

**Análisis de la Situación Jurídica de la Maternidad subrogada en Colombia y la  
Viabilidad de su Regulación**

**Trabajo de monografía presentado como requisito para obtener el título de  
Abogadas**

**Director Temático: Dr. Darío Rodríguez Perdomo.**

**Director Metodológico: Dr. Omar Castro Guisa.**

**Universidad Cooperativa de Colombia**

**Facultad de Derecho Sede Ibagué**

**Ibagué, 28 de julio**

**2021**



**Análisis de la Situación Jurídica de la Maternidad subrogada en Colombia y la  
Viabilidad de su Regulación**

**Estudiantes:**

Diana Mayerly Beltrán Arias

Laura María Flórez Aldana

Laura Liliana Giraldo Peralta

**Universidad Cooperativa de Colombia**

**Facultad de Derecho Sede Ibagué**

**Ibagué, 28 de julio**

**2021**



## Agradecimientos

Gratitud a Dios por permitirnos llegar a este punto de nuestra carrera académica.

Sinceros agradecimientos a nuestros docentes por su extraordinaria vocación, nos inspiraron con sus conocimientos a buscar la justicia y la ética profesional. A nuestras familias por su apoyo incondicional y hacer parte de este logro. A nuestros compañeros de pregrado por cada palabra de apoyo en la realización de esta monografía, y a cada persona que participó de nuestra formación integral. Hoy nos sentimos orgullosas del logro alcanzado con esfuerzo, disciplina, constancia y meses de ardua investigación.



## Resumen

Colombia es un Estado Social de Derecho y como es bien sabido el fundamento de nuestro Estado Social de Derecho es la Dignidad Humana, a parte de esta connotación, la Constitución Política de 1991 en su artículo 16 consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así pues, respetando siempre los derechos sexuales y reproductivos que son parte de los Derechos Humanos, son estos mismos derechos que le permiten a cada persona ejercerlos con libertad, confianza y seguridad. Por otra parte, según lo declara La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, dentro de esta libertad sexual y reproductiva es viable recurrir a una figura conocida como madre de alquiler o vientre de alquiler. Esto, lo que ha demostrado es ser una elección que ha dado muy buenos resultados y ha ayudado a muchas parejas a cumplir el sueño de crear una familia, institución que está plenamente amparada en la Constitución Política. Además, cabe destacar que este es un procedimiento muy controversial y que puede traer consigo una serie de problemas emocionales o psicológicos, tanto para la madre gestante subrogada como para los padres de intención. Así pues, parte de esas controversias serán objeto de análisis en la presente investigación.

## Palabras Clave

Derecho Civil, Derecho de Familia, Derechos Humanos, maternidad Subrogada, Constitución Política, Derechos Sexuales y Reproductivos.



## **Abstract**

Colombia is a social state under the rule of law, and as it is known, the foundations of our state is human dignity. Apart from that definition, the Political Constitution from 1991, in its Article 16 establishes the unhindered development of human personality. Hence, respecting the sexual and reproductive rights are the rights that allow every person to execute them with liberty, confidence and security. Moreover, according to the American Convention on Human Rights from 1969, within the sexual and reproductive freedom it is viable to appeal to a known figure such as rental-mother o rental-womb. This has shown to be a good choice that has given good results and has helped many couples to accomplish their dream of having a family; institution that is thoroughly supported by the Political Constitution. Besides, it is worth mentioning that this is a controversial procedure and that it may carry a series of emotional or psychological problems for both the pregnant mothers and the couples. Thus, part of those controversies will be the object of analysis of the present investigation.

## **Keywords**

Civil Law, Family Law, Human Rights, Surrogacy, Political Constitution, Sexual and Reproductive Rights



## Tabla de Contenido

Introducción

<b>1. Capítulo I. La Maternidad Subrogada, su Naturaleza Jurídica y su Evolución a lo Largo de la Historia.....</b>	<b>9</b>
1.1. Debate Ético .....	14
<b>2. Capítulo II. Practica en Colombia de la Maternidad Subrogada y Algunos Pronunciamientos Jurisprudenciales. ....</b>	<b>16</b>
2.1 Contexto Histórico de la Maternidad Subrogada en Colombia.....	20
2.2 Situación Jurídica de la Maternidad Subrogada en Colombia.....	22
2.3 El Concepto de Filiación y su Relación con la Maternidad Subrogada .....	27
<b>3. Capítulo III. Derecho Comparado, La Maternidad Subrogada en Otros Países.....</b>	<b>28</b>
3.1 La Maternidad Subrogada en México. ....	29
3.2 La Maternidad Subrogada en Argentina.....	34
3.3 La Maternidad Subrogada en la India.....	36
3.4 La Maternidad Subrogada en la Unión Europea .....	42
3.5 La Maternidad Subrogada en España .....	45
<b>4. Capítulo IV. Propuesta de Viabilidad a la Regulación en Colombia de la Maternidad Subrogada. ....</b>	<b>48</b>
4.1 Regulación de la Maternidad Subrogada desde una Óptica Constitucional .....	49
4.2 Regulación de la Maternidad Subrogada desde una Óptica Civilista, Específicamente desde los Contratos. ....	50
4.3 Regulación de la Maternidad Subrogada Desde una Óptica Ius Realista.....	52
<b>5. Referencias Bibliográficas .....</b>	<b>54</b>
5.1 Leyes, Decretos, Sentencias .....	56



## Introducción.

Para nadie es un secreto que la maternidad subrogada en Colombia, no es solo una práctica de reproducción asistida, sino que es toda una realidad social y tangencialmente jurídica, esto se ha logrado manifestar a través no solo del número de centros especializados que se han venido estableciendo en el país y que ofrecen a la comunidad (parejas con problemáticas de salud reproductiva) tratamientos como solución a este tipo de problemas, lógicamente dentro de esos tratamientos encontramos el de la maternidad subrogada, como una técnica de reproducción humana asistida. (TRHA), pero esta técnica o tratamiento no está dentro de un marco jurídico establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, un marco legal que determine no solo los procedimientos sino el alcance, desarrollo y ejecución, sobre todo en temas de filiación civil y algunos aspectos de tipo penal que también se ven seriamente comprometidos de una de una u otra forma.

La pretensión de la presente investigación es la de adelantar un análisis que permita determinar la situación jurídica de la maternidad subrogada en Colombia, previo a ello revisando sus antecedentes no solo en Colombia sino en el mundo, de igual manera presentar un breve análisis de derecho comparado, la maternidad subrogada en algunos países y producto de ello tratar de generar una propuesta que dentro de un marco legal regule la maternidad subrogada en Colombia; esto con el fin de dar respuesta a un interrogante que surge en la sociedad Colombiana ¿de qué manera se puede llegar a regular la maternidad en Colombia sin violar los derechos fundamentales tanto de la madre como del niño producto de dicho procedimiento?.

Para dar respuesta a esta problemática se hace necesario entonces: i) adelantar un análisis de la situación jurídica actual de la maternidad subrogada en Colombia, ii) revisar los antecedentes de la maternidad subrogada en el mundo a través de la historia, iii) realizar una revisión de derecho



comparado con la regulación de esta figura en otros países, y iv) dar una propuesta que permita dar una luz a un marco legal en Colombia sobre el tema objeto de estudio.

Para el desarrollo de la presente investigación, se recurre a una metodología de tipo socio jurídico, pues la investigación trata sobre un análisis de vacíos de tipo normativo que involucran a una población en específico, tal cual es la maternidad subrogada, con un enfoque descriptivo, ya que caracteriza las normas vigentes en otros países (derecho comparado) con el fin de proponer una solución viable a dicha problemática en la sociedad colombiana. En términos generales se puede afirmar que esta investigación cuenta con fuentes de tipo secundario como la legislación nacional y de orden internacional, jurisprudencia y textos publicados en revistas especializadas.





## **1. Capítulo I. La Maternidad Subrogada, su Naturaleza Jurídica y su Evolución a lo Largo de la Historia.**

Durante el último siglo, la mayoría de países a nivel mundial, entre ellos Colombia, han venido siendo testigos directos del desarrollo acelerado de estrategias y técnicas relacionadas directamente con el campo de la ciencia y la tecnología. De igual forma, en materia médica también se han generado considerables avances y cambios en cuanto a percepciones que se tenían frente a temas como, por ejemplo, la concepción de la vida humana y el uso de nuevos métodos de reproducción desarrollados por la genética y la biotecnología.

Con respecto a lo anterior, el proceso de conformación del vínculo familiar ya no se encuentra limitado simplemente a la unión de un hombre con una mujer y, tampoco, lo está frente a la procreación de los hijos, teniendo en cuenta que este último aspecto pasa a ser principalmente una elección. En estas condiciones, es preciso afirmar que los factores que inciden en las bases fundamentales de la familia se han visto un poco alterados a causa de los cambios y avances generados en el contexto social, académico, cultural, religioso, tecnológico y científico. Ahora bien, esta cuestión se basa en la aceptación de nuevas técnicas en términos de avances médicos; de esta manera, es completamente necesario que el hombre se vaya adaptando a cada uno de los nuevos procedimientos y, al mismo tiempo, tenga la capacidad de ir ampliando su perspectiva con respecto a la idea de procreación.

En este orden de ideas, cabe resaltar que en la actualidad existen las llamadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) como, por ejemplo, la inseminación artificial y la fecundación in vitro, las cuales han brindado la oportunidad a personas y parejas que en condiciones naturales no podrían tener un hijo lo puedan concebir mediante estos procedimientos.



La inseminación artificial, definida cómo el procedimiento médico mediante el que se realiza la introducción del líquido seminal al interior del tracto genital femenino, para efectuar un embarazo sin contacto sexual; y la fecundación in vitro, entendida como el mecanismo mediante el que se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo, cuando esto no se ha logrado por un mecanismo natural, para ser posteriormente implantados en el útero de una mujer. (Monroy Cabra, 2012)

No obstante, es necesario resaltar que, en muchos casos, estos procedimientos no llegan a ser totalmente efectivos para que una persona infértil pueda llegar a tener hijos de manera satisfactoria. Por tanto, quienes desean tener hijos, pero por circunstancias naturales no están en la capacidad de gestarlos se ven prácticamente en la necesidad de emprender la búsqueda de una tercera persona quien, en esta situación, vendría siendo una mujer con el fin de que esta lleve a cabo la gestación del bebé, en lugar de la persona que posee material genético infértil.

Esta particularidad ha llevado a hablar directamente del origen de una práctica bastante moderna conocida como alquiler de vientre o maternidad subrogada, la cual hace énfasis a una especie de acto jurídico a través del cual una mujer toma la decisión de ofrecer su útero en alquiler a una persona que cumple el rol de contratante, con la intención de gestar un feto en beneficio del dicho contratante.

El concepto de maternidad subrogada ha sido explicado en informes en el ámbito internacional. Así, el informe de Warnock en Inglaterra, citado por Leonseguí Guillot define el concepto Subrogacy de la siguiente manera: “(...) La práctica mediante la cual una mujer gesta un niño para otra mujer con la intención de entregárselo después de que nazca”. Mientras tanto, el informe de la Comisión Especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial



humana, conocido como el Informe Palacios, explica que la gestación por sustitución “es una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que responsabilizará la maternidad y la paternidad de la descendencia a todos los efectos (...)”. (Leonseguí Guillot, 1994)

En contraste, Barrera (2017) plantea que ciertas expresiones y términos como “alquiler de vientres” y “maternidad por sustitución” son demasiado precarios al momento de concretar una buena definición. Para empezar, este proceso no se trata de un vientre en estado de alquiler como tal, todo lo contrario, viene siendo “una madre en alquiler”, teniendo en cuenta que lo que se está contratando es una persona y no su vientre únicamente. Por otro lado, tampoco es acertado hacer referencia a maternidad por sustitución, puesto que desde un punto de vista biológico esta no puede ser de carácter sustituible, es decir, o se habla de maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o simplemente de maternidad fisiológica (la madre gestante).

Así pues, en este punto resulta imprescindible dar una definición concreta de los elementos principales en el concepto de maternidad subrogada, dicho de otro modo, hallar un significado tanto para el verbo “subrogar” como para la palabra “maternidad”. En primer lugar, el acto de subrogar hace referencia directa a la acción de sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. Por otra parte, la palabra maternidad, la cual en un principio significa “estado de madre” y que, en este caso, puede ser analizada desde un punto de vista biológico y jurídico: I) biológicamente, se entiende a la madre como el ser vivo que desde el momento en cual se lleva a cabo el proceso de fecundación asume dicha condición; II) jurídicamente, el concepto de maternidad se convierte en un elemento fundamental de la institución jurídica de filiación, por consiguiente hace parte tanto del vínculo natural como jurídico que relaciona directamente a los



descendientes con sus progenitores; cabe resaltar que dicha relación puede llegar a hacerse efectiva de dos maneras: I) a través de un lazo biológico o natural, es decir, de carácter generacional, y II) mediante un proceso de ficción de la ley que, en este caso, vendría siendo la adopción. (Ardila y Bustamante, 2020)

Partiendo del anterior contraste e inmediata puntualización sobre la correcta definición del término, a final de cuentas la maternidad subrogada se puede conceptualizar, según Ruiz (2013), como *“aquella alternativa dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en virtud de la cual una mujer gesta a un bebé, previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a la persona o personas que asumirán la paternidad sobre el mismo”*. (p.4)

Una vez aclarada la conceptualización de cada uno de los términos y expresiones, es necesario resaltar que a partir de dicho análisis surgen tres tipos diferentes de maternidad. De este modo, en primer lugar, se puede hablar de una madre biológica o de carácter gestacional, es decir, una mujer que concibe a un feto, sin importar su procedencia genética, durante un tiempo aproximado de nueve meses para finalmente dar a luz a un bebé. Así mismo, se identifica una madre educacional y afectiva, quien cumple el papel fundamental de la crianza y el acompañamiento constante en la etapa formativa del hijo. Finalmente, un tercer tipo de maternidad hace referencia a una madre de carácter legal quién, en este caso, vendría siendo la mujer que ante la ley se muestra en calidad de cumplir dicho rol. (Bechara, 2019)

Ahora bien, en cuanto a la caracterización del contrato de maternidad subrogada se puede afirmar, en primera instancia, que es de carácter bilateral en su totalidad, teniendo como base que se acuerdan responsabilidades y compromisos con todas las partes que intervienen en el proceso.



Por otro lado, es importante marcar que este es un contrato de índole aleatorio, ya que viene siendo un factor incierto el hecho de que la mujer contratada termine dando a luz de manera exitosa o no. Adicionalmente, es de aplicación inmediata, dado que con el cumplimiento de la obligación el contrato se da como finalizado de una vez por todas. De igual forma, puede llegar a ser consensual o solemne, sin embargo, este punto es bastante relativo en función de si el país en el cual esta clase de contrato se encuentra autorizado y regulado se solicita o no algún tipo de solemnidad. Por último, es posible que sea oneroso o, por el contrario, gratuito teniendo como fundamento lo acordado por las partes y lo autoriza por la parte de la ley. (Millán y León, 2013)

Con respecto a lo anterior, se puede afirmar entonces que, para efectuar correctamente el desarrollo de esta práctica, es indispensable la presencia de una mujer que se encuentra dispuesta a ofrecer su órgano encargado de la gestación (útero) con el fin de que se le sea llevado a cabo un proceso de implantación de células sexuales, especialmente, masculinas (espermatozoides). Asimismo, se requiere de una pareja o, por lo general, una persona que va a ser quien deba suministrar el material genético correspondiente. Por último, es fundamental que se establezca tanto la voluntad como las obligaciones a las que se someten las partes a través de un contrato, en el cual es crucial que la madre gestante se comprometa plenamente a prescindir de sus derechos como madre.

Cuando se habla exclusivamente de la maternidad subrogada como una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) se pueden identificar diferentes modalidades, las cuales se encuentran determinadas por las condiciones biológicas y, al mismo tiempo, por las condiciones médicas de cada una de las personas que hacen parte del proceso desde un principio. Así pues, esta técnica reproductiva propone principalmente dos variaciones: la tradicional y la gestacional.



1). Subrogación tradicional (traditional surrogacy): En esta forma la madre subrogada es también la madre biológica del hijo encargado, ya que ella entrega sus propios óvulos ante la imposibilidad del comitente para producirlos sanamente. Generalmente en esta modalidad, la subrogada es inseminada artificialmente. 2). Subrogación gestacional (gestational surrogacy): a diferencia de la anterior forma, en la subrogada no los óvulos de la madre subrogada para dar a luz al hijo encargado, sino que ella únicamente aloja en su vientre al nasciturus, es decir, que la subrogante es la madre biológica del hijo encargado. Esta modalidad se realiza mediante la fecundación in vitro, en donde los óvulos son fecundados en el laboratorio para posteriormente ser introducidos en el útero de la subrogada. (Millán y León, 2013)

### **1.1. Debate Ético**

Al momento de analizar detenidamente el desenvolvimiento de la maternidad subrogada a nivel mundial, es posible afirmar primero que este acto jurídico se encuentra en un proceso de crecimiento considerable. Una muestra clara de esto se refleja en que, a través de internet, especialmente en las redes sociales, se pueden encontrar un sinnúmero de publicaciones tanto de mujeres que brindan el servicio de alquiler como de personas y parejas que lo requieren. De igual forma, muchos medios de comunicación se han encargado de producir artículos, notas informativas, columnas de opinión y demás trabajos periodísticos, con el fin de dar amplitud al tema, lo cual al mismo tiempo da a entender la frecuencia con la que se lleva a cabo esta práctica.

No obstante, en este punto del análisis surge una especie de debate ético con base a temas como la regulación de esta técnica de reproducción y sus implicaciones al interior contexto social, religioso y jurídico. Así pues, uno de los principales motivos de discusión se basa en la conexión que existe entre el derecho a la libertad sexual y a la dignidad de la mujer. Asociaciones y



movimientos, entre ellos el feminista, consideran que la maternidad subrogada representa un método de explotación contra la mujer, quien consecuentemente se encuentra en un estado de vulnerabilidad, donde de una u otra manera se ve mercantilizada y, al mismo tiempo, se le define por su sexualidad y no por su humanidad. Sin embargo, hay personas que plantean la necesidad de tener en cuenta que este procedimiento se ejecuta a través de un contrato de mutuo acuerdo entre la mujer gestante y los padres putativos, por lo tanto, se puede afirmar que este vendría siendo un acto que se lleva a cabo de manera voluntaria, de manera que, en un principio no se estaría atentando contra algún deseo de libertad y autonomía.

Por otro lado, siguiendo los estándares doctrinales de religiones como el catolicismo, se reflexiona con respecto al desarrollo de esta práctica y se determina que viene siendo ética y moralmente incorrecta teniendo en cuenta que:

La Iglesia Católica mediante la Instrucción *Dignitas Personæ* Sobre Algunas Cuestiones de Bioética, retomando lo afirma en la instrucción *Domun vitæ*, se ha pronunciado expresamente frente a la maternidad subrogada, en donde ha afirmado que no es admisible éticamente la maternidad subrogada, por el hecho que la fecundación in vitro y la inseminación constituyen disociación entre la procreación y el acto conyugal, al suprimir la forma de reproducción original. En el caso la fecundación in vitro además se le condena por los embriones que son desechados en el laboratorio por no haber sido fecundados exitosamente, puesto que se considera que esto constituye un atentado contra la vida el desechar embriones imperfectos, situación que se agrava por el hecho que la el 80% de los embriones son defectuosos. (Levada, 2008)

Finalmente, un gran de número de personas afirman de manera clara que el procedimiento médico comparte su finalidad con los fundamentos del proceso de adopción, en virtud a que ambos



tienen como principal objetivo brindarle la oportunidad de tener hijos a personas que a causa de factores biológicos no pueden lograrlo. De esta manera, quienes se oponen directamente a la idea de maternidad subrogada plantean de entrada que esta no permite que los menores en estado de abandono puedan llegar a ser adoptados en un futuro. En contraste, muchos responden a esta cuestión manifestando, primero, que la adopción trae consigo un trámite demasiado lento y complicado, y segundo, en muchos casos no brinda total conformidad para la persona infértil, teniendo en cuenta que el menor no lleva el componente genético que el padre o la madre esperan.

## **2. Capítulo II. Practica en Colombia de la Maternidad Subrogada y Algunos Pronunciamientos Jurisprudenciales.**

Si bien la maternidad subrogada es considerada como un procedimiento médico relativamente nuevo, según Françoise Hértier, “*los úteros subrogados existieron en la Roma antigua mediante la institución del ventrum locare*” (Hértier citado en Olavarría, 2002, p. 99 – 116). De hecho, tomando como principal fundamento el derecho romano, se rescata el acto de que el *Paterfamilias* (padre de familia) tenía la libertad de permitirle a su esposa tener relaciones sexuales con otro hombre con el fin de poder gestar un hijo; adicionalmente, esta práctica se encontraba catalogada como criterio fundamental de *Partus sequitur ventrem*.

De igual forma, en el antiguo territorio de Mesopotamia se llevó a cabo el descubrimiento de una serie de placas, en las cuales se hacía la descripción de un contrato matrimonial donde se especifica que el hombre a través de su rol de esposo tiene completa autonomía para tener relaciones sexuales con cualquier otra mujer diferente a su esposa, en caso de que esta no tuviera la posibilidad de concebir un hijo.





La segunda referencia histórica existente sobre la maternidad sustituta se remonta a la Mesopotámica Sumeria, a mediados del siglo XVIII A.C. el código del rey Hammurabi creado en 1780 a.C. disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que este pudiera buscarse a otra concubina a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón. En consecuencia, se entendía que el hijo fruto de esa relación (amo y esclava) se convertiría automáticamente en el hijo de la mujer estéril, y a la esclava a cambio se le otorgaba su libertad. (Ardila y Bustamante, 2020)

Así como en Roma y en Mesopotamia, se cuenta con evidencia clara de que el concepto de maternidad subrogada se viene desarrollando también, de una u otra manera, desde los tiempos bíblicos, teniendo como ejemplo el caso concreto de Abraham y su esposa Saraí, quien después de mucho tiempo de matrimonio, por cuestiones biológicas, nunca tuvo la posibilidad de dar a luz a un hijo, por tanto, le ofreció a su esposo la libertad de tener relaciones sexuales con su esclava con el fin único de concebir un hijo, el cual llegaría a ser primogénito directo de Saraí, ya que para ese entonces el sistema legislativo determinaba que los amos y patrones eran propietarios por completo de sus esclavos y, al mismo tiempo, de absolutamente todo lo que proviniera de estos. (Jiménez et al., 2016)

Ahora bien, tomando como referencia períodos de tiempo un poco más recientes, es necesario tener presente que, aproximadamente, a partir del año 1785 a través del campo médico y científico se empezaron a desarrollar de manera formal lo que hoy se conoce como Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), las cuales están enfocadas en la búsqueda e implementación de métodos reproductivos totalmente diferentes a la unión biológica que se produce entre células sexuales femeninas (óvulos) y células sexuales masculinas (espermatozoides).



No obstante, en cuanto a la práctica oficial de la técnica de maternidad subrogada se estima que se llega a formalizar concretamente para el año 1975 en Estados Unidos, exactamente en el estado de California, donde para ese entonces un medio de comunicación local empezó a promocionar un anuncio en uno de sus espacios publicitarios, a través del cual una pareja de esposos se disponía a brindar una gran cantidad de dinero a cambio de que una mujer se ofreciera para que se le llevara a cabo un proceso de inseminación artificial. A partir de esto, cabe resaltar de igual forma que para el año 1976 surge el nombre de Noel Keane, quien en ese momento fue el primer abogado que tuvo la iniciativa de incorporar legalmente por primera vez los mecanismos de inseminación artificial y maternidad subrogada.

El primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se involucró la inseminación artificial fue documentado en 1976 a través de Noel Keane, un abogado de Dearborn, Michigan, Estados Unidos, quien creó la Surrogate Family Service Inc, con el fin de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación. (Arteta, 2011)

Ya para el año 1986, también en Estados Unidos, se produce el primer conflicto jurídico significativo en torno a la aplicación de la maternidad subrogada como técnica de reproducción, generando así una serie de debates bastante polémicos. Dicha situación fue conocida públicamente bajo el nombre de “Baby M” y fue generada a partir del hecho de que una mujer gestante llamada Mary Whitehead llevara a cabo la firma de un contrato, donde se comprometía a concebir a un bebé con su material genético y, posteriormente, entregarlo a la otra parte (familia Stern).

Sin embargo, el asunto se complica en el momento en que se produce el nacimiento del bebé -en este caso una niña-, ya que la señora Whitehead decide no entregar a la niña, defendiendo



su posición como madre biológica. Es importante resaltar que, la madre gestante fue sometida a un proceso de inseminación con los gametos provenientes del hombre de la pareja contratante. Así pues, este conflicto trascendió al ámbito jurídico, generando una gran disputa legal entre las partes, la cual terminó a favor de la parte contratante y con derechos de visita controlada a la madre biológica.

De igual forma, en territorio europeo existen reportes de algunos casos oficiales de aplicación de la maternidad subrogada como, por ejemplo, lo es el caso específico de la pareja italiana conformada por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, quienes en un principio habían buscado la posibilidad de tener hijos a través de la fecundación in vitro; sin embargo, no lograron su objetivo y se vieron en la necesidad de recurrir al mecanismo de maternidad subrogada a través de los servicios que brindaba una compañía médica rusa, la cual logró acceder a una madre gestante que, gracias a técnicas de fecundación, pudo dar a luz para el mes de febrero del año 2011.

Finalmente, el proceso dio un giro inesperado, teniendo en cuenta que el material genético dominante fue aportado en su totalidad por la madre gestante, lo cual llevó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a fallar en contra de la pareja italiana argumentando que, al no compartir ningún tipo de relación biológica, simplemente no podían ser catalogados como padres legales.

En abril del 2011, el Consulado de Italia en Moscú entregó al matrimonio la documentación que permitía al niño viajar a Italia. Una vez allí, la pareja intentó inscribir del nacimiento del niño en la ciudad italiana de Collerorto, pero su solicitud fue denegada. Así, el niño se quedó sin identidad formal. Además, el Consulado de Italia en Moscú informó a las autoridades italianas de que el expediente sobre el nacimiento del niño contenía información falsa, ya que no



se indicaba que el niño había nacido por un acuerdo de gestación subrogada, proceso ilegal en el Estado italiano. Para el mes de mayo, el matrimonio fue acusado de alteración del estado civil y de incumplimiento de la legislación italiana e internacional sobre adopción. En agosto, se hizo una prueba de paternidad para determinar si el señor Campanelli era el padre del niño, pero para sorpresa de la pareja, esta dio negativo. La clínica rusa había utilizado el semen de un donante en vez del semen del señor Campanelli. El Tribunal de menores, puesto que no existía filiación alguna con el niño y se había quebrantado la ley italiana, quitó el niño a la pareja y les prohibió cualquier contacto con el bebé, que fue enviado a un hogar de acogida sin informar al matrimonio de su paradero. (Corte Europea de Derecho Humanos, 2017)

## **2.1 Contexto Histórico de la Maternidad Subrogada en Colombia**

Es claro que en la actualidad la maternidad subrogada viene siendo una práctica que no se encuentra contemplada y mucho menos regulada, debido a que simplemente hay un vacío legal en el ordenamiento jurídico, es decir, no se cuenta con un acto legislativo ni con ningún tipo de restricción frente a este mecanismo de reproducción. Por esta razón, es posible afirmar que, en muchas ocasiones, esta práctica se lleva a cabo de manera informal y sin control alguno.

Con respecto a lo anterior, un claro ejemplo de la situación es el caso colombiano, teniendo en cuenta que el tema de la maternidad subrogada ya ha sido centro de debate y de discusión constante; sin embargo, es totalmente indudable la falta de regulación expresa con respecto a los métodos de ejecución y las posibles repercusiones de este acto jurídico.

Al mismo tiempo, debido a la falta de control se puede afirmar que países como Colombia se han venido convirtiendo rápidamente, de una u otra manera, en lugares propicios para llevar a cabo prácticas relacionadas con lo que hoy en día se conoce como “turismo reproductivo”, el cual



hace referencia a las personas que realizan viajes a países extranjeros con el objetivo principal de poder convertirse en padres, a través de técnicas de reproducción como la maternidad subrogada, la fecundación in vitro, la inseminación intrauterina, entre otras. (Russi y Mantilla citados en Montoya, 2019).

Como consecuencia de estas características de la sociedad colombiana, se presenta una gran oferta la cual conlleva a que los precios del mercado sean bajos en contraposición a otros países, puesto que mientras en Colombia el precio del alquiler puede oscilar entre los 10 y los 15 millones de pesos, en Estados Unidos el alquiler de un vientre oscila entre los \$45.000 dólares en los estados en que la subrogación comercial es lícita. (Herron citado en Millán y León, 2013)

Ahora bien, es necesario comprender que más allá de ver la maternidad subrogada históricamente como un contrato y, al mismo tiempo, como una técnica reproductiva, esta debe traer consigo el análisis del panorama económico y social del país, ya que cada uno de estos factores puede llegar a incidir, en mayor o menor medida, en la percepción del desarrollo de este acto jurídico en el ámbito nacional.

De esta manera, se puede afirmar de entrada que, en Colombia, teniendo en cuenta aspectos como la pobreza, el alto índice de desempleo, la violencia de género y las grandes brechas económicas entre las clases sociales, este procedimiento ha pasado a ser considerado como una ruta de escape hacia una mejora económica, por el hecho de que, si o si, es una posibilidad que deja una cantidad considerable de dinero y, además, en la práctica no resulta siendo muy riesgosa como tal.

Por otra parte, según Arteta (2011), en Colombia existe una cifra bastante interesante con respecto al porcentaje de parejas infértiles en edad reproductiva, las cuales oscilan entre el 6.9% y



el 9.3% de la cantidad de parejas conformadas en el país. La cuestión es que, de ese número correspondiente a las parejas infértiles únicamente el 51.2% buscan estrategias como, por ejemplo, acudir a centros médicos con el fin de poder encontrar una causa y una posible solución a la infertilidad.

Esto debido en gran parte a que, el Plan de Beneficios en Salud no incluye en ningún momento el diagnóstico y tampoco el tratamiento contra la infertilidad, por lo tanto, es claro que solo las personas con una entrada estable de recursos económicos tienen la oportunidad de someterse satisfactoriamente a un tratamiento de fertilidad. (p. 96)

## **2.2 Situación Jurídica de la Maternidad Subrogada en Colombia**

Como ya se dijo en un principio, la maternidad subrogada no está expresamente regulada ni contemplada en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo cual se ha dado paso a una serie de debates en torno a su viabilidad y posible autorización. Así pues, es pertinente iniciar este análisis haciendo alusión directa al Decreto 1546 de 1998, expedido por la presidencia de la república y reformado en cierta medida a través del Decreto 2493 de 2004, en lo que respecta específicamente a las Leyes 9 de 1979 y 73 de 1988 y que, al mismo tiempo, regula la *“obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares”*. Esta reglamentación permite, en un principio, pensar que en el ordenamiento jurídico nacional si se encuentra habilitada la implementación de técnicas de reproducción humana asistida en virtud del derecho que poseen las personas de formar una familia.



Por otro lado, es evidente que durante el proceso de creación e instauración de la Carta Magna de 1991 ya se tenía conocimiento concreto con base en existencia de todas estas técnicas de reproducción, al igual que, la relación con los derechos que intervenían. Esto teniendo como base lo consignado principalmente en el artículo 42 de la Constitución Política, el cual se pronuncia de manera directa sobre la familia como núcleo de la sociedad, los hijos como sujetos de derechos y deberes sin importar su procedencia, los efectos civiles, la progenitura responsable, entre otros aspectos importantes.

La familia es 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. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos



que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. (Constitución Política, 1991)

Posteriormente, es importante resaltar que, con base en la doctrina española, la Corte Constitucional a través de la sentencia T-986 de 2009 ha introducido de manera acertada y prudente el concepto de maternidad subrogada definiéndolo como:

El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.” [1] En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, 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. (Sentencia T-968/09)

De igual forma, la Corte Constitucional también hace énfasis especial en lo consagrado en el numeral 6 del artículo presentado anteriormente de la Constitución Política de 1991, el cual afirma que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.” Así pues, con base en esto hay quienes piensan y plantean firmemente que al final de cuentas el mecanismo de maternidad subrogada, de una u otra manera, si está consagrado a nivel constitucional y, por tanto, señalan que no se puede hablar con tanta seguridad de la prohibición de esta técnica de reproducción en el ordenamiento jurídico colombiano.

Sin embargo, lo anterior no significa que el artículo 42 de la Constitución Política legalice inmediatamente el desarrollo y la aplicación del contrato de maternidad subrogada, ya que la





decisión de conformar una familia a través de las técnicas de reproducción humana asistida no necesariamente debe estar supeditada a la firma de un contrato de alquiler de vientre. Ahora, si bien la Corte Constitucional en ningún momento se refiere de manera concreta al principio de voluntad de las partes y su relación con el carácter legítimo de este acto jurídico, es necesario reconocer que, si llega a hablar específicamente sobre la necesidad de llevar a cabo un proceso de estructuración y regulación serio, con el fin de brindar claridad frente a la aplicación de este tipo de contrato, teniendo en cuenta aspectos fundamentales como los compromisos de las partes, los derechos y garantías de los menores involucrados y el conflicto presente en cuanto a la imposición de cláusulas.

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. (Corte Constitucional, 2009)

Ahora bien, la Corte afirma claramente que sin importar que sea lo acordado por las partes, deberán prevalecer siempre los derechos fundamentales de los menores sobre los de los padres, de manera que, si en algún momento determinado se llegará a presentar un enfrentamiento de tipo contractual a causa del desconocimiento de los criterios jurídicos establecidos, pues se deberá tomar una decisión en cuanto al derecho de filiación del menor en pro de “la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos



fundamentales; y (iii) el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor.” (Sentencia T-968/09)

Con respecto a lo anterior, la misma Corte Constitucional intentó definir los siguientes requerimientos y condiciones para que, llegado el caso, el contrato de maternidad subrogada pudiera llegar a ser válido.

- a) Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.
- b) Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante.
- c) Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, si no el de ayudar a otras personas.
- d) Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos, como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.
- e) Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes, antes, durante y después del embarazo, así como valoraciones psicológicas.
- f) Que se preserve la identidad de las partes.
- g) 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.
- h) Que los padres biológicos no puedan rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
- i) Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
- j) Que la mujer gestante solo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros. (Corte Constitucional, 2009)



No obstante, el hecho de que este tipo de contrato todavía no se encuentre regulado de manera concreta y oficial, conlleva principalmente a que se desconozca su impacto al orden público y a la falta de información de carácter estadística que pueda ser analizada. La Corte es un organismo consciente este vacío jurídico, por tanto, según la misma Sentencia T-968/09 “toma fundamental importancia revisar y conocer experiencias foráneas sobre la materia, pues de ellas podrán identificarse aspectos y experiencias positivas que permitan la adopción de una adecuada regulación en el territorio colombiano”.

### **2.3 El Concepto de Filiación y su Relación con la Maternidad Subrogada**

La Corte Constitucional mediante la Sentencia T-488 de 1999 procede a definir el concepto de filiación como “la relación que se genera entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptado, constituye un atributo de la personalidad jurídica, en cuanto elemento esencial del estado civil de las personas”.

De igual manera, a través de la Sentencia T-641 de 2001 se refuerza la interpretación del concepto y se empieza a considerar concretamente como un derecho y, al mismo tiempo, como:

Un elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional inherente al derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica. En estas condiciones, la filiación es un atributo esencial al derecho a la personalidad jurídica, el cual, a su vez, constituye un derecho fundamental y prevalente en el caso de los niños. El hecho que el menor tenga certeza acerca de quién es su progenitor hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica. En estas condiciones, la prolongada incertidumbre que pesa sobre el niño no puede extenderse más allá de límites



razonables, pues con su desconocimiento se afectan principios y valores consagrados en la Constitución (...). (Sentencia T-641/01)

Es necesario recalcar que en ninguna de las sentencias recién mencionadas no se lleva a cabo ningún tipo de interpretación o pronunciamiento con respecto a la práctica de la maternidad subrogada, de esta manera, surge el siguiente interrogante: ¿Cómo se determina la filiación y la custodia del menor nacido por un contrato de subrogación de maternidad? Para tratar de resolver un poco esta cuestión, primero se debe entender que en Colombia se le conoce como madre únicamente a la mujer que, a través de labores de parto, da a luz a un hijo.

Así las cosas, en este caso la mujer perteneciente a la parte contratante no podría ser reconocida plenamente como madre, de manera que, para poder aclarar dicha situación se debe optar por la utilización de otros mecanismos legales y así llegar a establecer el vínculo filial del menor. De igual forma, también cierto que, actualmente, el acto material en torno a la reproducción humana no obligatoriamente debe hacer referencia directa al parto, puesto que ahora los métodos convencionales de maternidad se encuentran influenciados de manera considerable por el desarrollo y la innovación genética. Sin embargo, en respuesta a todo esto según López y Amado (2014), la madre que se encargó de proporcionar el material genético requerido en un principio tiene la posibilidad de establecer el vínculo biológico a través de mecanismos legales como una demanda de impugnación o una investigación de maternidad, teniendo presente que el juez está en el deber de salvaguardar los derechos del menor sin importar la situación.

### **3. Capítulo III. Derecho Comparado, La Maternidad Subrogada en Otros Países.**

Teniendo en cuenta los objetivos señalados en la propuesta investigativa, a continuación, se adelanta una revisión de la práctica de la maternidad subrogada en otros países tanto en Europa



como en Latino América con el fin de conocer no solo su desarrollo como mecanismo alternativo de procreación, sino también su regulación y grados de prohibición y permisividad.

### **3.1 La Maternidad Subrogada en México.**

Hay que empezar por decir que en México el uso de las técnicas de reproducción asistida como la inseminación artificial o cualquier otro tipo de procedimientos que ayudan a la procreación son totalmente permitidas, pero cuando se habla en específico de la maternidad subrogada las opiniones son variadas, pues respecto de este tema en el país centroamericano existe una regulación que se presta para diferentes interpretaciones, en la actualidad en ese país hay cuatro estados en los cuales existe una normatividad sobre la maternidad subrogada. En algunos sectores se ha presentado la legalización de la práctica de la maternidad subrogada como una forma de explotación a las mujeres en estado de necesidad, justificando que solamente estas están dispuestas a atravesar los cambios que conlleva un embarazo a cambio de dinero, mientras que otras opiniones defienden la capacidad y la libertad que poseen las mujeres para elegir sobre su cuerpo. (Álvarez, 2015)

El estado de Tabasco fue el primero en permitir la Maternidad subrogada, a esta pueden acceder únicamente ciudadanos mexicanos, cuando la madre contratante no tenga la capacidad para gestar, parejas heterosexuales legalmente casadas o que convivan de manera permanente como si lo fueran, también puede realizarse la gestación subrogada con carácter altruista. (Álvarez, 2015).

La legislación de Tabasco maneja dos conceptos según los cuales establece premisas de manejo diferentes según cada caso en particular; estos están consagrados en la Ley de Tabasco “El artículo 92 del Código Civil de Tabasco establece la validez del contrato de subrogación... En caso de niños nacidos como resultado de la participación de una madre sustituta gestacional, la



paternidad se presume por el padre que contrata cuando él/ella registre el nacimiento del niño, ya que esta acción implica la aceptación de la paternidad...” “El artículo 347 del Código Civil de Tabasco protege los derechos de los futuros padres. Dice: Cuando una segunda mujer participa en el proceso reproductivo, la madre contratante se presume como la madre legal, tanto si proporciona el óvulo o no.

Esto sucede cuando la madre sustituta gestacional no es la madre biológica del niño que nace como resultado de una transferencia de embriones. En este caso, la madre contratante debe ser considerada como la madre legal del niño”. (Tribunal Superior de Justicia, 1997) Según lo anterior, podemos entender que, en el caso de la madre gestante sustituta, ésta no resulta ser la madre biológica del niño y únicamente se limita a llevar el embarazo a término y prestar su vientre para la gestación, mas no aporta material genético, por tal razón se presumirá la maternidad de la madre contratante, tanto si proporciona el óvulo como si no lo hace. Mientras que, en el caso de la madre gestante subrogada, ésta además de prestar su vientre para la gestación del menor aporta material genético; en este caso la madre subrogada será reconocida como madre legal del menor, caso en el cual deberá renunciar a la maternidad del menor en favor de la madre contratante, quien deberá adoptarlo y regirse por las normas de adopción plena.

En lo referente a la paternidad, se presume en ambos casos, ya que el hecho de la contratación implica la aceptación de la paternidad. Inicialmente el procedimiento de la subrogación era permitido incluso para parejas extranjeras, pero en el año 2015 se insertó una modificación, donde se encuentra permitida la subrogación sólo para parejas mexicanas. En el estado de Sinaloa, tal y como lo consagra el Artículo 283 de la ley sobre técnicas de reproducción asistida, la maternidad subrogada es entendida como: ART 283. “la maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por



un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento”. (Congreso del Estado Libre y Soberano de Sinaloa, 2013)

Es necesario para poder acceder a la maternidad subrogada en este estado, que la madre contratante tenga incapacidad para gestar y que ambos padres sean ciudadanos mexicanos; en este también se admite la maternidad subrogada de madre gestante subrogada y madre sustituta de carácter altruista. En Sinaloa, de manera particular, se encuentra permitida de igual manera la subrogación comercial. Cabe anotar que actualmente se lleva a cabo un proyecto de ley que promueve prohibir la maternidad subrogada. (Álvarez, 2015).

A partir de la regulación creada en estos dos estados se ha incrementado la creación de clínicas y entidades facilitadoras del tema, que median y atienden las necesidades de quienes solicitan servicios de maternidad subrogada, creando espacios más transparentes y seguros, que garantizan las buenas condiciones tanto para los padres contratantes como para las madres sustitutas. Por otro lado, se ha llegado a aducir que con la permisividad que se ha dado en estos dos Estados, se creó todo un negocio ya que no se realiza el procedimiento de manera altruista, si no comercial. Más allá de cualquier punto de vista se ha demostrado que México es uno de los países más visitados en el mundo con la finalidad de llevar a cabo temas de maternidad subrogada, por lo que surge la necesidad de por lo menos enmarcar un plano legal que organice o de guía a aquellas personas que atraviesan dichos procesos, con la finalidad de evitar la explotación de mujeres y la trata de personas. (Flores, 2016)



Se ha llegado a establecer que personas de múltiples Países acuden a México a realizarse este tipo de procedimientos, porque al igual que en la India sale muy económico, pero la diferencia radica en que es más fácil (incluso en términos económicos) viajar a México que a la India. (Suarez, 2015)

Con todo el auge que ha venido teniendo el tema de la maternidad subrogada en México, se presentó inicialmente una propuesta con miras a regular y permitir la maternidad subrogada, en esta se plantean temas como, derechos de los padres contratantes, derechos de la madre gestante, procedimiento de registro del menor y proceso de selección de la madre gestante, entre otros. A la legalización de la maternidad subrogada surge una fuerte oposición, que han realizado estudios e investigaciones referente a la problemática del tema; de hecho, el 27 de marzo de este año (2016) la Cámara de Diputados de este País presentó un estudio donde se demuestra que México se ha convertido en un centro internacional de maternidad subrogada, sin la debida protección para las mujeres mexicanas.

Cada 800 familias españolas que pretenden la maternidad subrogada, la mayoría acude a México, particularmente a Tabasco, y entregan a la mujer que accede a alquilar su vientre un pago inicial de 35.000 pesos y depósitos mensuales por cada revisión médica; con toda la fuerte oposición que ha tenido el tema, senadores y diputados pidieron prohibir totalmente esta práctica en México, al considerar que es una de las formas de trata de personas y de explotación de mujeres, sin embargo en el senado se encuentra aprobado un dictamen que establece que se permitiría la maternidad subrogada siempre y cuando se justifique que quien lo solicita no puede tener hijos y que será sin fines de lucro. (Juárez, 2016)





No obstante, actualmente se encuentra vigente unas modificaciones a la ley general de salud, donde es claro que se va a tocar el tema de la maternidad subrogada a fondo, pues la presidenta de la Comisión de Familia y Desarrollo Humano afirmó que “no podemos dejar lagunas en este tema, porque sería una falta de responsabilidad legislativa, pues hablamos de seres humanos, de niños y sus familias que se ven vulnerables por estas inconsistencias legislativas” (Lecona, 2016)

Existen opiniones de doctrinantes de peso que también están fuertemente en contra de esta práctica, como por ejemplo López Faugier que ha indicado que ese método de reproducción asistida viola derechos humanos y es una nueva forma de violencia sexual. Además, indica que las modalidades que se admiten en Tabasco y Sinaloa son indebidas y se puede invocar la inconstitucionalidad de los reglamentos que la regulan. (Juárez, 2016)

Pero para gran sorpresa de muchos, el 27 de abril de 2016, el senado de este País avaló por unanimidad la regulación de la maternidad subrogada, práctica que se permitirá sólo sin fines de lucro y de lo contrario se castigará hasta con 17 años de prisión y altas multas... Sólo se permitirá la compensación de gastos médicos derivados del parto, posparto y puerperio y bajo un acuerdo previo... queda prohibida la transferencia de embriones a una mujer que ya se haya sometido a dos embarazos mediante esta técnica, cuando se realiza para entregar él bebe a una persona que no sea de nacionalidad mexicana y la subrogación con fines lucrativos. (Rosas, 2016)

De esta manera, este país le va haciendo frente a un tema tan controversial, admitiendo la maternidad subrogada altruista y castigando fuertemente a quienes se salgan de los lineamientos establecidos.



### 3.2 La Maternidad Subrogada en Argentina

En el país suramericano la gestación por sustitución o maternidad subrogada aún no cuenta con una legislación clara y expresa, sin embargo, es entendida como una práctica legal y legítima, la cual cuenta con numerosos fundamentos legales, doctrinales y jurisprudenciales que la respaldan. (Rojas J, 2015)

Actualmente existen dos casos hitos por medio de los cuales se ha logrado crear algo de jurisprudencia y según estos poder obtener una guía para el manejo del tema. El primer fallo se realizó en junio de 2013 y el segundo en julio de 2015. En ambos fallos se concedió la patria potestad a los padres biológicos, en el entendido de que estos son quienes tienen la iniciativa y la voluntad principal de procrear, a diferencia de la madre gestante quien simplemente se compromete a llevar a término un embarazo con la condición de entregar el niño una vez este nazca.

Considerando lo anterior, los fallos se realizan dando prioridad al bienestar del menor y dejando un poco de lado el concepto que indica que, “se entenderá por madre aquella que dé a luz” tal y como se señala en su Art 242 del Código Civil. “ARTICULO 242: La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido.

Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido” (Congreso de Buenos Aires, 1871) Entre otros múltiples fundamentos jurídicos también están:



- Los principios de Igualdad, Reserva y Legalidad de la Constitución Argentina, aplicables a todos los habitantes y a extranjeros.
- Los tratados de Derechos Humanos, como el Pacto de San José de Costa Rica, y la Declaración Universal de DDHH.
- La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Técnicas de Reproducción Asistidas.
- La voluntad procreacional como fuente de filiación en las TRHA, incorporada desde el 01/08/2015 por el nuevo Código Civil Argentino.
- La Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
- Leyes nacionales, como la 26.862 de acceso integral a las TRHA; la ley 23.592 contra actos discriminatorios; la legislación sobre matrimonio igualitario y unión convivencial igualitaria (reguladas por ley anteriormente, e incorporadas al nuevo Código Civil Argentino actualmente).

La Jurisprudencia existente sobre maternidad subrogada en Argentina, en donde los jueces siempre han reconocido la legalidad y legitimidad de la misma, y han reconocido sus efectos jurídicos. (Rojas J. P.)

Según lo mencionado podemos concluir que para la jurisdicción argentina resulta indispensable la regulación del tema, ya que actualmente para poder hacerlo es necesario acudir a múltiples normatividades, las cuales pueden variar según las diferentes interpretaciones, creando de esta manera un limbo jurídico que puede prestarse para la manipulación de la norma y la implementación de maniobras ilegales por medio de las cuales pueden realizarse delitos violatorios de derechos humanos. Además de esto consideran fundamental poder brindar seguridad jurídica a sus ciudadanos de forma tal que estos puedan acceder a tales procedimientos dentro de su país y



no tengan que recurrir a países extranjeros para realizarlos; por tal motivo actualmente se encuentra en proceso un proyecto de ley, el cual fue presentado el 28 de mayo del 2015, que busca establecer un proceso judicial adecuado en casos de gestación por sustitución y tiene como metas principales:

- Garantizar el respeto al interés superior del niño por nacer, su derecho a la identidad, a la información sobre su origen, a la inscripción inmediata luego del nacimiento lo cual materializa su derecho al nombre y a la nacionalidad, su derecho a ser cuidado por sus padres.

- Garantizar el respeto a los derechos de la mujer gestante, tales como el derecho al propio cuerpo, sus derechos reproductivos y su libertad reproductiva, y que garantice la absoluta libertad en su decisión de someterse al tratamiento médico.

- Garantizar el respeto a los derechos de el/los comitentes/s, tales como sus derechos reproductivos, el derecho a procrear, el derecho a acceder a los avances de la ciencia en materia de salud reproductiva, brindándole seguridad jurídica a los comitentes, sobre la futura filiación del bebé que podría nacer mediante este tratamiento médico. (Usher, 2015).

Importante conocer acerca del tema objeto de estudio, pero en países fuera del continente americano, bajo ese contexto se hace referencia a un país asiático.

### **3.3 La Maternidad Subrogada en la India**

Este país sin lugar a dudas marca diferencia en el mundo frente a procedimientos de reproducción asistida, y específicamente en el de maternidad subrogada es uno de los que más practicas tiene en el planeta, pues es un escenario de gran popularidad, calculándose que tiene al menos 200.000 clínicas privadas que ofrecen servicios de esta modalidad; en razón a la popularidad



adquirida por el País Hindú se le ha venido atribuyendo nombres como: “la capital mundial de la gestación subrogada”, “la fábrica de bebés”, “turismo de la procreación”, entre otros. (Wallis, 2013)

En la actualidad, en la India se lleva a cabo el procedimiento de la maternidad subrogada bien sea con óvulos y espermatozoides genéticamente de quienes serán los padres del futuro bebé, o bien sea con el óvulo, el espermatozoide o ambos provenientes de la donación (dicha donación nunca podrá ser de la madre que alquila su vientre para evitar lazos de cariño con el bebé). Muchas de las críticas que aún se presentan en esta práctica y en ese país es que las madres que están alquilando su vientre provienen de los sectores más vulnerables del mismo País y lo hacen por cuestiones económicas, pero en respuesta a esta crítica algunos sectores de la misma sociedad y el gobierno “parten de la idea de que la infertilidad es un problema muy grande a nivel mundial y que la capacidad tecnológica y profesional del sector de salud en la India está dispuesta a generar soluciones y tecnologías innovadoras para resolver este problema. (Amador, 2010).

En el campo legal, el organismo encargado de los temas relacionados a la maternidad subrogada es el Ministerio de Salud de la India, quien emitió inicialmente la “Línea guía para la reglamentación de reproducción asistida” en la que se encontraba incluida la maternidad subrogada. De acuerdo a la descripción del marco legal sobre el asunto que realiza una de las clínicas más importantes en maternidad subrogada de la India (la Clínica Rotunda), “el Ministerio de Salud de la India en esta línea guía para la reglamentación de reproducción asistida ha designado al Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR) para formular directrices para la supervisión de Clínicas de Reproducción Asistida en la India”. (Clinique Rotunda, s.f.).



Seguidamente, el ICMR cumplió con su tarea y emitió documentos que se conocen con el nombre de Directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las ART Clínicas en la India (National Guidelines for Accreditation, Supervisión & Regulation of ART Clinics in India)- que dispone todo lo relacionado al contrato-; y Directrices éticas para la investigación biomédica en los participantes humanos (Ethical Guidelines for Biomedical Research on Human Participants) – que dispone los lineamientos éticos que deben tenerse en cuenta en esta práctica-. Las anteriores son las directrices que deben ser consideradas por todas las clínicas que llevan a la práctica la maternidad subrogada en el País Indio. (ICMR, 2005)

Por otra parte, el Gobierno de la India también se ha preocupado por regular el tema de los extranjeros que entran a su País a contratar servicios de maternidad subrogada; para ello se emitió en 2013 por parte del Ministerio de interior unas directrices relativas a los extranjeros que tengan intención de visitar la India para la puesta en alquiler de vientres “Regarding Surrogacy issues involving Foreigners” (Ministerio del Interior, India, 2012). En esta directriz se disponen aspectos como:

- El extranjero que ingresa para realizar el procedimiento de la maternidad subrogada debe pedir una visa médica para ingresar al país, la visa de visitante no es la apropiada.
- La pareja debía estar casada y no se reconocía el matrimonio Gay.
- Tener carta de la embajada donde se exprese que el País de origen de los extranjeros reconoce la subrogación y se admite el ingreso a dicho País de los niños producto de maternidad subrogada.
- Producir acuerdo ante notario entre padres contratantes y madre sustituta.



- Para regresar a su País de origen los extranjeros requieren autorización de salida, demostrando su paternidad o la custodia del menor producido por la clínica y, el paz y salvo con la madre sustituta.

Es importante aclarar que desde el año 2008 la maternidad subrogada en la India se consideró completamente legal, después de que la Corte suprema de ese país emitiera sentencia favorable en el popular caso Manji, que trata de un bebé que nació como producto de la maternidad subrogada, cuando India no era tan famosa en este campo y no tenía directrices en el tema; los esposos contratantes se divorciaron tiempo después de que el bebé fuera concebido producto de un óvulo donado. Después de nacer, su madre sustituta no quería hacerse cargo de él e incluso en el registro médico no aparecía el nombre de ella; tampoco se tenía conocimiento del nombre de quién donó el óvulo, y quien sería su madre legal ya no estaba interesada puesto que se había divorciado de su pareja, El padre quería llevar al pequeño a su país natal, pero empezó a surgir una serie de inconvenientes, pues el bebé no tenía una nacionalidad definida y el padre tendría que empezar un proceso para que se le otorgara la custodia y el permiso para sacar al bebé del País.

Allí, entra la Corte Suprema de la India a pronunciarse en el caso, diciendo que el procedimiento de la maternidad subrogada en ese país debía considerarse legal y el padre del bebé podría llevárselo a su país, puesto que todo el procedimiento realizado era permitido dentro de su ordenamiento. Desde ese momento todo tipo de personas y parejas empezaron a viajar al País Indio para convertirse en padres por medio de la maternidad subrogada, pero es en el año 2013 cuando el Ministerio del Interior emite la anterior directriz mencionada, donde se prohíbe esta práctica a homosexuales y parejas sin casarse. (Ministerio del Interior, India, 2012)

Así, con los anteriores documentos mencionados se estructura la regulación principal que le ha dado la India a los procedimientos que están incluidos dentro de la maternidad asistida – entre



ellos la maternidad subrogada-, documentos que a su vez cumplen el papel de ser una guía ética en el asunto. (Clinique Rotundá, s.f.) Como ya lo hemos mencionado anteriormente, la maternidad subrogada es considerada una figura contractual, de igual manera se presenta en la India, estando establecidas sus condiciones en el documento que trata de las directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las ART clínicas en la India del ICMR; dichas condiciones consisten en:

- La existencia inicial de un consentimiento informado, en el cual las partes de manera voluntaria aceptan los términos que se encuentran establecidos dentro del temario contractual. Las partes en el contrato son: La pareja, la clínica y la madre que alquila su vientre- en el caso de que los óvulos sean de una donante también entraría ésta como parte del contrato.

- De igual manera la madre que alquilará su vientre debe realizarse una serie de exámenes para verificar que no tenga enfermedades infecciosas o que puedan ser nocivas para el bebé que será gestado, pues debe tener unas condiciones de salud que sean favorables para la implantación del gameto y su posterior desarrollo hasta el nacimiento, además no podrá interrumpir el embarazo en ningún momento (salvo por condiciones de salud); la mujer no debe tener más de 45 años de edad y un aspecto muy importante es que su vientre no puede ser alquilado más de tres veces en toda su vida y antes del primer alquiler ya debe haber tenido por lo menos un parto. Con el cumplimiento de las anteriores condiciones por parte de la madre que alquilará su vientre la misma podrá ser parte del contrato.

- El bebé que nacerá (desde que es feto hasta su nacimiento) es considerado por decirlo de alguna manera, el producto que se va a negociar.





- Finalmente, existe el precio, que consiste en la cantidad de dinero que deberán pagar los padres del bebé que nacerá. Dentro de dicho precio se incluye la cantidad de dinero necesaria para realizar todo el procedimiento de la gestación, desde la producción del gameto, su implantación y todos los cuidados y revisiones necesarias para que el embarazo sea exitoso; se incluye el costo de los exámenes que se le realizará a la madre genética, padre genético y a la madre que alquilará su vientre; se incluye el costo de la prueba de ADN que se le realiza al bebé cuando ha nacido para demostrar la paternidad de los padres contratantes y finalmente incluye la cantidad de dinero que se le pagará a la madre sustituta por alquilar su vientre. En cuanto al precio, se destaca que en la India realizarse el procedimiento de la maternidad subrogada sale muy económico, está muy por debajo de otros países que realizan la práctica, y es esta una de las razones más importantes por la cual gran cantidad de personas de diferentes partes del mundo deciden ir a este País a realizarse dicho procedimiento. (Rodrigo, 2015).

Durante el desarrollo del procedimiento, la madre gestante y los padres del bebé que nacerá, reciben constante asesoría psicológica, en especial la madre gestante que está alquilando su vientre; lo anterior tiene el fin de que no se presente ningún tipo de apego de la madre sustituta hacia el bebé, siempre deberá tener en claro que ella es un medio para que ese bebé llegue a la vida, pero que no tienen ni tendrán nunca algún tipo de vínculo. (Amador, 2010).

Hoy en día la maternidad subrogada en la India se ha convertido en un negocio muy lucrativo, donde se obtienen alrededor de 2.3 millones de dólares cada año. A pesar de las críticas que puedan suscitar, gran parte de la población de este país considera la maternidad subrogada como un método ventajoso para todos, porque hay una madre sustituta que lleva a término un embarazo a cambio de una remuneración económica de gran ayuda para su familia; una pareja que



quieren convertirse en padres pero sus problemas de fertilidad se lo impiden y mediante este procedimiento pueden cumplir su sueño de ser padres incluso genéticamente del bebé que nacerá producto del contrato; y finalmente un niño que tendrá una familia que le podrá ofrecer buenas condiciones de vida. (Wallis, 2013) (RT en español, 2015) Mundialmente, se critica entre muchas otras cosas, el hecho de que en la India existen clínicas en donde se “recluta a la madre sustituta” durante el procedimiento para quedar embarazada y todo el embarazo hasta que dé a luz; pero como respuesta a esta crítica se aduce que lo que se busca es un constante seguimiento a la salud tanto de la madre como del que está por nacer, una buena alimentación y buenos cuidados al embarazo, además de asegurar que la madre sustituta no esté consumiendo drogas que pueda dañar la salud del bebé. Finalmente, cuando la madre sustituta da a luz, no se le permite ver al recién nacido, se le paga su servicio y a los padres contratantes se les entrega paz y salvo del pago realizado por el alquiler del vientre. Con la prueba de ADN y paz y salvo con la madre sustituta y la clínica, los contratantes con el recién nacido pueden volver a su país de origen para realizar todo lo pertinente al registro y nacionalidad. (GA, 2013).

### **3.4 La Maternidad Subrogada en la Unión Europea**

No se puede adelantar una investigación de derecho comparado acerca de la maternidad subrogada y no hablar de la Unión Europea, pues para todos es bien sabido que además de los tantos años que van adelante en aspectos culturales también lo es en aspectos como el de la cultura y la liberación de la sociedad en la gran mayoría de los países europeos, de ahí que se presenta un breve resumen del tema objeto de estudio en los párrafos siguientes.

Lo primero que hay que decir es que la Unión Europea ha sido reiterativa en el rechazo rotundo a la aplicación y práctica de la maternidad subrogada, esto lógicamente ha conllevado a su



prohibición, en resolución de Abril de 2011 el Parlamento Europeo adelanto una solicitud a todos los Estados miembros a que se reconociera la práctica de la maternidad subrogada como una grave problemática de orden social, pero además que se ponderará esta práctica como una violación a la explotación del cuerpo femenino y a sus órganos reproductivos.

Por otra parte en dicha resolución también hacia énfasis en que las mujeres y los niños siempre estarán sujetos a las mismas formas y continuas formas de explotación, pero que además siempre son vistos como comodines en un mercado que cada vez crece más como es el comercio reproductivo, la resolución hace mención a que la maternidad subrogada disparan los índices de tráfico y la trata de mujeres y niños, sin contar con las adopciones que se llevan a cabo de manera ilegal utilizando las zonas fronterizas (European Parliament, 2014).

Como era de esperarse los debates y las diferentes opiniones se ha convertido en un tema de nunca acabar, esto en razón a que la mayoría de los estados miembros pues no cuentan con una normatividad en sus ordenamientos jurídicos que establezca las condiciones o prohibiciones acerca de la práctica de dichos procedimientos; sin embargo, en países como Bélgica se da una cierta permisividad y entonces estos procedimientos se pueden adelantar en una clínica de reproducción asistida o de fertilidad, pero como se ha señalado esta práctica cuenta con cierta permisividad, pues está sujeta a condiciones como la subrogación pero con sentido altruista, aunque cabe resaltar que los contratos o este tipo de contratos no siempre son de obligatorio cumplimiento, pues se requiere de la adopción para poder transferir la paternidad y que esta se declare legal, se puede afirmar entonces que en este país europeo la maternidad subrogada tiene un carácter tácito.

Otro caso que merece ser mencionado es el de Grecia, en este país es completamente libre la maternidad subrogada pero únicamente aquella que se adelante con un sentido netamente



altruista y completamente prohibida aquella que persiga fines comerciales, pero se debe aclarar que no existe una normatividad clara en el ordenamiento jurídico acerca de estas prácticas, es decir se podría semejar o existir cierta analogía con el caso anterior en el que la practica en términos legales es tacita. De igual manera sucede en Irlanda país en el cual no existe una regulación legal y Holanda donde se adquiere la paternidad, pero por medio de la adopción (Brunet, y otros, 2012).

Existe otra resolución y es la de diciembre de 2105, en la cual el Parlamento Europeo fue reiterativo y estableció en el informe anual sobre el respecto a los derechos humanos y la democracia en el mundo, de manera específica en el acápite que hace referencia los derechos de las mujeres y los niños en su párrafo número 15 lo siguiente ““El Parlamento Europeo “condena la práctica de la subrogación, que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas que son usadas como un “commodity; considera que la práctica de la subrogación gestacional que involucra la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de otro orden, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, debe ser prohibida y tratada como un asunto de urgencia en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.(Lafferriere, 2015).

Para terminar con el análisis del tema objeto de estudio y su regulación en la Unión Europea, se puede concluir que su posición es la de la prohibición rotunda a la práctica de la maternidad subrogada, justificando dicha posición en que con estos procedimientos se lleva a cabo la violación a los derechos de las mujeres y los niños, todo esto a través de la explotación de sus cuerpos con el agravante que cuando esto ocurre se da contra las personas más vulnerables, existiendo un aprovechamiento de sus necesidades económicas.



### 3.5 La Maternidad Subrogada en España

Es pertinente hacer un análisis de la práctica de la maternidad subrogada en un país europeo, pero de habla hispana, esto en razón a su estrecha relación jurídica con la mayoría de países latinoamericanos y su cercanía de vieja data con el ordenamiento jurídico sobre todo en el campo civil con el ordenamiento jurídico colombiano. Y a lo mejor por esa cierta filiación se puede decir que en España como en Colombia el tema de la maternidad subrogada está casi que en las mismas condiciones.

Es decir, ha sido planteada como una problemática social, pero que cuentan en el derecho civil al igual que Colombia con un marcado antecedente del derecho romano y el código de Napoleón, de esta manera se puede afirmar que al igual que en Colombia esta práctica se determina por el la llevada a cabo del parto, de esta manera se concluye que la de llegar a la impugnación de la maternidad solo y únicamente se podrá realizar a través de la justificación de la suposición del parto no llegar a ser cierta la identidad del hijo.

Para la investigación es fundamental tener en cuenta ciertas consideraciones que se consagran en la normatividad española, como la nulidad por la ilicitud del objeto, de esta manera se afirma que en un principio este tipo de contrato no tendría validez pues el objeto del contrato como elemento esencial se encuentra fuera del comercio, pero no solo esa es la justificación, también está de por medio el que esta práctica atenta contra uno de los principios del derecho en España, pues va en contra de las sanas costumbre y los buenos principios.

De esta manera la conclusión es que en España se encuentra totalmente prohibido los contratos de maternidad subrogada, no es un secreto que el país Ibérico a lo largo de la historia en temas de reproducción asistida siempre ha estado en avanzada, de tal manera que este tema no es



novedoso, y aunque ha sido modificado en repetidas ocasiones el texto de la ley que regula esta práctica se ha mantenido indemne, texto que se cita a continuación: “Artículo 10. Gestación por sustitución.

- 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.
- La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
- Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

A claras se puede interpretar que la ley española no da una definición que es la gestación por sustitución, sin embargo existe un informe de la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana, y lo define así: es aquel contrato de arrendamiento del vientre de la mujer por el cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con un apareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) que según estudios demuestran que es estéril de manera irreversible, que deja la responsabilidad de la maternidad y paternidad de dicha descendencia en todos los efectos.

En la exposición de motivos de las leyes 45/2003 y 14/2006 las Cortes<sup>62</sup>, el órgano legislativo español, no realizó ningún pronunciamiento sobre la gestación pos sustitución por el hecho que el objetivo fue de estas normas fue actualizar la ley 35/1988 acomodándola a los descubrimientos del siglo XXI. Por lo tanto, el único pronunciamiento del legislador al respecto lo encontramos en la exposición de motivos de la ley 35/1988.



En los siguientes términos: “Esta ley hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe sacrificarse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables de extracción ética o porque chocan contra el bien común que el estado debe proteger, o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del derecho de familia, aun en el supuesto de un contrato o previo acuerdo de ellas.

No cabe duda que se presentan dos prácticas de las técnicas de Reproducción Asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no sólo en nuestra nación, como lo aprueban los informes foráneos. “No obstante, desde el respecto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que el artículo 66 de la Constitución Española determina:

- Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.
- Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.
- Las Cortes Generales son inviolables. (Boletín Oficial del Estado núm. 126, 27/05/2006, Disposición N.º 9292 p 19947 y 1994).

De esta manera, una vez analizado el tema objeto de estudio en el país Ibérico se puede concluir que: aunque está prohibido el uso de la maternidad subrogada, son muchos los ciudadanos



españoles que recurren a otros medios como el de viajar a otros países a tener un hijo por diferentes prácticas y luego registrarlo como hijo en España, esto se podría interpretar como la existencia de una práctica que tanto desde la óptica social como económica definitivamente es ineficiente, situación está que ha sido bastante criticada por algunos doctrinantes constitucionalistas ya que en España se considera que una ley cuando se promulga, es el resultado de un consenso nacional social, lo que en este caso no ocurre pues lo que hace es obligar a sus ciudadanos a recurrir a optar por otras prácticas fuera de su país.

#### **4. Capítulo IV. Propuesta de Viabilidad a la Regulación en Colombia de la Maternidad Subrogada.**

Es claro que en Colombia aún no se cuenta con una normatividad que regule la maternidad subrogada, en la actualidad lo único que forma parte del ordenamiento jurídico colombiano y que hace referencia al tema es la sentencia T-968/09 de la corte constitucional, esta sentencia hace presión en algunos aspectos como se mencionan a continuación: establece una permisividad de la técnica de reproducción asistida, de manera específica frente al tema de la maternidad subrogada que lógicamente es considerado como un contrato y esto da para ser reconocida como una práctica legal, claro bajo el entendido que es un contrato.

Con base en lo anterior se puede afirmar que no se prohíbe en Colombia la realización de este tipo de contratos y se sustenta esa teoría con los pronunciamientos por parte de la doctrina quien ha considera que según lo establecido en el artículo 42-6 de la constitución política de 1991 , seria permitida la maternidad subrogada, pues como lo establece la constitución “ los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene igual derechos y deberes”. Siendo así se puede entonces interpretar que las técnicas de reproducción asistida son jurídicamente legítimas en Colombia (Constitución Política, 1991).





El objetivo de la investigación en suma es la de generar un aporte primero a la sociedad para solucionar una problemática, aportar a la academia un documento útil para consulta de aquellas personas que se dedican al estudio de temas que generen insatisfacción de necesidades al interior de la sociedad y por último se podría señalar que el resultado de una investigación sea el punto de partida para proponer al mundo jurídico en este caso que permita una regulación o reforma que conlleve a la transformación jurídica y social.

Partiendo de esta premisa, y en coherencia con el proyecto formulado, a continuación se presenta una propuesta como aporte a la academia y al mundo jurídico para regular una problemática que se vive a diario en la realidad social colombiana; para generar una propuesta de regulación de la maternidad subrogada, es necesario y pertinente aclarar que es un tema que implícitamente tiene factores que se deben tener en cuenta como: el factor económico, el factor social, un factor moralista, factor político y mediático.

Así las cosas y teniendo en cuenta todos estos factores y que no se pueden desconocer, una propuesta de solución a la regulación de la maternidad subrogada se debe entonces hacer desde tres (3) ópticas diferentes a saber i) una óptica constitucional ii) una óptica civilista, específicamente desde los contratos y iii) una óptica desde la corriente de pensamiento ius realista, en ese orden de ideas a continuación se presentan los argumentos de cada una de estas ópticas para presentar la propuesta en general.

#### **4.1 Regulación de la Maternidad Subrogada desde una Óptica Constitucional**

Para regular la maternidad subrogada en Colombia desde una perspectiva constitucional, se deben tener en cuenta algunos artículos de la carta magna, especialmente aquellos que hacen referencia a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, como lo cita el artículo 42 de la



constitución política “La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”, de igual manera en el mismo artículo se señala “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él , adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tiene iguales derechos y deberes”.

Por tanto, si se hace un proceso hermenéutico de lo establecido por este artículo se podría afirmar que en Colombia se debería regular y permitir la práctica de la maternidad subrogada, pues está claro que la intimidad de la familia es inviolable y el procedimiento o técnica de procreación de sus hijos forma parte del espectro íntimo de la familia y no debe intervenir el estado frente a esta decisión que es íntima y subjetiva de la familia, en esto tiene que ver la autodeterminación y el libre albedrío al interior de la familia, Máxime cuando se trata de una técnica que no se prohíbe de manera taxativa, complementario a ello en la segunda parte del artículo citado se habla de los hijos procreados con asistencia científica, es decir que a nivel constitucional la regulación de la maternidad en Colombia debe ser permitida.

#### **4.2 Regulación de la Maternidad Subrogada desde una Óptica Civilista, Específicamente desde los Contratos.**

Desde esta óptica la maternidad subrogada tiene una dimensión completamente diferente, a continuación se hace mención a algunas de esas dimensiones, lo primero que hay que decir es que un contrato es una convención, en una convención prima la voluntad de las partes, es decir hay una supremacía de la autonomía de las personas y siendo así no debiera de existir una intervención por parte de la administración pública, pues en un estado liberal existe una regulación a la sociedad pero no intervención en los asuntos particulares y en la maternidad subrogada no es necesario realizar análisis exhaustivos para concluir que es un asunto netamente privado; por otra parte hay que decir que si se trata de un contrato, se deben tener en cuenta los requisitos de existencia y



validez, estos son: la capacidad, el consentimiento y el objeto y causa lícita, aquí es importante adelantar un análisis de cada uno de ellos bajo la perspectiva de la maternidad subrogada.

De acuerdo a lo anterior, la capacidad es aquella facultad o atribución que tiene el individuo de tomar decisiones para adquirir derechos y obligaciones, es decir obligarse por sí misma o por intermedio de terceros a través de un poder, esa capacidad debe ser libre y espontánea, no debe haber fuerza en la toma de la decisión; un segundo requisito de existencia y validez de los contratos es el del consentimiento, el cual debe estar libre de cualquier vicio como el error la fuerza o el dolo, y los últimos requisitos hace referencia al objeto y la causa lícita.

Bajo esta perspectiva entonces se debe acotar que frente a la capacidad, es revisar si las partes contratantes son plenamente capaces, si tiene la capacidad de ejercicio, la cual se adquiere con la mayoría de edad, siendo así en el contrato de maternidad subrogada este requisito revisando el caso en concreto es fácil de evidenciar, frente al consentimiento, pues es revisar si las partes contratantes han dado su consentimiento, es decir si han aceptado el clausulado del contrato de manera libre y espontánea.

En lo referente a este aspecto, se puede evidenciar con la firma del documentos, frente al objeto y la causa lícita se debe examinar de manera un poco más profunda, pues el objeto podría ser lícito en el sentido que no hay una norma que establezca la ilicitud del bien, todo lo contrario, la constitución misma establece el mecanismo de procreación asistida como permitido en Colombia, frente a la causa la doctrina y la jurisprudencia hacen énfasis en que la licitud de esta se determina por el sentido altruista que tenga dicho contrato o que si se llega a dar una contraprestación económica esta solo darse por una sola vez, de tal manera que la mujer que alquila el vientre no vaya a tomar como una forma de adquirir recursos a través de estos procedimientos.



Con esta explicación se puede afirmar que, bajo esta óptica, la maternidad subrogada en Colombia es totalmente viable, pues como ya se hizo mención es un acuerdo de voluntades el cual podría llegar a cumplir como todo contrato con los requisitos de existencia y validez y son estos los que hacen que el negocio nazca a la vida jurídica.

### **4.3 Regulación de la Maternidad Subrogada Desde una Óptica Ius Realista.**

Desde esta óptica se pueden evidenciar algunos aspectos que bien valen la pena exaltar en esta investigación y en esta propuesta de viabilidad, para los que se circunscriben a la teoría del Ius Realismo jurídico , aseguran que lo importante es lo que sucede en la realidad social, y si esta problemática se viene solucionando a través de un contrato, que además son comportamientos que de manera reiterativa suceden en la sociedad, lo que el estado debe hacer es establecer una norma que regule y que dé vía libre a estas prácticas, pues a través de procesos judiciales o debates hermenéuticos se podría estar alejando de la realidad y saliendo a flote verdades procesales u otro tipo de situaciones que tergiversen lo que se presenta en la sociedad.

Bajo esta óptica es importante tener en cuenta que en contraposición se encontrarán aspectos y factores como la moral, la cual lógicamente estaría en contra vía de adelantar prácticas reproductivas asistidas, pues esto desvirtuaría por completo el verdadero sentido de la conformación de una familia que según los principios naturalistas es el de la procreación sin utilizar mecanismos asistidos, con la consecuencia que en este caso en concreto de la maternidad subrogada resultaría ilícito tanto la causa como el objeto, lo cual conllevaría a que el contrato no podría nacer a la vida jurídica y que de ser así podría ser plenamente demandado por no cumplir con requisitos mínimos de validez y existencia.



Bajo esta óptica no podría ser viable que se regulara en Colombia la maternidad subrogada y que se pudiera llevar a cabo de manera libre dicha práctica, pues hay de por medio algunos factores que nuestro ordenamiento jurídico con una tendencia naturalista sería imposible de llevar a cabo a través de una ley, una manera lejana sería a través de la jurisprudencia, con una posición por parte de la Corte Constitucional un tanto más menso naturalista y más liberal o más condescendiente con conceptos de derechos de la autonomía de las personas cuya finalidad es la de conformar un hogar pero que por cuestiones meramente fisiológicas les es imposible.



## 5. Referencias Bibliográficas

Álvarez, N. (15 de diciembre de 2015). Babygest. Obtenido de <http://www.babygest.es/mexico/>

Ardila, M., y Bustamante, S. (2020). *Panorama general sobre la maternidad subrogada y análisis de la Propuesta de penalizarla*. Universidad EAFIT. Medellín, Colombia.

Arteta, A. (2011). *Maternidad subrogada*. Revista ciencias biomédicas, vol. 2, núm. 1, pp. 92 – 98. Universidad de Cartagena, Colombia.

Barrera, N. (2017). *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada*. Cuadernos de bioética, 28(2), 153-162.

Bechara, B. (2019). *La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente*. Revista Socio-Jurídicos, 21(2), 135-166.

European Parliament. (25 de Febrero de 2014). Resolution of priorities and outline of a new EU policy framework to fight violence against women 2010/2209 –INI. Estambul.

Flores, J. (2014). Gestación por sustitución: Más cerca de un estatuto jurídico común europeo. *Revista de derecho privado*, 27(2), 71-89.

González, A. (2015). De tumba a útero. *Investigaciones feministas*, 6, 35-59

Jiménez, C., Romero, Y., Londoño, I., y Vásquez, J. (2016). *Análisis de la maternidad subrogada en la legislación colombiana 2009-2015*. Universidad Libre. Bogotá D.C, Colombia.

Juárez, B. (13 de Abril de 2016). Expertos advierten sobre riesgos de la maternidad subrogada. *La Jornada en Línea*.

Leonseguí Guillot, R. (1994). *La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo*. Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 7. Madrid, España.

Levada, W. (2008). *Dignitas personae. Sobre algunas cuestiones de bioética*. Ecclesia LXVIII/3.446. Roma.



López, A., López, M. (2018). *El alquiler del vientre y el delito*. Inciso, 20(2); 1-13.

López, K., y Amado, C. (2014). *Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada*. Revista de Derecho Privado N° 52, ISSN 1909-7794. Universidad de los Andes.

Millán, J., y León, K. (2013). *El futuro de la maternidad subrogada en Colombia: una perspectiva desde las experiencias de España y México*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

Monroy Cabra, M. (2012). *Derecho de familia, infancia y adolescencia*. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá, Colombia.

Montoya, L. (2019). *Maternidad Subrogada: una práctica no reglamentada en el ordenamiento jurídico colombiano*. Universidad Católica de Colombia.

Olavarría, M. (2002). *De la casa al laboratorio. La teoría del parentesco hoy día*. Alteridades, vol. 12, núm. 24, pp. 99 – 116. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa Distrito Federal, México.

Ruiz, R. (2013). *La maternidad subrogada*. Revisión bibliográfica (tesis de pregrado). Universidad de Cantabria, España.



## 5.1 Leyes, Decretos, Sentencias

Corte Constitucional de Colombia. (1999). Sentencia T- 488 de 1999 (MP. Martha Victoria SÁCHICA Méndez).

Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia T- 641 de 2001 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia T- 968 de 2009 (MP. María Victoria Calle Correa).

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 42. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Corte Europea de Derechos Humanos. (2017). *Caso Paradiso y Campanelli v. Italia*. Consejo de Europa. Solicitud N.º 25358/12. Estrasburgo, Francia.

DECRETO NÚMERO 2493 DE 2004. [Ministerio de la protección social]. *Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos*. 04 de agosto de 2004.

Ley 9 de 1979. *Por la cual se dictan Medidas Sanitarias*. 24 de enero de 1979.

Ley 73 de 1988. *Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes y otros usos terapéuticos*. 20 de diciembre de 1988.

