La Entidad indica que la Ley 1822 de 2017 hizo extensivos los beneficios de las licencias de maternidad a la madre adoptante y a los padres a cargo del recién nacido a cargo, sin apoyo de la madre.
- e. Según el Ministerio de Salud, la norma se debe interpretar en el sentido que la licencia de maternidad no puede supeditarse a la existencia de una madre, en la medida que cualquier

condicionamiento de género sería considerado como discriminatorio, máxime cuando el bienestar del menor debe prevalecer.

- f. Si bien el Ministerio acepta que no existe regulación específica, en caso de que sea una pareja homoparental adoptante, la licencia de maternidad se le deberá reconocer a uno de los dos padres que conforman la familia homoparental.

No obstante, los conceptos jurídicos del Ministerio no son vinculantes (Ley 1437, 2011)<sup>3</sup> y sólo dictan criterios de interpretación para los funcionarios al interior de la Entidad, por lo que consideramos restrictiva la interpretación del Ministerio en relación a que solamente uno de los dos padres pueda obtener la licencia de maternidad, pues ello implica inmiscuirse e injerir en la forma de crianza del niño y la distribución de roles al interior del hogar asumiendo que uno de los dos padres tendrá el rol de “madre”.

Respecto de este problema de la asignación de género, es preciso señalar que en un estudio denominado “*Los roles de género en la distribución de trabajo en familias homosexuales y en familias homoparentales de hombres en la Ciudad de México*” la autora Luz María Galindo Vilchis señaló que desde una perspectiva de género se puede analizar el conjunto de procesos, modelos de comportamiento y de relaciones con los cuales la sociedad transforma, a través de pautas o convenciones socio-culturales, el sexo biológico en relación con la actividad humana, e igualmente la organización que resulta de dividir a los hombres y a las mujeres en las tareas de producción y reproducción de la vida humana en sociedad. (Galindo Vilchis, 2018).

Respecto del concepto de género, la autora indicó: “*Es importante desde esta perspectiva comprender los patrones de género, ya que son el resultado de la división sexual del trabajo que se había pensado que era “natural” hasta que los diferentes feminismos (Lindsey, 1990; Rodríguez, 2001; Pedrero, 2004; García-Prince, 2013) cuestionaron lo anterior, teniendo como común denominador que esta división del trabajo se basa y expresa en relaciones de poder.*” (Galindo Vilchis, 2018).

En esta medida, el concepto de género es cambiante en relación con la asignación y división de tareas en la sociedad asignadas tanto a hombres como mujeres, siendo ello una construcción social en constante evolución y desarrollo.

Cuando se trata de la distribución de tareas del hogar, la autora mencionada identificó, a través de diversos estudios, que existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, así por ejemplo se estableció en un estudio de los años 90’s que las parejas del mismo sexo eran más igualitarias en su distribución de tareas. Así mismo, en un estudio más reciente de parejas homosexuales hombres en Estados Unidos, y que tuvieron hijos viviendo con ellos de 18 años o menos, se pudo establecer que la división de las labores del hogar estuvo relacionada con el bienestar de la pareja, en donde ambos participaban de forma igualitaria (Galindo Vilchis, 2018)..

---

<sup>3</sup> Según el artículo 28 dispone: “*Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.*”

Teniendo en cuenta esto, se soporta la idea de que el Concepto del Ministerio de Salud, en donde a una de las dos personas que conforman la pareja se le debería dar la licencia de maternidad y a la otra de licencia de paternidad, tiene en cuenta una interpretación restringida de las dinámicas de pareja y distribución de tareas del hogar en las relaciones homosexuales, pues asume que alguno de los padres tendrá el rol de “madre” en la crianza del menor adoptado; máxime cuando los estudios explicados anteriormente demuestran que las parejas homoparentales tienen distribuciones de roles y trabajos del hogar equitativos e igualitarios.

Así, si bien las Entidades del Estado (como el Ministerio de Salud) y las mismas Empresas (Revista Dinero, 2020a)<sup>4</sup> (mediante medidas autorregulatorias y de beneficios) podrían intentar llenar el vacío existente ante la falta de regulación clara de cómo debería funcionar la licencia de maternidad y de paternidad con las parejas homoparentales, consideramos que esta situación puede llevar a tomar medidas restrictivas e, incluso, discriminatorias de cara a los padres adoptantes, tal y como será explicado a continuación.

Para ejemplificar esta situación, es del caso exponer que la empresa Procter & Gamble (P&G) decidió otorgar de manera extralegal a sus trabajadores hombres una licencia de paternidad de 8 semanas que aplica para padres biológicos, adoptivos e incluso del mismo sexo (Revista Dinero, 2020b). No obstante, si se permite que las empresas se regulen autónomamente, podría pasar que la empresa decida no hacer extensivo el beneficio que otorguen a los padres homosexuales o que, por ejemplo, limiten el beneficio a solo uno de los dos padres si ambos trabajan en la misma compañía o un sinnúmero de situaciones más que se pueden presentar, generando así escenarios que no logran solucionar de fondo la problemática que se plantea.

Adicionalmente, es imperativo destacar que esta situación, tiene una relevancia no solo a nivel Constitucional y Legal, sino que tiene directa injerencia en los diferentes instrumentos internacionales que consagran los Derechos Humanos. Por ejemplo, en la reseñada Sentencia C-683 de 2015, la Corte Constitucional hace alusión a un escrito radicado el 11 de marzo de 2015 en el que el Representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia indicó que la orientación sexual y la identidad de género del menor, de sus padres, tutores, representantes legales o familiares: *“son motivos respecto de los cuales está prohibido discriminar bajo la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia”*. (Sentencia C-683, 2015).

Sobre el particular, el artículo 2 de la Ley 12 por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se dispuso:

***“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas***

---

<sup>4</sup> La Farmacéutica SANOFI por ejemplo reconoció un beneficio para sus trabajadores hombres de disfrutar de una licencia de paternidad de seis (06) meses (Revista Dinero, 2020a).

*apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.*” (Negrillas fuera del texto).

Lo anterior quiere decir que los padres de un menor adoptado no podrán ser discriminados por su condición sexual, pues ello es una característica que les es inherente, de acuerdo con lo establecido en la citada Convención de los Derechos Del Niño adoptada por Colombia.

Igualmente, el artículo 16 de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986- Y de la cual se hace referencia en la Convención de los Derechos Del Niño), establece que la legislación de los países deben asegurar que el niño adoptado sea reconocido legalmente como miembro de la familia adoptiva, y que al mismo tiempo, se debe garantizar el goce de todos los derechos pertinentes a su condición de tal (condición de ser miembro de una familia).

Dentro de los mencionados Derechos se puede encontrar la licencia de maternidad y paternidad, por cuanto las licencias: “[E]stá[n] concebida[s] como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad y especialmente el de recibir cuidado y atención”. (Sentencia C-114, 2019).

Sumado a lo anterior, la misma Corte Constitucional señaló lo siguiente frente a las licencias de maternidad y paternidad: “[S]u razón de ser, su esencia, es la plena satisfacción de los derechos de los menores, en el que una de las formas principales en que se garantiza este interés superior al recién nacido es la garantía del reconocimiento de la licencia de maternidad y paternidad, por cuanto con ello se le posibilita al menor el poder recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento.” (Sentencia C-383, 2012).

En esta medida, es evidente que es necesaria una solución al vacío jurídico sobre la aplicación de la licencia de maternidad y paternidad en parejas homoparentales adoptantes, porque no tenerla puede derivar en situaciones discriminatorias e incluso en detrimento del interés del menor adoptado, como por ejemplo, y tal como se explicará más adelante, que se reconozca a sus padres un menor tiempo y retribución económica por la licencia de maternidad y paternidad, sobre todo cuando se trata de parejas adoptantes homoparentales conformadas por dos hombres.

De otra parte, es menester poner de presente que Legislativamente no existe interés por regular esta situación al existir una visión tradicionalista del concepto de familia, como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-683 de 2015:

*“En el caso colombiano, por lo demás, no existe evidencia en el sentido de que el Congreso de la República tenga voluntad de remediar la situación. No hay constancia de iniciativas legislativas encaminadas a superar el déficit de protección que ha constatado esta Corte. Todo lo contrario. Además –solo a manera indicativa- una reciente encuesta elaborada por la Misión de Observación Electoral indica que el 71% de los congresistas*

*se opone a la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo y, por contera, a aquella medida que serviría al propósito de enmendar el desmedro al interés superior del niño.*” (Negritas fuera del texto) (Sentencia C-683, 2015).

Si bien el pronunciamiento de la Corte Constitucional data del año 2015, lo cierto es que en Congreso de la República no se evidencia un intento real por solucionar la problemática, pues en todo el tiempo transcurrido desde tal fecha, no se ha atendido la problemática frente al vacío que existe sobre el reconocimiento de la licencia de maternidad y paternidad en parejas adoptantes homoparentales.

Así las cosas, se encuentra que la postura de la Corte Constitucional es ciertamente progresista, entendiendo que ha sido esta Corporación que ha permitido no solo que parejas del mismo sexo adopten, sino que ha reconocido que existe un déficit de protección para que las parejas del mismo sexo constituyan una familia y se puedan desarrollar libremente en la sociedad colombiana. (Sentencia C-577, 2011 ).

La visión progresista de esta Corte ha sido limitada en lo que respecta a la regulación de las condiciones para que las parejas homoparentales adopten, pues ese mismo Tribunal señaló que no puede, en el marco de sus funciones constitucionales, regular aspectos administrativos de la adopción de parejas del mismo sexo. No obstante, sí ha dicho enfáticamente que restringir la adopción de parejas del mismo sexo de manera general es incompatible con la Constitución, por cuanto dicha prohibición no tiene una justificación constitucionalmente válida. (Sentencia C-683, 2015)

Ahora bien, en lo que respecta al problema central del presente artículo, podría existir un conflicto entre la falta de una solución real por parte de la Rama Legislativa del Poder y la postura de la Corte Constitucional de que no es la competente para regular la adopción de parejas del mismo sexo en Colombia. Esto ha llevado a que, por un lado, se permita en términos generales la adopción de parejas homoparentales y, por otro, que no se regulen las condiciones para que esto suceda, especialmente frente a trámites como el del reconocimiento de la licencia de maternidad y de paternidad, generando así el problema central del presente trabajo.

No obstante lo anterior, y reiterando que en la actualidad no existe una Ley que solucione el problema planteado de fondo, el único proyecto de Ley que se ha presentado fue para crear la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial y el fuero de protección parental, para modificar los artículos 236, 239, 240 Y 241 del Código Sustantivo del Trabajo y dictar otras disposiciones el 6 de agosto de 2019 ante la Cámara de Representantes. (Proyecto de Ley 229, 2020)<sup>5</sup>

La licencia parental compartida que, para efectos de esta investigación es el tema que concierne, se planteó como:

---

<sup>5</sup> Por medio de la cual se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial y el fuero de protección parental, se modifican los artículos 236, 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo, y se dictan otras disposiciones. Fue presentada el 6 de agosto de 2019 y su estado actual es pendiente rendir ponencia para primer debate en Senado.

**“PARÁGRAFO 4°.** *Licencia parental compartida. La licencia parental compartida es de 22 semanas, resultado de unificar los días de licencia de maternidad (18 semanas) y los de la licencia de paternidad (4 semanas). Los padres podrán distribuir libremente estas semanas, 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. Al escoger esta figura se está renunciando a hacer uso de las licencias de maternidad y paternidad en los términos contemplados en los incisos y párrafos anteriores.*

*La licencia parental compartida se regirá por las siguientes condiciones: 1. El tiempo de licencia parental compartida se contará a partir de la fecha del parto. Salvo que el médico tratante haya determinado que la madre deba tomar dos (2) semanas de licencia previas a la fecha probable del parto. 2. La madre deberá tomar como mínimo las primeras doce (12) semanas después del parto, las cuales serán intransferibles. El tiempo de licencia del padre deberá ser de mínimo cuatro (4) semanas intransferibles. Las restantes seis (6) semanas podrán ser distribuidas entre la madre y el padre de común acuerdo entre los dos. 3. En ningún caso se podrán fragmentar, intercalar ni tomar de manera simultánea los períodos de licencia. 4. La licencia parental compartida será remunerada con base en el salario de quien disfrute de la licencia por el período correspondiente. El pago de la misma estará a cargo del respectivo empleador o EPS, acorde con la normatividad vigente.*

*Para los efectos de la licencia de que trata este párrafo, los beneficiarios deberán cumplir los siguientes requisitos: 1. El único soporte válido para el otorgamiento de licencia compartida es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del menor. 2. Debe existir mutuo acuerdo entre los padres acerca de la distribución de las semanas de licencia. Ambos padres deberán realizar una declaración juramentada ante Notaría Pública explicando la distribución acordada y presentarla ante sus empleadores, en un término de treinta (30) días contados a partir del nacimiento del menor. 3. El médico tratante debe autorizar por escrito el acuerdo de los padres, a fin de garantizar la salud de la madre y el recién nacido. (...)*

*La licencia parental compartida también se aplicará con respecto a los niños prematuros y adoptivos, teniendo en cuenta las reglas del numeral 4 y el párrafo 3° del presente artículo. (...)*” (Proyecto de Ley 229, 2020) (Negrillas fuera del texto original)

Como se puede observar, el Proyecto de Ley propone que se sume la totalidad del tiempo por licencia de maternidad y paternidad para que esas semanas sean distribuidas a libre elección de los padres.

Respecto de este proyecto de Ley, es necesario indicar que el mismo no contempla los escenarios en que un menor sea adoptado y menos si la adopción proviene de parejas homoparentales, por lo que el problema planteado sigue estando presente aun si el proyecto de Ley fuera aprobado. Igualmente se observa que el proyecto de Ley, al solicitar el certificado del médico tratante para permitir compartir los tiempos de la licencia, se enfoca en el nacimiento de un menor y supone que se trate de una madre biológica y, en todo caso, reiteramos que en ningún momento hace referencia a las parejas homoparentales adoptantes.



Por otro lado, el proyecto de Ley desconoce una realidad en el país y es que las parejas homoparentales adoptan menores y frente a ellos no hay una regulación clara de cómo se deben disfrutar estas licencias. Esto, por cuanto la redacción de la norma propuesta restringe el reconocimiento y disfrute de la licencia de maternidad y paternidad a mujeres y hombres respectivamente.

Así las cosas, si bien puede ser esta una gran oportunidad para regular el vacío estudiado en este trabajo, desafortunadamente el Legislador dejó a un lado la regulación sobre reconocimiento y disfrute de este descanso remunerado a parejas del mismo sexo.

Ahora bien, este proyecto de Ley es el primer acercamiento en Colombia a lo que podría ser la solución al vacío normativo estudiado, pues se reconoce la posibilidad que los padres, de manera autónoma, acuerden el disfrute de la licencia de maternidad y paternidad y que les sea remunerado, este descanso. En ese sentido, si bien es clara la intención de modificar las reglas tradicionales sobre reconocimiento y disfrute de la licencia de maternidad y paternidad, esto no soluciona de fondo la problemática planteada.

Para hacer evidente el problema, se procederá a realizar un análisis de tiempo y costos relacionado a cómo el problema del vacío, frente a las licencias de maternidad y paternidad cuando las parejas homoparentales adoptan, puede ser discriminatorio y afectar directamente el interés superior del menor.

Para ello, se plantearán diferentes escenarios<sup>6</sup> tomando como referencia lo siguiente:

- Persona A: Hombre homosexual adoptante que devenga un salario mensual de \$5.000.000
- Persona B: Hombre homosexual adoptante que devenga un salario mensual de \$10.000.000
- Persona C: Mujer homosexual adoptante que devenga un salario de \$10.000.000.
- Persona D: Mujer homosexual adoptante que devenga un salario de \$5.000.000.

Dentro de este análisis se tendrá en cuenta la forma en la que actualmente se liquida la licencia de maternidad y paternidad. Así las cosas, el artículo 236 de Código Sustantivo del Trabajo indicó que la licencia de maternidad se debe liquidar<sup>7</sup> conforme al “*salario que devengue al*

---

<sup>6</sup> Se excluirá cualquier otro supuesto que se pudiera presentar en relación con el reconocimiento y disfrute de la licencia de maternidad y paternidad como, por ejemplo, el hecho que uno de los padres no sea cotizante, que no cumplan los requisitos legales, que tengan salarios distintos a los ejemplificados, que los padres pertenezcan a diferentes EPS, entre otros.

<sup>7</sup> El IBL de la licencia de maternidad en algunos casos puede generar discusiones con las EPS al momento del reconocimiento de la prestación económica, por cuanto las Entidades del Sistema se rigen por lo establecido en el artículo 49 de la Resolución 4901 de 1996, del Instituto de Seguros Sociales que indica: “**ART. 49.—Del ingreso base de liquidación del subsidio en licencia por maternidad o por adopción. El ingreso base de liquidación en la licencia de maternidad se establece con base en el salario base de cotización del mes inmediatamente anterior a la fecha de iniciación de la licencia.** En el caso de trabajadoras con salario variable, se tomará como base de liquidación el salario promedio base de cotización en el último año, o en todo el tiempo si fuere menor. (Subrayas fuera del texto original) (Resolución 4901, 1996).

*momento de iniciar su licencia*". Esto quiere decir, en términos económicos que la licencia de maternidad se remunerará teniendo en cuenta el salario que devengaba la trabajadora antes de iniciar su licencia, siendo para el ejemplo que si la trabajadora D disfruta de su licencia de maternidad recibirá un pago remunerado, tomando como base su salario mensual de \$5.000.000, durante las 18 semanas de duración de la licencia, por ejemplo.

Si bien no existe una norma expresa que defina cuál debe ser la base de liquidación de la licencia de paternidad, el Ministerio de Protección Social señaló en el Concepto 6829 de 2004 que:

*"(...) Ahora bien, la norma en comento no ha reglamentado una forma especial de liquidar la licencia de paternidad, por tal razón y teniendo en cuenta que tanto la licencia de maternidad como la de paternidad gozan de un mismo hecho generador (nacimiento de un hijo o adopción). La liquidación de esta última licencia participará de las mismas condiciones establecidas para la licencia de maternidad, circunstancia por la cual, esta oficina considera que la licencia de paternidad debe ser liquidada con el mismo salario base establecido para liquidación de la licencia de maternidad, licencia de paternidad que se cancelará teniendo el salario base existente a la fecha de entrar a disfrutar de la misma". (Aportes en Línea, 2017) (Negritas fuera del texto original).*

De esta forma, es claro que tanto la licencia de maternidad como de paternidad, se liquidan, de acuerdo con las disposiciones legales, tomando el último salario devengado por el trabajador o trabajadora.

En los ejemplos que se expondrán no se tendrán en cuenta las reglas de fidelidad frente a la cotización para la respectiva liquidación de la licencia, por lo que se asumirá que todos los trabajadores han cotizado de forma completa e ininterrumpida para poder acceder a la licencia de maternidad o paternidad.

Entonces, si las parejas conformadas por A y por B adoptan puede pasar lo siguiente:

1. **Escenario 1:** Ambos miembros obtienen su licencia de 8 días hábiles cada uno.
  - 1.1. A la persona A le corresponderían 8 días hábiles de licencia de paternidad correspondientes a: \$1.333.333, resultantes de la operación matemática de dividir el salario (\$5.000.000) en 30 días para conocer el valor diario del salario y multiplicarlo por los 8 días hábiles<sup>8</sup>.
  - 1.2. A la persona B le corresponderían 8 días hábiles de licencia de paternidad correspondientes a: \$2.666.667, resultantes de la operación matemática de dividir el salario (\$10.000.000) en 30 días para conocer el valor diario del salario y multiplicarlo por los 8 días hábiles<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Para efectos de la ilustración no se tendrán en cuenta descansos obligatorios.

<sup>9</sup> Para efectos de la ilustración no se tendrán en cuenta descansos obligatorios.

Así, si se está ante un tema estrictamente legal en donde ambos miembros de la pareja homoparental adoptante reciben su correspondiente licencia de paternidad les correspondería:

- 16 días hábiles en total de licencia.
- En términos monetarios: \$4.000.000 de pesos.

2. **Escenario 2:** La persona A obtiene licencia de 18 semanas y la persona B obtiene su licencia de paternidad de 8 días hábiles (como lo conceptuó el Ministerio de Salud):

2.1. A la persona A le corresponderían 18 semanas de licencia de paternidad (maternidad) correspondientes a: \$20.785.219, resultantes de la operación matemática de dividir el salario (\$5.000.000) en 30 días para conocer el valor diario del salario y multiplicarlo por 124.7113164<sup>10</sup>.

2.2. A la persona B le corresponderían 8 días hábiles de licencia de paternidad correspondientes a: \$2.666.667, resultantes de la operación matemática de dividir el salario (\$10.000.000) en 30 días para conocer el valor diario del salario y multiplicarlo por los 8 días hábiles<sup>11</sup>.

Así, si se está ante un tema estrictamente legal en donde ambos miembros de la pareja homoparental adoptante reciben su correspondiente licencia de paternidad les correspondería:

- 18 semanas y 8 días hábiles.
- En términos monetarios: \$23.451.886.

3. **Escenario 3:** La persona A obtiene licencia de 8 días y la persona B obtiene su licencia de 18 semanas (Tal y como lo conceptuó el Ministerio de Salud):

3.1. A la persona A le corresponderían 8 días hábiles de licencia de paternidad correspondientes a: \$1.333.333, resultantes de la operación matemática de dividir el salario (\$5.000.000) en 30 días para conocer el valor diario del salario y multiplicarlo por los 8 días hábiles<sup>12</sup>.

3.2. A la persona B le corresponderían 18 semanas de licencia de paternidad (maternidad) correspondientes a: \$41.570.439, resultantes de la operación matemática de dividir el salario (\$10.000.000) en 30 días para conocer el valor diario del salario y multiplicarlo por 124.7113164<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Los 124.7113164 equivalen a los días que hay en las 18 semanas. Este cálculo de días corresponde a la división de las 18 semanas en 4.33 (número de semanas en un mes), para luego multiplicarlo por 30 y tener el valor exacto de los días que hay en las 18 semanas.

<sup>11</sup> Para efectos de la ilustración no se tendrán en cuenta descansos obligatorios.

<sup>12</sup> Para efectos de la ilustración no se tendrán en cuenta descansos obligatorios.

<sup>13</sup> Los 124.7113164 equivalen a los días que hay en las 18 semanas. Este cálculo de días corresponde a la división de las 18 semanas en 4.33 (número de semanas en un mes), para luego multiplicarlo por 30 y tener el valor exacto de los días que hay en las 18 semanas.

Así, si se está ante un tema estrictamente legal en donde ambos miembros de la pareja homoparental adoptante reciben su correspondiente licencia de paternidad les correspondería:

- 18 semanas y 8 días hábiles.
- En términos monetarios: \$42.903.772 de pesos.

Ahora, si las parejas conformadas por C y por D adoptan puede pasar lo siguiente:

4. **Escenario 4:** La persona C obtiene licencia de 18 semanas por ser mujer y la persona D obtiene su licencia de 18 semanas por ser mujer:
  - 4.1. A la persona D le corresponderían 18 semanas de licencia de maternidad correspondientes a: \$41.570.439, resultantes de la operación matemática de dividir el salario (\$10.000.000) en 30 días para conocer el valor diario del salario y multiplicarlo por 124.7113164<sup>14</sup>.
  - 4.2. A la persona C le corresponderían 18 semanas de licencia de maternidad correspondientes a: \$20.785.219, resultantes de la operación matemática de dividir el salario (\$5.000.000) en 30 días para conocer el valor diario del salario y multiplicarlo por 124.7113164<sup>15</sup>.

Así, si se está ante un tema estrictamente legal en donde ambos miembros de la pareja homoparental adoptante reciben su correspondiente licencia de paternidad les correspondería:

- 36 semanas de licencia.
- En términos monetarios: \$62.366.658

De los escenarios evidenciados se pueden sacar las siguientes conclusiones:

- Del escenario 1 (escenario estrictamente legal) de las parejas A y B (hombres) en comparación con la pareja C y D (mujeres), existe una diferencia de \$58.355.658<sup>16</sup>, en hogares con un nivel de ingreso igual (\$15.000.000 para cada hogar).
- Del escenario 1 (escenario estrictamente legal) de las parejas A y B (hombres) en comparación con la pareja C y D (mujeres), existe una diferencia entre las 36 semanas de la licencia para las mujeres (C y D) y los 16 días hábiles para los hombres (A y B).

<sup>14</sup> Los 124.7113164 equivalen a los días que hay en las 18 semanas. Este cálculo de días corresponde a la división de las 18 semanas en 4.33 (número de semanas en un mes), para luego multiplicarlo por 30 y tener el valor exacto de los días que hay en las 18 semanas.

<sup>15</sup> Los 124.7113164 equivalen a los días que hay en las 18 semanas. Este cálculo de días corresponde a la división de las 18 semanas en 4.33 (número de semanas en un mes), para luego multiplicarlo por 30 y tener el valor exacto de los días que hay en las 18 semanas.

<sup>16</sup> Cifra que se obtiene de la siguiente operación: \$62.366.658 (valor de las licencias de las personas C y D) restando \$4.000.000 (Valor de la licencia en el escenario 1 de las parejas A y B).

- En caso de que se asumiera la postura del Ministerio de Salud en su Concepto 201742301918152, de fecha 18 de septiembre de 2017, de acuerdo con el análisis económico de los escenarios 2 y 3 las parejas homosexuales hombres adoptantes se verían inclinados a que la pareja que más salario devengue obtenga la licencia pues si bien son los mismos días de licencia (18 semanas y 8 días hábiles), entre la escogencia de una y otra pareja existiría una diferencia de \$19.451.886. Este valor fue obtenido del siguiente cálculo:
  - Valor de la licencia \$42.903.772 (Escenario 3 en donde la persona A obtiene licencia de 8 días y la persona B obtiene su licencia de 18 semanas) - \$23.451.886 (Escenario 2 en donde la persona A obtiene licencia de 18 semanas y la persona B obtiene su licencia de paternidad de 08 días hábiles).
- La no regulación de la aplicación de la licencia de maternidad y paternidad puede llegar a ser discriminatoria, sobre todo en el caso en el que la pareja homoparental adoptante esté conformada por hombres. Si se aplica la Ley en estricto sentido, las mujeres que conforman la pareja C y D, en comparación con la pareja A y B conformada por hombres, ganarían un 1459%<sup>17</sup> más por concepto de licencia de maternidad/paternidad, con un nivel igual de ingresos para cada hogar (\$15.000.000).
- De acuerdo con lo anterior, el menor adoptado se vería afectado frente a dos situaciones particulares: La primera, que sus padres perciban un ingreso más reducido por la prestación económica de la licencia de maternidad y paternidad; y, en segundo lugar, que en términos de tiempo tenga menos días para disfrutar con sus padres en el primer periodo de adaptación con su nueva familia. Situación que, como se vio, se vuelve más crítica en el caso de los adoptantes hombres.

#### IV. Estudio de las Soluciones que se han Planteado en Otras Jurisdicciones

##### 4.1. Argentina

Aunque en Argentina no existe una regulación normativa sobre la manera como se debe disfrutar la licencia de maternidad en parejas homoparentales, sí existe un pronunciamiento jurisprudencial que expresa que la licencia extendida por paternidad, en caso de que los adoptantes sean dos varones (como sucedió en dicho caso), se otorga con fundamento en el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de no discriminación a todos los seres humanos.

En la Sentencia que se menciona a continuación, se discute la aplicación de la licencia de maternidad contemplada en el artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina en el caso de una pareja conformada por dos personas del mismo sexo.

*“Por tratarse el caso de un matrimonio igualitario y resultar hoy pretensos “padres adoptivos” (ambos varones) de los niños I y L, la dificultad que se nos impone en caso de hacer efectiva la licencia ya dispuesta por la suscripta en resolución de fs.125/127 es,*

---

<sup>17</sup> El porcentaje fue obtenido de la siguiente operación: Valor licencia de las mujeres/Valor licencia de los hombres - 1x100.

*¿quién de los esposos gozará de la licencia extensa, el Sr. M o el Sr. O? ya que en este entendimiento y conforme la normativa citada el grupo familiar compuesto por los Sres. M, O, y los niños L e I no tipificaría "un grupo familiar" que pudiera hacer efectivo la licencia alongada ya que no podrían solicitar ninguno de los Sres M.O, en razón de ser ambos, pretensos padres adoptivos varones. (...) Es clara la intención de la ley 20744-LCT en su artículo 177 y es la de darle al empleado/empleada el tiempo suficiente para recibir a su hijo en el seno de la familia, un tiempo como ya se ha señalado de tranquilidad, y dedicado a la adaptación de ambos centros de interés, la de los padres y la de esos niños que ingresan y conforman un nuevo grupo familiar. **Las licencias por paternidad exceden el ser "hombre/mujer", "padre/madre"** pues es sólo entendible si consideramos que una familia se conforma desde la gestación, la adopción, o el reconocimiento filiatorio más un tiempo nutriente rico en afectos y con la tranquilidad de saber que el estado a través de estas normativas vigentes acompañan a los "padres" sin distinción de género a cumplir este mandato constitucional y de derechos humanos de cuidar a sus hijos, asistir a sus hijos, integrar a sus hijos, formar familias (...)" (Juzgado de Familia No. 5 de Mar del Plata, Sentencia de fecha 15 de julio de 2015. (Va Abogados) (Negritas fuera del texto original)*

En este caso, el Juzgado de Familia concluye que la licencia de paternidad y maternidad exceden el hecho de ser hombre o mujer y, por ende, ser padre o madre y, basándose además en la protección de los derechos del menor y en el respeto al derecho de igualdad de la pareja en comparación con las parejas heterosexuales adoptantes con fundamento en el derecho a la igualdad ante la ley y su correlato, la prohibición de no discriminación, a todos los seres humanos, falló reconociendo esta licencia a los padres.

#### 4.2. España

En España la gestación subrogada está prohibida. Sin embargo, en el 2015 una pareja compuesta por dos hombres acudió en Estados Unidos a este método para tener un hijo. Luego que regresaron a España, la Seguridad Social negó al matrimonio la posibilidad de optar a las ayudas por maternidad. Pero, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias contradijo esta decisión y le reconoció el derecho al padre a acceder a las prestaciones a la maternidad. (Sentencia 904, 2019).

Debido a esta Sentencia, al padre del menor se le otorgó el derecho a disfrutar de un permiso de dieciséis semanas de duración (por licencia de maternidad), más cuatro del previsto para el permiso de paternidad, como lo señaló el Tribunal de Justicia de la Unión europea:

*“si bien la aplicación de acciones positivas (permitida como excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo, establecida en el art. 4.1, de la Directiva 79/7, como numerus clausus), entre las que se incluyen las relativas a la protección por maternidad (protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo -SSTJUE de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, EU:C:1984:273, apartado 25, y de 19 de septiembre de 2013, Betriu Montull, C-5/12, EU:C:2013:571, apartado 62), es compatible con el principio de igualdad y la prohibición de discriminaciones directas por razón de sexo, el complemento analizado no guarda relación alguna con dicha tutela por maternidad y, por consiguiente, no se puede entender*

*comprendido dentro de la excepción justificada que ampara la acción positiva.”*  
(Sentencia (asunto C-450/18) , 2019)

Esta sentencia estableció que los hechos argumentados para obstaculizar el derecho a las prestaciones sociales del menor, no pueden privilegiarse frente a los hechos ciertos y reales, por lo que, haciendo una analogía con los casos de adopción, y revisando la Jurisprudencia existente en la misma materia y la motivación de la Ley 39 de 1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (que señala que dicha Ley complementa la “transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria”) falló otorgando la licencia requerida.

### **4.3. Chile**

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile negó la doble maternidad a dos mujeres que pretendían reconocer a dos niños como sus hijos. Aseguró que el reconocimiento de la homoparentalidad debe ser impulsado por el Parlamento con la aprobación del matrimonio igualitario y de la adopción. (MOVILH, 2020)

Consecuentemente negó el derecho a que fuera reconocida la licencia de maternidad y de paternidad a las dos mujeres que solicitaban la doble maternidad. De esta manera, observamos que el reconocimiento sólo se otorgó a una de las mujeres que conformaba la pareja, limitando el disfrute de la otra mujer.

### **4.4. Conclusiones respecto de las Propuestas de Otras Jurisdicciones**

Del estudio hecho anteriormente, si bien son pocos los países que han tenido un desarrollo normativo o Jurisprudencial sobre la licencia de maternidad y paternidad en parejas homoparentales, sí hay un primer acercamiento de los Tribunales de estos países para pronunciarse sobre el reconocimiento o no de esta. De la investigación realizada sólo se encontró referencia a este tema por parte de Argentina, España y Chile que, en todo caso, están reconociendo una realidad social como lo es la conformación de parejas homoparentales y la adopción de menores por parte de estos.

Aunque no se evidenció un desarrollo legislativo en ninguno de ellos, en el que se reconozca la licencia de maternidad y paternidad u otro tipo de descanso remunerado por el hecho de que los miembros de la pareja adopten, sí es notable el progreso que hay, especialmente, en las instancias judiciales.

Así las cosas, se puede observar que el reconocimiento de este derecho a los miembros de una pareja homoparental en países como España y Argentina se hace con base en la protección de los derechos del menor (que son personas de especial protección) y no restringiendo el disfrute de las licencias (como sucedió en Chile, donde se le negó la licencia a uno de los miembros de la pareja) sino otorgando el total del tiempo de la licencia para hombres y mujeres, con el fin de garantizar el disfrute y goce pleno del derecho.

Ahora bien, frente al caso chileno esta propuesta de solución no es constitucionalmente viable, pues como se vio en el Capítulo 2, los padres adoptantes tienen iguales derechos que los padres biológicos y, en esa medida, no es constitucionalmente viable dejar de reconocer la licencia a uno de los dos padres.

Si bien muchos países permiten formalmente la adopción de menores por matrimonios de igual sexo, muy pocos se han pronunciado sobre el derecho al disfrute de las licencias remuneradas cuando adoptan al menor, aun cuando sostienen que el niño necesita para su desarrollo de la diferenciación la presencia de los padres.

El hecho de tener una orientación sexual diversa, que vista desde el conjunto de la sociedad podría ser minoritaria, no es un criterio jurídico para negarles o restringirles el derecho a disfrutar el permiso remunerado que tienen al adoptar a un menor, como sucede en el caso de los heterosexuales adoptantes.

En relación con Colombia, estos países han tenido un avance pues, por lo menos, las autoridades judiciales se han pronunciado sobre estos casos. Independientemente del argumento que haya motivado la decisión de los Jueces, hay un interés del poder judicial en dar claridad a lo que debería suceder en casos similares.

En contraposición, en nuestro país aún no ha habido pronunciamiento alguno relacionado con la manera como los padres homosexuales adoptantes de un menor que no es hijo biológico de uno de los miembros de la pareja, por instancias judiciales, sino que la única autoridad que se pronunció sobre este aspecto, sin resolver el vacío jurídico porque, en todo caso no es su competencia, fue el Ministerio de Salud en el 2017, como ya lo vimos.

## **V. Planteamiento de la Solución al Problema – Análisis de Costos y Tiempo Frente a la Posibilidad de Compartir las Licencias (Evidenciar cómo Operativamente debería Funcionar)**

De acuerdo con el análisis precedente se propondrá una alternativa de solución al problema central de este artículo. Así, se propone que, frente a parejas homoparentales adoptantes, cuando el menor no es el hijo biológico de ninguno de los integrantes de la pareja, se les permita distribuir lo correspondiente a la licencia de maternidad y paternidad entre la pareja, tal y como se explicará a continuación y tomando como base los pilares del reconocimiento de la licencia de maternidad y paternidad, esto es, a través del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Lo anterior se debe a que de esta forma existiría una regla clara a aplicar en los casos de adopciones de parejas homoparentales, no existirían problemas de inequidad entre parejas de padres homoparentales mujeres y hombres, tal y como se vio en el aparte 3° del presente artículo en donde se demostró cómo una pareja homoparental de mujeres puede devengar 1459% más que una pareja de hombres en cuanto al valor del reconocimiento de sus respectivas licencias de maternidad y paternidad, teniendo ingresos iguales por hogar, de acuerdo con el ejemplo que se planteó.



Previo a exponer la propuesta de solución es importante tener en cuenta que el Sistema General de la Seguridad Social moderno no siempre ha considerado la visión tradicional de la familia, puesto que sus normas le dan un alcance mucho más amplio, sea por iniciativa legislativa o por el desarrollo Jurisprudencial de la Corte Constitucional. Así, a manera de ejemplo, se puede observar cómo este Sistema contempla beneficios para los compañeros permanentes de los beneficiarios sin restringirlo a los términos “hombre” o “mujer”, para lo cual se mencionan las siguientes normas i) artículo 47 de la Ley 100 de 1993<sup>18</sup>; (ii) artículo 151 de la Ley 100 de 1993<sup>19</sup>; (iii) artículo 3 del Decreto 1703 de 2002<sup>20</sup>.

De esta forma, además del amplio desarrollo Jurisprudencial de la Corte Constitucional, las normas del Sistema de Seguridad Social han admitido la inclusión de los compañeros permanentes para reconocerles derechos, sin tener en cuenta el concepto tradicional de familia. Igualmente, es claro que no supedita la condición heterosexual del compañero permanente para el reconocimiento de estos derechos.

Por lo anterior y al ser el reconocimiento de la licencia de maternidad y paternidad un descanso reconocido por el Sistema de Seguridad Social, tampoco debería distinguirse la preferencia sexual de un hombre o a una mujer cuando estos son padres adoptantes del menor. En esta medida, al existir ejemplos en donde no es aplicable el concepto de familia tradicional existe un campo aun mayor para concebir la posibilidad de otorgar licencias de maternidad y paternidad a parejas del mismo sexo en condiciones equitativas.

Adicionalmente se considera que la forma de disfrutar la licencia de maternidad o paternidad debe evitar que se presenten injerencias del Estado en la distribución de las labores del hogar en una pareja que no es la tradicional, y que actualmente se encuentra en proceso de cambio y evolución.

Esto, teniendo en cuenta que no es posible asignar los roles tradicionales de género de hombre y mujer (siendo ello en todo caso problemático, aunque no hace parte del análisis del presente artículo) en la crianza del menor adoptado, pues las parejas homoparentales tienen dinámicas distintas y más igualitarias que las parejas heterosexuales tal y como se mencionó en el aparte 3° de este artículo.

---

<sup>18</sup> “**Artículo 47: beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: En forma vitalicia, el cónyuge o la **compañera o compañero** permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.” (Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003) (Negrillas fuera del texto original)

<sup>19</sup> “**Artículo 151: Definición de pensión familiar.** Es aquella que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges **o cada uno de los compañeros permanentes**, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993.” (Ley 100 de 1993) (Negrillas fuera del texto original)

<sup>20</sup> “**Artículo 3: Afiliación del grupo familiar.** A partir de la vigencia del presente decreto, la afiliación al sistema requiere la presentación de los documentos que acreditan las condiciones legales de todos los miembros del núcleo familiar, así: 1. Para acreditar la calidad de cónyuge, el registro del matrimonio. 2. Para acreditar la calidad de **compañero permanente**, declaración juramentada del cotizante y compañero o compañera en la que se manifieste que la convivencia es igual o superior a dos años. En este evento la sustitución por un nuevo compañero con derecho a ser inscrito, exigirá el cumplimiento del término antes indicado.” (Decreto 1703 de 2002) (Negrillas fuera del texto original)

Teniendo presente esto, la solución planteada es la de permitir a las parejas homoparentales distribuir el tiempo total de la licencia de maternidad y paternidad. Esta solución que se da para las parejas homoparentales adoptantes, cuando el menor no es hijo biológico de ninguno de los miembros de la pareja, se podría considerar, incluso, para las parejas heterosexuales pues en la sociedad de hoy en día los roles de género están cambiando y la visión tradicional de la familia ha sido cuestionada por diversos sectores de la sociedad. Sin embargo, esto sólo se plantea como una reflexión sujeta a debate, pues el propósito del presente artículo está encaminado a estudiar la licencia de paternidad y maternidad en parejas homoparentales adoptantes.

Al distribuirse la licencia de maternidad o paternidad entre la pareja homoparental adoptante, se permite que no existan interpretaciones que afecten los recursos del Sistema de Seguridad Social, pues al establecerse reglas de juego claras, se evitarían conductas inapropiadas e inequitativas como el hecho de que sea la pareja que devengue un mayor salario a quien se le reconozca la licencia de mayor duración (18 semanas), o que en el caso de las mujeres, ambas madres disfruten de 18 semanas, para un total de 36 semanas.

Así las cosas, se analizarán los costos de la propuesta planteada, con el fin de establecer cómo debería aplicarse en la práctica. Se tomarán algunos elementos del ejemplo planteado anteriormente, por lo que se tendrán en cuenta los siguientes supuestos:

- Persona A: Hombre/mujer homosexual adoptante que devenga un salario mensual de \$5.000.000 de pesos.
- Persona B: Hombre/mujer homosexual adoptante que devenga un salario mensual de \$10.000.000 de pesos.

La pareja tendrá 134.71<sup>21</sup> días a repartir entre ambos (4,49 meses), y se deberá promediar el salario de los dos, el cual corresponde a \$7.500.000. En esta medida, los padres deberán decidir de qué manera van a distribuir la licencia de maternidad o paternidad a disfrutar, teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación para ambos de \$7.500.000

Dentro de la propuesta de solución es importante señalar que, si uno de los dos miembros de la pareja no es cotizante al Sistema de Seguridad Social en Salud, se deberán establecer reglas claras como que solo la persona cotizante pueda disfrutar de la licencia al ser esta una prestación económica del citado Sistema.

Lo anterior, teniendo en cuenta que sólo se reconocerá el pago de las prestaciones económicas de estas licencias a quienes sean afiliados al sistema contributivo en salud. El artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016 dispone que 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.”* (Negrilla fuera del texto original)

---

<sup>21</sup> Estos 134.71 días corresponden a la suma de los 124.7113164 correspondientes a las 18 semanas, más 10 días que en promedio corresponderían a los ocho días hábiles.

Y, por su parte, el artículo 2.1.13.3 señala que *“para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de paternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que el afiliado cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación de la madre y no habrá lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación.”* (Negrilla fuera del texto original)

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 2.1.4.3 del Decreto 780 de 2016, los cónyuges, compañeros o compañeras permanentes, incluidas las parejas del mismo sexo, de un mismo núcleo familia deben estar inscritos en una única EPS quien es la Entidad llamada a hacer el pago de la licencia de maternidad y paternidad. (Ministerio de Salud y Protección Social, Decreto 780 de 2016, del 06 de mayo de 2016).

El Ingreso Base de Liquidación de la licencia de maternidad y de paternidad será el correspondiente al promedio de lo devengado por la pareja, tal como se explicó anteriormente. Respecto del Ingreso Base de Cotización, seguirán aplicando las reglas vigentes (Decreto 806, 1998) (Resolución 2266, 1998).

Esta propuesta de solución podría discutirse desde el punto de vista de las parejas homoparentales mujeres porque no se les reconocerían 36 semanas de licencia (correspondientes a 18 semanas para cada mujer), sino que las semanas serían distribuidas. No obstante, se considera que, en virtud del derecho fundamental a la igualdad, no existe argumento que pueda avalar la discriminación entre hombres y mujeres cuando se trata de parejas homoparentales adoptantes, pues estas pertenecen a un mismo grupo tradicionalmente discriminado (Sentencia T-288, 2018)<sup>22</sup>.

En este sentido, y sin ser la intención de este artículo realizar un análisis de constitucionalidad de la eventual discriminación que se pueda dar entre las parejas homoparentales conformadas por hombres y las parejas conformadas por mujeres, es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional ha establecido que el derecho fundamental a la igualdad está constituido por: (i) la igualdad formal (que todas las personas nacen libres e iguales); (ii) la regla de prohibición de tratos discriminatorias que prohíbe diferencia de trato fundamentado en criterios sospechosos (sexo, raza, origen nacional, familia, lengua, religión, etc.); (iii) el mandato de promoción y obligación de adoptar medidas en favor de grupos marginados o discriminados; y (iv) el mandato de protección a personas en circunstancia de debilidad manifiesta. (Sentencia C-586, 2016).

Así mismo, en la citada Sentencia C-586 de 2016, la Corte Constitucional señaló que: *“una diferencia de trato basada en el sexo, que es una categoría sospechosa, y que prima facie, son violatorias del principio y derecho fundamental a la igualdad”*. (Sentencia C-586, 2016).

---

<sup>22</sup> La Corte Constitucional indicó: *“El cumplimiento de estas funciones se enmarca en el deber permanente que tienen las distintas entidades e instituciones del Estado, dentro de la órbita de sus funciones y competencias, de adelantar políticas públicas tendientes a evitar y eliminar los actos de discriminación en contra de los grupos tradicionalmente marginados, como la población LGTBI”*. (Sentencia T-288, 2018)

En esta medida, de aceptarse la posibilidad de que las parejas homoparentales mujeres tengan una licencia de maternidad de 36 semanas, mientras que los hombres tengan un menor tiempo, representa una clara violación al principio de igualdad, máxime teniendo en cuenta que ambas situaciones (parejas de hombres y mujeres) se encuentran en situaciones de desprotección iguales.

Así las cosas, siempre que se acepte una propuesta de esta naturaleza, la Corte Constitucional deberá realizar un juicio estricto de igualdad (Sentencia C-220, 2017)<sup>23</sup>, en dónde (Sentencia C-015, 2014):

- a. Se hará un test leve de igualdad que tiene las siguientes etapas: “(i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.”
- b. El test de igualdad implica la realización de un juicio integrado de igualdad cuya metodología implica analizar tres objetos: “(i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve.”
- c. Como se trata de una categoría sospechosa, deberá realizarse un test más exigente que busque establecer si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, que no puede ser reemplazado por un menos lesivo.

Tomando lo explicado, se considera que una medida que diferencie los días licencia entre parejas homoparentales adoptantes hombres y mujeres, basado en el sexo, deberá cumplir un test estricto de igualdad, test que no aprobará por cuanto la medida puede ser reemplazada por una menos lesiva como el de la licencia de maternidad/paternidad compartida, tal y como se propone en el presente artículo.

Además de ello, la licencia compartida evitará discusiones futuras frente a la igualdad de la medida en cuanto a las parejas heterosexuales, en caso de que se asuma que las parejas homoparentales adoptantes tengan una licencia mayor (36 semanas), pues de esta forma se tendrá una regla homogénea y equitativa para todos los padres que vayan a disfrutar de su licencia de maternidad o paternidad.

---

<sup>23</sup> De acuerdo con la Corte Constitucional, se aplica un test estricto de igualdad cuando: “(i) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1° del artículo 13 de la Constitución; (ii) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; (iii) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, entendido en su faceta negativa o prestacional mínima y exigible de forma inmediata en virtud de la Constitución o el DIDH; y (iv) cuando se examina una medida que crea un privilegio.” (Sentencia C-220, 2017)

Igualmente, se considera que al permitirse que las parejas se distribuyan el tiempo total de la licencia de maternidad y paternidad, se desvanece la falsa concepción de que las mujeres son más costosas, en términos laborales para las empresas, toda vez que será facultativo para cada pareja decidir de qué manera distribuyen el total del tiempo que comprende tanto la licencia de maternidad como la licencia de paternidad.

De esta forma, podrían mitigarse discriminaciones tradicionales en el campo laboral entre hombres y mujeres que, si se evalúa desde las estadísticas, se evidencia:

- a. Pese a que en el país hay un millón más de mujeres que de hombres, ellas representan 4 millones menos de población económicamente activa con respecto a los hombres. Además, la tasa de desempleo sigue siendo más alta para las mujeres (12,3%) que para los hombres (7,2%).
- b. La inactividad en las mujeres es del 45,5%, y la de los hombres es del 25,5%.
- c. En 2017 la diferencia de ingresos salariales entre hombres y mujeres fue de 17,6 puntos, es decir, las mujeres ganaron el 82,4% del salario de los hombres. El promedio del salario de los hombres fue de \$1'096.560 y el de las mujeres \$904.039. Esto a pesar de que las mujeres tienen mayor formación. En 2017 registraron un promedio de 9,7 años de formación, y los hombres 8,6 años.
- d. La participación de la mujer en actividades asignadas a roles masculinos aún es muy baja, porque persiste la visión de la función de cuidado asignado a ellas, en actividades económicas culturalmente feminizadas como los servicios comunales y sociales (30,6%), y el comercio, hoteles y restaurantes (33,9%). (Escuela Nacional Sindical, 2018)

Así las cosas, es claro que esta propuesta de solución no solo resuelve la problemática planteada de parejas homoparentales adoptantes, sino que también podría contribuir a cerrar las brechas de desigualdad e inequidad que hay en el mercado laboral colombiano entre hombres y mujeres, pues ayuda a desvirtuar la falsa creencia de que las mujeres tienen un costo laboral más alto que los hombres.

## **Conclusiones**

Como primera conclusión, encontramos que, efectivamente, existe un vacío jurídico en relación con la manera cómo se debe reconocer y disfrutar la licencia de maternidad y paternidad cuando una pareja del mismo sexo adopta a un menor que no es el hijo biológico de ninguno de ellos.

Esto, por cuanto durante muchos años existió incertidumbre sobre la posibilidad que parejas del mismo sexo adoptaran a menores cuando no era hijo biológico de uno de los integrantes de la pareja. Sin embargo, la Corte Constitucional ha dado un alcance distinto al concepto tradicional de familia y modificando las reglas de juego frente a la adopción, permitiendo así que parejas homosexuales en Colombia puedan adoptar.

No obstante lo anterior, no existe desarrollo legislativo ni Jurisprudencial que permita determinar con claridad cómo debe reconocerse la licencia de maternidad y de paternidad en parejas de mismo sexo.

Así las cosas, al permitirse esta posibilidad, se generan varios conflictos de interpretación y alcance de los derechos de las parejas adoptantes homosexuales, pues, como se expuso a lo largo de este artículo, si bien es un escenario pacífico el disfrute de la licencia de maternidad y paternidad para parejas conformadas por hombre y mujer, no lo es respecto de las parejas homoparentales. Es decir, con este cambio de concepción del concepto “familia” son varios los derechos que no resultan claros en su aplicación.

La única autoridad que se ha pronunciado al respecto fue el Ministerio de Salud en el año 2017. En todo caso, este concepto no es vinculante y, aunque concluye que efectivamente debería concederse la licencia de maternidad a una de las personas que comprenden la pareja homoparental, no señala la manera cómo debe hacerse. De nuevo, es un criterio que tiene dicha entidad que no es de obligatorio cumplimiento, no obstante, es un precedente que puede tenerse en cuenta para casos como el estudiado, sin embargo, reiteramos que el vacío continúa existiendo y la necesidad de tener certeza sobre el tema es apremiante.

En esta medida, resulta necesario tener reglas claras frente al reconocimiento de la licencia de maternidad y paternidad a los padres que conforman una pareja del mismo sexo, pero estableciendo la manera de determinar cómo se concede a cada uno de los integrantes de la pareja. Es por esto que es necesaria una integración normativa entre el derecho de la seguridad social y el derecho constitucional, porque, aunque la Corte ha hecho un gran esfuerzo para que sean reconocidos los derechos a las parejas homoparentales basándose en el derecho a la igualdad, no deberían existir afectaciones en la aplicación de los mismos, las cuales podrían suceder de continuarse con el vacío jurídico que existe sobre el tema asunto de estudio.

Según lo desarrollado por la Corte Constitucional y el Ministerio de Salud, la finalidad de la licencia de maternidad y de paternidad, es principalmente proteger los derechos fundamentales del menor en sus primeros años de vida, por lo que, siguiendo ese criterio, la solución debe atender a garantizar el disfrute de la licencia de maternidad y paternidad por padres homoparentales adoptantes de manera clara y equitativa cuyo tiempo total de semanas sea el mismo de una pareja heterosexual.

En esta medida, recordamos que el criterio del Ministerio de Salud no es de obligatorio cumplimiento y a su vez, que de conformidad con la Constitución Política y con el desarrollo Jurisprudencial que a la fecha se tiene, los mismos no resultan suficientes para solucionar los vacíos jurídicos que hay.

Por tal motivo, este trabajo busca brindar una posibilidad real de que las parejas homoparentales adoptantes puedan establecer, de acuerdo con el mejor criterio que ellos mismos tengan, la forma de distribución de la licencia de maternidad y de paternidad, a fin de garantizar los primeros cuidados del menor adoptado.

Por lo anterior, la alternativa más equitativa es que las parejas puedan decidir de manera autónoma cómo se reparten la licencia de maternidad y paternidad, lo cual, además no sólo permite un reconocimiento económico más equitativo para los integrantes, sino que podría eliminar la falsa concepción que las mujeres representan más gastos y menos ingresos para los empleadores.

Así las cosas, la regulación normativa colombiana debe atacar una problemática social independientemente de cualquier creencia política o religiosa, pues como Estado Social de Derecho, se debe procurar proteger los principios de la Constitución y garantizar los derechos fundamentales y especial protección del menor, así como los derechos asistenciales y económicos de las parejas homoparentales adoptantes.

## **Bibliografía**

- Aportes en Línea. (2017). *IBC licencia de paternidad*. Obtenido de [http://aportesenlinea.custhelp.com/app/answers/detail/a\\_id/487/~/ibc-licencia-de-paternidad](http://aportesenlinea.custhelp.com/app/answers/detail/a_id/487/~/ibc-licencia-de-paternidad)
- Chaparro Piedrahíta, L. J., & Guzmán Muñoz, Y. M. (2017). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. *Revista CES Derecho*, 8, 267-297.
- Concepto Jurídico Rad. 201742301918152 (Ministerio de Salud 18 de septiembre de 2017). Constitución Política de Colombia. (1991).
- Decreto 1703 (Presidencia de la República de Colombia, Ministerio de Salud 7 de agosto de 2002).
- Decreto 2663 (Código Sustantivo del Trabajo 1950).
- Decreto 780 (Ministerio de Protección Social (Ministerio de Salud) 6 de mayo de 2016).
- Decreto 806 (Presidencia de la República de Colombia 30 de abril de 1998).
- Escuela Nacional Sindical. (2018). Colombia sigue en déficit de Trabajo Decente y de protección social a la vejez. Obtenido de <https://ail.ens.org.co/informe-especial/colombia-sigue-en-deficit-de-trabajo-decente-y-de-proteccion-social-a-la-vejez/>.
- Galindo Vilchis, L. M. (2018). Los roles de género en la distribución de trabajo en familias homosexuales y en familias homoparentales de hombres en la Ciudad de México. *La ventana. Revista de estudios de género*, 6(48). Obtenido de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-94362018000200048#aff1](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362018000200048#aff1)
- Instituto Colombiano del Bienestar Familia (ICBF). (2018). *El Programa de Adopciones de la Dirección de Protección*. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/infografia\\_de\\_programa\\_de\\_adopciones\\_2\\_observaciones\\_finales\\_002\\_3.pdf](https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/infografia_de_programa_de_adopciones_2_observaciones_finales_002_3.pdf)
- Instituto Colombiano del Bienestar Familiar (ICBF). (21 de octubre de 2020). Asesoría en Derecho de Familia SIM N° 1762189264”.

Ley 100 (Congreso de la República de Colombia 1993).

Ley 1098, Código de Infancia y Adolescencia (Congreso de la República de Colombia 2006).

Ley 12, Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Congreso de la República de Colombia 1991).

Ley 1361 (Congreso de la República de Colombia 2009).

Ley 1437, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Congreso de la República de Colombia 2011).

Ley 1822 (Congreso de la República de Colombia 2017).

Ley 39. (Reino de España, Jefatura del Estado, 1999). Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-21568>

MOVILH. (2020). *Corte Suprema rechaza reconocer la doble maternidad o paternidad vía fallos e insta al Congreso a aprobar el matrimonio igualitario y la adopción homoparental*. Obtenido de <https://www.movilh.cl/corte-suprema-rechaza-reconocer-la-doble-maternidad-o-paternidad-via-fallos-e-insta-al-congreso-nacional-a-resolver-el-problema-con-la-aprobacion-del-matrimonio-igualitario-y-la-adopcion-homoparental/>

ONU. (1989). *Convención Sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

ONU. (1986). *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*. Obtenido de <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20sobre%20los%20Principios%20Sociales%20y%20Jur%C3%ADdicos%20relativos%20a%20la%20protecci%C3%B3n%20y%20el%20bienestar%20de%20los%20ni%C3%B1os%20Republica%20Dominicana.pdf>

Proyecto de Ley 229. (2020). Por medio del cual se crea la Licencia Parental Compartida, La Licencia Parental Flexible de Tiempo Parcial y el Fuero de Protección Parental, se modifican los artículos 236, 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras Disposiciones. Obtenido de [https://legislapp.mininterior.gov.co/media/archivos\\_proyectos/TEXTTO\\_ORIG\\_PL\\_129-19C.pdf](https://legislapp.mininterior.gov.co/media/archivos_proyectos/TEXTTO_ORIG_PL_129-19C.pdf)

Resolución 2266 (Instituto de Seguros Sociales (ISS) 6 de agosto de 1998).

Resolución 4901 (Instituto de Seguros Sociales (ISS) 11 de septiembre de 1996).



Revista Dinero. (2020a). *Un bogotano, el primero con 6 meses de licencia de paternidad en Colombia*. Obtenido de <https://www.dinero.com/management/articulo/cuantos-dias-tiene-de-licencia-de-paternidad-un-hombre-en-colombia/295485>

Revista Dinero. (2020b). *P&G aumenta licencia de paternidad e incluye a padres adoptivos y del mismo sexo*. Obtenido de <https://www.dinero.com/management/articulo/empresas-con-licencia-de-paternidad-extendida-en-colombia/302104>

Sentencia 904. (Tribunal Superior de Justicia de Canarias, 11 de septiembre de 2019). Obtenido de <https://tsj.vlex.es/vid/828140061>

Sentencia (asunto C-450/18). (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, 12 de diciembre de 2019). Obtenido de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=221515&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7698801>

Sentencia C-015, MP.: Mauricio González Cuervo (Corte Constitucional 23 de enero de 2014).

Sentencia C-071 (Corte Constitucional 2015).

Sentencia C-114, MP.: Gloria Stella Ortiz Delgado (Corte Constitucional 14 de marzo de 2019).

Sentencia C-174, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio (Corte Constitucional 18 de marzo de 2009).

Sentencia C-220, MP.: José Antonio Cepeda Amarís (Corte Constitucional 19 de abril de 2017).

Sentencia C-383, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva (Corte Constitucional 24 de mayo de 2012).

Sentencia C-543, MP.: Mauricio González Cuervo (Corte Constitucional 30 de junio de 2010).

Sentencia C-577, MP.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Corte Constitucional 26 de julio de 2011).

Sentencia C-586, MP.: Alberto Rojas Ríos (Corte Constitucional 26 de octubre de 2016).

Sentencia C-683, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio (Corte Constitucional 4 de noviembre de 2015).

Sentencia SU-075, MP.: Gloria Stella Ortiz Delgado (Corte Constitucional 24 de julio de 2018).

Sentencia SU-617, MP.: Luis Guillermo Guerrero Pérez (Corte Constitucional 28 de agosto de 2014).

Sentencia T-070, MP.: Martha Victoria Sáchica Méndez (Corte Constitucional 18 de febrero de 2015).

Sentencia T-288, MP.: Carlos Bernal Pulido (Corte Constitucional 23 de julio de 2018).

Va Abogados. (s.f.). *Licencia por Maternidad/Paternidad – Equiparación en el Matrimonio Igualitario. Juzgado de Familia No. 5 de Mar del Plata, autos: “A. L. B. Y A. I. O. S/ materia a categorizar (Declaración de adoptabilidad) MP-11313-2015”*. Sentencia de fecha 15 de julio de 2015. Obtenido de <http://www.va-abogados.com.ar/licencia-por-maternidad-paternidad-equiparacion-en-el-matrimonio-igualitario/>