

LA EXTENSIÓN DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

*Luis Alberto Torres Tarazona*¹⁸

*María Fernanda González Martínez*¹⁹

Sumario: Palabras Clave. Resumen. Introducción. 1.- La Gestación Subrogada. 2.- Perspectiva internacional de la gestación subrogada. 3.- La licencia de maternidad. 4.- La extensión de la licencia de maternidad en la gestación subrogada en Colombia. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

Palabras Clave: Maternidad Subrogada. Licencia de Maternidad. Madre y/o Padre de Intención. Madre Gestante.

Resumen

En la actualidad, diferentes instituciones del derecho han ido cambiando en atención a los nuevos contextos sociales que ofrece la realidad y la tecnología, de allí, que sea importante señalar que, actualmente, una de las figuras que está tomando relevancia es la de la maternidad subrogada, pues de esta se desprenden nuevas incógnitas, ejemplo de ello, hace referencia al reconocimiento de la licencia de maternidad a la madre y/o padre de intención y a la madre gestante; lo anterior en atención a la finalidad que persigue precisamente la licencia de maternidad.

¹⁸ Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Libre, Colombia. Doctor *Honoris Causa* de la Universidad Privada de Ica, Perú. Curso de expertos en Normas Internacionales del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Bogotá, D.C. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Magister en Derecho Administrativo. Docente e investigador. Director del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre.

¹⁹ Estudiante de la maestría en Derecho laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre. Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Bogotá, D.C. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre.

Particularmente, en Colombia todavía no existe una regulación expresa frente al caso en concreto, pues fue a partir del 2009, en donde la Corte Constitucional, exhortó al gobierno colombiano con la finalidad de que regule el contrato de maternidad subrogada, sin embargo, en la práctica, se evidencia un problema jurídico referente a determinar y consecuentemente saber cómo procede el reconocimiento de la licencia de maternidad tanto para aquella mujer que decide gestar a un bebé durante nueve meses, y aquella madre o padre que posteriormente será reconocido como madre o padre biológico de ese menor recién nacido.

En consecuencia, la pregunta a desarrollar consiste en saber ¿la posibilidad de extender el reconocimiento de la licencia de maternidad en los casos de gestación subrogada a las madres gestantes y a las madres y/o padres de intención?; para ello, el presente escrito se dividirá en cuatro momentos: en un primer momento se desarrollará un marco conceptual para entender un poco mejor qué es la maternidad subrogada y la licencia de maternidad respectivamente; para en un segundo lugar, desarrollar la perspectiva internacional; en tercer lugar, se desarrollará lo concerniente a la extensión de la licencia de maternidad en la gestación subrogada; y, finalmente se llegará a unas conclusiones.

Introducción

En diferentes partes de Iberoamérica, ha empezado a tener influencia la figura de la maternidad subrogada; en algunas legislaciones, sea permitida bajo unas reglas específicas, en otras, ni siquiera bajo excepciones desarrolladas. La maternidad subrogada, que es el tema de análisis, de manera concreta tiene diferentes efectos, esto es, unos efectos de naturaleza civil, comercial y dentro del mundo del trabajo; en lo que hace referencia a estos elementos en concreto, consisten en características de la esencia y de la naturaleza que deben tener como mínimo los contratos civiles o comerciales. Lo anterior quiere decir entonces que, frente a la gestación subrogada todo está por decirse y escribirse, pero hay un gran avance desde el derecho privado.

En lo que concierne al aspecto desde el punto de vista del derecho de la seguridad social, la maternidad subrogada, también tiene gran incidencia; en atención a los principios de prevalencia de derechos, obligatoriedad, y universalidad, entre otros, se debe garantizar el derecho a la salud a la madre que gesta al bebé durante el periodo de gestación y al bebé que viene en camino, de allí que, se salvaguarde el derecho a la salud, en consecuencia, hay un reconocimiento pleno, no

solamente a la madre gestante y al bebé, sino que también, deberá gozar de dicho disfrute la madre y/o el padre de intención.

De otra parte, la licencia de maternidad, en la legislación colombiana es aquella que se da mediante un descanso remunerado igual o superior a dieciocho semanas; lo anterior con dos finalidades en concreto, las cuales consisten, en palabras de la Corte Constitucional en sentencia del 2013 “(...) *la protección integral de la mujer trabajadora en estado de embarazo antes y después del parto, al igual que garantizar la protección del niño los primeros meses de vida*”. Ahora, es válido señalar que la licencia de maternidad y/o paternidad, solamente se reconocerá a aquellos afiliados al sistema en salud en el régimen contributivo, pues, se hace imposible su reconocimiento siendo afiliado o afiliada al régimen subsidiado.

De acuerdo con la finalidad de la licencia de maternidad, se debe partir de la premisa referente a que, definitivamente, no hay duda de su aplicación bajo el contexto de la gestación subrogada, tan es así que, en Colombia, sentencias como la T-968 de 2009 y la T-275 de 2022 empezaron a hablar de las características y requisitos mínimos para materializar efectivamente la figura de la gestación subrogada y más aún de su importancia respecto a la licencia de maternidad y/o paternidad. Sin embargo, esto todavía no resuelve el problema de fondo, pues si se aplica en debida forma la finalidad de la licencia de maternidad, en la práctica solamente se estaría garantizando la licencia a la madre o el padre de intención; dejando casi que desprotegida a aquella que gesta por el término de nueve meses a un bebé.

Así, el objetivo general del presente escrito es: “Determinar la posibilidad de reconocer la licencia de maternidad bajo los contextos de la gestación subrogada a la madre de intención y madre gestante en el ordenamiento jurídico colombiano”. Para complementar el análisis es pertinente desarrollar los siguientes objetivos específicos, tales como: Entender el concepto de la gestación subrogada y su incidencia en la licencia de maternidad en la legislación colombiana. Y, analizar la procedencia del reconocimiento de la extensión de la licencia de maternidad en la gestación subrogada.

El presente artículo nace en atención a diferentes consultas realizadas por estudiantes de pregrado de la Universidad Libre con sede en Colombia y, por consultas concretamente realizadas por trabajadoras de empresas colombianas dedicadas a la práctica de la maternidad subrogada, quienes, de manera concreta enfocaron la interrogante referente a saber de qué manera se da el reconocimiento de la licencia de maternidad, bajo los contextos de la gestación subrogada; de allí

que, esta investigación sea netamente documental, pues a través de la consulta de diferentes normas de orden nacional e internacional, de jurisprudencia y diferentes artículos, se examinó la posibilidad de la extensión de la licencia de maternidad.

1.- La Gestación Subrogada

La figura de la gestación subrogada se materializa a través de un contrato de naturaleza comercial, mediante el cual, en palabras de Ana Marrades Puig,²⁰: “(...) una mujer, a través de una fecundación in vitro –generalmente con óvulo de donante (o de la comitente) y espermia del comitente– gesta un bebé para otra persona o para una pareja”

De acuerdo con la lectura de diferentes artículos de investigación, la gestación subrogada, puede también ser reconocida como “maternidad subrogada”, o “vientre de alquiler”²¹

En palabras de Henry Martínez, citando a Domínguez Guillen María Candelaria, señala que la maternidad subrogada: (...) tiene lugar generalmente cuando una mujer da su óvulo para que le sea implantado a otra que gestará y dará a luz el ser. Lo que pretende trasladarse a otra mujer distinta a la que aporta su carga genética a través de su óvulo es el proceso de gestación que obviamente incluye el parto. Es decir, una mujer será la madre genética porque concede el óvulo y otra distinta gestará al concebido dándole a luz. De allí que más propio para el caso que nos ocupa es referirse a «vientre subrogado»²²

Entonces, la gestación subrogada, es aquella mediante la cual una mujer denominada “mujer gestante” permite gestar un hijo de una persona o una pareja; estos últimos son conocidos como padres de intención.

Así mismo, en el artículo denominado “*La Maternidad Subrogada: Reto Normativo Frente A La Legislación Iberoamericana*” se desarrollan unas tipologías de la maternidad subrogada, conforme lo expresa Henry Martínez en su texto “La Maternidad Subrogada” dichas aristas concretamente son las siguientes y se diferencian en:

Maternidad subrogada parcial	Se origina cuando la mujer no puede concebir, dispone de sus óvulos para que puedan ser fecundados por medio de la inseminación artificial, bien puede ser por el espermia de su pareja o de un donante calificado. Este tipo de maternidad suele ser más común en parejas mujeres homosexuales, la cual, la una aporta los óvulos a la otra por medio de una inseminación artificial de un donante anónimo. ²³
-------------------------------------	--

²⁰ Marrades, A. (2017). La gestación subrogada en el marco de la Constitución española. Dialnet, 65, 219-241. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6129170> p. 217

²¹ Fernández, P. (2018). Gestación subrogada ¿cuestión de derechos? Dialnet, 26, 27-37. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278536> p. 13

²² Domínguez, M. (2018). ob. cit. («Gestación subrogada»), p. 225 http://rvlj.com.ve/?page_id=2525 p. 271

²³ Martínez, H. (2018). Maternidad subrogada. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 10.

Maternidad subrogada total	En este contexto es la madre subrogada, quien es a su vez la madre genética, es la persona que dispone de sus óvulos para que sean fecundados con esperma de la persona quien pretenda ser el padre o en otro de los casos puede ser también un donante anónimo. ²⁴
Maternidad subrogada altruista	Este tipo de maternidad subrogada se lleva a cabo de hermanas, hijas, sobrinas en casos muy particulares se han dado casos de abuelas como madres de gestación sin intención de ningún pago o contraprestación por ello, la mujer está predispuesta a prestar su útero llevado por un sentimiento de solidaridad sin fines de lucro. ²⁵ Sin embargo, en otras legislaciones este fin altruista no solamente nace entre miembros de la familia, puede nacer de otras personas que no tienen siquiera un vínculo consanguíneo.
Maternidad subrogada comercial	Es cuando la mujer que presta el vientre requiere una remuneración económica, esto quiere decir que esta persona solo se embaraza a cambio de una compensación que puede ser monetario o pagada con algún bien (...) ²⁶
Maternidad subrogada fragmentada	Se da en el caso que una mujer done su ovulo para que otra mujer lo gestione producto de una concepción, convirtiéndose esta última en la madre legal del niño. Aquí existen tres tipos de madre la legal, por gestación, y la biológica. ²⁷

Fuente propia

2.- Perspectiva internacional de la gestación subrogada

No se puede perder de vista que, en algunas legislaciones la gestación subrogada es permitida y en otras no, precisamente porque se utiliza como un modo para vulnerar derechos de las mujeres y de los niños. De allí que, sea necesario realizar un recorrido por algunas legislaciones:

País	Regulación
Argentina	En Argentina no se regula el tema, al respecto se debe entonces hacer una remisión expresa en el Código Civil, el cual señala que la mujer que da a luz es la madre biológica del menor.
Brasil	“Brasil ha regulado la práctica de la maternidad subrogada, restringiendo a los casos que persiguen un fin altruista y está prohibido su ejercicio con fines comerciales, (...) para su realización el Consejo Federal de Medicina, exige un consentimiento de todas las partes intervinientes, y la mujer que facilita la gestación debe ser familiar de la madre de intención, su regulación se da a través de la resolución 1358 de 1992” ²⁸

²⁴ *Ídem.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ Cedeño Floril, M. P., Machado López, L., & Vivanco Granda, E. C. (2022). La maternidad subrogada: reto normativo frente a la legislación iberoamericana. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S1), 8-19. p. 16

Perú	“En Perú, la gestación subrogada o gestación por sustitución no está permitida ni prohibida. Si bien el vientre de alquiler no se encuentra prohibido en Perú, se producen graves problemas con la mujer gestante y el bebé, ya que el niño es considerado legalmente hijo de la mujer gestante. Por lo tanto, es claro que la maternidad subrogada o vientre de alquiler no es legal en Perú, y los expertos desaconsejan totalmente realizar este proceso en territorio peruano, debido a los peligros que involucra” ²⁹
Portugal	(...) “en la sentencia 101/2009 se argumenta la gratuidad en los contratos de gestación por sustitución sin embargo, estos deben materializarse bajo los conceptos del altruismos y solidaridad , lo anterior quiere decir que se da en un actuar, en función a favor de la mujer gestante, impidiendo de dicha forma la explotación económica por medio de la fijación de un valor” ³⁰
España	En España no es permitida la práctica de la gestación subrogada, conforme lo dispone la Ley 14 de 2006 en el artículo 10, la cual señala que: 1.- <i>Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.</i> 2.- <i>La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.</i> 3.- <i>Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme las reglas generales.</i>

Fuente propia

3.- La licencia de maternidad

La naturaleza jurídica de la licencia de maternidad en Colombia se desarrolla en la Constitución Política de 1991 (arts. 11, 13, 43 y 44), en el Código Sustantivo del Trabajo, en las leyes 2114 y 2141 del 2021 y en los decretos 2353 del 2015 y 1427 del 2022. En el campo internacional, se debe partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2º, 6º y 10); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 12), así como los convenios 3, 103 y 183 y la Recomendación 95 de la OIT.

Entre sus acepciones, se encuentra que (i) la licencia de maternidad es un disfrute y una compensación del salario, con la finalidad de conciliar trabajo productivo y reproductivo; (ii) el Convenio 183 de la OIT la direcciona hacia la madre y al hijo; al tiempo que la Unicef, en el *Documento de Maternidad y Paternidad para América*, lo define como descanso remunerado, es

²⁹ *Ídem*. p. 16

³⁰ *Ibidem*. p. 12

decir, un permiso de ausencia remunerada relacionado con nacimiento de hijos, como medida de protección familiar, y como política de apoyo para la lactancia y el cuidado.

En varias oportunidades, la Corte Constitucional ha señalado que es un derecho y un descanso remunerado, que se “reconoce a la madre trabajadora ‘un período destinado a [su] recuperación física [...] y al cuidado del niño’” (Sents. T-204/08, T-998/08, T-489/18, T-224/21 y T-275/22, entre otras), por el término de 18 semanas a partir del año 2021, con algunas excepciones, por ejemplo, cuando el parto es múltiple, cuando el bebé nace con alguna discapacidad o en los casos de parto pretérmino. De igual forma, la Corte ha sido enfática en señalar que el tiempo reconocido por licencia de maternidad “a las madres biológicas también es aplicable a las madres adoptantes y en ciertas circunstancias a los padres” (Sentencia. T-275 de 2022).

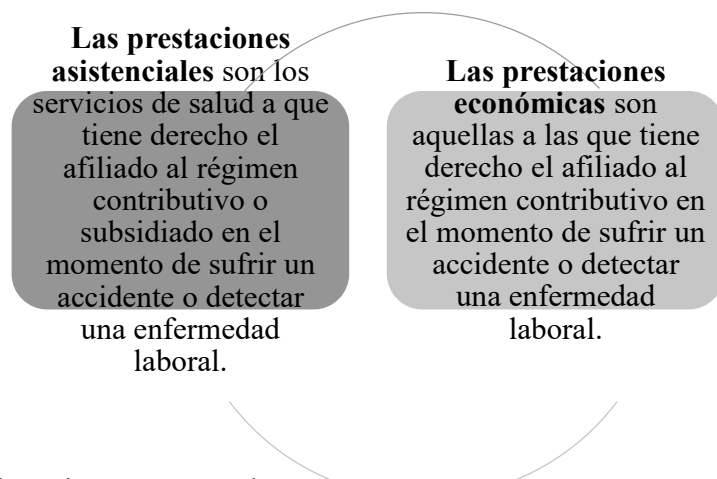
A la actualidad, en Colombia se presenta una diversidad referente a la procedencia de diferentes tipos de licencias relacionadas con la maternidad; se encuentra la licencia de maternidad desarrollada por el Código Sustantivo del Trabajo, complementada por ejemplo, entre otras, por la Ley 2114 de 2021, siendo esta última la que entre otros efectos, extiende el término de disfrute de la licencia de paternidad y crea nuevas licencias como lo son la licencia parental compartida y flexible, pero además de estas regulaciones, también se encuentra el Decreto 1427 de 2022, el cual entre otras desarrolla una nueva institución denominada la “Licencia de maternidad por extensión”, la cual consiste en la:

“Garantía que se extiende a la madre adoptante, al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, o al que adquiere la custodia justo después del nacimiento y que consiste en el derecho a disfrutar de una licencia de dieciocho (18) semanas remuneradas o el tiempo que falte para completar estas, y cuya prestación económica se encuentra a cargo del SGSSS, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere la custodia justo después del nacimiento”.

El subsistema general de seguridad social en salud y las prestaciones asistenciales y económicas conforme la lectura del artículo 152 de la Ley 100 de 1993, “el objetivo del subsistema en salud será el de regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención”. Para garantizar lo anterior, el subsistema en salud a la actualidad está conformado por dos regímenes; esto es por el régimen contributivo, en el cual se encuentran las personas que tienen capacidad de pago para asumir una cotización al sistema; son beneficiarias de las prestaciones asistenciales y económicas; y expresamente se encuentran definidas en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, y en el artículo 34

del Decreto 2353 de 2015. Por otro lado, se encuentra el régimen subsidiado, en el cual se encuentran las personas sin capacidad de pago, las personas denominadas pobres y las personas vulnerables; en concreto son únicamente beneficiarias de las prestaciones asistenciales; y se encuentran definidas en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, y en el artículo 40 del Decreto 2353 de 2015.

Respecto a la distinción entre las prestaciones asistenciales y económicas, en palabras del Ministerio de Salud en Colombia, estas se diferencian de la siguiente manera:



Respecto a las primeras, se pueden encontrar:

- Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica.
- Servicios de hospitalización.
- Servicio odontológico.
- Suministro de medicamentos.
- Servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento.
- Prótesis y órtesis, su reparación y reposición sólo en casos de deterioro o desadaptación, o cuando por criterio de rehabilitación se recomienda.
- Rehabilitación física y profesional.
- Gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios

Mientras que, en las segundas se encuentran entre otras:

- Subsidio por incapacidad temporal.
- Indemnización por incapacidad permanente o parcial.
- Licencias de maternidad y/o paternidad

4.- La extensión de la licencia de maternidad en la gestación subrogada en Colombia

Los nuevos contextos sociales hacen que el legislador y las altas cortes empiecen a pronunciarse sobre la maternidad subrogada, de allí que, a través de la Sentencia T-968 del 2009, se señale que, en Colombia, no hay prohibición expresa de la realización de contratos de maternidad subrogada, los cuales deben ir de acuerdo con los postulados constitucionales.

Así mismo, indicó la Corte Constitucional, que la maternidad subrogada es “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer (madre sustituta) sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste” (Sent. T-968/09).

En consecuencia, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos, por tanto, en Colombia, estamos dentro de un acuerdo civil, bilateral y consensuado, no en una relación madre-hijo. Lo anterior quiere decir que, en palabras de la Corte, en la maternidad subrogada, “las madres sustitutas, a través de un contrato se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto; así mismo, el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre”. Y aunque el termino más adecuado no sea alquiler de vientre, pues estaríamos simplemente frente a una regulación comercial dejando de lado todo aquello que implica esta figura jurídica para las familias y el enfoque de derechos humanos, la Corte, indistintamente lo emplea en la gestación subrogada.

La procedencia de la maternidad subrogada está supeditada a unas subreglas de derecho creadas por la Corte Constitucional, tales como: “(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al

hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros”.

Conforme a cada uno de los elementos señalados anteriormente por la Corte Constitucional, y en atención a las diferentes aristas, se podría determinar que, en Colombia, no está permitida la maternidad subrogada total; lo anterior, porque la madre que gesta al bebé no puede aportar sus gametos, de allí que, por ejemplo la maternidad subrogada total no sea permitida en el ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, esto no es imperativo, pues la misma Corte permite su regulación, siempre y cuando se den cada uno de sus requisitos, siendo uno de los más importantes y que coincide con otras legislaciones el concerniente a los fines netamente altruistas; referente a esto, consideramos que este órgano colegiado llega a una conclusión ajustada, más aún porque en su parte resolutive señala, necesariamente, que será el Gobierno Nacional el encargado de determinar cuál será la regulación de este contrato de naturaleza comercial, el cual, tal como se ha descrito ya en varias oportunidades, no puede ser el único enfoque puesto que nacen efectos estrechamente relacionados con diferentes áreas del derecho, como lo son el derecho de familia y la seguridad social.

Ahora, se reitera en la decisión de la Corte Constitucional, que cada una de las subreglas en su conjunto, permiten entender que el Estado, debe, en atención a la lectura del artículo 44 constitucional, garantizar los derechos a los niños y niñas en condiciones especiales, de allí, que si no se cumpliera con cada uno de estos presupuestos, significaría, por ejemplo que los fines de la maternidad subrogada no serían altruistas sino netamente comerciales; por consiguiente, si esto fuere así, no se materializaría en debida forma el respecto de los derechos de los niños y, además de las mujeres que gestan a un bebé durante un tiempo determinado. No es viable, ni plausible, una potencial materialización de trata de personas, que es lo que busca erradicar toda legislación.

Si bien el Estado permite la maternidad subrogada, siempre y cuando se cumpla con las subreglas expuestas, el problema no se resuelve del todo, ya que, en la actualidad, no hay una regulación expresa que determine los parámetros mínimos para el reconocimiento de la licencia de maternidad, paternidad o parental en los contextos bajo los cuales se esté en la maternidad subrogada.

En temas de gestación subrogada, no está expresamente determinado en el derecho de la salud como es el tratamiento frente a la licencia de maternidad, sin embargo, desde la jurisprudencia se ha venido avanzando, como ejemplo se encuentra la Sentencia T-275 del 2022, que señaló la procedencia de la licencia de maternidad, ya que la Corte Constitucional permitió la extensión de esta al padre de la menor recién nacida, en atención a los principios de igualdad y del interés superior de la niñez, pues estos cumplen con la finalidad de la licencia de maternidad.

Al igual que Manuel Atienza, se entiende que la maternidad subrogada es un problema de la bioética; también que se debe abordar temas civiles desde el mundo de la seguridad social. Por eso, desde la Universidad Libre, se vienen investigando estas temáticas, y expertos como Ana Rocío Niño, Andrea León Solano, Diana Jiménez Aguirre y Nicolás Fernández Alfonso han determinado que es la Declaración Universal de los Derechos Humanos el instrumento que determina la protección integral de la familia y, por ende, la protección a la maternidad subrogada, pero “esta protección no debe ser exclusiva de una forma de familia, sino, más bien, a las más de 10 clases de familias, por lo que se deben irradiar todos los derechos de una familia convencional a esta nueva forma de relaciones como la maternidad subrogada”.

Aunque el Decreto 1427 del 2022 desarrolla, entre otras instituciones, la licencia de maternidad, no la extiende para casos de gestación subrogada y queda corta en su cobertura. De esta manera, el Congreso, al momento de legislar sobre la gestación subrogada y la licencia de maternidad, deberá tener en cuenta criterios de interpretación internacionales, como los principios pro homine, de progresividad, de igualdad y de equidad, así como el corpus iuris internacional relacionado con los derechos de los niños y de la familia.

Además, la decisión del reconocimiento del pago de incapacidades a la madre gestante se queda corta, ya que reconocer una incapacidad y no una licencia de maternidad desnaturaliza la institución de la licencia. Ahora, las EPS no podrían excusarse frente a dicho reconocimiento, ya que las cotizaciones realizadas por la gestante y por la madre biológica son independientes, por tanto, la licencia de maternidad en los casos de subrogación debe otorgarse a ambas, tanto a quien presta su vientre para que la vida pueda surgir, así como a quien recibe al niño, pues necesita del tiempo legalmente establecido para afianzar el vínculo amoroso y protegido constitucionalmente.

Finalizando, Manuel Atienza³¹ reseña que, en España, el contrato de maternidad subrogada es nulo de pleno derecho, pues no es posible reconocer la paternidad, por considerarse violatorio de la dignidad de la gestante. Pero también asegura que dicha aseveración es una falacia, ya que la maternidad no es un simple instrumento, ni codifica a la madre gestante, porque, en últimas, no violenta la dignidad humana, de allí que existe una justificación válida para esta clase de maternidad.

Al igual que Atienza, se debe pensar en la familia, en el niño(a), en las personas en sí mismas, comoquiera que estamos frente a la dignidad humana como derecho, principio y cláusula interpretativa de las relaciones humanas. Por ello, buscar salidas a estos nuevos temas en seguridad social, como es el reconocimiento y el pago de la licencia de maternidad en la gestación subrogada, contribuye a que las familias cuenten con mayores prestaciones asistenciales y económicas, lo que, en últimas, mejora su bienestar social.

Estos embarazos subrogados, en nuestro criterio, deberán ser regulados por los diferentes Estados desde una naturaleza mixta, pues no puede ser solo comercial, sino con contenido social, por tanto, desde el mundo del trabajo deben estar claras las reglas frente a estas realidades sociales, puesto que, a la par, se debe propender por la protección de las madres, de los hijos, y de las familias, dándoseles relevancia a todos y no solo a la madre de intención.

El que se plasmen las reglas, genera reconocimiento pleno a estas nuevas figuras y los derechos que nacen de ellas, por cuanto, su negación desconoce el derecho a tener una familia y, al tiempo, desconoce la familia como derecho humano y constitucional.

Así mismo, desde la protección al gestante (licencias de maternidad, paternidad o parentales) lo primero es determinar que las diferentes regulaciones deben analizar el alcance de la definición empleada, a que grupo se realiza la cobertura, si se parte de una estructura normativa binaria o no binaria, pero sobre todo el ámbito de aplicación en el entendido que las licencias desde el disfrute y el pago económico debe amparar a las madres, a los padres, a la madre gestante, a la madre de intención, a la adoptiva, a parejas heterosexuales, también homosexuales, por tanto, la materialización de la protección al gestante debe ser holística e integral, dando aplicación a la universalidad, en tanto personas como contingencias.

³¹ Atienza Manuel (2022), Sobre la Dignidad Humana, editorial Trotta, Madrid, 2022.

Colombia, viene avanzando en su regulación a partir de la jurisprudencia constitucional, frente a temas como la maternidad subrogada; al tiempo, en Colombia se regula la licencia de maternidad, paternidad y la parental de forma heteronormativa y, aunque la licencia cubre multiplicidad de casos, deja de lado la protección total y desconoce la aplicación en la maternidad subrogada, pero más aún, hay aplicación restrictiva y con ello, se excluyen derechos, de allí que deba existir extensión de la licencia de maternidad en la gestación subrogada, esto es, ampliarse el reconocimiento de las licencias por gestación a todos los actores involucrados y no solo a la madre de intención, incluyendo así, a la mujer que gesta.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en múltiples ocasiones ha señalado la importancia de la licencia de maternidad y/o paternidad, tan es así que en el documento titulado “Maternidad, Paternidad y Trabajo”, evidencia que bajo estos contextos, se deberá: “velar por el bienestar de la madre y el recién nacido; facilitar que las mujeres concilien satisfactoriamente su función reproductiva y su función productiva; prevenir la desigualdad de trato en el trabajo a causa de su función reproductiva; y promover el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre las mujeres y los hombres”, de allí que coincida con diferentes instrumentos internacionales, entre otros, como lo son la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entonces, cuando estamos frente a un derecho humano social, se debe dar, desde instrumentos nacionales como internacionales, las mayores garantías.

Conclusiones

Evidentemente en las diferentes legislaciones analizadas de Iberoamérica se pueden demostrar tres factores determinantes frente a la regulación de la gestación subrogada; el primero de ellos hace referencia a que en algunas legislaciones como lo es en la colombiana y la brasileña, es permitida la gestación subrogada; en segundo lugar, no en todas las legislaciones es permitida esta figura, de allí que un ejemplo sea España, independientemente de la tipología que se materialice, esta práctica está prohibida; en tercer lugar, todavía hay legislaciones en las cuales no se prohíbe ni se acepta expresamente, de allí que su falta de regulación sea un peligro en sociedad.

Referente al análisis, se coincide en señalar que la práctica de la gestación subrogada es permitida siempre y cuando se realice con fines altruistas, si esto no fuera así se encontraría ilegal en legislaciones como lo son la colombiana y brasileña; ahora, respecto a los fines altruistas, expresamente esta práctica de la gestación subrogada no se da entre miembros de la familia, pues como sucede en Colombia, una tercera, sin lazos consanguíneos, de afinidad o civil pueden eventualmente convertirse en madres gestantes.

Por otro lado, referente a la figura de la gestación subrogada, esta no solamente genera efectos jurídicos desde el punto de vista del derecho privado, pues también tiene una estrecha relación con la seguridad social, y en especial, en lo referente al reconocimiento de prestaciones económicas a la madre gestante y de intención. Ejemplo de ello es el problema planteado desde un inicio concerniente al reconocimiento de la licencia de maternidad tanto para una como para otra madre.

En lo que concierne al pago de la licencia de maternidad, se insiste en que no hay regulación normativa que desarrolle concretamente en Colombia la estrecha relación existente con la gestación subrogada; sin embargo, del análisis realizado con antelación, se puede determinar que, tanto la madre gestante como la madre y/o padre de intención tienen de igual forma, derecho al pago de la licencia de maternidad; por un lado porque para la primera se cumple una de las finalidades de la licencia, la cual consiste en el cuidado del estado de salud de la madre; y para la segunda, también procede, conforme al especial cuidado del menor en atención al artículo 44 constitucional; de allí que, tanto a una como a otra se aplique la cláusula 13 de la constitución nacional referente al derecho a la igualdad, en conjunto con la dignidad humana.

Finalmente, no hay lugar a negar dicho reconocimiento, pues para que proceda concretamente el pago de la licencia de maternidad se debió haber cotizado al sistema; situación que, tanto la madre gestante como la madre de intención realizan, de allí, que no sea excusa el no reconocimiento de la licencia de maternidad por concepto de cotizaciones al sistema.

Referencias Bibliográficas.

- Atienza Manuel (2022), *Sobre la Dignidad Humana*, editorial Trotta, Madrid, 2022.

- Cedeño Floril, M. P., Machado López, L., & Vivanco Granda, E. C. (2022). La maternidad subrogada: reto normativo frente a la legislación iberoamericana. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S1), 8-19.
- Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia. Obtenido el 10 de noviembre de 2022. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Convenio 183. (2000). Convenio sobre la protección de la maternidad. Organización Internacional del Trabajo [OIT]. Obtenido el 10 de noviembre de 2022. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_I_LO_CODE:C183
- Corte Constitucional [CC], diciembre 18, 2009. M.P.: M. Calle. Sentencia 968/09. (Colombia). Obtenido el 10 de noviembre de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- Corte Constitucional [CC], agosto 1, 2013. M.P.: J. Pretelt. Sentencia 517/13. (Colombia). Obtenido el 10 de noviembre de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-517-13.htm#:~:text=La%20protecci%C3%B3n%20especial%20que%20el,especial%20de%20abusos%20y%20arbitrariedades>
- Corte Constitucional [CC], agosto 1, 2022. M.P.: C. Pardo. Sentencia 275/22. (Colombia). Obtenido el 10 de noviembre de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-275-22.htm>
- Decreto Ley 3743/50, junio 7, 1951. Congreso de la Republica. (Colombia). Obtenido el 10 de noviembre de 2022. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html
- Decreto Ley 1427/22, julio 29, 2022. Ministerio de Salud y Protección Social. (Colombia). Obtenido el 10 de noviembre de 2022. https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Decreto%20No.1427%20de%202022.pdf
- Domínguez, M. (2018). ob. cit. («Gestación subrogada»), p. 225 http://rvlj.com.ve/?page_id=2525

- Fernández, P. (2018). Gestación subrogada ¿cuestión de derechos? Dialnet, 26, 27-37. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278536>
- Ley 100/93, diciembre 23, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41.148. (Colombia). Obtenido el 20 de noviembre de 2022. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html
- Ley 14/06, mayo 26, 2006. Referencia: BOE-A-2006-9292. (España). Obtenido el 15 de diciembre de 2022. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>
- Ley 2114/21, julio 29, 2021. Diario Oficial. [D.O.]: 51.750. (Colombia). Obtenido el 20 de noviembre de 2022. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2114_2021.html
- Marrades, A. (2017). La gestación subrogada en el marco de la Constitución española. Dialnet, 65, 219-241. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6129170>
- Martínez, H. (2018). Maternidad subrogada. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 10.
- Maternidad, paternidad y trabajo, pequeños pasos para lograr grandes resultados. (2015). Organización Internacional del Trabajo [OIT]. Obtenido el 10 de noviembre de 2022. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/briefingnote/wcms_438275.pdf
- Torres, A. & González, M. (2022, 11 de octubre). La extensión de la licencia de maternidad en la gestación subrogada. Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/la-extension-de-la-licencia-de-maternidad-en-la-gestacion-subrogada#:~:text=Aunque%20el%20Decreto%201427%20del,queda%20corta%20en%20su%20cobertura.>
- Torres, A. & González, M. (2022, 11 de octubre). La extensión de la licencia de maternidad en la gestación subrogada. [Simposio]. Segundo simposio internacional justicia social y los retos de nuestros tiempos, “La justicia social después de la pandemia del COVID 19 discriminaciones, desigualdades y precariedades”, México.