

Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema.*

Karla Mariana Cadavid Pulgarin **

Amalia Barrera Correa ***

Sumario

Resumen, Introducción, Capítulo I. Maternidad subrogada (antecedentes, definición y contrato de subrogación), Capítulo II. Maternidad subrogada en la Unión Europea, Capítulo III. Maternidad subrogada en India, Capítulo IV. Maternidad subrogada en México, Capítulo V. Maternidad subrogada en Argentina, Capítulo VI. Maternidad subrogada en Colombia, Conclusiones, Bibliografía.

Resumen

La maternidad subrogada es un procedimiento utilizado a nivel mundial, que tiene como fin procrear por medio de un vientre alquilado, bien sea por problemas de fertilidad o por otras condiciones que impiden la procreación de manera natural. Esta técnica con gran crecimiento en la actualidad, ha suscitado grandes inconvenientes a la hora de debatir acerca de su permisión o prohibición. Mediante el presente artículo se exponen las posiciones más fuertes de ambos lados en diferentes países y de igual manera se aborda la manera en que se ha manejado el tema en Colombia desde el punto de vista jurídico. Finalmente se llega a la conclusión que es un tema actual que requiere de una regulación exhaustiva en nuestro País para no tener que estar sumergidos en el limbo jurídico como el existente en este momento y expuestos a la problemática experimentada por otros países.

Palabras claves: Maternidad subrogada, regulación jurídica, mecanismos de Fecundación In Vitro, derechos de la mujer y derechos del menor.

Abstract

Surrogacy is a procedure used worldwide, which aims to procreate through a rented womb, either by fertility problems or other conditions that prevent procreation naturally. This technique with great growth today, has caused great

* Título trabajo de investigación realizado para optar por el título de Abogado, línea: derecho de familia.

** Estudiante de décimo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad CES- Medellín.

*** Estudiante de décimo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad CES- Medellín.

inconvenience when discuss their permission or prohibition. Through this article the strongest positions of both sides are set in different countries and likewise the way it has handled the issue in Colombia from the legal point of view is addressed. Finally it concludes that it is a current issue that requires a comprehensive regulation in our country for no longer immersed in legal limbo as existing at the moment and exposed to the problems experienced by other countries.

Key words: Surrogacy, legal regulation, In Vitro Fertilization mechanisms, women's rights and rights of the child.

Introducción

Mundialmente, existe una variedad de procedimientos tendientes a solucionar los problemas de fertilidad que padecen algunas personas; conocidos popularmente como mecanismos de Fecundación In Vitro (en adelante FIV).

En la presente investigación, el mecanismo FIV que nos ocupa es específicamente el de la maternidad subrogada, más conocida como alquiler de vientres; una práctica que surgió con el fin de que aquellas personas que por situaciones fisiológicas no podían tener sus propios hijos, lo hicieran mediante un vientre diferente, pero con sus propios genes. (Valencia, Alvarez, Salazar, & Ibarguen, 2010)

La práctica reproductiva de la maternidad subrogada es un fenómeno cada vez más frecuente en el mundo, y en los últimos tiempos es un tema que suscita grandes controversias en los Estados a la hora de debatir acerca de si se debe o no aprobar esta práctica en sus ordenamientos jurídicos. La subrogación tiene dos subclasificaciones que son sobre las que más se debate: la subrogación comercial, en donde median fines lucrativos; y la subrogación altruista donde no hay fines lucrativos. (Brunet, y otros, 2012)

A pesar de grandes esfuerzos que se han realizado para darle un enfoque al tema, existen pocos países que se han atrevido a regularla, ya sea para permitirla o prohibirla de manera expresa. En muchos otros países no existe una legislación pertinente al tema, y se viene realizando la práctica reproductiva de la maternidad subrogada de una manera informal (Brunet, y otros, 2012), siendo este último el caso de nuestro país, donde es claro que se viene realizando hace algún tiempo esta práctica sin una legislación que haga referencia al tema, en donde las partes involucradas cuentan con un único instrumento referente al tema, la sentencia T-968 de 2009.

Recientemente, al ser un tema de tanto interés, se presentó el proyecto de ley 202 de 2016 ante la cámara de representantes del Congreso, donde se busca la prohibición de la maternidad subrogada al ser una forma de trata de personas y atentar contra los derechos de la mujer.

Avanzando al campo de la experiencia, en nuestro país existen clínicas que llevan perfectamente a cabo esta práctica, aún sin contar con una regulación expresa;

sin embargo, cuentan con la aceptación tácita que el ordenamiento jurídico ha otorgado al tema. (Sentencia T-968, 2009)

Aunque la maternidad subrogada surgió como lo mencionamos anteriormente, con el fin de superar situaciones fisiológicas de infertilidad mediante la utilización de un vientre ajeno para convertirse en padres; en la actualidad es un método utilizado incluso por personas que no padecen enfermedades que afectan la fertilidad, bien sea por motivos estéticos, por el boom de la comunidad gay que quieren ser padres, etc. Por ejemplo, aquí en Colombia con los grandes pasos que se ha dado en lo referente a las parejas gay de conformar familia y con la facilidad con que ingresan extranjeros al País a alquilar un vientre bien sea de manera formal contratando con una clínica, o informal contratando directamente con la madre sustituta; la maternidad subrogada se ha convertido en un aspecto que tiene mucha demanda en el mercado. (Cruz)

Ahora bien, si nos vamos al campo de lo internacional, existen algunos países con más experiencia en el tema, que ya han pasado por grandes debates y han aportado razones de mucho peso bien sea por la aprobación o la prohibición al alquiler de vientres. Estudiaremos las principales razones que han adoptado países como México, India, Argentina, Países de la unión Europea.²

I. Maternidad Subrogada

Antecedentes

La maternidad subrogada es una práctica de reproducción asistida, nacida inicialmente con el fin de que aquellas personas que por razones o enfermedades fisiológicas se les hacía imposible convertirse en padres de manera natural, tuvieran la posibilidad de hacerlo mediante el alquiler del vientre de quien sería la madre sustituta; quien se comprometía a entregar al bebé apenas naciera a quienes serían sus padres biológicos o a quienes la habían contratado. (Sentencia T-968, 2009)

Es una práctica que nace inicialmente en California alrededor de 1975, cuando una pareja publica en la prensa su necesidad de alquilar un vientre ofreciendo una importante suma como contraprestación. Es en Los Estados Unidos de América, donde empieza a tener sus primeros debates, al presentarse en 1986 un caso de incumplimiento referido al tema; conocido popularmente como Baby M, donde una pareja de esposos, los Stern, presentaban problemas fisiológicos que les impedía convertirse en padres, razón por la cual tomaron la decisión de contratar con una señora de nombre Mary Whithead para que les alquilara su vientre; así se realizó un contrato, donde el bebé gestado por fuera del útero de su madre biológica e implantado en el vientre de la madre sustituta, sería entregado a sus padres biológicos al momento de nacer. No obstante, cuando nació la señora Mary no quiso entregar a la pequeña porque se había encariñado con ella. Por esta razón,

² Ámbito internacional que estudiaremos en el presente trabajo.

la pareja matrimonial deciden acudir a los estrados judiciales, pidiendo que se ordenara el cumplimiento del contrato que se había realizado con la señora Mary, y que así se les entregara a la pequeña. La decisión que tomaron los tribunales fue que la custodia de la niña la debía tener los Stern porque tenían mejores condiciones económicas, pero reconoció como madre a la señora Mary, quien tenía el derecho de visitar a la niña cada fin de semana. Con el transcurso del tiempo, y cuando la niña cumplió la mayoría de edad, renunció a tener a la señora Mary por madre y ya la familia Stern pudo adoptarla.

Es en este fallo donde por primera vez en la historia se reconoce como válido el contrato de alquiler de vientre. (Valencia, Alvarez, Salazar, & Ibarguen, 2010)

Con el paso del tiempo son variadas las opciones que han surgido de los métodos FIV para llevar a la práctica la maternidad subrogada, tales como:

- La fecundación con óvulo y espermatozoides de la pareja contratante, es decir, ellos aportan todo el material genético.
- Bien sea que el óvulo o el esperma sea de la pareja contratante y el material restante provenga de donación.
- Tanto el ovulo como el esperma son productos de una donación.
- Incluso se ha permitido que la madre sustituta done su óvulo. (esta opción ha tenido grandes críticas, e incluso ya está prohibida, puesto que la madre sustituta tendería a encariñarse con el bebé que está por nacer; sería hijo genéticamente suyo)

También ha cambiado notablemente su fin inicial, el cual era ayudar a personas con problemas de infertilidad. Hoy en día muchas personas buscan alquilar vientres por cuestiones estéticas o por sus preferencias sexuales que les impiden convertirse en padres de manera natural. (Brunet, y otros, 2012)

Con la expansión que fue teniendo esta práctica, han surgido una gran variedad de conflictos; bien de carácter contractual (sobre todo incumplimientos), como también de carácter extracontractual (mujeres que se ven obligadas por sus maridos o por factores externos a alquilar su vientre), etc.

Un tema que ha tenido grandes intentos por mitigar, es el tema económico que se presenta referente a esta práctica; en muchos países se prohíbe la maternidad subrogada comercial y se permite la maternidad subrogada altruista, es decir, aquella en la cual no hay una contraprestación económica de por medio, en la cual se puede pagar los gastos médicos que necesite la madre sustituta, pero no hay una remuneración de por medio. (Valencia, Alvarez, Salazar, & Ibarguen, 2010)

Definición de maternidad subrogada.

Según el Diccionario de la real Academia Española (RAE) se define **subrogar** como:

%sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa+

Son variadas las definiciones que se le han dado al término *%maternidad subrogada+*, mencionaremos las más destacadas:

Práctica en la que una mujer se queda embarazada con la intención de ceder el niño a otra persona al nacer. (Brunet, y otros, 2012)

Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana cuando le da una definición al tema de la maternidad subrogada utiliza la definición que empleó una doctrinante española en los siguientes términos:

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

Además, de acuerdo al tipo de contrato que se celebra, se ha dado una serie de subclasificación a la maternidad subrogada, las cuales atienden al tipo de acuerdo al que se llegue entre las partes:

- *Subrogación tradicional: Acuerdo de subrogación en el que se utiliza óvulos de la madre subrogada y ella es la madre genética del niño. El embarazo se produce a través de un procedimiento de inseminación con el esperma del padre futuro o espermatozoides donados, o por medio de relaciones sexuales con el padre futuro u otro hombre. La subrogación tradicional también se conoce como subrogación parcial o de baja tecnología.*
- *Subrogación gestacional: Acuerdo de subrogación en el que no se utilizan óvulos de la madre subrogada y otra mujer es la madre genética del niño. El embarazo se produce a través de un procedimiento de FIV, ya sea utilizando los óvulos de la madre futura o donados. La subrogación gestacional también se conoce como subrogación completa, de fecundación in vitro o de alta tecnología.*
- *Subrogación altruista: Acuerdo de subrogación en el que a la madre sustituta no se le paga nada, o sólo se le remuneran aquellos gastos relacionados con el alquiler del vientre. Por lo general el padre o padres futuros pagan dichos gastos.*
- *Subrogación comercial: acuerdo de subrogación en el que la remuneración se le ofrece a la madre sustituta es superior a los gastos asociados a la subrogación. A esto se le puede llamar cuota o compensación por el dolor y el sufrimiento. De nuevo, por lo general el padre o padres futuros cubren dicho pago.*
- *Subrogación transfronteriza: Acuerdo de subrogación que implica a una madre de alquiler y un padre o padres futuros de diferentes países. Un intermediario puede contribuir a la dimensión transfronteriza. Con frecuencia más de dos países pueden estar involucrados. A veces se utiliza el término acuerdo de subrogación internacional.*

Las anteriores definiciones que atienden de alguna manera a una subclasificación de la maternidad subrogada se utiliza con frecuencia; y es importante tener en cuenta que en la actualidad el tema de la subrogación transfronteriza es una de las más destacadas, por el hecho de que aquellas personas que quieren convertirse en padres por medio de la subrogación, pero en su país está prohibida dicha práctica, viajan a otros países para que se lleve a cabo dicho procedimiento. Situación ésta que incorpora nuevos conflictos al tema, por las exigencias tanto de un país para permitir la salida del niño y del otro país para permitir su ingreso. (Brunet, y otros, 2012)

Contrato de alquiler de vientre

Al igual que todos los contratos, el de alquiler de vientre también tiene unos elementos esenciales para su existencia, los cuales son:

- Las partes (la madre sustituta y los futuros padres)
- Consentimiento
- Entrega del recién nacido

Existen diferenciadas posiciones con respecto al precio, pago o remuneración por el alquiler de vientre, el cual dependerá del acuerdo al que se llegue entre las partes.

Pero de manera generalizada, son estos elementos los que configuran el contrato de alquiler de vientre, ya cada legislación le podría añadir algunas particularidades.

Pasemos a dar un breve análisis de cada uno de estos elementos:

- **Las partes:** se hace necesario que las partes sean como mínimo dos personas (cómo lo veremos más adelante hay situaciones en las que no ha sido siempre necesario que sea una pareja quienes contratan). Tenemos por un lado a la madre sustituta que es la mujer que gestará, llevará a cabo el embarazo y dará a luz al bebé; por el otro lado tendríamos a la pareja o a la persona que quiere convertirse en padre o madre, que será quien posiblemente aporte material genético, y quién o quienes dado el caso pagarán por los gastos acordados. Las diferentes legislaciones pueden imponer a la parte una serie de requisitos (como edad, exámenes, haber tenido hijos previamente, etc)
- **El consentimiento:** es un presupuesto imprescindible al acuerdo que llegan las partes en el contrato. Aquí las partes previamente han considerado una serie de condiciones, y llegan a un acuerdo para voluntariamente aceptarlas y cumplirlas. Son muchas las personas que dentro de su posición alegan que el mero interés económico, o las necesidades de la misma índole de la madre sustituta en principio estaría afectando su voluntad, y en virtud de esto, su consentimiento se vería viciado; y es este el principal motivo por el cual en

muchas legislaciones se tiene prohibido esperar una remuneración económica a cambio del alquiler de vientres, o como lo mencionamos anteriormente, sólo permiten la subrogación altruista. Sin embargo, este tipo de subrogación también presenta sus conflictos en el tema del consentimiento, tal como lo evidencia el resultado de una investigación en Suecia, que dentro de sus conclusiones expresa que *“en la maternidad subrogada altruista, incluso después de una cuidadosa evaluación, y con los requisitos establecidos, no es posible asegurar que el consentimiento de la mujer no ha sido el resultado de la presión emocional o motivos económicos encubiertos”* (Institute, 2016)

No obstante, como lo veremos más adelante, existen países en donde la remuneración económica es considerada un factor incluso esencial del contrato de alquiler de vientre.

Es de mucha importancia que los acuerdos y este consentimiento (con la declaración de la voluntad) se realice de manera previa al primer paso para iniciar la gestación, es decir, a la fecundación e implantación del gameto. Así lo ha dado a entender algunos proyectos donde se llega a afirmar que *“en definitiva, para que haya un verdadero supuesto de maternidad subrogada es necesario que el acuerdo o contrato de gestación sea previo al embarazo, que éste se desarrolle precisamente en base a este acuerdo, tenga su causa en él, y por tanto sea posterior al mismo”* (López González, Mondéjar Peña, & Pérez Álvarez, 2015.)

- **Entrega del recién nacido:** es en razón a este elemento que se ha considerado que el bebé recién nacido es el producto que se negoció. El fin u objeto de éste contrato es precisamente la entrega del recién nacido, para que los contratantes finalmente puedan ejercer el derecho a la paternidad que tanto anhelan.

Es en este elemento donde muchos críticos se basan para decir que se está cosificando la vida, que no se puede vender una vida humana. (Amador, 2010)

II. Maternidad subrogada en la Unión Europea

La Unión Europea ha rechazado el tema de la maternidad subrogada y opta por su prohibición, considerando que con su prohibición se está luchando por la no violencia contra la mujer.

En una resolución del 5 de Abril del año 2011 el Parlamento Europeo realizó una seria solicitud a los Estados miembros *“para que reconozcan el serio problema de la subrogación que constituye una explotación del cuerpo femenino y de sus órganos reproductivos”* Y además en esta misma resolución *“enfaticaba que las mujeres y los niños están sujetos a las mismas formas de explotación y ambos pueden ser vistos como “commodities” en el mercado reproductivo internacional, y que estos nuevos acuerdos reproductivos, como la subrogación, aumentan el*

tráfico de mujeres y niños y las adopciones ilegales a través de las fronteras nacionales+(European Parliament, 2014)

El debate ha sido prolongado, ya que la mayoría de sus estados miembros no tienen una legislación que siquiera hable del tema, y en unos pocos existe una permisión de la maternidad subrogada, tal es el caso de países como Bélgica, en donde se puede dar la prestación del servicio en una clínica de fertilidad, sujeta a condiciones (aquí está permitida de manera tácita la subrogación altruista, aunque los contratos no son de obligatorio cumplimiento y se requiere de adopción para transferir la paternidad legal); en Grecia donde está expresamente facilitada la maternidad subrogada altruista y prohibida la comercial, pero sin embargo no tienen instrumentos legales sobre ello; en Irlanda también se practica este procedimiento aunque no existe regulación legal; en Países bajos, donde se adquiere la paternidad por adopción; entre otros. (Brunet, y otros, 2012)

Después de algunos debates, el 17 de diciembre de 2015 el Parlamento Europeo aprobó por resolución el informe anual sobre derechos humanos y democracia en el mundo; precisamente en el capítulo dedicado a las mujeres y niñas, parágrafo 115 establece:

El Parlamento Europeo condena la práctica de la subrogación, que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas como un commodity; considera que la práctica de la subrogación gestacional que involucra la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de otro orden, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, debe ser prohibida y tratada como un asunto de urgencia en los instrumentos internacionales de derechos humanos+(Lafferriere, 2015)

Así, de esta manera, queda claro que el punto de vista en la Unión Europea es prohibir absolutamente la práctica de la maternidad subrogada al prestarse para la explotación de las mujeres más vulnerables en el mundo. Aunque esta sea su posición, como ya lo mencionamos, en algunos de sus Países miembros se lleva a la práctica la subrogación.

III. Maternidad subrogada en la india

La India es uno de los escenarios más populares en la actualidad que realiza la práctica de la maternidad subrogada, calculándose que tiene al menos 200.000 clínicas privadas que ofrecen servicios de esta modalidad. (Amador, 2010)

En razón a la popularidad adquirida por el País Hindú se le ha venido atribuyendo nombres como: *la capital mundial de la gestación subrogada*, *la fábrica de bebés*, *turismo de la procreación*, entre otros. (Wallis, 2013)

En la actualidad, en la India se lleva a cabo el procedimiento de la maternidad subrogada bien sea con óvulos y esperma genéticamente de quienes serán los padres del futuro bebé, o bien sea con el ovulo, el esperma o ambos provenientes

de la donación (dicha donación nunca podrá ser de la madre que alquila su vientre para evitar lazos de cariño con el bebé).

Muchas de las críticas que aún se presentan en esta práctica y en ese país es que las madres que están alquilando su vientre provienen de los sectores más vulnerables del mismo País y lo hacen por cuestiones económicas, pero en respuesta a esta crítica algunos sectores de la misma sociedad y el gobierno *parten de la idea de que la infertilidad es un problema muy grande a nivel mundial y que la capacidad tecnológica y profesional del sector de salud en la India está dispuesta a generar soluciones y tecnologías innovadoras para resolver este problema.* (Amador, 2010)

En el campo legal, el organismo encargado de los temas relacionados a la maternidad subrogada es el Ministerio de Salud de la India, quien emitió inicialmente la *línea guía para la reglamentación de reproducción asistida* en la que se encontraba incluida la maternidad subrogada.

De acuerdo a la descripción del marco legal sobre el asunto que realiza una de las clínicas más importantes en maternidad subrogada de la India (la Clínica Rotundá), *el Ministerio de Salud de la India en esta línea guía para la reglamentación de reproducción asistida ha designado al Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR) para formular directrices para la supervisión de Clínicas de Reproducción Asistida en la India* (Clinique Rotundá, s.f.)

Seguidamente, el ICMR cumplió con su tarea y emitió documentos que se conocen con el nombre de Directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las ART Clínicas en la India (National Guidelines for Accreditation, Supervision & Regulation of ART Clinics in India)- que dispone todo lo relacionado al contrato-; y Directrices éticas para la investigación biomédica en los participantes humanos (Ethical Guidelines for Biomedical Research on Human Participants) . que dispone los lineamientos éticos que deben tenerse en cuenta en esta práctica-. Las anteriores son las directrices que deben ser consideradas por todas las clínicas que llevan a la práctica la maternidad subrogada en el País Indio. (ICMR, 2005)

Por otra parte, el Gobierno de la India también se ha preocupado por regular el tema de los extranjeros que entran a su País a contratar servicios de maternidad subrogada; para ello se emitió en 2013 por parte del Ministerio de interior unas directrices *relativas a los extranjeros que tengan intención de visitar la India para la puesta en alquiler de vientres* *Regarding Surrogacy issues involving Foreigners* (Ministerio del Interior, India, 2012).

En esta directriz se disponen aspectos como:

- El extranjero que ingresa para realizar el procedimiento de la maternidad subrogada debe pedir una visa médica para ingresar al país, la visa de visitante no es la apropiada.
- La pareja debía estar casada y no se reconocía el matrimonio Gay

- Tener carta de la embajada donde se exprese que el País de origen de los extranjeros reconoce la subrogación y se admite el ingreso a dicho País de los niños producto de maternidad subrogada
- Producir acuerdo ante notario entre padres contratantes y madre sustituta
- Para regresar a su País de origen los extranjeros requieren autorización de salida, demostrando su paternidad o la custodia del menor producido por la clínica y, el paz y salvo con la madre sustituta.

Es importante aclarar que desde el año 2008 la maternidad subrogada en la India se consideró completamente legal, después de que la Corte suprema de ese país emitiera sentencia favorable en el popular caso Manji, que trata de un bebé que nació como producto de la maternidad subrogada, cuando India no era tan famosa en este campo y no tenía directrices en el tema; los esposos contratantes se divorciaron tiempo después de que el bebé fuera concebido producto de un óvulo donado. Después de nacer, su madre sustituta no quería hacerse cargo de él e incluso en el registro médico no aparecía el nombre de ella; tampoco se tenía conocimiento del nombre de quién donó el óvulo, y quien sería su madre legal ya no estaba interesada puesto que se había divorciado de su pareja. El padre quería llevar al pequeño a su país natal, pero empezó a surgir una serie de inconvenientes, pues el bebé no tenía una nacionalidad definida y el padre tendría que empezar un proceso para que se le otorgara la custodia y el permiso para sacar al bebé del País. Allí, entra la Corte Suprema de la India a pronunciarse en el caso, diciendo que el procedimiento de la maternidad subrogada en ese país debía considerarse legal y el padre del bebé podría llevárselo a su país, puesto que todo el procedimiento realizado era permitido dentro de su ordenamiento.

Desde ese momento todo tipo de personas y parejas empezaron a viajar al País Indio para convertirse en padres por medio de la maternidad subrogada, pero es en el año 2013 cuando el Ministerio del Interior emite la anterior directriz mencionada, donde se prohíbe esta práctica a homosexuales y parejas sin casarse. (Ministerio del Interior, India, 2012)

Así, con los anteriores documentos mencionados se estructura la regulación principal que le ha dado la India a los procedimientos que están incluidos dentro de la maternidad asistida . entre ellos la maternidad subrogada-, documentos que a su vez cumplen el papel de ser una guía ética en el asunto. (Clinique Rotundá, s.f.)

Como ya lo hemos mencionado anteriormente, la maternidad subrogada es considerada una figura contractual, de igual manera se presenta en la India, estando establecidas sus condiciones en el documento que trata de las directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las ART clínicas en la India del ICMR; dichas condiciones consisten en:

- La existencia inicial de un consentimiento informado, en el cual las partes de manera voluntaria aceptan los términos que se encuentran establecidos dentro del temario contractual. Las partes en el contrato son: La pareja, la

clínica y la madre que alquila su vientre- en el caso de que los óvulos sean de una donante también entraría ésta como parte del contrato-.

De igual manera la madre que alquilará su vientre debe realizarse una serie de exámenes para verificar que no tenga enfermedades infecciosas o que puedan ser nocivas para el bebé que será gestado, pues debe tener unas condiciones de salud que sean favorables para la implantación del gameto y su posterior desarrollo hasta el nacimiento, además no podrá interrumpir el embarazo en ningún momento (salvo por condiciones de salud); la mujer no debe tener más de 45 años de edad y un aspecto muy importante es que su vientre no puede ser alquilado más de tres veces en toda su vida y antes del primer alquiler ya debe haber tenido por lo menos un parto. Con el cumplimiento de las anteriores condiciones por parte de la madre que alquilará su vientre la misma podrá ser parte del contrato.

- El bebé que nacerá (desde que es feto hasta su nacimiento) es considerado por decirlo de alguna manera, el producto que se va a negociar.
- Finalmente, existe el precio, que consiste en la cantidad de dinero que deberán pagar los padres del bebé que nacerá. Dentro de dicho precio se incluye la cantidad de dinero necesaria para realizar todo el procedimiento de la gestación, desde la producción del gameto, su implantación y todos los cuidados y revisiones necesarias para que el embarazo sea exitoso; se incluye el costo de los exámenes que se le realizará a la madre genética, padre genético y a la madre que alquilará su vientre; se incluye el costo de la prueba de ADN que se le realiza al bebé cuando ha nacido para demostrar la paternidad de los padres contratantes y finalmente incluye la cantidad de dinero que se le pagará a la madre sustituta por alquilar su vientre.

En cuanto al precio, se destaca que en la India realizarse el procedimiento de la maternidad subrogada sale muy económico, está muy por debajo de otros países que realizan la práctica, y es esta una de las razones más importantes por la cual gran cantidad de personas de diferentes partes del mundo deciden ir a éste País a realizarse dicho procedimiento. (Rodrigo, 2015)

Durante el desarrollo del procedimiento, la madre gestante y los padres del bebé que nacerá, reciben constante asesoría psicológica, en especial la madre gestante que está alquilando su vientre; lo anterior tiene el fin de que no se presente ningún tipo de apego de la madre sustituta hacia el bebé, siempre deberá tener en claro que ella es un medio para que ese bebé llegue a la vida, pero que no tienen ni tendrán nunca algún tipo de vínculo. (Amador, 2010)

Hoy en día la maternidad subrogada en la India se ha convertido en un negocio muy lucrativo, donde se obtienen alrededor de 2.3 millones de dólares cada año. A pesar de las críticas que puedan suscitar, gran parte de la población de este país considera la maternidad subrogada como un método ventajoso para todos, porque hay una madre sustituta que lleva a término un embarazo a cambio de una remuneración económica de gran ayuda para su familia; una pareja que quieren convertirse en padres pero sus problemas de fertilidad se lo impiden y mediante

este procedimiento pueden cumplir su sueño de ser padres incluso genéticamente del bebé que nacerá producto del contrato; y finalmente un niño que tendrá una familia que le podrá ofrecer buenas condiciones de vida. (Wallis, 2013) (RT en español, 2015)

Mundialmente, se critica entre muchas otras cosas, el hecho de que en la India existen clínicas en donde se recluta a la madre sustituta durante el procedimiento para quedar embarazada y todo el embarazo hasta que dé a luz; pero como respuesta a esta crítica se aduce que lo que se busca es un constante seguimiento a la salud tanto de la madre como del que está por nacer, una buena alimentación y buenos cuidados al embarazo, además de asegurar que la madre sustituta no esté consumiendo drogas que pueda dañar la salud del bebé. Finalmente, cuando la madre sustituta da a luz, no se le permite ver al recién nacido, se le paga su servicio y a los padres contratantes se les entrega un paz y salvo del pago realizado por el alquiler del vientre.

Con la prueba de ADN y los paz y salvo con la madre sustituta y la clínica, los contratantes con el recién nacido pueden volver a su país de origen para realizar todo lo pertinente al registro y nacionalidad. (GA, 2013)

IV. Maternidad subrogada en México

En términos generales en México el uso de técnicas de reproducción asistida como inseminación artificial o procedimientos que ayuden a procrear están permitidas; sin embargo cuando se trata de maternidad subrogada suelen aparecer diferentes opiniones al respecto. Para este tema en particular existe un limbo jurídico que se presta para múltiples interpretaciones, hasta el momento sólo en 4 de los Estados Mexicanos se realiza alusión al tema en su regulación jurídica; Tabasco y Sinaloa donde se encuentra permitida y Coahuila y Querétaro donde se encuentra prohibida.

En algunos sectores se ha presentado la legalización de la práctica de la maternidad subrogada como una forma de explotación a las mujeres en estado de necesidad, justificando que solamente estas están dispuestas a atravesar los cambios que conlleva un embarazo a cambio de dinero, mientras que otras posiciones defienden la capacidad y la libertad que poseen las mujeres para elegir sobre su cuerpo. (Alvarez, 2015)

El estado de Tabasco fue el primero en permitir la Maternidad subrogada, a esta pueden acceder únicamente ciudadanos Mexicanos, cuando la madre contratante no tenga la capacidad para gestar, parejas heterosexuales legalmente casadas o que convivan de manera permanente como si lo fueran, también puede realizarse la gestación subrogada con carácter altruista. (Alvarez, 2015)

La legislación de Tabasco maneja dos conceptos según los cuales establece premisas de manejo diferentes según cada caso en particular; estos están consagrados en la Ley de Tabasco:

El artículo 92 del Código Civil de Tabasco establece la validez del contrato de subrogación. En caso de niños nacidos como resultado de la participación de una madre sustituta gestacional, la paternidad se presume por el padre que contrata cuando él/ella registre el nacimiento del niño, ya que esta acción implica la aceptación de la paternidad +

El artículo 347 del Código Civil de Tabasco protege los derechos de los futuros padres. Dice: Cuando una segunda mujer participa en el proceso reproductivo, la madre contratante se presume como la madre legal, tanto si proporciona el óvulo como si no. Esto sucede cuando la madre sustituta gestacional no es la madre biológica del niño que nace como resultado de una transferencia de embriones. En este caso, la madre contratante debe ser considerada como la madre legal del niño+ (Tribunal Superior de Justicia, 1997)

Según lo anterior, podemos entender que, en el caso de la madre gestante sustituta, ésta no resulta ser la madre biológica del niño y únicamente se limita a llevar el embarazo a término y prestar su vientre para la gestación, mas no aporta material genético, por tal razón se presumirá la maternidad de la madre contratante, tanto si proporciona el óvulo como si no lo hace.

Mientras que en el caso de la madre gestante subrogada, ésta además de prestar su vientre para la gestación del menor aporta material genético; en este caso la madre subrogada será reconocida como madre legal del menor, caso en el cual deberá renunciar a la maternidad del menor en favor de la madre contratante, quien deberá adoptarlo y regirse por las normas de adopción plena.

En lo referente a la paternidad, se presume en ambos casos, ya que el hecho de la contratación implica la aceptación de la paternidad. Inicialmente el procedimiento de la subrogación era permitida incluso para parejas extranjeras, pero en el año 2015 se insertó una modificación, donde se encuentra permitida la subrogación sólo para parejas Mexicanas.

En el estado de Sinaloa, tal y como lo consagra el Artículo 283 de la ley sobre técnicas de reproducción asistida, la maternidad subrogada es entendida como:

ART 283. La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento+ (Congreso del Estado Libre y Soberano de Sinaloa, 2013)

Es necesario para poder acceder a la maternidad subrogada en este estado, que la madre contratante tenga incapacidad para gestar y que ambos padres sean ciudadanos Mexicanos; en este también se admite la maternidad subrogada de madre gestante subrogada y madre sustituta de carácter altruista. En Sinaloa, de manera particular, se encuentra permitida de igual manera la subrogación comercial. Cabe anotar que actualmente se lleva a cabo un proyecto de ley que promueve prohibir la maternidad subrogada. (Alvarez, 2015)

A partir de la regulación creada en estos dos estados se ha incrementado la creación de clínicas y entidades facilitadoras del tema, que median y atienden las necesidades de quienes solicitan servicios de maternidad subrogada, creando espacios más transparentes y seguros, que garantizan las buenas condiciones tanto para los padres contratantes como para las madres sustitutas. Por otro lado, se ha llegado a aducir que con la permisión que se ha dado en estos dos Estados, se creó todo un negocio ya que no se realiza el procedimiento de manera altruista, si no comercial.

Más allá de cualquier punto de vista se ha demostrado que México es uno de los países más visitados en el mundo con la finalidad de llevar a cabo temas de maternidad subrogada, por lo que surge la necesidad de por lo menos enmarcar un plano legal que organice o de guía a aquellas personas que atraviesan dichos procesos, con la finalidad de evitar la explotación de mujeres y la trata de personas. (Flores, 2016)

Se ha llegado a establecer que personas de múltiples Países acuden a México a realizarse este tipo de procedimientos, porque al igual que en la India sale muy económico, pero la diferencia radica en que es más fácil (incluso en términos económicos) viajar a México que a la India. (Suarez, 2015)

Con todo el auge que ha venido teniendo el tema de la maternidad subrogada en México, se presentó inicialmente una propuesta con miras a regular y permitir la maternidad subrogada, en esta se plantean temas como, derechos de los padres contratantes, derechos de la madre gestante, procedimiento de registro del menor y proceso de selección de la madre gestante, entre otros. A la legalización de la maternidad subrogada surge una fuerte oposición, que han realizado estudios e investigaciones referente a la problemática del tema; de hecho, el 27 de marzo de este año (2016) la Cámara de Diputados de éste País presentó un estudio donde se demuestra que *México se ha convertido en un centro internacional de maternidad subrogada, sin la debida protección para las mujeres mexicanas. Cada 800 familias españolas que pretenden la maternidad subrogada, la mayoría acude a México, particularmente a Tabasco, y entregan a la mujer que accede a alquilar su vientre un pago inicial de 35.000 pesos y depósitos mensuales por cada revisión médica.* (Flores, 2016)

Con toda la fuerte oposición que ha tenido el tema, senadores y diputados pidieron prohibir totalmente esta práctica en México, al considerar que es una de las formas de trata de personas y de explotación de mujeres, sin embargo en el senado se encuentra aprobado un dictamen que establece *que se permitiría la maternidad subrogada siempre y cuando se justifique que quien lo solicita no puede tener hijos y que será sin fines de lucro.* (Juárez, 2016)

No obstante, actualmente se encuentra vigente unas modificaciones a la ley general de salud, donde es claro que se va a tocar el tema de la maternidad subrogada a fondo, pues la presidenta de la Comisión de Familia y Desarrollo Humano afirmó que *no podemos dejar lagunas en este tema, porque sería una falta de responsabilidad legislativa, pues hablamos de seres humanos, de niños y*

sus familias que se ven vulnerables por estas inconsistencias legislativas+(Lecona, 2016)

Existen opiniones de doctriantes de peso que también están fuertemente en contra de esta práctica, como por ejemplo López Faugier que ha indicado que *ese método de reproducción asistida viola derechos humanos y es una nueva forma de violencia sexual. Además, indica que las modalidades que se admiten en Tabasco y Sinaloa son indebidas y se puede invocar la inconstitucionalidad de los reglamentos que la regulan.* (Juárez, 2016)

Pero para gran sorpresa de muchos, el 27 de abril de 2016, *el senado de este País avaló por unanimidad la regulación de la maternidad subrogada, práctica que se permitirá sólo sin fines de lucro y de lo contrario se castigará hasta con 17 años de prisión y altas multas. Sólo se permitirá la compensación de gastos médicos derivados del parto, posparto y puerperio y bajo un acuerdo previo queda prohibida la transferencia de embriones a una mujer que ya se haya sometido a dos embarazos mediante esta técnica, cuando se realiza para entregar el bebe a una persona que no sea de nacionalidad mexicana y la subrogación con fines lucrativos.* (Rosas, 2016)

De esta manera, este país le va haciendo frente a un tema tan controversial, admitiendo la maternidad subrogada altruista y castigando fuertemente a quienes se salgan de los lineamientos establecidos.

V. Maternidad subrogada en Argentina

En Argentina la gestación por sustitución o maternidad subrogada, no cuenta con una legislación expresa sobre el tema, sin embargo, es entendida como una práctica legal y legítima, la cual cuenta con numerosos fundamentos legales, doctrinales y jurisprudenciales que la respaldan. (Rojas J. , 2015)

Actualmente existen dos casos hitos por medio de los cuales se ha logrado crear algo de jurisprudencia y según estos poder obtener una guía para el manejo del tema. El primer fallo se realizó en junio de 2013 y el segundo en julio de 2015.

En ambos fallos se concedió la patria potestad a los padres biológicos, en el entendido de que estos son quienes tienen la iniciativa y la voluntad principal de procrear, a diferencia de la madre gestante quien simplemente se compromete a llevar a término un embarazo con la condición de entregar el niño una vez este nazca. (TELAM [electronico], 2015)

Considerando lo anterior, los fallos se realizan dando prioridad al bienestar del menor y dejando un poco de lado el concepto que indica que, *se entenderá por madre aquella que dé a luz*+tal y como se señala en su Art 242 del Código Civil.

ARTICULO 242: La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la

maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido+ (Congreso de Buenos Aires, 1871)

Entre otros múltiples fundamentos jurídicos también están,

- Los principios de Igualdad, Reserva y Legalidad de la Constitución Argentina, aplicables a todos los habitantes y a extranjeros.
- Los tratados de Derechos Humanos, como el Pacto de San José de Costa Rica, y la Declaración Universal de DDHH.
- La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Técnicas de Reproducción Asistidas.
- La voluntad procreacional como fuente de filiación en las TRHA, incorporada desde el 01/08/2015 por el nuevo Código Civil Argentino.
- La Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
- Leyes nacionales, como la 26.862 de acceso integral a las TRHA; la ley 23.592 contra actos discriminatorios; la legislación sobre matrimonio igualitario y unión convivencial igualitaria (reguladas por ley anteriormente, e incorporadas al nuevo Código Civil Argentino actualmente).
- La Jurisprudencia existente sobre maternidad subrogada en Argentina, en donde los jueces siempre han reconocido la legalidad y legitimidad de la misma, y han reconocido sus efectos jurídicos. (Rojas J. P.)

Según lo mencionado podemos concluir que para la jurisdicción argentina resulta indispensable la regulación del tema, ya que actualmente para poder hacerlo es necesario acudir a múltiples normatividades, las cuales pueden variar según las diferentes interpretaciones, creando de esta manera un limbo jurídico que puede prestarse para la manipulación de la norma y la implementación de maniobras ilegales por medio de las cuales pueden realizarse delitos violatorios de derechos humanos.

Además de esto consideran fundamental poder brindar seguridad jurídica a sus ciudadanos de forma tal que estos puedan acceder a tales procedimientos dentro de su país y no tengan que recurrir a países extranjeros para realizarlos; por tal motivo actualmente se encuentra en proceso un proyecto de ley, el cual fue presentado el 28 de mayo del 2015, que busca establecer un proceso judicial adecuado en casos de gestación por sustitución y tiene como metas principales:

- Garantizar el respeto al interés superior del niño por nacer, su derecho a la identidad, a la información sobre su origen, a la inscripción inmediata luego del nacimiento lo cual materializa su derecho al nombre y a la nacionalidad, su derecho a ser cuidado por sus padres.
- Garantizar el respeto a los derechos de la mujer gestante, tales como el derecho al propio cuerpo, sus derechos reproductivos y su libertad reproductiva, y que garantice la absoluta libertad en su decisión de someterse al tratamiento médico.

- Garantizar el respeto a los derechos de el/los comitente/s, tales como sus derechos reproductivos, el derecho a procrear, el derecho a acceder a los avances de la ciencia en materia de salud reproductiva, brindándole seguridad jurídica a los comitentes, sobre la futura filiación del bebé que podría nacer mediante este tratamiento médico. (User, 2015)

VI. Maternidad subrogada en Colombia

En nuestra legislación aún no contamos con normas que regulen el tema, sólo existe la sentencia T-968/09, en la cual se realizó una *permisión* de esta técnica de reproducción asistida, sin embargo no se hace un análisis que se pueda considerar completo respecto al tema.

Según lo dispuesto por la sentencia T968 de 2009, se reconoce que la maternidad subrogada es un contrato y por lo tanto está reconocida como una práctica legal. Según nuestro ordenamiento jurídico no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de acuerdos; además la doctrina ha considerado que según lo dispuesto en el Art 42. 6 de la Constitución Nacional se puede practicar la subrogación en nuestro País, ya que este prevé que *los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes*. Así, nos llevan a pensar que las técnicas de reproducción asistida están legitimadas jurídicamente.

En esta sentencia la Corte Constitucional hace referencia a la maternidad subrogada o alquiler de vientre o útero en los siguientes términos: *el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. En este caso la madre sustituta no aporta sus óvulos*. Finalmente, concluye que al terminar el embarazo la madre sustituta entregará al bebé a quienes asumieron los gastos médicos y la remuneración.

Se establece también la necesidad de hacer una regulación exhaustiva y una serie de condiciones que deben tenerse presentes al momento de la realización del contrato, tales como:

1. Que la mujer contratante tenga problemas fisiológicos para concebir.
2. Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita el vientre).
3. Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.

4. Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.
5. Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante, y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.
6. Que se preserve la identidad de las partes.
7. 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.
8. Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
9. Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
10. Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica. (Sentencia T-968, 2009)

Todo esto con el fin de garantizar que los padres biológicos del menor sean los donantes de los gametos, o que por lo menos la madre sustituta no tenga relación genético con el que está por nacer y de esta forma poder otorgarles a los contratantes los derechos conexos a una relación filial.

Ya en el año 2009 la Corte Constitucional era consciente del auge que venía teniendo este tema en nuestro país, tanto que hace referencia a los innumerables anuncios que encontramos en internet de mujeres que están ofreciendo alquilar su vientre a cambio de una remuneración económica. (Sentencia T-968, 2009)

Entonces, según lo anteriormente descrito, se podría dar a entender en términos generales que en Colombia es una práctica que está aceptada desde el punto de vista jurídico, aunque no se encuentre regulada. Y para ir más allá podríamos decir de igual manera que la maternidad de la que habla la sentencia es con fines económicos, porque se menciona los términos económicos que se tienen en cuenta a la hora de entregar al recién nacido.

La sentencia que venimos tratando, también hace alusión a un asunto muy importante cuando se habla de subrogación, el cuál es:

Interés superior del Menor: De acuerdo al artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, los derechos del niño prevalecen sobre los derechos de los demás; el instrumento Colombiano de carácter especial dirigido a velar por el interés superior del menor es el Código de Infancia y Adolescencia. Esta ley se encarga de definir el interés superior del menor como *el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes* (Congreso de Colombia, 2006)

Por su parte la Declaración de los Derechos del Niño establece en su segundo principio que *el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma*

saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño+(Organización de la Naciones Unidas, 1959)

Otro instrumento importante en el que se hace referencia al tema es la Convención sobre los derechos del niño, que establece:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.

ARTICULO 3

3.1 En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

3.2 Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (UNICEF, 1989)

De otro lado, la Corte Constitucional de Colombia ha hecho énfasis en su jurisprudencia que el interés superior del menor debe atender a cada caso particular, y para esto ha fijado unas reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que se pueden aplicar de acuerdo a las circunstancias particulares, las cuáles son:

- *Garantía del desarrollo integral del menor: atiende al desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños en los aspectos psicológicos, afectivo intelectual y ético y la plena evolución de su personalidad.*
- *Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor: los derechos del menor deben interpretarse de acuerdo a los tratados internacionales en que Colombia es parte.*
- *Protección del menor frente a riesgos prohibidos: proteger a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades; y de todas aquellas condiciones que amenacen su desarrollo armónico.*
- *Equilibrio entre los derechos del niño y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor: en caso de un conflicto, se entenderá siempre que prevalece el derecho del menor.*
- *Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor: disponer de una familia donde los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición.*
- *Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno filiales: los motivos deben hacer temer por el bienestar y desarrollo armónico e integral del menor. (Sentencia T-968, 2009)*

No obstante, aunque la Corte en la sentencia que venimos trabajando hace referencia al interés superior del menor, no precisa si el mismo se ve vulnerado por la práctica de alquiler de vientre; sólo se centra en lo que ocurre en el caso específico que se tuteló.

Proyecto de ley 202 de 2016

Precisamente en este año (2016) se presentó un proyecto de ley ante la Cámara de Representantes del Congreso (proyecto de ley 202), por medio de la cual se pretende se prohíba la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos.

Se busca proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer; y el derecho a la vida y a conformar una familia del que está por nacer. Este proyecto de ley busca incluso que todo acto jurídico en donde la mujer tenga la obligación de renunciar a la filiación materna se entienda nulo de pleno derecho.

Los proponentes de este proyecto de ley establecen dentro de sus motivos que *la maternidad subrogada con fines lucrativos es una explotación al cuerpo de la mujer y de los menores*, pues la misma constituye una objetivación del cuerpo de las mujeres convirtiéndolas en máquinas para hacer bebés que se arriendan y se explotan con el fin de satisfacer a terceros y de otra parte convierte a los niños en mercancía que se encarga, se compra, se vende y se devuelven o se cambian si no satisfacen al cliente. Para ilustrar esta posición, se trae a colación un caso ocurrido en Tailandia, donde una pareja de hombres homosexuales, encargaron un par de bebés mediante el alquiler de vientre, uno de los recién nacidos nació con síndrome de Down, por esta razón los hombres se llevaron al bebé sano y la madre sustituta tuvo que quedarse con el bebé enfermo, a pesar de sus condiciones económicas. (Cámara de Representantes del Congreso de Colombia, 2016)

Otra problemática que evidencian en el proyecto de ley con miras a que se prohíba la subrogación, es que es una práctica que se realiza con más frecuencia en los países menos desarrollados, donde se encuentran las mujeres con menos recursos económicos. Este es un motivo que ha tenido fuerte peso en los diferentes debates que se presentan en los países cuando se habla de maternidad subrogada, puesto que en muchas ocasiones se ha evidenciado que las parejas que buscan convertirse en padres mediante el alquiler de vientres viajan a aquellos lugares en donde viven mujeres muy pobres, ya que les sale más barato todo el procedimiento (incluido el tratamiento para gestar al bebé) y estas mujeres de tan escasos recursos, obligadas por la necesidad alquilan su vientre a precios mucho más bajos que en aquellos países más desarrollados, donde el procedimiento es mucho más costoso.

Aquí, como lo mencionamos anteriormente, es donde se llega a argumentar que no existe una plena voluntad por parte de la mujer que está alquilando su vientre, pues las condiciones externas como su condición económica entrarían a viciar su real voluntad. (Cámara de Representantes del Congreso de Colombia, 2016)

Por otro lado, en este proyecto de ley se entra a establecer los derechos vulnerados del que está por nacer, estableciendo las siguientes vulneraciones: la dignidad humana, al comercializar la vida y permitir el aborto por enfermedades cromosómicas, por la cantidad de embriones o por el sexo del mismo; a la salud física y emocional; a la lactancia materna; a la familia cuando es abandonado por diferentes circunstancias.

En cuanto a la madre sustituta, sus derechos vulnerados serían: la dignidad al ser tratada como objeto de consumo; a la igualdad al ser contratada por sus condiciones económicas, sociales, etc.; a la salud en general por los daños físicos, orgánicos y psicológicos a los que se ve expuesta durante y después del embarazo y finalmente a la desprotección a la que se ve sometida ella y el bebe que está por nacer cuando los padres contratantes desaparecen. (Cámara de Representantes del Congreso de Colombia, 2016)

Todas las anteriores vulneraciones que se mencionan tanto al que está por nacer como a la madre sustituta, son temas cruciales que deben tratar los Estados cuando se encuentran en el debate de si se debe permitir o no la maternidad subrogada en sus territorios, porque de lo contrario surgirían grandes controversias y problemas con respecto a este tema.

De igual manera se hace referencia al tema de la filiación, que en nuestro ordenamiento jurídico es la figura mediante la cual se establecen las relaciones familiares (patria potestad, orden sucesoral, derecho de alimentos, nacionalidad y autoridad de los padres)

Para las madres la filiación se da por el hecho del nacimiento, así se establece en el Código Civil, artículo 335:

La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. (Consejo Nacional Legislativo, 1887)

Con respecto al padre, se establece que la filiación se determina por:

Se presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento. (Consejo Nacional Legislativo, 1887)

Grandes debates se presentan cuando se trata de establecer cómo se manejaría el tema de filiación en maternidad subrogada; en algunos países lo hacen con prueba de ADN de los que serían los padres del recién nacido; en otros mediante un proceso de adopción; en otros se establece que quien tiene ese derecho de filiación con respecto al menor son los padres contratantes, porque son ellos precisamente los que tenían el deseo de procrear. (Amador, 2010) (Brunet, y otros, 2012)

En Colombia particularmente, se tendría que entrar a implementar una manera adicional de filiación maternal; o en caso de que se adelantara por medio de impugnación de maternidad, añadir una causal nueva mediante la cual se pueda

impugnar la misma. En cuanto a la paternidad, no se daría gran problema, simplemente se impugna la misma, si es que siguiere aplicando la presunción.

Por último, dentro de este proyecto de ley se hace referencia a una mesa de trabajo donde intervienen varios actores de la sociedad, quienes llegan a un consenso general *sobre la necesidad de prohibir la mediación económica en la práctica de la maternidad subrogada, pero se debatió sobre cuál debería ser la regulación para los casos de infertilidad o esterilidad en el país. Asimismo, si prohibir esta práctica vulneraría la libertad de la mujer de decidir sobre su cuerpo.*

o Luego de considerar y estudiar los diferentes argumentos, se ha concluido que la mejor manera de impedir el tráfico de menores y la explotación a las mujeres de nuestro país, es adoptar una política de PROHIBICIÓN ABSOLUTA frente a esta práctica+ (Cámara de Representantes del Congreso de Colombia, 2016)

Todo lo anteriormente expuesto sobre el proyecto de ley es un corto resumen de sus principales razones, y aunque nuestra posición es neutral en el tema, consideramos que el proyecto de ley se queda corto en algunos aspectos; iniciemos por mencionar lo pertinente a la trata de personas en nuestra legislación, específicamente consagrada en el artículo 188A del Código Penal:

El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación. (Colombia, 2000)

Aunque en el proyecto de ley se hace una clara referencia de que se debe de prohibir la maternidad subrogada al ser una forma de trata de personas, esto por la explotación del cuerpo de la madre sustituta de manera lucrativa, surgen los siguientes interrogantes ¿se está buscando prohibir la maternidad subrogada en general o sólo aquella con fines económicos? ¿Qué pasa con la maternidad subrogada altruista? ¿También se consideraría trata de personas la maternidad subrogada altruista?

En caso de que este proyecto de ley avance y se prohíba la maternidad subrogada en Colombia, se quedaría corta al argumentar la prohibición de esta práctica cuando se realiza de manera altruista, porque al no existir una explotación o provecho económico no podríamos estar en frente de la figura de trata de personas. Es claro que se está buscando prohibir esa mediación económica, pero no queda claro qué pasaría con la otra modalidad de maternidad subrogada. Si no se hace referencia al tema de la maternidad subrogada altruista estaríamos de frente a una problemática, pues se podría considerar entonces permitida al no existir un instrumento que la prohíba.

Por otra parte, el año pasado la Corte Constitucional publicó la sentencia SU 696 de 2015 en donde afirmó que *omitir el registro de los hijos biológicos de dos padres del mismo sexo que conforman una pareja con base en una interpretación tradicional y heterosexual de la familia desconoce la existencia de otras uniones que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se encuentran plenamente protegidas por la Constitución.* (Ambito Juridico, 2015)

El caso al que hace referencia la sentencia es a una pareja homosexual de hombres que realizaron un procedimiento de maternidad subrogada en California mediante la fecundación de óvulos con su esperma y en un vientre de alquiler. Resulta que al momento de ingresar a Colombia e ir a registrar a los gemelos como sus hijos, a esta pareja se les niega el registro por el simple hecho de que en el registro civil aparece las casillas del nombre del padre y nombre de la madre, pero no había opción para dos padres o dos madres.

Con el fallo emitido por la Corte se aduce la protección de los derechos fundamentales de la vida digna, la personalidad jurídica, la nacionalidad y el interés superior de los gemelos. Además de ordenar el registro de los menores, se exhorta a la Registraduría Nacional se implemente un nuevo formato de registro civil de nacimiento, donde se pueda registrar dos padres o dos madres, para lo cual contará con un plazo de 30 días. (Ambito Juridico, 2015)

Algo muy interesante dentro de la sentencia, es que el magistrado Jorge Pretelt hace salvamento de voto, aduciendo como uno de los motivos que sería legitimar un procedimiento que es ilegal en Colombia, como lo es el alquiler de vientres.

Al parecer el vacío jurídico existente confunde de igual manera a altos magistrados, porque el alquiler de vientres en Colombia no se encuentra prohibido hasta la fecha; sin embargo, es una posición que a futuro puede llegar a ser más comprensible, en el entendido de que se llegara a prohibir toda clase de maternidad subrogada en nuestro país; pues con esta decisión se les estaría diciendo a los colombianos que desean alquilar vientres que se vayan a otro país en donde la maternidad subrogada está permitida, y venga a Colombia donde se les puede registrar. En otras palabras, puede alquilarse el vientre, pero en otro país, por fuera de Colombia y luego traiga a los niños producto del procedimiento de la maternidad subrogada que podrán registrarse como hijos suyos. En cierta medida sería una práctica prohibida en Colombia, pero existen eventos para continuar con dicha actividad respetando la prohibición.

A manera de obtener más información en el campo de la maternidad subrogada se le envió a la Procuraduría General de la Nación una consulta de manera online, a la cual, según información del sistema se le ha venido dando trámite, pero a la fecha no contamos con la respuesta de esta consulta. La consulta se elevó en los siguientes términos:

La maternidad subrogada es un tema que actualmente tiene gran controversia en nuestro País al ser un procedimiento que se lleva a la práctica sin tener una regulación legal.

Referente al tema sólo existe la sentencia T-968709, la cual expone que aunque la maternidad subrogada en Colombia no está regulada, tampoco está prohibida expresamente.

Por lo anteriormente expuesto, elevamos consulta ante ustedes Procuraduría General de la Nación con el objeto de que se nos exponga de manera clara si el procedimiento de la maternidad subrogada en nuestra legislación se considera permitida y es completamente legal y bajo qué instrumentos nos podemos guiar los Colombianos al momento que decidamos someternos a este procedimiento para que nuestros derechos fundamentales no sean vulnerados - tanto los padres contratantes, como la madre que alquila su vientre y el bebé objeto del contrato-.

En caso de que ustedes Procuraduría General de la Nación consideren que la práctica de la maternidad subrogada no está permitida en Colombia, solicitamos se nos exponga de manera clara las razones por las cuales lo consideran así.

Fundamentamos la anterior petición en el artículo 23 de la C.N y en la ley 1755/2015.

Se realizó de una manera sencilla y corta, porque es como lo permite el sistema, pero reiteramos, estamos a la espera de esta respuesta.

Conclusiones

Luego de haber investigado los referentes más importantes en derecho nacional e internacional, se puede concluir que la maternidad subrogada es un procedimiento mediante el cual nacen miles de niños a nivel mundial, pero sin embargo no tiene un enfoque jurídico que se le pueda dar con total certeza.

Son muy pocos los países que la han regulado, bien sea para permitir o prohibir esta práctica, y por este motivo es que se ha presentado un crecimiento de la subrogación, principalmente en aquellos países menos desarrollados, donde la pobreza puede ser un factor determinante para que una mujer acepte llevar a término un embarazo, todo con el fin de recibir una contraprestación económica.

La subrogación comercial no sólo tiene un enfoque negativo, pues existen países como India en donde se permite, aunque sea de manera tácita; el principal argumento para ello es que todas las partes dentro del contrato salen ganadores, una pareja que se convierte en padres, un recién nacido que tiene una familia que le puede ofrecer buenas condiciones de vida y una madre sustituta que obtiene recursos económicos para ayudarse a sí misma y su familia.

Lo cierto de todo es que son mayores las posiciones que están en contra de la subrogación comercial, con la argumentación de que se cosifica la vida del bebé al ser vendido y se trata el cuerpo de la mujer como una fábrica para hacerlos y venderlos.

De otro lado con la subrogación altruista, tenemos una opción más aceptada, porque no media un fin lucrativo, entonces no se estaría cosificando la vida; sin embargo, también hay opositores que argumentan que pueden existir presiones emocionales a la madre sustituta o fines lucrativos ocultos.

Lo cierto de todas estas posiciones es que a nivel mundial se viene presentando una serie de conflictos por la falta de regulación en este tema, tal es el caso de nuestro país, en donde estamos básicamente en un limbo jurídico, contando sólo con una acción de tutela que hace referencia al tema y a la espera de que se le dé trámite a un proyecto de ley que recién se presentó ante la Cámara de Representantes del Congreso.

En Colombia ya nos dimos cuenta que es una problemática que se puede elevar incluso a la vulneración de derechos protegidos constitucionalmente, y se propone mediante este proyecto de ley que se prohíba su práctica por tratarse de una modalidad de trata de personas y explotación al cuerpo de la mujer, pero es confusa al no explicar si solo se debe prohibir la subrogación comercial o todo tipo de subrogación. Un posible problema a esta prohibición en caso de que sea total es que, si se permite el registro de niños nacidos bajo la subrogación, lo que en otras palabras significa que los colombianos podemos acudir a esta práctica en otro país y traer al recién nacido a registrarlo Colombia.

Finalmente, los colombianos requieren de unos lineamientos jurídicos claros respecto al tema, todo con el fin de que la subrogación no se vaya a prestar para vulnerar derechos a las diferentes personas que intervienen en el proceso de subrogación; también es importante un pronunciamiento en lo referente a la subrogación transfronteriza, ya que como se evidencia en la revisión del tema, es muy frecuente el traslado de personas de un país a otro con el fin de alquilar un vientre y sobre todo a países en vía de desarrollo como el nuestro. No se puede esperar a que esta problemática llegue fuertemente a Colombia, se requiere tener un referente bien sea de permisión o prohibición, que sea claro para todos.

Bibliografía

Alvarez, N. (15 de Diciembre de 2015). *Babygest*. Obtenido de <http://www.babygest.es/mexico/>

Amador, M. (2 de Noviembre de 2010). Biopolítica y biotecnología: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. Nehru, India. Obtenido de https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/466/1370

Ambito Juridico. (23 de Diciembre de 2015). *Ambito Juridico.com*. Obtenido de <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Civil-y-Familia/publican-fallo-que-ordena-registro-de-hijos-biologicos-de-familias-diversas.cshtml>

Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., Kin, D., Marzo, C., & Mccandless, J. (Mayo de 2012). *European Parliament*. Obtenido de [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf)

- Cámara de Representantes del Congreso de Colombia. (09 de Marzo de 2016). Proyecto de Ley 202 de 2016 Cámara. Bogotá, Colombia.
- Clinique Rotundá. (s.f.). *Surrogacy is legal in India*. Obtenido de <http://www.iwannagetpregnant.com/legislation/>
- Colombia, S. d. (24 de Julio de 2000). Código Penal, Ley 599 de 2000; art. 188A. Bogotá, Colombia.
- Congreso de Buenos Aires. (1 de Enero de 1871). Código Civil de la República Argentina.
- Congreso de Colombia. (8 de Noviembre de 2006). Código de Infancia y Adolescencia. Bogotá, Colombia. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106>
- Congreso del Estado Libre y Soberano de Sinaloa. (16 de Agosto de 2013). Código Familiar del Estado de Sinaloa. (Decreto 742). Sinaloa, México.
- Consejo Nacional Legislativo. (15 de Abril de 1887). Código Civil Colombiano, (Ley 57 de 1887). Art. 92. Bogotá, Colombia.
- Consejo Nacional Legislativo. (15 de Abril de 1887). Código Civil Colombiano. (Ley 57 de 1887). Art. 335. Bogotá, Colombia.
- Cruz, S. (s.f.). Madres de hijos ajenos. *El País [versión electrónica]*. Obtenido de <http://historico.elpais.com.co/paionline/notas/Marzo282010/nal1.html>
- European Parliament. (25 de Febrero de 2014). Resolution of priorities and outline of a new EU policy framework to fight violence against women 2010/2209 INI. Estambul. Obtenido de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0126+0+DOC+XML+V0//ES>
- Flores, J. C. (30 de Marzo de 2016). México convertido en centro internacional de maternidad subrogada. [Versión electrónica]. *Diario de Puebla (periódico independiente digital)*. Obtenido de http://www.diariodepuebla.org/index.php?option=com_content&view=article&id=20450%3Amexico-convertido-en-centro-internacional-de-maternidad-subrogada&catid=9%3Acolumnas&Itemid=5
- GA, A. (2 de Diciembre de 2013). *UnitedExplanations*. Obtenido de <http://www.unitedexplanations.org/2013/12/02/vientres-de-alquiler-en-la-india/>
- Gómez Sánchez, Y. (1994). El derecho a la reproducción humana. . Madrid: Marcial Pons.
- ICMR. (2005). National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India. New Delhi, India. Obtenido de http://icmr.nic.in/art/Prilim_Pages.pdf
- Institute, E. (12 de Abril de 2016). *early institute: turning knowledge into better decisions*. Obtenido de <http://earlyinstitute.org/enfoque-early/3409/>
- Juárez, B. (13 de Abril de 2016). Expertos advierten sobre riesgos de la maternidad subrogada. *La Jornada en Línea*. Obtenido de

- <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2016/04/13/investigadores-piden-prohibir-en-mexico-la-maternidad-subrogada>
- Lafferriere, J. N. (17 de Diciembre de 2015). *Centro de Bioética, Persona y Familia*. Obtenido de <http://centrodebioetica.org/2015/12/parlamento-europeo-condena-la-practica-de-la-maternidad-subrogada/>
- Lecona, L. H. (15 de Marzo de 2016). Derechos Humanos y Bioética [video]. Ciudad de México, México. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=y958Hmdbgfl>
- López González, J. L., Mondéjar Peña, M. I., & Pérez Álvarez, M. P. (2015.). *Nuevos materiales para el estudio transversal y en abierto de los nuevos desafíos jurídicos del derecho de familia*. Madrid, España.: UAM. Departamento de Derecho Privado, Social y Económico; Facultad de Derecho.
- Ministerio del Interior, India. (17 de Diciembre de 2012). Regarding Surrogacy issues involving Foreigners. Mumbai, India. Obtenido de <http://www.iwannagetpregnant.com/wp-content/uploads/Surrogacy-Issues-Involving-Foreigners.pdf>
- Organización de la Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1959). *Naciones Unidas*. Obtenido de [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386\(XIV\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386(XIV))
- Rodrigo, A. (29 de Octubre de 2015). *Babygest*. Obtenido de <http://www.babygest.es/india/>
- Rojas, J. (2015). *Maternidad Subrogada*. Obtenido de <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php>
- Rojas, J. P. (s.f.). *Maternidad Subrogada*. Obtenido de <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/legislacion/constitucion-argentina-art-19>
- Rosas, T. (26 de Abril de 2016). Regulan la maternidad subrogada. *EL ECONOMISTA*. Obtenido de <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2016/04/26/regulan-maternidad-subrogada>
- RT en español. (19 de Febrero de 2015). *Youtube*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=matC1ISVnno>
- Sentencia T-968, T-2220700 (Corte Constitucional 18 de Diciembre de 2009).
- Suarez, A. (13 de Noviembre de 2015). Maternidad subrogada ¿altruismo o negocio? *24 Horas [versión electronica]*. Obtenido de <http://www.24-horas.mx/maternidad-subrogada-altruismo-o-negocio/>
- TELAM [electronico]. (19 de Julio de 2015). La Justicia argentina autorizó dos casos de inscripciones a favor de padres biológicos-procreacionales. Obtenido de <http://www.telam.com.ar/notas/201507/113309-inscripcion-padres-biologicos-procreacional-maternidad-subrogancia.html>
- Tribunal Superior de Justicia. (9 de Abril de 1997). Código Civil para el Estado de Tabasco. Tabasco, México.

UNICEF. (20 de Noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Madrid, España.

User, S. (17 de Septiembre de 2015). *Maternidad Subrogada*. Obtenido de <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/legislacion/proyecto-de-ley-mendoza-maternidad-subrogada>

Valencia, R., Alvarez, C., Salazar, D., & Ibarguen, L. (11 de Junio de 2010). ¿CUÁL ES EL PAPEL DEL DERECHO FRENTE A LAS TECNICAS DE LA MATERNIDAD SUBRROGADA? Antioquia, Colombia. Obtenido de <http://maternidadsubrogadainvestigacionuco.blogspot.com.co/>

Wallis, L. (7 de Octubre de 2013). La multimillonaria y polémica fábrica de bebés en India. *BBC MUNDO*. Obtenido de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/130726_sociedad_india_fabrica_bebes_jp