

 Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña - Colombia Vigencia 1988-2011	<b>UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA</b>			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	<b>FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO</b>	<b>F-AC-DBL-007</b>	<b>10-04-2012</b>	<b>A</b>
	Dependencia	Aprobado		Pág.
<b>DIVISIÓN DE BIBLIOTECA</b>	<b>SUBDIRECTOR ACADÉMICO</b>		<b>i(55)</b>	

### RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	<b>INGRID YASNEY NAVARRO QUINTERO JINETH JOANA OSORIO SANJUÁN</b>		
FACULTAD	<b>FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES</b>		
PLAN DE ESTUDIOS	<b>PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO</b>		
DIRECTOR	<b>DR. FREDY QUINTERO JAIME</b>		
TÍTULO DE LA TESIS	<b>LA MATERNIDAD SUBROGADA: ANÁLISIS DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DE PROCREAR EN CONSONANCIA CON EL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA EN COLOMBIA DURANTE LOS AÑOS 2015 A 2017</b>		
<b>RESUMEN</b> (70 palabras aproximadamente)			
<p>LA MONOGRAFÍA SE ENMARCO EN EL ESTUDIO DE LA PRACTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA SIENDO ESTA EN EL CONTEXTO JURÍDICO UN PROCEDIMIENTO QUE HA SIDO ESTUDIADO EN DIFERENTES SESIONES DEL CONGRESO Y BAJO DIVERSOS PROYECTOS DE LEY, SIN QUE SE TENGA EN LA ACTUALIDAD UNA LEGISLACIÓN QUE RESPONDA A LAS NECESIDADES DE MATERIALIZAR EL DERECHO A LA PROCREACIÓN Y SIN LA VIGILANCIA JURÍDICA DE UNAS NORMAS QUE PERMITAN GARANTIZAR EL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA, COMO FUNDAMENTO DE LA REALIZACIÓN DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SER HUMANO.</p>			
<b>CARACTERÍSTICAS</b>			
PÁGINAS:	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:



Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552  
 Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104  
 info@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**LA MATERNIDAD SUBROGADA: ANÁLISIS DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DE  
PROCREAR EN CONSONANCIA CON EL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA  
EN COLOMBIA DURANTE LOS AÑOS 2015 A 2017**

**AUTORAS**

**INGRID YASNEY NAVARRO QUINTERO**

**JINETH JOANA OSORIO SANJUÁN**

**Trabajo de grado modalidad monografía presentado para obtener el título de abogadas**

**DIRECTOR**

**DR. FREDY QUINTERO JAIME**

**UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA**

**FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**

**PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO**

**Ocaña, Colombia**

**Mayo 2019**

## Índice

<b>Capítulo 1. El reconocimiento del derecho a la procreación en Colombia mediante la maternidad subrogada .....</b>	<b>1</b>
1.1 Antecedentes .....	1
1.2 Elementos conceptuales y modalidades de la técnica de la maternidad subrogada .....	2
1.3 Causas biológicas.....	4
1.4 Generalidades sobre la fecundación In Vitro.....	5
1.4.1 Contexto jurídico y jurisprudencial en Colombia.....	7
 <b>Capítulo 2. El contrato de Maternidad Subrogada.....</b>	 <b>11</b>
2.1 Definición de Contrato de Maternidad Subrogada .....	11
2.2 Regulación del contrato de maternidad subrogada en el derecho externo.....	12
2.2.1 Caso Estados Unidos.....	12
2.2.2 Caso Brasil .....	12
2.2.3 Caso Francia.....	13
2.2.4 Caso España.....	13
2.2.5 Caso India .....	13
2.2.6 Caso Perú .....	13
2.3 El contrato de maternidad subrogada en el marco jurídico interno de Colombia.....	13
2.4 La maternidad subrogada vista desde la Corte Constitucional en Colombia.....	19
 <b>Capítulo 3. El reconocimiento al derecho a la dignidad humana en el ordenamiento jurídico colombiano .....</b>	 <b>23</b>
3.1 La dignidad humana en el marco conceptual, jurídico y jurisprudencial colombiano. ....	23
3.2 El juicio de ponderación de derechos humanos en Colombia .....	30
3.3 juicio de ponderación entre el derecho a la procreación mediante la maternidad subrogada y el derecho a la dignidad humana.....	31
 <b>Conclusiones.....</b>	 <b>40</b>
 <b>Referencias Bibliográficas .....</b>	 <b>42</b>

## Introducción

La evolución del hombre ha permeado diversos escenarios incluso el de las técnicas de fecundación que permiten la manipulación del ovulo y el espermatozoide con el objetivo de conseguir un embarazo entre las cuales encontramos la criopreservación de embriones, el diagnóstico preimplantacional, la donación de ovocitos, la fecundación invitro, la inseminación artificial y finalmente la Microinyección o inyección intracitoplasmática de espermatozoides ICSI.

Dichas técnicas buscan corregir la problemática de la infertilidad y encontrar finalmente la procreación, sin embargo en ocasiones diversas patologías del ser humano les impiden a muchas mujeres la fecundación en su vientre, frente a lo que se ha desarrollado la técnica de la maternidad subrogada o el alquiler de vientres.

Mundialmente el ámbito de los servicios de salud permite hoy en día que mediante las técnicas de fecundación se traigan al mundo en vientres alquilados hijos que no pudieron fecundarse en el vientre de la madre, y es este el contexto en el cual nace la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada es una técnica que se ha definido en el ámbito de la salud, pero también que se encuentra enmarcada en la doctrina jurídica como:

“el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.” (Gómez, 1994)

En consecuencia, es un procedimiento que le permite a la mujer impedida fisiológicamente ser madre a través de la fecundación que se hace en otro vientre, y el cual solo se alquila para dicho procedimiento puesto que los óvulos y los espermatozoides son aportados por los padres que solicitan dicho procedimiento.

No obstante, su connotación teniendo en cuenta que involucra la procreación humana, necesariamente permea el mundo del derecho y de las normas jurídicas, puesto que tanto la madre que alquila el vientre como los padres que aportar los óvulos y los espermatozoides y el hijo que está por nacer son sujetos del derecho de protección jurídica del derecho internacional y de las legislaciones internas, máxime cuando los instrumentos internacionales se fundamentan en el principio y derecho fundamental de la dignidad humana, y a su vez las legislaciones internas se proclaman garantistas de los derechos humanos y adoptan los lineamientos del derecho internacional.

En el contexto internacional existe un ámbito de protección hacia los derechos reproductivos y sexuales de la mujer, el derecho a la vida, la integridad personal y necesariamente la dignidad humana y que fundamentan el reconocimiento de derecho de procreación y avalan las técnicas de reproducción asistida que permiten la materialización de la maternidad subrogada.

Sin embargo, en el escenario mundial muchos estados tienen posturas negativas ante estos procesos, como por ejemplo Francia, Italia, Suecia, Suiza y Austria, no permiten la ejecución de estos procedimientos, por lo tanto, la nulidad de los contratos derivados del uso de la gestación por sustitución. (Cabrera, 2015)

Así mismo encontramos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia contra Costa Rica*, que permitió consolidar los derechos a la integridad personal, a la vida privada y familiar y al principio de no discriminación, y a su vez reconoce que la infertilidad es una enfermedad y conforme a ello se debe permitir la técnica de reproducción asistida como parte de los servicios que ofrece el régimen de salud para el caso concreto, y que a su vez tiene fuerza vinculante para otros Estado como Colombia. (Sentencia de 28 de Noviembre de 2012)

En el contexto interno en Colombia, el escenario jurídico de protección de derechos fundamentales lo encontramos en la Carta Política de 1991, que a su vez vincula el bloque de constitucionalidad como parte estructural de la misma, y bajo la cual se adoptan los convenios internacionales para la protección de los derechos humanos.

De esta forma, Colombia se proclamó un Estado Social de Derecho fundado bajo el principio de la dignidad humana, del cual se desprenden todas las actuaciones tanto del Estado como de sus asociados, y por ende de los procedimientos que requieren regulación jurídica para dar un marco jurídico de protección a los derechos reconocidos en la Constitución Política.

A si mismo también comparte la misma Carta Magna el reconocimiento del derecho a la procreación mediante su artículo 42 literal 6 que reza:

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Sin embargo, el tema de una regulación jurídica responsable que permita la vigilancia y control de los procesos y la materialización de los derechos fundamentales de las partes

involucradas en los procesos de maternidad subrogada, no existe aún en Colombia, puesto que si bien es cierto se permite la realización de las técnicas de reproducción, la maternidad subrogada involucra además del proceso médico, un proceso jurídico en el cual debe existir un marco suficientemente consolidado en el marco de la protección de los derechos fundamentales y principalmente de la dignidad humana siendo es la génesis del desarrollo de los demás derechos del hombre.

Ante la ausencia de presencia legislativa en los procedimientos de maternidad subrogada en Colombia, nos hemos planteado la necesidad de un desarrollo analítico en el campo académico para determinar el grado de ponderación que se le da en Colombia al derecho a procrear y al derecho a la dignidad humana cuando se usan técnicas como la fecundación in vitro en un vientre alquilado para tal fin, y no se establece un marco jurídico regulatorio y que ejerza vigilancia y control sobre el mismo.

En consecuencia, nos preguntamos ¿Bajo qué criterios se reconoce en Colombia el derecho a procrear mediante la técnica de la maternidad subrogada y predomina este sobre la protección al derecho a la dignidad humana?

En consonancia será estrictamente necesario fundamentar el desarrollo de la monografía investigativa, bajo un enfoque hermenéutico jurídico y aplicando el método de interpretación jurídica denominado exegética que desarrolla diferentes técnicas como el sistemático que permite determinar el objeto del legislador para el desarrollo de la norma jurídica, o en su defecto el criterio de la Corte Constitucional para fundamentar el reconocimiento del derecho a la procreación mediante maternidad subrogada y su connotación en la protección del derecho a la dignidad humana.

# Capítulo 1. El reconocimiento del derecho a la procreación en Colombia mediante la maternidad subrogada

## 1.1 Antecedentes

La procreación hace parte de las facultades del ser humano, y por ende data desde el origen del mismo hombre, no obstante la maternidad subrogada no tiene su origen en la misma época, sin embargo, si tiene antecedentes históricos que datan de tiempos muy atrás, incluso desde la época de Mesopotamia, así lo cita Martínez, (2015):

El Código del rey Hammurabi —creado en Mesopotamia en 1780 a. C.— disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación (Ley 146), perdiendo así el marido todo derecho a repudiar a su esposa. Si la esclava no daba hijos del esposo a su ama, esta podía venderla (Ley 147). Cuando la esclava proporcionada por la mujer daba hijos al señor, no podía este último tomar concubina (Ley 144). Si la mujer principal no daba hijos a su marido, ni le proporcionaba esclava para tenerlos, el marido podía tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, pero no de la misma categoría que la mujer principal (Ley 145).

En consecuencia, los procesos en los cuales se subrogaba la maternidad para los primeros hombres en la historia de la humanidad, se configuraba mediante las relaciones sexuales con una mujer que no fuese estéril, según lo establecía el Código de Hammurabi, que regulaba las relaciones en sociedad de aquella época.

Por su parte en poblaciones de India, se establecía el reemplazo de la mujer estéril a los 8 años, y en las escrituras de la Biblia se narra el caso de Sara que cede su esposo a su sierva para que esta pueda concebir un hijo suyo, el cual posteriormente crece bajo la protección del hogar de Sara y Abraham. (Martínez, 2015)

Sin embargo, estos acontecimientos contextualizan las formalidades de la época para poder construir una familia cuando no existía ningún avance en la medicina para corregir la infertilidad o las patologías que le impiden a una mujer procrear de forma natural en su vientre.

No obstante, es el siglo XX quien transforma la forma de concepción del hombre con la evolución e industrialización, que permeo a su vez el sector de la salud, creándose un banco de semen y hacia 1944 se realiza la primera inseminación artificial realizada por los biólogos John Rock y Meneen. (Loyarte & Rotonda, 1995)

Posteriormente estas técnicas continuaron en constante evolución, y por primera vez dándose en Estados Unidos el primer embarazo con óvulos congelados hacia 1953, años después la primera fertilización in vitro de gametos y finalmente en California en el año 1975 por primera vez solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, dando origen a la creación de las primeras sociedades de préstamos de úteros en el mundo entre las que se destacan Subrogate Family Service Inc, que configuro en 1976 el primer acuerdo de maternidad subrogada a través de una inseminación artificial, lo cual en la historia más reciente se conoce como el origen de la maternidad subrogada. (Loyarte & Rotonda, 1995)

## **1.2 Elementos conceptuales y modalidades de la técnica de la maternidad subrogada**

La llegada del siglo XX además de configurar grandes cambios en el mundo en escenarios políticos, religiosos, económicos, culturales y demás, también ha permeado el campo de la evolución y la transformación de las patologías asociadas a la infertilidad que impiden el ejercicio pleno del derecho a la procreación, dando origen a la maternidad subrogada como una forma alterna que permite la concepción en un vientre ajeno al de la madre biológica.

Dicha técnica se ha desarrollado hasta el plano científico y hoy con procedimientos diferentes a las relaciones sexuales se implantan los óvulos y los espermatozoides de los padres biológicos en el vientre alquilado.

Para comprender mejor el tema, es preciso que comencemos por examinar su definición teórica y de esta forma, comprender mejor lo que se quiere en el presente análisis.

Para ello es importante, que primero comencemos por definir los dos componentes del término maternidad subrogada. El primero de ellos es el verbo engendrar que lo define la Real Academia de la Lengua como el acto de engendrar dar vida a un nuevo ser, facultad que es propia de la madre y en este caso es conocido como la maternidad y subrogar que es la posibilidad de sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. (Real Academia de la Lengua Española, s.f.)

De esta manera, podemos concluir inicialmente que esta técnica permite entonces la procreación, dar vida a través de otra persona.

Afirman estudios académicos que esta práctica

Es aquella en el que realizadas las primeras fases de la fecundación, los embriones formados no son implantados en la madre biológica, sino en otra mujer que cede o alquila su útero para continuar el embarazo. Ello es debido, bien a que la primera mujer no puede realizar una gestación normal, o bien porque sin motivo aparente no quiere hacerlo. Este tipo de maternidad presenta dos modalidades fundamentales: la madre de alquiler cede no solo su útero, sino también sus óvulos, con lo cual sería también la madre biológica del neonato al que cedería en adopción a la pareja que ha alquilado sus servicios; y una segunda posibilidad consistente en solo la cesión de su útero, al cual se transfiere un embrión que una vez un nacido es entregado a la pareja contratante. (Leonseguí, 1994)

Por su parte Camacho, citado en el Artículo la aceptabilidad jurídica de la técnica de la gestación de vida humana por sustitución de vientre de los autores Pinzon, Rueda, & Mejia, (2015) asegura que:

La Maternidad Sustituta, Maternidad Subrogada o Alquiler De Vientre son los nombres con los que se denomina habitualmente a la práctica en la cual una mujer, previo al acuerdo entre las partes, compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño o la niña fruto de ese proceso, en el momento del nacimiento o a pocos días, a otra persona o pareja renunciando a sus propios derechos como madre, frecuentemente a cambio de una suma de dinero.

Otra definición de Guzmán citado por Sastré, (2017) señala la maternidad subrogada es:

...el contrato mediante el cual una mujer se obliga, frente a una pareja estéril, mediante una compensación, a llevar a término un embarazo, haciéndose fecundar artificialmente con el semen del marido de la pareja o su embrión y entregar al recién nacido inmediatamente después del parto a los cónyuges, los que asumirán cualquier derecho y deber frente al niño.

Por consiguiente, podemos decir que la maternidad subrogada es un procedimiento que si bien se ha dado desde siglos antiguos mediante relaciones sexuales con otra mujer u hombre para concebir un hijo dentro del seno de un hogar, esta técnica ha evolucionado gracias a la tecnología y permite mediante la implantación en el vientre de la madre que alquila la posibilidad de procrear hijos para la satisfacción de este derecho y que por a su vez por la revolución de las nuevas formas de familia con parejas del mismo sexo, monoparentales y demás es una forma para materializar el reconocido derecho a procrear, mediante técnicas diferentes a las relaciones sexuales.

### **1.3 Causas biológicas**

La maternidad subrogada permite la materialización plena del ejercicio del derecho de procrear a través de técnicas muy avanzadas, en las cuales una madre gestante alquila el vientre

por fines altruistas o lucrativos, y bajo las siguientes motivaciones de índole biológica, como lo explica López, (2015):

La primera de ellas por ausencia de útero:

Patología congénita, cómo el síndrome de Rokitansky, una anomalía congénita grave que consiste en una agenesis de la vagina y útero que impide la mujer quedarse embarazada.

Patología adquirida por ejemplo por una histerectomía (9).

Y la segunda cuando existe presencia de útero:

Útero fisiológicamente sano pero se excluye la gestación por otras patologías cómo oncológica o inmunológica.

Útero fisiológicamente sano de una persona estéril con dificultad para lograr un embarazo o infértil con problemas para llevar a término una gestación.

Útero fisiológicamente afectado por diversas intervenciones quirúrgicas o atrofia endometrial.

O por razones sociales y personales derivadas por los distintos modelos de familia de nuestra sociedad; Las parejas homosexuales masculinas o los varones sin pareja donde no existe una patología en el tracto reproductivo femenino, sino que existe una ausencia de una mujer gestante.(Pag. 22)

En consecuencia la práctica de la maternidad subrogada obedece a dos razones principales, como lo refiere el autor siendo una de las principales la ausencia de útero que conlleva varias patologías y la segunda a que existiendo el útero se presenten otras patologías que impidan la fecundación, y que obligan a buscar mecanismos alternos como el alquiler de vientres.

#### **1.4 Generalidades sobre la fecundación In Vitro**

Ahora bien, hemos hasta el momento expuesto los elementos que componen la maternidad subrogada desde el punto de vista teórico, es entonces importante mencionar también bajo que procedimiento se materializa la maternidad subrogada.

Con base en ello, entonces encontramos que la maternidad subrogada se lleva a cabo mediante la inseminación artificial o IN VITRO el cual consiste en una técnica de laboratorio que permite fecundar un óvulo con un espermatozoide fuera del útero. Existen 4 posibilidades de FIV: la FIV con óvulos propios y semen de la pareja, la FIV con óvulos propios y semen de donante, la FIV con óvulos de donante y semen de la pareja y la FIV con óvulos de donante y semen de donante. (www.eugin.es.)

No obstante es necesario también realizar la mención de este procedimiento en el campo académico donde asegura Salazar, (2015), que fecundación invitro es:

Es una de las técnicas más utilizadas en la reproducción asistida cuando se advierten problemas de fertilidad de origen masculino o cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero.

Y que se realiza asegura la misma autora mediante un proceso de varias etapas:

Que comienza con la introducción de una aguja fina en la vagina de la cual se logra el acceso a los ovarios para la posterior aspiración de los óvulos; una vez obtenidos los óvulos se realiza la respectiva fecundación por un espermatozoide, obteniendo como resultado el embrión fecundado que va ser transferido con posterioridad al cuerpo de la mujer mediante una fina cánula que lo depositará en el endometrio para que se implante en la pared uterina en los siguientes días. (Salazar, 2015)

Por su parte las fases del mismo se pueden identificar de la siguiente forma:

La primera etapa de este procedimiento comienza con la estimulación de los óvulos para proporcionar una maduración precisa al momento de la extracción.

La segunda consiste en la extracción de los óvulos que se encuentran dentro de los ovarios, mediante la punción y aspiración de los folículos ováricos; este procedimiento se efectúa mediante sedación aproximada de 20 minutos.

A través de la tercera fase se realiza un estudio de los óvulos extraídos para verificar su estado madurativo y con posterioridad se le extirpan las células que rodean su cáscara llamada zona pelúcida.

Mediante la cuarta fase se efectúa la preparación del semen a través un sondeo de los espermatozoides contenidos en él; se selecciona uno y se introduce en el ovulo maduro obtenido.

En la quinta fase se debe mantener bajo observación el óvulo más o menos veinte horas después de haber sido introducido por el espermatozoide, para así lograr identificar si el óvulo quedó realmente fecundado.

La sexta fase, se podría considerar la más importante en el tratamiento de fertilización, consiste en la introducción del embrión a la pared uterina de la mujer, procedimiento realizado de forma ambulatoria ya sea para la transferencia de uno o varios embriones.

A través de la séptima fase, se realiza un orificio en la zona pelúcida de la mujer para que el embrión logre su implantación en la pared uterina. (Salazar, 2015)

Refiere la misma autora que este procedimiento tiene una clasificación, es decir que existe fecundación In Vitro homóloga, heteróloga y mixta.

La fecundación homóloga consiste en que los gametos utilizados para el proceso de fertilización sean los óvulos y el semen de la pareja que se está efectuando el tratamiento.

La fecundación heteróloga sucede cuando uno de los gametos utilizados para el tratamiento proviene de una persona extraña a la pareja, es decir, el esperma o el óvulo vienen de un donante.

La fecundación mixta se da en el caso que el semen mediante el cual se va a fertilizar el ovulo provenga de dos personas distintas, es decir, de la pareja y de un donante anónimo. (Salazar, 2015)

**1.4.1 Contexto jurídico y jurisprudencial en Colombia.** En Colombia la fecundación in vitro o artificial tiene un gran avance en cuanto a su práctica médica, sin embargo en el ámbito jurídico como parte de un tratamiento médico esencial para la materialización plena del derecho a la procreación, no se garantiza dentro del sistema de salud el acceso a estos tratamientos, puesto que la infertilidad no está incluida como una enfermedad dentro del sistema de atención en salud.

Respecto a ello, la Comisión Reguladora de Salud quien implementa los lineamientos para la prestación de este servicio en todo el territorio nacional, emitió la Resolución 5521 del 27 de

diciembre de 2013 donde se excluyó del Plan Obligatorio de Salud los procedimientos que no se encuentren encaminados a proporcionar un diagnóstico, tratamiento o recuperación de una enfermedad, y en lo que refiere a la infertilidad se ha dispuesto que no es una enfermedad, por lo cual no se puede prestar tratamiento bajo el Plan Obligatorio De Salud, POS, lo que significa que la fecundación IN VITRO como una técnica que permite satisfacer el deseo de tener hijos y de ejercer el pleno derecho de procrear, no se encuentra regulada dentro de los servicios que se ofrecen en salud en Colombia, y para su práctica debe hacerse a través de servicios privados.

Bajo estos parámetros en Colombia la fecundación IN VITRO no es una técnica que se regula dentro de los servicios de salud que se garantizan mediante el sistema de salud actual, en razón de que el Estado no tiene tal obligación.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-226/10 ha dicho que:

- (1) el alto costo de este tipo de tratamientos supone una disminución en el cubrimiento de otras prestaciones prioritarias;
- (2) el derecho a la maternidad en la constitución implica un deber de abstención del estado de intervenir en la decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la 51 protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, que no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación
- (3) la exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa. (Pag. 52)

No obstante la Corte Constitucional ha señalado que en otras circunstancias o casos especiales donde exista conexidad con la violación de otros derechos fundamentales, es posible conceder el amparo. Dichos casos son:

- (1) Cuando el tratamiento de fertilidad, una vez iniciado, es suspendido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder (en estos casos se ha ordenado continuar con el tratamiento iniciado);

(2) Cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad (en estos casos se ha ordenado la práctica del examen diagnóstico no el tratamiento de fertilidad).

(3) La tercera circunstancia en la que se inaplica la regla general de improcedencia de tratamientos de fertilidad mediante acción de tutela, es cuando la infertilidad es en realidad un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer. (Sentencia T-226/10)

Lo que permite evidenciar que este procedimiento en el escenario jurisprudencial ha tenido un desarrollo diferente al que se le ha dado por parte del legislador, puesto que a pesar de existir una prohibición expresa de no incluir la infertilidad como enfermedad, la Corte ha expresado que si existen circunstancias en las cuales es posible que mediante la acción de tutela se permita acceder a dicho tratamiento.

Ahora bien, en jurisprudencia más reciente, la Honorable Corporación ha expresado lo siguiente:

En algunos casos excepcionales la Corte ha considerado que los tratamientos de reproducción asistida deben ser autorizados por las entidades prestadoras de servicios de salud cuando con ello: (i) se pretende garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud; y (ii) se busca garantizar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva. ( Sentencia T-274/15)

Y continúa exponiendo que sobre la infertilidad que existe por parte de la doctrina de la misma corporación una distinción entre infertilidad primaria e infertilidad secundaria, para la procedencia de la acción de tutela con el fin de garantizar estos tratamientos de fecundación IN VITRO, de la siguiente forma:

La Corte ha hecho una distinción entre la infertilidad originaria o primaria y la infertilidad secundaria, a efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela para otorgar tratamientos relacionados con dicha patología cuando la misma sea producto o consecuencia de una enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente.

En caso de tratarse de una infertilidad originaria o primaria, según ha sostenido esta Corporación, ese mecanismo constitucional es improcedente por cuanto el derecho a la

maternidad no incluye la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado.

Mientras que, cuando se trata de una infertilidad secundaria, se limita la capacidad de una persona para engendrar causada por otro tipo de afecciones físicas o enfermedades, lo que supone la protección excepcional de los derechos fundamentales por esta vía. ( Sentencia T-274/15)

Con fundamento en lo que se ha expuesto hasta el momento, la maternidad subrogada comprende una práctica de orígenes fundados en la época mesopotámica e incluso en las escrituras bíblicas, pero también que nace bajo la concepción más moderna con el procedimiento de la fecundación IN VITRO, que como lo hemos visto se practica de diferentes modalidades y en razón de la función que cumple.

Finalmente, frente a esta práctica hemos podido concluir que en Colombia este procedimiento no cuenta con un desarrollo jurídico amplio puesto que se ha prohibido dentro de los servicios médicos, no obstante, la Corte Constitucional ha ejercido una ampliación de esa concepción y ha dispuesto mediante el precedente jurisprudencial unas circunstancias para amparar este tratamiento bajo la acción de tutela.

## Capítulo 2. El contrato de Maternidad Subrogada

### 2.1 Definición de Contrato de Maternidad Subrogada

A partir de estas nuevas tendencias genéticas que se desprenden para su ejecución en varias prácticas para conseguir el objetivo de la concepción, se han generado muchas situaciones para las cuales el derecho ha tenido que buscar una regulación partiendo de la necesidad de mantener el orden jurídico y proteger los derechos fundamentales de las partes involucradas en dicho contrato de alquiler que involucra la concepción y nacimiento de un ser humano.

Dicha situación ha ocasionado que la regulación se materialice en un contrato denominado contrato de maternidad subrogada y que consiste de acuerdo con Gallee, (1948) citado por Rodríguez & Martínez, en:

Un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero.

Y del cual se desprenden unas obligaciones y unos derechos, de acuerdo con el autor anteriormente citado, que son:

- 1) permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del padre biológico
- 2) llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del bebé, y
- 3) renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa.

Por su parte, en contraprestación a las obligaciones asumidas por la madre subrogada, el padre biológico y su esposa se obligan a:

- 1) Pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo,
- 2) asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido, y

3) como regla general, pagar a la madre subrogada una compensación

## **2.2 Regulación del contrato de maternidad subrogada en el derecho externo**

**2.2.1 Caso Estados Unidos.** Estados Unidos es un país extremadamente desarrollado en diversos escenarios, uno de los más importantes la ciencia, lo que a su vez permea el mundo del derecho como es el caso de la maternidad subrogada donde la situación jurídica de estos contratos se encuentra definida y completamente regulada a través de sus normas, convirtiéndose en un practica aceptada socialmente pero además reglada por las normas jurídicas para que su ejecución se lleve a cabo con bajo las garantías, principios y derechos que el Estado está obligado a salvaguardar y proteger desde su potestad. (Rodríguez & Martínez)

No Obstante algunos Estados han prohibido la práctica de la maternidad por subrogación cuando esta tiene fines económicos, permitiendo exclusivamente la práctica cuando existen fines altruistas y cuando se trate de económicos tiene definidas sanciones económicas y penales.

**2.2.2 Caso Brasil.** Otro caso similar ocurre con Brasil, donde la gestación por sustitución, esta figura se encuentra regulada por la Resolución No 1358 de 1992 del Consejo Federal de Medicina, es necesario decir, que esta resolución no tiene naturaleza jurídica, sin embargo, se constituye como un catálogo de normas éticas para la utilización de las técnicas de reproducción, en el cual se mencionan la figura de maternidad subrogada, dentro de los requisitos contenidos en esta resolución se pueden mencionar los siguientes:

a. Que la madre genética posea un problema médico que impida llevar adelante la gestación,

b. La mujer portadora debe hacer parte de la familia de la madre concomitante hasta segundo grado de consanguinidad,

c. No debe haber ánimo lucrativo en la realización del contrato. (Jimenez, 2016)

**2.2.3 Caso Francia.** Las disposiciones francesas prohíben la maternidad subrogada, e incluso restringen que sus ciudadanos viajen a otras jurisdicciones para realizar esta práctica. (Proyecto de Ley Estaturia , 2018)

**2.2.4 Caso España.** La Maternidad Subrogada se entiende como una Explotación de la Mujer con Fines Reproductivos, y en este sentido está expresamente prohibida en el artículo 10 de la ley 14 de 2006. (Proyecto de Ley Estaturia , 2018)

**2.2.5 Caso India.** Es abiertamente permitida la maternidad subrogada con fines lucrativos. Las clínicas y solicitantes celebran contratos privados con las gestantes. (Proyecto de Ley Estaturia , 2018)

**2.2.6 Caso Perú.** No está tipificada como delito, sin embargo, se reconocen las complicaciones que esta práctica genera en la determinación de la filiación del menor y por lo tanto, en la protección de su bien superior. (Proyecto de Ley Estaturia , 2018)

### **2.3 El contrato de maternidad subrogada en el marco jurídico interno de Colombia**

En Colombia la técnica de la maternidad subrogada también ha sido acogida como un proceso de solución a la necesidad de las personas de concebir y tener hijos desde el vientre de otra persona que a través de un acuerdo contractual lleva a cabo la maternidad y el proceso del embarazo para una vez culmine entregar a los padres biológicos. (Rodríguez & Martínez)

Este procedimiento cuenta en Colombia con todos los requerimientos médicos para que los procesos de maternidad subrogada sean un éxito desde el punto de vista médico. (Rodríguez & Martínez)

Sin embargo, en el ámbito legislativo esta técnica no cuenta con una regulación jurídica que delimite la especificación de un contrato y una norma que permita enmarcar las reglas de juego para que las partes se rijan y no existan problemáticas posteriores al inicio del proceso de inseminación a la madre de forma natural o artificial.

Sin embargo, en la práctica médica este procedimiento se llevaba a cabo bajo los lineamientos de la medicina, pero sin una estructura jurídica sólida que contemplara los parámetros propios de un proceso tan importante como la maternidad subrogada, puesto que solo se tenía como fuente jurídica vinculante el precedente de la Corte Constitucional que más adelante expondremos como parte del desarrollo jurisprudencial de esta técnica en el derecho colombiano, lo que permitió que hacia el 2009 por primera vez se desarrollará un proyecto de ley que llegará a cursar su procedimiento en el Congreso de la República en aras de la protección constitucional y legal de los derechos y obligaciones que se comprometen en el proceso de la maternidad sustituta o subrogada.

El proyecto de Ley se denominó bajo el número 037 en el año 2009, sin embargo no prosperó en el Congreso de la República, archivándose dicha iniciativa legislativa, la cual contemplaba las condiciones para la práctica, los casos de procedencia, la viabilidad del procedimiento, las condiciones para la práctica de la gestación sustitutiva, la asistencia psicológica, definía las partes en el procedimiento, imponía las condiciones para desarrollar esta

práctica en las instituciones de salud del país y a su vez reconocía este como un acuerdo de gestación sustitutiva que debía regirse por las normas internas del Estado.

En consecuencia exponía como requisitos el proyecto ya citado, que las pajeas fuesen heterosexuales, es decir discriminaba a las parejas del mismo sexo para llevar a cabo dicho procedimiento, seguidamente se requería que fuesen colombiano y en caso de extranjeros que su residencia en Colombia fuese de un término no inferior a un años, ser legalmente capaces y en uso de sus facultades mentales, situación que también merece un debate jurídico diverso teniendo en cuenta que la capacidad legal ha adquirido otra connotación para las personas con discapacidad.

Seguidamente, se exigía la conformación de una pareja que estuviera regida bajo el vínculo del matrimonio o la unión marital de hecho, que se configura con un término de convivencia ininterrumpida mayor a dos años, que alguna de las dos personas padeciera de una patología que lo lleve a ser infértil debidamente certificada por un profesional de la salud, o en su defecto que se comprobase la imposibilidad de llevar a término un embarazo o el riesgo en la salud de la misma.

Lo cual implicaba a su vez que se discriminará a quienes por otras motivaciones decidieran la opción del alquiler de vientre, por ejemplo, las parejas del mismo sexo, o las familias que se configuran bajo diversas modalidades como los padres o madres solteros, y todas las nuevas clasificaciones de familia que existen hoy por hoy.

Para el procedimiento la norma especificaba que la subrogación de la madre se podía dar bajos los siguientes supuesto para conformación del cigoto; el espermatozoides del padre biológico y

óvulo criocongelado de una donante, el Óvulo de la madre biológica y esperma criocongelado de un donante, el Óvulo de la receptora gestante sustitutiva y esperma criocongelado de un donante o Óvulo y esperma criocongelados de donantes. (Proyecto de Ley 037 de 2009)

A sí mismo, se exigía para la configuración del acuerdo de subrogación se exigía que la madre biológica estuviese impedida por causas fisiológicas para la reproducción, y por ende se viera en la necesidad de ejercer plenamente su derecho a la procreación mediante dicha técnica.

Adicionalmente la misma propuesta legislativa incluía como condiciones para la realización de la maternidad por subrogación que:

Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando hayan posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica de la mujer o la posibles descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. (Proyecto de Ley 037 de 2009)

Teniendo en cuenta la envergadura del procedimiento puesto que permite traer vida al mundo mediante técnicas científicas, se contempló en el proyecto de Ley 037 que se diera también una asistencia psicológica para las partes involucradas en el proceso.

Finalmente durante el último cuatrienio este procedimiento de la maternidad subrogada ha sido de mayor interés para el Congreso de la Republica, presentándose el proyecto de Ley 202 de 2016 bajo el cual se buscaba la prohibición de la práctica de alquiler de vientres en Colombia por ser una categoría de trata de personas y una explotación de la mujer con fines reproductivos, como contradicción a lo que ya la Corte Constitucional había dispuesto en el 2009.

Sin embargo dicha iniciativa no dio frutos hacia la vida jurídica por considerarse desproporcional la práctica de la maternidad subrogada con los delitos trata de personas y el tráfico de órganos.

En el mismo año se presentó el proyecto de Ley 026 de 2016 que proponía como objeto la pretensión de prohibir únicamente la práctica de la maternidad subrogada con fines de lucro y regularla para parejas colombianas con problemas de infertilidad o de gestación con el fin de proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía y la protección del que está por nacer. (Proyecto de Ley 026 de 201)

Para el mes de Julio de 2016, se radica en el Congreso de la Republica, el Proyecto de Ley 056 de 2016, que buscaba que se reglamentará la inseminación artificial y la procreación con asistencia científica., proponiendo que el uso solidario de vientre sólo podrá usarse a fin de sustituir artificialmente la imposibilidad natural de procrear cuando una mujer sufra de esterilidad o cuando haya sido hysterectomizada. (Muñoz, 2017)

Sin embargo, dicho trámite legislativo también llegó a los archivos del Congreso puesto que se vencieron los términos y no se dio prioridad al mismo para regular la práctica de la inseminación artificial que se lleva a cabo en la práctica pero que se desconoce en el ámbito jurídico.

De forma más reciente, cursa actualmente nuevamente un proyecto de ley que busca prohibir esta práctica con fines lucrativos y reglamentar otros casos, a través del proyecto de Ley Estatutaria que establece que:

Artículo 3. Todo acto jurídico en el que se pacte la obligación de subrogar o alquilar el vientre con fines de lucro, se entenderá nulo de pleno derecho. Solamente se permitirá la maternidad subrogada con fines altruistas cuando:

1. Se realice entre nacionales colombianos;
2. Se presente certificado médico en el que se demuestre incapacidad física o biológica para concebir.
3. Se realice entre sujetos que gocen de plena capacidad que conste mediante declaración extrajudicial juramentada. (Proyecto de Ley Estaturia , 2018)

Y que se sustenta bajo la teoría de que la modalidad de maternidad subrogada con fines lucrativos fomenta la trata de personas con base en las estadísticas que presentan los Congresistas del Centro Democrático quienes son los impulsores de dicho trámite legislativo, y el cual ya fue debatido y continua su trámite sin que haya sido sancionada aún.

Además de lo que dispone el artículo 3 del mencionado proyecto legislativo, también se ha dispuesto insertar en la legislación penal la conducta de contratar o participar en la maternidad subrogada incurrirán en los delitos contemplados en los artículos 188A del Código Penal y 2 de la Ley 919 de 2004.

Hasta lo expuesto, es importante entonces definir que efectivamente Colombia no dispone dentro de su ordenamiento jurídico de una norma que defina la realización del contrato de maternidad subrogada, siendo el Estado omisivo en la necesidad de disponer de una normativa jurídica que comprenda los parámetros propios en derecho para las partes que subyacen hacia los procedimientos de la maternidad subrogada, lo que evidencia a su vez que el estudio de la materia es poco, que el interés del Congreso de la Republica también dista de posibilidades de claridad jurídica sobre el tema, pero que mientras que ellos lo descuidan siendo un tema en el que debe intervenir el Estado y regular el procedimiento para garantizar los derechos fundamentales de las partes que intervienen en dicho proceso.

## 2.4 La maternidad subrogada vista desde la Corte Constitucional en Colombia

Dentro de las sentencias para destacar en esta problemática jurídica se encontró la Sentencia T-968 de 2009 en la cual se establece a partir de un caso muy particular, que el contrato de alquiler de vientre es completamente lícito dentro del ordenamiento jurídico colombiano pues no está expreso en la norma su prohibición, pero además evidencia que para la rama legislativa es un deber regular este tipo de prácticas teniendo en cuenta la connotación de la misma dentro de la sociedad colombiana.

Además de ello, el mismo pronunciamiento ya citado de la Honorable Corte establece que igualdad de derechos de los hijos nacidos bajo las prácticas de la asistencia científica entre las cuales se lleva a cabo la maternidad subrogada.

La Corte Constitucional a su vez en Sentencia T-968 de 2009, continúa sosteniendo que los requisitos mínimos que deben contener este tipo de acuerdos son los siguientes:

- a. Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.
- b. Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante.
- c. Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino altruista.
- d. Que la mujer gestante cumpla con una serie de requisitos tales como la mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos entre otros.
- e. Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo así como el acceso a valoraciones psicológicas.
- f. Que se preserve la identidad de las partes.
- g. Que la mujer gestante una vez firmada el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
- h. Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
- i. Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
- j. Que la mujer gestante solo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica entre otros. (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-968 de 2009)

Como se ha expuesto por medio de los autores que fueron citados, el hombre ha descubierto a través de técnicas científicas como procrear de forma natural o artificial en vientres que no son de la madre biológica generando una práctica que en el campo jurídico y científico se ha denominado maternidad subrogada.

En el campo científico cuenta con un éxito rotundo y además es un servicio que se ofrece en las más prestigiosas entidades de salud en Colombia y en muchos otros países donde esta cuenta con una regulación jurídica y es permitida.

Es de anotar también que el procedimiento no es válido en todos los países del mundo y algunos lo prohíben por cuestiones morales y religiosas.

Posteriormente las siguientes sentencias de la Corte Constitucional, han desarrollado frente a la maternidad subrogada jurisprudencia frente a la procedibilidad de la fecundación *in vitro* como técnica para ejecutar la subrogación de la maternidad, como ya lo hemos expuesto en el primer capítulo.

No obstante, recientemente mediante la aclaración de voto del Magistrado Alberto Rojas Ríos de la Sentencia T-316/18, se ha dicho que:

De la práctica de la fertilización *in vitro*, se desprenden consecuencias jurídicas que básicamente configuran una laguna legislativa en Colombia. El legislador estatutario no ha regulado cuestiones como:

- i) La donación de óvulos;
- ii) La congelación de embriones sobrantes;
- iii) La filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los padres;
- iv) La inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta”;
- v) Lo relativo al registro de la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos;
- vi) El número de descendientes de cada donante;

vii) La obligatoriedad en que estarían las entidades promotoras de salud de conseguir óvulos cuando quien solicita la fecundación *in vitro* no los produce; y, la posibilidad de comercio de óvulos, entre otras.

Y agrega que:

Incluso, no hay una respuesta legal frente a un cambio de paradigma en la reproducción humana a través de la actividad de transferencia de genes.

En consecuencia podemos exponer de este segundo acápite frente a la maternidad subrogada en el contexto del acuerdo que hacen las partes y que involucra derechos, deberes y obligaciones, y que necesariamente permea el escenario del derecho, este se ha configurado bajo la estructura de un contrato en el que las partes bajo el alquiler de un vientre y el aporte de un embrión por los padres biológicos, se lleva a cabo el proceso de gestación y por el mismo se hace una retribución económica en el caso de exigirse, o se pagan los gastos que se ocasionen durante el embarazo o contrariamente se establece la gratuidad y por lo tanto se hace bajo fines altruistas y no económicos, como lo hemos descrito en la clasificación de esta práctica.

A su vez hemos podido determinar que en el contexto jurídico colombiano la práctica de la inseminación IN VITRO se encuentra debidamente aprobado en el escenario médico y que son muchas las ofertas que existen en el mercado para el mismo, pero que la práctica de la maternidad sustituta no ha contado con el mismo recorrido legislativo ni jurisprudencial, puesto que se carece de unos lineamientos claros y expresos que regulen o definitivamente prohíban la ejecución del mismo.

En el caso del marco jurídico hemos evidenciado proyectos de ley sin prosperar en el Congreso de la Republica, que bajo fundamentos de la trata de personas y otros sustentos, han buscado regular unos aspectos, pero deslegitimar otros muy importantes que permitan ejercer por parte del Estado un control jurídico sobre la práctica de la subrogación de la maternidad.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia, la Corte a partir de la Sentencia T-968 de 2009 por primera vez evidencio la necesidad de legislar sobre este tema y además planteo los parámetros para el mismo tema. Sin embargo, se ha hecho caso omiso a tal situación y nuevamente en sentencia de la misma Honorable Corporación pero del año inmediatamente anterior se constata como se sigue sin regulación alguna sobre el tema, lo cual permite concluir como Colombia ante una práctica que involucra el riesgo de vulneración de derechos para las partes, no se haya precavido legislativamente a través de un marco jurídico solido que permite de forma taxativa permitir la práctica bajo lineamientos que materialicen la garantía de derechos principalmente la de salvaguardar la dignidad humana como eje y fundamento del Estado Social de Derecho.

## **Capítulo 3. El reconocimiento al derecho a la dignidad humana en el ordenamiento jurídico colombiano**

### **3.1 La dignidad humana en el marco conceptual, jurídico y jurisprudencial colombiano.**

En el contexto de la monografía ya hemos estudiado un primer capítulo que enmarca la maternidad subrogada como practica científica para lograr la materialización del derecho a la procreación, en el segundo ya su visión jurídica y jurisprudencial, con una identificación de regulación jurídica en otros países, sin embargo teniendo como fundamento el problema jurídico que hemos planteado, se hace necesario ahora profundizar sobre el derecho a la dignidad humana en el contexto jurídico colombiano, puesto que de este último dependerá la respuesta a nuestro juicio de ponderación entre el derecho a la procreación y a la dignidad humana.

De esta forma es importante comenzar este desarrollo, planteando inicialmente los elementos conceptuales de la dignidad humana para lo cual citamos a Correa, (2011) quien expone que:

La palabra dignidad, del latín dignitas, forma abstracta del adjetivo dignus, hace relación a una cualidad sobresaliente o excelencia asociada a un estado adventicio de acción de la persona.

Y refiere el mismo autor que Santo Tomás hace eco de esta afinidad entre digno y justo en los siguientes términos: “lo que no es según la naturaleza, no es digno ni justo”.

Sin embargo, el término dignidad, más que proporción de igualdad implica relación de superioridad ora personal (eminencia del hombre sobre las demás cosas) o social (reconocimiento de un estatus político o religioso).

No obstante este término no ha tenido discusión en el contexto histórico que permita realizar un análisis muy preciso sobre su origen, sin embargo desde el contexto jurídico asegura Aparisi, (2013), que:

“Desde una perspectiva filosófica y religiosa, el concepto de dignidad humana posee una larga trayectoria histórica. No obstante, desde un punto de vista jurídico, no fue reconocido hasta mediados del siglo XX”

Dicha teoría se fundamenta en que con la terminación de la Primera y la Segunda Guerra Mundial, se buscaba a nivel internacional herramientas para la protección de los derechos humanos, lo que incluía como eje central de los demás derechos la dignidad humana.

Bajo ese contexto, tenemos que en el escenario internacional los fundamentos jurídicos de la dignidad humana inicialmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se promulga que:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias. (Pag 1)

Ahora bien, el artículo 1 reza de la siguiente manera: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Otro de los instrumentos internacionales que también fundamentan la protección de la dignidad humana es la Convención Americana de Derechos Humanos El artículo 11, parágrafo 1, de la Convención dice así: Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

En el ordenamiento jurídico dispuesto en Colombia la dignidad humana constituye el derecho base para la garantía de los demás fundamentales derechos del ciudadano. De esta forma lo ha dispuesto la Constitución Política de 1991 en su artículo 1:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Pag. 1)

Basándose en este primer artículo, Colombia se proclamó en un Estado Social de Derecho basado en la garantía del derecho a la dignidad humana como base fundamental para el cumplimiento de los fines del nuevo Estado promulgado en ese mandamiento constitucional.

Sin embargo la sola promulgación de la Constitución no ha sido suficiente para la interpretación de los límites y el status que se la ha dado a este derecho, desarrollándose en el ámbito constitucional un desarrollo por parte de la Corte Constitucional asignándole un criterio de valor, principio y derecho fundamental.

De acuerdo con el estudio académico realizado por Montero el desarrollo jurisprudencial de la dignidad humana en nuestro ordenamiento jurídico desde el nacimiento de la Corte Constitucional se ha estructurado bajo diferentes periodos.

El primero de ellos comprende desde 1992 hasta 1994, donde la Corte Constitucional da los primeros indicios sobre la conceptualización de la dignidad humana y lo establece como valor fundante y absoluto de la función del Estado Colombiano.

De esta forma encontramos los criterios dados en Sentencia T-499/92

El respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Los funcionarios públicos están en la obligación de tratar a toda persona, sin distinción alguna. La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal. (Pag. 32)

Otra sentencia importante del mismo periodo es la T-571 de 1992, en la que la Corte Constitucional, refiriéndose a la conexidad del derecho a la salud con la dignidad humana, ha dicho que:

El derecho a la salud contiene una serie de elementos, que se enmarcan, en primer lugar como un resultado - efecto del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. El reconocimiento del derecho a la salud prohíbe conductas de los individuos que causen daño a otro, imponiendo a éstos las sanciones y responsabilidades a que haya lugar. Por ello se afirma que el derecho a la salud es un derecho fundamental. Esto significa que al reconocerle a alguien el derecho a la vida se le está reconociendo como algo suyo el derecho a ser y a permanecer en el ser. De tal modo que no sólo se viola este derecho con el homicidio, sino con todo acto que no le permita ser lo que es, que le impida obrar conforme a la dignidad humana que le corresponde por el hecho de ser persona. (Pag. 88)

Seguidamente se pronunció en Sentencia C-542 de 1993, donde dispuso que:

Por su dignidad, el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar fines generales, a menos que él voluntaria y libremente lo admita. Por tanto, el principio de la primacía del interés general, aceptable en relación con derechos inferiores, como el de la propiedad, no es válido frente a la razón que autoriza al ser humano para salvar su vida y su libertad, inherentes a su dignidad. (Pag. 23)

En 1994, nuevamente se pronuncia y expone en Sentencia C-221 de 1994 sobre la dignidad humana que:

Nuestro ordenamiento constitucional se funda en la dignidad de la persona. En efecto, el artículo 1o. de la Carta establece que "Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria... fundada en el respeto de la dignidad humana". Por esta razón no es admisible ningún atentado contra ese valor personal del hombre que es su dignidad. Todo el orden jurídico, político y económico debe permitir que cada ciudadano preserve su dignidad, y en orden a la coherencia, debe garantizar la prevalencia de dicha dignidad, que siempre es de interés general. La dignidad del hombre no permite que éste sea esclavizado, o que corra el peligro de caer bajo los efectos de la drogadicción, que es una forma de esclavitud. Por el contrario, el Estado y la sociedad tienen el deber de preservar al hombre en su dignidad, y de manera muy especial, de defender a la juventud de todo peligro moral y físico. (Pag. 33)

Y finalmente para dar por terminado este periodo, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-224 de 1994., refirió que:

La Constitución de 1991 no invoca ninguna forma de moralidad religiosa, por lo cual la referencia a la moral cristiana establecida por la ley de 1887 constituye una discriminación contra otras formas de moralidad religiosa que pueden ser diversas a la cristiana pero conformes con la Constitución. Quienes suscribimos este salvamento reconocemos que entre la moral cristiana y los valores reconocidos por la Constitución hay numerosos puntos de contacto, en gran parte porque una y otra se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona humana. También aceptamos que la gran mayoría de los colombianos se proclaman como cristianos. Sin embargo, es una petición de principio deducir de lo anterior, como lo hace la Corte, que la moralidad cristiana, la moralidad social y los valores constitucionales coinciden integralmente. La expresión demandada "conforme con la moral cristiana", no sólo viene a contraer en demasía a la costumbre como fuente supletiva del derecho, sino que, además resulta una imposición, rechazada por la Carta Política actual. (Pag. 57)

Ahora bien el segundo periodo a exponer es el comprendido entre 1995 y 2008, cuando se dieron criterios referentes a la dignidad humana y se reconoce su status como derecho fundamental. De esta forma encontramos las siguientes jurisprudencias:

Inicialmente en Sentencia T-036 de 1995, donde se tutelaban los derechos de las personas de la tercera edad:

La Corte Constitucional dispuso que cuando se somete a estas personas a cumplir funciones de carga se está en una situación violatoria de los derechos fundamentales a la dignidad humana reconocida en el artículo primero de la Carta Política, y pilar de nuestro Estado Social de Derecho. (Pag. 32)

Posteriormente en Sentencia T-146 de 1996, se dijo por parte de la Corporación que:

“El Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad (CP. art.1), deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna. El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del territorio nacional, una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance”. (Pag. 23)

En consonancia con la misma línea, la Corte en Sentencia T-965 de 2005

Refiriéndose al derecho a la salud en el caso de los niños, y ha manifestado que en cuanto derivado del derecho a la vida y en procura de garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial.

Finalmente el tercer periodo como lo expone Montero, comprende:

Este período recoge los avances jurisprudenciales ya obtenidos en la aplicación de la Dignidad como Derecho en los casos concretos y trata de conciliar los elementos subjetivos con las reglas de aplicación. Las sentencias relevantes son la T-009 de 2009, T-740 de 2010, T-973 de 2011, T-661 de 2012. T-982 de 2012, T-1078 de 2012, T-857 de 2013 y T-381 de 2014.

De esta forma podemos concluir frente al derecho a la dignidad humana, que durante los primeros años en los que la Corte Constitucional comenzó su labor guardiana de la Constitución Política, el concepto de este derecho se definió como uno de carácter universal, inherente e inviolable.

Sin embargo, posteriormente con la decisión de inexecutable de la penalización de la dosis persona se plantea un Estado basado en la imparcialidad, puesto que cada persona es capaz de autodeterminarse y bajo el fundamento del respeto por la dignidad humana, no se pueden imponer límites al ser humano contra su libertad.

Sin embargo, el Salvamento de voto de la misma sentencia refiere una posición contraria y expone que:

La dignidad humana, que es un bien irrenunciable, está implícita en el fin que busca el hombre en su existencia. El ser humano es fin en sí mismo, ya que toda la finalidad terrena, de una u otra manera, está referida a su ideal de perfeccionamiento. Cada hombre, en el uso de su libertad, debe ser consciente de esto, pues sólo el hombre tiene la superioridad sobre los demás seres del universo. He ahí el por qué es fin en sí mismo; pero dicha finalidad no es absoluta, sino limitada, ya que el ser personal está ordenado a unos fines que vienen determinados por

la naturaleza humana. El hombre no vive sólo para sí mismo, sino también para los demás. (Sentencia C-221/94)

Lo que permite concluir finalmente ante este desarrollo jurídico y jurisprudencial que la dignidad humana es el principio y fin mismo de la Constitución Política Colombiana, y que su congruencia se encuentra enmarcada en el modelo de Estado Social de Derecho y con los Convenios y Tratados Internacionales que Colombia ha suscrito y adoptado en razón del mismo sentido social de derecho.

En el escenario internacional los instrumentos jurídicos transnacionales han tenido en cuenta la vinculación a sus fundamentos el derecho a la dignidad humana, con el objetivo que su protección traspase los límites territoriales y su garantía tenga un contexto internacional, como consecuencia de los graves vejámenes cometidos durante los conflictos armados internacionales.

Retomando el contexto jurisprudencial podemos concluir entonces que siendo la dignidad humana un derecho fundamental al desarrollo de los demás derechos, este se erigió constitucionalmente como un principio, un valor y un fin del mismo Estado, no obstante mediante la interpretación de la Honorable Corte Constitucional se ha establecido una nueva connotación y status que ponen en manifiesto distintos postulados frente al carácter fundamental de este derecho por su conexidad con otros derechos, además de transformar su concepción como “principio objetivo, inalienable e inviolable del ámbito de protección del Estado, a una concepción subjetiva, relativa, del mismo concepto, como limitante de la acción estatal y de configuración normativa del legislador”. (Sentencia C-224/94)

De esta forma la configuración de este derecho hoy en día se concibe como “un principio del orden individual, subjetivo, entendido en un esquema de libertad, de autonomía del asociado,

para que cada uno pueda dictar su proyecto existencial si mayores restricciones”, lo que permite ampliar la ventana de garantías del mismo y también una discusión jurídica de la cual no buscamos realizar mayor profundización, puesto que ya con la delimitación del derecho a la dignidad humana podemos dar paso a la siguiente etapa de discusión de nuestra monografía.

### **3.2 El juicio de ponderación de derechos humanos en Colombia**

El Estado Social de Derecho colombiano desde su proclamación ha permeado diferentes escenarios para la garantía de su catálogo de derechos, pero también ha influido en la forma en la que se aplica el derecho.

No obstante ocurre que en medio de las plenas garantías de los derechos se presenten entre ellos colisiones, que convoquen a formular para dirimir estos desacuerdos y ponderen la primacía del uno sobre el otro.

Este juicio de ponderación, no es más que buscar el equilibrio entre los principios o derechos enfrentados, ya siendo conciliados de forma armónica, o cediendo uno frente al otro, claro está, sin desconocer la importancia del principio o derecho cedido, pues lo que se busca es una solución ajustada a un problema específico, el cual no admite ser tomado como base a situaciones similares, ya que la ponderación varía de una situación a otra por las circunstancias que la rodean. (Castillo & Cruz, 2013)

Por su parte en palabras de la Corte Constitucional ha señalado a la hora de solucionar un conflicto entre principios, que:

Este debe ser estudiado desde el punto de vista costo-beneficio, “pues si un derecho se realiza como un medio en un grado mayor que otro pero afecta con mayor intensidad otro derecho, puede no ser el adecuado; en cambio sí otro medio que realiza menos un derecho afecta de una manera menor los bienes y derechos que juegan en sentido contrario, [es] el más

adecuado. Por ejemplo, si con el medio A, se realiza un derecho en un 95% pero afecta a otro derecho en un 90%, y el medio B realiza un derecho en un 85%, pero afecta al derecho que juega en un sentido contrario solo en un 10%, será preferible este último medio en vez del primero pues tiene una mejor relación costo beneficio. (Sentencia T-406 1992)

En consecuencia, a la hora de realizar un juicio de ponderación entre los derechos se deberá determinar cuál es más importante que el otro, teniendo en cuenta el daño o la afectación que se causa en razón del otro.

### **3.3 juicio de ponderación entre el derecho a la procreación mediante la maternidad subrogada y el derecho a la dignidad humana**

En Colombia, el Estado ha fundamentado su modelo social de derecho y democrático, en un derecho inherente y fundamental como lo es la dignidad humana, frente al cual basa su preámbulo y su catálogo de derechos fundamentales la Constitución Política de 1991.

Lo que a su vez permite inferir que todas sus normas deben estar amparadas en que siempre que garantice la protección de este derecho fundamental.

Sin embargo, para iniciar nuestro debate jurídico es primordial que conozcamos sus bases conceptuales, frente a lo cual Correa, (2011), expresa que dignidad es un término que viene del latín dignitas, forma abstracta del adjetivo dignus, hace relación a una cualidad sobresaliente o excelencia asociada a un estado adventicio de acción de la persona.

Es decir, que cuando se reconoce el derecho a la dignidad humana, hablamos entonces de una superioridad frente a otras especies vivientes y que en el ámbito jurídico significa la protección máxima del ser humano y sus derechos que le permiten hacer con su vida lo que mejor le parezca, sí que existan limitantes para su desarrollo personal, y que además le es solo reconocido a los seres humanos, puesto que se presupone son una raza superior a las demás.

En Colombia, regia un régimen autoritario, que posteriormente fue disminuyéndose, con las luchas ciudadanas, que terminaron con la séptima papeleta y seguidamente con la reforma de la Constitución Política obsoleta y poco garantista. A partir de este momento se promulga la nueva Carta Política, la cual adoptó el modelo estatal actual, y bajo el cual se promovió en su artículo 1, que:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Simultáneamente, se concluye que tras este nuevo aire de transformaciones, el nuevo modelo de Estado incluyó dentro de sus fundamentos, la dignidad humana como uno de sus hilos conductores, y a su vez su finalidad, frente al cual las demás normas deben concordar y armonizar en la protección de este derecho y fin del Estado colombiano.

Sin embargo, la sola disposición normativa en la Carta Política, no ha sido el sustento legal de este derecho fundamental, puesto que su amparo se encuentra regido bajo otras figuras y herramientas jurídicas establecidas en la misma Constitución, y a su vez bajo otros criterios vinculantes como lo es la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Teniendo en cuenta que el trabajo de la Corte ha sido dispendioso durante sus más de dos décadas de funcionamiento, se ha establecido que la evolución jurisprudencial del derecho a la dignidad humana ha ido en constante desarrollo.

Durante los primeros 4 años, es decir entre 1992 y 1994, la Corte Constitucional trabajo en dar sus primeros conceptos jurídicos sobre la dignidad humana. De ello es evidencia, la Sentencia T-499 de 1992:

El respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Los funcionarios públicos están en la obligación de tratar a toda persona, sin distinción alguna. La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal.

El principio fundamental de la dignidad humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (CP art. 1). Su consagración como valor fundante y constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, en búsqueda de un nuevo consenso que comprometiera a todos los sectores sociales en la defensa y respeto de los derechos fundamentales.

Frente a lo que concluye la Corte con un criterio de reconocimiento de la dignidad humana como razón de ser del Estado colombiano, y frente al cual las instituciones del mismo deben regir sus actuaciones con base en este principio, derecho y valor.

Algo semejante ocurre con la Sentencia C-224 de 1994, en la que la Corte Constitucional establece que la Carta Política de 1991 “se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona humana”.

Ya para la época entre 1995 y 2008 el panorama varia, y la Corte promueve nuevos lineamientos, con base en el núcleo esencial del derecho a la dignidad humana y todos los deberes y obligaciones del Estado para garantizarlo, y entonces establece además de su carácter de valor y principio, también el nivel de derecho fundamental y sus consecuencias jurídicas para materializarlo y tutelarlos.

Con base en estos criterios encontramos la Sentencia T-881 de 2002, en la que la Corte Constitucional dispone que:

Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables:

- (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera).
- (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y
- (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos:

- (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor.
- (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y
- (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

De esta manera, la Corte determina que la dignidad humana tiene tres esferas de protección, uno como valor, otro como principio y otro como derecho fundamental autónomo, pero también determina que como parte de la materialización de derecho, se deben tener en cuenta que todos los aspectos de desarrollo del ser humano converjan para que la persona viva como quiera, sin que eso determine el derecho de lesionar los derechos de los demás, vivir bien que se concibe como las condiciones para su proyecto de vida, y finalmente protección con base a bienes intangibles no patrimoniales como lo son la integridad física, moral, y todas las decisiones que busquen que su vida no se someta a tratos indignos y que violenten su dignidad humana.

En el año 2006, referente a las decisiones que conllevan los derechos reproductivos y sexuales de la mujer, se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-355 de 2006, argumentando que:

La dignidad humana asegura de esta manera una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares. Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizan tés, o infringirle sufrimientos morales deliberados. Ahora bien, sobre todo bajo su primera acepción –dignidad humana como protectora de un ámbito de autonomía individual y de la posibilidad de elección de un plan de vida- la jurisprudencia constitucional ha entendido que constituye un límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

Lo que determina que la defensa de la dignidad humana implica todos los aspectos de desarrollo del ser humano, y que en el caso de la mujer también abarca la protección de sus derechos reproductivos y sexuales, como es el caso del aborto en las tres situaciones concedidas para efectuar este procedimiento.

Sin embargo, cuando hablamos de dignidad humana frente a la maternidad subrogada, la Corte Constitucional no ha dado su estudio sino que ha impartido la necesidad de una reglamentación jurídica sobre el procedimiento, pero sobre la proporcionalidad del derecho a la procreación y la dignidad humana de la madre y el bebe engendrado, poco o nada se ha dicho dejando este tema sin unos lineamientos propios que permitan emprender el camino jurídico hacia la consolidación de un marco jurídico contextualizado en una práctica que no es prohibida y por tanto permitida, y que vincula la materialización de dos derechos fundamentales, pero que del cual se desprende el nacimiento del otro.

A manera de síntesis, podemos decir que los anteriores argumentos en cuando al reconocimiento del derecho a la dignidad humana, declinan en que Colombia anteriormente a la Constituyente de 1991, se consagraba con un criterio de estado muy diferente al actual que no dimensionaba la necesidad de que dentro del marco jurídico se establecieran nuevos criterios para la protección de los derechos humanos ya dispuestos en el ámbito internacional para la época, por lo que el proceso de terminación de la guerrilla del M-19 y la revelación de muchos ciudadanos inquietos ante los hechos que enmarcaba una Constitución obsoleta dieron paso al nacimiento de una nueva carta política que permitiera elevar a un nivel supremo los derechos fundamentales de los ciudadanos y la inclusión de un nuevo modelo de Estado ampliamente garantista pero sobre todo fundamentado en la dignidad humana como el eje bajo el cual los ciudadanos son protegidos en cada una de las facetas del hombre.

De esta forma en situaciones como la ya se ha expuesto como lo es la maternidad subrogada Colombia ha dejado ámbitos en los que se puedan generar espacios para la puesta en marcha de situaciones de riesgo en vulnerabilidad de la dignidad humana, puesto que si bien es cierto esta práctica es permitida en todo el territorio colombiano como una alternativa científica o natural para la procreación de un hijo, también es cierto que espacio como la regulación jurídica de los parámetros y preceptos que moldeen jurídicamente esta situación contractual, deja en el limbo de la inseguridad jurídica y del riesgo para la ponderar la dignidad humana cuando se llevan a cabo procedimientos de esta índole que involucran la formación de vida.

Esta situación además ha sido ya analizada por otros estudiosos, que confirman la tesis expuesta de situación de riesgo de vulnerabilidad para la dignidad humana. Un ejemplo de ello lo expuesto en el artículo titulado maternidad subrogada y dignidad de la Mujer, que concluye que:

La maternidad por subrogación no es, como algunos entienden, una práctica acordada entre adultos que no perjudica a terceros y que, necesariamente, produce beneficios para todos los sujetos implicados. Por el contrario, tiene consecuencias negativas para las partes más vulnerables y, especialmente, para la mujer gestante.

La maternidad por subrogación no respeta la dignidad de la madre portadora, ya que presupone una concepción dualista de la misma que la disgrega: por un lado, sitúa sus sentimientos, sus emociones, su razón y su autonomía (en el caso de que concurra realmente) y, por otra, su dimensión corporal. Desde esta perspectiva, el cuerpo de la mujer portadora es un “algo”, un objeto disponible y susceptible de cualquier transacción y queda reducido a desempeñar un papel puramente instrumental. (Miralles, 2017)

Bajo estos criterios doctrinales, jurídicos y jurisprudenciales es importante que se establezcan los siguientes criterios para posteriormente determinar la ponderación entre ambos derechos en debate jurídico. Así las cosas tenemos que:

Colombia a partir de 1991 se transforma hacia un Estado Social de Derecho, que se fundamenta bajos el principio y valor de la dignidad humana y a su vez reconoce la práctica para la procreación a través de los avances científicos, sustentando en la misma Carta Política estas dos garantías.

Sin embargo, la dignidad humana se encuentra asociada a todos los aspectos de la autonomía y la determinación del ser humano, incluyéndose la de buscar modalidades como la inseminación In Vitro en vientres de alquiler y con ello materializar el derecho a su procreación como también disponer de su cuerpo para establecer esta clase de acuerdos que si bien transitan con vidas humanas, no debieran regularse con fines económicos.

De esta forma nos encontramos ante dos lineamientos regidos por la misma carta constitucional y que buscan el ejercicio pleno de una vida digna, que implica para muchos las alternativas de formar un hogar y tener hijos, que efectivamente la procreación se encuentra

delimitada con un ejercicio pleno de la dignidad humana, y que bajo estos criterios es importante que el Estado medie con parámetros legales para su protección y pleno reconocimiento.

Ahora bien, la inseminación in vitro ha sido plenamente reconocida y aprobada para su práctica científica y medica en Colombia, sin embargo en el caso de la subrogación del vientre, no existen los parámetros legales que sustenten el ejercicio de la misma para los casos de la subrogación de la maternidad por ende su práctica se encuentra desprovista de sustento jurídico que prohíba o permita el ejercicio de la procreación a través de esta técnica, lo cual implica que no existe seguridad jurídica sobre el tema aun en pleno 2019, máxime cuando se cursa un proceso legislativo que busca su prohibición bajo el argumento de la trata de personas cuando se ejecuta el alquiler de vientre con fines económicos o lucrativos.

En este sentido, tenemos dos panoramas entonces uno que existe permisividad para la aplicación de tratamientos de inseminación in vitro, no obstante la infertilidad no se reconoce como una enfermedad en el sistema de salud y consecuentemente el Estado le impide al ciudadano acceder a este tratamiento en beneficio de su derecho a la procreación, sin embargo la Corte Constitucional excepciona algunos casos, y para quienes no existe esta misma, entonces hablamos de un Estado que permite en el sector privado de la salud la aplicación de dichos tratamientos con altos costos en el mercado, lo que cual efectivamente permite el ejercicio de la maternidad subrogada sin ningunos parámetros legales que fundamenten la protección de la dignidad humana del Estado, por cuanto su práctica con fines económicos o no se vigila, simplemente se fundamentan en la omisión legislativa y en la permisividad de la práctica de tratamientos de reproducción asistida sin control ni vigilancia estatal.

Bajo estos fundamentos podemos evidenciar que efectivamente el ejercicio de la dignidad humana permite la autodeterminación y libre desarrollo de la persona, sin embargo este derecho no es absoluto y con fundamento en esta teoría deberá prevalecer el poder del Estado para que no se permita el tráfico de personas a través del alquiler de vientres o maternidad subrogada con fines económicos, por cuanto siempre deberá prevalecer el fundamento de la dignidad humana sobre el ejercicio de la procreación estableciendo acuerdos económicos que involucran la facultad de dar vida en el vientre por parte de la mujer.

## Conclusiones

El marco jurídico constitucional en Colombia se ha promulgado bajo un Estado Social de Derecho y Democrático fundamentando en la dignidad humana, bajo el cual se está en la obligación de regular todos los aspectos del desarrollo del proyecto de vida del ciudadano, en tres ámbitos, vivir como se quiera, vivir bien y vivir sin humillaciones, lo que se materializa en el derecho a dignidad humana.

Dentro de estos ámbitos de desarrollo, se encuentra la facultad o posibilidad del ser humano dar vida, y por supuesto en las condiciones dignas, que promueve la Constitución Política, y que para quienes la naturaleza ha impedido este proyecto de vida, la ciencia ha desarrollado múltiples modalidades entre las que se encuentra la maternidad subrogada, la cual ha sido materia de estudio y análisis en la presente monografía, y bajo la cual hemos evidenciado la falta de regulación normativa en Colombia, para establecer los lineamientos jurídicos que permitan la vigilancia y control del Estado, y la materialización del derecho a la dignidad humana de la madre y el bebé, en el desarrollo de esta clase de procedimientos, que si bien es cierto hacen parte de la subjetividad del humano, también corresponden al Estado encontrar los parámetros jurídicos, que impidan situaciones de vulneración o violación a los derechos humanos.

En este sentido, tenemos dos panoramas entonces uno que existe permisividad para la aplicación de tratamientos de INSEMINACIÓN IN VITRO, no obstante la infertilidad no se reconoce como una enfermedad en el sistema de salud y consecuentemente el Estado le impide al ciudadano acceder a este tratamiento en beneficio de su derecho a la procreación, sin embargo la Corte Constitucional excepciona algunos casos, y para quienes no existe esta misma, entonces

hablamos de un Estado que permite en el sector privado de la salud la aplicación de dichos tratamientos con altos costos en el mercado, lo que cual efectivamente permite el ejercicio de la maternidad subrogada sin ningunos parámetros legales que fundamenten la protección de la dignidad humana del Estado, por cuanto su práctica con fines económicos o no se vigila, simplemente se fundamentan en la omisión legislativa y en la permisividad de la práctica de tratamientos de reproducción asistida sin control ni vigilancia estatal.

Bajo estos fundamentos podemos evidencia que efectivamente el ejercicio de la dignidad humana permite la autodeterminación y libre desarrollo de la persona, sin embargo este derecho no es absoluto y con fundamento en esta teoría deberá prevalecer el poder del Estado para que no se permita el tráfico de personas a través del alquiler de vientres o maternidad subrogada con fines económicos, por cuanto siempre deberá prevalecer el fundamento de la dignidad humana sobre el ejercicio de la procreación estableciendo acuerdos económicos que involucran la facultad de dar vida en el vientre por parte de la mujer.

## Referencias Bibliográficas

- Aparisi, M. Á. (2013). *El Principio de la Dignidad Humana como Fundamento de un Bioderecho Global*. Recuperado el 01 de Marzo de 2019, de <http://www.aebioetica.org/revistas/2013/24/81/201.pdf>
- Cabrera, R. (2015). *Maternidad subrogada: antecedentes y consecuencias en el ámbito del Derecho Internacional Privado*". Universidad de la Laguna . Recuperado el 02 de Marzo de 2018, de <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/2556/Maternidad%20subrogada%20antecedentes%20y%20consecuencias%20en%20el%20ambito%20del%20Derecho%20Internacional%20Privado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Castillo, C. L., & Cruz, G. . (2013). *LA PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES*. Recuperado el 19 de Marzo de 2019, de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/10887/Articulo%20LA%20PONDERACION%20DE%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf;jsessionid=2827BBE8F9D265CA2878441B92CA6C1B?sequence=1>
- Constitución Política de Colombia (1991). Recuperado el 21 de Enero de 2019, de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Correa, J. P. (2011). *Caleidoscopio del principio de la dignidad humana desde la jurisprudencia constitucional colombiana*. Recuperado el 02 de Marzo de 2019, de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3106>
- Corte Constitucional . Sentencia T-406 1992, Expediente T-778 (Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.). Recuperado el 12 de Enero de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>
- Corte Constitucional . Sentencia No. C-542/93, Ref.: Expediente D-275 (Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.). Recuperado el 08 de Marzo de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-542-93.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C-224/94, Ref: Expediente D-439 (Corte Constitucional. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.). Recuperado el 02 de Marzo de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-224-94.htm>

- Corte Constitucional . Sentencia T-146 de 1996, Ref.: Expediente No. T-84388 (Corte Constitucional. M.P. Dr. Carlos Gaviria Diaz). Recuperado el 01 de Marzo de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-146-96.htm>
- Corte Constitucional . Sentencia T-881 de 2002, Referencia: expedientes T-542060 y T-602073. (Corte Constitucional. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.). Recuperado el 15 de Marzo de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>
- Corte Constitucional . Sentencia T-226/10 (Corte Contitucional. Magistrado Ponente: Mauricio Gonzalez Cuervo). Recuperado el 03 de Marzo de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-226-10.htm>
- Corte Constitucional . Sentencia T-881 de 2002, Referencia: expedientes T-542060 y T-602073. (Corte Constitucional. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.). Recuperado el 01 de Marzo de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>
- Corte Constitucional . Sentencia T-965/05, Referencia: expediente T-1130677 (Corte Constituciona. M.P. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS). Recuperado el 09 de Marzo de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-965-05.htm>
- Corte Constitucional . Sentencia T-968 de 2009 (Corte Constitucional. M.P. María Victoria Calle Correa). Recuperado el 15 de Enero de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- Corte Constitucional . Sentencia T-274/15 (Corte Constitucional. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Recuperado el 21 de Marzo de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-274-15.htm>
- Corte Constitucional . Sentencia T-316/18 (Corte Constitucional. M.P. Cristina Pardo Schlesinger). Recuperado el 01 de Marzo de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-316-18.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). *caso Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros*. Recuperado el 28 de Abril de 2018, de <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/default.asp>
- Organización de Naciones Unidas, ONU . Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Recuperado el 12 de Marzo de 2019, de [http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1\\_Universales/B%E1sicos/1\\_Generales\\_DH/1\\_Declaracion\\_Universal\\_DH.pdf](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%E1sicos/1_Generales_DH/1_Declaracion_Universal_DH.pdf)

- Jimenez, S. M. (2016). *unilibre.edu.co*. Obtenido de ANALISIS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA: <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/9897/ENTREGA%20FINAL%20MONOGRAFIA.pdf?sequence=1>
- Leonseguí, G. A. (1994). La Maternidad Portadora, Sustituta, Subrogada o de Encargo. *Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 7,1994*. Obtenido de <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1994-7-F4D6AC07/PDF>
- Loyarte, D., & Rotonda, A. (1995). *Procreación humana artificial; un desafío bioético*. Buenos Aires .
- Miralles, Á. A. (2017). *MATERNIDAD SUBROGADA Y DIGNIDAD DE LA MUJER*. Universidad de Navarra.
- Montero, P. J. (s.f.). *LA DIGNIDAD HUMANA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: UN ESTUDIO SOBRE SU EVOLUCIÓN CONCEPTUAL*. Facultad de Derecho Universidad Católica de Colombia. Recuperado el 25 de Febrero de 2019, de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2257/1/LA%20DIGNIDAD%20HUMANA%20EN%20LA%20JURISPRUDENCIA%20CONSTITUCIONAL%20COLOMBIANA%20UN%20ESTUDIO%20SOBRE%20SU%20EVOLUCI%C3%93N%20CONCEPTUAL.pdf>
- Muñoz, G. S. (2017). *La Omisión Legislativa: Una Mirada Desde El Caso De La Práctica De La Maternidad Subrogada En Colombia*. Universidad Del Rosario. Obtenido de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/17946/Mu%C3%B1ozGomez-DianaSthefania-2018.pdf?sequence=1>
- Pinzon, M. I., Rueda, B. E., & Mejía, P. O. (2015). La aceptabilidad jurídica de la técnica de la gestación de vida humana por sustitución de vientre. *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Obtenido de [https://www.javeriana.edu.co/documents/4578040/4715782/RevDerechoyGenomaH\\_83-122/dd919031-4548-4978-945a-d81b480f3cd9](https://www.javeriana.edu.co/documents/4578040/4715782/RevDerechoyGenomaH_83-122/dd919031-4548-4978-945a-d81b480f3cd9)
- Proyecto de Ley 026 de 201 (Congreso de la Republica, “Por medio de la cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos”).

Proyecto de Ley 037 de 2009, por medio de la cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones. (Congreso de la Republica de Colombia). Recuperado el 09 de Marzo de 2019, de <https://vlex.com.co/vid/proyecto-ley-ca-mara-451364970>

Proyecto de Ley 056 de 2016 (Congreso de la Republica, “Por medio del cual se reglamenta la inseminación artificial, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones”).

Proyecto de Ley 202 de 2016 (Congreso de la Republica, “Por medio del cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres en Colombia por ser una categoría de trata de personas y una explotación de la mujer con fines reproductivos).

Proyecto de Ley Estatutaria , “Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica” (2018). Recuperado el 21 de Marzo de 2019, de <http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-11/P.L.E.186-2017C%20%28MATERNIDAD%20SUBROGADA%29.pdf>

*Real Academia de la Lengua Española*. (s.f.). Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=YZ2is6w>

Salazar, U. ., (2015). *EL PANORAMA JURÍDICO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO EN COLOMBIA* . Universidad de Manizales. Recuperado el 18 de Enero de 2019, de <http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/2467/TESIS%20VANESSA.pdf?sequence=1>

*www.eugin.es*. (s.f.). Recuperado el 05 de Marzo de 2019, de FIV: Fecundación in Vitro: <https://www.eugin.es/fecundacion-in-vitro/>