

LOS VACÍOS JURÍDICOS EN CUANTO A LA REGULACIÓN CONTRACTUAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA, TENIENDO EN CUENTA SU VALIDEZ Y EXISTENCIA EN MATERIA CIVIL ¹

Carolina Moreno Martínez²

Juliet Andrea Muñoz Zapata³

RESUMEN

En este artículo se expondrá un seguimiento de la maternidad subrogada, tema que en Colombia no cuenta con una debida regulación dejando vacíos jurídicos que no permiten tener lineamientos claros frente al contrato, a pesar de existir un pronunciamiento jurisprudencial se presentan controversias que abordan situaciones puntuales como el cumplimiento o no del contrato, la trasgresión de los derechos primordiales y la explotación de la mujer a cambio de una remuneración económica. En el presente artículo se realiza un análisis de la situación de la maternidad subrogada en Colombia entre los años 2009 y 2020; para lograr ese objetivo, se realizó una investigación de tipo cualitativo con un enfoque documental, cuyos resultados dan cuenta de que, efectivamente, la maternidad subrogada es una práctica que se realiza en el país no solo de manera altruista, sino que también como una manera de obtener una remuneración económica, y que existe un vacío jurídico al respecto que es necesario subsanar.

PALABRAS CLAVE

Maternidad subrogada, alquiler de vientres, jurisprudencia, contrato, reproducción asistida.

¹ Trabajo de grado para optar al título de abogada de la Universidad Católica Luis Amigó – Medellín. Asesora metodológica: Doctora Laura Victoria Cárdenas Rojas.

² Estudiante de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó-Medellín

³ Estudiante de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó-Medellín

ABSTRACT

This article will present a follow-up of surrogacy, an issue that in Colombia does not have proper regulation, leaving legal gaps that do not allow clear guidelines regarding the contract, despite the existence of a jurisprudential ruling, controversies that address specific situations such as the fulfillment or not of the contract, the transgression of the fundamental rights and the exploitation of women in exchange for financial remuneration. This article performs an analysis of the situation of surrogacy in Colombia between 2009 and 2020; To achieve this objective, a qualitative research was carried out with a documentary approach, the results of which show that, indeed, surrogate motherhood is a practice that is carried out in the country not only altruistically, but also as a to obtain financial remuneration, and that there is a legal vacuum in this regard that must be corrected.

INTRODUCCIÓN

En la legislación colombiana existen diversos vacíos jurídicos que emanan de todas aquellas dinámicas y escenarios que se van presentando con el paso del tiempo y el devenir humano y que están asociadas tanto a las necesidades humanas como al avance tecnológico, uno de esos vacíos legales, tiene que ver con lo que se conoce como maternidad subrogada o alquiler de vientres. Este vacío obedece al hecho de que no existe en la actualidad una línea jurisprudencial que dé cuenta de las posiciones de la Corte al respecto del problema, así como tampoco hay una ley donde se regule la maternidad subrogada, y a eso se debe añadir que no hay herramientas jurídicas necesarias para que la maternidad subrogada sea totalmente lícita, teniendo como base los requisitos de un contrato en Colombia para poder tener validez (Beet, 2019).

Con base en lo anterior, se puede decir que regular la maternidad subrogada es importante debido a que presenta dos aristas en las cuales podría estarse cometiendo

delitos: por un lado la práctica de la reproducción asistida vista como una manera de obtener un beneficio económico para las mujeres y, por el otro, la existencia de una pareja que ve en el alquiler de un vientre la solución a problemas de infertilidad o situaciones que por diversas circunstancias entorpecen la reproducción de manera habitual, lo cual se ve agravado cuando la actividad no está regulada en su totalidad, empezando por la materia contractual (Romero, 2019).

En este sentido, la existencia de reglas contractuales aplicadas al alquiler de vientres, su existencia, permitiría analizar los vacíos jurídicos en cuanto a la regulación contractual de la maternidad subrogada en Colombia, teniendo en cuenta su validez y existencia en materia civil, pero su inexistencia hace que la labor, al menos de esta manera, sea imposible, lo que hace necesario un llamado de alerta a legisladores con el fin de que regulen dicha conducta, caminando de manera paralela a las dinámicas sociales, asunto que debe ser asumido con la inteligencia y seriedad que la problemática requiere, ya que no solo se trata de la continuidad de la especie, ni de un conjunto de derechos y garantías para las partes, sino de la vida humana como mercancía.

Así, en 2009, se llevó a cabo el único pronunciamiento jurisprudencial al respecto del alquiler de vientres que se ha realizado en el país, y aunque aportó ciertamente aspectos importantes, la controversia se inclinaba más hacia los derechos del producto, que a la legalidad del mismo y, posterior a ese único pronunciamiento, la Corte no ha vuelto a realizar sentencias al respecto (Russi, 2015).

Si bien en las democracias modernas, se tienen los recursos jurídicos suficientes para que la persona de manera libre decida su actuar, sin que el Estado intervenga, respetando así derechos Constitucionales consagrados en la Carta como la decisión de realizar cualquier tipo de acto de expedita capacidad del cuerpo humano, sin embargo es menester decir que el Estado tiene la responsabilidad de regular y poner límites a los deseos humanos, así como al desarrollo científico y tecnológico con el fin de impedir malas prácticas y de proteger a las madres gestantes, a quienes desean tener un hijo sin poder hacerlo de manera natural pero, sobre todo, a una vida humana que podría iniciarse de manera ilegal (Russi, 2015).

Por lo anteriormente expuesto, es importante determinar si, efectivamente, existen los requisitos de existencia y validez que permiten la realización de un contrato de maternidad subrogada en Colombia, así como los principios y presupuestos procesales y constitucionales, de existir, que den cuenta de en qué momento se encuentra la maternidad subrogada en el país, jurídicamente hablando. Para ello, se ha llevado a cabo una investigación de tipo cualitativo con un enfoque documental, que permita responder a la pregunta de investigación que da origen a este artículo: ¿Cuáles son los vacíos jurídicos en cuanto a la regulación contractual de la maternidad subrogada en Colombia, teniendo en cuenta su validez y existencia en materia civil?

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Analizar los vacíos jurídicos en cuanto a la regulación contractual de la maternidad subrogada en Colombia, teniendo en cuenta su validez y existencia en materia civil.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Definir el concepto de maternidad subrogada como fuente económica.
- Identificar los requisitos de existencia y validez que permiten la realización de un contrato de maternidad subrogada en Colombia.
- Explicar los principios y presupuestos procesales y constitucionales que permitan la legalidad de la maternidad subrogada.

LA MATERNIDAD SUBROGADA

La maternidad, de acuerdo con Arrubla, citado por Jiménez y otros (2016, pág. 10), es una palabra que proviene de materno, y significa:

Estado o cualidad de madre, con esta afirmación se hace referencia a la reflexión existente entre madre y los hijos, pues por la madre se entiende la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y de su educación, la encargada de buscar una buena escuela de vestirlo, bañarlos, alimentarlos, entre otros.

De acuerdo con el mismo autor, si el término se aborda desde la biología, se tiene que la maternidad es algo que se presenta de manera natural en la mujer (Jiménez, Romero, Londoño, & Vásquez, 2016).

Ya que la paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación. Este carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la interacción espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia. La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y el cuidado materno son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida. La relación de la paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de la maternidad, particularmente en la actualidad que por los adelantos de la ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto de una decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural (Jiménez, Romero, Londoño, & Vásquez, 2016).

En cuanto al ámbito jurídico, la maternidad:

[...] forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente (Jiménez, Romero, Londoño, & Vásquez, 2016).

Otro concepto de maternidad subrogada que lleva a una definición similar, puesto que considera el aspecto de la filiación, es el desarrollado por Jackson, y que Russi retoma, adicionando aspectos jurídicos de suma importancia como lo es la custodia, así, se entiende como maternidad subrogada a:

La práctica en la cual una mujer fértil acuerda gestar y alumbrar un hijo en favor de una persona o una pareja, cediéndoles la custodia y renunciando a los derechos maternos filiales, quienes se obligan a reconocerlo como un hijo y adoptarlo (Russi, 2015).

Ahora bien, cuando se trata de maternidad subrogada, de acuerdo con la Agencia Española de Gestación Subrogada (AEGES), existen diversas clasificaciones de maternidad subrogada, a saber:

Tradicional: la madre gestacional aporta su propio óvulo, pero el óvulo es subrogado o bien proviene de una donante de esperma, para que el producto sea implantado se recurre al a inseminación artificial o lo fecundación in vitro.

Gestacional: el óvulo es aportado por la pareja, de tal manera que no existe relación genética con la madre que le dará a luz, para este tipo de subrogación el método de fecundación es in vitro (AEGES, s.f).

Por otra parte, dentro de estas clasificaciones mencionadas, se hace una distinción, amén del tipo de subrogación que se elija, esta puede ser también altruista o lucrativa, siendo altruista aquella que se realiza sin ánimo de lucro, es decir, la madre gestante no recibe pago alguno por llevar en su vientre al producto, sin embargo, es responsabilidad de los padres biológicos o contratantes, el cubrir todos los gastos que la subrogación genere. Por su parte, la subrogación lucrativa lo es por cuanto la madre gestacional acepta el embarazo y por ello recibe una suma de dinero que las partes establecen y acuerdan (AEGES, s.f)

Ahora bien, entrando en materia, en diferentes lugares del mundo incluyendo Colombia se está llevando a cabo la praxis de maternidad subrogada o “alquiler de vientres”, misma que es definida como procedimiento en el cual se tiene como fin procrear a través del vientre se gesta a un niño en el vientre de una mujer para otra pareja, con la intención de ser entregado a la pareja contratante después de nacer, así, la maternidad subrogada se podría entender según Jiménez citado por Regalado como un:

Supuesto en el que una pareja comitente o contratante, que por cualquier motivo no puede y desea tener un hijo por sí misma, realiza un contrato con una madre sustituta o portadora, con el fin de que previa inseminación de ésta o transferencia de un embrión fecundado in vitro, dé a luz al niño deseado entregándoselo a aquellos para ser considerado hijo de tal pareja (Regalado, 2016).

Así las cosas, se tiene que los actores en este caso son la pareja contratante, la mujer que alquila el vientre y se dan posibilidades para que la existencia del menor sea viable: la inseminación artificial y la transferencia de un óvulo ya fecundado a la mujer sin embargo, esto puede dar pie a distintas problemáticas, especialmente en aquellos países en los cuales existen problemas de pobreza extrema y desigualdad, tal como sucede en países de América Latina, cuya población en un gran porcentaje, tiene necesidades sin satisfacer; en este sentido, la mujer que alquila su vientre se puede ver en una posición de desventaja y caer en situaciones de explotación y/o coerción, lo cual es en sí malo, pero que puede ser peor cuando la mujer se encuentra en esta actividad un modo de ganarse el pan, una actividad laboral que le permite mejorar la situación familiar. Es en ese momento en que la maternidad subrogada acaba con la libertad reproductiva entendida como un derecho a la autodeterminación se ve acabada, no existe como tal (Candal, 2010).

No obstante, lo anterior, hay quien tiene una postura muy distinta frente a la maternidad subrogada y no la ve sino como una práctica en la que todas las partes salen ganando, en virtud de no solo es una decisión libre y adulta en la que cada uno hace uso de sus derechos y prerrogativas, en el que no hay perjuicio para las partes ni para terceros, por lo que quienes intervienen en el negocio no deben ser objetados. El beneficio que se obtiene entonces es para el menor, que sin esta práctica no habría nacido y que llega al seno de una familia que lo ha deseado en realidad, los padres logran por fin ver cristalizado su sueño de tener ese hijo y la mujer portadora que, en caso de ser una subrogación altruista se queda con la satisfacción de haber hecho feliz a una pareja o, en caso de subrogación lucrativa, accede a una suma de dinero que puede significar un cambio en la calidad de vida propia y de su familia (Acosta, 2011).

Por otra parte, si bien el alquiler de vientres es una actividad por medio de la cual las mujeres pueden llegar a obtener una ganancia, y una pareja que lo desea pero tiene problemas de fertilidad puede tener un hijo, cuya única manera de obtenerlo de manera legal sería la adopción, pero que no desea pasar por el engorroso trámite cuyo fin, además, podría llegar a suceder o no, es menester decir que ya sea desde una óptica u otra, esto no está reglamentado, por lo que no se puede hablar de la comisión de un delito, pero ante el vacío jurídico tampoco se puede afirmar que es legal (Noguera, 2011).

En ese sentido, se ha intentado dar cierta validez jurídica a este tipo de negocios desde la legislación existente, sin embargo, existen problemáticas de fondo, como lo es el hecho de que la ley exige un registro de nacido vivo en los que los datos de la madre deben aparecer, pero ¿qué sucede cuando la madre que dio a luz al producto no es la madre biológica del mismo, sino que es una madre por contrato? De hacerlo, el notario caería en falsedad de documento público, por lo que la clínica debe iniciar un proceso de adopción en el que la madre de crianza queda registrada como adoptante, en virtud de que el padre figura como padre biológico (Noguera, 2011).

Este vacío podría ser fácilmente subsanado, tal como se hizo en la legislación ucraniana. Ucrania en la actualidad es considerado como el paraíso de la maternidad subrogada en Europa, ya que el mercado asiático casi ha desaparecido por las duras regulaciones que se le han impuesto debido a los numerosos casos de explotación que se habían registrado en ese continente, en consecuencia, en Ucrania se ha legislado con el fin de proteger el mercado y dar la mayor certeza jurídica posible a las partes, en consecuencia, de acuerdo con el artículo 123 del Código de Familia, el producto se considera como hijo de los padres biológicos desde el mismo momento de la concepción y más aún, así ellos no fueran los padres biológicos, sino que el embrión a implantar es resultado de donantes, los padres contratantes son los padres legales desde el momento en que el embrión es creado en el laboratorio. Mientras que, en Ucrania, se aclara esta situación desde el momento en que nace a la vida jurídica (Espartero, 2018)

En consecuencia, este tipo de leyes que se han realizado en otros países a modo de regulación podría dar una luz a la jurisprudencia nacional, para instaurar un requisito dentro del contrato de maternidad subrogada sea una solemnidad similar o igual a la de la adopción, garantizando así el derecho a constituir familia, pero siempre poniendo en primer plano salvaguardar los derechos del niño que está por nacer, teniendo en cuenta que:

Biológicamente es la madre del nasciturus al darlo a luz, con independencia de que legalmente no lo sea en virtud de un contrato privado *inter-partes* —oficializado por una sentencia judicial en un litigio amistoso, por el que renuncia a sus derechos como madre sobre el bebé que ha alumbrado en favor de los padres de intención (García, 2017).

Como se mencionó anteriormente, los pronunciamientos de Colombia al respecto de la maternidad subrogada son muy pocos, sin que alguno de ellos deje claridad, por ejemplo, la Sentencia T 968 de 2009 define la subrogación en la maternidad 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. 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 (Corte Constitucional, Sentencia T 968, 2009).

Para dar un concepto amplio y conjunto de las diferentes posturas, la maternidad subrogada es un procedimiento de reproducción que con ayuda de expertos y el consentimiento de la madre subrogada, permite a otras familias o mujeres que no han podido tener un hijo de forma habitual que se apoyen en esta práctica para conformar familia, en el caso de no haber sido padres previamente o bien tener más hijos de acuerdo a un deseo o plan personal, en ese sentido, la Sociedad Española de Fertilidad señala:

En la mayor parte de los casos, el proceso de diagnóstico, o las características particulares (mujeres sin pareja masculina, pacientes sin función ovárica) permiten

determinar cuál de las alternativas terapéuticas disponibles es la más adecuada como primera línea de tratamiento, por ofrecer la relación más adecuada entre beneficios, complejidad, costos y riesgos (Sociedad Española de Fertilidad, 2011, pág. 33).

A su vez, la Sociedad Española de Fertilidad (2011), hace una categorización de la reproducción asistida, indicando que los métodos que hasta el día de hoy son los que se llevan a cabo en las clínicas de fertilidad del planeta, son los siguientes:

- Inseminación artificial con semen de la pareja (IAC): esta consiste en la previa estimulación ovárica con el fin de garantizar la ovulación con el fin de eliminar defectos del ciclo natural o aumentar la cantidad de óvulos que podrían fecundarse.
- Inseminación artificial con semen de donante (IAD): esta técnica es muy utilizada en casos de esterilidad de la pareja o en el caso de que esta tenga la posibilidad de ser madre, pero no así el padre lo que hace obligatorio el uso de esperma proveniente de un donante.
- Fecundación in vitro (FIV) y microinyección espermática (ICSI): ambas técnicas se consideran como y hacen necesario disponer de un número elevado de ovocitos, obtenido por medio de un tratamiento de estimulación hormonal de los ovarios.
- Diagnóstico genético preimplantacional (DGP): esta técnica es utilizada cuando la pareja tiene algún padecimiento que es transmitido genéticamente y hace posible la eliminación del gen que produce la enfermedad o la elección del sexo que no se ve afectado por ella.
- Extracción espermática y donación de ovocitos: esta técnica es por medio de la cual se extraen espermatozoides a partir del tejido testicular, el epidídimo u algún otro segmento de los conductos seminales, con el fin de ser utilizados para la reproducción asistida.

Cabe mencionar que, aunque el llevar a cabo las técnicas de reproducción humana asistida ha tenido como propósito ayudar a personas con contratiempos al momento de la gestación, hay quienes sostienen que este tipo de procedimientos puede ser utilizado por cualquier persona independientemente si presenta o no dificultad para concebir familia. En concordancia, el artículo de la maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y en diversas legislaciones alrededor del orbe, indican que el fin

principal de la maternidad subrogada ha cambiado adicionando a problemas de fertilidad también indica que “hoy en día muchas personas buscan alquilar vientres por cuestiones estéticas o por sus preferencias sexuales que les impiden convertirse en padres de manera natural” (Cadavid, 2016).

Por otro lado, en la sentencia T 968 de 2009 la Corte Constitucional indicó ciertas condiciones que deben acatar quienes opten por este tipo de procedimientos en Colombia:

(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor. y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros (Corte Constitucional, Sentencia T 968, 2009).

Para los padres que en este caso son los mismos a donantes “(viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo en ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor, y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros” (Corte Constitucional, Sentencia T 968, 2009). Por lo anterior, se puede entender que es la manifestación voluntaria y libre por la cual, ya sea de forma natural o convencional deciden constituir familia, solo que la jurisprudencia limita y contrapone el consentimiento al no tener los lineamientos sólidos y claros en cuanto al tema; se podría decir que el asunto en cuestión está dividido en aspectos negativos y positivos.

El primer aspecto negativo es que a la maternidad subrogada se le equipara con la esclavitud, por lo que se requiere que esta sea prohibida a nivel internacional, al igual que se ha hecho con la compraventa y tráfico de órganos lo expresan como “un negocio internacional (como lo fue en su momento la esclavitud) y requiere de una prohibición

global, como se da con la compra-venta y tráfico de órganos” (Lahl, 2020). Otro aspecto negativo es que se considera un negocio en el que en muchas ocasiones la mujer es vista como una simple fábrica de bebés (Excelsior, 2020) y, por último, se menciona el aspecto emocional ya que “la separación del cuerpo de su madre provoca en el bebé una desregulación que desembocará en cambios epigenéticos que afectarán a su desarrollo neurológico” (Diariocrítico, 2015).

Ahora hablando de lo positivo, el aspecto más importante es el brindar a quienes no lo han logrado de manera natural, la opción de ser padres realmente de un bebé con cierta afinidad genética (Opciobebé, 2019). Por otra parte, se destaca como positivo el aspecto económico, pero con ciertas restricciones, regulando para que no sea visto como una opción de subsistencia o un trabajo en sí mismo, por lo que se propone que la ley acepte como madres subrogadas a mujeres que tengan cierta estabilidad económica, lo que garantizaría que la mujer no alquile su vientre por necesidad económica (Lamm, 2018).

Elementos para la existencia y validez del contrato de maternidad subrogada en Colombia

Colombia presenta vacíos normativos respecto a la implementación contractual en la maternidad subrogada, principalmente para parejas que anhelan conformar familia sin dejar a un lado la continuación de su herencia genética, independientemente de la causa, de las patologías físicas que ya presentan y a las psicológicas y emocionales que se desarrollan al enfrentarse a una situación compleja por falta de regulación en un sistema que no ha querido dar la importancia que requiere a su problemática.

En este sentido se considera que el tema debe tener mayor acogida y apropiación por el ordenamiento jurídico, ya que si bien es claro, que no está regulado, tampoco está prohibido de manera expresa; se infiere entonces que este contrato está más permitido que prohibido debido a que el Art. 42 de la Constitución Política de Colombia de 1991 deja claro que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad [...] los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” (República de Colombia, 1991).

En concordancia con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en relación con la libertad contractual, indica:

La autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial. En Colombia la libertad de contratación - en sentido amplio libertad negocial - tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta (Corte Constitucional. Sentencia T 240, 1993).

Sin embargo, el que este tipo de negocios se lleven a cabo en un país como lo es Colombia, que ha tenido históricamente un problema de pobreza y desigualdad económica abre un debate en cuanto a la pertinencia de pagar por tejidos humanos y por la gestación de seres vivos mediante actividad contractual, debate que abre diversas interrogantes, ¿será legal el contrato de maternidad subrogada?, ¿las personas que intervienen en este tipo procedimientos se verán o no agredidos por un ordenamiento al no ser reconocidos como progenitores?, ¿es esto peligroso para la salud de las mujeres colombianas que lo pueden ver como una manera de sustento? y ¿qué efectividad tienen los derechos de elegir el método a la hora de constituir una familia? Resulta complejo dar respuesta a estos interrogantes partiendo de que solo se han expuesto dos Proyectos de Ley (PL) y solo existe un pronunciamiento Jurisprudencial, referente a la sentencia T-968 de 2009.

El primer PL 037 de 2009, indica que esta práctica ya se realiza abiertamente en el territorio nacional, razón por la cual, es necesario que se regule de la forma más expedita posible, pero es evidente que los ponentes de la materia no comparten sus posturas, por ello, el mencionado PL, prohíbe en todos los casos la maternidad subrogada con fines lucrativos, expresando que:

La maternidad subrogada con fines económicos constituye una objetivación de los cuerpos de las mujeres, pues los convierte en “máquinas para hacer bebés”, que pueden arrendarse y explotarse con el fin de satisfacer los deseos de otros. Así mismo, esta práctica convierte a los niños en “objetos de consumo” o productos comerciales que se encargan, se compran, se venden e incluso se devuelven o se cambian si no se satisface al cliente (Congreso de la República de Colombia, 2009).

Cabe señalar que se está frente a una figura contractual atípica que busca ser implementada, con el fin dar seguridad a las partes de este tipo de acuerdos, buscando una solución a su problema de fertilidad; de entrada, según la normatividad colombiana el contrato de maternidad subrogada vulnera garantías fundamentales toda vez que, por sus características, especialmente su objeto, no es comerciable. Es por ello que en este tipo actos debe prevalecer la autonomía de la voluntad privada según lo afirma (MOJICA, 2010; p.25), en virtud de que:

[...] en los contratos atípicos se refleja el mayor alcance del postulado de la autonomía de la voluntad privada, pues en estos contratos es donde las partes teniendo en cuenta su conveniencia, determinan los efectos que han de producir, su alcance, sus condiciones o modalidades, aunque las respectivas estipulaciones no se amolden a los contratos patrones reglamentados por la ley civil (Bolaño, 2019).

A su vez, quienes defienden la existencia y regulación de este tipo de contratos, afirman que basta con la voluntad y autodeterminación de las partes para que sea posible en virtud de que:

Es así que la voluntad real que interviene en la formación de un acto jurídico, se puede definir como la autodeterminación de uno o más agentes a la celebración de dicho acto, definición que no debe ser interpretada como si refiriera exclusivamente y en virtud de una disección o abstracción artificiosa a una sola etapa cualquiera del proceso psicofísico que supone todo acto volitivo, y en el cual, repetimos, sus varios factores y etapas sucesivas que se integran en un todo, se compenetra y se influye recíprocamente (Fernández & Acosta, 2014, pág. 88).

De manera que, aunque la consensualidad como principio pilar del derecho privado, debe tener plena validez entre las partes contratantes, se está dejando de lado si se está o no, frente a un objeto comerciable, tomando su existencia como el objeto del contrato que, de acuerdo a la legislación nacional en la materia siempre debe ser un objeto lícito. Esta validez se alega en virtud de que, se supone que él bebe que está por nacer no se le están vulnerando derechos fundamentales toda vez que al ser desprendido totalmente de la madre subrogante será entregado a sus padres contratantes, sin omitir que uno de ellos o ambos progenitores es o fueron aportantes de los fluidos para ser introducidos en la mujer que alquiló su vientre.

Respecto a lo anterior, es necesario mencionar que en la maternidad subrogada el contrato se ajusta perfectamente a ciertas características de los contratos civilmente reconocidos por el ordenamiento Jurídico Colombiano, como lo menciona el artículo 1496 del Código Civil Colombiano, enmarcando este tipo de contratos en calidad de un contrato bilateral, por lo que los contratantes se obligan recíprocamente, donde interviene el consentimiento de la madre que llevará el bebé en su vientre y la pareja contratante (República de Colombia. Senado de la República., 1873).

En este contrato se observa que ambas partes tienen determinadas obligaciones, según indica Lobo Garrido, hablando de las obligaciones de la madre subrogada se puede considerar lo siguiente:

Prestar el servicio de gestación: consiste en someterse al procedimiento de transferencia de embriones hasta quedar embarazada. Una vez embarazada, deberá adoptar todos los cuidados propios de una mujer en dicho estado. Así mismo, deberá cuidar y mantener el embrión que le ha sido implantado a fin de que su desarrollo sea normal. Finalmente, deberá someterse a todos los requerimientos obstétricos, quirúrgicos y médicos que se requieran para llevar el parto a buen término, entregar la criatura que se gestó en su útero en el tiempo y lugar convenidos y ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como la madre de este (Lobo, 2019).

Y la pareja subrogante por su parte, deberá cumplir con las obligaciones de retribuir el valor convenido, así como correr con las demás expensas y gastos en que deba incurrir la madre subrogada con el fin de cumplir debidamente sus propias obligaciones y recibir al hijo recién nacido, por lo que se configura un contrato totalmente oneroso, entiéndase éste, como aquel en el que existe una utilidad para ambos contratantes, en concordancia, la legislación colombiana, específicamente el Código Civil, en su artículo 1497 indica que:

El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro (República de Colombia. Senado de la República., 1873).

Como contrato principal ya que, de acuerdo al Art. 1499 del Código Civil Colombiano, “subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, a su vez es un contrato consensual porque nace y se permea por la voluntad de los contratantes” (República de Colombia. Senado de la República., 1873), y de ejecución instantánea ya que se cumple en un solo momento y este se da cuando el menor de edad ha sido desprendido de la madre subrogante y entregado a la pareja contratante. De tal manera que el artículo 1500 del citado código indica que:

El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento (República de Colombia. Senado de la República., 1873).

A propósito, en principio de la justicia contractual Marín Vélez indica:

Con la aplicación de este principio, se busca lograr el máximo de proporcionalidad entre las prestaciones, los beneficios y las imposiciones asumidas y obtenidas por cada parte. Este principio también suele ser denominado principio del equilibrio económico o prestacional del contrato. Este principio resulta de la mayor importancia, por cuanto enaltece la función social del contrato como mecanismo idóneo para la satisfacción de las necesidades individuales y sociales (Marín Vélez, 2005).

Desde otra perspectiva el contrato y la obligatoriedad de las partes se puede decir que:

Es un contrato de arrendamiento de gestación sustitutiva. En analogía al contrato de arrendamiento, una de las partes es llamada arrendador, y tiene la obligación de entregar temporalmente el uso y goce de una cosa mueble o inmueble, para el caso en cuestión es el vientre de la madre, el que se arrienda temporalmente, por otra parte el llamado arrendatario, quien a su vez se obliga a dar por el uso un precio determinado, entre las partes (Quintero, Pérez, & Tovar, s.f, pág. 7).

Rosero por su parte hace claridad que al existir abismal ausencia de regulación en el contrato de maternidad subrogada las partes deben recurrir al criterio de la analogía

para determinar claramente las obligaciones de los intervinientes durante la etapa del embarazo.

Obligación de transferir la filiación del menor a los padres de intención, así como prever las consecuencias del incumplimiento de las partes, los casos en los cuales la madre gestante puede optar por un aborto en salvaguarda de su salud, y lo que acontece en caso de que las partes decidan rescindir el contrato; pues dichos puntos resultan conflictivos en ausencia de regulación (Rosero, 2018).

Como concepto final podemos inferir que, si en el contrato se estipula que los óvulos aportados son de la madre subrogada, se debe configurar la figura de adopción y que este tipo de contrato sería totalmente válido en Colombia por ser de obligatoriedad para las partes de modo que, el contrato tiene validez en cuanto autoridad judicial no indique lo contrario por medio de una decisión (Molina, 2009).

El siguiente paralelo muestra claramente los aspectos a tratar al momento de realizar este tipo de contratos y subsanar la problemática planteada:

REQUISITOS DE EXISTENCIA	REQUISITOS DE VALIDEZ
Manifestación y/o declaración de la voluntad	Capacidad de los agentes <u>Incapacidad absoluta</u> : Incapaz mental, sordomudos que no pueden darse a entender por ningún medio e impúberes (- 14 años) <u>Incapacidad relativa</u> : Menor adulto y dilapidador <u>Incapacidad especial</u> : Padre de familia que no puede venderle a su hijo, Juez que no puede cobrar en subasta, Mandatario que no puede vender ni comprar el bien encomendado.
Objeto jurídico, genérico y viable	Consentimiento exento de vicios <u>Error</u> : Dirimente vicia el consentimiento, accidental y común <u>Fuerza</u> : Individual, colectiva o generalizada <u>Dolo</u> : dirimente o indiferente NOTAS: Los 3 generan nulidad relativa según la Ley, pero en el caso del error: <ul style="list-style-type: none"> • Según la Doctrina y Jurisprudencia genera Nulidad Absoluta o Inexistencia. • El error común no genera nulidad relativa ¡El Error Común ratifica el acto!

Elementos de la esencia	<p>Objeto específico lícito</p> <ul style="list-style-type: none"> · Como prestación · Como contrato · Como cosa
Causa real	Causa específica lícita
Solemnidades para el acto	Solemnidades propias del acto si el legislador lo exige
Ausencia de lesión enorme	<ul style="list-style-type: none"> • Opera la acción rescisoria por lesión enorme. • Aunque se pongan cláusulas en un contrato para evitar una demanda por lesión enorme, este acto será ineficaz. Art.1950 c.c.

FUENTE: Docente Salvador, Manuel. Universidad Católica Luis Amigó.

Principios y Presupuestos Procesales de la Maternidad Subrogada

Debemos comprender, que, con la llegada de la Constitución Política de Colombia de 1991, esta trajo consigo unos cambios entre los que encontramos la transformación a un Estado Social de derecho, plasmando allí derechos inquebrantables dotando de valor al ser humano y al mismo tiempo se dispuso de garantías Constitucionales para el efectivo cumplimiento de estos.

A lo largo del artículo, vemos que hay unos parámetros o lineamientos que se deben cumplir para realizar un contrato de esta índole en la jurisdicción colombiana, a su vez deja interrogantes considerables para quienes desean realizar este tipo de técnicas para conformar familia, pero al profundizar en la temática, es claro que ninguno de estos lineamientos incluye a las parejas del mismo sexo.

Corresponde traer a colación la Sentencia SU-623/2001 (Corte Constitucional, 2001), donde se analiza si se violan derechos fundamentales, como lo son la salud, la seguridad social, la igualdad, y el libre desarrollo de la personalidad cuando se prohíbe

que una persona tenga acceso al régimen contributivo de la seguridad social en salud como beneficiaria de la pareja con la cual se tiene un vínculo de convivencia.

Lo que concluye “a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, no es equivalente al concepto de familia que tiene la constitución” (Corte Constitucional, 2001). Vale la pena resaltar que no todas las perspectivas son negativas, ya que en la sentencia C-075 de 2007 el Magistrado Jaime Araújo Rentería, por medio de salvamento de voto, es firme en su postura manifestando que el concepto de familia de la Constitución es amplio y da lugar a las parejas del mismo sexo, mencionando que el artículo 42 manifiesta dos formas de familia: en un caso voluntad de un hombre y una mujer que por medio de su unión forman una familia, y, en otro caso, por la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que forzosamente esa pareja sea heterosexual (Corte Constitucional, 2007).

Cabe destacar, que se menciona lo anterior en virtud de que, en muchas ocasiones, la maternidad subrogada es una opción a la que acuden las parejas homosexuales cuando desean tener hijos lo que, evidentemente, no es posible de manera natural en estos casos, por lo que la legislación vigente dejaría a las parejas del mismo sexo sin posibilidad de acceder a este tipo de contratos.

Igual es necesario mencionar que los derechos sexuales y reproductivos si bien no se encuentra dentro de los derechos fundamentales, se infiere que son necesarios para llegar a ejercer el derecho a conformar familia, ya que, según Miller, citada por Facio, “la conjunción de los derechos sexuales con los derechos reproductivos ha provocado que los derechos sexuales sean considerados como un subconjunto de los derechos reproductivos, aunque con una formulación menos desarrollada” (Facio, 2009).

En consecuencia, se apoya el principio de autodeterminación que se tiene al momento de decidir sobre su propio cuerpo y someter su cuerpo a prácticas como lo es la maternidad subrogada, esa voluntad es la que importa en este tipo de proceder y

citando a Ferrajoli indica que “la gestación o maternidad subrogada solo se admiten bajo la forma de donación” (Romero, 2019).

En Colombia, dentro de los Proyectos de Ley que se han presentado con respecto a la maternidad subrogada mencionados anteriormente, se propende por ampliar y regular la temática anteriormente expuesta; ejemplo de ello es el Proyecto de Ley 082 de 2015, que en su página primera expone como objetivo lo siguiente:

[...] fin reconocer la infertilidad, como una enfermedad que afecta y restringe el pleno goce de la salud humana, y garantizar el acceso total a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción y a las técnicas de fertilización reconocidas por la (OMS), a través de su inclusión en el Plan de Beneficios (Congreso de Colombia, 2015).

Al mismo tiempo define la infertilidad como:

Una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses o más de relaciones sexuales no protegidas y sostiene que, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo (Congreso de Colombia, 2015).

Como se indicó antes, los métodos de reproducción se deben respetar ya que están implícitos en algunos de los derechos fundamentales; como por ejemplo el libre desarrollo de la personalidad; que se toma como la responsabilidad que tiene el Estado en proponer soluciones alternativas para que el ser humano se desarrolle en su dimensión familiar, permitiéndole acceder a procedimientos científicos en caso de presentar dificultades para concebir familia, dando así continuidad a la reproducción de la especie humana.

Sumado a esto, la filiación es un proceso independiente a esta práctica, donde el legislador debe respetar como principio la libre decisión de la persona manifestada entendida como la intención de ser padres y otros de ser colaboradores manifestando:

[...] un tipo de filiación por socio afectividad, sustentada en la voluntad procreacional. Ello implica una nueva fuente de la filiación. El tratamiento de la determinación de la filiación precisa claridad en ciertos conceptos que han ido evolucionando como consecuencia del avance científico (Beet, 2019).

En consecuencia, el no acceso a la maternidad subrogada como opción dada a parejas que, por la razón que sea, no pueden procrear podría ser tomado como una forma de discriminación, sin embargo, en la legislación colombiana sobresalen derechos como el de la igualdad y principios como el de la no discriminación, acorde a ello la Sentencia T-691/12 manifiesta:

Las reglas y principios que inspiran el estado social y democrático de derecho que es Colombia, excluyen los actos de discriminación en contra de cualquier persona. Son actuaciones contrarias al principio de dignidad humana y, por tanto, proscritas del orden constitucional vigente. Cuando tales actos conllevan una puesta en escena, ante un grupo de personas que hacen las veces de público, la discriminación implica afectaciones inmateriales a la dignidad que han de ser especialmente valoradas por el juez constitucional, de acuerdo con las reglas aplicables (Corte Constitucional, 2012).

Argumento que cuenta con soportes como el del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991 donde se cita:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (República de Colombia, 1991).

En ese sentido, de conformidad con la Ley 1482 de 2011 “que tiene por objeto sancionar penalmente actos de discriminación por razones de raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación”, cuyo artículo 3 define los actos de racismo o discriminación e impone sanciones a quien obstruya, impida o restrinja los derechos de una o varias personas por causa de su sexo u orientación sexual en aras de la igualdad que se garantiza en la Carta (Congreso de la República, 2011) y que va en contra de todo acto de discriminación, postura que se ve reflejada en providencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-1090 de 2005, que ha definido la discriminación como:

Un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica (Corte Constitucional, 2005).

Carlos Parra Dussan en su artículo, “Estatutos antidiscriminación y su desarrollo en Colombia”, alude que se da desarrollo al Estado Social de Derecho, con el cual se anhela establecer la diferencia, por medio de los principios constitucionales como lo son el derecho a la igualdad, igualdad de oportunidades, el derecho a la igualdad material entre otros; pero va más allá al ampliar los ámbitos en los cuales puede haber discriminación, reconociendo también el ámbito civil, dentro del cual se enmarcaría el derecho a conformar una familia (Parra, 2007).

Respecto a lo anterior, se puede decir que indirectamente se podría estar discriminando a las personas con problemas de fertilidad, toda vez que el Estado Colombiano no regula la materia siendo esta indispensable para el sostenimiento de la especie humana e incluyente en un país supuestamente garantista de derechos.

Vacíos Jurídicos Contractuales de la Maternidad Subrogada en Colombia.

Se hace imprescindible, para adentrarnos en este tipo de contrato hay que recalcar que, según Burgos Cañón y Lombana Rincón (2018), los vacíos legales que repercuten en la sociedad por la estigmatización que podría implicar la maternidad subrogada, los conservadores pueden catalogar esas conductas contrarias a las buenas costumbres de la sociedad; quebrantando el principio Constitucional a la intimidad personal y familiar.

Estos vacíos pueden ser subsanados dando una vuelta por la jurisprudencia de los países que la tienen regulada, asentando que cada uno tiene sus condiciones o limitantes; a continuación, se comentarán algunos de ellos para tener una comparación con los pronunciamientos colombianos y así poder identificar más claramente que vacíos pueden ser atacados con base en estas legislaciones. Es pertinente destacar que, en un primer momento, existen tres posturas en cuanto a la legalidad de la maternidad subrogada: los países en los que es ilegal, los países en los que es legal cuando se trata de un negocio altruista y aquellos en que es legal de manera comercial, es decir, en los que se puede recibir una remuneración por el alquiler del vientre.

Los países en los que la maternidad subrogada es ilegal, son: España, Francia, Italia, Alemania y Suiza. Estos países basan la línea adoptada por su legislación, en la que se manifiesta la nulidad del contrato derivada de su objeto, ya sea por estar fuera del comercio de los hombres, como por ir en contra de las leyes y las buenas costumbres. De igual manera países como Francia sustentan la prohibición en que es contraria a la dignidad humana y en que puede causar secuelas a los hijos (Ruíz S. , 2015).

Canadá por su parte, permite la subrogación de vientres cuando se hace de manera altruista, en consecuencia, no solo prohíbe la maternidad subrogada comercial, sino que, incluso prohíbe que esta se promocióne, gestione, facilite, publique u ofrezca un negocio de maternidad subrogada, en este sentido, aconsejar a una mujer para que participe alquilando su vientre también es ilegal. Quien desee realizar un proceso de maternidad subrogada, debe avenirse a los siguientes lineamientos:

La madre gestante debe tener más de 21 años y, además, debe ser un acto altruista, es decir, no puede recibir una contraprestación económica a cambio. Los futuros padres, calificados como "de intención", sí pueden hacerse cargo de los gastos implícitos al embarazo, como medicaciones, ropa premamá, los desplazamientos a las consultas o los días que pierda de trabajo. Eso sí, deben estar debidamente justificados y nunca suponer un desembolso superior a 22.000 dólares (Ruíz, 2017).

En cuanto a los países en los que la maternidad subrogada es legal de manera comercial, se pueden mencionar: Ucrania, Rusia, India y parte de los Estados Unidos, en este país, por ejemplo, no todos los estados admiten esta práctica que sólo es lícita en California, Dakota del Norte, Delaware, Florida, Illinois, Connecticut, Maine, Nevada, Nuevo Hampshire, Oregón, Distrito de Columbia, Texas, Utah y Virginia Occidental. En California, la Ley de Maternidad subrogada de 2013 resalta tres aspectos importantes para garantía de las partes implicadas.

[...] que la gestante y los futuros padres tengan abogados distintos, el segundo punto importante es que la ley obliga a que esté todo firmado y notariado antes de que empiece todo el proceso, por último, y quizá lo más interesante para los futuros clientes, la ley de California permite obtener un mandato judicial que te nombra padre de la criatura antes de que nazca (Ximenez, 2017).

Por su parte, Ucrania es uno de pocos países del mundo donde la utilización de la parte mayor de las tecnologías reproductivas incluso la maternidad sucedánea y donación, es completamente legal, incluso cuando los ovocitos no pertenecen a la pareja por lo que, toda vez que se realiza el negocio, éstos ejercerán sin límite alguno la patria potestad. Rusia podría ser una de las legislaciones más laxas, ya que puede llevarse a cabo la maternidad subrogada por parte de casi toda persona que sea mayor de edad, parejas que estén casadas o no, mujeres solteras, etc., sin embargo, debe existir una condición médica preexistente, tal como: ausencia uterina, malformaciones del útero o del cérvix, sinequia uterina, enfermedades somáticas que hacen que el embarazo esté contraindicado o que se haya intentado sin éxito la fertilización in vitro o si los embriones son de buena calidad, pero al momento de ser implantados, no se logran. Las mujeres que pueden alquilar su vientre, deben tener más de 29 años y hasta los 35, tener previamente cuando menos un hijo propio que esté sano y gozar de buena salud física y psíquica y que lo hagan de manera voluntaria. Todo este escenario ha hecho que Rusia se convierta en uno de los paraísos para la reproducción asistida ya que los extranjeros gozan de los mismos derechos que los ciudadanos rusos en este sentido (Ruíz S. , 2015).

No obstante la importancia de Rusia como punta de lanza en estas prácticas, India es el paraíso de la maternidad subrogada por antonomasia a nivel mundial, ello en virtud de que la legislación es laxa y los precios por el alquiler de vientres son sumamente accesibles, no obstante, esto también es originado por la pobreza extrema que hay en el país, constituyéndose así una industria rica basada en las necesidades de mujeres pobres, si bien no hay una legislación como tal que reglamente y regule la maternidad subrogada, es menester indicar que existe la “Guía ética para la investigación biomédica y la Participación de seres Humanos” elaborada por el Consejo Indio de Investigación Biomédica en 2006 y la “Guía para la Reglamentación de Reproducción asistida” elaborada por el Ministerio de Salud en el año 2010. Asimismo, existe un proyecto de ley que está en discusión desde 2010. Cabe destacar que al igual que en Rusia, la mujer debe haber tenido al menos un hijo sano, y el consentimiento del esposo, en caso de no existir este, el guardián de la mujer debe dar su consentimiento

Es evidente que estos países tienen claro que la maternidad subrogada se puede regular y crea lineamientos constitucionales donde no se cruce la delgada línea a la ilicitud o mercado de personas y como lo plantea la siguiente cita hay que tener claros todos los terminas como primer paso.

Se debe regular y explicar de manera más amplia que es la maternidad subrogada o el alquiler de vientres, para así poder definir si se debe o no tomar como una práctica que debe regular el derecho penal ya que se entiende que este acto no cumple con los elementos necesario de tipificación en el delito de trata de personas, si bien se paga por la concepción de un bebé, las partes debieron pactar un contrato escrito en el que cada uno opine y sugiera que se debe hacer o no al niño que está por nacer (Prado, Carvajal, & Osorio, 2019).

La jurisprudencia Colombiana tiene pocas manifestaciones con relación al tema a tratar en este artículo y eso no facilita ir conjuntamente con los avances tecnológicos, por lo cual es fácil inferir que Colombia debe tener como base las normas instauradas en estos países y así tomar como punto de partida la regulación clara del tema teniendo como principal objetivo de la continuidad de la especie humana por medio de estos

métodos o prácticas que ayudan a resolver los inconvenientes en la reproducción convencional.

CONCLUSIONES

La ciencia en la actualidad hace posible que las personas que no pueden tener hijos accedan a esa posibilidad por medio de diversos procedimientos, de tal manera que existen a saber tres tipos de procedimientos de fecundación asistida: 1. Inseminación artificial. Se produce cuando se depositan espermatozoides en el interior de la mujer, mediante cánula, o jeringa o cualquier otro tipo de dispositivo. 2. Fecundación in vitro. La principal diferencia técnica con la inseminación artificial es que la fusión de gametos masculino y femenino es realizada de manera extracorpórea –in vitro–, para posteriormente ser implantados en la mujer. 3. Transferencia intratubárica de gametos. Es una técnica intermedia entre la inseminación artificial y la fecundación in vitro. En este caso no se transfiere el preembrión o el embrión sino los gametos que han sido previamente recolectados, para luego ser transferidos a las trompas de Falopio, con el fin de que se produzca la fecundación de manera natural (Acosta, 2011).

La ley es clara en cuanto a la donación de gametos y la fecundación asistida, ya que por medio del El Decreto 1546 de 1998 expedido por la Presidencia de la República de Colombia (Presidencia de la República de Colombia, 1988), modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004 (Ministerio de la Protección Social, 2004), reglamentario de las Leyes 9 de 1979 (Ministerio de Salud, 1979) y 73 de 1988 (Congreso de la República, 1988) reglamenta lo concerniente a la reproducción asistida, entre otros temas, tocando aspectos como los actores involucrados que pueden ser donantes o receptores, los donantes lo hacen de manera voluntaria y su material biológico puede ser usado con fines de procreación o investigativos, ya sea sobre sus parejas o para terceros; por su parte los receptores pueden ser aquellos que reciben trasplantes de componentes atómicos biológicos o aquellos que reciben gametos o preembriones con fines reproductivos.

Al existir tantos escenarios posibles como padres biológicos y madre subrogante, madre subrogante biológica y padre biológico pero madre jurídica, etc., la ley ha tenido que irse modificando y adaptando a los escenarios con el fin de dar solución a problemas de filiación y en ese sentido el derecho comparado ha ido sentando precedentes; uno de los países con mayor avance jurídico al respecto es España, mismo que ha hecho necesario para este tipo de procedimientos el consentimiento de donantes y centros autorizados, que ante ese consentimiento, ni la madre ni el padre pueden impugnar la filiación del hijo concebido por medio de reproducción asistida, el permiso otorgado por uno de los dos progenitores en caso de muerte debe utilizarse en los 12 meses posteriores al fallecimiento y en el caso de la presencia de preembriones, la sola existencia de los mismos es legalmente tomada como permiso para la fecundación.

Al investigar las referencias en derecho colombiano sobre la maternidad subrogada, podemos concluir varias situaciones, inicialmente que es un medio en el cual nacen miles de niños a nivel mundial, pero no cuenta con un lineamiento que le dé certeza respecto a la jurisdicción nacional.

Es un derecho y una facultad de todo individuo decidir como método de reproducción la maternidad subrogada cuando se tienen dificultades reproductivas para procrear, además hay que tener en cuenta que esta técnica científica facilita un proceso natural de engendrar con el propósito de darle continuidad a la reproducción de la especie humana.

En Colombia no hay causal alguna hablando jurisprudencialmente que afecte la validez en un acuerdo de voluntades dentro de la maternidad subrogada, por tanto, debemos exhortar a la jurisprudencia a realizar los cambios necesarios para que los lineamientos jurídicos vayan a la par de los cambios sociales, evitando así, dar paso a controversias suscitadas sobre legalidad o no de este contrato

Como se puede evidenciar en el cuerpo del trabajo la maternidad subrogada implícitamente es permitida en el ordenamiento colombiano, toda vez, que de su

normatividad se deduce por los principios y derechos que permean la Constitución Política de Colombia 1991.

Exhortamos al estado a legislar y brindar un control a la maternidad subrogada, brindando también un acompañamiento a las partes que están involucradas previo, durante e incluso después del nacimiento. Teniendo como ejemplos las regulaciones de los países que han regulado el tema de maternidad subrogada.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Española de Gestación Subrogada (AEGES). Recuperado de

<https://aeges.es/maternidad-subrogada/>

Beetar, B. (25 de octubre 2018). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente*Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 21, núm. 2, 2019Universidad del Rosario

<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/6869/7155>

Burgos Cañón, E.& Lombana Rincón, S. (2018). El derecho de familia colombiano y el contrato de maternidad Subrogada. Recuperado de

https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/6935/1/2018_derecho_familia_colombiano.pdf

Cadavid, K. (2016). Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema.

http://repository.ces.edu.co/bitstream/10946/2221/1/Maternidad_subrogada.pdf

Camacho, J. (2009 pág. 15). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores

<https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

Cámara de Representantes Secretaría General. (19 de agosto de 2015). Artículo 1. 2. por medio de la cual se reconoce la infertilidad como una enfermedad, se autoriza su inclusión en el Plan de Beneficios y se dictan otras disposiciones. Recuperado

de. [http://www.saludcapital.gov.co/Documents/Proyectos de Ley en curso/P.L.082-%202015%20Infertilidad.pdf](http://www.saludcapital.gov.co/Documents/Proyectos_de_Ley_en_curso/P.L.082-%202015%20Infertilidad.pdf)

Candal, L (2010), La Maternidad intervenida: reflexiones en torno a la maternidad subrogada. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada, Redbioética/UNESCO, Vol. 1, N° 1, pág. 185-186).

<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000193204>

Cárdenas, L.V. (2013). Validez y Eficacia del Contrato de Maternidad Subrogada en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. (artículo de reflexión producto del semillero de investigación Francisco de Vitoria, adscrito a la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Aquino, Seccional Tunja (B). Recuperado de

http://inepaz.unisabaneta.edu.co/media/filer_public/67/72/6772677a-9352-4d47-a78d-e9b0b3d0507e/validez-contrato-maternidad-subrogada.pdf

Código Civil Colombiano, art. 1495. Recuperado de

https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf

Congreso de la República, (01 de diciembre de 2011) Ley 1482 de 2011. Recuperado de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1482_2011.html

Congreso de la República, (21 de julio de 2009) Proyecto de Ley 037 de 2009, pág. 38 (Representante Jorge Morales) Recuperado de

<https://lince.softmanagement.com.co/normas/proyecto-de-ley-037-de-2009-camara/327556>

Congreso de la República, Proyecto de Ley 070 de 2018, pág. 3 (Senadores Maria Guerra, Santiago Valencia) Recuperado de

<http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2018-2019/1200-proyecto-de-ley-070-de-2018>

Constitución Política de Colombia 1991

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

Corte Constitucional. (26 de octubre de 2005). Sentencia T-1090 de 2005. (MP. Clara Vargas). recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-1090-05.htm>

Corte Constitucional, (14 de junio de 2001). Sentencia SU-623/2001 (MP. Rodrigo Escobar.) Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU623-01.htm>

Corte Constitucional. (23 de junio de 1993) Sentencia T 240 de 1993. (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-240-93.htm>

Corte Constitucional. (28 de agosto de 2012) Sentencia T 691 de 2012. (MP. Victoria Calle). recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-691-12.htm>

Corte Constitucional. (18 de diciembre de 2009) Sentencia T 968 de 2009. (MP. Victoria Calle). recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

Corte Constitucional. (10 de mayo de 2006). Sentencia C-355 de 2006, (Magistrados Ponentes Araujo, J y Vargas, C). Recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

Docente Manuel Salvador, Universidad Católica Luis Amigó (2018).

eldiario.es (16 de junio de 2017) González, A. A favor de la gestación subrogada: reflexiones de una mujer socialista. Recuperado de

https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-subrogada-reflexiones-mujer-socialista_6_655194497.html

El español (20 de mayo de 2018). Espartero, M. La industria de los vientres de alquiler en Ucrania con derecho a aborto: los 300 niños 'españoles' nacidos allí. © 2016 El Español Publicaciones S.A. Recuperado de

https://www.elespanol.com/reportajes/20180520/industria-vientres-alquiler-ucrania-derecho-espanoles-nacidos/308469719_0.html

El país, Ximénez, P. cita a la abogada Rose Pondel (23 de febrero de 2017) Por qué California es la meca de la gestación subrogada. Recuperado de

https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html

El tiempo Machelan, 2019. El 'alquiler de vientre' o gestación subrogada ¿es legal en Colombia?

<https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/es-legal-el-alquiler-de-ventre-en-colombia-428336>

Fernández Ospina, G. & Acosta Ospina, E. (2014). La voluntad y su declaración. En Fernández Ospina, G. & Acosta Ospina, E; Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico (P. 98 – 99). Bogotá: Editorial Temis S.A

García, D. 2017. Anuario Mexicano de Derecho Internacional Volumen 17, 2017, Pages 329-368 Epigenética y gestación por sustitución: más razones a favor de una regulación internacional para un negocio global Epigenetics and Commercial Surrogacy: More Reasons For International Law Regulting this Global. Recuperado de Business*

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870465417300375>

Gestlife, La agencia Líder en gestación subrogada en España.

<https://www.gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-ucrania-de-la-gestacion-subrogada.html>

Gómez Sánchez, Sentencia T 098/009

https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm#_ftnref1

IRTSA, International Reproductive Technoloies. (en redacción de la Ley nº 524-V del 22.12.2006) La Legislación Ucraniana, © 2020 – La agencia internacional del mantenimiento auxiliar de las tecnologías reproductivas. Todos los derechos reservados.

Jimenez Suarez, C; Romero Corredor, Y; Londoño Carrillo, I & Vásquez Cerrano, J. (2016). Análisis de la maternidad subrogada en la legislación Colombiana 2009-2015. (Monografía de grado presentada como requisito para optar por el título de abogado).

Recuperado

de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/9897/ENTREGA%20FINAL%20MONOGRAFIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Lobo, G. (2019). Naturaleza Jurídica De La Maternidad Subrogada O Por Sustitución En El Marco De La Teoría Del Negocio Jurídico En Colombia1 Summa Iuris | Vol. 7 | No. 1 | enero-junio | 2019

<https://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/article/download/3276/pdf>

Marín Vélez, G. (2005). El arrendamiento de vientre en Colombia. Recuperado de <https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=iLEy58F2EXkC&oi=fnd&pg=PA17&dq=maternidad+subrogada+en+colombia&ots=DoOW3tnxEm&sig=XvfoynZdVcwI6F>

Noguera, N. 28 de abril 201. Alquiler de vientres: nueva forma de maternidad periódico el tiempo 2011. versión electrónica

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9237329>

Ociocritico.com (31 de marzo de 2015). Berrozpe, M. "La separación del bebé de su madre trae consecuencias fisiológicas y neuronales irreparables"

<https://www.diariocritico.com/noticia/475776/sociedad/doctora-berrozpe:-la-separacion-del-bebe-de-su-madre-trae-consecuencias-fisiologicas-y-neuronales-irreparables.html>

Opciobebé, (19 de septiembre de 2019) Argumentos a favor de la maternidad subrogada. Recuperado de

<http://opciobbe.com/argumentos-a-favor-de-la-maternidad-subrogada/>

Parra, C. 27 de septiembre de 2012 Asuntos legales © 2020, Editorial La República S.A.S.

<https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/ley-antidiscriminacion-en-colombia-2021916>

Periódico Excelsior, Rodríguez, P (03 de abril de 2018) Lecuona, L. Maternidad subrogada: feminización de la pobreza, afirma FEMMVA Recuperado de

<https://www.excelsior.com.mx/nacional/maternidad-subrogada-feminizacion-de-la-pobreza-afirma-femmva/1230188>

Prado Álvarez, Osorio Aldana, 2019 pág. 27. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA: VACÍO JURÍDICO EN LA LEY PENAL COLOMBIANA.

<http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/3666/MATERNIDAD%20SUBROGADA%20EN%20COLOMBIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Quintero Betancur, L; Peláez Castañeda, A & Tovar del Rio, J (SF). La maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano. Recuperado de

<https://digitk.areandina.edu.co/bitstream/handle/areandina/2461/La%20maternidad%20subrogada%20en%20el%20ordenamiento%20jur%C3%ADdico%20colombiano..pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Religión en libertad (29 de octubre de 2018) Lahl, J. 15 argumentos firmes contra el vientre de alquiler: daña a la mujer, a los pobres, a los niños. Recuperado de

https://www.religionenlibertad.com/vida_familia/812853147/15-argumentos-firmes-contr-a-el-vientre-de-alquiler-dana-a-la-mujer-a-los-pobres-a-los-ninos.html

Regalado, M. (25 de noviembre de 2016) Vol. 2, No. 2, pp. 10-34, doi:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qkLcKp40TMYJ:https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/download/3756/2356+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>

Revista Level, (30 de noviembre de 2018) Pareja, M. El debate que nos Falta Tener Sobre la Maternidad Subrogada. COPYRIGHT © 2020 RevistaLevel.com.co

<https://www.revistalevel.com.co/contenido/el-debate-que-nos-falta-tener-sobre-la-maternidad-subrogada>

Romero C. 15 de agosto de 2018. Maternidad subrogada: lagunas en el ordenamiento jurídico colombiano ¿Con qué elementos cuenta el juez para adoptar su decisión?

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ydt4PsQyxhkJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6750431.pdf+&cd=8&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>

Rosero Ceballos, J. (2018). Naturaleza Jurídica Del Alquiler De Ventre: Impacto Y Consecuencias En El Ámbito Del Derecho Laboral. Recuperado de

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/38941/NATURALEZA%20JUR%20C3%8DDICA%20DEL%20ALQUILER%20DE%20VIENTRE-%20IMPACTO%20Y%20CONSECUENCIAS%20EN%20EL%20%20C3%81MBITO%20DEL%20DERECHO%20LABORAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ruiz, I. (28 de junio de 2017). Así son las legislaciones sobre la maternidad subrogada en otros países del mundo. © ELMUNDO.es Avenida de San Luis 25

<https://www.elmundo.es/sociedad/2017/06/28/595279e9e5fdea501e8b467c.html>

Russi, S. (SF). Régimen Jurídico de la maternidad subrogada en Colombia: un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la validez del contrato y sus efectos para las partes. (obra bajo licencia). Recuperado de

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2695/1/ARTICULO%20SANDRA%20ORUSSI.pdf>

Sociedad Española de Fertilidad. (14 de febrero de 2012). Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida. Recuperado de https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf

Vaca, M, (2018) maternidad subrogada para parejas del mismo sexo en Colombia bajo una perspectiva del derecho comparado. surrogacy for same sex couples in Colombia from the perspective of comparative law. Recuperado de

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15908/1/MATERNIDAD%20SUBROGADA%20PARA%20PAREJAS%20DEL%20MISMO%20SEXO%20EN%20COLOMBIA%20BAJO%20UNA%20PERSPECTIVA%20DEL%20DERECHO%20COMPARAD~1.pdf>

Vallejo, M (2015). El concepto de maternidad subrogada en Colombia/ the concept of subrogate motherhood in Colombia

http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/3029/1/Concepto_maternidad_subrogada_vallejo_2015.pdf

Villanueva Flores, R. (2005). Protección Constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. (Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Reformas Constitucionales y Equidad de Género, organizado por la Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL), realizado en Santa Cruz (Bolivia) del 21 al 23 de febrero de 2005). Recuperado de

https://www.cepal.org/mujer/reuniones/Bolivia/Rocio_Villanueva.pdf