

Análisis de la Maternidad Subrogada en la Legislación Colombiana años 2015-2020

Ingrid Yurani Paloma Paloma

Derecho

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Universidad La Gran Colombia

Dr. Eder Maylor Caicedo Fraide



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

13 de mayo de 2022

Análisis de la Maternidad Subrogada en la Legislación Colombiana años 2015-2020

Autor

Ingrid Yurani Paloma Paloma

Presentado para optar al título de: Abogada

DIRECTOR

Dr. Eder Maylor Caicedo Fraide



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
CARRERA DE DERECHO
Bogotá D.C.
2022

Tabla de Contenido

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introducción | 5 |
| CAPÍTULO I: IMPLICACIONES Y RIEGOS ÉTICO-JURÍDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. | 10 |
| Antecedentes de la Maternidad Subrogada | 13 |
| Posibles Riesgos de la Práctica de la Maternidad Subrogada | 14 |
| Libertad o necesidad: la decisión de ser madre subrogada | 16 |
| El peligro de explotación | 17 |
| Sobre los peligros de la instrumentalización y la violación de la dignidad humana | 21 |
| La gestación subrogada como relación comercial triádica | 24 |
| CAPITULO II: PANORAMA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO | 28 |
| La maternidad subrogada en Colombia como opción para conformar una familia..... | 28 |
| Panorama de la regulación de la maternidad subrogada en Colombia | 31 |
| Análisis de la Sentencia T-968 de 2009 | 36 |
| Desarrollo legislativo de la maternidad subrogada en Colombia | 39 |
| CAPITULO III: DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO. | 43 |
| Revisión de la maternidad subrogada en la legislación europea. | 46 |
| La maternidad subrogada en la legislación de Estados Unidos..... | 54 |
| Características de la ley aplicable a la maternidad subrogada en Suramérica..... | 58 |
| Argentina..... | 59 |
| Chile..... | 61 |
| Perú | 62 |
| Brasil | 65 |
| Conclusiones..... | 67 |
| Referencias Bibliográficas..... | 70 |

Resumen

En el presente artículo se revisará el tema de la maternidad subrogada en Colombia, ya que sobre el mismo se evidencia un vacío jurídico, puesto que no cuenta con una regulación específica, generando con ello inseguridad jurídica en cuanto a la ejecución y eficacia de este negocio jurídico regulado en otros ordenamientos jurídicos. Para esto, se hará un análisis a los antecedentes científicos de las técnicas de reproducción humana asistida, así como a la revisión a las diferentes posturas jurídicas desde el derecho comparado y los tribunales internacionales, en el entendido que es importante tener una definición clara en cuanto a la relación entre la maternidad subrogada y el concepto de filiación y sus diferentes variables, se revisaran las posturas de las Altas Cortes colombianas con relevancia temática, teniendo como base la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional que brindo una definición sobre la maternidad subrogada y algunos proyectos de Ley impulsados por el legislativo.

Palabras clave: Maternidad subrogada, regulación legal, derecho comparado, Corte Constitucional

Abstract

In the present article will review the issue of the surrogate motherhood in Colombia, since on the subject was evident a legal vacuum, because it does not have a specific regulation, thereby creating legal uncertainty in the nature, implementation, and effectiveness of this legal business. For this, an analysis should be made to the scientific background of the techniques of assisted human reproduction, as well as the review of the different postures legal from the comparative law and international courts, in the understanding that it is important to have a clear definition as to the relationship between surrogacy and the concept of affiliation and its different variables, and the positions of the Colombian High Courts with thematic relevance, based on the Constitutional Court Ruling T-968 of 2009 that provided a definition on surrogate motherhood and some legislative-driven bills.

Key words: Surrogate motherhood, legal regulation, comparative law, Constitutional court

Introducción

La gestación subrogada¹, llamada también maternidad por sustitución se da “cuando una mujer se presta a gestar un niño, con el fin de entregarlo después del nacimiento a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad” (López et al., 2017, p. 6). Por su parte Jouve (2017) ofrece una definición más científica al señalar que la maternidad subrogada se refiere a la implantación de un “embrión creado por la tecnología de la fecundación in vitro (FIV) en una madre sustituta, o madre gestante, mediante un contrato con ella” (Barreda, 2017) (p. 153) y puede implicar a las familias naturales (mujer y hombre) con problemas de infertilidad o no, o a familias monoparentales o biparentales del mismo sexo. Como opción para solucionar problemas de infertilidad, Van den Akker (2010) explica que al igual que la fecundación in vitro, la maternidad subrogada se planteó con el fin de ayudar a que las mujeres con problemas médicos claramente definidos pudieran tener sus propios hijos genéticos.

En Colombia este asunto de la maternidad subrogada no está legislado, existen aún muchos vacíos legales frente a esta práctica. Es por esto que la Corte Constitucional en la T-968 de 2009 hace un importante avance al exhortar al Congreso de la Republica para que regule este tema debido a los cambios a nivel mundial en temas biomédicos que involucran dilemas éticos, médicos y hasta religiosos, la Corte pide al gobierno se pronuncie respecto al tema de los mal llamados “vientres alquilados”, ya que este es un problema que repercute en toda la sociedad y debe ser discutido de manera más amplia, para tomar una posición bien sea a favor o en contra. Al no estar legislado el asunto, lo que se hace es estigmatizar este tipo de conductas, y en donde

¹ Se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientres, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, durante el desarrollo del artículo se usarán algunos de estos términos, siempre refiriéndose a la misma realidad.

los argumentos que se esgrimen, desde una óptica conservadora, es que dichas conductas son formas antiéticas.

El argumento más recurrente para exigir de los legisladores una regulación en este tema es que “no cuenta con un marco legal expreso en donde se establezcan las reglas claras en cuanto al alcance y contenido de la figura en los temas de filiación civil y Derecho Penal, tópicos que necesariamente se encuentran involucrados” (Beetar, 2018, p. 3) o como lo explica Regalado Torres (2016) al señalar que “la maternidad subrogada presupone una realidad que va en conexidad con el derecho fundamental de la familia, razón por lo cual necesita de un cuerpo normativo que brinde las garantías jurídicas necesarias para acceder a éste derecho consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia” (p. 12).

Ante estos argumentos, se debe plantear el interrogante ¿es necesario que, en Colombia, la maternidad subrogada se legalice?, ya que como señala Arévalo, una tesis a favor señalaría que este tipo de maternidad contribuye a que “las personas que están imposibilitadas para llevar de forma natural un proceso de procreación, encuentren una opción que permita solucionar su problema médico” (2016, p.9), y así la pareja puede ejercer su libre desarrollo y formar una familia. Sin embargo, es indispensable analizar el problema desde todos los posibles puntos de vista y considerar todas las posibles situaciones sobrevenidas. El dilema ético- moral que tiene su raíz en un enfoque de la paternidad es la base para los que se oponen, puesto que atacan en si la mercantilización del ser humano y el desconocimiento de los derechos de la madre sustituta, mediante formalidades legales que pueden ir en contravía de las normas éticas y morales de la sociedad.

Es un tema que genera controversia y en territorio nacional no existe una regulación expresa del asunto. Por el momento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuenta con una Sentencia, la T-968 de 2009, que estudió en profundidad el caso y debido a que no existe norma explícita en la legislación, la reconoció como una práctica legal, basándose en el Artículo 42 de la Constitución Política y el Artículo 1602 del Código Civil: consentimiento libre, capacidad, objeto lícito y causa lícita.

Adicionalmente, señala Valencia (2019) que la entidad judicial estableció unos requisitos mínimos para validar esta figura de maternidad subrogada, como son: problemas fisiológicos para concebir; las células reproductoras sexuales para el embarazo no sean aportadas por la mujer que facilita el vientre; la mujer gestante no tenga un fin lucrativo sino el de ayudar a otras personas; la protección de la identidad de las partes; la no retractación de la mujer gestante para la entrega del bebe; el no rechazo de los padres biológicos hacia su hijo, entre otros.

Por otra parte, de acuerdo con Vásquez & Ortiz (2013), surge otro problema que se deriva del tema, es que la falta de una ley regulatoria de la maternidad subrogada conlleve a posibles “situaciones abusivas de explotación anatómica comercial, aunada a los grandes problemas de desempleo, criminalidad, pobreza, discriminación de género, entre otros, que aquejan al país” (p. 15), lo que incentiva el ofrecimiento de vientres en alquiler por parte de mujeres de estratos bajos con el objetivo exclusivo de lucrarse de ello, lo que traduce que esta práctica se convierta en un negocio como por ejemplo: “el mercado negro de venta de bebés” (p. 16).

En el Congreso de la Republica se han presentado proyectos de ley, unos en favor del tema de la reproducción asistida y la maternidad, otros que en definitiva van en contra del tema por considerarlo como una forma de explotación hacia la madre que realiza el alquiler del vientre y una negociación del niño o niña que esta por fuera de la ley, sin embargo, en ningún sentido se ha tenido en suficiente apoyo para sacar estas iniciativas adelante.

Recientemente, se ha tratado el tema a través de Proyecto de Ley Estatutaria presentado en agosto de 2018, para prohibir esta práctica cuando se realiza por dinero, según el Proyecto, “Lo que se busca es realzar la dignidad de la mujer y del no nacido. Es prohibir el negocio dado que la mujer está en condiciones económicas difíciles y hace de su cuerpo simplemente un intercambio”, explicó la senadora María del Rosario Guerra, ponente del proyecto². Señala también, “(...) Lo que quiero con este Proyecto de Ley es que no se permita comercializar el vientre de la mujer; esto es, que no se permita pagar para que una mujer lleve en su vientre un bebé, porque el bebé tiene una dignidad y la mujer también. Tenemos que evitar que haya un mercado de compra y venta de vientres, y de compra y venta de bebés”.

Para desarrollar la temática de este trabajo, se utilizó el método mixto, involucrando variantes cualitativas y cuantitativas de investigación documental, se aplica el análisis y la interpretación de diversas fuentes tanto primarias como secundarias, mediante una revisión previa de la literatura sobre el tema para dar respuesta al problema planteado; su desarrollo será un trabajo complementario entre exploración y revisión documental (jurisprudencia de la Corte Constitucional principalmente). El análisis en cuanto a la parte legal será de gran importancia para

² El texto el Proyecto está radicado en la página de la Cámara de Representantes. Consultado el 01 de septiembre de 2021 en: <http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-11/P.L.E.186-2017C%20%28MATERNIDAD%20SUBROGADA%29.pdf>

contextualizar el desarrollo de la tesis. Por el hecho de enmarcarse en un análisis respecto a un problema que involucra derechos como la vida, la libre personalidad y la protección a la mujer y los menores de edad, constituye un trabajo de investigación que tiene por objeto tener un carácter aplicado. El interés que aquí se plasma por modificar una realidad social e incluir el concurso de la sociedad, lo convierten en un trabajo de carácter crítico social y de investigación – acción.

Teniendo en cuenta que se centra en el estudio de un sistema con vacíos jurídicos de tipo normativo en el tema de la maternidad subrogada, es una investigación de tipo jurídico, por cuanto es desde el Derecho que se tiene que indagar qué marco de legislación es el más adecuado para permitir esta práctica. Mediante el estudio del derecho comparado se puede hacer propuestas de solución frente al fenómeno de la maternidad subrogada en Colombia mediante el desarrollo de un marco legislativo incluyente, equitativo y justo para todos los actores intervinientes en el proceso.

Las fuentes consultadas para el desarrollo de algunos acápite son principalmente documentales, las cuales aportaron información relevante respecto a la situación de algunos países frente al tema, además se consultaron fuentes de información institucionales como portales web de algunas instituciones como por ejemplo el Bienestar Familiar en Colombia, que aportaron datos importantes para dimensionar el fenómeno de la aplicación de la práctica de la Maternidad subrogada.

CAPÍTULO I
IMPLICACIONES Y RIEGOS ÉTICO-JURÍDICAS DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA.

Las Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante TRA) y los procesos en los que la maternidad subrogada ofrecen la posibilidad de acceder a una familia en algunos casos específicos. Sin embargo, esta práctica también tiene el peligro de vulnerar los derechos de las partes intervinientes, principalmente de la madre que alquila su vientre cuando se atenta contra su dignidad. Como resultado de lo anterior, surgen diferentes problemas éticos y jurídicos planteados por los constantes avances de las técnicas biológicas de reproducción que han favorecido la práctica de la maternidad subrogada.

Es por esto por lo que se discute si la maternidad subrogada es moralmente justificable o, por el contrario, este procedimiento necesariamente va de la mano de la explotación o instrumentalización de la gestante subrogada. En este análisis conceptual, se pretende argumentar que una gestante sustituta sólo se instrumentaliza de manera moralmente inadmisibles si se reduce a su función de tener un hijo para otra pareja. Para evitar tal reducción, las relaciones de gestación subrogada deben entenderse como relaciones triádicas personales entre padres ordenantes, madre gestante e hijo. Una conceptualización tan sofisticada de la gestación subrogada también tiene en cuenta el interés superior del niño, que no siempre es tenido en cuenta en el debate.

La práctica de la gestación subrogada ha hecho que el principio del derecho de familia cambie su concepto en el sentido que comúnmente va ligado a la premisa que la madre de un niño generalmente se reconoce como la mujer que llevó al niño a término y dio a luz. Con la aplicación de esta práctica, el asunto no está tan despejado ya que implícitamente en este caso se

daría que, una mujer da a luz a un niño cuya madre no es ella, aunque estaba embarazada del niño y lo dio a luz. Se podría decir que hay algo molesto en este hecho.

Es cierto que hay niños que tienen una madre tanto biológica como social que no son idénticas: la madre adoptiva o madrastra no es lo mismo que la madre biológica de un niño que tiene sus derechos como madre tras el nacimiento cedidos a otra mujer. Con respecto a la maternidad subrogada, no es bien visto por algunas personas que a veces una persona diferente se encargue de un niño y actúe como tutor que la persona que lo dio a luz. Es bastante notable que la mujer que lleva al niño aparentemente no esté embarazada del suyo, sino del bebé de otra pareja. La mujer que da a luz aparece como un “útero” literal en el que crece el futuro hijo de otra pareja en donde cada cual cumple su propio rol.

Esta conceptualización también enfoca el interés superior del niño que surge de la subrogación y, por lo tanto, aborda una brecha en el debate para comprender al niño como objetivo de cualquier gestación subrogada que no es el principal punto a considerar en esta relación triádica ya que la gestación subrogada se ha entendido principalmente como una relación de servicio o trabajo y no como una relación personal; y el interés superior del niño, por cuyo bien se produce la maternidad subrogada, desempeña un papel demasiado marginal.

Básicamente, se pueden distinguir cuatro facetas de la maternidad, que se unen en una mujer en el cuadro familiar tradicional: i) La maternidad genética describe la descendencia genética: la madre genética de un niño es fecundada con el espermatozoides del padre genético o actúa como una donante de óvulos; ii) la maternidad gestacional incluye el embarazo y el parto; iii) la maternidad social se refiere a la convivencia y la crianza del niño; iv) La maternidad legal es idéntica a la custodia del niño. El término "madre biológica" se evita a continuación porque se

utiliza en el debate tanto para la madre genética como para la embarazada. Entonces, por definición, una madre sustituta es siempre la madre que lleva a cabo, pero nunca la madre social del niño que dio a luz. Dependiendo de la variante de gestación subrogada, la madre subrogada también es la madre genética del niño en cuestión. Esta divergencia en los diversos aspectos de la maternidad por sí sola puede resultar irritante. Sin embargo, moldeará nuestra realidad y nuestras imágenes de familia cada vez más en la medida en que la familia mixta, en la que al menos los padres sociales y genéticos ya no son idénticos, adquiere una importancia cada vez mayor junto con el modelo familiar convencional de la familia nuclear.

Se pueden distinguir dos tipos de gestación subrogada: en la gestación subrogada tradicional, la madre subrogada es fertilizada artificialmente con el esperma del futuro padre social. La madre portadora es también la madre genética del niño. Por lo tanto, al nacer, tiene que renunciar a sus derechos de bienestar a los que tiene derecho como madre genética (análogo a dar un hijo en adopción), y la madre social tiene que adoptar al niño. La gestación subrogada tradicional probablemente se ha practicado durante mucho tiempo porque no depende de la medicina reproductiva moderna.

Antecedentes de la Maternidad Subrogada

En cuanto al origen de la figura de la maternidad subrogada, su primera mención se da en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publicó un anuncio en el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril que a cambio de este servicio ofrecía una remuneración.

Explica Arteta (2011) que el primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se involucró la inseminación artificial fue documentado en 1976 a través de Noel Keane, un abogado de Dearborn, Michigan, Estados Unidos, quien creó la *Surrogate Family Service Inc*, con el fin de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación (p. 92).

Galicia Pérez et. al (2016) señalan que a partir de este momento esta práctica se diversifica y se empiezan a desarrollar técnicas para alcanzar un embarazo exitoso. Es así como en 1985, nació el primer bebe producto de maternidad sustituta de la era moderna, siendo su madre la británica Kim Cotton, quien pasó a la historia como la primera "madre de alquiler" que ayudó a una pareja proveniente de Suecia a concebir, habiendo ella aportado su propio óvulo para la concepción. El nacimiento del llamado "bebe algodón", se efectuó a través de la intervención de una agencia estadounidense llamada *Surrogate Parenting Association*, (Asociación de Padres Subrogados) (p. 6).

Señalan además Galicia Pérez et. al., que en 1995 se formó la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED), una institución científica y educacional, que ha emitido las normas para la acreditación de los laboratorios de Reproducción asistida. Desde 1997 audita,

asesora, acredita y re acredita, cada cinco años, los centros latinoamericanos, para velar por el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para su adecuado funcionamiento, y en la actualidad la RED reúne más del 90% de los centros que realizan técnicas de Reproducción asistida en la región. Además, posee el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida, que anualmente recopila, analiza, publica y distribuye los resultados de las diferentes técnicas de Reproducción asistida de los centros que pertenecen a ella.

Desde 2014, la RED ha marcado históricamente hacia dónde van las tendencias de la Reproducción Asistida en América Latina, cuáles pueden ser los errores que se están cometiendo, pues éstos se reflejan en las estadísticas, controla o aconseja que no se transfieran demasiados o muy pocos embriones, e identifica qué técnicas o grupos en un momento determinado tienen problemas, y acude para ayudarlos.

Desafortunadamente, dentro de esta revisión, Colombia no aparece a pesar que esta práctica se realiza hace muchos años en nuestro territorio, debido a la inexistencia de normas jurídicas que regulen la materia; a pesar del evidente auge mundial resultado de la aparición de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el órgano legislativo colombiano no ha adelantado las reformas pertinentes que permitan brindar seguridad jurídica en el desarrollo de estos procedimientos, aspectos que serán desarrollados a profundidad en el capítulo 2 del presente trabajo.

Posibles Riesgos de la Práctica de la Maternidad Subrogada

Dentro de las diversas aplicaciones de las nuevas tecnologías reproductivas, es la maternidad subrogada la que más consecuencias éticas y legales puede llegar a tener. En diferentes países se ha debatido en Tribunales y legislaturas y ha merecido la consideración de comisiones, investigaciones, grupos de trabajo, sociedades profesionales y de la sociedad en

común. Las madres de alquiler son propensas a los riesgos asociados con el embarazo y el parto y aunque el embarazo es un proceso natural, no se puede afirmar que esté libre de riesgos. Las deformaciones y trastornos corporales (cardíacos, respiratorios, excretorios, nerviosos, etc.) provocados o agravados por el embarazo tienen un riesgo latente de muerte para la mujer. Se puede esperar que una mujer embarazada sufra tales riesgos, pero debe tenerse en cuenta que las madres subrogadas soportan lo mismo en beneficio de los demás. En este contexto, se puede afirmar que todos esos riesgos se asumirían en vano cuando algunos problemas son experiencias durante el proceso.

En los países en los que existe una regulación o por lo menos un pronunciamiento constitucional (como en el caso de Colombia) aunque los contratos varían, siempre incluyen disposiciones relativas a los derechos y responsabilidades de todas las partes, tanto antes como durante el embarazo y después del nacimiento del niño. El corazón del arreglo es la promesa de la madre sustituta de renunciar a la custodia del niño y la promesa de la otra parte de aceptar al niño. No obstante, lo anterior, existen riesgos e implicaciones de orden tanto legal como ético que pueden generar conflictos en la relación surgida en la práctica de la maternidad subrogada, por ejemplo, que pasaría si la madre sustituta afirma que él bebe es suyo y se abstiene de devolverlo. En los aspectos psicodinámicos, la separación posparto de la madre sustituta del recién nacido daría lugar a una reacción de duelo, en algunos casos, la madre sustituta puede sentirse comprometida emocionalmente con el bebé en el transcurso, e incluso después del período de embarazo y negarse a entregar al bebé. Por lo tanto, es de suma importancia preparar y brindar apoyo psicológico a ambas partes antes y después del proceso de embarazo.

Quizás la legislación en muchos países es tardía porque la sociedad aún no ha podido resolver la gran cantidad de cuestiones éticas y legales que rodean la maternidad subrogada.

Abundan las cuestiones éticas, muchos argumentan que los arreglos sustitutos despersonalizan la reproducción y crean una separación de la paternidad genética, gestacional y social. A continuación, se hará una revisión de los principales riesgos e implicaciones que se pueden generar de la práctica de la maternidad subrogada.

Libertad o necesidad: la decisión de ser madre subrogada

Las madres subrogadas proporcionan sus cuerpos por su propia voluntad, pero las decisiones no pueden juzgarse de forma aislada de su contexto y las condiciones del evento. Existen países donde las estructuras sociales no funcionan o simplemente falta un sistema social y el sistema patriarcal empuja a las mujeres a situaciones de emergencia. La promesa de ganar dinero rápidamente es tentadora, llevar a un niño a término o donar óvulos es a menudo una forma lucrativa de generar ingresos. Esto puede conducir a la independencia y seguridad financiera, una gestación subrogada también puede ser empoderadora si las madres subrogadas con la ayuda del dinero por ejemplo logran dejar parejas violentas, alquilar su propio lugar de vivienda o mudarse a una parte mejor y por lo tanto más segura para su propia familia.

Se puede decir que al existir un contrato entre las partes y la madre sustituta se genera una seguridad para todos los involucrados al plasmar las cláusulas y condiciones para dicho contrato, sin embargo, a pesar del contrato, la situación legal para los padres contratados es a veces inestable. En algunas legislaciones, los futuros padres de una maternidad subrogada no son automáticamente padres legalmente reconocidos, lo cual puede generar una situación caótica para padres e hijos.

Puede generarse explotación respecto de las madres subrogadas al ser estas referidas (por haber realizado esta práctica varias veces) a clientes que desean tener hijos a través de

intermediarios y agencias especializadas. El mercado reproductivo transnacional refleja el equilibrio global de poder y jerarquías, los futuros padres adinerados de países desarrollados principalmente se enfrentan a mujeres que aseguran el apoyo financiero para sus propias familias a través de su trabajo reproductivo, la venta de sus óvulos o subrogación. Por ejemplo, en México, los padres contratados pueden incluso decidir sobre el cuerpo de la madre sustituta y decidir por ejemplo si el niño nacerá por cesárea.

La necesidad económica es, y este es el punto crucial, moralmente relevante no solo porque una madre subrogada necesitada corre el riesgo de ser explotada o instrumentalizada, sino también porque el riesgo es mayor que la transgresión de su dignidad. Según Kerstein, si la parte que emite la orden realmente considera a la madre subrogada como a la venta, es decir, como una persona que está disponible por un precio, es en última instancia una cuestión empírica que difiere de una sociedad a otra (Kerstein, 2009, p. 156). La permisibilidad moral de la maternidad subrogada depende entonces de cómo se perciba a la madre subrogada en la sociedad o por la pareja que realiza el pedido, bien sea como una persona que puede tener en su totalidad por un precio, o como una persona que aporta un alivio a esa familia para tener un hijo ya que incorporar una habilidad significa mucho más que hacer que el propio cuerpo esté disponible. En consecuencia, el embarazo de una gestante subrogada debe entenderse como una actividad que incluye mucho más que servir como tanque reproductivo debido a la prohibición de instrumentalización.

El peligro de explotación

La mayoría de las madres subrogadas que actualmente ofrecen sus servicios lo hacen con anticipación a los beneficios económicos. Muchos de ellos proceden de países emergentes, como Ucrania, Sudáfrica, Colombia, México o Perú.

El hecho de que sean principalmente mujeres de países emergentes y en desarrollo y que se ofrezcan como madres gestantes, alimenta la impresión de que la gestación subrogada es una forma moralmente reprobable de explotación e instrumentalización de la mujer. Esta sospecha se ve reforzada por el uso de designaciones peyorativas de madres sustitutas como “útero de propiedad o de alquiler” o “tanques reproductivos”. El hecho de que mujeres relativamente pobres se ofrezcan a parejas adineradas como madres sustitutas no es criterio suficiente para la explotación por parte de quienes buscan ofertas adecuadas.

Además, las mujeres obviamente no tienen que ofrecerse a sí mismas como madres sustitutas solo por razones financieras: por ejemplo, las mujeres en relaciones de subrogación altruista se ponen a disposición para tener otro hijo por razones de amistad o para compartir el destino de las parejas sin hijos.

En la subrogación comercial, los motivos materiales están principalmente en primer plano. Sin embargo, el hecho de que una persona haga algo por razones económicas no implica que quienes se dedican a su actividad la estén explotando. Tal criterio implicaría que una pareja ciertamente se dejaría ayudar por una madre sustituta si tiene una motivación altruista, pero no si pide dinero a cambio y no da su consentimiento para llevar al niño sin una compensación adecuada; después de todo, si se aceptara este simple criterio, casi todos los empleos remunerados tendrían que ser clasificados como moralmente cuestionables, porque muchos ya no harían su trabajo si no se les pagara por ello.

Por tanto, la explotación debe cumplir criterios adicionales, de hecho, el término explotación se usa a menudo en los debates políticos como un argumento retórico sin que quede claro exactamente en qué consiste la explotación y a qué concepto de explotación se refiere el

juicio. Explotar a alguien significa, en términos muy generales, beneficiarse injustamente de esa persona, por lo que la injusticia puede vincularse al resultado o al proceso. Se puede, por tanto, diferenciar entre los conceptos de explotación que dan lugar al intercambio y los que descalifican el proceso de intercambio como explotador. Una forma de describir el resultado del intercambio como explotación es entender este concepto como un intercambio de bienes que daña a la persona explotada. La explotación se presenta entonces como una situación en la que una de las partes toma algo que se le debe a la otra parte de modo que sólo se favorecería a una parte, a saber, la que explota, mientras que la explotada se marcha con las manos vacías o le roban los bienes a los que tiene derecho. Sin embargo, tal término de explotación se queda corto porque la explotación definitivamente puede tener ventajas para ambas partes involucradas y poner a ambas partes en una mejor posición.

En muchos escenarios que se consideran casos paradigmáticos de explotación, la explotación es incluso posible precisamente porque la persona explotada obtiene en última instancia más beneficios del trueque que la persona explotadora. Por ejemplo, los trabajadores baratos en los países emergentes se declaran dispuestos a trabajar por un salario muy bajo, porque para ellos, a diferencia de los empleadores, está en juego más, es decir, su sustento. Es precisamente el hecho de que una de las partes tenga un interés mucho mayor en la conclusión de la transacción lo que aparentemente facilita la explotación en muchos casos.

Esto también se confirma con miras a las relaciones de maternidad subrogada, mientras muchas mujeres esperan ser contratadas como madres subrogadas por razones económicas, la pareja encargada, que puede elegir entre un exceso de oferta de madres subrogadas, tiene menos presión, lo que solo conduce a la explotación a través del manejo de los precios.

Esto muestra dos cosas. Primero, el mero hecho de que una relación comercial - laboral (como la gestación subrogada) sea en beneficio de ambas partes no significa que no sea un caso de explotación. En segundo lugar, el gran interés de la persona potencialmente explotada en la celebración de un contrato solo parece ser problemático si se hace un uso indebido de su interés, por ejemplo, al pagar una compensación insuficiente. De hecho, algunos atribuyen una relación de explotación a la injusticia del precio pagado por el bien en cuestión o por el servicio. Sin embargo, este enfoque se enfrenta al problema de que, en general, no está claro qué criterios deben utilizarse para establecer precios justos.

Ahora bien, se podría objetar enfatizar esta dificultad de que el mercado regulará el precio en la legalización de la gestación subrogada, porque después de todo, para cada bien negociado, no existe un 'precio objetivo' que pueda estar ligado al bien negociado, sino que este precio debe negociarse en un proceso justo.

Con miras a una valoración moral de la gestación subrogada como un proceso de intercambio, la comprensión de la explotación de Allan Buchanan, que vincula la prohibición de la explotación con la prohibición de la instrumentalización, resulta conveniente. Buchanan entiende la explotación como un acto que instrumentaliza a las personas de manera inapropiada: “Explotar a una persona implica la utilización dañina, meramente instrumental, de ella o de sus capacidades, en beneficio propio o en beneficio de nuestros propios fines” (Buchanan, 1985, p. 87).

En los debates filosóficos, sin ahondar en estos, la maternidad subrogada se considera como un caso paradigmático de instrumentalización inadmisibles de las personas. En la discusión sobre la prohibición de la instrumentalización, a menudo se hace referencia a la fórmula de Kant

para un fin en sí mismo, que exige que uno nunca debe tratar a los demás ni a sí mismo como un medio, sino siempre como un fin.

Existe además una conexión interna con respecto a la dignidad humana, quien viola la prohibición de la instrumentalización, según la idea, viola la inviolable dignidad del ser humano. Por tanto, según una dicotomía de la fórmula del propósito, en primer lugar, preguntarnos si la práctica de la subrogación degrada necesariamente a la mujer a un mero medio; y, en segundo lugar, podemos preguntarnos si es imposible para los padres que ordenan tratar a la gestante como un fin en sí mismo.

Sobre los peligros de la instrumentalización y la violación de la dignidad humana

Para tratar este tema se debe plantear la pregunta, ¿si las personas que tienen un hijo llevado a término por una madre sustituta utilizan o instrumentalizan a la madre sustituta de manera inapropiada? En la maternidad subrogada, las personas aparentemente se están utilizando entre sí como un medio para lograr un fin, una pareja o un individuo utiliza los servicios de una madre sustituta para ayudarlo a lograr su deseo de tener hijos. Sin embargo, la gestante también utiliza a la pareja encargada puede obtener ventajas económicas gracias a su deseo de tener hijos. Esta relación de beneficio mutuo o instrumentalización evidentemente no tiene nada moralmente ofensivo mientras ambas partes decidan voluntariamente participar en el comercio.

Obviamente, las madres subrogadas deben ser conscientes de los riesgos del embarazo, y se requieren acuerdos transparentes sobre lo que los padres ordenantes esperan de la madre subrogada en términos de cuidado del feto (por ejemplo, con respecto a la nutrición, estilo de vida, exámenes médicos, etc.). Algunos autores también argumentan que el engaño ya consiste

en el hecho de que las madres primerizas en particular no tienen idea de en qué se están metiendo como gestantes.

Es imposible anticipar un embarazo, en este sentido, toda maternidad subrogada implica un engaño, especialmente en el caso de las madres primerizas. Como evidencia de esta tesis, se argumenta que incluso las madres subrogadas que dan un segundo parto pueden tener dificultades para separarse de su bebé después del nacimiento porque comenzaron a identificarse con el niño más fuertemente de lo esperado durante el embarazo.

Una madre sustituta, por otro lado, no tiene esta opción en muchos casos, por un lado, a veces no tiene los medios legales para obtener la custodia del niño que ha nacido. Sin embargo, esta situación legal podría adaptarse con leyes apropiadas, por ejemplo, creando una regulación similar al caso de la entrega de niños para adopción. En el caso de Alemania, la ley relevante requiere que un niño solo puede ser entregado para adopción ocho semanas después del nacimiento, hasta entonces, una mujer todavía puede optar por quedarse con su hijo. Por otro lado, muy pocas madres subrogadas pueden realmente hacer uso de este derecho, incluso si pudieran obtener legalmente la custodia del recién nacido. Criar a un hijo significa un punto de inflexión decisivo en la forma de vida, que una madre sustituta puede no ser capaz de decidir por razones prácticas, tal vez su pareja no quiera (otro) hijo; perdería su trabajo; no volvería a trabajar o ella sería financieramente incapaz de criar al niño.

En el caso que una mujer elija libremente a favor o en contra del empleo remunerado que representa para ella la gestación subrogada, se plantea que ella no depende vitalmente del dinero (porque sus propias necesidades básicas o las de sus hijos ya están cubiertas) o si pudiera buscar otro trabajo remunerado que también pudiera cubrir las suyas y las necesidades básicas de sus

hijos. Si es así, existe una alternativa aceptable, si no se cumplen estas condiciones, la mujer no es libre de elegir no trabajar como madre subrogada, ya que actúa por necesidad material y ve la subrogación como el único medio de poder deshacerse de la pobreza. De hecho, es probable que este sea el caso de muchas madres subrogadas comerciales que realmente ocurren, mujeres de bajos ingresos de países en desarrollo o emergentes se ofrecen como madres subrogadas con la esperanza de utilizar los ingresos, por ejemplo, para permitir que sus hijos estudien o para liberarse de la pobreza. Ahora bien, es cuestionable, sin embargo, definir si este tipo de “trabajos voluntarios” tiene algo de moralmente problemático.

Lo mismo se aplica a muchas oportunidades de empleo, pensemos, por ejemplo, en una profesora que depende fundamentalmente de su salario y no tiene una alternativa profesional aceptable, entonces ella se ve obligada a trabajar como mesera; según el criterio anterior, no puede elegir libremente renunciar simplemente a su trabajo y su empleo equivaldría, por tanto, a una instrumentalización de su persona.

Entonces, cuando una mujer se ofrece como madre sustituta por razones puramente materiales, dejando de un lado la dignidad humana, tenemos que dar una razón adicional por la que trabajar como madre sustituta es particularmente problemático en comparación con otros empleos remunerados, ya que el trabajo de una madre sustituta parece diferir del trabajo de una maestra en aspectos relevantes. Por consiguiente, debe haber preocupaciones morales sobre la subrogación que no tengan nada que ver con el tipo de comportamiento involuntario que acabamos de describir. La dignidad humana, por tanto, no tiene precio, no puede compararse con otros bienes ni sacrificarse en favor de otro valor. Por lo tanto, la sospecha de cosificación o violación de la dignidad se expresa particularmente a menudo en trabajos en los que una persona se involucra de manera físicamente íntima, como la gestación subrogada.

Es entonces ¿la práctica de la gestación subrogada es una actividad que denigra a la mujer y es una violación de la dignidad humana? Hay que analizar varios aspectos, ya que la respuesta a esta pregunta solo surge con miras a determinados empleos o actividades lucrativos. Ya que el problema de la posible cosificación no surge por una actividad en general sino es en su particularidad, es así como, tan pronto como la integridad física de un trabajador se ve afectada, la pregunta surge obviamente de inmediato, la persona en su conjunto está mucho más 'mezclada' con su trabajo o actividad que, si solo aportan sus habilidades, sus ideas o la realización de una tarea contra pago. Por esta razón, la sospecha de cosificación o violación de la dignidad se expresa particularmente a menudo en trabajos en los que una persona se involucra de manera físicamente íntima, como en la gestación subrogada.

La gestación subrogada como relación comercial trídica

La idea de entender la relación de gestación subrogada como una relación trídica y darle forma en consecuencia puede justificar el deber de la mujer embarazada de cuidar al feto mucho mejor que la idea del embarazo como una relación comercial. Por razones de moralidad, las relaciones de gestación subrogada deben entenderse como relaciones personales en contraste con las relaciones de servicio y deben diseñarse en consecuencia.

Por relación personal se entiende una relación cercana entre personas que no solo actúan como socios contractuales o porque de un cierto papel que pueden tomar el uno por el otro, pero también los aprecian y respetan como personas y que se preocupan por esta conexión. En una relación personal entre ella y los futuros padres, se valora a una madre subrogada no solo por el hecho de que es capaz de llevar a término al niño previsto, sino también como persona, esta relación personal debe imaginarse como una relación trídica, una relación entre la pareja comisionada, la madre subrogada y el hijo que es llevado por la madre subrogada.

La gestación subrogada no debe entenderse como una relación comercial, contractual o laboral (que finaliza después de la expiración del contrato - en este caso después del nacimiento) ya que incluye personas que tienen derechos y principalmente por el bebe que está en proceso de concepción, sino como una relación personal que perdura para que todos los implicados puedan asumir la responsabilidad que se deriva de esta relación. Por otro lado, el concepto trídico tiene en cuenta el hecho de que no son solo dos, sino tres partes las que están involucradas en una subrogación de una manera moralmente significativa.

El niño representa el propósito real de la subrogación, pero al parecer parece ser lo último en que se piensa en esta relación al ser ignorado en gran medida en la discusión bioética relevante sobre la subrogación. El foco del debate hasta ahora ha estado en los intereses y derechos de las madres subrogadas y los futuros padres. Sin embargo, el embarazo y el parto no solo afectan a los adultos involucrados, como la madre que da a luz o a los padres que desean tener hijos, sino siempre también al menos a un hijo, de manera existencial, porque existe precisa y exclusivamente por esta gestación subrogada.

Se debe entender en primer lugar la relación entre el niño y la madre sustituta durante el embarazo, al menos físicamente, esta conexión tiene una intimidad que no se puede superar. Simplemente no hay otro trabajo concebible en el que una persona esté tan involucrada físicamente a otro nuevo ser. Además, esta conexión tiene efectos físicos extremos, en ninguna otra etapa de la vida una persona cambia de peso, hábitos alimenticios, patrones de sueño como durante los nueve meses de embarazo, en donde la madre cambia su condición física. Si se interpreta el cambio como el efecto de un trabajo, no lo ocultará, ni debe ocultarlo al hecho de que en ella está creciendo una persona que, al menos fisiológicamente, depende completamente de ella.

En consecuencia, con los modelos convencionales de gestación subrogada como relación de servicio, se podría argumentar que la madre subrogada no le debe al feto un manejo cuidadoso del mismo, sino que debe esta preocupación a los padres que le pagan por un embarazo exitoso que resulte en el nacimiento de un bebé sano. Sin embargo, la idea de que por lo plasmado en un contrato la madre sustituta debe cuidado y atención no al niño, sino a los padres que lo ordenan, es una distorsión de las obligaciones ya que el cuidado se debe al futuro niño como una persona en crecimiento, y no los padres sociales posteriores que quieren que este niño sea lo más saludable posible.

Según el modelo de relación de gestación subrogada, el niño es parte de una relación, en la que diferentes padres intentan prosperar de una manera negociable, en la paternidad compartida. Durante el embarazo, es principalmente la madre sustituta quien puede y debe promover el bienestar del feto. El concepto de parentesco de gestación subrogada no solo puede justificar adecuadamente el deber materno de cuidado; también es capaz de tener más en cuenta el vínculo materno con el feto que sienten muchas mujeres embarazadas, que los conceptos de gestación subrogada como relación comercial.

Este vínculo emocional madre-hijo no es un problema para el modelo de maternidad subrogada, ya que permite que la relación surgida entre madre e hijo se desarrolle de forma natural. Las madres subrogadas que ven su trabajo como puro trabajo y no a sí mismas como parte de la relación triádica, a menudo tratan de defenderse de un vínculo emocional con el niño durante el embarazo, esto debería facilitarle al máximo la despedida del bebé. El distanciamiento emocional de la madre sustituta de su bebé es, en algunos casos, incluso requerido por contrato por las organizaciones de mediación relevantes.

Entendiendo la relación trídica como personal más que comercial, la relación entre los padres sociales y la gestante hace que la gestante no se reserve de forma anónima a través de una agencia, sino que los implicados se vayan conociendo personalmente y mantengan contacto durante el embarazo y también a largo plazo. En tal relación, los futuros padres ven a la gestante como una persona que, junto a ellos, se embarca en el proyecto de embarazo y parto que dará como resultado un hijo con el que todos se relacionan y pueden compartir la paternidad, incluso si los roles que tendrá cada uno de los padres pueden haber sido acordados y asignados antes del embarazo.

CAPITULO II
PANORAMA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO
JURIDICO COLOMBIANO

La maternidad subrogada en Colombia como opción para conformar una familia

La gestación subrogada “comercial” no está permitida en Colombia, pero las madres subrogadas pueden ser compensadas por ciertos gastos. Solo se permite la subrogación gestacional, lo que significa que la madre sustituta no puede usar sus propios óvulos.

Después del nacimiento, a la madre sustituta no se le permitirá el contacto con el bebé a menos que esto ocurra en una reunión aprobada y a la que asistan los involucrados. En este punto, es posible solicitar al tribunal colombiano que se elimine el nombre de la madre subrogada del certificado de nacimiento y se reemplace por el de los ahora padres.

Cualquier bebé que nazca a través de un sustituto en Colombia tiene la ciudadanía colombiana automática y es elegible para un pasaporte colombiano, lo que permite a los padres que acuden a la subrogación regresar a casa con el niño y transferir la ciudadanía en la comodidad de su propia residencia.

La maternidad subrogada como práctica de reproducción asistida en Colombia, tiene un reconocimiento constitucional como ya se mencionó otorgado por la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional bajo una definición que, a pesar de ciertas limitaciones, considera que “puede ser un objeto válido de un contrato civil entre las dos partes, la pareja y la madre sustituta” (Pareja Rozo, 2019). En dicha Sentencia, se establecieron ciertos requisitos para la

práctica de la maternidad subrogada en Colombia: la madre biológica debe demostrar su incapacidad fisiológica de concebir, la mujer gestante está obligada a someterse a exámenes para determinar su idoneidad física y mental, debe ser mayor de edad, tener hijos propios, no puede ser quien aporte los gametos que se requieren para la concepción, y debe demostrar que su fin no es lucrativo, sino ayudar a la pareja.

En Colombia señalan Oviedo, Jiménez y Salvador (2018) existen dos técnicas mediante las cuales la mujer gestante puede quedar embarazada: a través de la fecundación *in vitro*, por la cual el embrión es formado en un laboratorio y luego transferido al útero de la mujer, o por medio de la inseminación artificial, por la cual un óvulo donado por la madre gestante sería fecundado por el semen de un donante o del padre biológico, introducido directamente a su matriz por procedimientos médicos.

En la mayoría de los casos, explica Pareja Rozo (2019), la pareja que acude a la maternidad subrogada prefiere el primer procedimiento, ya que existe el miedo de que la mujer gestante quiera quedarse con el niño, y se piensa que esto es más probable si ella misma es su madre biológica. Por otro lado, hay casos en los cuales la mujer no obtiene ninguna remuneración por el tiempo que dura la gestación –lo que se denomina como gestación altruista–, aunque los padres biológicos sí se responsabilizan por los gastos médicos y por otros aspectos relacionados con el bienestar de la madre gestante, como un seguro de vida, la alimentación, ropa materna y atención psicológica.

En otros casos, reitera Pareja Rozo, las mujeres sí reciben una compensación económica –lo que se denomina como gestación lucrativa–, entendiéndose que la maternidad subrogada es una forma de trabajo. Para que este contrato sea válido y la gestación se pueda llevar a cabo de

forma regular, también intervienen otros actores externos, como abogados, doctores, laboratorios y otras instituciones que también son remuneradas por su participación en esta práctica.

Esta práctica en Colombia tiene un trasfondo económico significativo, debido a las grandes diferencias económicas que existen entre las mujeres gestantes y las parejas con quienes contraen el contrato, lo que podría generar una forma de explotación a la mujer. Esta preocupación no es menor ya que, la necesidad de un ingreso monetario puede hacer que a las personas se les someta a tratos degradantes.

Varios aspectos quedan en vilo al no existir una regulación de esta práctica en Colombia, por un lado si se opta por la prohibición, esto no evitara que las personas la lleven a cabo, sólo crea unas condiciones “más hostiles para su realización y las vuelve más vulnerables en el caso de que haya irregularidades –tanto en los cuidados médicos como en el cumplimiento del contrato y los pagos–, ya que impediría su identificación y denuncia al ser las víctimas quienes eventualmente serían procesadas por ser madres subrogadas” (Pareja Rozo, 2019). La afectación a quienes se sometan a estos procedimientos por necesidad sería terrible, por cuanto las condiciones de salubridad y atención medica conllevaría altos riesgos para su salud y vida, vulnerando sus derechos a la vida y la salud.

Otro tema delicado en sobre la maternidad subrogada se refiere a la filiación de los bebés que nacen con esta práctica. Aunque la sentencia de la Corte Constitucional busca que haya claridad sobre este punto, otorgando la patria potestad a la pareja que firma el contrato, impidiendo que las madres gestantes reclamen al niño como propio y buscando asegurar que en el caso del fallecimiento de los padres el menor no quede desprotegido, este tema no deja de ser controversial porque hay puntos que aún deben ser legislados. Por un lado, persiste la confusión

entre la maternidad subrogada y la venta de bebés, y sí hay una preocupación válida con el hecho de que la primera práctica llegue a utilizarse para enmascarar la segunda. Es una de las razones por las cuales regularla es tan necesario.

En Colombia se tiende a inscribir a la mujer que da a luz como la madre del niño, y es necesario un proceso de cambio de documentos, como el que se hace con las adopciones, para establecer el nombre de los padres biológicos. En el afán por registrarlos, muchas veces se incurre en prácticas atípicas para alterar los registros de nacimiento, como falsificar documentos o sobornar a los registradores. Para evitar estas prácticas, lo ideal sería que los padres biológicos sean reconocidos como tales desde la concepción del bebé, como ocurre en Ucrania.

Por otro lado, también es fundamental que las personas –parejas heterosexuales, homosexuales y solteros, colombianos o extranjeros– que decidan utilizar la maternidad subrogada como mecanismo para formar sus familias pasen por la misma evaluación que requiere el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para quienes desean adoptar un niño, de forma tal que se asegure su idoneidad como futuros padres. Ésta sería la mejor manera de garantizar el derecho a la familia de los niños que van a nacer, considerándose que ésta no es sólo algo por lo que se puede pagar, sino que también deben cumplirse unas exigencias para ser padres, y estas exigencias no deben discriminar entre las personas que toman la decisión de participar en estos procesos de reproducción asistida (Pareja Roza, 2019).

Panorama de la regulación de la maternidad subrogada en Colombia

Es necesario mencionar que Colombia fue pionero en aplicación de técnicas in vitro en América Latina al ser el primer país que aplico con éxito una alternativa para concebir un bebe a una pareja infértil. El procedimiento aplicado fue la inseminación in vitro, es decir la fecundación

en un laboratorio y la posterior implantación del embrión en el vientre materno. Este procedimiento fue revolucionario para su época ya que solo en Reino Unido se había realizado con éxito, y fue así como el 10 de enero de 1985 la ciencia triunfo, pues logro que naciera un bebe en condiciones normales. De conformidad con el artículo 42-6 de la Constitución colombiana, los niños nacidos de forma natural o mediante TRA tienen iguales derechos y obligaciones. De acuerdo con este artículo, cuando una mujer da a luz a un bebé, ella es la madre del niño y su nombre aparecerá en el certificado de nacimiento. Si está casada, la ley presume que el padre del bebé es su cónyuge, independientemente de cómo quedó embarazada.

La norma constitucional que protege la subrogación de maternidad se encuentra en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia el cual habla de la familia, que para Daza (2016) ha cambiado a la nueva noción del Estado Social de derecho ya que considera que la familia puede estar compuesta indiferentemente, sin importar si su cabeza es hombre o mujer e independientemente de la manera de la concepción de los hijos. De esta manera el capítulo II, de los derechos sociales, económicos y culturales en su artículo 42 manifiesta:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. 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. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes (Constitución Política, 1991, art. 42).

Este artículo es la única norma constitucional a la que se puede acudir frente al tema de subrogación de maternidad, ya que en primer lugar menciona la importancia del núcleo familiar que puede constituirse por vínculos naturales y jurídicos, en segundo lugar, que el Estado debe garantizar la protección integral de la familia, y en último lugar, los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. Además de lo previsto en la Constitución, han existido varias iniciativas legislativas en cuanto a la gestación por sustitución las cuales han sido mencionadas por Beltrán (2018):

1. En el año 2009 se propuso el proyecto de Ley 037, el cual establecía “Por medio del cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva en desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y se dictan otras disposiciones” en este proyecto fue reconocido la exposición de motivos ya que manifestó que

"No podemos estar ajenos al vacío jurídico que en la actualidad se encuentra en nuestro ordenamiento; la práctica reiterada de esta figura en nuestro país hace necesaria la urgente actividad del legislador para reglamentar una situación que no puede ser ajena a la evolución de la procreación de la humanidad" Sin embargo no surtió efectos por falta de trámite.

2. En el año 2016 se propuso proyecto de Ley 202, "Por medio del cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos" que como indica Vaca (2018) citado por Beltrán (2018, p.19), este buscaba prohibir la práctica de la maternidad subrogada, y así proteger los derechos fundamentales a la vida, la dignidad, igualdad, procreación, salud, y conformación de la una familia. Proyecto de ley que fue archivado por vencimiento de términos.

Mediante un proyecto de Ley estatutaria radicado en 2018, se pretendía prohibir la maternidad subrogada cuando se hace por dinero, en la exposición de motivos ante el Congreso, la senadora María del Rosario Guerra, quien ha sido la impulsora de esta iniciativa señalo:

Colombia ha luchado por darle igualdad de oportunidades formales y materiales a las mujeres, por eliminar la trata de personas al ser un delito que atenta –entre otras cosas– con la libertad sexual y laboral de las personas y por defender la dignidad de sus ciudadanos. Esas luchas deben ser además de políticas de Estado, consistentes y transversales en todo el ordenamiento jurídico. El país no puede abanderarse de estas causas, pero permitir, o dejar vacos jurídicos que permitan prácticas como el alquiler de vientres o maternidad subrogada con fines de lucro, que van en contravía de estas tesis. Es por ello, que la presente iniciativa pretende penalizar y establecer controles para prohibir el alquiler de vientres o maternidad subrogada con fines de lucro, al considerarlo una forma de trata personas que comercializa bebés y atenta contra la

dignidad de la mujer. La presente iniciativa legislativa ya había sido radicada en el Congreso de la República el pasado 26 de julio de 2016 y se presenta nuevamente, fortaleciendo el articulado con mayor control y prevención de la práctica. No basta con penalizar solamente la práctica, también se deben tomar controles efectivos para prevenirla, como lo es la veracidad del certificado de nacimiento vivo y la celeridad para registrar al recién nacido³.

Este es un tema delicado por cuanto supone un cambio de pensamiento profundo en la sociedad, al ritmo del mundo actual, las normas jurídicas deben avanzar al mismo paso de la ciencia; de lo contrario nos veremos en una situación donde la legislación regulará temas obsoletos y no se ajustará a la realidad científica y a los avances que surjan. La práctica de la maternidad subrogada en Colombia está amparada en el artículo 42° superior.

La subrogación en Colombia, como en todos los demás países tiene algunos criterios para su aplicación, todas las madres subrogadas pasan por un riguroso proceso de selección antes de poder participar en el programa. La salud física y psicológica es de vital importancia ya que de estas valoraciones depende que el proceso pueda llegar a un final feliz para todos los involucrados.

Después de la implantación del embrión, las madres subrogadas colombianas se someten a controles de salud físicos y psicológicos regulares para garantizar que ellas y el bebé permanezcan seguros y cómodos. Estos incluyen análisis de sangre, ecografías y exámenes físicos.

³ Exposición de motivos, Proyecto De Ley Estatutaria de Senado: “Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica”. Disponible en: <http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-11/P.L.E.186-2017C%20%28MATERNIDAD%20SUBROGADA%29.pdf>

Ahora bien, frente a los conflictos legales que llegaren a surgir frente a un acuerdo comercial suscrito entre las partes, tenemos que, para resolverlos, el caso debe presentarse en un tribunal. Además, si los futuros padres desean ser los padres legales del niño, sus casos de subrogación deben llevarse ante un juez, la madre biológica debe renunciar a su maternidad y ceder sus derechos a los futuros padres. Sin embargo, no existe ninguna obligación legal ni garantía de que la madre sustituta pierda sus derechos después del nacimiento del niño. En los últimos años, un número creciente de mujeres están ofreciendo sus servicios como mujeres sustitutas, debido a su situación económica, el desempleo y la escasez de oportunidades de progreso social. Es así que Szygendowska (2011) citando a Hatzis (2003), explica que esta perspectiva sitúa a la gestación subrogada en la misma línea que cualquier otra forma de trabajo retributivo y además afirma “que una mujer gestante vende sus servicios gestacionales, comparándolo con el trabajo que realiza una actriz o una niñera, indicando que en este caso solamente usa su útero” (2011, p. 99).

En algunos casos, ser mujer sustituta es una opción para acumular una suma decente de dinero para comprar una casa o iniciar un negocio. Internet y los periódicos son lugares habituales para anunciar servicios de gestación subrogada. Por lo tanto, las condiciones económicas de Colombia y el enfoque progresivo de TRA podrían ser factores que impulsen posibles acuerdos transnacionales de gestación subrogada.

Análisis de la Sentencia T-968 de 2009

Al existir un vacío jurídico en Colombia, corresponde a la Corte Constitucional hacer el análisis del caso en concreto⁴, es así como el alto Tribunal consideró que los derechos de los

⁴ En este caso, la pareja Salomón y Raquel, contrataron a Saraf con el fin de que el semen del hombre contratante fecundara el óvulo de Raquel, y este óvulo así fecundado fuera gestado por la mujer contratada; sin embargo no se pudo lograr ese fin, lo cual conllevó a que la madre sustituta aportara sus óvulos, lo que en la legislación Colombiana la reconocería como madre biológica, por eso en

niños tienen prevalencia constitucional y lo argumentó con base al artículo 23 de la Ley 1098 de 2006 - Código de Infancia y Adolescencia, que señala:

(...) “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”.

De acuerdo a lo anterior se colige, que los niños tienen derecho a que sus padres asuman su custodia de manera solidaria y la separación de los menores sólo procedería si la madre biológica no tuviese las capacidades para cumplir con sus deberes como madre. Señala Montoya Ávila (2018) que es importante resaltar que la Corte expresó según la doctrina que no existía contrato de alquiler de vientres en el caso estudiado, ya que, para ello no debe existir vínculo biológico con los menores puesto que, debe ser material genético de la pareja contratante, es decir, no cumplía con los requisitos del contrato.

La Corte Constitucional expresa la necesidad de reglamentar de manera urgente el alquiler de vientres, ya que aduce que es una práctica que se ha venido realizando con más frecuencia, y que de hecho, señala la Corte, que en diferentes medios se pueden evidenciar anuncios de mujeres que ofrecen su vientre para así poder darle la oportunidad de ser padres a otras parejas de esta manera pretende evitar la desprotección de los derechos fundamentales de los menores, los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los conflictos que pueden llegar a surgir por desacuerdos de las partes.

este caso no hubo lugar a un contrato de arrendamiento de vientre, dado que para ello la mujer contratada no debía realizar ningún aporte en la fecundación in vitro; a partir de esto ella empezó un proceso legal con el fin de obtener la custodia de los niños.

Debido a los vacíos jurídicos en que se encuentra nuestro ordenamiento jurídico para la regulación de la maternidad subrogada, las pautas para su realización las estableció la Corte Constitucional, enumerando los siguientes criterios y requisitos acerca del contrato de alquiler de vientre:

- 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 (quien facilita su vientre).
- c) Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
- d) Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.
- e) Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.
- f) Que se preserve la identidad de las partes.
- g) Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
- 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 sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.

Estos requisitos explica Montoya Ávila (2018) son de suma importancia para llevar a cabo la práctica de la maternidad subrogada, ya que en primer lugar, busca la protección de los derechos del niño como la vida, la salud y el cuidado, aduciendo que solo en caso de prescripción médica la mujer gestante podrá interrumpir el embarazo, exige a la madre realizarse los exámenes

correspondientes para llevar a cabo su embarazo y así evitar todo tipo de riesgos, y exige que en caso de muerte de sus padres el niño quede protegido. En segundo lugar, busca evitar conflicto entre las partes en el apartado de que la madre gestante no podrá aportar los gametos para la concepción y que por ninguna razón el contrato de alquiler de vientre debe ser remunerado. Es conveniente que se tengan en cuenta dichos requisitos para la validez del contrato ya que han sido analizados por La Corte Constitucional, y es el único medio que se tiene para entender esta práctica en nuestro país (p. 21).

De igual forma, en esta sentencia, la Corte señala que la maternidad subrogada es un contrato y es reconocida como un práctica legal, es decir, no está prohibida expresamente; de la misma manera también se identifica que en nuestro país existen Instituciones Médicas o Centros de Reproducción Asistida que llevan a cabalidad esta práctica sin el debido control, aunque no cuenten con una regulación expresa pero que sí cuentan con aceptación tácita que el ordenamiento jurídico ha otorgado, es decir, están legitimadas jurídicamente.

Desarrollo legislativo de la maternidad subrogada en Colombia

Para poder dimensionar el desarrollo del tema en Colombia, es importante realizar un análisis de los proyectos de ley presentados en el Congreso para la regulación de la gestación por sustitución ya que, si bien a la fecha dichas iniciativas no han tenido éxito, permiten identificar la finalidad que el legislador ha buscado con la presentación de estos proyectos

En la Gaceta del Congreso, número 573 del 3 de agosto de 2018, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley Estatutaria No. 70 de 2018 *“Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos”*, los

senadores ponentes⁵ señalan que la maternidad subrogada ha sido entendida en Colombia como la contratación de una mujer que se compromete a gestar un bebé con la obligación de entregarlo a los solicitantes cuando nazca. Estos últimos se comprometen a criarlo y la mujer gestante debe renunciar a la filiación⁶. En nuestro país, explican esta práctica despierta gran inquietud debido a la falta de información, carencia de legislación y la escasa jurisprudencia sobre el tema, que no permiten saber si está permitida, prohibida o cuáles son sus límites. Por ello, esta iniciativa legislativa (que ya se había presentado en dos ocasiones y que ha sido aprobada hasta en tercer debate) se basa en un estudio técnico, jurídico, social y ético de la problemática y pretende prohibir la maternidad subrogada al considerarla ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos y regularla para parejas colombianas con problemas de infertilidad o de gestación. Esto, mediante la protección de los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, y la protección del que está por nacer.

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

Es decir, se transforma el traer hijos al mundo, en una mercancía que se rige con los procesos de producción normales. Esto supone, como lo propone la Profesora de la Universidad de Míchigan Elisabeth Anderson, que se transforma el traer hijos al mundo, en una mercancía que

⁵ Los Senadores que impulsaron este proyecto fueron María del Rosario Guerra y Santiago Valencia González del Centro Democrático.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T -968 de 2009.

se rige con los procesos de producción normales. Y cuando las normas del mercado se aplican a las formas en que asignan y se entienden los derechos y responsabilidades de los padres, los niños se reducen de temas de amor a meros objetos de uso.

Igualmente, cuando las normas del mercado se aplican a las formas en que tratamos y entendemos el trabajo reproductivo de las mujeres, las mujeres se reducen de temas de respeto y consideración, a ser también, meros objetos de uso. La Organización Profesionales por la Ética (ONG española que desde 1992 estudia el tema), se ha encargado de documentar ejemplos y presentarlos en el Parlamento Europeo para demostrar estos dos supuestos de explotación a la mujer y al menor.

Para los legisladores ponentes, se vulneran varios derechos con la práctica de la maternidad subrogada con fines económicos. Entre ellos: Antes de nacer: Dignidad humana: (artículo 1º C. P.) Por ser objeto de comercialización y de manipulación. Vida: (artículo 11º C. P.) Cuando se permite en esta práctica abortar por: Alteración cromosómica o alguna otra enfermedad que presente durante su gestación; por la cantidad de embriones fecundados, gemelos, mellizos, trillizos; por el género, diferente del exigido por los padres contratantes.

Al nacer Derechos fundamentales de los niños: (artículo 44º C. P.) - Salud: Comprendida como su bienestar tanto físico como psicológico y emocional. - A la lactancia materna, disminuye su protección contra enfermedad o muerte por infecciones y al vínculo afectivo de bienestar, cuidado, protección y seguridad que se establece con la madre. Familia: (artículo 42º C. P.) cuando es abandonado por los padres contratantes, por haber logrado un embarazo propio durante la gestación del bebé objeto de maternidad subrogada, o por alguna enfermedad con la que haya nacido el niño. Derechos vulnerados de la mujer:

• **Dignidad:** (artículo 1° C. P.) Al ser tratada como un objeto de consumo que fabrica bebés.

• **Igualdad:** (artículo 13° C. P.) Al ser contratada por su condición de mujer en condición económica, académica, social y cultural inferior a la de los contratantes. Así mismo por el abuso y desconocimiento de los riesgos a los que se verá enfrentada durante la gestación, como lo son, por ejemplo:

- Enfermedades e incapacidades, por ser sometida a técnicas de reproducción humana asistida.

- Enfermedades y posibles secuelas durante la gestación, dentro de las que está incluida la muerte.

- Alteración psicológica y emocional, por la separación del bebé con quien estableció un vínculo físico, psicológico y emocional profundo.

- Alteración psicológica y emocional, por la muerte del bebé tanto por complicaciones durante o después del embarazo, como por aborto cuando el contrato lo exige.

- Protección suya y del bebé cuando los contratantes desaparecen o desisten del contrato. - Afectación psicológica y emocional de todo su núcleo familiar, cuando la madre gestante vive con su familia.

CAPITULO III

DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO.

En cuanto al origen de la figura de la maternidad subrogada, a nivel internacional su primera mención se da en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publicó un anuncio en el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril que a cambio de este servicio se ofrecía una remuneración.

Explica Arteta (2011) que el primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se involucró la inseminación artificial fue documentado en 1976 a través de Noel Keane, un abogado de Dearborn, Michigan, Estados Unidos, quien creó la Surrogate Family Service Inc, con el fin de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación (p. 92).

Galicia Pérez et. al (2016) señalan que a partir de este momento esta práctica se diversifica y se empiezan a desarrollar técnicas para alcanzar un embarazo exitoso. Es así como en 1985, nació el primer bebe producto de maternidad sustituta de la era moderna, siendo su madre la británica Kim Cotton, quien pasó a la historia como la primera "madre de alquiler" que ayudó a una pareja sueca a concebir, habiendo ella aportado su propio óvulo para la concepción. El nacimiento del llamado "bebe algodón", se efectuó a través de la intervención de una agencia estadounidense llamada *Surrogate Parenting Association* (p. 6).

Señalan además Galicia Pérez et. al., que en 1995 se formó la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED), una institución científica y educacional, que

ha emitido las normas para la acreditación de los laboratorios de Reproducción asistida. Desde 1997 audita, asesora, acredita y re acredita cada cinco años, los centros latinoamericanos para velar por el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para su adecuado funcionamiento. En la actualidad la RED reúne más del 90% de los centros que realizan técnicas de Reproducción asistida en la región. Además, posee el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida que anualmente recopila, analiza, publica y distribuye los resultados de las diferentes técnicas de Reproducción asistida de los centros que pertenecen a ella.

Desde 2014, la RED ha marcado históricamente hacia dónde van las tendencias de la Reproducción Asistida en América Latina, cuáles pueden ser los errores que se están cometiendo, pues éstos se reflejan en las estadísticas, controla o aconseja que no se transfieran demasiados o muy pocos embriones, e identifica qué técnicas o grupos en un momento determinado tienen problemas, y acude para ayudarlos.

Revisando la práctica de la maternidad subrogada desde el punto de vista del derecho comparado se denota que este tema tiene diferentes ópticas en cuanto a su legalidad, encontrándose que solo unos pocos países hay regulado el tema. Existe una gran disparidad en cuanto a su regulación ya que se establecen tres principales criterios acogidos por algunos países: en primer lugar, estas los países en los cuales la maternidad subrogada es ilegal; en segundo lugar, en los países en lo que es legal siempre y cuando no medie contraprestación económica y una tercera posición en la que es legal con independencia de que medie o no contraprestación económica.

Estos criterios hacen que algunos países sean el centro del llamado “turismo reproductivo”, donde las parejas, y de hecho las personas que están restringidas por los regímenes

nacionales, viajen a jurisdicciones más permisivas para lograr su objetivo de convertirse en padres, generando un problema de jurisdicción al presentarse el traslado de parejas de países donde esta práctica es ilegal a países en donde es aceptada y regulada, lo que conlleva a problemáticas como: “el control en la calidad y seguridad de los servicios ofrecidos y la determinación de la filiación válidamente determinadas en un Estado que admita esta forma de gestación por sustitución en otro Estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica” (Ruiz, 2015, p. 123) y es así como surgen los cuestionamientos de: ¿cómo las autoridades nacionales pueden, o deben, responder a tales acciones cuando los padres y el niño regresan al estado de origen?, en particular, ¿cómo deben tratar las autoridades los acuerdos de subrogación que se llevan a cabo legalmente en otra jurisdicción, pero que son contrarios a la legislación nacional de los padres comisionados? Estos cuestionamientos plantean asuntos importantes por desarrollar en términos de cómo equilibrar los derechos de los padres comisionados y los hijos sustitutos, con los intereses estatales.

Entre los países en los que la maternidad subrogada es ilegal están Austria, Alemania España, Italia, Francia, Noruega, Suecia, Suiza y Turquía; en los países en los que la maternidad subrogada es legal siempre que sea altruista están México, Canadá, Brasil, Grecia, Países Bajos y Reino Unido y en aquellos en los que es totalmente legal y tiene una regulación medie o no contraprestación económica están Ucrania, Rusia, India y algunos Estados de los Estados Unidos de América, además de estos hay algunos países en los que si bien no existe una regulación legislativa hay pronunciamientos de los Tribunales constitucionales sobre el tema, como el caso de Colombia y Perú y en otros en los cuales la maternidad subrogada ocurre pero no está regulada por ejemplo: Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Lituania, Rumania y San Marino. Es por esto por lo que es importante hacer una breve revisión del derecho comparado por medio del

análisis legislativo de algunos países que regulan la materia, con el fin último de entender las diferencias que se dan dentro de criterios comunes mencionadas anteriormente.

Es importante recordar las tres posturas en cuanto al derecho comparado respecto a la maternidad subrogada tal como lo explica Ávila (2017) “el Derecho no muestra una respuesta única ante esta realidad, en tanto las posturas de los países reguladores se pueden dividir en tres grandes grupos: 1) Prohibición de la maternidad subrogada; 2) Admisión de la maternidad subrogada cuando es altruista y; 3) Admisión amplia de la maternidad subrogada” (328).

Revisión de la maternidad subrogada en la legislación europea.

La Unión Europea está compuesta por 27 Estados en lo que se conoce como una superestructura que agrupa y regula ciertos aspectos comunes a todos los países miembros, además de aquellos que adicionalmente se integran a través del Consejo de Europa, dentro de los muchos aspectos que se tratan al interior de este organismo, el de la regulación de la maternidad subrogada ha sido uno de los más agudos en el sentido que no todos los países tienen una misma línea frente a la aprobación o no de esta práctica. Si bien el derecho de familia en general y la gestación subrogada en particular son principalmente asuntos de competencia nacional, la Unión Europea está facultada para actuar sobre aquellos aspectos que tengan implicaciones transfronterizas (véase el artículo 81, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)).

En primer lugar, tenemos a España, donde esta práctica no se permite, sin embargo, sus ciudadanos pueden acudir a esta práctica para ser padres en un país en donde está regulado legalmente, porque se rigen por la legislación del territorio donde se produce el nacimiento (aunque esto no es del todo claro, como se explicará más adelante). Por tanto, los arreglos de

gestación subrogada están prohibidos en España. Además, existen algunas actuaciones relacionadas con la gestación subrogada que podrían ser sancionadas según el Código Penal español. De hecho, los artículos 220° y 221° señalan los castigos que reciben quienes apoyen los tratamientos de gestación subrogada en el territorio español.

No obstante, lo anterior, además de los aspectos penales, la legislación española no ofrece ninguna solución eficaz cuando se trata de bebés que ya nacieron en el extranjero por un arreglo de gestación subrogada, reconocidos como hijos de los futuros padres en el estado de origen y luego llevados a España. Es evidente que existe un conflicto entre diferentes derechos. Por un lado, el trámite que se siguió hasta el nacimiento del niño -firmar un contrato con una mujer que gesta un embrión y luego renuncia a la maternidad- es ilegal en España. Aparte de las implicaciones éticas, la gestación subrogada podría conducir a graves violaciones de los derechos humanos y afectar la dignidad de las madres subrogadas, lo que necesariamente, o al menos, debería ser un límite al principio de libertad contractual ya que para el legislador español un contrato de maternidad subrogada va en contra de la Constitución española y los órganos de tratados internacionales de derechos humanos y en consecuencia, también de la dignidad de los intervinientes ya que la maternidad subrogada en su concepción no produce bienes o productos básicos como resultado, pero si un bebé, un ser vivo. Implica esto una extensión del mercado al ámbito privado de la sexualidad y reproducción de la mujer, lo que constituye una amenaza a su derecho constitucional a la integridad corporal y a la dignidad inherente a la persona humana.

Por otro lado, y para fortalecer su argumento, invocan el derecho de los niños a una identidad, a una vida privada, incluida la familia, y a una nacionalidad que no deben ser discriminados por su concepción u origen. El interés superior del niño es pues un principio que se deriva de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y también del artículo 39°

de la Constitución española. Debe reconocerse que los derechos del niño deben ser una consideración primordial protegida por la ley.

En Alemania la subrogación comercial y altruista están prohibidas según la Ley de Protección de Embriones de Alemania (Ley 745/90) que penaliza el uso de técnicas de gestación subrogada y cualquier rol o individuo involucrado a menos que estén dispuestos a cuidar al niño y por la Ley de Colocación de Adopciones, que penaliza la realización de la subrogación y las actividades comerciales que promueven la subrogación, como la colocación de madres sustitutas. Sin embargo, la madre sustituta y los futuros padres no son castigados. El alcance de las disposiciones se limita a los actos cometidos dentro del territorio alemán (artículo 7° del Código Penal alemán).

Además de los aspectos penales, el artículo 1591° del Código Civil alemán define a la mujer que da a luz como madre de un niño y excluye la maternidad de otra mujer, incluso si esta última es la madre genética del niño. La disposición respeta el vínculo social y biológico entre el niño y la madre biológica y tiene como objetivo evitar la maternidad “dividida” resultante del tratamiento de subrogación, incluidos los casos en que este último se realiza en el extranjero. En un pronunciamiento del Tribunal Federal de Justicia alemán⁷ destacó que la ley alemana no preveía ni la paternidad legal conjunta de dos hombres reconociendo la paternidad, ni la asignación legal de la paternidad a la pareja registrada de un padre por aplicación de la ley; las parejas del mismo sexo pueden establecer la paternidad legal conjunta únicamente mediante la

⁷ Pronunciamiento del Tribunal Federal de Justicia alemán ((Bundesgerichtshof – BGH) del 10 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&link=ed=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>

adopción. Señala el Tribunal que, un niño no puede ser considerado responsable de las circunstancias de su concepción, pero si se pudiera generar una violación de los derechos fundamentales de la gestante o del niño que podría implicar una vulneración del orden público. La Corte destacó que, por otro lado, los derechos fundamentales también podrían abogar por el reconocimiento de la sentencia extranjera.

Con respecto a la gestante subrogada, la Corte argumentó que el mero hecho de que se hubiera realizado la gestación subrogada no era, en sí mismo, suficiente para constatar una vulneración de la dignidad humana. Eso se aplica principalmente con respecto al niño que debe su existencia al proceso de gestación subrogada. El Tribunal enfatizó que la dignidad humana de la madre subrogada podría ser violada si se dudaba de si su decisión de llevar al niño y entregarlo a los futuros padres después del nacimiento se había tomado de forma voluntaria. En suma, la unión de la parte que está dispuesta a adoptar un niño nacido por gestación subrogada o que de alguna otra manera está dispuesta a cuidarlo permanentemente (padres que ordenan) con una mujer que esté dispuesta a servir como madre sustituta, está sujeta a sanciones. Además, los acuerdos de gestación subrogada son ineficaces e inaplicables.

En Francia, desde 1994 todos los contratos de gestación subrogada ya sean comerciales o altruistas y cualquiera sea el contexto médico o paternal se consideran ilegales y están estrictamente prohibidos, la prohibición del uso de esta práctica está sancionada en el ámbito civil por la nulidad absoluta y en el ámbito penal por las penas correccionales. De hecho, el Tribunal de Casación de París dictaminó en 1991 que cualquier acuerdo de subrogación era vinculante y no podía conducir a la adopción del niño resultante. Esta doctrina fue transpuesta a su Código Civil y, posteriormente, el rol del intermediario fue tipificado como delito penal, sancionado con penas de multa y reclusión, agravada por modalidades comerciales. No obstante, en los últimos

años han surgido cuestiones relativas a la inscripción y la adopción gracias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el Reino Unido solo se permite la subrogación altruista, ya que cualquier acuerdo comercial o cualquier contrato que implique compensar a la madre gestacional por más de los gastos razonables se considera ilegal según el artículo 2° de la Ley de Acuerdos de Subrogación de 1985. La publicidad y los anuncios de estos procedimientos tampoco los permite la ley. En cuanto al reconocimiento de la paternidad y la adopción, hay una disposición especial: dado que los contratos de gestación subrogada no son exigibles incluso si se han pagado los gastos, el portador después del nacimiento conserva el derecho de determinación del niño (incluso si no están relacionados genéticamente, en caso de sus ovocitos no han sido utilizados), por lo que ella y su pareja serían considerados los padres del niño por la Ley de Fertilización y Embriología Humana de 2008. Esto significa que los futuros padres tendrán que solicitar una orden de adopción o paternidad con su consentimiento, y cumplir con los requisitos legales (vínculo genético con el menor y residir con él en territorio del Reino Unido), o la titularidad de la patria potestad se decidirá en los tribunales, siempre en función del interés superior del menor (Van den Akker, 1998)

Grecia también ha regulado la gestación subrogada altruista mediante la Ley 3089/2002, que modificó los artículos 1455° a 1464° de su Código Civil, posteriormente complementado por la Ley 3305/2005, sobre la observancia de la reproducción asistida médicamente. No se permiten todos los tipos de gestación subrogada, ya que la gestante no puede aportar su propio material (prohibición de la gestación subrogada tradicional), ni recibir ninguna compensación que supere los gastos médicos necesarios o el lucro cesante (prohibición de la gestación subrogada

comercial). De hecho, estos procedimientos solo están permitidos por motivos médicos, como la infertilidad o la prevención de la transmisión de enfermedades graves.

En términos subjetivos, se requiere que todas las partes sean ciudadanos griegos o residentes permanentes en el país; el portador debe ser menor de 50 años y los padres intencionales (una mujer soltera o una pareja heterosexual) deben aportar sus propios gametos o aceptar una donación anónima; ambas partes también deben someterse a un examen médico para asegurarse de que su salud sea buena. Como medida de protección, todo acuerdo debe ser escrito y aprobado por un tribunal, verificando que el texto escrito cumple con los requisitos legales, que no hay beneficio económico involucrado y que las partes involucradas se encuentran sanas. En cuanto a la paternidad, la ley establece una presunción de parentesco legal a favor de los futuros padres, pero solo si la portadora no reclama la maternidad en los seis meses posteriores al parto, acreditando que en el proceso se utilizó su material. La mencionada ley de ejecución prohíbe cualquier acuerdo que no cumpla con las condiciones legales, anuncie o promueva públicamente la subrogación, o actúe como intermediario o proveedor de servicios para la subrogación comercial.

Dentro de los países que aprueban en su totalidad la maternidad subrogada se encuentra Ucrania regulado por el artículo 123° de su Código de Familia. En cuanto a los sujetos, existen amplios requisitos tanto para el progenitor o los padres previstos (un adulto soltero o una pareja heterosexual que proporcione una justificación médica relacionada con los tratamientos de fertilidad) como para el portador (una mujer adulta que ya ha dado a luz a sus propios hijos). El arreglo debe hacerse ante notario, quien verifica los consentimientos y requisitos establecidos, y la compensación monetaria pueden ser pactados por las partes sin límite.

La madre gestacional puede retirar su consentimiento antes de la transferencia del embrión, perdiendo dicha compensación. En materia de filiación, estos contratos suponen que los futuros padres serán considerados legalmente como tales desde el momento del nacimiento, formalizando la relación ante el Registro público, aportando todos los documentos antes mencionados. Los detractores tildan la reglamentación designada de laxa, citando que no es ni adecuada ni suficiente ya que su procedimiento en sí no está regulado por la ley, sino por normas administrativas, que no especifican adecuadamente los derechos y deberes de las partes involucradas, y muchos expertos han expresado la falta de seguimiento en estos centros.

Esta laxitud de la ley ucraniana ha hecho que se creen numerosas clínicas dedicadas a estos procedimientos, y que en muchos casos han generado críticas debido a las dudas sobre el trato adecuado y digno a las madres gestacionales y a las posibles irregularidades que rodean a muchas de estas clínicas en cuanto al procedimiento, praxis médica, falta de información y transparencia.

Otro importante país en el que la maternidad subrogada tiene un amplio espectro legal es Rusia mediante la Ley Federal de Protección de la Salud de los Ciudadanos de 2011, que reformó el Código de Familia en términos de parentesco y la Ley de Actos del Estado Civil de 1997, completada por la Orden 107 del 13 de agosto de 2012 del Ministerio de Salud. Las condiciones legales son bastante amplias, ya que los progenitores intencionales pueden ser ciudadanos o extranjeros, ser parejas heterosexuales o mujeres solteras que demuestren ser infértiles o incapaces de concebir, y la gestante debe ser una mujer entre 20 y 35 años que ya ha dado a luz, en buen estado de salud y que en cualquier caso no puede utilizar su propio óvulo. La filiación del niño al progenitor o progenitores previstos se establece con la simple presentación del certificado de nacimiento y la renuncia de la gestante en el Registro, pero se mantendrá como la mujer que dio a luz al niño resultante. Como se señaló, su consentimiento siempre es necesario

para registrar la filiación correctamente, sin embargo, este sistema presenta algunas inconsistencias, ya que carece de precisión en muchos puntos que terminan implícitamente permitidos. En primer lugar, no se especifica si el material utilizado debe provenir de los padres previstos o si pueden estar involucrados terceros. Además, no existen disposiciones para la compensación financiera al transportista o pagos por servicios de agencia, por lo que en la práctica no existe un control adecuado sobre las disposiciones intercambiadas o el desarrollo de la gestación subrogada comercial. La publicidad de los servicios de gestación subrogada también sigue sin estar regulada en gran medida. Finalmente, el Estado carece de un sistema de registro de certificados de nacimiento extranjeros.

Por último, en Europa algunos países presentan vacíos legales, los cuales son abordados con una prohibición implícita de la subrogación. En Polonia, aunque no existen normas que se ocupen de estas técnicas, su Código de Derechos Civiles establece que la madre es siempre la mujer que da a luz al niño, y estos acuerdos se consideran generalmente contrarios al espíritu de la ley. La Ley de salud de Hungría prohíbe implícitamente la gestación subrogada excluyéndola de la lista de procedimientos de reproducción que pueden realizarse legalmente y prohibiendo el comercio con el cuerpo humano en su Código Penal; pero es posible que los niños nacidos en el extranjero por gestación subrogada altruista sean adoptados con el consentimiento expreso de la madre gestacional por los padres previstos.

La misma solución se deriva de la legislación de la República Checa, donde los padres también se consideran en cuanto a criterios biológicos, es decir, la madre gestacional y el donante masculino; pero en este caso la madre biológica (proveedora de óvulos) técnicamente puede adoptar al niño en el caso de que la portadora renuncie legalmente a la maternidad, y las partidas de nacimiento extranjeras resultantes de la gestación subrogada pueden registrarse en base al

mejor interés del niño, según el Médico Asistido. Leyes de reproducción del país. En los Países Bajos, el tema de la gestación subrogada también está siendo estudiado por una comisión nacional y, en ausencia de textos específicos, se aplicaría su Código Civil, permitiendo a los futuros padres hacer acuerdos privados con la gestante subrogada con dos límites específicos: primero, el código penal prohíbe toda forma de publicidad o promoción de la gestación subrogada comercial (para todas las partes potenciales involucradas, incluida la gestante subrogada), por lo que la única posibilidad sería estipular contratos privados entre las participantes y reembolsar los gastos ocasionados a la porteadora; en segundo lugar, los acuerdos no se pueden hacer cumplir en los tribunales si contradicen las normas civiles relativas a la protección del niño o la paternidad. Es por eso por lo que los certificados de nacimiento extranjeros requieren una orden judicial para que se emita un documento de viaje.

La maternidad subrogada en la legislación de Estados Unidos

El modelo de maternidad subrogada implementado en los Estados Unidos es el comercial, entendido como cualquier arreglo en el cual la mujer es compensada por sus servicios más allá del reembolso de sus gastos médicos. La subrogación comercial es un negocio próspero en el que los profesionales de la subrogación trabajan en nombre de una persona o pareja para encontrar todos los componentes necesarios para satisfacer sus necesidades individualizadas y traer a su hijo al mundo.

Al ser un país dividido en Estados en donde cada cual tiene su propia legislación, no existe una regulación federal que supervise la gestación subrogada. Ávila (2017) explica que, debido a esto, la legislación estatal concibe las siguientes categorías: “1) Estados cuyas leyes regulan la maternidad subrogada, bien sea permitiéndola, o bien prohibiéndola; 2) Estados sin regulación legal, pero cuyos tribunales han dictado precedentes jurisprudenciales aplicables; 3) Estados sin

ley ni jurisprudencia referida a la maternidad subrogada” (p. 337). Como resultado, se deja a los Estados individuales manejar este importante y complejo tema. Ningún Estado de Estados Unidos llega a prohibir completamente la gestación subrogada, pero no son en absoluto destinos recomendados y la mayoría de los Estados permite la subrogación sin mayores complicaciones, por ejemplo, en Míchigan, Nueva Jersey y Nueva York, sólo es posible la modalidad altruista; en California se permite sin mayores restricciones, sea comercial o no aplica a todos los modelos de familia. Al ser tan amplio el abanico de posibilidades que se pueden aplicar según el Estado, en el presente trabajo se explicaran las regulaciones en algunos estados como son California, New York, Carolina del Sur, Indiana, Luisiana y Virginia ya que este grupo de Estados aglutina las diferentes formas en las que se aplica la maternidad subrogada en los Estados Unidos.

California permite y regula únicamente los contratos completos de subrogación; Finkelstein (2016) explica que los futuros padres también pueden recibir órdenes de paternidad antes del nacimiento en las que el tribunal designa la condición de paternidad legal antes del nacimiento del niño, pero no surte efecto legal hasta el nacimiento real del niño. Además, resalta que California no impone limitaciones sobre quién puede ser un sustituto y no hay un requisito de residencia. Como resultado de estas regulaciones amistosas, California se ha convertido en uno de los principales destinos de la gestación subrogada en el mundo.

New York reformo su legislación (obsoleta para muchos) en cuanto a la maternidad subrogada, al entrar en vigencia la Ley de Seguridad para Padres e Hijos (CPSA) el 15 de febrero de 2021 cuyo objetivo principal es definir criterios en cuanto a los derechos legales de paternidad para aquellas parejas que dependen de las TRA para tener hijos y conformar una familia. Con esta ley, se simplifica el estado legal de los niños concebidos a través de la donación

de esperma, óvulos y embriones y sus futuros padres al permitir que un donante renuncie a sus derechos de paternidad por escrito. También permite a una familia, ya sean dos padres o uno, casado o soltero, de diferente sexo o del mismo sexo, permite obtener una sentencia de paternidad con derecho a plena fe y crédito bajo la Constitución de los Estados Unidos, aclarando el estado del niño, de los padres previstos y del donante en todo el país. En su forma actual, la CPSA reemplaza la prohibición legal de Nueva York sobre la subrogación compensada y la reemplaza con un esquema integral para reconocer los acuerdos de subrogación, al tiempo que protege los intereses de la portadora y los padres. Los futuros padres podrían obtener un juicio sobre la paternidad de un niño concebido con la ayuda de una portadora gestacional sin importar su conexión genética con el niño, su estado civil, orientación sexual o si son pareja o solteros. La capacidad de los futuros padres que no tienen conexión genética con su hijo para obtener un juicio de paternidad es importante para las mujeres solteras, las familias que utilizan embriones donados y las personas que no pueden producir óvulos o esperma por una variedad de razones médicas.

En Carolina del Sur está permitida ya que ningún estatuto o jurisprudencia publicada la prohíbe. Por el contrario, existe jurisprudencia publicada que sugiere que la gestación subrogada es válida. Específicamente, en *Mid-South Ins.Co. V. Doe*⁸, en donde el demandante buscó un acuerdo de portador gestacional para determinar la intención de las partes, lo que implica que se trataba de un acuerdo válido. Básicamente el proceso se define en un acuerdo de subrogación el cual contiene temas relacionados con: Derechos de los padres; custodia del niño al nacer; lugar

⁸ Sentencia dictada el 28 de julio de 2003 por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Carolina del Sur, División de Charleston. Demandante, contra John DOE, Jane Doe, Frank Roe, Mary Roe y Celtic Insurance Co., Demandados. Disponible en: <https://www.leagle.com/decision/20031031274fsupp2d7571971>

de entrega y elección de la ley; futuro contacto entre las partes; seguro de salud; otras obligaciones de seguros; decisiones médicas durante el embarazo: quién las tomará y cómo; pago de facturas médicas; consideraciones financieras, como la compensación y los gastos de la madre sustituta gestacional, incluidos los salarios perdidos, los honorarios legales, el cuidado de los niños, las tareas del hogar, la ropa de maternidad y el seguro de vida; la necesidad de proporcionar antecedentes médicos e información médica personal y cuándo.

Los contratos de subrogación en Indiana se rigen por el Código de Indiana (Artículo 20°. Ley de familia: reproducción humana. IC 31-20-1. Acuerdos sustitutos. IC 31-20-1-1), lo que hace que los contratos de subrogación sean nulos e inaplicables. A pesar de la imposibilidad de hacer cumplir los contratos de subrogación, la subrogación gestacional continúa en Indiana. Además, algunos tribunales han comenzado a otorgar órdenes de parto para los futuros padres. El Código de Indiana IC 31-20-1 establece: “La asamblea general declara que es contra la política pública hacer cumplir cualquier término de un acuerdo sustituto y que los acuerdos sustitutos formados después del 14 de marzo de 1988 son nulos”. A pesar de que el estatuto reconoce los acuerdos de sustitución y, por lo tanto, no se pueden hacer cumplir, los arreglos de portador gestacional en Indiana continúan y algunos tribunales otorgarán órdenes de paternidad antes del nacimiento que establecen los derechos de los futuros padres.

En Luisiana, rige la Ley de Subrogación promulgada el 01 de agosto de 2016 y limita la subrogación gestacional a las parejas casadas heterosexuales que usan sus propios gametos y establece requisitos onerosos en dichos arreglos, incluido un requisito estricto de no compensación. Por tanto, la subrogación comercial está prohibida en Luisiana. Si se realiza un

acuerdo de gestación subrogada que no está sancionado por la ley, cualquier persona involucrada está sujeta a sanciones civiles y penales.

La ley de Virginia también permite subrogación, pero incluye una serie de restricciones, como el requisito de que la madre sustituta no reciba compensación por sus servicios. Además, existe un requisito de residencia y los futuros padres deben cumplir con los mismos estándares de aptitud requeridos para los padres adoptivos.

Los Estados que permiten la subrogación comercial tienen numerosos beneficios en cuanto a la economía, ya atrae a las personas solteras, las que sufren de infertilidad o discapacidades y otras que tradicionalmente no han podido tener hijos, como los miembros de la comunidad LGBTQ. También ha permitido a la sociedad traspasar los límites de lo que puede ser una familia. Además, a primera vista, la subrogación beneficia a dos partes mutuamente contratantes.

Características de la ley aplicable a la maternidad subrogada en Suramérica

Una característica de los países sudamericanos es que tienen un sistema legal común y sistema de derecho civil codificado, lo que significa que cada uno de los países se ajusta a un conjunto completo de normas legales que pueden actualizarse y contienen todos los asuntos que se pueden llevar ante un tribunal en un procedimiento legal, que conlleva a que, según el procedimiento aplicable, se dé una sanción o penalización por cada acción. En el ordenamiento jurídico sudamericano, el juez para tomar su decisión final debe establecer los hechos de cada caso y aplicar un conjunto de disposiciones relacionadas con el caso, no existen juicios con jurado. En el caso específico de los contratos de gestación subrogada, la mayoría de los jueces aplican el Código de Derecho Civil; ese es el código que regula los contratos generales. Debido a

la falta de una regulación específica para los contratos de gestación subrogada, el juez debe aplicar la teoría general del contrato (que generalmente estipula que, en ausencia de legislación, el conflicto entre las partes debe juzgarse de la misma manera que una disputa con cualquier otro contrato y/o transacción comercial) y si la gestación subrogada es entre personas de diferentes países, se aplicará el derecho internacional privado.

Otra característica de los países suramericanos es la influencia de la Iglesia Católica, especialmente en el sistema de derecho civil, proveniente de las leyes son compatibles con la tradición católica romana, que prohíbe expresamente el uso de cualquier Técnica de Reproducción Asistida (TAR) porque un embrión se considera una persona y, por lo tanto, no puede manipularse. Generalmente, para que la gestación subrogada sea regulada, debe estar incluida en el código legislativo de un país, con códigos generalmente promulgados por el Congreso.

Por lo anterior es importante dentro de la revisión del derecho comparado revisar la situación de la práctica de la maternidad subrogada en algunos de los países de Suramérica que significativamente han hecho algunos avances en su regulación.

Argentina

En Argentina esta práctica está regulada parcialmente. Este país ha logrado implementar una estrategia contra la infertilidad incluida en las políticas de salud pública, con lo que el número de procedimientos mediante Técnicas de Reproducción Asistida (TAR) se ha incrementado significativamente. Argentina tiene la industria privada de fertilidad más consolidada de Suramérica, la cual ofrece servicios de fertilidad y subrogación no solo para los residentes sino también para los extranjeros que viajan para buscar tratamiento para la

infertilidad. Durante la última década, Argentina se ha convertido en un destino asequible para el turismo de fertilidad ya que hacia 2010, este país reguló por primera vez las TAR, reconociendo el derecho de las personas a procrear como un derecho fundamental y categorizando la infertilidad como una enfermedad.

Es así como mediante la promulgación de la Ley 14.208/2011 aplicable solo en la provincia de Buenos Aires, se garantizaba el acceso a la fertilización asistida en hospitales públicos y, también, obligaba a las obras sociales y prepagas a cubrir los tratamientos. Pero fue en 2013, con la Ley 26.862/2013, que el acceso a las TAR se extendió a nivel nacional, a cualquier persona adulta independientemente de su edad, estado civil y situación de infertilidad. De acuerdo a la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, los servicios de fertilidad estaban cubiertos principalmente a través de pagos de bolsillo hasta que se promulgaron estas disposiciones legales.

Actualmente, los planes de seguro de salud públicos o privados, las donaciones y el gobierno financian los tratamientos de fertilidad. A pesar de esta regulación, Argentina ha tenido muchos problemas frente al tema, ya que, si bien el Código Civil de Argentina cubre todos los contratos y las regulaciones del derecho de familia, grupos católicos y algunos abogados consideran nulos los contratos de gestación subrogada porque se interpretan en el sentido de que es una materia contractual inmoral y contraria a las buenas costumbres (Código Civil Argentino Art. 386°). Los argumentos más relevantes de estos grupos es que llevar un bebé y regalarlo no puede estar sujeto a contrato porque los niños no deben ser objeto de una transacción económica, esto se da según Carbajal (2014) debido a que “persistió la ambigüedad contextual y los contratos de gestación subrogada no eran técnicamente ilegales, la práctica se produjo con inseguridad jurídica y en espacios no regulados de la economía” (p. 28).

Chile

En Chile esta práctica está prohibida. El sistema de salud chileno es uno de los más igualitarios de la región, cubre tratamientos de fertilidad de baja complejidad como el diagnóstico, estimulación ovárica, espermograma, separación de espermatozoides e inseminación intrauterina, así como tratamientos de alta complejidad. Según Santander (2012) a pesar del acceso a formas de servicios de salud reproductiva, “la sociedad chilena es muy tradicional y valores como la dignidad, la fidelidad y el concepto de familia” (p. 41) son difíciles de negociar y mucho menos legislar.

Aunque la Iglesia y el Estado están separados, la Iglesia Católica todavía tiene una influencia significativa en la sociedad chilena, una influencia que también se extiende a las políticas públicas y la legislación nacional. Los proyectos de ley que contravienen los valores sociales y católicos se promulgan solo en raras ocasiones. Por ejemplo, en diciembre de 2008, se presentó el proyecto de ley en el boletín 6306-07, que contenía un solo artículo (ítem 23)⁹ que penalizaba la subrogación y castigaba con prisión a cualquier parte interviniente en un contrato de subrogación, así como a los futuros padres, el médico e incluso a la madre subrogada, que también estaría obligada a asistir a terapia psicológica de maternidad responsable. Este proyecto de ley aún está pendiente y no ha sido promulgado. Mientras tanto, la gestación subrogada sigue sin estar regulada y los jueces deben aplicar la ley según una prueba biológica que define a la

⁹ Literalmente señalaba: “Todo aquél que, disponiendo de su cuerpo a través de un procedimiento de fertilización asistida geste un hijo por encargo de terceros, será sancionado con presidio mayor en su grado medio. Además, tendrá como pena accesoria el sometimiento a un procedimiento psicológico relativo a terapias consistente en maternidad responsable. Asimismo, se sancionará con presidio mayor en su grado mínimo a quien tenga calidad de terceros comitentes, sea que proporcionen el todo o parte del material genético a la madre sustituta y faciliten su conducta”. Boletín N° 6306-07. 2008. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://datos.bcn.cl/proyecto-de-ley/6306-07>.

madre como la persona que da a luz a un hijo (artículo 183° del Código Civil de Chile). Además del anterior, también se encuentra el proyecto de ley que “Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida”, publicado en el Boletín N° 11576-11, y que en su artículo 1° señala que su objeto es: “regular el derecho de las personas a optar como técnica o mecanismo de reproducción humana asistida, a la gestación por subrogación o gestación subrogada. En el contexto de enriquecer las formas en las que las personas escogen desarrollar y disfrutar de la familia y al mismo tiempo fomentar la natalidad”.

Perú

En Perú esta práctica no es legal. El sistema público de salud peruano cubre solo tratamientos de fertilidad de baja complejidad, disponibles exclusivamente para parejas casadas o parejas de hecho heterosexuales. Los tratamientos de fertilidad de alta complejidad no están cubiertos, Sin embargo, de acuerdo con Siverino-Bavio (2012) existen numerosos centros privados que ofrecen “tratamientos de reproducción asistida de alta y baja complejidad y se rigen básicamente mediante autorregulación, difiriendo en los tipos de tratamiento, los costos y el enfoque de prácticas problemáticas” (p. 215).

En el Perú no existe una legislación específica sobre la gestación subrogada, excepto la Ley General de Salud (Ley 26.842 de 1997), que aborda parcialmente el tema. En el artículo 7°, la ley establece que toda persona tiene derecho a acceder a un tratamiento de fertilidad o utilizar el TAR, pero la madre genética y la madre gestacional deben ser la misma persona. Por tanto, el reglamento no permite la donación de óvulos o útero. Esta legislación es problemática porque no está clara. Su intención era reconocer el derecho de la población a procrear y acceder a las TAR y simultáneamente aceptar la subrogación tradicional porque la madre genética y gestacional son la

misma persona. Retomando a Siverino-Bavio (2012, pp. 215-216) la ley es ambigua por cuanto por una parte establece claramente que el recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho (lo cual tiene importantes consecuencias) y por otro lado se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines diferentes a la procreación y la clonación de seres humanos. Se permite tanto la fecundación homóloga como la heteróloga, pero el artículo pone como condición que coincidan ‘la madre genética y la madre gestante’. Es esta la frase de la discordia.

Incluso si la ley de salud peruana no permite explícitamente la subrogación gestacional, para hacer que la ley sea ejecutable se requieren sanciones si la conducta de las personas viola los principios generales de la ley. El Código Penal peruano no contiene sanciones para los tratamientos de infertilidad, por lo que la práctica no está permitida, pero no está explícitamente prohibida. Esta lógica se sigue aplicando el principio de reserva (artículo 2º, (24) Constitución peruana) que establece que “Nadie está obligado a lo que la ley no manda ni priva de lo que no prohíbe” (Siverino-Bavio, 2012, p. 217).

Este vacío legal permite la comisión de delitos como: falsificación, fraude y trata de niños. Por ejemplo, las madres sustitutas han dado a luz a bebés en hospitales, pero han utilizado la identidad de los futuros padres y han incluido información falsa en el certificado de nacimiento, lo que constituye un delito. No obstante, la legislación, el Perú tiene una destacada industria comercial de subrogación, es común encontrar anuncios en línea que ofrezcan servicios de subrogación. Por ejemplo, en 2006, los informes del diario la Republica de Perú mencionaron una red de subrogación que trabajaba desde España utilizando madres subrogadas peruanas, apoyado por dos conocidos médicos dedicados al negocio de la inseminación artificial y la fecundación in vitro (Diario La República, 2006).

Para cerrar esta brecha regulatoria, se han presentado diferentes proyectos de ley tales como: el Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR Ley que regula la Reproducción Humana Asistida; Proyecto de Ley N° 1724/2012-CR Ley que regula la investigación Biomédica; Proyecto de Ley No. 2839/2013-CR para regular la maternidad subrogada y solo permitir la subrogación altruista (los anteriores fueron archivados); Proyecto de Ley N° 3313/2018-CR Ley que garantiza el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR Ley que Regula los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Solidaria mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida como derecho humano a ser madre y Proyecto de Ley 3542/2018-CR Ley que Regula el Uso y Acceso a los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida. Estas tres últimas iniciativas buscan modificar lo referente a la regulación de la maternidad subrogada en Perú, sin embargo, han pasado varios años en discusión sin ser promulgadas ni rechazadas. A pesar de estos intentos de legislación, Perú sigue siendo un destino internacional para la gestación subrogada comercial, dada la ambigüedad y las lagunas en las leyes vigentes que aún no se han cerrado.

Así las cosas, luego de esta revisión tenemos que en los países en los que la legislación que regula la maternidad subrogada, así como los derechos y deberes de la madre subrogada y los futuros padres, varía. Entonces, en algunos países, la maternidad subrogada está completamente prohibida, en otros se permite cierta maternidad subrogada no comercial y en algunas jurisdicciones las cuestiones de la maternidad subrogada no están reguladas por la ley. La prohibición o restricción de la maternidad subrogada establecida por las autoridades nacionales coloca a los ciudadanos de estos países en una situación de desigualdad en comparación con sus vecinos.

Brasil

Desde 1988, Brasil cuenta con una Constitución Federal que cubre los derechos individuales y colectivos. La atención médica se considera un derecho universal y el deber del gobierno es proteger este derecho. El Sistema Único de Salud (SUS) de Brasil brinda acceso gratuito a la atención médica para toda la población, pero no brinda cobertura para todas las formas de servicios de salud. Por ejemplo, los tratamientos de fertilidad no están cubiertos actualmente por el SUS.

La subrogación gestacional comercial está prohibida con base en el artículo 199° de la Constitución Federal de Brasil que la interpreta como una forma de tráfico de órganos humanos. La gestación subrogada comercial se considera tráfico de útero y, en consecuencia, está constitucionalmente prohibida. El Congreso brasileño no ha promulgado ningún reglamento aclaratorio sobre la maternidad subrogada, también conocida como “Barriga Solidaria” o “donación temporal de útero”. En respuesta a la falta de legislación, el Consejo Médico Federal creó una directriz para la subrogación altruista que ha estado vigente desde 2010, que comprende el único conjunto de normas aplicables en Brasil para diferenciar esta práctica de la gestación subrogada comercial.

Actualmente, solo se permite la subrogación altruista en dos casos: (1) cuando la futura madre puede contribuir con un óvulo, sin embargo, ella misma no puede llevar una gestación a término o tiene una condición médica que pone su vida en riesgo; o (2) cuando los futuros padres son parte de un matrimonio del mismo sexo. La madre sustituta debe pertenecer a la misma familia que una de las parejas en un parentesco consanguíneo hasta el cuarto grado. Además, la donación temporal de útero no puede ser rentable. Las partes deben firmar un contrato que establezca la paternidad del niño y los futuros padres deben garantizar que pagarán

los gastos médicos y relacionados con el embarazo; además, serán los padres quienes figuren en el certificado de nacimiento (Consejo Federal de Medicina - Resolución CFM no 2.121/2015). Sin embargo, esta resolución es una solución temporal y Brasil está esperando que el Congreso promulgue un marco legal que regule permanentemente la maternidad subrogada, pero en general, el marco legal relativamente estricto de Brasil sobre formas comerciales de gestación subrogada puede limitar la práctica dentro y fuera del país.

Conclusiones

Al desarrollar el tema objeto de investigación del presente trabajo, se logró analizar el origen y concepto de la maternidad subrogada, donde se puede concluir que es esta una opción para aquellas parejas que no han logrado concebir un hijo, sin embargo, que a pesar del sentido altruista que puede llegar a tener la aplicación de esta práctica, son muchos los contextos a tener en cuenta tanto positivos como negativos. La complejidad de la maternidad subrogada en general es que, como problemas bioéticos, se extienden mucho más allá de la medicina y la ley y están influenciados por factores religiosos, culturales y sociales.

El papel del derecho nacional e internacional debe ser intervenir de manera gradual, cautelosa y razonable en estas relaciones, para proteger los derechos de todas las personas involucradas en estas complejas relaciones, su honor y dignidad humana. Sin embargo, los derechos del niño siempre deben ser una prioridad del Estado y deben estar protegidos, en cualquier caso.

Los oponentes de la gestación subrogada opinan que debería desterrarse por los posibles riesgos físicos, psicológicos y simbólicos del niño. El niño también puede sufrir daño psicológico cuando supo cómo nació. Por otro lado, los partidarios afirman que tal destierro es contrario a la norma sobre la prohibición de la discriminación. En este contexto, la prohibición de la ayuda en tercera persona supone una discriminación contra las personas que no pudieron conseguir a su bebé de forma natural.

Además de los muchos temas problemáticos discutidos anteriormente, la reproducción asistida crea una serie de aspectos sociales adicionales. Los más controvertidos son la fertilización post mortem (el nacimiento de un niño muchos años después de la muerte de uno o

ambos padres genéticos), embarazos posmenopáusicos, padres múltiples, padres genéticos anónimos y también niños concebidos simultáneamente, pero nacidos en períodos diferentes.

La complejidad de la maternidad subrogada y la reproducción subsidiaria, en general, es que, como problemas bioéticos, se extienden mucho más allá de la medicina y la ley, y están influenciados por factores religiosos, culturales y sociales.

Además, se defiende que la discriminación que la naturaleza impone a tales parejas infértiles se agravaría y confirmaría la ley, a menos que exista una serie de evidencias concretas sobre los efectos nocivos del contrato de gestación subrogada en el recién nacido, se deben respetar las decisiones de los individuos sobre la reproducción.

Para los dilemas éticos sobre la maternidad subrogada, existen algunos argumentos éticos como la pérdida de la reproducción natural, y el uso, comercialización y medicalización del cuerpo femenino como caja de cría, y la falta de autonomía del recién nacido, y su comparabilidad con el comercio infantil.

A nivel internacional no hay un lineamiento definido en el tratamiento jurídico de la maternidad subrogada o gestación por sustitución. Por un lado, se encuentran los países que la prohíben y declaran su nulidad (Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o España). En un punto intermedio están los países que admiten práctica en situaciones con fines altruistas y bajo ciertas condiciones y requisitos (Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, entre otros). Y, en el extremo opuesto se hallan los países cuya legislación es permisiva y considera la maternidad subrogada como una práctica legal (Ucrania, India, Rusia, algunos Estados de los Estados Unidos). No obstante, tal diversidad normativa, la tendencia en el derecho comparado es hacia regulación y la flexibilización de esta práctica.

Es por esta falta de uniformidad entre los diferentes países respecto a la regulación del contrato de gestación subrogada que se presenta el fenómeno del desplazamiento de muchas personas, en cuyos países no están permitidas este tipo de prácticas, hacia otros en los que sí se permiten. Esta situación plantea una serie de dificultades en cuanto al reconocimiento e inscripción de los nacimientos acontecidos en el extranjero mediante gestación subrogada y las respectivas relaciones de filiación entre los menores y los padres comitentes, una vez regresen a su país de origen.

En Colombia, ésta práctica no se encuentra regulada en el ordenamiento Jurídico Colombiano, y que a pesar varios intentos y la presentación de diferentes proyectos de ley no se ha podido establecer una normatividad clara, lo cual ha causado hechos y decisiones lesivas de los derechos fundamentales de los niños, controversias de custodia y filiación, siendo la Corte Constitucional la única institución que se ha pronunciado de forma oficial frente al tema mediante la Sentencia T-968 de 2009 donde se establecieron ciertos requisitos para la práctica de la maternidad subrogada en Colombia: la madre biológica debe demostrar su incapacidad fisiológica de concebir, la mujer gestante está obligada a someterse a exámenes para determinar su idoneidad física y mental, debe ser mayor de edad, tener hijos propios, no puede ser quien aporte los gametos que se requieren para la concepción, y debe demostrar que su fin no es lucrativo, sino ayudar a la pareja.

Referencias Bibliográficas

Arévalo, Villareal, I. (2016). Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos. Diplomado en Conciliación, Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Arteta Acosta, C. (2011). Maternidad subrogada. En *Revista de Ciencias Biomédicas*, 2(1). Universidad de Cartagena. Cartagena.

Ávila Hernández, C. J. (2017). La Maternidad Subrogada en el Derecho Comparado. En: *Cadernos de Dereito Actual* N° 6. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, pp. 313-344

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

Beltrán, Y. (2018). La regulación de la gestación por subrogación en Colombia desde el punto de vista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Universidad Católica de Colombia.

Buchanan, A. (1985): *Ethics, Efficiency, and the Market*. Editorial Rowman and LittleField Publishers inc. Totowa N.J.

Daza, S, (2016), *Mujer Familia y Sociedad hacia un nuevo derecho en Colombia*, Vol. 323.34. Bogotá Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Diario La República (Perú). (23 septiembre de 2006). Canal español destapa red de “vientres de alquiler” en Lima. Edición del 13 de diciembre de 2006. Información recuperada el 23 de noviembre de 2021. <https://larepublica.pe/politica/265920-canal-espanol-destapa-red-de-vientres-de-alquiler-en-lima/>

Galicia Perez, J. E., Paz Medina, L.A., González Hernández, M. (2016). Estudio sobre el panorama mundial de la maternidad subrogada. En: *Revista Mundo Jurídico* 1 (2). Universidad de la Amazonia. Florencia.

Jouve De La Barreda, N. (2017). Perspectivas Biomédicas de la Maternidad Subrogada. *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 2, pp. 153-162, Madrid: Asociación Española de Bioética y Ética Médica.

Hatzis, A. (2003). "Just the Oven: A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts", en Boele-Woelki, Katharina (ed), *Perspectives for the unification or harmonisation Of Family Law in Europe*, Antwerp: Intersentia.

Kerstein, S. J. (2009). Condena Kantiana del comercio de órganos. En: *Kennedy Institute of Ethics Journal*. Junio - 19 (2), 147–169.

López y López, M. T. (presidenta), de Montalvo Jääskeläinen, F. (vicepresidente), Alonso Bedate, C., Bellver Capella, V., Cadena Serrano, F., de los Reyes López, M., Fernández Muñoz, P. I., Jouve de la Barreda, N., López Moratalla, N., Nombela Cano, C., Romeo Casabona, C. M^a, Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2017). "Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada", *Comité de bioética de España*.

Montoya Ávila, L. (2018). Maternidad Subrogada Una práctica no reglamentada en el ordenamiento jurídico colombiano. Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogado. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Colombia. Bogotá.

Oviedo, O. Jiménez Alfaro, R. Salvador, Z. (2018). Reproducción asistida en mujeres homosexuales: ser madres lesbianas. En: *Revista Reproducción Asistida*. Recuperado de: <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida-para-parejas-lesbianas/>

Pareja Roza, M. J. (2019). El debate que nos falta tener sobre la maternidad subrogada. En: *Revista Level Humans Right*. Recuperado de: <https://www.revistalevel.com.co/contenido/el-debate-que-nos-falta-tener-sobre-la-maternidad-subrogada>.

Regalado Torres, M. D. (2016). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. En: *Femeris*, Vol. 2, No. 2, pp. 10-34, doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756>. <http://www.uc3m.es/femeris>

Szygendowska, M. (2021). La gestación por sustitución como una forma de mercantilización del cuerpo femenino. En: *Revista de derecho (Valdivia)*, 34(1), 89-109. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100089>

Valencia, A. (2019, ene 19). ¿Deberían pagar cárcel quienes practiquen el "alquiler de vientres" en Colombia? Recuperado de: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/deberian-pagar-carcel-quienes-practiquen-el-alquiler-de-vientres-en-colombia-2814576>.

Vásquez Aguirre, A. M. y Ortiz Gómez, G. M. (2013). De la maternidad subrogada o alquiler de vientre en Colombia. En: *Revista Pluriverso* No. 1 (jul-dic). Medellín: Universidad Autónoma de Latinoamérica.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2019 (18 de diciembre de 2019.) [MP Maria Victoria Calle Correa]