

	UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	F-AC-DBL-007	10-04-2012	A
	Dependencia	Aprobado		Pág.
	DIVISIÓN DE BIBLIOTECA	SUBDIRECTOR ACADEMICO		1(69)

RESUMEN - TESIS DE GRADO

AUTORES	LILIANA PAOLA ARÉVALO GUERRERO HANDY FRANCISCO PACHECO MEJÍA
FACULTAD	FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES
PLAN DE ESTUDIOS	DERECHO
DIRECTOR	VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ LEÓN
TÍTULO DE LA TESIS	ASPECTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ALQUILER DE VIENTRES EN COLOMBIA PRINCIPIO DE DIGNIDAD

RESUMEN (70 palabras aproximadamente)

LOS AVANCES DIARIOS EN EL SECTOR MÉDICO Y EN LA TECNOLOGÍA HAN PERMITIDO QUE SE CONSTRUYAN NUEVAS MANERAS DE RELACIONARSE ENTRE ELLAS, UN FENÓMENO QUE EN COLOMBIA NO SE ENCUENTRA REGULADO POR LA LEGISLACIÓN EL CUAL SE HA DENOMINADO COMO LA MATERNIDAD SUBROGADA, EL PRESENTE DOCUMENTO DE INVESTIGACIÓN TIENE COMO OBJETIVO GENERAL REALIZAR EL ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ALQUILER DE VIENTRES EN COLOMBIA PRINCIPIO DE DIGNIDAD PARA LO CUAL SE HACE UN RECUENTO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA EN PAÍSES COMO FRANCIA, ESTADOS UNIDOS Y BRASIL

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 69	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM: 1
--------------------	----------------	-----------------------	------------------



**ASPECTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ALQUILER DE
VIENTRES EN COLOMBIA PRINCIPIO DE DIGNIDAD**

Autores

LILIANA PAOLA ARÉVALO GUERRERO

HANDY FRANCISCO PACHECO MEJÍA

Trabajo de grado en la modalidad de monografía para optar el título de abogados

Director

VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ LEÓN

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

DERECHO

Ocaña, Colombia

Febrero, 2018

Contenido

Capítulo 1. Aspecto biológico de la maternidad subrogada.....	1
1.1. La reproducción natural	2
1.2. Técnicas de reproducción asistida.....	4
1.2.1. Técnicas de reproducción in situ o de fecundación intracorpóreas.....	5
1.2.1.1. Inseminación Artificial (IA).	5
1.2.1.2. Transferencia intra-tubárica de gametos (GIFT).	6
1.2.2. Técnicas de reproducción in vitro o de fecundación extracorpórea.....	6
1.2.2.1. Fecundación in vitro.	6
1.2.2.2. Transferencia intrafalopiana de cigotos (ZIFT).	7
1.2.2.3. Microinyección de espermatozoides (ICSI).	7
1.2.3. Reproducción asistida en Colombia.	7
1.3. Las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada	8
 Capítulo 2. Maternidad subrogada y problemas jurídicos que plantea	 10
2.1. Dificultades que se plantea a las normas colombianas la realización de procedimientos de maternidad subrogada	13
2.1.1. El problema de la validez de los contratos de maternidad subrogada.....	14
2.1.2. El problema técnico y jurídico de la filiación.	21
 Capítulo 3. Fundamentos para tratar con la maternidad subrogada en el derecho colombiano.....	 29
3.1. Maternidad subrogada en Colombia: contratos nulos, práctica posible.....	29
3.2. Maternidad subrogada a través de la adopción	30
3.3. ¿Se Requieren nuevas normas sobre filiación en Colombia?	32
3.4. Revisando los fundamentos de la filiación basada en el parto.....	34
3.5. La filiación y la biología	38
3.6. Los nuevos conceptos para la filiación en la maternidad subrogada	41
3.7. Sugerencias para un eventual contrato de maternidad subrogada en Colombia	42
 Capítulo 4. La dignidad humana como postulado Jurídico-Político.....	 45
4.1. Dignidad humana y estado de derecho.....	46
4.2. Dignidad humana y derecho penal	48
 5. Conclusiones	 50
 6. Recomendaciones	 52
 Referencias.....	 53
 Apéndices.....	 55

Lista de tablas

Tabla 1 Posibles casos de maternidad subrogada	11
Tabla 2 Posible Filiación derivada de prácticas de Maternidad Subrogada	25

Lista de apéndices

Apéndice A Noticia sobre la fertilización asistida en Ecuador.....	56
Apéndice B. Noticia sobre los problemas para concebir un hijo.....	57
Apéndice C. Noticia sobre mujer que es vientre de alquiler quieren obligarla a abortar.	58
Apéndice D. Noticias sobre mujeres que alquilan sus vientres en ecuador.....	59

Introducción

Con la llegada del auge en el desarrollo de la tecnología en materia de medicina sin duda alguna se han modificado las percepciones o puntos de vista que se tienen respecto a temas que en el pasado eran un misterio o tabú , entre estos es posible citar la forma en la cual la humanidad concebía la vida, en un principio se consideraba como facultad única de una entidad superior (Dios) , para el caso colombiano en su gran mayoría una atribución de Dios, no obstante, con los giros que se han generado frente a la concepción apoyados en la ciencia médica, ha sido necesario que el hombre se acostumbre a estos nuevos descubrimientos y de esta forma amplíe su visión del concepto de procreación y por ende las leyes hagan lo suyo con el propósito de regular los conflictos que se puedan llegar a generar alrededor de estas nuevas prácticas médicas, que han creado nuevos métodos de concepción y de creación de la vida.

El tema en específico de esta monografía gira en torno a cuales han sido los avances en la legislación colombiana respecto al tema de la maternidad subrogada en el periodo comprendido entre el 2009 al 2016 cuestión que sin duda alguna se presenta en el territorio nacional de forma reiterativa y comprobable, cuando en portales de la web se pueden leer una gran cantidad de avisos clasificados en los cuales las mujeres de Colombia ofertan su vientre para que otras madres y padres puedan hacer realidad sus sueños , es decir, el objetivo general busca realizar un análisis frente a la regulación legal existente en materia de maternidad subrogada o alquiler del vientre como se conoce popularmente en el país.

Sin embargo, alrededor de esta práctica la cual es cada vez más frecuente en el país, se hace necesario que se emita una regulación que logre mitigar al máximo la vulneración de los

derechos de aquellos que se encuentran sumidos en este tipo de contratos, en especial cuando se trata de los derechos fundamentales de los menores que son producto de estos acuerdos, así pues la presente monografía le presenta a los lectores un recuento referente a la historia de esta figura a nivel global , así como su desarrollo en el país, mediante la aplicación de una metodología descriptiva, y basada en un estudio de tipo documental que permite aproximarse a los planteamientos de la Corte Constitucional frente al tema en específico.

INSTITUCIÓN: UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA
TÍTULO: ASPECTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ALQUILER DE VIENTRES EN COLOMBIA PRINCIPIO DE DIGNIDAD.
AUTOR: LILIANA PAOLA ARÉVALO GUERRERO
HANDY FRANCISCO PACHECO MEJÍA
TUTOR: VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ LEÓN,
FECHA: ENERO DE 2018

Resumen

Los avances diarios en el sector médico y en la tecnología han permitido que se construyan nuevas maneras de relacionarse entre ellas, un fenómeno que en Colombia no se encuentra regulado por la legislación el cual se ha denominado como la maternidad subrogada, el presente documento de investigación tiene como objetivo general realizar el análisis de los aspectos normativos y jurisprudenciales sobre el alquiler de vientres en Colombia principio de dignidad para lo cual se hace un recuento de la legislación comparada en países como Francia, estados unidos y Brasil, para a través de una metodología descriptiva estudiar el fenómeno y su regulación en Colombia.

Como objetivo general esta investigación busca realizar un análisis frente a la regulación legal existente en materia de maternidad subrogada o alquiler del vientre como se conoce popularmente en el país.

Palabras clave: maternidad subrogada, tratamientos de fertilidad, legislación colombiana, jurisprudencia, madre gestante, métodos de reproducción asistida, filiación.

Capítulo 1. Aspecto biológico de la maternidad subrogada

Antes de dar inicio a tratar directamente los problemas jurídicos que están asociados a la práctica cada vez más común de la maternidad subrogada, es importante y conveniente el poder familiarizar al lector de esta investigación con los aspectos biológicos y científicos de la reproducción humana. Poder conocer entonces estos aspectos permite que el lector comprenda bien a qué entidades o procesos se está haciendo referencia cuando, por ejemplo, es mencionados términos tales como “gametos”, “embriones” o “cigotos” o cuando se hace la diferencia entre “inseminación”, “fecundación” y “gestación”. En el léxico corriente las personas hablan de que tal cual pareja sufre problemas de “infertilidad” y que por esta razón se han sometido a un tratamiento para poder procrear hijos, pero generalmente no pueden precisar en qué consiste el tal problema de “infertilidad” y mucho menos pueden establecer la diferencia entre un tratamiento de “fertilización in vitro” y una “inseminación artificial” y por qué a veces se emplea un procedimiento en vez del otro. Describir los aspectos biológicos y científicos permite que en estas cuestiones tengamos el conocimiento básico para discutir más adelante los aspectos jurídicos relacionados con la maternidad subrogada.

La primera diferencia que se debe y se puede hacer es aquella entre reproducción humana natural y reproducción humana asistida. La primera, como es fácil suponer, es aquella que logra un embarazo y posterior nacimiento de al menos un ser vivo partiendo de la relación sexual entre un hombre y una mujer:

El primer paso para engendrar un nuevo ser vivo humano generalmente, es la realización de relaciones sexuales entre un hombre y una mujer, de tal forma que aquel el hombre eyacule en la mujer el semen el cual contiene los gametos masculinos o también llamados espermatozoides. Si este hecho se

produce en el momento exacto, será muy probable que siga el acontecimiento fundamental: la fecundación, esto significa la fusión de las células sexuales de ambos miembros de la pareja: de un espermatozoide con un óvulo. (Marín 2003).

La reproducción asistida es este tipo de reproducción la cual logra los mismos resultados finales que la reproducción de tipo natural (fecundación, embarazo, nacimiento) pero sin el concurso de la copula o unión sexual entre el hombre y la mujer, sino mediante el empleo de varias técnicas de tipo médicas y científicas las cuales son empleadas cuando la unión, sexual o no es posible o no conlleva a los resultados necesarios para lograr el nacimiento de un nuevo ser vivo. Es decir, la reproducción asistida puede ser un sustituto científico, artificial, para cuando falla la forma natural de lograr la reproducción humana. Esta incapacidad para generar la reproducción humana de manera natural es conocida como *infertilidad* (o esterilidad).

A continuación, se explican con mayor detalle estos dos procesos, el natural y el asistido científicamente:

1.1. La Reproducción Natural

Siguiendo a (Carreras y Dexeus, 1984), se puede decir que la reproducción natural se inicia, como ya se indicó, con la unión sexual entre el hombre y la mujer. Lo que la unión sexual hace posible es que un *gameto masculino* o espermatozoide, contenido en el semen del varón, se encuentre con un *gameto femenino* u óvulo, contenido en los ovarios de la mujer. A esta unión entre espermatozoide o gameto masculino y óvulo o gameto femenino se le denomina *fecundación*, y es el punto de partida de la formación de un nuevo ser vivo. Para que los gametos masculino y femenino se encuentren y se produzca la fecundación, aquellos deben viajar hasta

las trompas de Falopio, órgano en el que se produce la fecundación. En el caso del gameto femenino, estos se desplazan desde los ovarios hasta dichas trompas; los espermatozoides entran en la vagina con la eyaculación y a través del cuello uterino ascienden hasta las trompas de Falopio. Al producto de la fecundación, es decir el huevo formado por el óvulo fecundado por el espermatozoide, se le denomina *cigoto*. Este cigoto será transportado mediante una especie de pelillos presentes en las trompas de Falopio, conocidos como cilios, hacia el útero, donde se desarrollará el embarazo de la mujer. Previamente en el camino de las trompas de Falopio hacia el útero, el cigoto ha iniciado una transformación interna consistente en su multiplicación celular (una célula se divide en dos, esas dos en cuatro, esas, a su vez en ocho, y así sucesivamente), proceso a través del cual se van formando los diferentes órganos del individuo. Durante la etapa que va de la fecundación hasta la sexta semana el cigoto se denomina *embrión*.

Es a partir de la semana siete u ocho, cuando el embrión humano deja de ser similar a cualquier otro embrión de mamífero ya que su cabeza toma un tamaño desproporcionado respecto a su cuerpo indicando el mayor desarrollo cerebral, el embrión a partir de esta edad toma el nombre de *feto*. Finalmente, luego de aproximadamente cuarenta semanas se producirá el parto o nacimiento

La totalidad del periodo el cual va desde: la fecundación o formación del cigoto hasta el nacimiento toma el nombre de ***gestación***. Esto permite inferir que las dos grandes etapas de la reproducción humana natural son la fecundación, o formación del huevo, y la gestación, que sería la conservación de este huevo en desarrollo dentro del útero materno durante los nueve meses siguientes hasta el momento del parto.

Más delante de esta investigación se explicará de qué forma la práctica de la maternidad subrogada es una técnica que, a diferencia de las otras técnicas de reproducción asistida, se relaciona más con los problemas de gestación que con los de fecundación.

Por el momento se hace conveniente recalcar que, como se desprende de lo anteriormente expuesto en el primer párrafo, el aporte del género masculino al proceso de la reproducción humana y se reduce al aporte del gameto masculino que fecundará al óvulo, mientras que el aporte femenino no termina con el aporte de su correspondiente gameto: la mujer, aparte de aportar el óvulo, resguarda el huevo fecundado (el cigoto) a través de sus diferentes etapas de desarrollo hasta su nacimiento. Esto quiere decir que, la mujer fecunda pero además es gestante. Es de esta conceptualización entonces que los problemas de fertilidad del hombre tienen relación con su capacidad de aportar gametos que sean aptos para poder desarrollar la fecundación mientras que, en la mujer, además de estos mismos problemas, se dan relacionados con la capacidad de esta de poder gestar o de llevar hasta el final el embarazo.

1.2. Técnicas de reproducción asistida

Según (Gafo, 1998), las denominadas técnicas de reproducción asistida son clasificadas en dos grandes grupos y estas clasificaciones ocurren según el lugar donde se realiza la fecundación.

De un lado están las *técnicas de reproducción intracorpóreas (in situ o in vivo)*, en las que el proceso de fecundación es realizado dentro del cuerpo de la mujer, y de otro, las *técnicas de*

reproducción extracorpóreas (in vitro), en las que la fecundación se realiza en un laboratorio de carácter especializado (Marín 2003)

1.2.1. Técnicas de reproducción in situ o de fecundación intracorpóreas. Esta comprende los siguientes métodos:

1.2.1.1. Inseminación artificial (IA). Esta técnica consiste en inyectar espermatozoides en la mujer (en la vagina, el útero o el cérvix) y esperar que la fecundación, o sea la unión del espermatozoide con el óvulo, se dé en forma natural. Lo que se considera artificial en este proceso es la manera de implantar el semen en la mujer, mediante una inyección, pero el proceso de fecundación, luego de liberados los espermatozoides continúan su camino natural: el espermatozoide asciende hasta las llamadas trompas de Falopio y allí se realiza la fecundación.

Esta técnica es usada cuando se presenta una infertilidad masculina moderada, es decir, la calidad del espermatozoide no es normal pero tampoco presenta niveles de deficiencia extrema. Se utiliza en casos de oligospermia o azoospermia en los cuales es posible mejorar su concentración por unidad de volumen mejorando de esta manera las posibilidades de fecundar al óvulo.

En esta técnica se puede utilizar espermatozoides del cónyuge o compañero permanente de la mujer o de un donante. En el primer caso se habla de *IA homóloga* y en el segundo de *IA heteróloga*.

1.2.1.2. Transferencia intra-tubárica de gametos (GIFT). Esta técnica consiste en poder extraer óvulos de la mujer y espermatozoides masculino e inyectarlos por separado en las trompas de Falopio, donde el proceso seguirá un curso natural para llegar a la fecundación. Esta técnica se usa en los mismos casos de infertilidad masculina que se dan en la IA y además se presenta alguna forma de infertilidad femenina que pueda impedir que los óvulos lleguen a las trompas de Falopio.

La GIFT también se puede denominar homóloga o heteróloga, según de quien provenga el espermatozoides donado. Pero además puede utilizar óvulos donados recurriendo a la llamada *ovodonación*

1.2.2. Técnicas de reproducción in vitro o de fecundación extracorpórea. Esta comprende los siguientes métodos:

1.2.2.1. Fecundación in Vitro. Esta consiste en extraer de la pareja espermatozoides y óvulos, para luego unirlos en un laboratorio especializado bajo condiciones controladas, produciendo de esta manera la fecundación en este medio artificial, luego de lo cual el embrión formado será implantado en el útero de la mujer, donde se espera que se anide y se desarrolle el embarazo. Este procedimiento también se conoce como FIV clásica o FIV/TE (fecundación in vitro con Transferencia de Embrión).

1.2.2.2. Transferencia intrafalopiana de cigotos (ZIFT). Este es el mismo procedimiento anterior sólo que varía en la implantación la cual se realiza en las trompas de Falopio y no en el útero; además, lo que es implantado es un cigoto (un óvulo fecundado) y no un embrión. Se espera a que las trompas de Falopio cumplan con su función natural que es de transportar ese cigoto hasta el útero, al tiempo que el mismo se va convirtiendo en embrión como se describió en el título 1.1.

1.2.2.3. Microinyección de espermatozoides (ICSI). El procedimiento consiste en extraer óvulos e inyectarles directamente un espermatozoide, es decir, no se espera que la fecundación se dé al juntar óvulo y espermatozoide, sino que este último se lleva directamente hasta aquel. Esta es usada cuando se presentan los problemas de infertilidad femenina de la fecundación in vitro pero, de forma diferente, las condiciones del esperma no son buenas.

1.2.3. Reproducción asistida en Colombia. En Colombia existen más de una decena de centros especializados en los que se desarrollan técnicas de reproducción asistida. En Cali existe FECUNDAR, en Bogotá están, entre otros, CECOLFES, REPROTEC, La Clínica de Marly, La Clínica de la Mujer, en Medellín y el eje cafetero está INSER, así como hay centros en otras ciudades del país.

En los mejores y más completos de estos centros se realizan la mayoría de procedimientos anteriormente descritos. En Colombia hoy en día se adelantan procedimientos de Inseminación artificial (homóloga y heteróloga) Fecundación in Vitro/ TE, Inyección intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI) y de Transferencia Intra-tubárica de Gametos (GIFT).

1.3. Las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada

Todas y cada una de las técnicas presentadas anteriormente son soluciones científicas a problemas de *fecundación* que presentan diverso origen. Sin embargo, ninguna de esas técnicas presenta una solución para los problemas de infertilidad asociados a la *gestación*. Ninguna de esas técnicas puede hacer que una mujer infértil por problemas de gestación logre desarrollar de forma normal un embarazo. *En realidad, aún no existen procedimientos de reproducción asistida que resuelvan los problemas de infertilidad presentes en esa etapa específica de la reproducción humana.*

La única solución en la actualidad es la denominada maternidad subrogada. Esa es la única manera en que actualmente una mujer que no puede llevar adelante el embarazo (porque carece de útero o porque presenta aborto recurrente) pueda llegar a ser madre.

La denominada maternidad subrogada no es en sí misma una técnica de reproducción asistida sino, más bien, un método particular aplicación de algunas de esas técnicas. Mediante alguna de las técnicas mencionadas o una combinación de ellas se logra fecundar un óvulo el cual es introducido en una mujer capaz de portar el embarazo y la cual se compromete a entregar al recién nacido a la mujer o la pareja que encargo el tratamiento. Es decir, que en la maternidad subrogada se hace uso de las técnicas de reproducción asistida pero no se está ante una técnica diferente.

Teniendo en cuenta lo anterior se debe reconocerse que *la maternidad subrogada es más una figura jurídica (o aspirante a serlo)* que una técnica científica. No hay nada científico o técnicamente nuevo que distinga la maternidad subrogada de las técnicas de reproducción asistida ya descritas. Consiste en los mismos procedimientos sólo que estos son aplicados sobre una mujer diferente a la madre infértil. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico si existen diferencias notables entre la maternidad subrogada y los productos biológicos (embriones, cigotos) los cuales son resultados de estas técnicas ya descritas. Para empezar, se debe señalar que en la mayor parte del planeta la maternidad subrogada es un acto ilegal, mientras que, por el contrario, el uso convencional –como el que hasta aquí se ha descrito de las técnicas reproducción asistida.

Capítulo 2. Maternidad subrogada y problemas jurídicos que plantea

Partiendo de las múltiples lecturas que se han desarrollado y como parte del estudio del arte el cual se usó poder realizar esta monografía se va a proponer una definición original de maternidad subrogada, esta definición no es tomada de ningún autor sino elaborada por los autores de la monografía. Se realiza así ya que las definiciones encontradas no logran tener en cuenta todos los posibles sujetos que pueden intentar ser padres por medio de una madre subrogada. La definición propuesta debe ser leída como una definición teórica, la cual busca interpretar una práctica determinada; no debe ser vista necesariamente como una propuesta de ley.

La definición es la siguiente: La maternidad subrogada es una práctica social acompañada de procedimientos científicos en la que un individuo (hombre o mujer) o una pareja, en la que alguno de cuyos miembros es infértil, acuerda con una mujer (que será llamada madre gestante o subrogada) para que reciba en su útero, mediante alguna técnica de reproducción asistida, un embrión en cuya fecundación ha participado, en el caso de individuos, el gameto de este individuo o, en el caso de parejas, al menos uno de los gametos de la pareja. La madre gestante se compromete a renunciar a los derechos de maternidad los cuales están asociados con el parto y a entregar en adopción, a favor del individuo o la pareja, a la criatura que nazca.

Esta es una definición amplia: la que permite pensar que mujeres solas u hombres solos, independientemente de su orientación sexual, pueden acudir a procedimientos de maternidad subrogada. Pero la definición también excluye como maternidad subrogada aquellos casos en

que el embrión no tenga ningún vínculo genético con el individuo o la pareja contratante. Se descartan, entonces, como maternidad subrogada casos como el de una pareja infértil (hombre y mujer infértil) que acuden a una donación tanto de óvulo como de espermatozoide para formar *in Vitro* el embrión que será inyectado la madre gestante.

La razón que se tiene para desconocer como maternidad subrogada un caso de este tipo es que no se ve la necesidad de acudir a procedimientos tan costosos y complejos para obtener una criatura con la que de todos modos no se tiene el más mínimo vínculo biológico o genético. Un caso de este tipo sería mejor resuelto mediante la figura de la adopción.

Del mismo modo, una mujer o un hombre solos, que tuviese una infertilidad que las técnicas de reproducción asistida no puedan lograr superar, es decir, que estas técnicas no logren utilizar exitosamente sus gametos para obtener un embrión, y que entonces tengan que acudir a gametos donados, implantados después en una mujer gestante, tampoco serían un caso de maternidad subrogada. También en esos casos la adopción la mejor opción posible.

Teniendo en cuenta la definición propuesta se desprenden los siguientes casos de maternidad subrogada:

Tabla 1
Posibles casos de maternidad subrogada

		Gameto que Aporta	Otro Gameto aportado por:	Tipo de donante
MATER NIDAD SUBROG	Parejas	Mujer Fértil* Hombre fértil	Ambos	Ninguno
		Mujer fértil Hombre infértil	Óvulo	Esperma de donante

Continuación tabla 1.

NO SON MATERNIDAD SUBROGADA	Individuos	Mujer infértil	Espermatozoide	Óvulo de donante	Anónimo
		Hombre fértil			
		Mujer sola	Óvulo	Esperma de Donante	Madre Gestante
		Hombre solo	Espermatozoide	Óvulo de donante	Anónimo
		Mujer sola infértil	Ninguno	Esperma y óvulo de donante	Anónimo
		Hombre sólo infértil	Ninguno	Esperma y óvulo de donante	Anónimo
	Mujer infértil	Ninguno	Esperma y óvulo de donante	Anónimo	
	Hombre infértil	Ninguno	Esperma y óvulo de donante	Anónimo	

Fuente: Autores del proyecto

Para los casos de las parejas homosexuales que buscan estas prácticas pueden ser vistos como correspondientes a individuos, pues únicamente es posible que alguno de ella(a) de ellos (as) acceda al procedimiento científico: si son una pareja lesbiana, una de ellas puede aportará el ovulo, si son hombres homosexuales, uno de ellos aportará el esperma requerido. De forma posterior, como en el caso de una pareja heterosexual, uno de ellos adoptara al niño. Sin embargo, en el caso de las lesbianas se requeriría que tuviese un problema de infertilidad gestante, pues si ella puede gestar, no tendría justificación emplear un “alquiler de vientre”, mejor en ese caso acudir a embarazarse mediante otro tratamiento. Por ejemplo, mediante inseminación artificial o fecundación in vitro.

Debe aclararse que, en todos los casos de maternidad subrogada, la infertilidad femenina que se busca superar es la infertilidad calificada como gestante, esto quiere decir, que la mujer puede fecundar pero no puede llevar a buen término el embarazo. Una mujer que tenga un tipo de infertilidad asociada a la fecundación pero que pueda llevar adelante un embarazo, pues mejor

se somete a un tratamiento de fecundación asistida como los vistos en el capítulo anterior, en los que ella misma lleva adelante la gestación.

2.1. Dificultades que se plantea a las Normas Colombianas la Realización de Procedimientos de Maternidad Subrogada

La maternidad subrogada, en el puntual caso de que se lleve a cabo en Colombia, plantea dos tipos de problemas a la legislación. Por un lado, problemas relativos a la validez o no del contrato en el cual se acuerda el arreglo de maternidad subrogada. Por otro lado, problemas respecto al establecimiento de la filiación, tanto en el caso de la relación materno-filial como en el de la paterno-filial¹

Para que en la república de Colombia se pudieran aceptar la validez jurídica de la maternidad subrogada tendrían que superarse los dos tipos o grupos de problemas, entonces de nada serviría reconocer la validez contractual de este tipo de acuerdos si al final no se establece con claridad cómo debe establecerse en ellos la filiación

Se analizan a continuación cada uno los problemas

¹ En este capítulo no se busca resolver tales problemas, sino mostrar qué desafíos presenta la maternidad subrogada a la legislación colombiana –y en general, a toda legislación que no la regule expresamente. La discusión sobre cómo podrían superarse tales problemas se desarrolla en el capítulo siguiente

2.1.1. El Problema de la Validez de los Contratos de Maternidad Subrogada. Para que en Colombia un acuerdo entre dos partes pueda generar obligaciones amparables por el derecho, se debe configurar, entonces, lo que se denomina un contrato, este debe, en primer lugar, emanar de la libre voluntad de las partes que lo formulan:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga... C.C. Art. 1494. Fuentes de las Obligaciones.

Además, el mismo Código Civil colombiano, en su siguiente artículo, el 1495, define el contrato como “un acto por el cual un aparte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Hasta aquí, entonces, no parece haber objeción para que un contrato de maternidad subrogada sea toma como un verdadero contrato en los términos definidos en estos artículos del código civil.

Sin embargo, también el Código Civil señala que el objeto de la voluntad de quienes se obligan mediante un contrato, o sea, el objeto del contrato, debe tener ciertas características:

C.C. Art. 1517. Cosas que pueden ser objeto de una declaración de voluntad. No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

Si el objeto ya es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y *moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.*

Luego vienen algunas disposiciones respecto al *objeto ilícito* en los contratos:

C.C. Art. 1519. Objeto Ilícito. Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...

C.C. Art. 1521. Objeto lícito en la enajenación. Hay objeto ilícito en la enajenación:

1. De las cosas que no están en el comercio

2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona;

3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.

C.C. Art. 1523. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

Entonces parece ser que en el conjunto de disposiciones podría encontrarse fundamento para poder considerar que en un eventual contrato de maternidad subrogada en Colombia podría ser declarado inválido. Dado que quienes se oponen a la aceptación de esta práctica en nuestro país pueden considerar que recurrir a la práctica de “alquilar un vientre o útero” y posteriormente entregar el hijo que se ha dado a luz, ambas cosas a cambio de una contraprestación económica, son actos que parecen revelarse como *moralmente imposibles*, que atentan contra las *buenas costumbres* y el *orden público*. Pero que, además, son “contratos” cuyos objetos son *cosas que no están en el comercio*, como son el útero de la mujer y la criatura que nace.

Es claro que buena parte del debate sobre la aceptación legal o no de la maternidad subrogada gira en torno a este tipo de conceptos. Quienes se oponen a esta práctica insisten en esgrimir que atenta contra la moral y las buenas costumbres, que va en detrimento de la dignidad humana tanto de la gestante como del niño que nace.

Ahora bien, en general para el caso de la maternidad sustituta no existe un pronunciamiento en nuestra legislación a pesar que debido a tener un fin ilícito, y a atentar contra el orden público y las buenas costumbres, sea a todas luces un acto jurídico ilícito.

Es por eso que a estos actos por los cuales la mujer que da a luz al nuevo ser renuncia a sus derechos maternos y hace entrega el producto de su gestación a la pareja contratante a cambio de una contraprestación económica, estos no pueden considerados como lícitos y el Derecho debe ejercer el control sobre su posible aplicación. Al ser actos en el cual el fin es ilícito, no son exigibles pues son actos jurídicos nulos. Es decir, mal podría alguna de las partes exigir el cumplimiento de la contraprestación. (García 1988)

También quienes defienden la validez legal de la maternidad subrogada propenden por argumentos similares indicando que, contrario a lo que se piensa, la maternidad subrogada favorece el orden público:

Con respecto al objeto mismo del contrato, asumiendo esta prestación como la carga u obligación principal de la madre sustituta, esta expresada en su permisión a la implantación en su cuerpo del óvulo fecundado y su obligación de asumir los deberes físicos derivados del proceso gestacional, tampoco se observa causal o razón de ilicitud la cual pudiera eventualmente afectar la validez de dicho acto jurídico.

El objeto ilícito podría ser derivado del hecho de que el vínculo contractual en sí mismo puede implicar una contravención del orden público de la nación, de la enajenación ilícita de bienes o de la condición de ser un contrato prohibido por las leyes (artículos 1517, 1518, 1519, 1521 y 1523 del Código Civil [colombiano]).

Resulta evidente que la causa de la maternidad subrogada revela por el contrario el interés legítimo de los padres biológicos [genéticos] en alcanzar propósitos atinente a su propia realización personal y de pareja... Si la salud es un estado de bienestar general de la persona y ésta considera necesario procrear hijos y conformar un núcleo familiar, lo que se sigue

forzosamente es entender la maternidad subrogada está inscrita en esa misma dirección, de donde deviene su validez material y formal en el contexto del derecho colombiano” (Marín 2003)

También es claro, que este debate lo que muestra es que los contratos de maternidad subrogada presentan un desafío a las normas establecidas sobre contratos que no regulen específicamente sobre la materia. Es muy difícil que los conceptos sobre contratos contenidos en los Códigos Civiles latinoamericanos no sólo redactados a finales del siglo XIX, sino que tenían en mente contratos sobre bienes y cosas convencionales sean los adecuados para examinar la licitud o ilicitud de contratos que versan sobre cosas como un vientre o un embrión o sobre procedimientos de reproducción asistida.

Ahora bien, este debate lo que muestra es que los contratos de maternidad subrogada plantean un desafío a aquellas normas sobre contratos que no regulen específicamente sobre la materia. Es muy difícil que los conceptos sobre contratos contenidos en los Códigos Civiles latinoamericanos no sólo redactados a finales del siglo XIX, sino que tenían en mente contratos sobre bienes y cosas convencionales sean los adecuados para examinar la licitud o ilicitud de contratos que versan sobre cosas como un vientre o un embrión o sobre procedimientos de reproducción asistida.

Entonces, si es necesario aclarar algo respecto a los criterios como “moral” y las “buenas costumbres”, contenidos en los códigos y usados tan a menudo para rechazar de plano la maternidad subrogada y un sin fin número de prácticas poco convencionales. En realidad, conceptos como la “moral” y las “buenas costumbres” no son en verdad conceptos jurídicos, al

menos en la actualidad no tienen una *claridad jurídica* que permita utilizarlos como argumentos en una discusión dentro de la ciencia del Derecho. Dentro del Derecho actual son nociones oscuras, que en realidad impiden el debate o lo empantanar, sacándolo de sus cauces jurídicos; todo lo más son remanentes de las lejanas épocas en que fueron dictadas por primera vez determinadas leyes. En realidad, estos conceptos se han llegado a convertir en un bastión en el cual se escudan las posturas más conservadoras en torno a modernos derechos concedidos a sujetos con comportamiento no convencionales.

En épocas anteriores lo que atentaba contra la moral eran cosas como que las mujeres fueran plenas dueñas de su propio patrimonio o que ejercieran el derecho al voto ; que los pobres o los analfabetos votaran; que los trabajadores acudieran a la asociación libre ; que los hijos por fuera del matrimonio tuviesen los mismos derechos que los concebidos dentro de él; que la gente se pudiese divorciar; que las parejas homosexuales tuviesen acceso legal a la seguridad social; que pudiesen adoptar; que alguien tuviese un hijo mediante una técnica de reproducción asistida; etc.

La denominada moral y las buenas costumbres fueron esgrimidas por quienes se oponían a estas innovaciones del Derecho. Sin embargo, hoy esos criterios no tienen tanta fuerza como argumentos jurídicos para oponerse a esas nuevas realidades.

El que en la mayoría de Códigos de América Latina (y España) pervivan esas palabras sólo puede ser visto como un recordatorio de la época en que estos fueron redactados, pero no debería ser tomado como un argumento jurídico serio.

Ahora bien, el argumento jurídico más serio que se encuentra para considerar que el ordenamiento colombiano no permite los contratos de maternidad subrogada, es el que sostiene que su objeto es ilícito por versar sobre una cosa que no puede estar sometida al comercio. El útero de la mujer no puede ser pensado como un objeto comercial sobre el cual pueda realizarse legítimamente como se desprende de la noción de “alquiler de vientre o útero” un contrato de arrendamiento. Además, el embrión también estaría siendo sometido a una compra-venta, pues la madre gestante lo entregará a cambio de dinero.

Este aspecto de comercialización del cuerpo de la mujer en estado de gestación y de su vientre es destacado por algunos críticos de la maternidad subrogada:

“El cuerpo de una mujer es puesto al servicio de una pareja lo cual implica la separación planeada del niño y la madre...Deberá estar proscrito por la ley y total mente prohibida expresamente (sic) cualquier forma de sustitución que envuelva un arreglo comercial. La prohibición de que se pague por ser madre sustituta debe incluir sanciones para todos los que intervengan en el acto prohibido, esto debe incluir a los miembros del equipo médico, a los abogados, sicólogos, consejeros y a todos aquellos envueltos en la problemática...Debe prohibirse cualquier emolumento por el uso del cuerpo de una mujer o de gametos para propósitos comerciales. Debe prohibirse el anuncio en los periódicos de madres sustitutas y también debe cancelarse el periódico que acepte este tipo de avisos” (León 2013)

Podrían presentarse muchas citas más con este mismo sentido de crítica al uso comercial del útero femenino y del embrión. Sin embargo, no se ha encontrado ninguna cita que sostenga de forma clara desde el punto de vista jurídico que la Ley colombiana o de cualquier país, considera al útero como un objeto por fuera del comercio. Todos los comentarios al respecto – como las citas aquí transcritas *suponen* que la prescripción de los Códigos Civiles de que no se puede contratar sobre cosas fuera del comercio incluye al cuerpo humano, específicamente al útero y al embrión. Esta suposición les parece obvia, elemental, de sentido común, a los que se oponen a la maternidad subrogada. Parece obvio inferir que el ser humano no puede ser objeto de

comercio. Pero para que esto tenga validez jurídica tendrá que haber una norma que los establezca o, por lo menos, que permita deducirlo con cierta claridad y lógica.

Sin embargo, para algunos doctrinantes, tal como MARÍN (2005), del Código Civil colombiano (como de los de la mayor parte de América Latina) se puede inferir que tanto el útero y el embrión son cosas fuera de comercio como que sí pueden ser comercializados.

Inclusive, todo el argumento expresado por MARÍN (2005) se enfoca a mostrar que el llamado “alquiler de vientres” cumple con todas las condiciones de un simple *contrato de arrendamiento*, igual que el que se efectúa sobre una casa o una bodega.

Existen un conjunto de normas y planteamientos jurídicos que recién comienzan a aparecer en el debate jurídico nacional, los cuales si bien es cierto no consagran terminológica ni conceptualmente la autorización para la celebración del contrato de maternidad subrogada por la vía del arrendamiento de vientre, sí permiten concluir, con una sana y lógica interpretación, la permisión para su práctica, por lo menos en el contexto de parejas físicas o mentalmente inhabilitadas para la procreación de hijos (Marín 2003)

Según Marín; este considera que no existe objeto de tipo ilícito en la denominada maternidad subrogada, que el contrato de esta modalidad puede ser visto como un contrato atípico, el cual, aunque no se encuentre expresamente regulado no implica que carece de validez jurídica alguna. Argumenta, que en virtud del “principio de plenitud hermética del Derecho”, y al no presentar a juicio de este autor objeto ilícito, tales contratos deben ser objeto de tutela y resolución en los estrados judiciales. Considera entonces que su resolución debe darse partiendo de que no existe norma que le prohíba de forma o manera expresa y como tutela al ejercicio de la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad (MARÍN, 2005).

Se tiene, de esta manera, que también por esta vía la maternidad subrogada vuelve a levantar inconvenientes para la normatividad colombiana. Lo mejor es, nuevamente no forzar la “sana y lógica interpretación”, que puede desarrollar cualquier individuo pensante en este sentido, tanto a favor como en contra, y mejor legislar de forma expresa

2.1.2. El Problema técnico y jurídico de la Filiación. En Colombia, como en la mayor parte del planeta, la filiación que existe entre madre e hijo se establece con base en el proceso del *parto*. Aunque nuestro ordenamiento civil no diga expresamente que madre es la que tiene el parto, sí contiene de forma intrínseca normas que permiten claramente deducir esto. El artículo 335 del Código Civil colombiano dispone: “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 verdadero”.

Existen códigos, como el de la republica argentina, que son aún más explícitos: Art. 242 del C.C. "la maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido". Pero el principio y sentido de la norma es el mismo: el proceso del parto determina la maternidad.

La paternidad, por su parte, es determinada basándose en quién es o pasa por ser el compañero de la madre al momento de la concepción, y esta última se determina por medio de la fecha del parto, (Consejo Nacional Legislativo 1887).

La otra alternativa legal a esta determinación biológica de la maternidad y la paternidad es la que conlleva el proceso de adopción. La cual también es una vía para instaurar determinadas relaciones de tipo filial. Opera en interés de la protección del menor cuando sus padres de carácter biológico no han asumido sus obligaciones parentales ya sea porque abandonan al niño o lo maltratan de forma que se hace necesario que el Estado intervenga para suspender la patria

potestad. Mediante este procedimiento lo que se está haciendo es que el Estado declara la adoptabilidad del menor en cuestión.

Sin embargo, estos principios los cuales parecen muy claros, basados en un hecho prácticamente indebatible como lo es el parto, pierden peso técnico ante las posibilidades que abre la maternidad subrogada.

Los inconvenientes que se presentan relativos a la filiación son los que más generar preocupación a aquellos quienes se ocupan de los temas de la maternidad subrogada, ya sea que se encuentren en contra o a favor de esta práctica. Para los primeros, esas dificultades o problemáticas son la razón fundamental para rechazar dicha práctica; para los segundos, esos problemas justifican la necesidad urgente de poder introducir nuevos conceptos y normas sobre filiación; para los segundos

Quienes rechazan la maternidad subrogada por generar conflicto con la filiación, consideran que dicha práctica disocia la maternidad y rompe los principios sólidamente establecidos. El principio romano de *mater Semper certa est* (la madre siempre se sabe quién es), la cual es base de las normas de filiación en los países de derecho romano, queda puesta en duda:

Es así que, ante estos nuevos actos de la ciencia, El Principio del Derecho Romano *mater semper certa est etiam si vulgo conceperit*, por el cual el hecho de la maternidad se presenta indubitable y se demostraba con el solo hecho de la gestación, resulta inaplicable en nuestra

época ya que se dan casos en los que la mujer que ha dado a luz no es la misma que ha aportado el ovulo.

Es válido preguntarnos entonces, si la madre biológica podría impugnar la maternidad, y si el hijo podría solicitar la investigación de su filiación, determinándose la identidad de la cedente en las técnicas usadas para su procreación.

Es claro que negarle al hijo esta posibilidad, implicaría un acto de discriminación, desprotección a los derechos del menor, lo cual dada su naturaleza se sobreponen a cualquier otro derecho involucrado, como es el derecho de la privacidad en la identidad del cedente de material genético. Al respecto, consideramos que prevalece indudablemente el derecho del menor a conocer su verdadero origen biológico.

Por lo anterior y partiendo de lo esgrimido por la Ley General de Salud, que prohíbe la ovodonación, la embriodonación, también la maternidad portadora, se debe buscar la protección integral de la procreación como un acto natural y biológico, determinándose la maternidad por el hecho del parto, y prohibiéndose la embriodonación.

De esta forma, notamos que el uso de las TERAS no puede darse de manera indiscriminada, claramente se debe reglamentar su aplicación, estableciendo los casos en los que procedería el uso de las TERAS heterólogas, y determinando los requisitos, derechos y obligaciones del cedente de material genético. Protegiendo por sobre todo a la persona, su unidad en la filiación, su derecho a la identidad, y su derecho a conocer el propio origen biológico” (García 1988)

Y si la maternidad resulta puesta en duda pues entonces también lo estará la paternidad, pues esta se determina basándose en la primera

Caso contrario, quienes se manifiestan a favor de la maternidad subrogada manifiestan que es necesario introducir nuevas reglas para su determinación, unas reglas que den cabida a los derechos de quienes desean ser padres y no pueden hacerlo sino por interpuesta persona (alquilando su útero).

Sin embargo, una nueva corriente defiende la posibilidad de una maternidad exclusivamente social. Así, desde una perspectiva contra la tendencia que ha venido prevaleciendo en esta materia, se propone la actualización del dato del parto, sustituyéndolo por el de la libertad y responsabilidad por la procreación que además de coincidir con la voluntad inviolable de la pareja comitente es el criterio más favorable a los intereses del menor. En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer sin cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desee el hijo para sí. (Arámbula 2008).

Lo real es que desde un punto de vista netamente biológico y/o genético la maternidad subrogada desarrolla múltiples posibilidades de filiación que, sin lugar a dudas, se apartan de forma radical de la fácil y casi obvia determinación de la maternidad/paternidad por el simple hecho del parto. Con la ayuda de las técnicas de reproducción asistida la biología ha dejado de ser tan sencilla, tan natural, como parecía hasta hace unos años. Ya no es raro entonces imaginar (y en algunos países ver) niños con dos y hasta tres madres o dos o tres padres, esto se da al menos desde el punto de vista biológico, aunque desde la perspectiva legal sólo uno de esos aspirantes biológicos puedan ser reconocido. El problema radica en que la biología, tal como es manipulada por las técnicas de reproducción, ya no parece tan sencilla de interpretar para el Derecho

En el siguiente cuadro (2) se complementa el cuadro 1 con las posibles variantes que se pueden presentar en la filiación y que se derivan en de los cinco posibles casos de maternidad subrogada.

Tabla 2
Posible Filiación derivada de prácticas de Maternidad Subrogada

		Gameto que aporta:	Otro Gameto aportado por:	Tipo de donante	Eventual Filiación	
					Maternidad	Paternidad
Parejas	Mujer fértil Hombre fértil	Ambos	Ninguno	Ninguno	-Madre gestante Madre genética: adoptante	Padre legal -Padre genético: anónimo
	Mujer fértil Hombre infértil	Óvulo	donante	Anónimo	-Madre gestante -Madre genética: adoptante	Padre legal -Padre genético: adoptante
	Mujer infértil Hombre fértil	Esperma	Donante	Anónimo Madre Gestante	-Madre gestante -Madre genética: anónima -Madre adoptante	-Padre legal -Padre genético: adoptante
Individuos	Mujer sola	Óvulo	Donante	Anónimo	-Madre gestante -Madre genética: anónima	-Padre legal -Padre adoptante
	Hombre solo	Esperma	Donante	Madre Gestante	-Madre gestante = madre genética	-Padre legal -Padre adoptante

Fuente: Autores del proyecto

Se debe tener en cuenta el hecho que, según la norma colombiana actual, la madre es determinada por el hecho del parto, por eso en el cuadro 2 siempre aparece como una de las madres la gestante (o legal), y que como padre se reputa el compañero de esta madre (padre legal), por esa razón en el cuadro 2 siempre aparece como uno de los padres el padre legal. En ocasiones la madre gestante y la genética son la misma. La madre y el padre genético son los que

aportan alguno de los gametos para la fecundación, que pueden ser los miembros de la pareja o un donante anónimo.

La madre y el padre adoptante son los sujetos los cuales encargan el procedimiento (y a veces aportan gametos) y luego adoptan el niño (siguiendo los procedimientos de la Ley 1098 de 2006) que otra, la gestante, ha parido. A veces los padres genéticos y los adoptantes coinciden, a veces no.

Al observar las dos últimas columnas del cuadro 2 se podrá entender porque la maternidad subrogada es vista por muchos como una gran fuente de problemas. Algún autor (Sánchez, 2010) ha denominado a esa gran cantidad de relaciones filiales como un verdadero “rompecabezas”. Es como si para determinar la filiación se tuviese que empezar a tratar de incrustar unas piezas con otras a ver si va cobrando forma una filiación clara: de que parte salió tal gameto, quien fue el aportante, con el de quién fue cruzado, quien tuvo que adoptar, el que adoptó aportó gameto o lo aportó su pareja, etc., etc.

Se ha sostenido que la gestación por sustitución tienen la capacidad de descomponer como ninguna otra técnica de reproducción asistida, los diferentes planos de la paternidad/maternidad, puesto que a la figura de la mujer gestante –y la de su marido o pareja- se une la de los miembros de la pareja comitente, y puede aún añadirse la de los donantes de los gametos masculino y femenino cuando los comitentes sean incapaces de aportarlos por sí mismos, lo que introduce otro par de personas de identidad anónima, a quienes correspondería la ascendencia genética. No puede negarse que semejante escenario podría generar en el hijo nacido un efecto puzzle en relación con un factor que debe considerarse esencial para toda persona, como es la fijación de quiénes son sus (dos) progenitores y en virtud de qué título de atribución (Álvarez y Burbano 2012)

Cuán lejos se está, entonces, en la maternidad subrogada de la simplista determinación de la filiación por medio del parto y de la cohabitación con la parturienta.

Es cierto entonces que con las normas en la actualidad es también posible impugnar la maternidad y la paternidad y que, por ejemplo, una prueba de ácido desoxirribonucleico (ADN), podría demostrar que la existencia de un falso parto o que un padre, pese a que se haya cohabitado con la verdadera madre, no es el verdadero padre del que pasa por su hijo. Pero en estos casos específicos una prueba biológica desmiente una afirmación falsa o un engaño. La biología es diáfana y determinante en estos casos: el parto, si lo hubo, es irrefutable; la prueba de ADN, también es contundente. Sin embargo, en los casos de maternidad subrogada la biología le da la razón a todas las partes, que reclamen en su nombre tendrán la razón:

La madre gestante tiene razón cuando dice que se presentó un parto, los padres que contrataron el proceso también tienen razón cuando argumentan que el ADN hablaría a su favor, un donante anónimo también tendría a su favor el ADN. Esto quiere decir que, la biología ya no parece tan decisiva. No se ve porque razón deberían primar unos hechos biológicos (el parto) sobre otros (genética).

Sin embargo, algunos pensarán que la cuestión se presenta de forma clara, que el ordenamiento normativo entrega o confiere la maternidad a la gestante y que, si se presenta un caso, simplemente el juez deberá otorgar la maternidad quien dio a luz el niño, desconociendo de esta manera los supuestos derechos de quienes encargaron el procedimiento.

En realidad, esto es correcto: en el ordenamiento jurídico colombiano una madre subrogada que se arrepiente de entregar a los comitentes el hijo que ha gestado para otros, se encuentra respaldada por las normas pues fue ella quien dio a luz. Obviamente su retractación tendría que

ser anticipada al momento en que lo entrega en adopción, pues si el niño ya ha sido adoptado no habrá nada que hacer: pues esta es irrevocable pasado un mes de haber aceptado la adopción, (Alcaldiabogota 2006)

Pero si se argumenta del siguiente modo, ¿Qué habrá pasado entonces con el deseo y voluntad de los padres que iniciaron todo un proceso de maternidad subrogada, los cuales realizan grandes esfuerzos económicos y, sobre todo, de tipo emocional, para poder ser padres y, al final, ven defraudadas sus expectativas? Podría pensarse entonces que, en ese caso, pues mejor acuden a adoptar un menor sin necesidad de usar la figura de maternidad subrogada. Sin embargo, la decisión de preferir un procedimiento de estos radica en que los posibles padres no sólo quieren tener patria potestad sobre alguien sino tener un vínculo de tipo biológico/genético con su hijo. Y la figura de maternidad subrogada les permite tener ese vínculo biológico.

Entonces por el momento, el debate está planteado y lo que se puede llegar a concluir por el momento es que la maternidad subrogada ocasiona una cantidad de serios interrogantes que no pueden ser resueltos fácilmente, argumentando que se aplique a de forma textual las normas actuales. Existen personas que quieren tener hijos y no pueden hacerlo de una forma natural, además desean tener un vínculo biológico con sus eventuales hijos y por eso descartan la figura de la adopción, también existen mujeres que de forma voluntaria y por motivos económicos o altruistas, están dispuestas a gestar un hijo para otras, hay procedimientos que permiten hacer todas estas cosas y que de todos modos la gente seguirá usando , esto quiere decir que hay muchas situaciones que no pueden ser despachadas tan someramente. El siguiente capítulo pretende estudiar posibles salidas a estos dilemas.

Capítulo 3. Fundamentos para tratar con la maternidad subrogada en el derecho Colombiano

3.1. Maternidad subrogada en Colombia: contratos nulos, práctica posible

A pesar de que las argumentaciones a favor y en contra de reconocer los efectos jurídicos a los contratos de la llamada maternidad subrogada en Colombia, se hace muy poco probable que un juez colombiano ante un dilema de este tipo vaya a fallar reconociéndoles su validez. Desde el punto de vista sostenido en la presente monografía consideramos que en la legislación colombiana existe un vacío sobre el tema de que si el útero puede ser objeto lícito o no de un contrato. El cual contenga a las normas civiles actuales y que este dentro del marco constitucional vigente, es posible quizás argumentar tanto lo uno como lo otro; lo único que se hace necesario para poder defender una u otra posición es apearse a este o aquel principio constitucional: si se quiere argumentar la validez de estos contratos se podrá defender el derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad, una de cuyas expresiones es el derecho que se tiene a formar una familia si se desea; si lo que se quiere es negar su validez pues se podrá apoyar la argumentación que se sustenta en el bienestar público, el orden público de la nación o la integridad de la persona humana

Sin embargo, pese los ejercicios de interpretación doctrinal que son planteados, se hace poco probable que actualmente un juez colombiano sea tan osado o visionario como para, en un caso conflictivo de maternidad subrogada, reconocer los efectos jurídicos a un acuerdo de estos y otorgarle la filiación a los padres o sujetos que encargaron el procedimiento en detrimento de la

madre gestante. Lo que puede ocurrir de forma más probable que se atenga al principio de que la relación materno-filial emana del parto.

No obstante, el hecho que en Colombia lo más probable es que no se reconozca los posibles efectos jurídicos a los contratos de maternidad subrogada, ello no significa que las personas no puedan llevar a cabo este tipo de acuerdos. No tendrían efectos jurídicos –lo que les da una clasificación de alto riesgo, pero sí podrían llevarse a cabo. La Ley no los protegería, pero serían entonces actos que las personas asumirían por su propia cuenta y riesgo, sin esperar que en caso de conflicto entre las partes la justicia les restaure sus supuestos derechos. Ante la Ley colombiana actual estos acuerdos no generarían ningún tipo de obligación.

En un caso problemático –imaginemos que una madre gestante que se niega a realizar la entrega del niño a los sujetos “contratantes” muy probablemente exigiría la nulidad del contrato, que no produciría efectos, y entonces sólo restaría pronunciarse sobre la filiación. Que se decidiría con altísima probabilidad, como ya se dijo, favor de la madre gestante. Ese es el gran riesgo que correrían los supuestos contratantes. Sin embargo, *una vez ellos decidan correr ese riesgo no hay nada en la Ley colombiana que prohíba la maternidad subrogada*. Una vez que las partes han acordado correr estos riesgos lo que sigue es la adopción.

3.2. Maternidad subrogada a través de la adopción

Siguiendo con el problema arriba planteado vamos a suponer como ejercicio académico que en Colombia se llega a presentar un caso de maternidad subrogada de la siguiente manera:

una pareja llega al acuerdo con una mujer que, por medio de un tratamiento de fertilidad asistida, acepte implantar en su útero un embrión en cuya fecundación participo al menos uno de los gametos de la pareja proponente, acordando también que el fruto de ese tratamiento será entregado a la pareja que encargo y financió la totalidad del tratamiento. Imaginemos, además, que el gameto restante es aportado por un donante anónimo, es decir, la madre gestante no aporta su óvulo. A partir de aquí se presentan dos posibilidades: que la mujer (madre) gestante incumpla y pretenda quedarse con el recién nacido o que, por el contrario, lo cumpla. Judicialmente, ¿qué debería suceder en estos casos?

Para el primero de los casos, como ya se ha señaló, esta madre que ha gestado al hijo tendría todas las posibilidades de quedarse con el hijo: el hecho del parto le garantiza todos sus derechos y también le confiere obligaciones. Aquí los que se verían impotentes para reclamar ante la justicia serían los padres que encargaron el procedimiento científico. Para este caso la legislación colombiana no presenta vacíos: la filiación maternal (y luego la paternal) emana del hecho del parto.

En el segundo caso que se ha planteado, sucede que la madre no tiene intenciones de ejercer sus derechos y obligaciones parentales. Nos encontramos entonces, ante un caso en el que la única vía por la que la patria potestad sobre el recién nacido puede pasar de la madre gestante a otra u otras personas ajenas a ellas es mediante un proceso legal de adopción.

De la investigación abordada, es preciso indicar que no existe hasta la fecha de la elaboración de esta monografía en el ordenamiento jurídico colombiano una vía más expedita o

rápida para que la pareja contratante adquiriera la patria potestad sobre este niño: entonces podría pensarse, por ejemplo, que simplemente esta pareja registra al niño como suyo; pero ocurre que el acto de registro requiere una certificación médica de parto o también conocido como nacido vivo (Art. 49. Estatuto de Notariado y Registro) de la que obviamente esta pareja no dispone (al menos legalmente, sin fraude) pues la que pario fue la madre gestante. Así pues, no se puede simplemente entregar al niño y ya; la adopción es el único camino legal con el que se cuenta

3.3. ¿Se requieren nuevas normas sobre filiación en Colombia?

Este cuestionamiento sólo cobra sentido si se está dispuesto a debatir las complejidades que presenta la filiación en todos los casos de maternidad subrogada independientemente de lo que diga la legislación nacional. Si, por el contrario, el lector considera que lo que dice la Ley en un momento dado es palabra final, pues simplemente termina con la discusión y se limita a decir que lo que se debe hacer es aplicar la Ley vigente. En el caso de la maternidad subrogada la cuestión se reduciría, entonces, a declarar que sin más consideraciones o reflexiones la filiación le pertenece legalmente a la madre gestante.

Desde la visión del operador judicial esto es claramente cierto. Un juez no está para analizar si la Ley es justa o válida sino para proceder a aplicarla. Él debe resolver los casos conflictivos que se presentan ante su despacho y resolverlos a la luz de la normatividad que se encuentre vigente o, en general, del ordenamiento constitucional vigente.

Sin embargo, las reflexiones sobre el Derecho no tienen por qué estar limitadas a describir que es lo que prescribe la Ley. Hacer esto sería caer en lo que el doctrinante Norberto BOBBIO denomina un *formalismo científico*, al cual define como un enfoque de la ciencia jurídica que la reduce a:

Elaborar el sistema de conceptos jurídicos tal como se deduce de las leyes positivas, que es tarea puramente descriptiva o de reconocimiento y no creativa, y de obtener deductivamente del sistema elaborado la solución de todos los posibles caos en conflicto (BOBBIO, 1997, P.41)

En este documento académico se ha señalado que debe hacer el juez en casos problemáticos de maternidad subrogada (otorgar o reconocer la filiación a partir del parto) pero la reflexión no se va a limitar a ello. La presente monografía, por un lado, asume un papel de carácter más creativo, y por otro, llega a considerar que no es suficiente intentar deducir del ordenamiento vigente una autorización para fijar la filiación por otra vía que no sea el parto. Por esta razón no se comparte aquí el argumento de Marín Vélez de que con “sana lógica e interpretación” es posible considerar que un contrato de maternidad subrogada es válido en nuestro país.

En vez de pretender buscar lo que no se va a encontrar mejor es poder crearlo. En esta monografía se propone que se les dé aceptación a los contratos de maternidad subrogada introduciendo eso si una legislación que la regule de forma expresa dentro de ciertas condiciones, y que a partir de esos contratos sea posible proteger los derechos del o los contratantes que se encargan el procedimiento de maternidad subrogada. Y para defender esta posición lo que se necesita no es debatir con la Ley actual o reinterpretarla, sino el discutir con sus fundamentos para poder ampliar la norma de una manera que dé cabida a nuevas situaciones

(además del parto) a partir de las cuales se pueda establecer la filiación. Eso es lo que se hará a continuación.

3.4. Revisando los fundamentos de la filiación basada en el parto

El real problema o dificultad no radica en prescribir que la filiación materna (y derivadamente la paterna) se deduzca del hecho puntual de un parto. El problema son los fundamentos que se esgrimen para justificar esa prescripción. Cuando se pretende dar justificación a esta forma de filiación, en contra de quienes defienden otras formas de filiación derivadas no del parto sino de la genética, *se suele pensar como si derivar la maternidad del hecho del parto fuese algo obvio, algo de sentido común, que salta a la vista*. Sin embargo, argumentar la obviedad de la concepción actual de filiación es una *mala comprensión de lo que son las normas jurídicas*. Es como si se pensara que cuando se prescribe una norma jurídica ello fuese así porque no podía ser de otro modo; como si fuese obvio que tal o cual norma jurídica tenía que existir y prescribir lo que prescribe.

Por ejemplo, cuando una norma dicta que quien matare a otro deberá ir a prisión, y llama a ese hecho homicidio, no puede decirse que sea obvio y natural que quien cometa homicidio vaya a prisión; una norma de este tipo no existe porque sea obvia sino porque la sociedad en que esta tiene vigencia ha considerado que la vida debe ser protegida y que quien atente contra ella debe ser castigado. Otro ejemplo: es una norma que dice que podrán ejercer el derecho al voto solo quienes sean varones y cuenten con un capital mayor a determinado monto, no fijada como

norma porque sea obvio y natural que sólo los varones y los ricos voten, sino porque una sociedad juzga que sólo deben votar ellos y no también las mujeres y los pobres.

Pero, sin embargo, quienes defienden que en casos de maternidad subrogada la afiliación sea otorgada a la madre gestante subrayan el carácter natural, biológico, del parto frente al carácter “sociológico”, artificial, de la maternidad derivada de la subrogación:

Ante la aparición de las diversas formas de maternidad subrogada, la doctrina civil mantiene una postura inalterable, sosteniendo que, en la determinación de la maternidad, *el presupuesto o elemento biológico* de la gestación y el parto, es y debe ser el criterio fundamental para designar legalmente a la madre.

Trabuchi, sostiene que, tratándose de la maternidad, la determinación de esta se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor de carácter sociológico. A diferencia de lo que sucede en la paternidad, *el elemento natural* en la maternidad tiene tal importancia que hace pasar a un segundo plano cualquier investigación sobre otros aspectos” (Arámbula 2008).

Se puede concluir que es tan obvio y claro que una mujer da a luz que la norma que le otorga derechos parentales no puede ser de otro modo. ¡Es la naturaleza, es la biología, que se le puede hacer! La norma sólo traduce en derechos lo que la naturaleza dictó.

Sin embargo, como ya se argumentó, esta es una mala comprensión de lo que es una norma jurídica.

Según KELSEN (1934) advertía que la relación que las normas jurídicas generan entre dos hechos no es igual a las relaciones que establecen las leyes físicas entre dos fenómenos. Este autor esgrimía doctrinalmente que las leyes físicas o leyes de la naturaleza establecían relaciones de *causalidad* entre los hechos, es decir, del tipo “si A, entonces B”. Por ejemplo, “si se calienta un metal, se dilata”. Es una relación necesaria entre dos hechos, una relación que no puede ser de otro modo. Además, uno de los hechos era la causa del otro: calentar el metal es la causa de que se dilate. Es decir, un hecho explica el otro.

Al contrario, las normas jurídicas no descubren relaciones de causalidad entre dos hechos. Más bien, argumenta Kelsen, que las normas jurídicas generan relaciones entre dos hechos. En el Derecho un hecho queda asociado a otro no porque necesariamente tenga que ser así sino porque una norma los asocia. Antes de que exista tal norma no hay un vínculo directo entre los dos hechos. En las leyes naturales, por el contrario, independientemente de la afirmación de una ley los hechos siguen relacionados por su propia cuenta. Son hechos objetivos. Pero en el Derecho dos hechos sólo quedan asociados cuando se genera una norma que los vincula: es necesaria esta intervención antrópica para vincularlos.

Al igual que en la ley natural, la regla del derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada (KELSEN, 2011, p.17).

Sin embargo, volviendo a la cuestión de la filiación, uno puede ver que en el Derecho Civil existe una tendencia a ver las normas vigentes de filiación como si fuesen leyes de tipo natural. Como si el hecho biológico del parto sólo pudiese ser seguido del hecho jurídico derechos parentales; como si el parto fuese la causa y la relación materno-filial (que es una relación jurídica) fuese el efecto. Como si uno, el parto, explicara lo otro, la filiación.

Pero ocurre que las normas jurídicas no se presentan de este modo Si existe una relación jurídica llamada filiación (materna y paterna) es porque el derecho la creó, no porque la biología la dictó. Un hecho físico llamado parto sólo queda vinculado a otro hecho (jurídico) llamado filiación cuando una norma establece el vínculo. Es el mismo caso de un hecho llamado matar que sólo queda vinculado a otro hecho llamado sanción cuando una norma establece tal vínculo.

Así pues, no se puede apelar a una supuesta objetividad, a un supuesto atenerse a los hechos físicos, porque el Derecho no hace eso. El Derecho no se enfoca únicamente en a traducir los vínculos de causa efecto de la naturaleza, sino que crea vínculos entre hechos. En este caso, vincula el parto con unos derechos.

Lo anterior pretende aseverar que, si una norma le da un sentido determinado a un hecho que este asociándolo con otro, bien puede otra norma llegar a modificar ese sentido generando uno nuevo. En el caso que se aborda en esta monografía: si la filiación es asociada normativamente con un determinado hecho, otra normatividad lo puede asociar con otros hechos: con la maternidad subrogada, por ejemplo.

Inclusive, la norma que genera el vínculo entre parto y filiación, que hoy nos parece tan obvia y natural, no ha sido siempre de esta manera. Esa relación jurídica fue también una creación del intelecto humano en algún momento específico de la historia. Ni siquiera en el Derecho Romano, de donde proviene el principio *mater semper est* (Madre siempre se sabe quién es), hubo un vínculo jurídico entre parto y maternidad. Se sabía quién era la madre por el parto (eso es lo que dice el principio) pero jurídicamente no presentaba alguna relevancia: la madre no recibía derechos parentales por ello.

Es decir, la norma no asociaba los hechos parto y relación materno-filial. Esta relación era desconocida por el rol subordinado de la mujer. Al contrario, la norma creaba un vínculo entre parto y derechos paterno-filiales. Y de hecho este tipo de planteamiento de los derechos paternales se sostuvo en nuestro ordenamiento hasta relativamente hace poco tiempo.

Entonces se dirá que, de todos modos, el parto era la fuente de unos derechos de filiación. Sin embargo, lo que es importante resaltar es que la relación de carácter jurídico es de filiación se pueden presentar de diversas formas y no sólo a través de una supuestamente obvia y natural relación parto-maternidad.

3.5. La filiación y la biología

Se hace necesario y fundamental el tener en cuenta que una cosa son los conceptos “padre”, “madre”, que estos no son conceptos jurídicos sino conceptos biológicos, y otra el concepto de “filiación” en sus dos variantes “maternidad” y “paternidad”, sí son claros conceptos

jurídicos, es decir, que crean vínculos jurídicos, originando derechos y obligaciones. “Madre” y “padre” son quienes procrean un hijo a través de su reproducción biológica; pero los vínculos de “filiación” son normas que una sociedad prescribe para que los individuos adultos tengan deberes y obligaciones de cuidado, protección y autoridad sobre otros individuos no-adultos. Es de ahí que la “filiación” se pueda llegar a establecer a partir de la condición biológica de “padre” y “madre”, o sin este vínculo biológico, a través de la adopción. Obviamente, lo usual ha sido lo primero: que el hijo quede vinculado a la “madre” y el “padre” no sólo biológica sino también jurídicamente por medio de la filiación. Pero esto es una decisión jurídica, no un dictado de la biología.

Sin embargo, en la actualidad, tenemos que observar que las técnicas de reproducción asistida (en adelante: TERAS) han llegado a modificar esas categorías biológicas de “madre” y “padre”. Estas técnicas han permitido que la reproducción biológica de los seres humanos se desarrolle por otros caminos. Se puede ser “padre” y “madre” ya no sólo por medio de una relación sexual entre un hombre y una mujer sino también aportando material genético (gametos) los cuales, manipulados científicamente, darán origen a un hijo. Es decir, hay nuevas formas de ser biológicamente “padres” o “madres”. La biología ha dejado de ser lo que era; o mejor, ha mostrado que es más de lo que solía ser.

Lo que se tiene que reconocer en todo esto es que los nuevos nacimientos y las nuevas formas de ser “madre” o “padre” son tan biológicos como la paternidad derivada de la actividad sexual. Tanto la paternidad/maternidad sexual como la lograda mediante TERAS sigue las leyes

de la biología y las categorías de “padre” y “madre” siguen siendo tan biológicas como antes. Se trata entonces de que se ha abierto un nuevo espacio biológico para el hombre.

No nos podemos seguir basados en una interpretación de la biología generada en siglo XIX. Estamos limitando la biología simplemente a los hechos visibles, a aquello que es patente para nuestros ojos, como un parto. Pero la ciencia ha descubierto un mundo biológico más allá de nuestros ojos: la biología va más allá de lo que podemos ver y sentir. Genes, cromosomas, gametos, óvulos, no son visibles como el parto, pero siempre han estado allí haciendo lo mismo: fecundando nuevas vidas sin importar si es a través de la copula o de las TERAS.

Dado que por la biología (el parto) nos ha servido para construir una relación de carácter jurídico (la filiación), no se ve porque ahora se le va a negar a esa misma biología oculta lo mismo. Si ya vinculamos una vez un hecho de carácter biológico con un hecho de tipo jurídico, nos es posible volver a relacionar otros hechos biológicos (gametos donados, implantados, etc.) con ese mismo hecho jurídico.

Si no abandonamos los prejuicios que creen que el Derecho surge o emana de la biología (de la biología visible) y no vemos, que, al contrario, es el Derecho el que extrae conclusiones jurídicas de ella, nos es posible plantear la aceptación jurídica de la maternidad subrogada como fuente de filiación para los contratantes.

3.6. Los Nuevos conceptos para la filiación en la maternidad subrogada

Una de las formas doctrinales de poder abrirle el espacio jurídico a la maternidad subrogada sería introduciendo algunos conceptos los cuales son nuevos en nuestra normatividad. En primer lugar, se podría empezar aceptando la validez de los contratos de maternidad subrogada entablado una serie de condiciones más acordes con nuestra tradición jurídica. Más adelante, en la propuesta se desarrollan estos elementos de los contratos de maternidad subrogada.

Una vez sean realizadas estas acciones se podría introducir un nuevo concepto en nuestra normatividad como criterio general para poder determinar la filiación. Ese concepto es el de “voluntad” o “intención de ser padres” (en inglés “*intended parents*”: padres que tuvieron la intención de serlo). Este concepto quiere decir que en los casos problemáticos de maternidad subrogada –aquellos en que la madre subrogada no entregue al niño para cuya gestación fue contratada se tendría en cuenta como criterio para determinar la filiación el de la intención o propósito que de ser padres que tuvieron quienes encargaron el tratamiento. Esa voluntad se deduce del hecho de haber encargado el tratamiento y haber aportado los dos o al menos un gameto.

Analizando una de las sentencias más célebres sobre maternidad subrogada en el estado de California, este fue el argumento básico para que la Corte entregara la filiación a los padres contratantes en el caso de una madre gestante que no había querido entregarlo:

La decisión se basa en el precedente Johnson v. Calvert (May 20, 1993, 5 Cal. 4th 84; 851 P.2d 776) que, en un caso de maternidad subrogada, resolvió que, si la maternidad genética y gestacional no coinciden en una misma mujer, madre es la que tuvo la voluntad de traer un hijo al mundo y criarlo como propio. En el caso, el hijo había sido concebido utilizando gametos procedentes de los cónyuges que contrataron a la madre subrogada (Farnós y Garriga 2006)(

Este concepto de la intención o voluntad de ser padres es también propuesto en el debate en la republica de argentina por las autoras Karina A. Bigliardi y María Soledad Estivariz, las cuales sostienen:

Creemos que para resolver estos casos debe tenerse en cuenta el elemento intencional, es decir, cuál de las mujeres ha evidenciado la voluntad de tener al hijo y asumir el rol materno. Este será el soporte del vínculo materno-filial. Es decir que propiciamos que se pondere la voluntad pro creacional; dado que el interés de los hijos sólo está acabadamente protegido cuando son declarados sus padres legales aquellos que realmente desean serlo porque son los que efectivamente podrán llevar adelante su formación como continuación y culminación de un proceso que iniciaron cuando "quisieron" tener un hijo (Álvarez y Burbano 2012).

3.7. Sugerencias para un eventual contrato de maternidad subrogada en Colombia

Los contratos de maternidad subrogada sólo se permitirán para aquellas parejas en las que la mujer presente algún tipo de problema –médicamente demostrado y certificado el cual le impida llevar adelante por sí misma la gestación.

Sólo deben ser permitidos aquellos contratos de maternidad subrogada cuando al menos uno de los miembros de la pareja aporte un gameto (óvulo o espermatozoide) para el proceso de fecundación. No se permitirán bajo ningún caso los contratos de maternidad subrogada en los que el futuro niño no pueda tener algún vínculo biológico con la pareja que se somete al tratamiento.

La pareja que se somete al tratamiento deberá ser mayor de edad y aprobar los exámenes psicológicos completos que sean pertinentes acerca de su real voluntad de ser padres.

La madre en categoría de subrogada o gestante deberá haber consentido de forma voluntaria y bajo ninguna presión al tratamiento y a su renuncia a los derechos de filiación, es decir debe existir un consentimiento informado pleno. (Ref. Corte constitucional Sentencia c - 182 del 2016)

La madre gestante deberá certificar mediante examen médico su idoneidad mental o psicológica para poder llevar acabo el tratamiento con las consecuencias que de renuncia a derechos parentales que acarrea

La gestante debería ser no únicamente mayor de edad, sino más aun, mayor de 25 años y menor de 30. Pues en esta edad ya tendría una mayor madurez de tipo psíquica y física y se correrían grandes riesgos tanto para la gestante como para el bebe.

La gestante deberá ser soltera. No se permitirán las subrogantes con un vínculo matrimonial, esto se hace como una forma de desestimular la formación de sentimiento de familia entre su pareja y el niño por nacer.

Podría permitirse no sólo la maternidad subrogada altruista, esto significa, aquella que se hace sin recibir beneficio económico; sino también aquella que se hace a cambio de dicha compensación. Sin embargo, una mujer sólo podría ser madre subrogada una vez.

Por ningún motivo se podrán aceptar los contratos de maternidad subrogada por razones estéticas, es decir, de mujeres que simplemente no quieren someterse a los resultados físicos del parto para conservar su cuerpo.

Se podrán aceptar los contratos que sean celebrados por hombres solos o mujeres solas, siempre y cuando aporten su correspondiente gameto a la fecundación.

Capítulo 4. La dignidad humana como postulado Jurídico-Político.

En lo que se denomina liberalismo político y el cual es representado primigeniamente por John Locke y Jacques Rousseau, se responde a la pregunta por la legitimidad de la existencia del Estado diciendo que este se hace necesario para garantizar una serie de derechos de los asociados; es decir el fundamento de la organización política denominada Estado liberal clásico es el hombre, y su agrupación en la sociedad.

Desde el periodo del renacimiento se perfilaba en pensadores y filósofos de corte “progresistas” la ubicación de los individuos en el centro de las organizaciones sociales y espirituales. Es así como Pico De la Mirándola, humanista italiano, realiza un ensayo sobre la dignidad de los hombres donde resalta “El valor de estos por el hecho de poseer razón, lo que lo hace portador de libre albedrío y de responsabilidad moral” (Della Mirandola 2002)

Líneas de pensamientos como las de Kant y en cierto grado Spinoza y Schopenhauer presentaron gran influencia en la academia por cuanto se desligaban de explicaciones religiosas o teológicas del concepto de Dignidad Humana el cual había imperado en las posiciones de la época medieval , que reivindicaban el valor del hombre por su capacidad de autodeterminación sólo en tanto la gracia de Dios lo permitía (San Agustín), o los fines encaminados al bien según las doctrinas del cristianismo lo determinaban (Santo Tomas) El valor de la reivindicación de la Dignidad Humana en la filosofía moderna radicó en que la medida de la Dignidad sería el hombre mismo, su autonomía de la voluntad, su racionalidad y su pretendido libre albedrío.

El postulado de la Dignidad Humana presenta como consecuencias más allá de otorgar una fundamentación formal a la conformación de los Estados; es decir, el desarrollo jurídico e institucional de estos debe responder a este principio fundante, por ejemplo, en una serie de mínimos o límites que el concepto impone. En lo que se denomina la teoría jurídica moderna esto se refleja en las cartas de derechos y libertades, que se han erigido como mandatos de actuación o límites a los Estados, que han derivado en la mayoría de los casos en regímenes constitucionales de derecho.

Concretamente no se encuentra un tipo penal referente a la maternidad subrogada, pero podemos ver tipos penales que encajan a este paradigma basado en las avances científicos usándolos ilícitamente como son los delitos contra la vida y libertad personal los cuales se encuentran tipificados específicamente en los artículos 132 al 134 de la ley 500 del 2006 código penal colombiano.

4.1. Dignidad Humana y estado de derecho

Para el Derecho en general, lo más importante era pasar de postulados metafísicos a reglas jurídicas claramente determinables y el recurso para ello está dado, en palabras de (Maihofer), en el tipo de Estado que se constituye pues en un Estado social de derecho no es suficiente con que se respete la libertad y la legalidad, sino que deben satisfacerse otra serie de derechos de los individuos, y respetarse determinadas libertades que se erigen en fundamento de la existencia misma de este modelo de Estado De Derecho Y Dignidad Humana. (G. A. García s.f.)

A manera de razonamiento común, en lo que se conoce como Estado de derecho, la Dignidad Humana es el criterio que se establece para que los individuos puedan exigir del Estado ciertas prestaciones positivas, en algunos casos la atención en salud, la vivienda digna, el mínimo vital, y otros derechos que materializan las condiciones mínimas de existencia de las personas. Por ejemplo, en la conocida sentencia T-406/92 la Corte emite una serie de órdenes positivas sustentadas en el principio de dignidad humana, allí protege entre otros derechos, la salud y salubridad públicas, manifestando que, en un Estado social de derecho, basado en la dignidad de los individuos, la vida en condiciones dignas necesita de elementos prestacionales que la potencien

Como es señalado en la sentencia T-401 de 1992, generalmente es en sede de tutela donde se puede proteger de forma íntegra la dignidad humana, pues si bien ella como fundamento del Estado y el ordenamiento jurídico no puede suspenderse, puede entrar en colisión con otros derechos fundamentales sin que pueda desconocerse ninguno de los dos. Pero además de la posibilidad de exigir prestaciones del Estado, la Dignidad Humana en un Estado Social de Derecho tiene un contenido negativo, de abstención o límite para las autoridades estatales; y es precisamente este contenido de límite el que nos interesa analizar aquí, por ejemplo, en un Estado social de derecho se proscriben las torturas, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la pena de muerte (Corte Constitucional, sentencia T-401/92, MP; Eduardo Cifuentes Muñoz)

Sin embargo, a ello a vulneraciones de la dignidad pertenecen, además, todas las otras medidas que reduzcan al hombre a mero objeto de la actuación estatal, a un simple medio para fines del Estado, por ejemplo, el sometimiento a un proceso penal sin derecho de audiencia, a la

producción de confesiones mediante el empleo de mecanismos coercitivos, la intolerancia y el terror ideológico para conseguir una adhesión filosófica, política o religiosa prescrita por orden del gobierno.

4.2. Dignidad humana y derecho penal

El supuesto teórico de este capítulo (4) es que el derecho penal impone límites al ejercicio del poder, porque como dice Sotomayor Acosta “es más derecho que pena”, y la labor de la academia, antes que legitimar el ejercicio del poder debe ser criticarlo e intentar acotar su ejercicio. Al respecto Fernández Carrasquilla señala que:

Es necesario interpretar las garantías en el sentido de fijar un mínimo de contenido que el legislador debe respetar en todo caso, al menos si quiere ser democrático y liberal. (Carrasquilla).

En caso de que un Estado legitime su existencia por respetar y proteger la dignidad humana de los individuos, ello implica que está obligado tanto a prestaciones de hacer (por ejemplo, garantizar condiciones materiales para que las personas puedan gozar de sus derechos plenamente), como de no hacer (bien sea como prohibiciones expresas, o tácitas).

En sede de Derecho penal, algunos autores señalan que las obligaciones del Estado derivadas del principio de dignidad humana consisten en abstenerse de realizar acciones como infligir tortura, desterrar, imponer penas o medidas de seguridad imprescriptibles, ejecutar pena de muerte, imponer prisión por deudas, o establecer tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Igualmente, verificada la normatividad jurídica penal de la ley 599/2000 no se evidencia la existencia de un tipo penal que sancione este tipo de comportamientos, los artículos que tratan sobre la protección del bien jurídico tutelado no consagra este tipo de comportamientos.

5. Conclusiones

La llamada maternidad subrogada no es una técnica de reproducción asistida esta es más bien una aplicación del conjunto de esas técnicas. Por esta razón no puede ser tratada como una categoría médica/científica sino como un concepto netamente jurídico al que se le reconoce o no entrada legal en un ordenamiento jurídico.

Después de un exhaustivo análisis documental y jurisprudencial, se observa que existe una relación jurídica entre el elemento biológico (gestación) y la filiación en el campo normativo colombiano; el cual es visto como un criterio fundamental y obvio frente a la sociedad.

Sin embargo, postulados como los de KELSEN. En el que existe una relación de causalidad no siempre deben tener un vínculo de causa y efecto, esta relación puede ser de dos hechos aislados, los cuales están entrelazados por una relación jurídica, esto quiere decir que existe una norma que las asocia.

En la legislación colombiana existe un vacío legal el cual no permite establecer de forma clara si los contratos bajo la figura de maternidad subrogada son lícitos o ilícitos, dado que no está debidamente establecido si un útero es una cosa la cual pueda ser alquilada. Tanto los que argumentan en contra de su licitud como quienes la defienden sólo pueden partir de interpretaciones forzadas de la Ley. Lo mejor aquí sería legislar claramente ya sea para declarar la ilicitud de este tipo de contratos (como hizo España) o para permitirlos. Para así poder determinar las consecuencias.

De todos modos, lo más probable es que un juez no proceda a reconocer ningún efecto de tipo jurídico a los acuerdos de maternidad subrogada celebrados en Colombia ya que esto chocaría con las concepciones culturales y tradicionales vigentes en nuestro país. En un eventual caso conflictivo lo más factible es que el juez considere que la filiación corresponde a la madre gestante en detrimento de quienes encarguen el procedimiento de maternidad subrogada.

Así mismo la importancia de dar a conocer la falta de legislación en temas sobre maternidad subrogada en instituciones de educación superior a través de foros y debates , con el fin de llevar al congreso de la republica nuevas alternativas de solución a las posturas ya establecidas en los dos (2) proyectos de ley que cursan en el senado. Con el fin de brindar herramientas que les permita llenar el vacío jurídico de la legislación actual en cuanto al alquiler de vientres en Colombia.

6. Recomendaciones

Para los acuerdos bajo la figura de maternidad subrogada no generan en Colombia efectos de tipo jurídico pero esta cuestión no impide que las personas puedan realizar este tipo de acuerdos. Ninguna norma prohíbe en Colombia este tipo de acuerdos. Se trataría de acuerdos morales, cuyo cumplimiento queda librado a la buena voluntad de las partes, pero que no encuentran respaldo alguno en la justicia en caso de conflicto. Por eso se debe legislar sobre esta problemática.

La maternidad subrogada abre una serie de posibilidades desconocidas hasta el momento en torno a la filiación biológica. Las categorías biológicas de “padre” y “madre” ya no se configuran sólo a partir de una unión sexual y del parto. Existen nuevas formas biológicas de ser padres que requieren nuevas formas de vincular los hechos biológicos genéticos (no sólo el parto) con los derechos de filiación que pudieren derivarse de una institución como la maternidad subrogada.

Las normas vigentes que se encuentran sobre filiación y las cuales confieren a partir del parto, pueden ser modificadas para abrir paso a nuevos criterios que junto al parto sirvan para definir la filiación en estos casos. Esto requeriría un esfuerzo por superar dogmas que existen en nuestro ordenamiento jurídico y que provienen de la época en la cual este fue redactado.

Referencias

Alcaldiabogotá. «Ley 1098 .» 2006.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106> (último acceso: 10 de enero de 2017).

Álvarez, Daniela, y Camila Burbano. «Maternidad Subrogada y Filiación a la Luz del Ordenamiento Jurídico Colombiano.» Junio de 2012.

http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/1147/3/Maternidad_Luz_Ordenamiento_Alvarez_2012.pdf (último acceso: 10 de enero de 2018).

Arámbula, Reyes Alma. «Maternidad Subrogada.» 2008.

<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf> (último acceso: 10 de enero de 2018).

Consejo Nacional Legislativo. *Código Civil Colombiano, (ley 57 de)*. Art. 92. Bogotá, Colombia., 1887.

Della Mirandola, Pico. «Oración por la dignidad humana. Ediciones Opus Magnum. Bogotá. 2002.» 2002.

Farnós, Amorós Esther, y Gorina Margarita Garriga. «¿Madres? Pueden ser más de una.» 2006.

www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/79699/103947 (último acceso: 10 de enero de 2018).

García, Diego. *Procreación humana asistida, aspectos técnicos, éticos y legales*. Madrid : Ed. Gafo, 1988.

García, González Aristeo. «La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos.» s.f.

<http://www.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm> (último acceso: 10 de enero de 2018).

León, Salcedo Gladis. «Grupo de Bioética de la Universidad del Bosque, al proyecto de Ley 029/2003 (que no supero su trámite legislativo) Secretaría del Senado, República de Colombia. Estudio de Antecedentes: Técnicas de Reproducción Asi.» 2013.
<http://www.senado.gov.co>. (último acceso: 10 de enero de 2018).

Marín, Vélez Gustavo Adolfo. «Maternidad Subrogada.» 2003.

Apéndices

Apéndice A Noticia sobre la fertilización asistida en Ecuador

PRODUCTOS | SERVICIOS

TENDENCIAS #1

EL COMERCIO

ACTUALIDAD | TENDENCIAS | DEPORTES | DATA | OPINIÓN | MULTIMEDIA | BLOGS

Reinas, símbolos de la fortaleza

Roberto Arlt, el escritor de la violencia

Eli: El holandés Paul Verhoeven ha hecho una gran...

Los presidentes de China y Estados Unidos, extrajeron...

Tendencias - SOCIEDAD

2 de julio de 2018 10:55

Cada vez más parejas recurren a la fertilización asistida en Ecuador



Los esposos Vega Macías junto a sus mellizos Elián y Brianna. Foto: Víctor Muñoz/EL COMERCIO

Diego Bravo
 Redactor #1
 dbravo@elcomercio.com

La espera duró más de tres años. En ese tiempo, la vida de los esposos **Gabriela Macías** y **Enrique Vega**, de 37 y 34 años, se desarrollaba en medio de visitas a especialistas en **reproducción asistida** y tratamientos para concebir a sus **bebés**.

Al principio fue difícil e invirtieron más de USD 10 000 en cinco tratamientos de **fertilidad** diferentes, pero no dieron resultado. Tal era su decepción, que intentaban concentrarse en el trabajo y en las tareas del **hogar** para olvidar lo que pasaba.

Pero su espera terminó hace dos años y medio, cuando nacieron sus **mellizos** Brianna y Elián, quienes fueron concebidos por fertilización in vitro en la Unidad de Reproducción Humana de la Clínica Pichincha.

En el mundo el 10% de parejas en edad de procrear tiene **problemas** de infertilidad, según datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Para **Iván Martín Valencia**, director del Centro de Reproducción Humana, Endocrinología Ginecológica y Ovario Poliquístico (Endogyn) de **Quito**, en ese porcentaje también se incluye a Ecuador.

Ante eso, cada vez es más frecuente que las parejas tengan hijos con técnicas desarrolladas en laboratorios. El **galeno** señala que, en décadas pasadas, a la reproducción asistida accedía únicamente la gente con mayores recursos, pero la situación económica del país cambió. Desde la **dolarización**, las familias de clase media también las usan.

Serán la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, institución científica que **acreamta** al 60% de centros de este tipo en

Apéndice B. Noticia sobre los problemas para concebir un hijo.

EL TELÉGRAFO

Viernes, 18 Julio 2014 00:00 SOCIEDAD Visitas: 5921

EL 25 DE JULIO SE RECUERDA EL NACIMIENTO DE LA PRIMERA BEBÉ PROBETA DEL MUNDO

Entre 12% y 15% de parejas tienen problemas para concebir un hijo (Infografía)

El 25 de julio se recuerda el nacimiento de la primera bebé probeta del mundo

Redacción Sociedad



Yolanda Mendieta tiene 38 años, 8 de ellos los ha dedicado a tratar de concebir un bebé. "Ya se me termina el tiempo", dice la mujer, que se siente agobiada por no poder tener hijos. Hace un mes le detectaron endometriosis (adherencias en las trompas y quistes en los ovarios). Esta es una de las causas de infertilidad más frecuentes, que ha llevado a miles de mujeres a recurrir a los tratamientos de reproducción asistida.

Precisamente el próximo 25 de julio se recordará el nacimiento de la primera niña probeta (Louise Brown), gracias a la fecundación 'in vitro'. Desde lo ocurrido en 1978, esta técnica de reproducción asistida se convirtió en la fórmula elegida por las parejas con problemas de infertilidad y también para mujeres solteras que buscan ser madres.

En Ecuador el uso de técnicas de fertilización data de 1989 con la apertura del primer Centro Médico de Fertilidad y Esterilidad (Cemefes) en Quito. "Fuimos los pioneros con mi padre en ofrecer este tipo de tratamiento", dice el ginecólogo y especialista en infertilidad Iván Valencia.

Según Valencia hay más parejas que buscan una inseminación artificial, fecundación in vitro (FIV) o ICSI (inyección intracitoplasmática de un espermatozoide). Ante la demanda, Valencia abrió en 2005 el centro Endogyn, donde el 80% de los procedimientos se hace por FIV.

Apéndice C. Noticia sobre mujer que es vientre de alquiler quieren obligarla a abortar.

La mujer que es vientre de alquiler y ahora quieren obligarla a abortar

mguaman | Lunes 04 de Enero de 2016 - 11:45

compártelo



La mujer espera trillizos, pero los padres legales de los bebés le exigen abortar a uno.

Brittneyrose Torres, una estadounidense de 26 años, está viviendo una verdadera pesadilla. Luego de aceptar la oferta de ser el vientre de alquiler de una pareja de norteamericanos,

Torres se ofreció como vientre de alquiler luego de conocer, a través de Facebook, la historia de estos padres que no podían tener hijos y al principio todo se desarrolló sin problemas.



A Torres le implantaron dos óvulos para aumentar las posibilidades de que la fertilización tuviera éxito, lo que en su caso ocurrió extremadamente bien porque no sólo quedó embarazada de dos bebés, sino que uno de los óvulos se dividió y terminó esperando trillizos, dos niños y una niña.

Hasta aquí todo seguía bien. Torres había acordado recibir US\$30 mil por su trabajo y la gestación de los tres bebés estaba desarrollándose sin problemas, pero alrededor de la semana 12 todo cambió dramáticamente: los padres que la habían contratado le exigieron, según informa el **New York Post**, que abortara a la niña.

El argumento que le dieron a la joven fue que con tres bebés aumentaba el riesgo de que se produjeran problemas en el desarrollo de alguno de ellos.

La respuesta de Torres fue tajante: no se haría el aborto e incluso les ofreció quedarse ella con la bebé si ellos no la querían. el problema es que el contrato de los vientres de alquiler les da el derecho a los futuros padres de pedir un aborto y al no cumplirse el contrato no siguieron pagando lo acordado.

Torres asegura que desde el principio había acordado con los padres que no habría ningún aborto a menos que se produjera una situación de vida o muerte y en este caso, asegura, eso no ha pasado. Los doctores le dicen que todo sigue normalmente con su embarazo, según publica el **DailyMail**.

Apéndice D. Noticias sobre mujeres que alquilan sus vientres en Ecuador.

EL COMERCIO

ACTUALIDAD TENDENCIAS DEPORTES DATA OPINIÓN MULTIMEDIA BLOGS



Ferozos incendios forestales acorralan



Trump arremete contra la prensa



Papa Francisco pide prudencia



Jordy Josué Calcedo goleador

Actualidad - SOCIEDAD

10 de julio de 2016 00:00

Las mujeres alquilan sus vientres por no menos de USD 10 000 en Ecuador

 14998



Hugo Capelo, ginecólogo y fundador de la Clínica Infez, realiza un proceso de aspiración de óvulos, para una posterior fertilización in vitro. Foto: Patricio Terán/ EL COMERCIO

COMPARTIR

 0

 Tweet

VALORAR ARTICULO

 13

Indignado

 0

Triste

 3

Indiferente

 17

Sorprendido

Mariela Rosero
Coordinadora Sociedad

En un mes y una semana, el hijo de Belén, de 24 años, vendrá al mundo. Y a ella, la ilusión por la llegada del bebé se le nota en la sonrisa. Al verla nadie advertiría que está en la dulce espera. La guapa mujer, de ojos verdes, se mantiene delgada. Su vientre no ha crecido, pues nació sin útero debido al síndrome de Rokitansky.

La única forma de tener un hijo biológico con su esposo era acudir a una **portadora gestacional, madre sustituta, por encargo o vientre de alquiler.**

Con esa frase y la palabra **Ecuador**, en Internet hay anuncios en donde mujeres se describen, incluso físicamente. Una extranjera de 19 años, dice ser "sana, sin vicios, con un hijo de parto natural". "Estoy interesada en alquilar mi vientre por motivos de dinero y para ayudar a una familia..."

Al telefonarle, un hombre dice que es el encargado de una agencia de subrogación. Pide contactarlo al Whatsapp y al insistir indica que cobran USD 12 000, por prestar el vientre, y 16 000, si se incluyeran óvulos. "Si quiere, la muchacha se va a vivir a su casa". La mayoría de anuncios piden de USD 10 000 a 15 000. Ofertas así ha oído Belén.

A la ingeniera industrial, casada desde hace seis años, le parece increíble estar en este proceso que incluye fertilización in vitro con un embrión, formado en el laboratorio de la unión de su óvulo y el espermatozoide de su marido. Solo lo había visto en películas; vivirlo en Quito, sin la angustia de salir del país, le maravilla.