

MATERNIDAD SUBROGADA: IMPORTANCIA DE UNA REGULACIÓN
JURÍDICA EN COLOMBIA.

JUANITA DÍAZ GÓMEZ.

PAULA ANDREA TEJADA MOSQUERA.

DIRECTORA:

MARCELA SOFÍA SANABRIA SANDOVAL.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO
SANTIAGO DE CALI

2021

AGRADECIMIENTOS.

Agradecemos a nuestras familias por el apoyo incondicional que nos han proporcionado durante el desarrollo de nuestra carrera e igualmente a la profesora Marcela Sofía Sanabria Sandoval por el acompañamiento que nos brindó durante la realización de este trabajo de grado.

RESUMEN.

A lo largo del presente trabajo se establecen conceptos, características, derechos y obligaciones que sirven como fundamento para la construcción de argumentos, que permiten responder a la pregunta de por qué es necesario regular el contrato de maternidad subrogada en Colombia desde la teoría del negocio jurídico. Se exponen los antecedentes científicos que rodean esta TRHA, las partes involucradas en el contrato y el vacío jurídico de salvaguarda para obtener el derecho de filiación, teniendo en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia T - 968 de 2009. Además, se acude a la revisión de los ordenamientos jurídicos de Reino Unido y el Estado de California en Estados Unidos, con el objetivo de tener una visión más amplia sobre el desarrollo de esta técnica, y en consecuencia ser referentes para el vacío jurídico que existe en Colombia.

Palabras clave: Maternidad subrogada, filiación, negocio jurídico, análisis jurisprudencial, Derechos Sexuales y Reproductivos, Derecho Comparado.

ABSTRACT.

Throughout this document, concepts, characteristics, rights and obligations are established, which serve as a basis for the construction of arguments that allow answering the question of why it is necessary to regulate the surrogacy contract in Colombia from the theory of the legal business. The scientific background surrounding this AHRT, the parties involved in the contract and the legal vacuum of safeguard to obtain the right of filiation are exposed, this taking into account what was stated by the Constitutional Court in the sentence T - 968 of 2009. In addition, the legal systems of the United Kingdom and the State of California in the United States are reviewed, with the objective of having a broader vision of the development of this technique, and consequently being a reference for the legal vacuum that exists in Colombia.

Key words: Surrogate motherhood, filiation, legal business, jurisprudential analysis, sexual and reproductive rights, comparative law.

ÍNDICE.

1.Introducción.....	6
2. Objetivos.....	7
2.1.Objetivo general.....	7
2.2.Objetivos específicos.....	8
3.Marco teórico.....	8
4.Metodología.....	12
5.Cap. 1. Origen de las TRHA y concepto.....	14
5.1.Antecedentes históricos de las TRHA.....	14
5.2.¿Qué son las TRHA?.....	16
5.3.Antecedentes históricos de la maternidad subrogada.....	18
5.4.¿Qué es la maternidad subrogada?.....	20
5.5.Clases de maternidad subrogada.....	21
5.6.Causas por las cuales se recurre a la maternidad subrogada.....	22
6. Cap. 2. Análisis jurídico del contrato de maternidad subrogada en Colombia.....	25
6.1. Análisis jurisprudencial en Colombia respecto al contrato de maternidad subrogada.....	25
6.2. Contrato de maternidad subrogada en Colombia desde la teoría del negocio jurídico.....	33
6.3. La maternidad subrogada desde el derecho comparado específicamente el Estado de California en Estados Unidos y Reino Unido.....	41
7. Cap.3. Efectos jurídicos y derechos constitucionales en el contrato de maternidad subrogada en Colombia.....	49
7.1.La filiación en la maternidad subrogada en Colombia.....	49

7.2. Derechos constitucionales en los cuales se fundamenta el contrato de maternidad subrogada.....	57
8.Conclusiones.....	62
Bibliografía.....	64

1.INTRODUCCIÓN.

En las últimas décadas, el mundo ha sido testigo de los diversos avances que se han logrado en materia de ciencia y tecnología, y cómo ello ha generado ciertas repercusiones e impactos en la vida de los seres humanos. Específicamente, en el campo médico son muchos los avances científicos importantes y significativos, ya que, “año tras año, la sociedad ha sido testigo de la aparición de nuevas vacunas, procedimientos o instrumentos científicos encaminados a la cura o tratamiento de enfermedades físicas o psicológicas.” (Rodríguez y Martínez, 2012, p. 60).

Ahora bien, en cuanto al desarrollo científico y tecnológico en materia de la reproducción humana, se habla de uno de los avances científicos más sonados en el Siglo XXI, y son las llamadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), las cuales son consideradas como métodos alternativos para la procreación de seres humanos, con el objetivo de lograr superar ciertos problemas anatómicos, biológicos, funcionales y/o fisiológicos que padezcan las personas y por ello, se les impide llevar a cabo su proceso procreativo de manera biológica o natural con éxito (Lobo, 2019).

Concretamente una de estas técnicas de reproducción asistida es la maternidad subrogada o alquiler de vientre. Dicha técnica de reproducción asistida ha sido definida 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.”(Sánchez, 1994.)

Respecto a las TRHA, en particular la maternidad subrogada en Colombia, la Corte Constitucional, ha expresado que si bien la práctica de dichas técnicas no ha sido regulada legalmente, tampoco se encuentra prohibida expresamente, por lo que, se pronuncia diciendo que:

(...), la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.” La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.(Corte Constitucional, Sentencia T - 968 de 2009).

Por lo tanto, en base a lo expuesto, se puede plantear que esta técnica de reproducción no cuenta con una normatividad legal que establezca, por un lado, las exigencias, formalidades, procedimiento y ejecución que debería propiamente tener. Precisamente, esto se convierte en un vacío normativo y de incertidumbre jurídica, en el cual los derechos de las partes involucradas pueden verse vulnerados.

Lo anterior lleva a cuestionarse, ¿cuál es la necesidad de regular jurídicamente el contrato de maternidad subrogada en Colombia?

2. OBJETIVOS.

2.1. Objetivo general.

Establecer porque es necesario regular el contrato de maternidad subrogada en Colombia.

2.2. Objetivos específicos.

- Exponer las características de la técnica de reproducción humana asistida respecto a la maternidad subrogada.
- Analizar el contrato de maternidad subrogada en Colombia desde la teoría del negocio jurídico, teniendo en cuenta los avances jurisprudenciales y legislativos de Reino Unido y el Estado de California en Estados Unidos.
- Determinar los efectos jurídicos y derechos constitucionales derivados del contrato de maternidad subrogada.

3. MARCO TEÓRICO.

En los últimos años, el ser humano ha sido testigo de cómo la ciencia ha generado cierto impacto en diferentes aspectos de la sociedad, y uno de ellos, en materia de ciencia ha sido la reproducción humana. De dicho contexto, surgieron las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, específicamente dentro de estas, la maternidad subrogada o “alquiler de vientre”. Sin embargo, la mencionada figura ha sido controversial en el último tiempo, pues diferentes ordenamientos jurídicos la han prohibido por considerarla inmoral, otros la permiten, justificando que el derecho debe ir a la par con la ciencia, por lo tanto, tiene un marco normativo que la regula, y por último, pero más complejo, están los ordenamientos jurídicos que no han prohibido este procedimiento médico – científico, pero tampoco han estipulado un ordenamiento jurídico para regular dicha materia (Lamm, 2013). Por ello en este trabajo analizaremos unos conceptos determinados, que permitirán desarrollar la pregunta de investigación planteada

El concepto de la maternidad subrogada, el cual ha sido definido por la Corte Constitucional 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.” (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, M.P. María Victoria Calle, 2009).

Sencillamente, la maternidad subrogada implica el nacimiento de un niño que es gestado por una mujer ajena, tras el deseo de una pareja comitente que por ciertos problemas utiliza esta alternativa que ofrece la reproducción humana asistida, “pudiendo el óvulo ser aportado por la mujer que va a gestar, en cuyo caso se recurre a la inseminación artificial, o ser implantando un embrión producido por fecundación in vitro procedente o no de los padres que van a adoptar al niño” (Jouve de la Barreda, 2017, p. 154).

Teniendo claro que hay unos derechos y obligaciones en esa relación, autores han afirmado con respecto a esto que:

La maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda (Guzmán y Miralles, 2012, p. 258).

Así, es importante mencionar la figura jurídica de la filiación, esta hace alusión a la relación que se tiene entre padres e hijos, según sea el respectivo caso, paternidad o maternidad, y surgen unos derechos y obligaciones entre ellos.

Pues bien, con respecto a la filiación proveniente de las THRA, se ha dicho que:

A éstas debemos sumar la filiación, producto de las técnicas de reproducción asistida en cuyo establecimiento ha de primar la voluntad; no manda lo genético, manda lo querido. La filiación es el deseo y la intención de los partícipes, que anhelaron ser padres unos y colaboradores otros, lo cual debe primar y respetarse. Debe asemejarse al sistema de la adopción, cuya esencia radica no en la génesis (ADN) sino en la voluntad. La filiación por técnicas de reproducción asistida deja de lado lo biológico para crear un tipo de filiación por socio-afectividad, sustentada en la voluntad procreacional. Ello implica una nueva fuente de filiación. El tratamiento de la determinación de la filiación precisa claridad en ciertos conceptos que han ido evolucionando como consecuencia del avance científico (Varsi, 2017, pp. 3-4).

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional mediante Sentencia T- 488 de 1999, definió la filiación como la relación que se genera entre procreante y procreado, entre adoptante y adoptado, pero como lo afirma las autoras Karen Margarita López de Armas y Catalina Amado Amado, dicha definición no tiene en cuenta la filiación que se da en el caso de la maternidad subrogada, por lo tanto, la madre que aportó su material genético tendrá que acudir a instancias judiciales para que se establezca el parentesco mediante una demanda de impugnación de maternidad, no obstante, y en caso de que la madre gestante se oponga dentro del proceso, el operador judicial se encontraría en una situación muy particular, teniendo que ponderar los derechos que a cada una de las partes le asisten, con el fin de que los derechos del menor involucrado no se vean vulnerados, pues tiene especial protección.

Ahora bien, esta temática se pretende abordar desde la postura jurídica del contractualismo, aplicando así, la teoría en la cual se resalta el respeto por la autonomía del individuo, en consecuencia, con los parámetros legales establecidos en el Estado Colombiano, esto con el fin de velar por el ejercicio de los Derechos Humanos y los Reproductivos, es decir, que se recalca

la importancia de respetar la voluntariedad de las partes involucradas de querer ejercer sus derechos bajo su consentimiento y total conocimiento circunstancial del caso en concreto. Rawls menciona el ser humano autónomo como un ser en ejercicio de su libertad al cual se le debe garantizar los acuerdos que realiza mediante el ejercicio de su racionalidad:

Afirma como presupuesto metodológico la idea de un ser humano autónomo que, haciendo uso de su razón, libre y voluntariamente, se da a sí mismo los principios con los cuales normará su vida en sociedad por sobre los que le vienen dados por tradición. Caracteriza al hombre como encargado de lograr acuerdos de justicia con dos potestades morales -que se “poseen” y no se “son”-, que corresponden a: “la capacidad del sentido de lo recto y de la justicia (la capacidad de reconocer los términos equitativos de cooperación y de ser razonable), y la capacidad de una concepción del bien (y, por tanto, de ser racional)” (Rawls, 1990).

Por último, los derechos sexuales han sido definidos como “derechos humanos que determinan la capacidad de decidir libremente en los aspectos de la sexualidad sin coerción, discriminación o violencia. Incluyen las relaciones igualitarias entre personas hombres y mujeres cuando se trate de relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto a las personas, y a su integridad, lo cual exige consentimientos recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias derivadas del comportamiento sexual.” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2010, p. 39).

Por ello, los derechos reproductivos, son derechos humanos consistentes en que todas las personas puedan vivir libres, sin sufrir discriminación, amenazas, violencia en la toma de decisiones con respecto a su reproducción, ya sea por vía natural o por procedimientos asistidos científicamente.

4. METODOLOGÍA.

Para abordar y responder la pregunta de investigación planteada, se hará uso del método deductivo, analítico y del derecho comparado. A continuación, se explicará la escogencia de dichos métodos.

El método deductivo “permite determinar las características de una realidad particular que se estudia por derivación o resultado de los atributos o enunciados contenidos en proposiciones o leyes científicas de carácter general formuladas con anterioridad. Mediante la deducción se derivan las consecuencias particulares o individuales de las inferencias o conclusiones generales aceptadas” (Abreu, 2014, pág. 200). Es decir, que este método se centra en unos casos particulares, para así avanzar en el conocimiento de ciertos aspectos que ocurren en la realidad y las diferentes consecuencias que se derivan precisamente de ella.

Y en consecuencia de lo anterior, los casos particulares que son objetos de estudio, serán susceptibles de ser estudiados analíticamente, ya que el método analítico, parte de un conocimiento general de una realidad donde se “realiza la distinción, conocimiento y clasificación de los distintos elementos esenciales que forman parte de ella y de las interrelaciones que sostienen entre sí” (Abreu, 2014, p. 199).

Con base en lo expuesto, es que este trabajo de investigación se centra en el estudio de las técnicas de reproducción humana, particularmente la maternidad subrogada, el análisis del sistema jurídico colombiano con respecto al contrato que deriva de dicha técnica reproductiva, y los efectos jurídicos que acarrea, por ello es necesario, en consecuencia, comprender las razones por las cuales en Colombia, aun existiendo un pronunciamiento jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, no se presentan avances en dicha materia, a pesar de que en diferentes países alrededor del mundo, algunos dentro del contexto latinoamericano, si han realizado avances jurisprudenciales y legislativos en el tema.

En ese orden de ideas, en el entendido de establecer porqué es necesario regular el contrato de maternidad subrogada en Colombia, es imprescindible hacer uso de la metodología jurídica comparada. Esta metodología “permite confrontar las semejanzas y las diferencias de los sistemas jurídicos vigente en el mundo con la finalidad de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado país” (Durán, 2009, p. 249). Así las cosas, el método de Derecho Comparado que se utilizará en el presente trabajo es el denominado “microcomparación”, ya que este método consiste precisamente en comparar ciertas instituciones jurídicas pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos, y así ha sido definido por el académico Leontin - Jean Constantinesco en su libro el Tratado de Derecho Comparado, al afirmar que:

Entiendo por microcomparación la aproximación comparativa de reglas o instituciones jurídicas pertenecientes a órdenes jurídicos diferentes (...) por su naturaleza analítica y su objeto limitado, la microcomparación se fija en el examen del fenómeno jurídico, seccionado y reducido a sus células últimas o a sus partículas elementales (Constantinesco, 1972, p.134).

Para el caso en concreto, compararemos el contrato de maternidad subrogada desde el ordenamiento jurídico colombiano, con respecto a lo regulado por los ordenamientos jurídicos estadounidense y de Reino Unido , esto en razón a que los pronunciamientos que han tenido estos 2 países con respecto al tema en cuestión, permite ejemplificar la aplicación de la TRHA, específicamente la maternidad subrogada, lo cual posibilita cumplir con el objetivo de exponer los diferentes escenarios que se generan a partir de la aplicación de este contrato que surge a raíz de esta TRHA, y así vislumbrar la necesidad de su regulación con el fin de evitar situaciones en las cuales se generen vulneraciones de derechos.

5. CAPÍTULO 1. ORIGEN DE LAS TRHA Y CONCEPTO.

5.1. Antecedentes históricos de las TRHA.

Las técnicas de reproducción humana asistida nacen con la necesidad de alcanzar los mejores métodos alternativos para la reproducción del ser humano en situaciones en las que se presentan inconvenientes a la hora de concebir.

Es así, que las TRHA tienen desarrollo a partir del siglo XVIII, pues en 1790, el Doctor John Hunter, médico cirujano, logró concebir a un bebé mediante inseminación artificial en Inglaterra. Para la realización de dicho procedimiento, el Doctor Hunter recogió en una jeringa caliente el semen de un comerciante con hipospadias y lo inyectó en la vagina de su mujer, realizando la primera inseminación artificial en un ser humano en la historia (Dotta, 2015, p. 82). Esto marcó un hito en los avances científicos para solucionar los problemas de fertilidad.

En 1890 el Doctor Heape logró mediante la fecundación in vitro diferentes experimentos con conejos, posterior a esto, se realizaron diferentes experimentos con otros animales lo cual le permitió mejorar las técnicas y entender los diferentes ciclos de gestación, hasta que, finalmente en 1959 el Doctor Chang logró el nacimiento de unos conejos mediante la fecundación in vitro. Después en 1978, se logró utilizar este método con éxito en Inglaterra por el Doctor Edwards y Patrick Steptoe, ya que:

Lesley Brown y su esposo John, de la ciudad de Bristol, en el Reino Unido, no lograban concebir en nueve años de matrimonio continuo debido a que Lesley tenía bloqueadas las tubas uterinas. [...] Fue derivada al Dr. Patrick Christopher Steptoe, un ginecólogo del Hospital General de Oldham, ciudad de Manchester, Reino Unido. El Dr. Steptoe le aconsejó que probara una nueva técnica experimental para eludir su bloqueo tubárico, por lo que Lesley fue sometida a una recuperación laparoscópica de ovocitos durante

un ciclo natural ovulatorio no estimulante. Por otro lado, el Sr. Robert Geoffrey Edwards, un fisiólogo británico, usó el espermatozoide de su esposo para fertilizar el ovocito recuperado en el laboratorio. Unos días más tarde, se colocó un embrión de ocho células en la cavidad uterina de Lesley. La Sra. Brown sufrió un embarazo difícil, pero finalmente, por cesárea electiva, se dio fin al embarazo el martes 25 de julio de 1978: a las 11:47 PM, en el Hospital de Oldham, nació una bebé normal, sana y saludable (Louise Brown) de 38 semanas de gestación, pesando 2,700 gramos. Este logro trascendental se anunció con una publicación simple en una carta en la revista *The Lancet* (Steptoe y Edwards, 1978), pero fue reportado en todo el mundo con grandes titulares (Mata-Miranda, Vázquez-Zapién, 2018, pp. 364 - 365).

Con la necesidad de estas técnicas de reproducción para solucionar los problemas de fertilidad se desarrollaron otras más, tales como la Inseminación Artificial y la Transferencia de Embriones Congelados, según la revista académica *Reproducción Asistida ORG*, en su artículo denominado “las técnicas de reproducción asistida: diferencias y complejidad”, la primera técnica consiste en preparar una muestra de semen e introducirla en el útero, para posteriormente, producir la fecundación en las trompas de falopio de la mujer y la segunda técnica consiste en congelar los embriones fecundados y descongelarlos en el momento en el cual vayan a ser transferidos al útero de la mujer.

Estas técnicas de reproducción han generado gran revuelo a través de la historia no solo para la bioética sino también para el aspecto legal, sin dejar de mencionar que la religión, la cultura y el aspecto económico son factores que se inmiscuyen en estas decisiones, ya que estas han sido usadas por parejas heterosexuales, homosexuales, mujeres solteras y hombres solteros, con el fin de procrear.

Posteriormente, en 1985 se dio a conocer el caso Stern, en el cual se usó la técnica de la inseminación artificial, junto con la maternidad subrogada, en este caso “la señora Whitehead firmó un contrato en 1985 donde renunciaba a sus derechos como madre del bebé y cedería la custodia a la familia Stern. Pero al nacer la niña, la madre gestante quiso quedarse con ella, renunciando a los 10.000 dólares que la familia Stern le había entregado e incumpliendo el contrato que había firmado con los Stern” (Aranda. 2016, p. 23). Este fue el primer conflicto legal derivado del uso de las técnicas de reproducción asistida, el cual llegó hasta instancias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (Aranda, 2016). Simultáneamente a los casos presentados, en diferentes países se fueron aplicando las TRHA, por consiguiente empezaron a surgir problemas legales ya que esta materia no contaba con una regulación pertinente sino que se basaban en la jurisprudencia existente para poder tomar las decisiones pertinentes en los casos en concreto.

Esta situación vislumbró que aunque la ciencia había tenido un avance respecto a las posibles soluciones a los problemas de fertilidad, la Ley no había hecho lo mismo, esto teniendo en cuenta que las problemáticas más recurrentes eran respecto a que en algunos casos se acordaba una contraprestación o remuneración económica, también se presentaban debates en cuanto al proceso de filiación respecto a los padres, e incluso situaciones en las cuales, las madres gestantes posterior al parto no querían entregar a los bebés concebidos mediante estas técnicas de reproducción.

5.2. ¿ Qué son las TRHA?

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son procedimientos médicos que tienen como objetivo ayudar a personas que desean concebir pero que cuentan con problemas de fertilidad a resolver mediante los avances biotecnológicos dicha situación. La ciencia ha

demostrado la importancia de desarrollar estas técnicas ya que se ha evidenciado que en la modernidad han aumentado los casos de infertilidad sobre todo en las regiones occidentales.

Esto le brinda a las personas la posibilidad de acceder a su derecho a procrear a través de estos procedimientos. Según la clínica de fertilidad española EmbryoCenter:

Las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) para el tratamiento de la esterilidad se caracterizan por la aplicación de una serie procedimientos de manipulación controlada de gametos (óvulos y espermatozoides) y/o embriones en laboratorios altamente especializados, necesarios para llevar a cabo la inseminación intrauterina (IIU) y la fertilización in vitro (FIV).

Otras técnicas como la preservación de embriones congelados o vitrificados (criopreservación de embriones) y el diagnóstico genético preimplantacional, han surgido como consecuencia del desarrollo de la FIV.

Así las cosas, las técnicas de reproducción humana más utilizadas son la inseminación artificial y la fecundación in vitro, y la Corte Suprema de Justicia las ha definido así:

En la inseminación artificial, los espermatozoides son depositados en el interior de la mujer, mediante cánula, jeringa o cualquier otro tipo de dispositivo; la fecundación in vitro supone la fusión de los gametos masculino y femenino de manera extracorpórea y su posterior implantación en la mujer (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 6359-2017.)

Dichos procedimientos médicos se realizan cuando diferentes tratamientos médicos han sido ineficaces, por lo tanto se descartan, y acuden a las TRHA con el propósito de que la pareja o la persona pueda superar su esterilidad o infertilidad, con el fin de lograr la procreación.

5.3. Antecedentes históricos de la maternidad subrogada.

La figura de la maternidad subrogada se retoma a partir de los primeros pasajes de la Biblia, respectivamente en el Antiguo Testamento, Génesis 16, al manifestar que al ser Sarai, esposa de Abram, estéril, ella en últimas decide ofrecer a su marido a la sierva egipcia, Agar, para que pudiera tener descendencia. “Dijo, pues, Sarai a Abram: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego que te allegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abram la voz de Sarai(...)”. Y así, Agar dio un hijo a Abram, que fue llamado Ismael.

La misma situación se presentó para Jacob, nieto de Abram, con sus 2 esposas, Raquel y Lea, pues:

Viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: dame hijos, o si no, me muero. Y Jacob se enojó con Raquel y dijo: ¿Estoy yo en lugar de Dios, quien te impidió el fruto de tu vientre? Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha; llegate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella [...] Y concibió Bilha y dio a luz un hijo a Jacob [...] Y viendo Lea que había dejado de tener hijos, tomó a Zilpa, su sierva, y la dio a Jacob por esposa. Y Zilpa sierva de Lea, dio a luz un hijo a Jacob. (Santa Biblia, Génesis 30.)

Ahora bien, en el Reino de los Sumerios, precisamente en la Antigua Mesopotamia, a mediados del siglo XVIII a.C., la maternidad subrogada era una figura legalmente permitida y habitual, pues así figura en el Código de Hammurabi, donde disponía a través de sus diversas Leyes (144 – 147), que la esposa, al ser estéril, debía dar a su marido una esclava con el fin de procrear, y si daba luz a un hijo, el esposo, no podía tener otra esposa, a menos que la esclava no logre concebir un hijo. Así mismo, se establecía en el Código ciertas “garantías” a las madres subrogadas, al disponer que si la esclava lograba tener hijos, su patrona no la vendería, la mantendría con el resto de sus esclavas (Cardona Buendía y Parra Blanco, 2009).

Sin embargo, no fue hasta el año de 1976, cuando se habló del primer acuerdo documentado de maternidad subrogada, donde la gestante aportaba sus gametos, esto en razón a que se realizaba por medio de la inseminación artificial. Dicho acuerdo fue patrocinado por Noel Keane, abogado de Dearborn, Michigan, Estados Unidos, el cual fue el encargado de la creación de la Surrogate Family Service Inc., una agencia encargada de juntar parejas infértiles y mujeres dispuestas a actuar como gestantes (Camacho, 2009).

Pero en 1984, se presentó el primer caso de maternidad subrogada donde la gestante no aportó sus óvulos, pues “los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al útero de una mujer que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética”(Lamm, 2013, p. 20).

Este suceso marcó un importante avance en el mundo de la medicina reproductiva ya que surgió la posibilidad que las personas que padecen infertilidad logran tener un hijo genéticamente propio.

Por último, en el año de 1986 la figura de la maternidad subrogada tomó mucha más fuerza y visibilidad con el conocido caso de “Baby M”, este caso consistía en que la Sra. Mary Whitehead celebró un contrato con la pareja conformada por William y Elizabeth Stern, dicho contrato consistía en alquilar el vientre. Ambas partes se habían comprometido con sus obligaciones, tanto la madre gestante a concebir el niño e inmediatamente entregarlo a los padres comitentes (pareja Stern), como estos últimos, a pagar gastos que surjan del procedimiento médico. Al momento del nacimiento de “Baby M”(Melissa Stern), la madre gestante se rehusó a entregar a la recién nacida a la pareja con la que había firmado el contrato. Una vez presentado el caso ante la justicia estadounidense, el Tribunal Superior de New Jersey, declaró válido y ejecutable el contrato de subrogación, por lo tanto, otorgó la custodia exclusiva de la niña a la pareja Stern. Pero, apelada esta decisión, la Corte Suprema de New Jersey,

declaró nulo dicho contrato de subrogación, y decidió que la menor debía residir con la pareja Stern y la señora Whitehead tenía derecho de visita (López de Armas y Amado Amado, 2014).

El mencionado caso constituye una reflexión jurídica y ética, no solo en el ordenamiento jurídico estadounidense, sino en el resto del mundo, ya que “pone de manifiesto la necesidad de replantear y cuestionar la normas vigentes en materia de maternidad frente al avance de la ciencia y la tecnología, y de manera particular en relación con el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida” (Camargo, 2009, p. 20).

5.4. ¿Qué es la maternidad subrogada?

Mucho se ha hablado sobre la figura de la maternidad subrogada y su denominación, pues se han utilizado diversos términos para nombrarla, siendo los más comunes: gestación por sustitución, alquiler de vientre, alquiler de útero, gestación subrogada, donación temporaria de útero, maternidad de encargo, madres gestantes, etc.

Así las cosas, poco a poco esta figura ha adquirido más relevancia y por lo tanto, más conceptos han surgido para definirla, por ello, se enunciarán los conceptos brindados por Nicolás Jouve de la Barreda, Doctor en Ciencias Biológicas por la Universidad Complutense de Madrid y Eleonora Lamm, Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo y Doctora en Derecho y Bioética por la Universidad de Barcelona.

Jouve de la Barreda (2017) afirma que la maternidad subrogada consiste en:

El nacimiento de un niño que es gestado por una mujer ajena a quien desea tener el hijo, bien una pareja con problemas de infertilidad, una mujer sola o un varón solo. Para ello se utiliza alguna de las alternativas que ofrece la reproducción humana asistida, pudiendo el óvulo ser aportado por la mujer que va a gestar, en cuyo caso se recurre a

la inseminación artificial, o ser implantando un embrión producido por fecundación in vitro (FIV) procedente o no de los padres que van a adoptar al niño. (p. 154).

Por otra parte, Lamm (2013) define la gestación por sustitución como “una forma de reproducción humana asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente” (p.24). Esta autora considera que la denominación más apta para esta figura es gestación por sustitución, porque precisamente de lo que se trata todo ello es de prestar el útero, sustituir la matriz, para de esta manera gestar el embrión de otro.

Sin embargo, en el contexto jurisprudencial colombiano, la Corte Constitucional, mediante sentencia T- 968 de 2009, basándose la Doctrina, denomina esta técnica de reproducción humana asistida como alquiler de vientre o de útero, maternidad subrogada o maternidad de sustitución y la definen 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, 2009).

5.5. Clases de maternidad subrogada.

La doctora Lamm (2013), ha distinguido 2 modalidades de maternidad subrogada (gestación por sustitución) según el origen genético:

a. Maternidad subrogada tradicional, plena o total: Consiste en que la madre subrogada además de aportar su vientre, aporta sus propios óvulos para ser fecundados con espermatozoides que provienen del padre comitente, es decir, quien solicita la subrogación o de un donador anónimo. El procedimiento se lleva a cabo mediante inseminación artificial o fecundación in vitro.

b. Maternidad subrogada gestacional o parcial: Consiste en que la madre subrogada solo aporta su vientre, no aporta su material genético, específicamente sus óvulos, pues estos serán aportados por la madre comitente, es decir, quien solicita la subrogación o de una donadora anónima. En últimas esta modalidad se lleva a cabo cuando se implantan los gametos en la madre subrogada mediante el proceso de la fertilización in vitro.

De acuerdo con la finalidad, la maternidad subrogada puede ser:

a. Altruista: Se presenta cuando la madre gestante desea llevar a cabo el procedimiento de la maternidad subrogada de manera gratuita, en razón a lazos de amor, amistad o parentesco que tenga con la pareja comitente o contratante.

b. Onerosa o lucrativa: Se presenta cuando la madre gestante recibe cierta remuneración económica por llevar a cabo el procedimiento de la maternidad subrogada, es decir, concluir el embarazo y en últimas entregar el bebé producto del acuerdo. Dicha remuneración es dada por la pareja comitente o contratante.

5.6. Causas por las cuales se recurre a la maternidad subrogada.

Las motivaciones por las cuales una pareja o persona acude a la figura de la maternidad subrogada, son por la esterilidad o infertilidad de la pareja o por alguno de ellos, para poder llevar a cabo el embarazo. Es importante aclarar los conceptos de esterilidad o infertilidad, ya

que, “la esterilidad se refiere a la imposibilidad absoluta e irreversible de concebir, indica imposibilidad de efectuar la fecundación” (Martínez, 2015, p. 8).

El Doctor Efraín Pérez Peña señala que la esterilidad es la incapacidad que tiene una pareja para lograr la concepción después de transcurrido un año de relaciones sexuales sin utilizar algún tipo de protección anticonceptiva. Este especialista explica que la esterilidad se da de 2 maneras:

Primaria, cuando no se ha logrado el embarazo, bajo ninguna circunstancia y por ningún tratamiento, y secundaria, cuando ha habido embarazos previos, pero que en la actualidad ya no, situación que pudo haberse ocasionado por circunstancias iatrogénicas, como lo son intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas terapéuticas médicas o quirúrgicas, retardo en el diagnóstico, etc. (López. 2005, pp. 100 - 101).

Ahora bien, la infertilidad se define como “la incapacidad de completar un embarazo luego de un tiempo razonable de relaciones sexuales sin tomar medidas anticonceptivas” (Brugo-Olmedo, Chillik, Kopelman, 2003, p.2). Precisamente consiste en que la fecundación se lleva a cabo, pero el embarazo no llega a término.

Teniendo en cuenta que alguno de quienes conforman la pareja presenta cierta disfunción orgánica, o ambos, se señala que de ser la mujer, las causas de infertilidad femenina se deben a condiciones uterinas, problemas hormonales que pueden estar relacionados con enfermedades de tiroides, miomas uterinos, síndrome de ovario poliquístico, malformaciones uterinas, problemas en el endometrio, enfermedades de transmisión sexual, entre otros (Brugo-Olmedo, Chillik, Kopelman, 2003).

De ser hombre, las causas de la infertilidad masculina se deben a la alteración en el número de los espermatozoides, por diferentes patologías referentes al sistema reproductor o enfermedades testiculares. Sin embargo, las mencionadas causas biológicas no son las únicas que afectan a hombres y mujeres, para el Doctor Efraín Pérez, también hay ciertas causas generadoras de problemas reproductivos, como son, la edad, pues la fertilidad disminuye con el paso de los años, y esto se debe a factores como “el envejecimiento del ovario, la disminución de la calidad ovocitaria, aumento de condiciones médicas y ginecológicas; en los hombres el envejecimiento se acompaña de una disminución en la calidad del esperma”(Ramírez, Cala, Fajardo y Grave de Peralta. 2019, p. 287).

Otras causas son, el uso indiscriminado de métodos anticonceptivos, que afecta en su mayoría a las mujeres, pues estos métodos alteran su organismo; el contacto que se tiene con ciertas sustancias tóxicas como el plomo, gases, solventes, radiación; el uso de tranquilizantes, analgésicos y estimulantes menores como son la cafeína y nicotina que afectan la función neuroendocrina, la espermatogénesis y el funcionamiento sexual y por último, el estrés, ya que “origina una alteración fisiológica y hormonal en los seres humanos, debido a la segregación de importantes cantidades de sustancias tóxicas derivadas de la adrenalina, sustancia que liberamos en situaciones de tensión emocional” (López. 2005, pp. 101- 102).

Existen muchas causas de infertilidad femenina o masculina, pero se debe entender que estas técnicas también, se crearon con el fin de ayudar a personas que quieren concebir pero presentan situaciones diferentes a la infertilidad o esterilidad :

a. Padres solteros.

b. Cuando son parejas homosexuales que han querido acceder a la paternidad mediante esta técnica, teniendo en cuenta que se puede realizar el procedimiento de diferentes maneras, como mezclar el semen de ambos, esto con el fin de dejar al azar la decisión.

c. Cuando se ha realizado un procedimiento de fecundación in vitro para conservar los embriones congelados y por alguna razón la mujer ha fallecido su pareja podrá usar el método de maternidad subrogada para gestar ese embrión con la ayuda de una mujer gestante, en este caso aplicaría la maternidad subrogada gestacional o parcial.

d. Por último, se debe mencionar que en los últimos años se han incrementado las solicitudes de este procedimiento por razones estéticas.

Por lo anterior, se puede concluir que las TRHA se crearon con el fin de asistir a las personas con dificultades para concebir, brindándoles soluciones técnicas y científicas las cuales generan la posibilidad de ser madres o padres.

6. CAPÍTULO 2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA.

6.1. Análisis jurisprudencial en Colombia respecto al contrato de maternidad subrogada.

En Colombia, existe solo un precedente jurisprudencial con respecto al tema de la maternidad subrogada, pues la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T – 968 del 18 de diciembre de 2009, con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa, se pronunció por primera vez acerca del tema en cuestión, a razón de los hechos fácticos que presentó el caso:

Los mellizos Samuel y David, nacieron el día 21 de marzo de 2006 en el municipio de Vijes, Valle del Cauca, como resultado del proceso de reproducción asistida de fertilización in vitro, mediante el cual, se le implantaron cuatro (4) embriones a la señora Sarai (accionante de la demanda) bajo su consentimiento. El señor Salomón y la señora Sarai se conocieron por medio del Dr. Marco Julio Velásquez director del Programa de Fertilización in vitro del Centro de Reproducción Asistida Fecundar, en razón a que el señor Salomón de nacionalidad colombiana,

casado con la señora Raquel, dominicana, residente en Estados Unidos, deseaban tener un hijo mediante el proceso de alquiler de vientre.

Sarai acudió al centro Fecundar, donde procedieron a implantar los óvulos de la señora Raquel una vez fueron fecundados con el esperma del señor Salomón, pero dicho tratamiento no dio resultado puesto que su cuerpo los rechazó, incluso se llegó a realizar el procedimiento con un óvulo de una donante pero este también fue rechazado.

Según la afirmación de la señora Sarai, el señor Salomón la visitaba frecuentemente en su residencia en Vijes, y al cabo de un tiempo iniciaron una relación. A raíz de esto, la accionante acordó con Salomón la realización de un nuevo tratamiento de fertilización pero con sus propios óvulos a cambio de una “buena posición económica para que tuviera el niño y que ese niño lo criarían los dos”.

Salomón negó lo afirmado anteriormente por Sarai, y aseguró que en desarrollo del acuerdo que tenían, acudieron al Centro de reproducción asistida, Sociedad Unidad de Medicina Reproductiva Centro Imbanaco ubicado en la ciudad de Cali, donde se llevó a cabo el tratamiento de fertilización que dio como resultado un embarazo gemelar. Cabe mencionar que ambos se presentaron en el consultorio del Dr. Camacho como un matrimonio que deseaba concebir un hijo.

Al momento del nacimiento de los menores, la madre los registró con sus dos apellidos y como hijos extramatrimoniales, ya que el señor Salomón no pudo asistir al parto. Según lo informado por él mismo, Sarai no quiso entregar a sus hijos, por lo cual se entiende que incumplió con el objeto final del contrato. Ante la mencionada situación, el padre de los 2 menores decidió separar definitivamente a Sarai de sus hijos e inició el proceso de custodia y cuidado personal en Vijes.

El 20 de diciembre de 2006, cuando los niños tenían 9 meses de nacidos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de Yumbo, a petición de la juez promiscua municipal de Vijes, decidió retirar a la madre la custodia y cuidado personal de los menores, la cual fue designada de manera provisional a la tía paterna, Isabel. Dicha decisión fue motivada en razón al informe de estudio socioeconómico y familiar presentado por la trabajadora social Claudia Yaneth Espinosa Rivera del ICBF centro Zonal Yumbo, donde constaba que los menores vivían en un lugar altamente contaminado, puesto que su casa en el municipio de Vijes, estaba ubicada al lado de un horno de cal, y en razón de ello, los menores padecían de asma, la cual no estaba siendo tratada por un pediatra especializado en neumología, igualmente, la familia materna tenía ciertos antecedentes de violencia intrafamiliar lo cual se consideraba como un riesgo potencial para la seguridad y correcto desarrollo de los infantes.

A través de apoderada judicial, el señor Salomón inició un proceso en el cual solicitó la privación de la patria potestad respecto a la señora Sarai, además de un permiso de salida del país con el fin de que los 2 menores pudieran salir y residir en los Estados Unidos. Así las cosas, la demanda fue admitida por el Juzgado 10 de Familia de Cali el 19 de noviembre de 2007 y mediante Sentencia del 29 de agosto de 2008 fue concedido el permiso de salida del país de los 2 menores con destino a Estados Unidos en compañía de su padre, el señor Salomón, el cual debía permitir el contacto de los menores con su madre, brindándole teléfono, dirección de residencia y permitiendo las visitas.

El Juez de Familia tomó la decisión de conceder el permiso de salida del país de los dos menores, considerando, que entre el señor Salomón y la señora Sarai existía un contrato verbal, cuyo objeto era el alquiler de vientre de modalidad parcial, por lo cual, se estaba en la obligación de entregar el fruto que resultara de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel, por lo tanto, se sobreentiende que hubo un incumplimiento contractual por

parte de la gestante, además, del hecho de que la señora había recibido una alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, en razón de este contrato. Por otro lado, Sarai desconoció los derechos del padre, al no permitir el registro de los dos (2) menores con su apellido, e impedirle sus visitas.

En cuanto a los derechos de los menores involucrados y su estado de salud , se consideró pertinente adjudicar a la tía paterna la custodia y cuidado personal de manera provisional, ya que la madre de los infantes no podía brindar a los mismos las condiciones físicas, mentales, morales y económicas necesarias para su correcto desarrollo, esto según el estudio realizado por el Instituto de Bienestar Familiar (ICBF) Centro Zonal Yumbo. Posteriormente, la custodia y cuidado personal fue ratificada en cabeza del padre por decisión del Juzgado Promiscuo Municipal de Vijes, con base a las condiciones económicas de la madre y situación de subdesarrollo de la ciudad de Cali, por ello, los menores deben irse con su padre, ya que con él podrán tener el amor de una familia, bienestar y mejores oportunidades en un país desarrollado.

Por último, el juez consideró que el “padre tiene un mejor derecho a estar con ellos”, ya que buscó de muchas maneras su nacimiento, pero sin olvidar los derechos de la madre, se dispuso que el padre “deberá traerlos o permitir que ellos vengán a esta ciudad y estén al lado de su madre dos veces al año, en época de vacaciones de mitad y de fin de año. Cuando la señora Sarai pueda ir a los Estados Unidos, bien sea por sus propios medios económicos o por ayuda que le pueda brindar el señor Salomón, se entiende que se cumple con el compromiso de las visitas.”

Es de resaltar, que la señora Sarai no estuvo de acuerdo con dicha decisión, ya que consideró que el Juez Décimo de Familia no tuvo en cuenta los conceptos brindados por la Procuradora Octava de Familia y el estudio socioeconómico realizado por la trabajadora social del Juzgado Décimo de Cali, en los cuales se consideraba que los menores no debían ser separados de su

madre, por lo anterior, la accionante solicitó que mediante la acción de tutela se revoque la Sentencia proferida el 29 de Agosto de 2008 por el Juzgado Décimo (10) de Familia de Cali, por ser violatoria de los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separada de ella, específicamente los artículos 43 y 44 de la Constitución Política.

El proceso de tutela le correspondió inicialmente, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, quien mediante sentencia del 10 de diciembre de 2008, dejó sin efectos la sentencia proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali, por haber incurrido en defecto fáctico y sustantivo, puesto que:

[...] En defecto fáctico al haberse apartado del deber de sustentar sus decisiones en pruebas determinadas y haber omitido la aplicación de las reglas que permiten su evaluación. Y en defecto sustantivo por presentar problemas graves relacionados con una insuficiente sustentación de la actuación, haber desconocido la Declaración de los Derechos del Niño integrante del bloque de constitucionalidad, e ignorar el precedente constitucional, especialmente el previsto en la Sentencia T-808 de 2006, referente a un conflicto similar, y en las sentencias T-510 de 2003 y T-397 de 2004, relativas al interés superior del menor y a sus derechos fundamentales.

El señor Salomón mediante apoderado, impugnó la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior anteriormente mencionado, y por ello el 24 de febrero de 2009, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decide confirmar el fallo dado por el Tribunal Superior el Distrito de Cali, ya que consideró que hubo una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, puesto que, en aras de unos defectos fácticos y sustantivos, la decisión del Juez Décimo desconoció lo establecido en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a que la decisión judicial no se fundamentó en las pruebas allegadas al proceso, y destacó que su decisión fue tomada en base a la situación económica de

la madre, factor que no puede ser determinante en dicha decisión, ya que el Estado tiene la obligación de tomar las medidas de protección necesarias para el cuidado integral del menor, pero, sin ser separados del lado sus padres, independientemente de las penurias económicas que estos puedan tener.

Por último, entra la Corte Constitucional para llevar a cabo el proceso de revisión de las sentencias del diez (10) de diciembre de dos mil ocho (2008) y del veinticuatro (24) de febrero de dos mil nueve (2009), proferidas por el Tribunal Superior del Distrito de Cali, Sala de Familia y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respectivamente, que decidieron sobre la acción de tutela instaurada por Saraí contra la providencia del 29 de agosto de dos mil ocho (2008) proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali.

Teniendo en cuenta el caso, la Corte Constitucional procede a definir la maternidad subrogada, en base a la doctrina, 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 ese orden de ideas manifestó que “las técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro, combinadas con la maternidad subrogada, permite a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y semen de su marido, compañero o donante.” Señala la Corte que por lo general, las parejas que deciden llevar a cabo este acto reproductor prefieren generar el embarazo con sus propios óvulos y esperma.

Pues bien, la Corte Constitucional señala que respecto a las partes involucradas en este procedimiento médico, estas tienen ciertas obligaciones que cumplir, en el caso de las madres sustitutas, llevar a término el embarazo una vez aceptado y ocurrido el parto entregar el hijo a

las personas que lo encargaron, y estos a su vez están obligados en el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

Para la Corte la maternidad subrogada, representa una ventaja para todas las parejas que no han podido concebir hijos, y es que el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre, y dicha ventaja se sobrepone incluso al sistema de la adopción. La obligación que tiene la madre sustituta o de alquiler es gestar un embrión fruto de la unión del óvulo y espermatozoide de la pareja contratante.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de acuerdos, ya que, en relación a lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 42 de la Constitución Política, la Corte considera legitimada jurídicamente la maternidad subrogada, al ser parte de las técnicas de reproducción humana asistida, ya que el mencionado artículo dispone que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.”

Incluso, el Centro de Medicina Reproductiva Fecundar recomienda esta práctica a sus pacientes, y en el caso específico de Sarai y Salomón, se manifestó diciendo:

El centro de Medicina Reproductiva Fecundar, al no ser clara la reglamentación en Colombia, sobre madre sustituta recomienda este tratamiento siempre con una pariente o familiar, pero la pareja manifestó no tener una candidata con las condiciones requeridas y solicitó el favor de que se le recomendara una persona.

Después de examinar y encuestar varias candidatas que pudieran servir de madre sustituta, se recomendó a la Sra. Sarai, de 26 años en ese momento (sic), febrero 21 del año 2004, la cual había sido recomendada por otra paciente del Centro, la Sra. Esperanza Reina Ramos.

Esta candidata se le evaluó (sic) desde el punto de vista médico, exámenes de laboratorio y departamento de psicología, encontrándose adecuada. Además tenía a su favor que ya era madre de una niña de 1 año de edad.

Al no haber reglamentación clara y expresa de esta práctica, la doctrina manifiesta que es necesario una regulación del contrato de maternidad subrogada, para así evitar una violación a los derechos e intereses del recién nacido y conflictos que surgen por los desacuerdos que puedan tener las partes involucradas, que no se realicen actos de disposición sobre el cuerpo contrarios a la ley, que no haya una mediación lucrativa de por medio en la celebración de este tipo de acuerdos.

La Corte, en últimas, considera que sí hay una necesidad de una regulación exhaustiva y basándose en la doctrina menciona una serie de requisitos y condiciones que deben cumplirse para este tipo de acuerdos o contratos:

(i) Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje

desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.

Ahora bien, la Corte Constitucional concluyó que para el caso en concreto, no se considera que el nacimiento de los dos menores haya sido producto de un contrato de arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, ya que la señora Sarai es la madre biológica de los menores. Además, teniendo en cuenta lo dicho por el padre en diferentes declaraciones, la señora Sarai le había manifestado con antelación su elección de criar a los niños. Esto nos permite entender algunas de las incertidumbres o incumplimientos que pueden ocurrir en este tipo de modalidades sin regulación, por esto, se genera la necesidad de un marco contractual que regule este contrato de la maternidad subrogada.

6.2 Contrato de maternidad subrogada en Colombia desde la teoría del negocio jurídico

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente por la Corte Constitucional, específicamente que en Colombia, la maternidad subrogada no cuenta con una legislación existente que regule el contrato en sí, este se entiende como un contrato atípico, el cual se realiza por el consentimiento de las partes. Según Tamayo (1990), afirma que los contratos atípicos:

Son el producto de la imaginación de las partes contratantes, las que, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad los redactan a su arbitrio. Josseland los llama contratos ‘sobre medida’ ya que las partes los crean según sus necesidades (p. 95).

Como se mencionó, la sentencia T - 968 - 09 de la Corte Constitucional evidencia la necesidad de establecer unos requisitos que permitan regular la celebración del contrato de maternidad subrogada en el territorio colombiano, esto teniendo en cuenta que es de suma importancia establecer las obligaciones a las que las partes se deben someter al momento de la

celebración del mismo, ya que si bien es un contrato atípico, este no puede invisibilizar los elementos esenciales del negocio jurídico.

Ahora bien, al aplicar la teoría del negocio jurídico respecto al procedimiento de maternidad subrogada en Colombia, debemos precisar que se considera que el contrato es el medio adecuado por el cual, se deben establecer los derechos y obligaciones de las partes involucradas en el mismo, esto con el fin de garantizar lo consagrado en el artículo 1602 del Código Civil al mencionar que los contratos son ley para las partes.

Para que este contrato se considere válido en nuestro país, se deben cumplir con cuatro elementos básicos que establece nuestra legislación. Este podrá ser celebrado bajo el estricto cumplimiento de los siguientes elementos: capacidad, consentimiento libre de vicios, causa lícita y objeto lícito.

Capacidad.

Cumpliendo con lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico se entiende que para celebrar el contrato de maternidad subrogada en Colombia las partes interesadas deben tener capacidad legal o de ejercicio, es decir, la personas mayores de 18 años. Ahora bien, se debe cumplir con lo establecido en el artículo 1502 del Código Civil, ya que en este se reitera que la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí mismo:

ARTÍCULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1o.) que sea legalmente capaz.
- 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

Mediante la capacidad legal se permite realizar o no actos jurídicos y esto es el reflejo de nuestra voluntad para tomar decisiones. Por lo anterior, se entiende que la capacidad legal es la base para poder otorgar el consentimiento a la hora de celebrar el contrato de maternidad subrogada, tanto para los interesados en solicitar este procedimiento médico como para la persona que está dispuesta a someterse al tratamiento con el fin de gestar el embrión.

Consentimiento libre de vicios.

Respecto al consentimiento libre de vicios, se debe enfatizar en la importancia de que en el momento en que se celebre el contrato se verifique que las partes conozcan las implicaciones, obligaciones y riesgos a los cuales se verán sometidas, además de que es preciso que las partes estén informadas de las situaciones en las cuales se pueden ver inmiscuidos en razón de este contrato. Es necesario reiterar que el consentimiento debe estar libre de error, fuerza o dolo. Además, las partes deberán estar informadas no sólo de las consecuencias y riesgos del procedimiento médico sino de los efectos jurídicos que tendrá este contrato. “Lo que acabamos de decir, nos lleva a ampliar la noción de consentimiento informado (que suele ceñirse a los solos aspectos médicos) al tema de la correcta información. Eso implica otros muchos aspectos jurídicos y legales” (Velázquez, 2018, p.19).

Según el artículo de maestría, “elementos estructurales del consentimiento informado de la facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario”:

El consentimiento informado es la expresión de la voluntad libre y consciente por parte del paciente, alrededor del cual gravitan una serie de derechos, a la intimidad, la

dignidad humana, la libertad individual, la autonomía, la información, entre otros, lo que no lo convierte per se en un derecho fundamental (Solórzano, 2012, p, 13).

Por lo anterior, se puede decir que el ejercicio de manifestar el consentimiento a la hora de celebrar este contrato se basa en el cumplimiento de los derechos fundamentales como la dignidad humana y la libertad individual, por lo cual se estaría respetando el poder de decisión de un sujeto de derechos. Ahora bien, es de entender que por las dificultades que enfrenta esta técnica de reproducción humana asistida en nuestro país al no tener una regulación expresa, se considera necesario que el contrato se haga de manera escrita lo cual generaría un requisito adicional que sería una solemnidad a la hora de celebrar el mismo.

Causa lícita.

En cuanto a la causa lícita, es necesario que esta no vaya en contra del ordenamiento jurídico preexistente, para este caso en concreto, se entiende que se constituye una causa lícita, ya que hasta el momento no hay prohibición alguna respecto a la realización del procedimiento de maternidad subrogada en el país:

El motivo del negocio para la madre o pareja subrogante lo constituirá el deseo de tener un hijo genéticamente suyo, es decir, materializar su derecho a la reproducción, reservado exclusivamente para aquellos casos en donde la madre comitente sufre de problemas de infertilidad y es incapaz de llevar a cabo el embarazo (Lobo, 2019, p.19).

Además, partiendo de la Constitución Política de 1991 y en especial en el artículo 42 de la misma, es válido afirmar que la práctica de esta técnica de reproducción asistida no va en contra del ordenamiento jurídico, toda vez que según el artículo mencionado, los hijos procreados con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes, que los hijos procreados naturalmente o adoptados. Por lo anterior, la causa del contrato de maternidad subrogada no se

podría considerar ilícita, esto también teniendo en cuenta, la falta de regulación de este contrato en el país.

Según la corte constitucional en su sentencia T-629 de 2010 la causa ilícita del contrato será el resultado del ejercicio entre consentimiento y capacidad al tener en cuenta los principios y valores constitucionales, por lo cual se entiende que este contrato no contemplaría una causal de nulidad en cuanto a la causa del mismo, por lo tanto, afirma que:

La licitud o ilicitud de una prestación, de un contrato, serán el resultado de la forma en que operen los bienes constitucionales que animan el ejercicio de la autonomía privada, las normas de Derecho Público y el principio de solidaridad impreso por el Estado Social de Derecho en las relaciones entre particulares. Será resultado del consentimiento y capacidad del sujeto que actúa en ejercicio de su libertad y dignidad humanas y todos los valores constitucionales que de ahí se desprenden, de cumplir con el ordenamiento que somete la actividad de que se trate, a sus reglas y principios. (Corte Constitucional, Sentencia T-629 de 2010).

Objeto lícito.

En cuanto al objeto lícito, se entiende que tiene el fin de usar este procedimiento de la maternidad subrogada para realizar el proceso de gestación mediante la prestación del vientre y útero de la mujer gestante.

Es de precisar que en cualquiera de las modalidades de maternidad subrogada, el objeto lícito del negocio jurídico sería según Alarcón (2009), “la fuerza biológica de gestación de una mujer” (p.191), es decir, “en efecto, el ordenamiento jurídico reconoce y ampara negocios en donde su objeto lo constituye la fuerza física, fuerza intelectual o fuerza de trabajo del cuerpo

humano, por lo que es viable pregonar la capacidad biológica para gestar como objeto del contrato sub-examine” (Alarcón Rojas, 2009, p. 131).

Por lo tanto, el objeto del contrato que se estudia es una obligación de hacer, en este caso, poner al servicio de otra persona la propia función biológica de la gestación, lo cual resulta jurídicamente válido porque cumple con los requisitos que exigen los artículos 1517 y siguientes del Código Civil, como se demostrará a continuación:

- El servicio de gestación existe y es físicamente posible, es decir, no es contrario a las leyes de la naturaleza que una mujer sobrelleve un embarazo (Salcedo, 1996, p. 243).
- Vélez (2005) afirma que “es posible desde el punto de vista jurídico porque no existe una norma imperativa de orden público que la prohíba” (p. 144), por lo tanto, se entiende que es una decisión basada en la ejercicio de los derechos de una mujer a decidir sobre su cuerpo ya que está en plena libertad de desarrollar sus derechos reproductivos
- Es determinado, se centra en obtener un servicio, el de gestación (Lobo, 2019, p. 87).

Es importante evaluar estos cuatro criterios de validez a la hora de celebrar el contrato de maternidad subrogada, esto con el fin de evitar posibles nulidades o incumplimientos. Posterior a esto es esencial revisar las características del mismo ya que esto permite vislumbrar las obligaciones a las cuales se ven sometidas las partes.

Características del contrato de maternidad subrogada.

En cuanto a las características del contrato, se considera que el mismo es un contrato atípico, bilateral:

El contrato bilateral, es aquel que crea obligaciones a cargo de ambas partes contratantes. Cada una de ellas es acreedora y deudora al mismo tiempo. Cada uno de los contratantes asume obligaciones frente al otro, razón por la cual existe reciprocidad de obligaciones. En síntesis, este contrato es bilateral tanto en su formación como en sus efectos (Tamayo, 1979, p. 83 - 84).

Esto en el entendido de que las partes contratantes se obligan recíprocamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa, para este caso en concreto la madre o mujer gestante se obligará a gestar el feto, mediante la maternidad subrogada parcial, puesto que la Corte Constitucional en la sentencia T- 628 de 2009 establece que los gametos no sean aportados por la mujer gestante, ya que la misma solamente facilitara su vientre para la realización del procedimiento, lo anterior implica que la gestante se somete a todos los procesos y procedimientos de pre-fecundación, gestación y post parto que se requieran, además, se obliga a cumplir con todos los cuidados correspondientes a la protección del feto hasta su nacimiento, finalmente, se obliga a entregar al menor al momento de su alumbramiento.

Por otro lado, se entiende que los solicitantes se obligan a cubrir todos los gastos en los que incurran con el procedimiento médico, además, están en la obligación de brindar el material genético para el proceso, igualmente, de recibir al menor después del parto, todo esto, en pro del bienestar superior del menor, ya que son sujetos especiales de protección, puesto que:

(...) quienes intervienen en esta técnica reproductiva materializan jurídicamente su manifestación de voluntad mediante la celebración de un contrato, por el cual buscan adquirir derechos y contraer obligaciones mutuas. Así pues, dentro del contrato de maternidad en sustitución se reflejan dos partes contratantes: una pareja comitente deseosa de tener un hijo y una mujer (mujer subrogada, madre subrogada o portadora)

que acepta adelantar un embarazo a cuenta y riesgo de la pareja comitente (Marín, Barrera & Patiño, 2015, p. 82).

A partir del artículo 1497 del Código civil, se debe especificar si este contrato es a título oneroso o gratuito, entendiendo que el mismo debe nacer de un motivo altruista, con el fin de evitar que este procedimiento se convierta en una manera de explotación o comercialización, sin embargo, algunas legislaciones (de Reino Unido y el Estado de California en Estados Unidos), permiten establecer una compensación económica correspondiente a gastos médicos (físicos y psicológicos), gastos legales, y todos los gastos que se le generen a la gestante durante el proceso de gestación, es decir, todos los gastos que se deriven desde el inicio del tratamiento médico, durante el embarazo, el parto y el posparto. Esto en razón de que la gestante, experimenta los mismos cambios físicos, psicológicos y hormonales al igual que cualquier mujer embarazada, por lo cual se deben considerar los esfuerzos a los que se estaría sometiendo para gestar al infante.

Se debe comprender, la necesidad de cubrir estos gastos, como una medida para evitar una posible situación de explotación o abuso hacia la gestante, ya que no se debe desmeritar las situaciones y estados por los cuales pasa una mujer embarazada, pero tampoco se puede pasar al plano de que se evidencie como un enriquecimiento para la gestante, tal y como lo menciona la Doctora en Derecho Eleonora Lamm (2013):

Es decir, por un lado no debe haber lucro ni enriquecimiento, pero al mismo tiempo esto genera gastos, pérdidas y esfuerzos de la gestante que deben ser compensados. No se debe pagar un «precio» por esta tarea, pero tampoco se debe invisibilizar lo que ésta implica. (p. 85).

Igualmente, este contrato se considera principal, es decir, que subsiste por cuenta propia y no necesita de otro para su cumplimiento, por ello, se recomienda que el mismo sea solemne, ya que este tipo de contratos:

Son aquellos que exigen para su perfeccionamiento y eficacia —además del acuerdo de voluntades— una formalidad o solemnidad especial. Solemnidad que consiste generalmente en un escrito, bien sea público o privado. Hay que precisar entonces que los contratos solemnes no son solamente aquellos que deben celebrarse por medio de escritura pública. En algunos casos la solemnidad o formalismo puede consistir en la necesidad de redactar un escrito, cualquiera que él sea, como ocurre en la promesa de contrato. (Tamayo, 2004, p. 80).

Se puede concluir, que la necesidad de implementar la solemnidad como una característica de este contrato se hace en razón a formalismos que permitan dar garantía de las obligaciones y derechos vinculados al contrato, ya que se ha evidenciado, que en algunas ocasiones, por falta de un documento escrito, se generan incumplimientos del mismo, por lo cual, se puede incurrir en un plano de inseguridad jurídica para las partes y en consecuencia una vulneración a los derechos de los padres, la madre gestante o del menor, resaltando que este último es sujeto de especial protección. Por lo anterior, se requiere la regulación de este contrato, acorde a las situaciones que se pueden generar del mismo.

6.3. La maternidad subrogada desde el derecho comparado específicamente el Estado de California en Estados Unidos y Reino Unido.

Históricamente países como Estados Unidos y Reino Unido se han establecido como pioneros en el desarrollo científico de las TRHA y en especial de la maternidad subrogada, por lo cual se han visto obligados a establecer regulaciones acorde a sus constituciones, respectivamente con el fin de proteger no solo sus principios constitucionales sino también los

derechos de las partes involucradas en el proceso. Por esto, se ha dispuesto la figura del negocio jurídico o contrato como el medio idóneo para acceder a esta técnica de reproducción humana asistida.

ESTADO DE CALIFORNIA EN ESTADOS UNIDOS.

La Constitución de los Estados Unidos, en su décima enmienda, establece «Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por esta a los Estados, están reservados a los Estados respectivamente o al pueblo». Esto significa que los Estados tienen una soberanía estatal, la cual se ve materializada cuando cada Estado particularmente decide legislar o no sobre el tema en cuestión, es decir, si expedir leyes permisivas o prohibitivas o no pronunciarse con respecto al contrato de maternidad subrogada (Lamm, 2013).

En el caso específico del Estado de California, a través de distintos precedentes jurisprudenciales dictados por Tribunales se admitió la maternidad subrogada y los efectos jurídicos que acarrea. Los jueces tuvieron la importante labor de analizar jurídicamente los contratos de maternidad subrogada y sus efectos jurídicos, en el entendido que no existía una regulación con respecto a la materia, sin embargo, al pronunciarse con respecto a ello, señalaron que es el legislador quien tiene la tarea de regular jurídicamente la maternidad subrogada y su contrato. Así se pronunció la Suprema Corte de California en el caso *Johnson v. Calvert*, “nosotros somos conscientes de que el foro adecuado para resolución de este asunto es el legislativo, en donde datos empíricos, que faltan ampliamente en este caso, pueden ser estudiados y reglas de aplicación general desarrolladas” (Rodríguez y Martínez, 2012, p.66).

Es por ello, que el legislador dispuso en el Código de Familia de California, en inglés California Family Code, en su división 12, parte 3 – ley uniforme de padres, capítulo 1, denominado disposiciones generales, artículo 7606, ciertas definiciones que se mencionan a lo largo de este trabajo. Primeramente define la reproducción asistida, como la concepción por

cualquier medio que no sea la relación sexual y el acuerdo de reproducción asistida, significa un contrato escrito que incluye a una persona que pretende ser el padre legal de un niño o niños nacidos por reproducción asistida y que define los términos de la relación entre las partes del contrato.

En relación con lo anterior, la parte 7, dispone en su artículo 7960, que el término subrogada, hace alusión a la mujer que lleva y da a luz un hijo de otra persona, a través de la reproducción médicamente asistida y de conformidad con un acuerdo escrito entre las partes, menciona igualmente que el término padre previsto, significa una persona, casada o soltera, que manifiesta la intención de estar legalmente obligado con el niño resultante de la reproducción asistida, y por último, la portadora gestacional es aquella mujer que no es un padre previsto y acepta gestar un embrión no relacionado genéticamente con ella, de conformidad con el acuerdo de reproducción asistida.

En tal sentido, el artículo 7962, determina que un acuerdo de reproducción asistida para portadoras gestacionales, debe como mínimo contener los siguientes requisitos:

- La fecha en la que se firmó el acuerdo de reproducción asistida para portadoras gestacionales.
- Nombres de las personas que aportaron sus gametos, a menos que hayan sido donados, en ese caso, en el acuerdo de reproducción asistida no se necesita especificar el nombre del donante, sólo será necesario especificar si el gameto o los gametos donados fueron óvulos, espermatozoides o embriones.
- La identidad del padre o los padres previstos.
- Divulgación de cómo el futuro padre o los futuros padres cubrirán los gastos médicos de la portadora gestacional y del recién nacido o recién nacidos. Si existe una cobertura

de atención médica que cubrirá dichos gastos médicos, la divulgación incluirá una revisión de las disposiciones de la póliza de atención médica relacionadas con la cobertura para el embarazo subrogado, incluida cualquier posible responsabilidad de la portadora gestacional, gravámenes por responsabilidad de terceros u otra cobertura de seguro, y cualquier requisito de notificación que pueda afectar la cobertura o la responsabilidad de la portadora gestacional.

Seguidamente, el artículo dispone que una vez esté listo el acuerdo de reproducción asistida para las portadoras gestacionales con todos sus requisitos, antes de ejecutarse, deben las partes estar representadas por abogados independientes con su respectiva licencia. Dicho acuerdo será suscrito por las partes (portadora gestacional – padre o padres previstos), con sus respectivas firmas, las cuales deben ser certificadas ante notario o atestiguadas por un método equivalente de afirmación requerido en la jurisdicción donde se ejecute el acuerdo de reproducción asistida para portadoras gestacionales.

Con respecto al tema de la filiación, en el caso del Estado de California, una vez celebrado el acuerdo de reproducción asistida, el padre o los padres previstos, deben iniciar el procedimiento judicial dispuesto en el artículo 7630 del mencionado Código, para así establecer su filiación con respecto del recién nacido, y ello será a partir de una sentencia, conocida como “pre-birth judgement”, donde se declara la filiación a favor de los padres previstos, esto en base al artículo 7633 del Código de Familia de California. Este procedimiento busca terminar la filiación que pueda tener el recién nacido con respecto a la portadora gestacional o gestante, y su cónyuge, en el caso de estar casada.

Así las cosas, el artículo 7633 dispone que una vez dictada la sentencia, se ordena a la clínica u hospital que después de ocurrido el parto, el nombre del padre o de los padres previstos estén

en el certificado original de nacimiento del menor, ello con el objetivo de evitar un proceso de adopción.

Si no se presenta todo ello en conjunto a la mencionada Oficina Estatal, en cumplimiento del artículo 7611 del Código de Familia de California donde se estipula la presunción de paternidad matrimonial, se toma la decisión de designar a la portadora gestacional o gestante, como la madre legal, y su cónyuge, en caso de estar casada.

A partir de lo establecido por la jurisprudencia y ley en el Estado de California y comparar ello con el caso colombiano, se puede deducir que el legislador debe cumplir con su labor de construir jurídicamente una regulación que vaya acorde con la práctica de la maternidad subrogada, ya que está de por medio unas partes que tienen unos derechos, y en el cual el menor de edad es un sujeto de especial protección, por lo tanto, se debe establecer de manera clara su derecho fundamental a la filiación, las obligaciones que se desprenden del contrato y establecer ciertos límites en el ejercicio de esta técnica, pues no se debe negar que la maternidad subrogada es una realidad científica y médica que empaña al derecho y en consecuencia, su estudio permitirá adoptar un marco normativo incluyente para todas las partes.

REINO UNIDO.

El análisis respecto al contrato de maternidad subrogada en Reino Unido nos lleva a recordar que históricamente es uno de los países pioneros en aplicar esta técnica de reproducción asistida, ya que su práctica está regulada a través de la Surrogacy Arrangements Act de 1985, la Adoption and Children Act de 2002, la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008 (HFEA) y la Fertilisation and Embryology (Parental order) Regulations de 2010.

La Surrogacy Arrangements Act, Ley de Arreglos de Subrogación en español, en la cual se regulan las actividades relacionadas con el proceso de maternidad subrogada o alquiler de

vientre y las madres gestantes, es muy clara en prohibir la maternidad subrogada con fines lucrativos, pues de serlo así está penalizado, sencillamente no se puede llevar a cabo por el querer realizar una negociación comercial.

Reino unido es uno de los pocos países europeos en los cuales se puede realizar este procedimiento de la maternidad subrogada pero bajo estrictas condiciones, pues como lo determina la Ley de Arreglos de Subrogación, solamente se puede realizar por motivos médicos, con fines altruistas y admite el pago de gastos médicos requeridos para el correcto desarrollo y cuidado del embarazo y para proteger la vida tanto del menor como de la madre gestante. Dichos gastos deben ser estrictamente razonables, que solo se deriven del proceso de gestación en curso y lo que conlleva (Lamm, 2013).

En cuanto al tema de filiación se entiende que la madre gestante es la madre del menor, así no haya aportado su material genético, pues así lo señala el artículo 33 de Human Fertilisation and Embryology Act de 2008, en español la Ley de Fecundación y Embriología Humana. Y ante esta situación se pueden presentar 2 casos, el primero, en base al artículo 35 de la anterior ley mencionada, donde la madre gestante está casada, por ley su marido será considerado el padre del infante, a menos que demuestre que no dio su consentimiento para que se llevara a cabo este procedimiento médico, por lo tanto, será la pareja comitente, los encargados de solicitar la filiación ante un tribunal, después de transcurrido un tiempo de 6 semanas, que es un tiempo de reflexión para la gestante. Si la gestante da su consentimiento, una vez suceda ello, el juez establecerá la filiación para la pareja comitente mediante una *parental order* en la cual estará dispuesto la transferencia de la filiación a los comitentes, esto en base, a lo establecido en el artículo 54 de la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008.

El segundo caso que puede presentarse, es el caso donde la gestante no está casada, ni en unión civil, por consiguiente, “el comitente que aportó el semen será automáticamente el padre

legal del niño al momento del nacimiento y adquirirá responsabilidad parental al ser registrado en el certificado de nacimiento (Lamm, 2013, p. 133).

Si el comitente no aportó el semen porque se recurrió a un donante de semen, junto con la comitente, serán designados por ley a ser los padres del infante, siempre y cuando la gestante y el comitente, hayan dado su consentimiento. Así las cosas, la Human Fertilisation and Embryology Authority, quienes son el regulador gubernamental responsable de garantizar que las clínicas de fertilidad y los centros de investigación cumplan con la ley, dispone que para la transferencia de la filiación, tanto la parte comitente como la gestante deben llenar y firmar unos formularios, para la parte comitente es «SPP Su consentimiento para ser el padre legal en caso de GS» («SPP Your consent to being the legal parent in surrogacy») y para la gestante «SWP Su consentimiento - como gestante - para nombrar a un comitente para ser padre legal» («SWP Your consent (as a surrogate) nominating an intended parent to be the legal parent»).

Esto permite deducir que en cualquiera de los 2 casos mencionados, la gestante es la persona encargada de dar el consentimiento para así poder iniciar el trámite correspondiente a la parental order.

Sin embargo, la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008, en su artículo 54 estipula que se deben cumplir ciertos requisitos para otorgar la parental order a la parte comitente o padres comitentes:

Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético, evidencia que ha de demostrarse ante el tribunal. Los comitentes deben ser esposos, constituir una unión civil o ser dos personas que vivan como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentren en grados prohibidos de parentesco. Además, ha de tratarse de personas mayores de 18 años, al momento de solicitar la orden, y tanto cuando se solicita como cuando se otorga, el hogar del niño debe ser el de los comitentes. La parental order debe

solicitarse dentro de los seis meses al nacimiento del niño, sin que quepa prórroga, lo cual puede ser un problema cuando cuestiones de inmigración supongan un retraso. También, tanto en el momento de solicitud, como en el de concesión, al menos uno de los comitentes ha de estar domiciliado en el Reino Unido. Por otro lado, el tribunal debe asegurarse de que tanto la gestante, como su esposo, si lo hubiera, han consentido libre, incondicionalmente, y con plena comprensión. Consentimiento que sólo se reputará válido si se ha producido transcurridas seis semanas del nacimiento. Por último, la ley autoriza el pago de gastos razonables, no cabiendo ninguna otra remuneración, salvo autorización judicial, que tiene la facultad de autorizar pagos que excedan de aquéllos en forma retroactiva (Hernández, 2017, p. 330- 331).

Partiendo del análisis del derecho comparado y usando como ejemplificación su legislación y la trayectoria del contrato de maternidad subrogada, se puede considerar que en Colombia si bien no existe ese contrato de manera tipificada y mucho menos regulada, sí se deben establecer unos lineamientos que generen seguridad jurídica a las partes involucradas, esto en razón de que actualmente en el país, existen clínicas de fertilidad como el instituto de fertilidad humana INSER, el cual, brindó para el presente trabajo un concepto respecto al manejo de esta TRHA en Colombia:

La Institución se ha ido adaptando a las sentencias de la Corte Constitucional colombiana con el fin de intentar respetar la autonomía de las parejas y el derecho a la procreación bajo un manejo integral que involucra el abogado de familia, la evaluación del profesional en salud mental o psicológico y médico especialista en reproducción asistida.

La mayor problemática relacionada a la práctica de la maternidad subrogada es la elaboración de un adecuado contrato entre los padres intencionales y la gestante

sustituta en la que se protejan los derechos y deberes de las partes: pareja intencional, gestante sustituta e hijo.

Respecto al menor que nace fruto del convenio de maternidad subrogada en Colombia, se encuentra que la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-968 de 2009 recoge muchas de las prerrogativas que a nivel internacional se establecen a favor del niño gestado, acudiendo a la alternativa de la maternidad subrogada, para garantizar siempre actuar en su interés superior. (INSER, 2021).

Por lo anterior, se entiende que estas instituciones se han ido actualizando de acuerdo a la jurisprudencia colombiana respecto al caso en concreto, pero como bien se manifiesta, existe una problemática en cuanto a la elaboración de un contrato entre las partes interesadas que garantice el cumplimiento de las obligaciones y proteja sus derechos.

7. CAPÍTULO 3. EFECTOS JURÍDICOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA.

7.1. La filiación en la maternidad subrogada en Colombia.

La filiación es aquella relación que existe entre una madre o padre y su hijo o hija. Es un vínculo jurídico que tiene todo hijo con sus padres, sea denominado maternidad o paternidad, involucrando unos derechos y obligaciones recíprocas entre estos, tales como el derecho de alimentos, patria potestad, entre otros (López de Armas y Amado Amado, 2014). Dicho vínculo jurídico surge a partir de un hecho natural, como lo es la procreación, de una medida de protección como la adopción o de la reproducción humana asistida, esta última no se encuentra regulada expresamente por la legislación en Colombia, como se verá más adelante.

La Corte Constitucional mediante sentencia C – 109 de 1995, ha manifestado que la filiación es “uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada

al estado civil de la persona, y que, en este sentido, las personas tienen dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero “derecho a reclamar su verdadera filiación.” Por lo tanto, es importante señalar que la normatividad sobre filiación al ser de carácter familiar, es de orden público y por ello, no puede ser modificada por la voluntad de las partes.

En relación a lo anterior, la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, establece los derechos de los niños, específicamente, establece en su artículo 7 y 8, que todo niño y niña tiene derecho a un nombre, una nacionalidad, y en la medida posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, es el Estado el responsable de preservar la identidad del niño, y sus relaciones familiares, es decir, se le debe reconocer el derecho fundamental de la filiación, pues así ha sido reconocido en la Constitución Política de Colombia en su artículo 44 y por la Corte Constitucional en la sentencia T- 207 de 2017.

Al respecto, la Corte Constitucional también ha manifestado mediante la sentencia T- 191 de 1995, que “(...)toda persona -y en especial el niño- tiene derecho no solamente a llevar los apellidos de sus padres sino a obtener certeza sobre su filiación, tanto paterna como materna, con el fin de reclamar su condición de hijo y para que se cumplan, en beneficio suyo, las obligaciones de sus progenitores.(...)”

Actualmente, en Colombia existen 3 tipos de filiación, la filiación matrimonial, extramatrimonial y adoptiva. La filiación matrimonial o legítima, es aquella que se genera a partir de la concepción y nacimiento del hijo o hija durante la vigencia del vínculo matrimonial o inclusive 300 días después de haberse disuelto dicho vínculo.

La filiación extramatrimonial hace referencia a los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, es decir, que los hijos hubieren sido procreados por fuera de esta figura, o bajo la

Unión Marital de Hecho de sus padres son extramatrimoniales, y así ha sido dispuesto por la Corte Constitucional.

La filiación adoptiva, es aquella relación paterno – filial que se establece entre dos personas que por naturaleza no la tienen, por lo tanto, se adquiere en razón de la figura jurídica de la adopción, una vez haya surtido todo el proceso de la adopción entre adoptado y adoptantes, adquieren el vínculo filial. En otras palabras, como lo determinó la Corte Constitucional en sentencia C- 131 de 2018, este tipo de filiación:

Es la forma de integrar una familia por sujetos que no comparten los mismos lazos de consanguinidad. Sin embargo, no puede perderse de vista que una vez consolidada la adopción a partir de su declaratoria judicial, se extinguen los vínculos biológicos y se conforma un modo de filiación entre adoptante y adoptado equivalente al matrimonial o de hecho.(Corte Constitucional, Sentencia C- 131 de 2018).

Ahora bien, con respecto a la filiación que se genera por la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, presenta una gran dificultad para determinarse, ya que la Corte Constitucional mediante sentencia T – 488 de 1999, ha definido la filiación como “la relación que se genera entre procreante y procreado, entre adoptante y adoptado.” A partir de esta definición, es claro que no se está teniendo en cuenta la filiación derivada de la maternidad subrogada.

Así las cosas, partiendo del único precedente jurisprudencial, la sentencia T – 968 del 2009, la Corte Constitucional señala que en base a lo dicho por la doctrina, uno de los requisitos que debe tener el acuerdo o contrato de maternidad subrogada, es que la madre sustituta, de alquiler o mujer gestante lleve a cabo la gestación de un embrión fruto de la unión del óvulo y esperma de la pareja comitente.

Sin embargo, surge un problema en el contrato de maternidad subrogada en relación con el requisito mencionado, ya que la paternidad le será reconocida al padre comitente, pues él aportó su espermatozoides para la gestación del embrión, sin embargo con la madre comitente, sucede una situación particular, ya que aun cuando ella haya aportado su óvulo para la gestación del embrión, no se presumirá como la madre del recién nacido, se presumirá como madre del recién nacido a la madre sustituta o mujer gestante, ya que en base al artículo 90 del Código Civil, este dispone que “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”, esto significa que se considera madre a la mujer gestante, ya que el recién nacido fue separado completamente de ella y estuvo fuera de su vientre.

Esto en últimas, implica un problema para la pareja comitente, pues se presume que la madre sustituta o mujer gestante quien concibió es la madre legal del menor, generando esto una dificultad en el tema de la filiación que precisamente se deriva de las técnicas de reproducción humana asistida. En este orden de ideas, el proceso de impugnación de maternidad, es el único proceso judicial que se puede llevar a cabo en Colombia, donde se pretende desvirtuar la maternidad del niño, niña o adolescente. El Código Civil regula esta impugnación en su artículo 335, y dispone que:

La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. Tienen el derecho de impugnarla:

- 1o) El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo.
- 2o) Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya.

3o) La verdadera madre para exigir alimentos al hijo.

Por consiguiente, en el caso de la maternidad subrogada, la madre comitente debe acudir al aparato judicial e interponer una demanda de impugnación de maternidad para que se le reconozca su parentesco con respecto del recién nacido (López De Armas y Amado Amado, 2014).

Es decir, la madre comitente tendría que probar en el proceso la suplantación del recién nacido o falso parto ya que son los dos elementos propios de la acción, pero ello no podría ser posible, porque el parto efectivamente ocurrió y por el otro lado, no hubo suplantación del recién nacido, y esto se prueba con el certificado de nacimiento del médico o enfermera que asistió a la mujer en el parto o con dos testigos que brinden declaración sobre el hecho ocurrido, esto en base al artículo 49 del Decreto 1260 de 1970.

Por lo tanto, se genera una incertidumbre con respecto a la verdadera madre del menor, y el operador judicial dentro del proceso judicial tendrá la difícil tarea de ponderar los derechos de ambas mujeres, tanto de la madre sustituta o mujer gestante que dio a luz y la madre comitente que aportó su material genético y reclama sus derechos.

Entonces, en el entendido que la impugnación de maternidad no es el proceso apto para establecer la filiación derivada de la maternidad subrogada, la única alternativa que pareciera tener la pareja comitente es la adopción. El artículo 61 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, dispone que “la adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece, de manera irrevocable, la relación paterna filial entre personas que no la tienen por naturaleza.”

Según la Ley 1098 de 2006, se deben cumplir ciertos requisitos para la adopción y son:

- El adoptante debe tener mínimo 15 años más que el adoptado.

- El adoptante debe tener como mínimo 25 años.
- El adoptante debe ser una persona plenamente capaz.
- El adoptante debe demostrar idoneidad física, mental, moral y social suficiente para ofrecerle una familia adecuada y estable a un menor de 18 años.

El artículo también señala que pueden adoptar, las personas solteras, los cónyuges conjuntamente (personas con matrimonio vigente), conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior, el guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración, el cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años y un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Sin embargo, la adopción también presenta ciertas dificultades para determinar la filiación que se genera de la maternidad subrogada, ya que la ley 1098 de 2006 en su artículo 66, establece que no tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer, es decir, que en el caso de la maternidad subrogada el consentimiento para la adopción dado por la madre sustituta o mujer gestante antes del nacimiento del menor, no será válido.

Ahora bien, la única manera de llevar a cabo la adopción, es con respecto al consentimiento, en el sentido que la madre sustituta o mujer gestante solo debe dar su consentimiento para la adopción una vez haya nacido el menor, pero el artículo 74 de la misma ley que se ha mencionado, dispone que en ningún caso podrá darse recompensa a los padres por la entrega

que hagan de sus hijos para ser dados en adopción, significa que, si la mujer comitente expresa que existió un acuerdo de maternidad subrogada donde recibió un pago correspondiente a los gastos médicos, se tendría que demostrar que el pago de dichos gastos no constituye ningún tipo de recompensa o ganancia para ella. Una vez, la pareja comitente cuenta con el consentimiento de la mujer gestante, adjuntará dicho documento con los demás documentos requeridos para iniciar la demanda de adopción (López De Armas y Amado Amado, 2014).

Como se ve, estos complejos movimientos legales surgen por la mencionada ausencia de regulación expresa con respecto a esta nueva filiación; la que surge a partir de las técnicas de reproducción humana, específicamente en este caso la maternidad subrogada, ello genera un problema de gran magnitud con respecto a la relación paternofilial de todas las parejas comitentes, especialmente a la madre comitente y su hijo o hija, pues deben recurrir a otras figuras jurídicas para lograr que se determine dicha relación.

La Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado con relación a esta nueva clase filiación, y a través en Sentencia de Casación del 28 de febrero de 2013, referencia 11001-3110-002-2006-0537-01, señaló que:

(...), la Sala llama la atención sobre el vacío legal existente en el derecho colombiano, toda vez que no hay una normatividad que regule de manera integral los diferentes aspectos jurídicos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y, en particular, lo atinente al estado civil de las personas fruto de esos avances científicos. La Corte reconoce, además, que la definición de las reglas sobre el estado civil así como de la filiación son asuntos que corresponden al Congreso de la República, como quiera que en un Estado democrático y participativo, como lo es Colombia, ese es el escenario idóneo dónde debe adelantarse el debate sobre la situación de los individuos en la familia y la sociedad, y por ende es a esa Institución a la que le corresponde precisar el

alcance y proyección de la normatividad en materia tan sensible, siguiendo los derroteros del artículo 42 de la Constitución Política, y, particularmente, su inciso 5°, según el cual “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La Ley reglamentará la progenitura responsable”, norma esta que, sin duda, y mientras dicha normatividad se expide, debe orientar la interpretación que en la actualidad haya de darse a las disposiciones civiles relacionadas con el tema (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de febrero de 2013).

En ese orden de ideas, se puede decir verdaderamente que el vacío normativo que hay en relación con este tipo de filiación, debe ser tratado por el legislador, ya que se le está desconociendo a los hijos procreados con asistencia científica, el derecho fundamental de la filiación, pues el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, señala que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes, es decir, el constituyente mismo está reconociendo que existe una filiación que se genera de las técnicas de reproducción humana y una igualdad de derechos entre los niños, independientemente de cómo haya sido su procreación.

Así las cosas, en la filiación derivada del contrato de maternidad subrogada, se debe distinguir tres tipos de madre, la madre biológica, que es quien aporta su material genético para que sea transferido al vientre de la madre gestante, que es aquella que gesta al bebé y da a luz en el parto, y por último, la madre jurídica, quien es la madre del niño o niña ante la ley, y en el caso de la legislación colombiana, es la misma madre gestante (Abello, 2007). Por lo tanto, del sentido descrito la carencia de regulación de este contrato, surge una violación del derecho fundamental a la filiación de la madre biológica y en especial, del recién nacido, porque si bien

la madre gestante realiza la difícil labor de llevar a cabo un embarazo a término, ella renuncia a su maternidad desde el momento en que decide por voluntad propia gestar el hijo o hija de otra pareja, y lo realiza por fines altruistas. Es así, que no se debe desconocer la relación paterno-filial que surge entre el infante y la madre biológica, puesto que no solo aporta su material genético, sino su voluntad procreacional, y es consciente de todas las responsabilidades que acarrea la maternidad.

En conclusión, como lo ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia T- 968 de 2009, es necesario que el legislador regule de manera exhaustiva el contrato de maternidad subrogada, todo con el fin de evitar una mediación lucrativa entre las partes, que pueda culminar en una comercialización, la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los conflictos que puedan derivarse por desacuerdos entre las partes.

7.2. Derechos constitucionales en los cuales se fundamenta el contrato de maternidad subrogada.

Como base fundamental para la celebración del contrato de maternidad subrogada debemos revisar el panorama de los derechos en los cuales se fundamenta el mismo. Es importante empezar por el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia de 1991, en el cual se establece a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y la facultad de que esta se constituya por vínculos naturales o jurídicos:

ARTÍCULO 42. 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.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

Es de recalcar que se menciona la asistencia científica como una manera para procrear y que los hijos concebidos de esta manera contarán con iguales derechos y deberes por lo cual se recalca la importancia de una regulación pertinente para garantizar la protección de los menores concebidos mediante estas técnicas de reproducción asistida ya que según el precedente jurisprudencial existente en nuestro país, la sentencia T – 968 del 18 de diciembre de 2009, los derechos de los menores prevalecen sobre los demás por ende, tiene un interés superior y es de suma importancia que estos derechos no sean vulnerados por la falta de reglamentaciones en el desarrollo de este contrato:

La Corte ha señalado insistentemente que en todas las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos en las que se encuentren involucrados menores de edad, deben estar siempre orientadas por el principio del interés superior del menor. El Código de la Infancia y la Adolescencia ha definido el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

En este mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su artículo 3-1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño [...] (Corte Constitucional, Sentencia T- 968 de 2009).

Por consiguiente es imperativo mencionar que los derechos sexuales y reproductivos se basan en la decisión libre y responsable de cada persona a la hora de ejercerlos y esto no puede ser impedido por el Estado sino que se deben garantizar las herramientas pertinentes para garantizar el correcto desarrollo de los mismos, esto teniendo en cuenta lo mencionado por la Corte Constitucional:

Esta Corporación ha desarrollado una línea jurisprudencial consistente y uniforme sobre el reconocimiento, titularidad, naturaleza y contenido de los derechos sexuales y reproductivos. De manera general, estos derechos reconocen y protegen la facultad de las personas de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción, e implica la obligación del Estado de brindar los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación (Corte Constitucional, Sentencia T – 274 de 2015).

Por otro lado, según la jurisprudencia, los derechos sexuales y reproductivos contienen un eje fundamental el cual es el derecho a la igualdad, lo cual es importante recalcar ya que este derecho se deberá garantizar no solo para los contratantes de este acto jurídico de la maternidad subrogada sino que también debe ser garantizado a los menores involucrados, ya que sus derechos guardan especial protección en nuestro ordenamiento jurídico, y así lo dispone la Constitución Política de Colombia:

Artículo 13: 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.

Ahora bien, la CIPD (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994) ha enfatizado en la importancia de promover la equidad y la igualdad de los sexos por lo cual, se deben establecer mecanismo de protección mediante los cuales se garantice que las mujeres

controlen su propia fecundidad sin ningún tipo de influencia o impedimento, esto según el principio 4 de la CIPD:

Principio 4: Promover la equidad y la igualdad de los sexos y los derechos de la mujer, así como eliminar la violencia de todo tipo contra la mujer y asegurarse de que sea ella quien controle su propia fecundidad son la piedra angular de los programas de población y desarrollo. Los derechos humanos de la mujer y de las niñas y muchachas son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales (1994, p.14).

Partiendo de lo anterior, y reiterando que todos contamos con las mismas libertades y oportunidades, podemos decir que las mujeres que quieran ser gestantes y parte del contrato de maternidad subrogada cuenta con toda la protección institucional requerida para celebrar este contrato ya que las mismas pueden decidir sobre su cuerpo basadas en sus derechos reproductivos y sexuales, esto teniendo en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que los derechos sexuales y reproductivos protegen la facultad de las personas de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y reproducción, y han sido reconocidos como derechos humanos cuya protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad y la equidad de género (Corte Constitucional, Sentencia T – 274 de 2015).

Lo anterior, también se reitera en la sentencia T – 627 de 2012 de la Corte Constitucional ya que se reconoce la importancia de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres al entender que nuestro proyecto de vida se ve determinado en gran parte por la decisión

consciente de procrear o abstenerse de hacerlo, además de la estrecha relación que tiene nuestro cuerpo con esta decisión:

Tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación. Los derechos reproductivos están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros (Corte Constitucional, Sentencia T- 627 de 2012).

En el entendido de que en Colombia no está permitida pero tampoco prohibida la maternidad subrogada, se puede decir que no es posible permitir que el Estado mediante sus mecanismos de acción u omisión obstaculicen o impidan el desarrollo de esta técnica de reproducción asistida, esto teniendo en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T - 114 de 2000 respecto al derecho de procreación, “este existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa”.

Es correcto afirmar, que si bien todos tienen la facultad de ejercer sus derechos reproductivos y sexuales basados en este conjunto de derechos que mencionamos anteriormente, es importante recalcar que las mujeres tienen un papel fundamental al momento de hablar de reproducción humana asistida ya que sus cuerpos son el medio para que estas técnicas puedan llevarse a cabo, por lo cual es indispensable gestionar normativas y regulaciones que garanticen la protección y el respeto por sus decisiones reproductivas y sexuales.

8. CONCLUSIONES.

1. Las técnicas de reproducción humana asistida, específicamente la maternidad subrogada, se ha convertido en una opción para las personas o parejas que se les imposibilita concebir, sea por condiciones físicas o enfermedades que padezcan, y por ello, acuden a una mujer que se limitara a gestar el embrión fecundado.
2. Partiendo de lo dispuesto por la Corte Constitucional, en su único precedente jurisprudencial, en Colombia solo puede existir la maternidad subrogada gestacional o parcial, donde se aporte por parte de los padres comitentes su material genético y la mujer gestante, su vientre, y la finalidad de dicho procedimiento debe ser altruista, es decir, debe llevarse a cabo, con el objetivo de querer ayudar a una pareja que desea tener hijos, pero no puede, y por ello su plan de vida se ve frustrado, y de ser así, se evita que dicho procedimiento recaiga en la comercialización de cuerpos.
3. El desarrollo de la maternidad subrogada y el contrato que de ella se desprende, ha generado la necesidad de que sea regulada por la ley colombiana, esto con el fin de evitar vulneraciones de los derechos e intereses de los padres solicitantes, de la madre gestante y sobre todo de los menores, ya que son sujetos de especial protección, por esto es fundamental garantizar el cumplimiento de los criterios de validez y las características del contrato de maternidad subrogada.
4. Es de resaltar la importancia de la delimitación de las obligaciones de las partes involucradas, ya que a partir de estas se entiende el cumplimiento del contrato. La madre gestante deberá gestar el embrión, tener todo el cuidado necesario para su correcto desarrollo y posteriormente entregar al menor a la pareja comitente o solicitantes, por otro lado, ellos estarán obligados a pagar todos los gastos que se deriven de este procedimiento y a recibir al menor para brindarle cuidado y protección.

5. La necesidad de regular jurídicamente la maternidad subrogada, recae en la filiación que precisamente se desprende de esta técnica de reproducción humana, pues al haber una falta de regulación con respecto a ello, las partes se encuentran en una inseguridad jurídica, donde tanto la madre comitente o solicitante como el menor recién nacido, están desprotegidos, ya que su derecho fundamental a la filiación se vulnera, a sabiendas que la misma Constitución Política en su artículo 42, reconoce la filiación que surge de las TRHA.
6. En ese orden de ideas, el ordenamiento jurídico colombiano debe abrirse a la posibilidad de contemplar la existencia de dos madres, una madre genética y una madre gestante, y por ello, es que se requiere un cambio en la legislación civil y de familia, pues no se debe desconocer los derechos de la madre biológica, que brindó su material genético, pero por cuestiones físicas y médicas no se le fue posible gestar o concebir, por lo tanto, debe ser reconocida como la madre legal del menor, pues comparten ADN. Es así, que los contratos de maternidad subrogada deben ser regulados jurídicamente, ya que el derecho debe ir a la par con la realidad y los avances científicos que suceden en el mundo.
7. Se vislumbra la necesidad de la aplicación y el respeto por los derechos constitucionales en los cuales se basa este contrato, empezando por lo establecido en la Constitución Política de Colombia de 1991, en el derecho a la igualdad, el derecho a la familia y el respeto por los derechos sexuales y reproductivos, los cuales también son amparados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la CIPD (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994).

BIBLIOGRAFÍA.

Abello, J. (2007). Filiación en el Derecho de Familia. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Universidad Sergio Arboleda. Recuperado de: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m6-4.pdf>

Abreu, J. L. (2014). El Método de la Investigación Research Method. Daena: International Journal of Good Conscience, 9(3), 195-204. Recuperado de: [http://www.spentamexico.org/v9-n3/A17.9\(3\)195-204.pdf](http://www.spentamexico.org/v9-n3/A17.9(3)195-204.pdf)

Alarcón Rojas, F. (2009). La maternidad por sustitución. Familia, tecnología y derecho, 123-136.

Aranda Lopez, I. (2016). Maternidad subrogada ¿Una práctica moralmente aceptable?, (tesis de pregrado). Universidad de Cantabria. Recuperado de: <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/8933/Lopez%20Aranda%20I..pdf?sequence=4&isAllowed=y>

Buendía, P., & Blanco, A. (2009). incidencias sociales, jurídicas y bioéticas de la maternidad subrogada en Colombia. *Trabajo clasificado como artículo corto. Es producto del semillero de Investigación en Bioética de la facultad de derecho de la Facultad Cooperativa de Colombia, sede Ibagué.* Recuperado de: <https://silo.tips/download/incidencias-sociales-juridicas-y-bioeticas-de-la-maternidad-subrogada-en-colombi>

Brugo-Olmedo, S. Chillik, C. Kopelman, S. 2003. Definición y causas de la infertilidad. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf>

California Family Code. Recuperado de: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=FAM>

Camacho, J. M. (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. *Bioethics*, 56-62. Recuperado de: <https://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

Camargo, D. R. B. (2009). Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia. *Revista republicana*, (6). Recuperado de: <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/06/1-TECNICAS-DE-DIANA.pdf>

Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994). Recuperado de: http://www.reproductiverights.org/sites/default/files/documents/RRHR_span_0906_quinta.pdf

Constantinesco, L- J. (1972). *Tratado de Derecho Comparado*. Editorial Tecnos, Madrid.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T- 191 del 27 de abril de 1995. M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-191-95.htm#:~:text=Toda%20persona%20%2Dy%20en%20especial,las%20obligaciones%20de%20sus%20progenitores.>

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T – 968 del 18 de diciembre de 2009. M.P. MARIA VICTORIA CALLE CORREA. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T- 274 del 12 de mayo de 2015. M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-274-15.htm>

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. Sentencia T- 627 del 10 de agosto de 2012.

M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Recuperado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-627-12.htm>

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T – 114 del 10 de febrero de 2000.

M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Recuperado de: [T-114-00 Corte Constitucional de](#)

[Colombia](#)

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T - 629 del 13 de agosto de 2010.

M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. Recuperado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-629-10.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C - 131 del 28 de noviembre de 2018. M.P.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO. Recuperado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-131->

[18.htm#:~:text=Esta%20sentencia%20muestra%20que%20la,que%20podr%C3%ADa%20de%20rivarse%20de%20esta.](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-131-18.htm#:~:text=Esta%20sentencia%20muestra%20que%20la,que%20podr%C3%ADa%20de%20rivarse%20de%20esta.)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC- 6359 del 10 de mayo de

2017. M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. Recuperado de:

[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_sc6359-2017_\[2009-00585-](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_sc6359-2017_[2009-00585-)

[01\]_2017.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_sc6359-2017_[2009-00585-01]_2017.htm)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2013. M.P.

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ. Recuperado de:

[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_s-_28-02-2013_\[1100131100022006-](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_s-_28-02-2013_[1100131100022006-)

[00537-01\]_2013.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_s-_28-02-2013_[1100131100022006-00537-01]_2013.htm)

De Armas, K. M. L., & Amado, C. A. (2014). Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada. *Revista de derecho privado*, (52), 1-18.

Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033223023.pdf>

Dotta, M. (2015). Los hermanos Hunter: “pero ¿Por qué pensar?, ¿Por qué no probar el experimento?”, (82). Recuperado de: <http://www.almarevista.com/pdf/ALMAe2015.1.4.65-87.pdf>

Durán Bernardino, M. (2016). El derecho comparado en la investigación. *Calidad de la Docencia Universitaria y Encuestas* (3ª. 2016. Sevilla)(2016), p 249-254. Recuperado de: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/46927/Derecho%20comparado%20en%20la%20investigaci%C3%B3n.pdf?sequence=1>

Embryocenter Clínica de Fertilidad (1985). Qué son las técnicas de reproducción asistida. España. Recuperado de: <https://embryocenter.es/que-son-tecnicas-reproduccion-asistida/>

Francos, A., Villaquirán, A., Barrenquero, M., Rogel, S., Salvador, Z. (2021, 29 de julio). Las técnicas de reproducción asistida: diferencias y complejidad. *Reproducción Asistida ORG*. Recuperado de: <https://www.reproduccionasistida.org/las-tecnicas-de-reproduccion-asistida/>

Gómez-Sánchez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.

Guzmán, J. L., & Miralles, Á. A. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. *Cuadernos de bioética*, 23(2), 253-267. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/875/87524464001.pdf>

Hernández, C. J. Á. (2017). La maternidad subrogada en el Derecho comparado. *Cadernos de derecho actual*, (6), 313-345. Recuperado de: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/101>

Jouve de la Barreda, N. (2017). Perspectivas Biomédicas de la Maternidad Subrogada. Cuadernos de Bioética : Revista Oficial de La Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 28(93), 153–162. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/875/87551223002.pdf>

Lamm, E. (2013). Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres (Vol. 2). Edicions Universitat Barcelona. Recuperado de: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf

La Santa Biblia. Génesis 16 - 18. Recuperado de: <https://www.biblegateway.com/passage/?search=G%C3%A9nesis%2016-18&version=DHH>

Lobo, Garrido G. (2019). Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada o por sustitución en el marco de la teoría del negocio jurídico en Colombia. Summa Iuris (histórico), 7(1), 78-96. Recuperado de: <https://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/article/view/3276/pdf>

López, D. R. (2005). Nuevas técnicas de reproducción humana: el útero como objeto de contrato. Revista de derecho privado, (11), 96-127. Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7181/6460>

Marín, I. Y., Barrera, E. R., & Patiño, O. M. (2015). La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre. Revista de Derecho y Genoma Humano, (43), 83-122. Recuperado de: https://www.javeriana.edu.co/documents/4578040/4715782/RevDerechoyGenomaH_83-122/dd919031-4548-4978-945a-d81b480f3cd9

Martínez-Martínez, V. L. (2015). Maternidad subrogada: una mirada a su regulación en México. Díkaion Revista de Fundamentación Jurídica, 24(2), 353-382. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v24n2/v24n2a07.pdf>

Mata-Miranda, Vázquez-Zapién. (2018). La fecundación in vitro: Louise Brown, a cuatro décadas de su nacimiento. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rsm/v72n5-6/0301-696X-rsm-72-5-6-363.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social (2010). Política nacional de sexualidad, derechos sexuales y reproductivos, 1- 150. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/LIBRO%20POLITICA%20SEXUAL%20SEPT%202010.pdf>

Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (2008). Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Recuperado de: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>

Pedraza, A. (2018). Contractualismo Contemporáneo: el equilibrio reflexivo como mecanismo en los consensos de justicia: Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2018000100093

Ramirez Moran, A. F., Cala Bayeux, Á., Fajardo Iglesia, D., & Scott Grave de Peralta, R. (2019). Factores causales de infertilidad. Revista Información Científica, 98(2), 283-293. Recuperado de: <http://scielo.sld.cu/pdf/ric/v98n2/1028-9933-ric-98-02-283.pdf>

Rodríguez-Yong, C. A., & Martínez-Muñoz, K. X. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. Revista de Derecho, 25(2), 59–81. Recuperado de: <https://doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>

Salcedo, P. (1996). Arrendamiento de útero. Chile: Editorial Jurídica CONOSUR.

Secretaria del Senado. (s.f.). Código Civil. Ley 84 de 1873. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Secretaria del Senado. (s.f.). Código de la Infancia y la Adolescencia. Ley 1098 de 2006. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Secretaria del Senado. (s.f.). Constitución Política de Colombia de 1991. Recuperado de: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

Segura Ortega, M. (1989). El problema de las lagunas en el derecho. Anuario de Filosofía del Derecho, 6, 285-312. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1985307.pdf>

Solorzano, Quintero J. F., (2012) Artículo de maestría, “Elementos estructurales del consentimiento informado de la facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario
Recuperado de: <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3365/Fasc%C3%ADculo64.pdf>

Tamayo Lombana, A. (1990). Manual de obligaciones. Bogotá, Editorial Temis. Recuperado de: https://www.academia.edu/37304714/Manual_de_Obligaciones

Tamayo Lombana, A. (1979) . Manual de obligaciones. Editorial Temis. Recuperado de : <https://docs.google.com/file/d/0B-pvCjPnBnzaVmRfX2NiMXMxYTQ/edit>

Tamayo Lombana, A. (2004). Manual de obligaciones. Editorial Temis. Recuperado de: https://www.academia.edu/37304714/Manual_de_Obligaciones

Varsi, E. (2017). La determinación de la filiación en la procreación asistida. Ius, 31(1), 1-31. <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00006.pdf>

Velázquez, L. (2018). Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada. Dilemata, (26), 15-25. Recuperado de: <https://1library.co/document/y8188p4z-aspectos-acerca-consentimiento-informado-gestacion-subrogada.html>