

EDITORIAL

La gestación subrogada y la licencia de maternidad según la Corte Constitucional

Surrogacy and maternity leave according to the Constitutional Court

Natalia Eugenia Gómez Rúa¹ , Helary Vanesa Mora Sánchez² 

¹ Abogada. Especialista en Derecho de la Seguridad Social. Magíster en Derecho. Doctora en Salud Pública. Docente Universidad CES.

² Egresada de la Facultad de Derecho Universidad CES.

Forma de citar: Gómez, N.E. y Mora, H.V. (2023). “Editorial: La gestación subrogada y la licencia de maternidad según la Corte Constitucional”. En: *Revista CES Derecho*. Vol. 14. No. 2, mayo a agosto de 2023. pp. 1-4. <https://dx.doi.org/10.21615/cesder.7470>

A nivel internacional, existen países que cuentan con regulación que permite la práctica de la gestación subrogada y otros que la prohíben de forma expresa en sus marcos normativos. Dado que este tema ha sido controversial, las Altas Cortes son las que resultan dando soluciones a casos concretos conforme a principios constitucionales y/o referentes legales de cada país.

En Colombia esta práctica, aunque no esté regulada taxativamente, no está prohibida, lo cual ha implicado que la Corte Constitucional, desde los presupuestos del concepto de familia, haya tenido que conceptualizar para su aplicación y ordenar al Congreso de la República, cumplir con la labor legislativa sobre la materia. Concretamente sobre el tema ha planteado lo siguiente:

“La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas” (Sentencia T-968-09).

Sobre el asunto, se debe tener en cuenta que en la Constitución Política de 1991 se introdujeron los derechos reproductivos y sexuales de la mujer como un rango fundamental, así mismo el derecho a la familia, estando ésta altamente protegida, considerada como una figura básica de la sociedad, o como el núcleo de ella, donde la titularidad no recae solo en los padres sino también en los menores de edad, al crecer en condiciones que garanticen su desarrollo integral (Quiroz & Jácome, 2020).

La creación de este núcleo de la sociedad puede verse afectado por varios motivos, entre estos, la infertilidad, ésta puede ser en parte en una persona de la pareja o incluso en ambas. Desde esta perspectiva y contando que Colombia es un Estado Social de Derecho y por ende garantista de ello, debe contar con posibilidades o alternativas que conlleven a la facilitación de la conformación de la familia (Vásquez & Llanos, 2019).

Fecha correspondencia:

Recibido: 01 de septiembre de 2023.

Revisado: 04 de septiembre de 2023.

Aceptado: 28 de septiembre 2023.

DOI: 10.21615/cesder.7470

ISSNe: 2145-7719

<https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho>



Al respecto en Colombia se permiten las técnicas de reproducción asistida conforme a la Ley 1953 de 2019, pero en las regulaciones sobre la materia no se menciona la gestación subrogada como una de estas. Al respecto, la Corte Constitucional, en la mencionada sentencia T-968-09, indicó que las técnicas permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y semen de su cónyuge, compañero o donante. Generalmente, las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios óvulos y esperma. La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción, es que el niño que nace es hijo biológico de la pareja que “alquila el vientre”. La madre sustituta “o de alquiler” se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el esperma del padre. (Sentencia T-968-09, 2009). Esta postura, se sustenta en el mismo artículo 42 que señala “(...) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes (...)” (Constitución Política de Colombia de 1991, 1991).

Así, desde la norma superior se expresa que los hijos pueden ser tenidos bajo la modalidad de asistencia científica, dando la posibilidad a interpretar que la maternidad subrogada, denominada comúnmente como alquiler de vientre, también es una alternativa para conformar una familia.

No obstante, se debe tener en cuenta que el pronunciamiento a través de una sentencia de tutela no constituye una garantía a la protección de todos los derechos fundamentales que se desprenden de la práctica de esta modalidad para cualquier persona, pero si se convierte en una premisa o antecedente para los presupuestos que debe tener en cuenta el legislador en caso de una regulación al provenir del órgano de cierre constitucional. A continuación, se ilustran, los indicados por la Corte Constitucional [Gráfica 1](#).



Gráfica 1. Presupuestos de la Corte Constitucional sobre la gestación subrogada.

En coherencia con los presupuestos generales sobre el derecho a conformar una familia, el primer elemento se refiere a la parte biológica, concretamente a que los gametos no sean aportados por la mujer gestante porque la mujer tiene problemas fisiológicos para concebir. El segundo, orientado a evitar que se convierta en un negocio y por tanto exige que sea solo con fines altruistas. El tercero a las condiciones que debe cumplir la mujer gestante y la cuarta a evitar una interrupción del embarazo sin los presupuestos constitucionales. Por otra parte, la quinta esta orientada a la protección de los datos y la sexta a los términos en los cuales debe darse el consentimiento informado. Asimismo, en la séptima y octava premisa, se establecen condiciones para los padres, para que no rechacen el menor por ninguna circunstancia como raza o discapacidad y que garanticen la protección de la niña

o niño en caso de la muerte de los padres antes del nacimiento, para que no quede desprotegido.

A partir de estos elementos respecto a la gestación subrogada se pueden presentar diversas discusiones como se evidencian en la literatura científica orientados a los temas sobre la filiación, el contrato y algunos análisis de derecho comparado de los sistemas jurídicos de los países sobre la materia. Pero también ha surgido el interrogante sobre las implicaciones de la práctica de la gestación subrogada para los sistemas de seguridad social en salud.

En esta medida, la Corte Constitucional en la sentencia T-275-22, analizó una acción de tutela de un padre que pretendía reclamar la licencia de maternidad extendida a su EPS porque consideraba que en su caso se dio una gestación subrogada. Dentro de los supuestos se advirtió que las respectivas EPS, reconocieron solamente al padre la licencia de paternidad y a la gestante la licencia de maternidad. (Corte Constitucional, Sentencia T 275 de 2022)

Al definir el problema jurídico, el Alto Tribunal, planteó dos interrogantes que permiten un análisis respecto a las implicaciones de la gestación subrogada en el sistema de seguridad social en salud: ¿La negativa de extensión de la licencia de maternidad implicó la vulneración de los derechos al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la familia y a la licencia de paternidad del señor XXX y de su hija menor de edad XXX?: ¿La EPS XXX vulneró el derecho de petición del señor XXX al no dar respuesta de fondo a su solicitud de hacerle extensiva la licencia de maternidad?

Para resolver los interrogantes, analizó el vacío legislativo sobre la figura de la “maternidad subrogada” precisando que llevaba más de 12 años advirtiendo al Congreso de la República sobre la necesidad de legislar; el contenido y alcance de las licencias de maternidad y de paternidad, que se encuentra actualmente reguladas en Ley 2114 de 2021, y la posibilidad de hacer extensiva la licencia de maternidad al padre de conformidad con la Ley y la jurisprudencia, cuando se trata de padres adoptantes o por fallecimiento, abandono o enfermedad de la madre.

Sobre el primer interrogante, reconoce que la situación no corresponde a aquellas prevista por el legislador y la jurisprudencia constitucional para otorgar la licencia de maternidad que se hace extensiva al padre. Advierte que dada las circunstancias del caso concreto y que no existe madre alguna ya que se contrató a una mujer para que se implantara en su útero embriones resultantes de la fecundación de óvulos de una donante anónima con los espermatozoides del accionante, el asunto se debe resolver aplicando los principios de igualdad e interés superior del menor.

Respecto al segundo interrogante, señala que la EPS accionada no vulneró el derecho a la extensión de la licencia de maternidad, a la luz de la legislación vigente y que es el Juez Constitucional el que extiende los beneficios de dicha licencia a favor del accionante basado en los citados principios. Como medidas de protección para el caso concreto tiene en cuenta que, frente a la mujer gestante, se debe acoger el concepto presentado por el ADRES para resolver la acción de tutela, orientado a que en esta situación, la mujer gestante tiene derecho a la incapacidad médica durante el periodo que requiera su recuperación y no a una licencia de maternidad y considera que el tiempo razonable debe ser siete semanas, de acuerdo a los criterios médicos de las Instituciones consultadas para el fallo de tutela, ya que cumplía solamente la condición de gestante que da luz y no de madre. Pero que como se reconoció la licencia de maternidad, la carga del pago indebido ante la omisión legislativa recae en el ADRES y debe la EPS devolver la suma correspondiente a las siete semanas que inicialmente esta entidad desembolsó por concepto de licencia de maternidad.

En conclusión, se puede afirmar que la ausencia de regulación normativa afecta también al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el sentido que el pago de las prestaciones económicas puede implicar, como en el caso analizado, que el ADRES tenga que asumir dineros reconocidos sin los presupuestos de Ley porque se desconocía el origen de la gestación y la calidad de la afiliada reclamante. Asimismo, en la regulación normativa, se requiere

aclarar el concepto de gestación o maternidad subrogada, previendo el alcance e incluso, en licencias como la de maternidad, modificar la norma y preceptuar que siempre se debe aportar el registro civil de nacimiento, ya que actualmente también se permite presentar solamente el certificado de nacido vivo.

Referencias

- Congreso de la República. Ley 2114 de 2021. “Por medio de la cual por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículos 236 y se adiciona el artículo 241a del código sustantivo del trabajo, y se dictan otras disposiciones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=167967>
- Constitución Política de Colombia de 1991, (1991). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Quiroz, A., & Jácome, J. (2020). *Hacia una postura intermedia de la maternidad subrogada en colombia como medio para la garantía de los derechos fundamentales*. Universidad Santo Tomás.
- Sentencia T-968-09, (Corte Constitucional de Colombia 18 de diciembre de 2009). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm#_ftnref1
- Vásquez, M. A., & Llanos, A. M. (2019). *El contrato de maternidad subrogada en Colombia: La licitud del objeto como protección a los derechos del niño*. <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/19377>