

Bloque de constitucionalidad sobre la maternidad subrogada como método de reproducción asistida en Colombia¹

Jesús David Osorio Mosquera²

Angélica María Londoño Sánchez³

Resumen

Los métodos de reproducción asistida en Colombia se contemplan como procedimiento de “*asistencia científica*”, pero dentro de estos hay una amplia variedad todos tendientes a lograr la procreación para que así el hombre y la mujer puedan hacer ser padres, sin embargo, la debida regulación para cada uno de estos procedimiento en específico el de maternidad subrogada no está debidamente previsto dentro del ordenamiento jurídico vigente, por ello resulta necesario analizar el bloque de constitucionalidad sobre la maternidad subrogada como método de reproducción asistida en Colombia; para llevar a cabo esta investigación se desarrolló una metodología de tipo cualitativa con un enfoque dogmático, donde se hizo un estudio de la Constitución Política y sus principios, la ubicación del criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre este tema, y una indagatoria de los posibles factores que han incidido en la falta de regulación de este método, ya que si bien la maternidad subrogada en el país no está considerada como un práctica ilegal, la realidad es que ante el vacío legal existente se da cabida a situaciones que van en detrimento de principios constitucionales como el de la dignidad humana, la igualdad y no discriminación y el interés superior del niño.

¹ Artículo para optar al grado de Especialista en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, asesora Elvigia Cardona Zuleta.

² Abogado, estudiante de la especialización en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, jesus.osoriamo@amigo.edu.co

³ Abogada, estudiante de la especialización en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, angelica.londonosa@amigo.edu.co

Palabras claves: asistencia científica, constitucionalidad, dignidad humana, maternidad subrogada, métodos de reproducción.

Abstract

Assisted reproduction methods in Colombia are considered as a “scientific assistance” procedure, but within these there is a wide variety all aimed at achieving procreation so that men and women can become parents, however, due regulation For each of these specific procedures, surrogacy is not properly provided for within the current legal system, which is why it is necessary to analyze the constitutionality block on surrogacy as a method of assisted reproduction in Colombia; To carry out this research, a qualitative methodology was developed with a dogmatic approach, where a study of the Political Constitution and its principles was carried out, the location of the jurisprudential criteria of the Constitutional Court on this topic, and an investigation of the possible factors that have influenced the lack of regulation of this method, since although surrogacy in the country is not considered an illegal practice, the reality is that given the existing legal vacuum, there is room for situations that are detrimental to constitutional principles such as human dignity, equality and non-discrimination and the best interests of the child.

Keywords: scientific assistance, constitutionality, human dignity, surrogacy, reproduction methods.

Introducción

La maternidad subrogada ha sido un tema tratado con discreción dentro de todas las sociedades, no siendo la excepción la colombiana y es que efectivamente para el desarrollo de este tipo de reproducción con asistencia científica, se colocan las condiciones económicas y morales, debido al vacío jurídico existente dentro de la legislación nacional que ha traído como consecuencia que no se puedan regular las condiciones sobre las cuales, estará contenido el contrato entre la madre gestante que es quien prestará su vientre para el desarrollo del bebé, y los padres biológicos, quienes serán los que aportarán sus gametos sexuales para lograr la concepción de este y así formar una familia (Nemours TeensHealth, 2023).

De acuerdo al autor Ortega (2017, p.135) la Fundación Colombiana de Parejas Infértiles (Funcopi) citado por el autor Ortega un 25% de las parejas en edades comprendidas

entre los 25 a 35 años buscan ser padres y de ellos el 2% es completamente infértil, lo que representaría un total de dos millones y medio de personas que no pueden concebir de forma natural un hijo, lo que significa que la obligatoriedad de regular la reproducción asistida específicamente en las prácticas aplicadas y por ende reconocidas mundialmente, es urgente sobre todo en la creación de un marco normativo para la maternidad subrogada.

Ahora bien, es necesario entender que la maternidad se define como el acto natural que le pertenece a la progenitora, el cual inicia desde el momento de la concepción, y también desde ese preciso instante adquiere obligaciones y se le deben de garantizar derechos, y dicha maternidad es probada cuando esta haya dado a luz por medios naturales (parto), o de forma quirúrgica (cesárea), lo cual quedará inmediatamente demostrado en el registro de nacimiento que debe de emitir la entidad de salud, en la cual haya nacido el niño a través del certificado de nacido vivo, así mismo, existen pruebas como las fotos, videos y la declaración de testigos que puedan dar fe que el acto se ejecutó; sin embargo, posteriormente se debe de realizar el registro civil de nacimiento ante la autoridad notarial competente, y a partir de este momento queda demostrada la maternidad (Polo & Pérez, 2021, p. 47)

La maternidad subrogada está considerada como un método de reproducción o de “*asistencia científica*”, que se define como el mecanismo para la procreación donde se hace una manipulación de células reproductivas tanto femeninas como masculinas, lo que conlleva que el lugar de la concepción sea distinto al de las Trompas de Falopio, para así lograr el desarrollo de un embarazo; procedimiento que se desencadena como un resultado a múltiples estudios médicos que han demostrado que la mujer no cuenta con una buena calidad de los óvulos o existe malformación en las trompas, y en el caso de los hombres la calidad del esperma no es la más idónea, luego de verificar que de forma natural la concepción se hace imposible (Londoño & Narváez 2021, p. 18)

Ahora bien, luego de ser definida la *asistencia científica*, resulta de suma importancia indicar cuáles métodos están considerados dentro de este tipo de procedimientos; de acuerdo al autor Ortega, V “las técnicas contempladas son: a. Procedimiento por fecundación in vitro; b. La inseminación artificial; c. La maternidad por sustitución” (2017, p. 134)

La fecundación in vitro, se define como el procedimiento de reproducción asistida que consiste en tomar un gran número de ovocitos de la mujer de citoplasma maduro para

luego proceder a fertilizarlos inyectándole directamente los espermatozoides, seguido de esto se hace el cultivo de varios embriones y cuando se estiman médicamente listos, se inicia el método de implantar dichos embriones por medio de transferencia al útero materno (Mata & Vásquez, 2019); así mismo, dentro de la fecundación in vitro se encuentra la modalidad postmortem, la cual consiste en la extracción del semen del hombre luego de fallecido, y se procede con el mismo método de la fecundación in vitro normal (Sánchez, P, Martínez, N & Fernández, E, 2017, p.2)

La inseminación artificial consiste en otra técnica de reproducción asistida, donde efectivamente la pareja no logra la concepción natural a través de la relación sexual, sino que aquí se toma el espermatozoides del hombre y se procede a introducir médicamente dentro de la vagina de la mujer, en la mayoría de los casos esta práctica se desarrolla cuando el hombre presenta impotencia sexual, o la mujer padece secreciones vaginales que generan la neutralización de los espermatozoides impidiendo la concepción (Salame, Carrazana, Cisneros & Terán, 2022, p. 494-495)

Dentro de la maternidad por sustitución, según el autor Marín (2023, p.72-74), se encuentra la subrogación biológica o de tipo genético, el cual consiste que la mujer que desea ser madre aporta su óvulo para que este sea implantado en el útero de otra mujer, quien será la responsable de llevar la gestación del embrión en el transcurso de los nueve meses.

Así mismo, existe la *subrogación plena*, donde la mujer que presta su vientre, también aporta el óvulo contrayendo la obligación de entregar al bebé luego del parto; la *subrogación altruista*, aquí la mujer presta el vientre por caridad o amor; y por último, subrogación *onerosa* donde la mujer que gesta recibe un pago por parte de los padres biológicos a cambio del bebé (Martínez, 2015)

La importancia del desarrollo de este estudio referente la maternidad subrogada radica, en que si bien la Constitución Política de 1991 no habla sobre esta modalidad de reproducción, no es menos cierto que se refiere a la protección de la procreación de los hijos por *asistencia científica*, lo que significa que el Estado reconoce cualquier vía por la cual los padres puedan concebir hijos y así formar una familia, por ello es necesario hacer un análisis del bloque de constitucionalidad sobre la maternidad subrogada como método de reproducción asistida en país, iniciando con el estudio del fundamento constitucional sobre

la familia, los principios y el desarrollo de la maternidad subrogada en Colombia; seguidamente indagar sobre el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional en esta materia y por último describir los factores que posiblemente han incidido en la falta de regulación para la maternidad subrogada en Colombia.

Metodología

Este estudio de investigación fue formulado bajo un paradigma de tipo cualitativo, que se define según Ramírez & Arbesú (2019, párr. 9) como “identificar poblaciones para ser estudiadas y mostrar los efectos inmediatos de ciertos programas en dichas poblaciones. También crean o propician espacios donde los sujetos estudiados (el otro) pueden expresarse (...)”.

A partir del concepto precedente, efectivamente el desarrollo de este trabajo fue de tipo cualitativo, ya que se basó en un estudio detallado sobre la maternidad subrogada en Colombia, partiendo del bloque de constitucionalidad de esta metodología de reproducción asistida, estudiando los principios para luego hacer una indagación del criterio jurisprudencial, y poder determinar ciertamente cuáles han sido las circunstancias que a pesar de tantos años transcurridos, aun el Estado colombiano no ha procedido a legislar en esta materia permitiendo así un gran vacío jurídico que afecta a un grupo poblacional, que se ve involucrado en este tipo de situaciones, lo que trae como consecuencia una desprotección.

El enfoque teórico practicado en esta investigación fue dogmático, el cual se define como el estudio de las leyes vigentes y la utilidad de estas ante la resolución eficaz de los conflictos, por ello a través de la dogmática jurídica se busca examinar el ordenamiento actual, desechando los elementos que sean cuestionables de la ley, porque permitir su presencia puede desnaturalizar la realidad, y es que al examinar los dogmas su finalidad está en demostrar que el marco normativo vigente es cónsono con la necesidad social (Martín, 2023, p. 72-74)

Esta investigación estuvo basada en un estudio de la maternidad subrogada, partiendo del bloque de constitucionalidad, ya que es una realidad social en Colombia la ejecución de este tipo de reproducción asistida científicamente para la concepción de los hijos dentro de la familia, por ello resulta de suma importancia saber si efectivamente la constitución y las demás fuentes que provengan de ella tutelan la existencia de esta modalidad, o si, por el

contrario, existe una situación al margen legal que deje en desatención a este grupo poblacional.

El estudio del enfoque dogmático fue de carácter simple, que se define como el discurso netamente jurídico, que se basa en conocer todos los preceptos legales sobre un tema, y no admite posición en contrario (Pereznieto, 2023, párr.10). Ahora bien, en esta investigación lo que se buscó fue profundizar el estudio en el fundamento constitucional de la familia, para observar si es admitida la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, para luego hacer una indagación del criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la materia, y así determinar si las personas que recurren a este tipo de reproducción asistida son protegidas por la ley.

La estrategia de investigación consistió en una búsqueda pormenorizada de las fuentes referenciales existentes sobre el tema de la maternidad subrogada desde el bloque de la constitucionalidad como un método de reproducción asistida en Colombia, por ello la indagatoria inició en la Constitución Política, específicamente en el articulado que prevé la protección de la familia, para luego pasar a examinar sobre los principios que rigen a esta institución, posteriormente se desarrolló la indagatoria sobre el criterio de la Corte Constitucional sobre la maternidad subrogada, para concluir con una búsqueda a las fuentes doctrinarias que estuvieran referidas sobre esta temática, y así poder plantear los posibles factores que han influido en la falta de legislación sobre la maternidad subrogada en el país.

Toda la indagatoria antes planteada inició en la ubicación de los portales web del Estado, como en la Secretaría del Senado, Corte Constitucional, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para luego proceder a buscar en direcciones URL pertenecientes a universidades nacionales e internacionales, con el fin de ubicar estudios que tuviera relación directa con la temática, así como en portales electrónicos de centros de medicina en el mundo para ubicar definiciones científicas de importancia dentro de esta investigación.

Resulta importante indicar que luego de ubicada toda la información referencial, obligatoriamente se debe de proceder a una organización de la misma, y para ello existen los instrumentos de recolección de la información, que son los mecanismos a través de los cuales los investigadores hacen una ubicación de los textos más importantes, hasta los que son

considerados como secundarios, pero que todos en conjunto son esenciales para el desarrollo del trabajo.

El fichaje electrónico fue el instrumento utilizado dentro de este trabajo, el cual se define como un elemento didáctico para tomar notas con fines investigativos, y es que a través de las fichas el estudiante registra y organiza toda la información que ha consultado por medio de artículos científicos, revistas, libros u otro; con esta técnica se establece una estrategia organizada que posibilita el desarrollo de un trabajo rápido porque facilita un análisis de toda la información (Maturrano & Faustino, 2021, p.68)

De acuerdo al concepto precedente, efectivamente se ejecutaron fichas de carácter electrónico, donde primero se recolectó toda la información consultada en los portales web tanto estatales como privados, nacionales e internacionales, y luego a través del organizador Zotero, se hizo la redacción de la fuente referencial y posterior en documento word se iba diseñando la ficha, colocando apellido e inicial del primer nombre del autor, fecha de publicación, título del artículo consultado, y dirección web o url, para posteriormente hacer una breve reseña de las ideas principales del contenido, y así se procedió a realizar con cada fuente bibliográfica encontrada que guardara extrema relación con la temática a investigar.

Resultados

1.Fundamento constitucional sobre la familia, principios y el desarrollo de la maternidad subrogada en Colombia

La Constitución Política contempla principios que son esenciales para que la debida funcionalidad de las instituciones, son el pilar fundamental del cual se emergen los deberes y derechos de cada ciudadano que resida en el país, constituyéndose así el debida Estado Social de Derecho; partiendo entonces de esta premisa resulta esencial hacer un estudio del fundamento constitucional y sus principios, para así poder indagar sobre el tratamiento de la maternidad subrogada en Colombia.

De conformidad al artículo 42 de la Constitución Política, se consagra el derecho a la familia bajo el siguiente precepto

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 (...) 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 progeneritura responsable (...) (Constitución Política de 1991).

Ahora bien, de acuerdo al artículo precedente el Estado garantiza la protección de la conformación de la familia, y que la existencia misma de esta surge la procreación de los hijos, indicando la Constitución Política que puede ser de forma natural, por la adopción de los hijos o a través de procesos con “*asistencia científica*”, lo que significa que no se limita la reproducción de los hijos, sino que siempre y cuando esta no vaya en contravención de los derechos inherentes al ser humano, y en preservación por sobre todas las cosas de la vida, el Estado estará en la obligación de garantizar la procreación en cualquiera de sus métodos.

La constitución nos hace referencia de la maternidad subrogada, y es que efectivamente esta figura no está prevista dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, hay una protección a los mecanismos que generen la procreación, pudiéndose entonces considerar que hay un tácito reconocimiento a la maternidad por medio del alquiler de vientre, pero inevitablemente este tipo de procreación entra dentro de la *asistencia científica*, porque para que la misma se lleve a cabo requiere obligatoriamente la intervención de la medicina para su fin óptimo, ya que es dentro del útero de la mujer, que se introduce de forma científica el óvulo y el espermatozoide, previamente tratados para que el embrión pueda debidamente desarrollarse dentro de este vientre que le pertenece a un tercero.

1.1 Principio de la dignidad humana

El artículo 1 constitucional refiere que el Estado colombiano es social de derecho, organizado como una república fundamentándose en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, la solidaridad de las personas y donde tendrá relevancia el interés general (Constitución Política de 1991); resulta importante hacer mención del principio referente a la dignidad humana, el cual se define como el respeto a los derechos que son inherentes a la persona, y por ello el Estado está obligado de garantizar el valor del individuos como seres humanos, tutelando la protección de sus derechos fundamentales como la vida, la libertad, y para que esto suceda se debe de garantizar el principio de igualdad, de la integridad personal, así como la preservación de la familia sin ningún tipo de distingo.

Según el autor Delgado, la dignidad humana se define como el reconocimiento propio que se le hace al ser humano a que se le deben unas exigencias, y que estas se traducen en los derechos que le asisten, que son innegociables; la dignidad humana es la base en la que se fundamentan los derechos humanos, los cuales están diseñados para tutelar todo tipo de pretensión moral y personal de cada ciudadano, obligando al Estado a generar la protección de la autonomía del individuo, su seguridad, la igualdad ante la ley, la libertad y la solidaridad (2018, p. 181)

Este principio parte de la propia naturaleza del hombre el cual exige que el trato hacia este tiene que ser digno, y por ello se obliga al Estado garantizar los mecanismos que procuren la igualdad y el respeto, así como el reconocimiento de la autodeterminación y disfrute de bienes intangibles que pertenecen a la misma existencia (Velasco, 2013, p.14)

1.2 Principio de protección a las personas y no discriminación

De conformidad al artículo 2 de la Constitución Política de 1991, se establece que uno de los fines esenciales del Estado es los derechos de las personas, y en razón de ello las autoridades de la república deben de generar protección a la vida, honra, creencias y demás derechos a todas las personas que residan en el país, para así cumplir con los deberes sociales del Estado (Constitución Política de 1991)

A partir del artículo precedente, es importante hacer mención del artículo 43 de la carta magna, el cual establece que es obligación del Estado la protección de la mujer, la cual no podrá ser sometida a ningún tipo de trato discriminatorio, así mismo, se garantizará su especial cuidado en el tiempo que esta se encuentre en embarazo y posterior a este.

En este orden de ideas, es conveniente entonces indicar que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, hace la consideración que la maternidad subrogada, como un acto reproductivo igual que cualquier otro, porque genera el nacimiento de un niño, solo que aquí media entre la madre gestante y los dueños del material biológico que permitió la concepción un pacto o contrato, donde esta mujer se compromete a ceder todos los derechos sobre ese niño, a la otra mujer que fungirá como madre de este y quien ha aportado el material biológico necesario para la procreación de niño; aquí quien alquila su vientre se compromete a llevar un embarazo común a término, donde su obligación se centra en hacer cuidado de sí misma para que su cuerpo pueda funcionar de forma idónea para el desarrollo del embrión dentro

del útero, pero sus derechos sobre el niño cesan desde el momento del nacimiento (ICBF, 2020, p.3)

Resulta importante resaltar que la maternidad subrogada es un mecanismo de reproducción asistida, que debe de garantizar los derechos humanos de las madres gestantes, así como del bebé, porque en muchos casos en estos contratos se hace presente la explotación en perjuicio de dicha mujer quien puede ser coaccionada, o es sometida bajo esta modalidad bajo engaño (Unicef, 2022, p.1-2)

1.2.1 Interés Superior del Niño

El artículo 44 constitucional consagra el interés superior del niño, y es el compromiso del Estado colombiano en preservar el derecho a la vida, la libertad, la integridad física, su salud mental y física, la seguridad social y su alimentación, obligaciones esenciales que se deben de garantizar a favor de los niños y niñas en todo el territorio de la república; así mismo, el referido artículo establece que tendrán derecho a gozar de una familia, y que esta le brinde el respeto, el amor, la educación, la cultura y todo el sustento económico que sea necesario para su debido desarrollo, y por sobre todas las cosas el Estado se compromete en su firme protección de que los niños no sean separados de la familia (Constitución Política de 1991) El interés superior del niño, debe ser la garantía de que todas las decisiones que sean tomadas sobre este, las cuales garantizarán el bienestar integral, y pleno goce de sus derechos (Defensoría de la Niñez, 2023, párr.1)

En tutela del interés superior del niño, la Organización de las Naciones Unidas promulgó una cantidad de principios que van en íntegra protección de los derechos que asisten a los niños, entre ellos el *principio IV*, indica que para que los niños puedan tener un pleno desarrollo físico y emocional, y por ello completo de su personalidad, debe de crecer en un ambiente lleno de amor, protección y comprensión, el cual tendrán la obligación los padres de proveerlo, quienes también deben de garantizarle a los niños un ambiente sano que les dé afecto, sustento social y económico, así mismo, el niño en sus primeros años de desarrollo no deberá ser separado de su madre (Declaración de los derechos del niño de 1959)

En este mismo orden de ideas, para el año de 1989 fue celebrada la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por Colombia en el año de 1991, aquí se garantiza a favor de los niños de conformidad al artículo 7 el derecho de tener una nacionalidad, un nombre, y

de conocer y ser protegido por sus padres; de conformidad al artículo 9 de la misma convención se estableció que los niños no podrán ser separados de sus padres, bajo excepciones cuando le generen beneficio al infante en salvaguarda de su protección y debe de ser por medio de una decisión judicial (Convención de los Derechos del Niño, 1989, párr. art. 7)

Dentro de las obligaciones que debe de cumplir el Estado para tutelar el interés superior del niño, se encuentran: a. Generar las condiciones propias para el debido desarrollo tanto físico como psicológico del niño; b. La protección del niño ante riesgos de carácter prohibido o situaciones que vayan en contra de sus derechos fundamentales; c. La debida proporción entre los derechos del niño y de los padres, entendiendo siempre que ante conflicto prevalecen los intereses del infante (Cadavid & Becerra, 2023, p. 19)

Ahora bien, es importante indicar que de acuerdo a la Organización de las Naciones Unidas, en un informe presentado por Maud de Boer, relatadora especial de dicho organismo, ha indicado que la maternidad subrogada si bien es una práctica aplicada en todos los países del mundo, que genera el crecimiento poblacional, también obligatoriamente debe de ser estrictamente regulada dentro de los Estados, ya que perjudica gravemente tanto a la madre que gesta como a los niños producto del contrato, y es que se sabe que es una modalidad que cada país tiene, más en muchos se admite y se ha regulado, pero hay otros donde sabe que existe y se lleva a cabo por acuerdos altruistas o económicos, pero la legislación aún no la ha regulado. Aquí lo grave es que, si no hay regulación, si los países no toman interés en legislar sobre la materia, día a día se genera un comercio en una modalidad no regulada que arrastra a los niños, y es que la creación de centros para la gestación cada vez es mayor a nivel mundial, ya que estos dependen de la demanda, pero la patria potestad pasa a ser un contrato donde no hay una debida regulación de las obligaciones impuestas a la gestante, ni tampoco para los padres (Naciones Unidas, 2018, párr.2,3,4)

La situación más difícil que se presenta actualmente con la falta de regulación de la maternidad subrogada, es que las madres prestadoras del servicio vienen de países con altos índices de pobreza como Nepal, India o Tailandia, mientras que las madres contratantes del servicio son de países con altas capacidades económicas como Canadá, Australia, Alemania o Francia, y entonces luego de proceder a realizar el contrato se trasladan a un tercer país,

que funge de criadero donde no existe una legislación que regule la materia y por ello facilita la práctica de la maternidad subrogada, convirtiéndose en una situación de comercialización de niños y una forma de explotación de las mujeres (Naciones Unidas, 2018, párr.2,3,4)

1.3 Código Civil

El artículo 335 del Código Civil, indica que la maternidad se entenderá como el hecho de que una mujer, sea la verdadera madre del niño, y que esta filiación podrá ser impugnada, solo cuando quede demostrado que ha existido un parto falso de quien se acredita la maternidad, o que ha suplantado con un hijo falso al que es verdadero (Código Civil). De acuerdo a este artículo, la maternidad solo estará conferida para la mujer que pueda demostrar ser la madre del niño a través del parto, o que pueda a través de la documentación que en este caso sería el registro civil de nacimiento que dicho niño le pertenece.

Sobre la filiación materna, la Corte Constitucional, en sentencia C258-15 de fecha 06 de mayo de 2015, ha indicado que uno de los elementos esenciales es que la mujer haya dado a luz un ser humano, como base para entonces establecer el vínculo entre madre e hijo; sin embargo, la misma Corte refiere sobre esta materia que lo relacionado con las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia, necesitan una regulación urgente, toda vez que de las mismas también se desprende vinculación materna (Corte Constitucional, 2015)

De conformidad al artículo precedente el Código Civil no hace reconocimiento de la maternidad subrogada, aquí solo se establece a la filiación por el parto; según los autores Becerra & Mejía bajo el contrato de maternidad subrogada, la filiación surge por la obligación jurídica, no por el parto ejecutado, donde previo acuerdo de voluntades solo hay una mujer gestante, que se compromete a llevar el embarazo en feliz término, y con ello tener el control de las emociones y vínculos afectivos que se pudieran generar en el transcurso de la gestación de hacerle suponer su derecho como madre sobre el niño, y otra mujer que en el momento del parto recibe al niño, y asume las obligaciones legales y afectivas como madre (2022, p. 6)

La filiación en la maternidad subrogada surge con el consentimiento expreso que hagan los padres cuando deciden implementar este método, ya que hay casos donde estos donan sus gametos sexuales, otros donde la mujer que alquila o presta su vientre también dona sus óvulos y lo hace como “*donante anónimo*”, así que la determinación legal de la

filiación solo dependerá de la voluntad específicamente de la madre (Becerra & Mejía, 2022, p.4)

1.4 Realidad de la contratación por maternidad subrogada en Colombia

De acuerdo a los investigadores Pacheco, Monsalve, & Torregrosa (2020, p. 142) el tipo de contrato que se ejecuta en Colombia, para llevar a cabo la reproducción asistida a través de la maternidad subrogada, es un acto donde se da nacimiento a un niño, el cual ha sido gestado por una tercera persona (mujer que presta su vientre), y que se compromete a entregar al bebé en el momento de dar a luz y por ello cede sus derechos de madre, a otra mujer que a partir de ese instante adquiere los derechos y obligaciones sobre el niño gestado.

En este orden de ideas, de acuerdo a los autores Pacheco, Monsalve & Torregrosa (2020, p. 142) la contratación para la maternidad subrogada presenta las siguientes características:

1. Es un contrato atípico o innominado, ya que no está debidamente previsto en la legislación nacional, y aquí se ejecuta un acuerdo de voluntades entre las partes.
2. Se ceden los derechos del niño, a favor de los subrogantes a partir del certificado de nacido vivo, donde se sustituye el nombre de la gestante, por la madre biológica.
3. Puede ser un contrato celebrado de forma escrita o en ocasiones verbal.
4. Debe de establecer la obligación de la mujer gestante de entrega del niño.
5. El objeto del contrato es el alquiler de un vientre para que albergue la gestación de un niño, para ello la mujer gestante debe de ser hábil mental y físicamente.
6. La licitud de la causa, es un tema que aún la doctrina en Colombia deja en entredicho, ya que hay posiciones que estiman que este tipo de maternidad va en contra de los principios de la familia y la moral, y hay quienes estiman su licitud porque va en concordancia con las garantías constitucionales, del derecho a la procreación.
7. Contrato que se gestiona bajo un objeto lícito, que es la fuerza biológica que tiene la gestante para poder albergar al bebé en un vientre, denominándose “*gestación de vida humana por sustitución de vientre*”.
8. Es un contrato de carácter bilateral, ya que la madre gestante, como los padres biológicos, tienen obligaciones; b. Gratuito; c. Su ejecución es de manera instantánea;

d. Es conmutativo, puesto que las partes se obligan a hacer; e. De carácter principal, porque es ejecutado sin esperar una contraprestación; f. Consensual (2020, p.145)

Contrato por “*gestación de vida humana por sustitución de vientre*”, sería entonces la denominación más ajustada de acuerdo a la doctrina para referir las obligaciones, que se generan entre las partes al momento de acordar la gestación de un niño, a través de un vientre en alquiler; no obstante, resulta urgente que el legislador proceda a regular esta modalidad de reproducción asistida por intermedio de la ciencia, y más cuando la Constitución Política establece en el artículo 42 la protección a la procreación dentro de la familia, por cualquier medio idóneo que les permita alcanzar tal fin (Pacheco, Monsalve & Torregrosa, 2020, p.145)

Ahora bien, a criterio de quienes realizan esta investigación la debida regularización de esta modalidad de maternidad es de suma importancia, porque igual así exista un contrato entre las partes hay circunstancias que se presentan al momento del nacimiento del bebé, que al no estar debidamente estipulada esta condición, el vacío jurídico puede dar inicio a situaciones de irregularidad tales como, la identificación de la madre en el certificado de nacido vivo del niño, aquí obligatoriamente es la autoridad médica quien debe dejar constancia del nombre de la madre, la persona que ha dado a luz al bebé, al momento que se hace el cambio de nombre entonces existiría una suplantación de persona.

En este mismo orden de ideas, si se genera la suplantación de nombres efectivamente se estaría ante una situación completamente irregular, y si, por el contrario, se procede al registro de la madre que dio a luz al bebé, entonces se tendría que dar inicio a un proceso de adopción para así lograr cambiar los apellidos del niño a los correspondientes de los padres que contrataron el vientre, y es que no puede ser admisible que el Estado estime que se haga cumplimiento solo a la voluntad de las partes, cuando perfectamente estas pueden variar, sin existir cláusula que jurídicamente genere penalidad en el momento que uno de estos no cumpla con lo preestablecido con anterioridad, y además de ello no se puede continuar con una conducta negligente por parte del mismo Estado, con relación a las responsabilidades que adquieren los profesionales de la salud, cuando les sea presentado un contrato particular, obligándoles a desobedecer su código de ética en el ejercicio de la profesión.

Es importante hacer mención también, que el establecimiento de la filiación dentro de la maternidad subrogada es necesario que el Estado proceda a regular porque luego de nacido

el bebé establecer dicha filiación supone un reto, ya que con los grandes vacíos jurídicos, como hacer si hay una parte que son los padres biológicos quienes han aportado las células de carácter sexual para que ser inseminadas en el vientre de la mujer que será quien va a desarrollar la gestación de dicho bebé pasando a ser esta la otra parte considerada por la ley vigente como la verdadera madre biológica (Becerra & Mejía, 2022, p. 4)

Efectivamente, el Estado tiene que garantizar el reconocimiento y por ende la protección de todo tipo de método destinado a la procreación, pero también es deber de este reglamentar hasta qué límites se pueden ejecutar dichos métodos, porque de un acuerdo de voluntades, donde hay una parte que está deseosa de poder ser padres, y hay otra que presta su vientre en la mayoría de los casos por necesidad económica, se pueden generar situaciones que vayan en contravención de los derechos propios de cada persona, y también en vulneración a los derechos del niño, desde el mismo momento donde este es separado de quien se ha prestado bajo contrato a su gestación.

2. Criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con la maternidad subrogada.

Resulta importante conocer el criterio que ha fijado la Corte Constitucional en materia de maternidad subrogada, y es que este tipo de método de reproducción asistida es una realidad que ocurre en Colombia, por ello resulta pertinente estudiar las motivaciones proferidas por esta máxima para que sean consideradas, ya que la importancia que tiene la jurisprudencia es lograr la unificación de varios criterios u opiniones que versan sobre una ley para así hacer uso de la que mejor se adapte a la situación, o en otros casos dar visibilidad a situaciones que han vuelto costumbre y que necesariamente ameritan ser legisladas.

2.1. Sentencia T968-09

La Corte Constitucional, sentencia T-968-09, expediente T-2220700 de fecha 18 de diciembre de 2009, con ponencia de la Magistrada María Calle Correa, se planteó el caso de los señores Salomón, un ciudadano de nacionalidad americana y Saraí de nacionalidad colombiana, quien fue abordada por un profesional de la medicina, para que esta alquilara su vientre a los señores Salomón y Raquel, los cuales querían tener un hijo; en el inicio del acuerdo el matrimonio aportaría los óvulos de Raquel y el espermatozoides de Salomón, a cambio le darían una mensualidad a Saraí para su manutención, y en el momento del parto, le pagarían

una alta suma de dinero; pero resultó que Saraí no logró gestar al niño, posteriormente Salomón inició una relación más íntima con la mujer de nacionalidad colombiana, porque él quería ser padre, con el convenio que si esta quedaba en embarazo él no le quitaría al niño, sin embargo, ella no lograba salir en estado de gravidez, versión la cual fue negada por Salomón ante la autoridad judicial, acreditando el médico tratante que a su centro asistencial acudieron el referido señor en compañía de Saraí, a los fines de hacer una reproducción asistida, y en razón de ello incubaron cuatro embriones a la señora, quedando esta en gestación de mellizos, quienes nacieron en Colombia. Saraí al momento del parto procedió al registro de los niños con sus apellidos, inobservando completamente al padre, quien alegaba que ella había incumplido el contrato, por el cual ya le había dado una alta suma de dinero.

Resalta la Corte primero, que el interés superior del niño es un derecho real, y por tal razón debe ser garantizado por todas las instituciones del Estado, siendo los elementos necesarios a tutelar estos derechos: a. La garantía del desarrollo integral del menor; b. Garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los niños; c. La protección de los niños a los riesgos prohibidos, como el consumo de drogas, alcohol, la explotación sexual, la venta, el secuestro, entre otros; d. El equilibrio entre los derechos del niño y de los padres, prevaleciendo ante todo los que asisten al niño. Así mismo, resaltó la sala que en garantía del artículo 44 constitucional no es posible desprender al niño de una verdadera familia biológica, al menos que quede en verdad demostrada que esta no es apta para la crianza, y desarrollo del infante dentro de las garantías que la misma carta magna establece a favor de ellos, de no existir esta situación no hay razón válida que desnaturalice la conformación de la familia y su nexo con el niño, siendo que las únicas razones posibles que pudieran romper este vínculo es cuando exista extrema pobreza que coloque en riesgo al niño, o cuando haya violencia o circunstancias de abandono (Corte Constitucional, 2009)

La Corte Constitucional en esta sentencia aclara que la práctica de la maternidad subrogada es una actividad que cada día adquiere más auge, a pesar de ello, la misma no está reglamentada, y por tal razón su procedibilidad no se hace de manera abierta, existen centros que pueden colaborar a la reproducción asistida, pero en ningún caso se obliga a las partes a llegar a contratos de tipo oneroso; precisando que es el vacío legislativo lo que ha provocado

situaciones violatorias en contra de los derechos de los niños, considerando la Corte Constitucional, la urgencia de reglamentar las condiciones de este tipo de prácticas bajo los siguientes aspectos:

1. Que esté demostrado que la mujer tiene imposibilidad fisiológica para concebir.
2. Que los gametos necesarios para la concepción en ningún momento pertenezcan a la mujer gestante.
3. Que la mujer que presta su vientre no persiga un fin económico, que solo lo haga por ayuda.
4. La obligatoriedad en la mujer gestante de ya haber tenido hijos, que esta se encuentre en adecuadas condiciones físicas y psicológicas.
5. Que la mujer gestante se someta a un control por el embarazo con los especialistas y también a tratamiento psicológico durante y después del parto.
6. Que no exista retracto por parte de la mujer gestante luego de firmado el contrato, y de haber sido practicado en su cuerpo el procedimiento médico.
7. Impedimento a los padres biológicos, de rechazar al niño luego de practicado el procedimiento.
8. Ante la muerte de los padres biológicos, la garantía de que el niño no va a quedar desprotegido.
9. Prohibición a la mujer gestante de interrumpir el embarazo, solo podrá hacerlo bajo condición médica.
10. Preservación de la identidad de las partes involucradas (Corte Constitucional, 2009)

2.2. Sentencia T-377-18

Corte Constitucional, sentencia T377-18, expediente de tutela T6067-214 de fecha 17 de septiembre de 2018 con ponencia del Magistrado Alberto Rojas, con referencia del caso de la señora Yenny quien instauró tutela en contra Asociación Indígena del Cauca EPS, la cual se negó de prestar sus servicios para practicarle una fecundación in vitro, en virtud que la accionante padecía una patología que le impedía de forma natural poder quedar en estado de gravidez, a razón de un embarazo ectópico que generó la extirpación de sus Trompas de Falopio; ahora bien, la Corte resalta que hay procedimientos como la fecundación in vitro, que no están previstos como metodologías para la fertilidad con el fin de regenerar la salud

de la paciente, sino que son una alternativa que se plantea para que la mujer solo pueda satisfacer sus deseos de ser madre (Corte Constitucional, 2018)

En ese mismo orden de ideas, la Corte Constitucional considera que cuando la mujer desea ser madre, y debido a un procedimiento quirúrgico no puede concebir, no pasa a ser obligación del Estado garantizar su derecho a la maternidad por medio de la fecundación in vitro, cuando la realidad es que el Estado también ha diseñado la posibilidad de la maternidad por adopción, en razón de ello

Es importante resaltar que en la reproducción asistida será negada cuando ocurra alguna de estas circunstancias:

1. Sea un proceso que lo único que busca es la reproducción, no restablecer la salud en la mujer;

2. No es deber del Estado diseñar y generar procedimientos científicos que permitan que la mujer sea madre, lo que sí es su deber es garantizarle todos los derechos a la mujer cuando esta se encuentra en embarazo.

3. La mujer declarada infértil científicamente, puede perfectamente bien ser madre a través de la adopción;

4. Los fondos de la seguridad social de salud, están concebidos para los tratamientos de patologías de importancia, con el fin de garantizar la vida de la persona, no para suplir las necesidades de las mujeres para ser madres; indica también la Corte que ante estas circunstancias pueden existir excepciones, y todas estas tendrán cabida a prestar tratamiento científico de procreación, cuando a consecuencia de la infertilidad de la mujer se generen patologías que coloquen en grave peligro su vida, o que la infertilidad sea consecuencia de una manifiesta violación de sus derechos fundamentales (Corte Constitucional, 2018)

2.3. Sentencia T-275-22

La Corte Constitucional en sentencia T-275-22, expediente T-8585-986 de fecha 01 de agosto de 2022, con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo, refiere que el señor Mauricio acudió ante la EPS a los fines de solicitar la licencia por paternidad, por el mismo tiempo que es concedido a las madres, por cuanto se había convertido en padre de acuerdo a gestación subrogada, y que él tenía entonces la responsabilidad como padre único y cabeza de familia, por tal razón ameritaba que su licencia fuera por dieciocho semanas, lo cual fue

negado por la EPS, otorgando licencia solo por catorce semanas; el referido ciudadano en la oportunidad correspondiente requirió los servicios de fecundación ante un ente de salud competente, para que fueran ubicados unos óvulos donantes para una fertilización in vitro, y posteriormente celebró un contrato de maternidad subrogada con una mujer, para que esta gestara a su hijo durante todo el embarazo, sin ningún tipo de vínculo genético con el infante; la gestante Lorena en el año 2021 dio a luz a una niña la cual quedó en el certificado de nacimiento con el nombre del señor Mauricio (Corte Constitucional, 2022).

La EPS niega la licencia al padre por dieciocho semanas, indicando que esta solo le corresponde a la mujer, y es la licencia de maternidad, que sin importar que el señor Mauricio haya recurrido a la gestación subrogada, ese derecho igual no le compete, ya que la licencia solo puede ser adjudicada a la madre biológica del niño (Corte Constitucional, 2022)

La Corte Constitucional en un análisis detallado en el caso, y ante la interrogante de si existió violación del derecho al mínimo vital, a la igualdad, a la familia, al derecho a la vida en condiciones dignas, todos estos violentados al señor Mauricio y a su hija, por parte de la EPS Sanitas que negó la extensión de la licencia por 18 semanas; indica que primero existe un gran vacío legal en materia de regularización de la reproducción asistida, siendo necesaria también la inclusión de estas técnicas dentro del sistema de salud, destacando que la Corte Constitucional que lleva más de doce años advirtiendo al Congreso de la República la necesidad de que legisle en materia de maternidad subrogada, fertilización in vitro, y todas las demás técnicas de reproducción asistida que existan (Corte Constitucional, 2022)

Ahora bien, la Corte es muy clara al indicar que las licencias de paternidad y maternidad de carácter laboral no son un capricho o premio que se le otorga al trabajador, sino que están concebidas para afianzar los vínculos paternos con el hijo, y el desarrollo integral del niño, como elemento esencial dentro del concepto de familia, y también además de garantizar la protección de los niños, son una tutela de los derechos fundamentales de los padres, que han decido procrear; además resalta la Corte, que la extensión de la licencia de paternidad es válida en situaciones en las cuales el padre queda en soledad al cuidado del niño, entiendo dicha situación como la ausencia temporal o permanente de la madre; en el caso de la maternidad subrogada, el padre ha alquilado un vientre, para que este solo sirva para la gestación del niño, pero al momento del nacimiento no existe una madre biológica, y

por tal razón de forma excepcional la extensión de la licencia de paternidad tiene que ser admitida a todo padre que ha decidido ser progenitor en soledad por ausencia absoluta de una madre (Corte Constitucional, 2022)

La Corte Constitucional ha fijado criterio en materia de maternidad subrogada, como una de las modalidades concebidas dentro de las técnicas de reproducción asistidas, siendo importante resaltar lo siguiente:

1. A pesar de no existir una legislación que regule la maternidad subrogada, la Corte Constitucional reconoce que es una práctica para la procreación que a medida que ha ido transcurriendo el tiempo ha tenido más auge, y por ello desde hace más de doce años ha indicado al Congreso de la República la urgencia de que se legisle sobre la materia.
2. Al no existir una regularización de la modalidad de contrato que debe ser implementado entre las partes para acordar la maternidad subrogada, se entiende como un consenso de voluntades, sin embargo, hasta el momento la legislación aplicable, partiendo de lo previsto en el artículo 44 de la Constitución Política, tutela el derecho inviolable de la maternidad a la madre biológica del niño, lo que significa que si esta en el momento del parto, decide no hacer entrega del niño no se le puede privar de su derecho sobre el infante, sin existir en verdad una causa justificada.
3. La situación de pobreza de la madre biológica, no es una causal suficiente para privarla de la patria potestad sobre el niño que ha gestado, porque para ello el Estado está en la obligación de prestar asistencia económica a favor de las madres, cuando estén en situación económica desfavorable.
4. El Estado está en la obligación de proteger los mecanismos de reproducción asistida, cuando la infertilidad de la mujer venga como consecuencia de una vulneración de los derechos fundamentales, o que dicha infertilidad coloque en riesgo su vida, o se genere a consecuencia de una patología ya existente, de lo contrario el Estado no se obliga a garantizar mecanismos alternativos para que una mujer solo pueda cumplir su deseo de ser madre, porque para ello existe la adopción.
5. Es posible que, a través de maternidad subrogada, un hombre pueda ser padre, y a partir de ello optar a la crianza del niño en soledad, y es que hay una falta absoluta de la madre, por una situación que, si bien no cuenta con una normativa especializada que la

regule, la Constitución Política, garantiza los derechos fundamentales de la vida, de la integridad, y con ellos la solidaridad, la igualdad y preservación de la integridad personal (Corte Constitucional, 2022)

El criterio de la Corte Constitucional efectivamente determina que la maternidad subrogada si bien no ha sido legislada hasta la presente fecha, se reconoce como una práctica dentro de los mecanismos de reproducción asistida, y lo que es aún más importante es que deja muy claro que la tutela de los derechos del niño le pertenecen a la madre biológica, reconociendo a esta como la mujer que ha albergado al infante durante todo el proceso de la gestación, pudiendo ocurrir que si al momento del parto ella decide no hacer entrega de este, la existencia de un incumplimiento de contrato es negada debido a que la maternidad subrogada al no estar debidamente legislada, es solo un acuerdo de voluntades que puede variar en el transcurso del tiempo.

3. Factores que posiblemente incidan en la falta de regulación de la maternidad subrogada en Colombia

3.1 Factor ético

La maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades atenta plenamente en contra la ética del buen proceder y de la tutela a la dignidad humana, ya que aquí se estaría admitiendo a la mujer como una “*incubadora de humanos*” para así ofrecer un hijo a otros, además que plantea la obligación de los médicos a ir en contra de su deontología (Núñez, R, 2023, p. 6) Entendiéndose por deontología médica los principios y reglas de carácter ético, que rigen el actuar del profesional de la salud dentro de un grupo de normas que autorregulan su ejercicio, sin importar las opiniones y juicios que emiten los particulares (Colegio de Médicos de Bizkaia, 2023, párr.1)

Así mismo, dentro de esta práctica se coloca en juego aspectos emocionales o psicodinámicos, donde en el momento del postparto separar a la madre de su hijo significaría entrar en duelo, o pensamientos confusión que le impedirían entregar al niño (Paloma, 2022, p.15)

3.2 El factor instrumentalizador del cuerpo de la mujer

Con la ejecución de la maternidad subrogada, instrumentalizar el cuerpo se define como la explotación de carácter reproductivo de la mujer y por tal razón sexual, ya que se reconoce

como un hecho que genera violencia donde se le da un valor al cuerpo para que genere un fin que es el parto de un bebé (Observatorio Violencia, 2023, párr.4)

La posible instrumentalización del cuerpo de la mujer, ha sido un factor determinante para la carente legislación colombiana en la regulación de la maternidad subrogada; el autor Romero (2019, párr.9) indica que la madre gestante tiene la mayor implicación en este tipo de contratos, porque para la celebración de los acuerdos, estos se hacen sobre cosas, pero en el caso de este tipo de reproducción asistida científicamente, el objeto de la contratación quieran o no recae sobre el propio ser humano, más específicamente sobre el cuerpo de la mujer el cual debe desarrollar la gestación del niño durante los nueve meses, lo que éticamente también es contraproducente porque las implicaciones emocionales de esta mujer no son ponderadas dentro del contrato, siendo que la realidad es que esta experimenta un sufrimiento al momento del parto por el dolor natural del procedimiento quirúrgico, pero también la impotencia, tristeza, ira por tener que entregar al niño, con el cual de una u otra forma generó vínculos afectivos.

La maternidad subrogada es básicamente una violación flagrante a la dignidad humana de la mujer, porque su cuerpo queda íntegramente sometido a un contrato, como si fuera un objeto del cual se le va a sacar un provecho, en el caso concreto la gestación de un niño, y es que el útero de la mujer pasa a cumplir las funciones de una incubadora por nueve meses de un infante el cual no será suyo, ya que en el momento del parto le será arrancado, entonces el espíritu del contrato es la mujer un objeto de incubación y el producto obtenido un niño (Romero, 2019, párr.9)

3.3. Factor mercantilista de la filiación

La maternidad subrogada es un método que no puede admitirse, porque atentan contra el artículo 1 constitucional, donde la mamá es una máquina de hacer niños, y el bebé un objeto de compra y venta dentro del mercado social (Reyes, 2023, p. 28)

La distorsionada visión de la maternidad, lleva entonces a que sean establecidas condiciones económicas por medio de un contrato para generar la filiación, toda vez que la madre gestante en el momento del parto queda obligada a entregar al niño, el cual pasa inmediatamente a los padres biológicos que han obtenido el producto por el cual en la mayoría de los casos han pagado grandes sumas de dinero, y a partir de allí se genera el

registro civil de nacimiento correspondiente del infante, donde se le prohíbe cualquier tipo de oportunidad a la madre gestante de saber sobre el niño, y a su vez a este se le violenta su derecho a la protección, y a no ser separado del vínculo materno, ya que existe un contrato de por medio, que priva en absoluto de los derechos que por naturaleza le pertenecen al niño (Romero 2019, párr.9).

3.4. Factor penalizador

El artículo 238 del Código Penal, establece:

“... Artículo 239: *Supresión, alteración o suposición del estado civil.* El que suprima o altere el estado civil de una persona, o haga inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo o que no existe, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años...” (Código Penal)

De acuerdo al artículo precedente, se entiende que inscribir en el registro civil a una persona, que sabe que no es su hijo, se considera delito, ya que este acto va en vulneración de los derechos del niño a su dignidad, nombre, vocación patrimonial por herencia, otros (Álvarez, 2016, párr.3-4)

La maternidad subrogada onerosa, que es la que se realiza en la mayoría de los casos, debe de ser una acción penalizada, donde el bien jurídico tutelado por el Estado sería la propia filiación (Rodríguez, 2023, p.5)

La realidad es que en Colombia no existe una normativa que dé amplitud a la aplicación de la maternidad subrogada, no obstante, la Constitución Política garantiza la protección de la reproducción a través de *asistencia científica*, pero sin ahondar bien en detalle a que está relacionada la misma; ahora bien, el Código Penal sí contempla en el artículo 238 la sanción para la supresión, alteración o suposición del estado civil, lo que indica que para que un individuo incurra en alteración o supresión del estado civil, tiene que haber un objeto material que pueda generar la modificación en el cambio jurídico del estado civil; y para que exista suposición es por medio de la falsificación del documento que registra la condición civil de la persona (Beetar, 2018, párr. 3)

De acuerdo a lo indicado por el autor, efectivamente en la situación de la maternidad subrogada, el que los padres biológicos incurran en una supresión de la condición civil del niño, es completamente factible, toda vez que a partir del contrato en el cual la madre gestante

queda obligada a entregar al niño en el momento del parto, esto condiciona entonces a que el certificado del nacido vivo se proceda a suprimir el nombre de la madre gestante, por el de la madre biológica, y a partir de allí con ello acuda ante la autoridad notarial competente y se realice el registro civil de nacimiento del niño, con un nombre distinto al de la mujer que realizó el trabajo de parto; siendo este un factor determinante del porqué el Estado después de tantos años aún no ha procedido a legislar en materia de maternidad subrogada, porque para ello obligatoriamente también tendría que implementar modificación en este tipo penal.

3.5 Factor de desigualdad

La desigualdad de garantía de derecho en la maternidad subrogada es algo evidente, y se demuestra porque mientras la medicina presupone innumerables avances, en la mayoría de los casos generan una alteración en los principios morales de la sociedad, en el caso concreto a través de este método de reproducción asistida el Estado principalmente busca es garantizar el derecho de la familia; ahora bien, según el autor Arévalo (2016, p. 14) la maternidad subrogada es un mecanismo sin lugar a dudas de amplia mercantilización, que se genera por el aprovechamiento de la situación de desigualdad que existe aquí, ya que la posición moralmente reprochable hacia la mujer que presta su vientre para gestar un hijo el cual luego debe de entregar, es una situación que le afecta de manera emocional, pero a ello hay que sumarle que pocas mujeres hacen una labor altruista, sino que aceptan el contrato para prestar el servicio por necesidades económicas; otra posición de desigualdad de derechos se presenta sobre el niño, quien en muchos países puede observarse como una mercancía, resultado de un contrato a través de la prestación de un servicio, entonces la desigualdad de protección de derechos sobre la mujer gestante y el niño es inminente, en relación con los derechos que pudieran asistirle a los padres biológicos.

3.6. Factor de sometimiento y sumisión

Según la autora Guerra (2019, p. 45) en la actualidad el negocio de la maternidad subrogada se ha convertido en una práctica común, pero que por supuesto debe ser tratado como un secreto a voces, para evitar el rechazo social, entonces los centros dedicados a este tipo de reproducción asistida, buscan madres “*vicarias*” lo que significa que no den problema, que sean obedientes, que no pregunten, sino que accedan a someterse a todos los tratamientos médicos que se necesiten, y bajo ese secretismo es donde se pasa a manipular el

cuerpo de la mujer de manera inescrupulosa cual objeto de dinero violentando los derechos humanos de esta. La maternidad subrogada es un negocio que solo lo manipulan las personas de poder económico, donde se demuestra que la medicina y los avances de la ciencia se venden al mejor postor, mientras más dinero exista no importa el perjuicio que se ocasione, solo se espera obtener una buena ganancia, y en el caso de la maternidad subrogada el cuerpo de la mujer es el instrumento que genera ganancias a la ciencia y placer a los adinerados que desean ser padres.

Ahora bien, el autor Moreno (2023, p.6,11) indica que en Colombia la maternidad subrogada deviene de un contrato de acuerdo de voluntades, pero que obligatoriamente debe de cumplir un fin altruista, ya que de acuerdo a lo previsto en la Constitución Política, así como lo que se podría desprender del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, con esta alternativa de reproducción asistida lo que se busca es solventar un problema biológico, que impide que unos padres puedan procrear de manera natural, por tal razón jamás el compromiso debe de tener una connotación onerosa, y adicional a ello este contrato debe de ser garante del cuidado socioemocional de la mujer gestante durante el tiempo que dure el embarazo, y además de ello contemplan que no se permitirá la interrupción de dicha gestación a excepción que sea por orden médica.

Luego de estudiados todos y cada uno de los factores precedentemente señalados, se dejan ver las razones por las cuales el Estado colombiano no ha dado el paso para proceder a la regulación de la maternidad subrogada como parte de los métodos existentes dentro de la reproducción asistida, porque la realidad es que de acuerdo al artículo 1 constitucional la garantía de la protección a la dignidad humana es de obligatorio cumplimiento, y dentro de este tipo de contrato innominado el objeto del mismo queda en entredicho, porque se podría considerar que aquí solo es la protección de la familia, y por ello el vientre de la madre gestante pasa únicamente a ser un medio necesario para que dicha familia pueda cumplir con su fin fundamental que es el de tener hijos; pero desde otro punto de vista el objeto es la utilización del cuerpo de la mujer, para que pueda gestar un niño durante nueve meses, y luego de ello pasará a los padres biológicos, entonces se estaría ante un hecho evidentemente denigratorio a la condición de la mujer, porque es visto su cuerpo como una herramienta, y al niño como un producto.

Conclusiones

Referente al bloque de constitucionalidad sobre la maternidad subrogada como método de reproducción asistida en Colombia, quedó demostrado que lo único que admite el Estado y por tal razón tutela son los mecanismos que sean aplicados a través de “*asistencia científica*” para que se pueda generar la procreación de los hijos dentro de la familia, pero de allí a indicar que plenamente se resguarda la maternidad subrogada como uno de esos mecanismos basándonos en el precepto constitucional del artículo 42 de la Constitución Política de 1991 sería imposible.

El deber del Estado es garantizar el desarrollo de la familia, y por ello cualquier vía para que suceda sería válida, siempre y cuando no vaya en detrimento del ordenamiento jurídico existente, entonces de ser así al no estar la maternidad subrogada debidamente legislada es una práctica completamente irregular, y es que ante el vacío jurídico esta situación da origen a una distorsión sobre instituciones que ya efectivamente existen tales como la del reconocimiento de la filiación materna, que es una sola y que se muestra con el parto del bebé.

Así mismo, existen principios de carácter constitucional que hacen referencia a la dignidad humana y a la no discriminación, donde la maternidad subrogada no logra cabida porque es que hasta tanto no exista un marco normativo en Colombia, esta práctica puede que garantice dichos principios como puede que no, ya que entra en juego la protección del cuerpo de la mujer, el cual para esta situación ciertamente es utilizado como un medio necesario para que dé el objeto del contrato que es el nacimiento del bebé, por tal razón iría íntegramente en contra de la dignidad humana de la mujer.

La Corte Constitucional ha sido reiterada en esa necesidad de que el Estado legisle sobre la materia, y es que por la misma razón de que la maternidad subrogada es una realidad que sucede en el país, necesariamente ha surgido la jurisprudencia para tratar de dar un orden ante una situación social que no tiene cabida dentro del ordenamiento jurídico, y donde lo más grave es que nace una vida, que desde su pleno momento de la concepción no se sabe

cómo establecer la filiación sin menoscabar derechos fundamentales como el de la vida, el de la familia, y la igualdad.

En contraposición de lo que la Corte Constitucional ha reiterado de la urgencia de una ley regulatoria la maternidad subrogada, hay la existencia de factores que posiblemente han imposibilitado esta situación, tales como la instrumentalización del cuerpo de la mujer, la mercantilización de la vida humana y el condicionante penal, factores que no pueden ser admitidos y es que institucionalizar la maternidad subrogada, sería generar la legalización de que el cuerpo de la mujer puede ser expuesto bajo un contrato como un método que se necesita para generar vida a un bebé, que le será quitado a esta en el parto para ser entregado a otras personas, quienes tienen derecho también sobre este bajo una circunstancia de evidente manipulación científica, ya que hay un material genético que ha sido incubado en el vientre de la madre sustituta, entonces aquí el principio primero constitucional de la dignidad humana se vería completamente desnaturalizado, sumado a que el resultado del contrato que es el bebé pasa a ser un producto, lo que traería como consecuencia que la vida efectivamente se estaría contemplando como un objeto de contratación y por tal razón un negocio, sí la maternidad subrogada fuera aceptada por la legislación nacional.

En este mismo orden de ideas, también el Estado debería de hacer una excepcionalidad ante el tipo penal de suplantación de documento, ya que para que pueda llevarse a cabo el otro objeto de la maternidad subrogada, que es el que los padres contratantes tengan un hijo, ameritaría que se inobserve el nombre de la madre gestante cambiando su nombre en la certificación de nacimiento por el de la madre que ha aportado sus gametos sexuales, implicando entonces hacer una reforma en el 238 del Código Penal.

A pesar de todas las circunstancias expuestas, la maternidad subrogada sigue ocurriendo al margen de la ley, provocando mutaciones dentro de instituciones que ya están debidamente establecidas y vulnerando derechos fundamentales a las personas involucradas, siendo urgente que el Estado proceda a legislar sobre lo que en verdad la Constitución Política de 1991 ha denominado “*procreación con asistencia científica*”, para así otorgar un debido orden y delimitar la existencia de este método de reproducción asistida en el país.

Referencias

- Álvarez, M (2016, párr. 3-4) *Efectos de la inscripción en el registro civil de un apersona que no es mi hijo*; <https://www.eluniversal.com.co/consultorio/familia/efectos-de-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-una-persona-que-no-es-hijo>
- Arévalo, I (2016, p 14) *Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos* [Tesis de pregrado de Derecho] <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/18166af0-0e8d-4655-8a19-a6d6b2298ec7/content>
- Becerra, R & Mejía, G (2022, p 4, 6) *Filiación entre la madre que alquila su vientre y el hijo producto de dicha técnica de reproducción en Colombia*. Revista IUS- Praxis Colección grandes autores del Derecho. Universidad Seccional Socorro. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/24053/Art%C3%ADculo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Beetar, B (25 de octubre de 2018, párr. 3) *La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente*. Revista de estudios socio-jurídicos. Universidad del Rosario; <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73360074007/html/index.html>
- Cadavid, K& Becerra, A (consulta 2023, p 19) *Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema*; https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/2221/Maternidad_subrogada.pdf%3B%20jsessionid%3D60ABE36C803A671928E2521FAB048581?sequence=1
- Código Civil*. Diario Oficial Nro. 52.522, 18 de septiembre de 2023; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/csj_sp_2080_2006_1990.html#:~:text=%22Art%C3%ADculo%20335.,del%20pretendido%20hijo%20al%20verdadero.
- Código Penal*. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html#1
- Colegio de Médicos de Bizkaia (consulta 2023, párr. 1) *Código de Deontología Médica*; <https://www.cmb.eus/codigo-de-deontologia-medica-2#>
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1990* (Consulta 2023, párr art.7) <https://www.coe.int/es/web/compass/convention-on-the-rights-of-the->

child#:~:text=La%20convenci%C3%B3n%20incorpora%20todo%20el,vigor%20en%
20septiembre%20de%201990.

Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991;
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
#1

Corte	Constitucional	(2009)	<i>Sentencia</i>	<i>T968-09;</i>
https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm				

Corte	Constitucional	(2015)	Sentencia	C258-15;
https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-258-15.htm#:~:text=C%2D258%2D15%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20filiaci%C3%B3n%20es%20el%20derecho,alimentarias%2C%20nacionalidad%2C%20entre%20otros.				

Corte	Constitucional	(2018)	<i>Sentencia</i>	<i>T377-18;</i>
https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-377-18.htm				

Corte	Constitucional	(2022)	<i>Sentencia</i>	<i>T275-22;</i>
https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-275-22.htm				

Delgado, J (2018, p 181) *Dignidad Humana*; Universidad Carlos III de Madrid;
<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/4347-Texto%20del%20art%C3%ADculo-6017-1-10-20180926.pdf>

Declaración de los derechos del niño de 1959 (consulta 2023)
[https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/#:~:text=El%2020%20de%20noviembre%20de,la%20Resoluci%C3%B3n%201386%20\(XIV\).](https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/#:~:text=El%2020%20de%20noviembre%20de,la%20Resoluci%C3%B3n%201386%20(XIV).)

Defensoría de la Niñez (consulta 2023, párr.1) *¿Qué significa el interés superior del niño?*
https://www.defensorianinez.cl/preguntas_frecuentes/que-significa-el-interes-superior-del-nino/#:~:text=Significa%20que%20todas%20las%20decisiones,y%20pleno%20ejercicio%20de%20derechos.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (26 de mayo de 2020, p.3) *Consulta sobre alquiler de vientre;*

https://www.google.com/search?q=en+la+maternidad+subrogada+el+estado+colombiano+le+protege+el+embarazo&rlz=1C1CHZN_esCO1015CO1015&oq=en+la+mater+idad+subrogada+el+estado+colombiano+le+protege+el+embarazo&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBCTIwMTQ0ajBqN6gCALACAA&sourceid=chrome&ie=UTF-8

Guerra, M (2019, p 45) *Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional*. Instituto de Estudios de las Mujeres, de la Universidad de La Laguna; file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-

ContraLaMercantilizacionDeLosCuerposDeLasMujeresLa-6278543.pdf

Londoño, G & Narváez, Angélica (2021, p 18) *Gestación Subrogada: Análisis desde la consagración constitucional de la familia*; [Tesis de especialización] https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/7201/Narvaez_Angelica_2022%20Londono_Cristina_2022.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Marín, G (consulta 2023, p. 72-74) *El arrendamiento de vientre en Colombia*. Opinión jurídica;

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetElArrendamientoDeVentreEnColombia-5238023.pdf>

Martin, F (consulta 2023) *Método de investigación jurídica ¿cuál elegir?* https://blog-lemontech-com.cdn.ampproject.org/v/s/blog.lemontech.com/metodo-de-investigacion-juridica/amp/?amp_gsa=1&_js_v=a9&usqp=mq331AQIUAKwASCAAgM%3D#amp_tf=From%20%251%24s&aoh=16984062302089&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&share=https%3A%2F%2Fblog.lemontech.com%2Fmetodo-de-investigacion-juridica%2F

Mata, M & Vásquez, G (2019) *La fecundación in vitro: Louise Brown, a cuatro décadas de su nacimiento*; https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0301-696X2018000400363

- Martínez, V (2015) *Maternidad subrogada una mirada a su regulación en México*;
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422015000200007
- Maturrano, L & Faustino, E (2021, p 68) *El fichaje de investigación como estrategia para la formación de competencias investigativas*;
<https://www.aacademica.org/edward.faustino.loayza.maturrano/22>
- Mendoza, M (1994) *Aspectos legales de la procreación con asistencia científica*. Revista de derecho Universidad del Norte; file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2469-Texto%20del%20art%C3%ADculo%20(Enviar%20An%C3%B3nimo)%20-7836-1-10-20110801.pdf
- Moreno, M (2023, p.6, 11) *Reflexiones sobre la maternidad subrogada*. Universidad CES de Medellín;
<https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/7449/Reflexiones%20sobre%20maternidad%20subrogada.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Naciones Unidas (06 de marzo de 2018, párr.2,3,4) *La gestación subrogada puede convertir a los niños en mercancías*; <https://news.un.org/es/story/2018/03/1428492>
- Nemours TeensHealth (consulta 2023) Sistema reproductor femenino;
<https://kidshealth.org/es/teens/female-repro.html#:~:text=El%20gameto%20masculino%2C%20o%20espermatozoide,desarrolla%20hasta%20ser%20un%20feto.>
- Núñez, R (consulta 2023, p 6) *Aspectos éticos de la gestación subrogada*;
<https://www.rocionunez.com/pdfs/ASPECTOS%20%C3%89TICOS%20DE%20LA%20GESTACI%C3%93N%20SUBROGADA%20V.1.pdf>
- Observatorio Violencia (06 de abril de 2023, párr.4) *Gestación subrogada: la explotación reproductiva de las mujeres*; <https://observatorioviolencia.org/vientres-de-alquiler-la-explotacion-reproductiva-de-las-mujeres/#:~:text=La%20maternidad%20subrogada%20es%20explotaci%C3%B3n,medio%20para%20conseguir%20un%20fin.>

- Ortega, V (2017, p 134) *El novedoso concepto de familia influenciado por las técnicas de reproducción asistida (T.R.A) en Colombia*. Artículo de revisión; <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/129-152.pdf>
- Pacheco, J, Monsalve, M & Torregrosa, I (2020, P 145-148) *Los elementos de la maternidad subrogada*. Universidad Javeriana.
https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/57715/6._Pacheco_y_otros_139-158%5B1%5D.pdf?sequence=1
- Paloma, I, (2022, p 15) *Análisis de la Maternidad Subrogada en la Legislación Colombiana años 2015-2020*;
https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/7309/PALOMA_PALOMA_INGRID_YURANI_2022.pdf?sequence=1
- Pereznieto, L (consulta 2023, párr. 10) *La dogmática jurídica, con especial referencia al derecho internacional privado*; <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/15211/16178>
- Polo, W & Pérez, Y (2021, p 47) *Análisis sobre efectos de la reproducción humana asistida en la filiación en Colombia periodo 2009-2019* [Tesis de pregrado de derecho] <https://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/8247/An%C3%A1lisis%20sobre%20efectos%20de%20la%20reproducci%C3%B3n%20humana%20asistida%20en%20la%20filiaci%C3%B3n%20en%20Colombia%20periodo%202009-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ramírez, E & Arbesú, M (2019) *El objeto de conocimiento en la investigación cualitativa: un asunto epistemológico*;
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-70632019000400424#:~:text=El%20paradigma%20cualitativo%20asume%20que,e%20historias%2C%20en%20otras%20palabras%2C
- Reyes, N (2023, p 28) *Gestación subrogada y su implicación en el concepto jurídico de filiación materna*;
https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/7814/Reyes_2023.pdf?sequence=1

- Rodríguez, J (consulta 2023, p. 5) *Gestación subrogada parcial y el derecho de filiación de la mujer gestante en Colombia*; <http://repositorio.unisinucartagena.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/221/Ensayo%20Argumentativo%20-%20Gestaci%C3%B3n%20Subrogada%20-%20Jose%20Rodriguez%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Romero, C (2018, párr.9) *Maternidad subrogada: lagunas en el ordenamiento jurídico colombiano. ¿Con qué elementos cuenta el juez para adoptar su decisión?* Universidad Católica de Colombia; <https://www.redalyc.org/journal/5603/560360409007/html/>
- Salame, M, Carrazana, U, Cisneros, C & Terán, C (2022, p. 494-495) *El tratamiento desde las leyes en el ejercicio de la patria potestad desde la inseminación artificial y sus implicaciones*. Revista universidad y sociedad; <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/3159/3101>
- Sánchez, P, Martínez, N & Fernández, E (2018, p. 2) *Fecundación in vitro postmortem*. Cultura de los Cuidados (Edición digital), 22(50); https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/75355/1/CultCuid_50_16.pdf
- Unicef (2022, p. 1-2) *Consideraciones claves: derechos de los niños y las niñas, nacidos mediante gestación subrogada*; <https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf>
- Velasco, Y (2013, p.14) *La dignidad humana como valor, principio y derecho en la jurisprudencia constitucional colombiana*; <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/abejarano,+La+dignidad+humana+como+valor,+principio+y+derecho+en+la+jurisprudencia+constitucional+colombiana.pdf>

