

REFLEXIONES SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA

REFLECTIONS ON SURROGATE MOTHERHOOD

María Juliana Moreno Hinestrosa¹

Resumen

La innovación e implementación en las técnicas de reproducción humana asistida ha generado una evolución en el concepto de familia, lo que ha llevado a que se genere un desarrollo jurídico amplio que permita ir acorde con el dinamismo que el cambio social plantea. La maternidad subrogada aparece como una técnica de reproducción a través de la cual una mujer lleva el proceso gestacional a término de un cigoto formado por células sexuales de las cuales no es propietaria, con la obligación de hacer entrega del nacido y todos los derechos referentes a este, a la pareja propietaria de los gametos sexuales. Esta práctica da desarrollo a la suscripción de contratos que pueden tener un fin económico o altruista, cuya permisión dependerá del país en el que se realice. Partiendo de esta situación se estudian las normas existentes en el contexto colombiano e internacional con el fin de analizar la protección a los derechos de quienes intervienen en este procedimiento y el enfoque regulatorio que deba aplicarse.

Palabras clave: Interés superior del menor, filiación, derecho a formar una familia, técnicas de reproducción humana asistida.

Abstract

Innovation and implementation in assisted human reproduction techniques have generated an evolution in the concept of family, leading to broad legal developments that allow for keeping up with the dynamism that social change presents. Surrogacy appears as a reproduction technique through which a woman carries to term a zygote formed from sexual cells she does not own, with the obligation to deliver the newborn and all rights related to it to the couple who own the sexual gametes. This practice gives rise to the signing of contracts that may have an economic or altruistic purpose, whose permission will depend on the country in which it is conducted. Based on this situation, existing regulations in the Colombian and international contexts are studied to analyze the protection of the rights of those involved in this procedure and the regulatory approach that should be applied.

¹ María Juliana Moreno Hinestrosa, administradora de negocios de la Universidad EAFIT, estudiante de Derecho de la Universidad CES de Medellín actualmente cursando decimo semestre.

Key words: best interests of the child, filiation, right to form a family, assisted human reproduction techniques.

Introducción

La maternidad subrogada en Colombia es un tema que tiene un gran vacío jurídico, no por el desconocimiento de su práctica, la cual se ha catalogado como novedosa, sino por la falta de consciencia en cuanto a la obligatoriedad de su regulación por parte del legislador, situación que inevitablemente ha generado que la responsabilidad de establecer una reglamentación clara se traslade a quienes prestan el servicio de salud o, en la cotidianidad de los casos, al pronunciamiento de Altas Cortes o Tribunales. El alcance de la técnica de reproducción asistida da lugar a ciertas vulneraciones de derechos o a situaciones de confusión que deben ser evitadas por el Estado Social de Derecho, lo que llama nuevamente a la necesidad de un marco regulatorio definido que permita la mitigación de las problemáticas nacientes y la defensa de derechos y sujetos que cuentan con especial protección constitucional.

Al revisar el contexto internacional, se advierte que diversos países del mundo han debatido ampliamente la legalización de esta técnica reproductiva. Según informa la agencia LifeBridge Agency (Agencia de Gestación Subrogada) -entidad especializada en fertilidad de la ciudad de Barcelona (España)- esta práctica, conocida también como vientre de alquiler, es legal en Canadá, Estados Unidos, Rusia, Ucrania, Georgia, Grecia, Reino Unido, Australia e India, salvo con algunas restricciones para parejas, hombres solteros y parejas homoparentales. En el caso de EE.UU, país pionero de la gestación subrogada, se encuentra que dicho procedimiento se encuentra debidamente regulado en estados como Florida, California, Arkansas, Delaware, Nevada, entre otros, estados donde se ha establecido como parámetro que es la madre subrogada quien debe elegir a los padres voluntariamente, quienes a su vez, también pueden rechazarla o aceptarla. (Libre, 2018)

En Colombia, son pocos los centros especializados dedicados a ofrecer tratamientos donde se practique la maternidad subrogada y existe un vacío normativo inmenso sin regulación que establezca reglas claras en cuanto a los derechos del niño y de la madre gestante y los padres subrogados. (Beetar Bechara, 2019). Lo que es cierto, es que al no existir ni siquiera limitaciones para este tipo de procedimientos, puede acarrear serios problemas, ya que la maternidad subrogada es una práctica que cada vez se lleva a cabo con más frecuencia y los interrogantes que van surgiendo a raíz de los cambios en las dinámicas familiares exigen respuestas por parte del ordenamiento jurídico a través de las distintas fuentes de derecho.

Con base en lo anterior, el objetivo del artículo es analizar en primer lugar, las implicaciones para la regulación de la práctica de la maternidad subrogada en Colombia a través de un rastreo jurisprudencial; en segundo lugar, los derechos de los contratantes y los intereses del menor; y en tercer lugar, las perspectivas y controversias que se presentan en cuanto a la maternidad subrogada. El presente artículo se realizó mediante un rastreo documental, entre ellos: artículos de investigación en revistas indexadas, normatividad nacional e internacional consistente en jurisprudencia, leyes y proyectos legislativos.

Acercamiento a la maternidad subrogada

Esta práctica es entendida como un proceso o técnica de reproducción asistida en donde de manera extrauterina se procede a la unión de los gametos sexuales de uno o ambos padres biológicos con el fin de ser implantado en el útero de una mujer, para que esta lleve a término de embarazo y de a luz al futuro descendiente. Esta situación es mediada por un acuerdo previo entre los padres biológicos² y la madre gestante³ comprometiéndose esta última a entregar al descendiente luego de nacido y desprenderse de todo derecho que pueda tener sobre este (como custodia, patria potestad, filiación y similares).

La primera discusión se centra sobre el concepto que de esta práctica se ha utilizado en la literatura tanto médica como jurídica, de tal manera que este puede llegar a ser detractor y vulnerante de la dignidad humana de la madre gestante, situación que según Jouve de la Barreda lugar a las siguientes consideraciones:

“(…) Lo cierto es que las expresiones “vientres de alquiler”, “maternidad por sustitución” e incluso “gestación subrogada”, que son las usualmente utilizadas, adolecen de cierta opacidad respecto al hecho al que se refieren. En primer lugar, no se trata de un “vientre de alquiler”, sino de una “madre de alquiler, ya que lo que se está haciendo es contratar a una persona en su integridad, no solo su vientre, para que lleve a cabo la gestación que quien la contrata no desea o no puede llevar a cabo. Tampoco parece correcto hablar de “maternidad por sustitución”, ya que desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible, o hay maternidad genética (La madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante). Por último, denominar a esta práctica “Gestación por sustitución” es precisamente ocultar la palabra maternidad, lo que resulta inadecuado, pues ser madre supone mucho más que gestar y dar a luz un hijo. Por todo ello, parece más adecuado hablar de “madre de alquiler” o “maternidad subrogada” que es lo que describe mejor los hechos que se llevan a cabo.”(Jouve de la Barreda, 2017)

Frente a estas expresiones, es común observar que, en ocasiones, esta técnica de reproducción humana asistida es referida de manera violatoria a la dignidad de quien asume la gestación del embrión, al punto de despojarla de su condición humana para referirse como si se tratase de una “*maquina incubadora*”, lo cual resulta nefasto e intolerable, toda vez que la madre gestante no se circunscribe únicamente en su útero para el crecimiento del embrión, sino que debe disponer de una capacidad física, psicológica e incluso monetaria, debido a la posible situación cesante en la que se encontrará mientras lleva a cabo su proceso gestacional, con el fin de garantizar el correcto crecimiento de quien está por nacer.

Al describir la maternidad, según ha señalado Cáceres ésta permite observar que no corresponde únicamente a procesos biológicos o vínculos sanguíneos sino a aquel lenguaje único que conecta a la madre con su descendiente y que se desarrolla en aquellos procesos físicos, psicológicos y emocionales que se dan con la crianza de aquel infante incluso antes

² Quienes aportan las células sexuales.

³ Quien llevara el proceso de gestación del cigoto implantado en su útero.

de adquirir su personalidad jurídica, es por ello que para no transgredir o cosificar a quien presta dicha labor se debe entender el término en el sentido de Maternidad Subrogada Cáceres (2014).

Sin embargo, según Farnos esta técnica de reproducción asistida puede conllevar varias clasificaciones, de tal manera que desde el punto de vista de quienes aportan los gametos sexuales puede clasificarse en maternidad subrogada tradicional o plena (*traditional surrogacy*), la cual corresponde a aquella en la que la madre aporta su gameto sexual en la formación del cigoto siendo esta al mismo tiempo madre biológica, y; maternidad subrogada parcial (*gestational surrogacy*) entendida como aquella en la que la madre gestante no es dueña del óvulo inseminado Farnós (2010)

De acuerdo con Martínez la maternidad subrogada puede ser clasificada según su finalidad en onerosa o altruista. Siendo altruista, en donde el procedimiento de maternidad subrogada no busca contraprestación alguna y se da por decisiones de amistad, respeto o cariño con los padres biológicos o concomitantes y; onerosa, en donde la madre gestante espera recibir una contraprestación económica por llevar a cabo el acuerdo establecido Martínez (2016)

Estas clasificaciones van a permitir analizar las problemáticas éticas y legales que se generan con la implementación de esta técnica de reproducción asistida, convirtiéndose en aspectos diferenciadores conforme a los precedentes jurídicos que se han establecido en diferentes estados, que serán analizados en apartados posteriores.

Implicaciones para la regulación y práctica de la maternidad subrogada en Colombia: análisis jurisprudencial

Si bien en Colombia no existe un marco normativo expreso que regule la práctica de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida o como acuerdo contractual, se han tenido avances a través de la jurisprudencia respecto de la permisión, condicionamiento y reconocimiento de los derechos que se confieren tanto para los padres como para el menor, siendo relevante destacar las siguientes.

Sentencia de tutela T-968 de 2009

El primer avance que tuvo la normatividad colombiana se dio a través de la sentencia de tutela T-968 del 18 de diciembre de 2009, con ponencia de la magistrada Dra. María Victoria Calle Correa, a través de la cual se realizó proceso de revisión al fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito de Cali y la Corte Suprema de Justicia respecto de la acción constitucional de tutela que fue instaurada contra fallo proferido por el Juzgado Décimo de familia de Cali.

En esta oportunidad se revisó el caso de Sarai, una mujer colombiana que aceptó ser madre gestante de la pareja conformada por Salomón, colombiano, y Raquel, dominicana residente en Estados Unidos. A Sarai le fueron implantados los óvulos de Raquel, a través de un centro especializado en técnicas de reproducción asistida, tratamiento que fracasó toda vez que el

cuerpo de Sarai rechazó los óvulos implantados. A pesar de este fracaso, Salomón le solicitó realizar nuevamente este tratamiento con sus propios óvulos, situación a la que Sarai accedió y que dio como resultado un embarazo gemelar. A cambio de este procedimiento Salomón enviaba mensualmente una suma de dinero para la manutención de Sarai, así como del pago de la afiliación a la EPS. El 21 de marzo de 2006 nacieron los mellizos Samuel y David en buen estado de salud, no obstante, por problema de preeclampsia de la madre, esta tuvo que quedarse hospitalizada y tuvo que incurrir en unos gastos médicos que fueron cubiertos por el hermano de Sarai, la cual ante la ausencia de Salomón tuvo que registrar a los nacidos con sus dos apellidos. Cuando los nacidos cumplieron la edad de nueve (9) meses, el ICBF le retiró la custodia y cuidado personal de los menores a la madre por el estado de afección gripal que estaban padeciendo debido a que su domicilio se encontraba cercano a hornos de cal. Desde ese entonces Salomón decidió separar definitivamente a los menores de Sarai e inició un proceso de custodia y privación de patria potestad, con la intención de llevarse permanentemente a los menores a Estados Unidos, girando el objeto del conflicto jurídico en la autorización para que los menores abandonarán el país.

Para dar desarrollo a la problemática que se presentaba en este caso, la honorable Corte Constitucional procedió a definir inicialmente la maternidad subrogada en los siguientes términos:

“El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.” En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos.

Las técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro, combinadas con la maternidad subrogada, permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y semen de su marido, compañero o donante. Generalmente, las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios óvulo y esperma.

Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto” (Sentencia T-968-09, 2009)

Es así como se adopta por parte de la Corte Constitucional la definición de maternidad subrogada, siendo exclusiva esta definición, al ámbito en que la madre gestante no aporta sus gametos sexuales para la formación del embrión, es decir entendida esta técnica de reproducción asistida como maternidad subrogada parcial o *gestational surrogacy*.

Por otra parte, respecto de la permisión de esta técnica en el ordenamiento jurídico colombiano se refirió de la siguiente manera:

“En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que «Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes»”(Corte Constitucional, 2009)

Tomando como fundamento lo establecido en la constitución política, la Corte Constitucional argumenta que esta práctica, y las demás técnicas de reproducción humana asistida, son legítimas jurídicamente y por tanto se debe reconocer y proteger todos los derechos que se generen como si se tratara de una concepción natural. No obstante, no se limita únicamente a reafirmar la permisión de la maternidad subrogada, sino que advierte de la necesidad de una regulación expresa que permita establecer un ambiente que garantice los derechos del menor teniendo como fundamento el interés superior del menor y la idoneidad del grupo familiar, estableciendo una serie de requisitos y/o condiciones mínimas que deben contemplar los acuerdos que busquen dar cumplimiento a esta técnica reproductiva, ejemplificando los siguientes:

- I. Que la mujer, que acuda a la técnica reproductiva, tenga problemas fisiológicos para concebir.
- II. Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre).
- III. Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
- IV. Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.
- V. Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas
- VI. Que se preserve la identidad de las partes. Es decir que no se confunda la calidad de padres biológicos con padres gestantes.
- VII. Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor
- VIII. Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo en ninguna circunstancia.
- IX. Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y
- X. Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros. (Corte Constitucional, 2009)

Nuevamente la Corte Constitucional condiciona la maternidad subrogada bajo los siguientes criterios: (a.) Esta técnica reproductiva debe darse como una solución a problemas de fertilidad y no a otro fin, de tal manera que si la madre biológica tiene la capacidad de concebir a su descendiente no pueda darse el proceso asistencial, evitando con ello que se deshumanice de manera indigna a la madre gestante, (b.) debe ser entendida únicamente

como gestación subrogada parcial y (c.) únicamente con fines altruistas, prohibiendo de esta manera la maternidad subrogada con fines de lucro.

Para dar solución a la situación jurídica en la sentencia analizada, la Corte Constitucional (2009), advirtió que el proceso gestacional que dio como fin la concepción de los gemelos no constituyó una maternidad subrogada toda vez que se confundía la calidad de madre gestante y madre biológica en la señora Sarai por haber sido propietaria de los óvulos que fueron inseminados, así mismo resalto que desde noviembre de 2005 la madre había tomado la decisión de criar a sus hijos.

Así mismo, la Corte Constitucional advierte de una necesidad de regulación, la cual hasta hoy no ha sido satisfecha, en consideración a que los proyectos de ley presentado no han logrado superar el debate legislativo.

Sentencia con radicado 2009-00585-01, Corte Suprema de Justicia.

A través de la providencia con radicado 54001-31-10-009-2009-00585-01 con ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez de fecha diez (10) de mayo de dos mil diecisiete, se dio respuesta al recurso extraordinario de casación que fue interpuesto contra la sentencia proferida por la Sala Civil Familia Del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cúcuta, en donde se buscaba impugnar los actos de reconocimiento de paternidad de una persona concebida mediante inseminación artificial.

Mediante recurso de casación se presentó a la Corte Suprema de Justicia (CSJ) la impugnación de la paternidad biológica de una menor que fue concebida mediante inseminación artificial bajo el argumento de que las pruebas de ADN realizadas a la menor fueron negativas, ante esta situación la CSJ analizó la figura de la filiación conforme a las técnicas de reproducción asistida, dando desarrollo a una nueva fuente de filiación como lo es el consentimiento informado en técnicas de reproducción humana asistida, en tal sentido la CSJ se refirió en los siguiente términos:

“Dado que en la procreación asistida heteróloga la filiación no se produce por la unión sexual de los miembros de la pareja, la determinación de la paternidad no depende de la verdad biológica, sino del consentimiento en la realización de la técnica reproductiva, el cual supone la voluntad de asumir la responsabilidad en la procreación y la misma progenitura, es decir, ejercer la función paterna con todas las obligaciones y derechos que ello implica.

[...]

Esa expresión de la voluntad tiene como objetivo hacer posible la práctica de la inseminación en la mujer, y que el hombre asuma la paternidad del hijo que nace como consecuencia de ese procedimiento. El objetivo principal del consentimiento no consiste únicamente en que la mujer pueda ser inseminada, sino en que una vez efectuada exitosamente la inseminación los padres deben asumir las consecuencias jurídicas de su nuevo estado civil.” (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Se explica en esta providencia, según la Corte Suprema de Justicia (2017), es necesario que los miembros de la pareja den su consentimiento informado y previo antes de hacer uso de técnicas de reproducción asistida, ya que una vez que se emite dicho consentimiento, la persona que lo otorga está obligada a aceptar las consecuencias jurídicas que se derivan de ese acto en relación con la filiación. En otras palabras, la manifestación de voluntad de los involucrados implica que están de acuerdo con el procedimiento científico y aceptan las consecuencias jurídicas que puedan surgir en caso de que se logre la gestación y se produzca el nacimiento del niño.

En igual sentido al abordar la impugnación de la paternidad frente a los hijos producto de técnicas de reproducción asistida, explica la Corte Suprema de Justicia (2017), La impugnación de la paternidad no puede ser aplicada de la misma manera en todos los casos, ya que si se trata de una paternidad por inseminación artificial, no será relevante que el padre que impugna intente demostrar la falta de vínculo biológico, dado que es claro que el hijo nacido de la inseminación heteróloga no es su descendiente biológico. Por lo tanto, el padre solo podrá refutar la presunción de paternidad mediante la presentación de pruebas que demuestren que no dio su consentimiento, o que el mismo se encontraba viciado, para el proceso de procreación artificial.

Concluyendo bajo esta línea argumentativa que únicamente será admisible para efectos de impugnar la paternidad del hijo que ha nacido producto de una técnica de reproducción humana asistida la ausencia o vicio en el consentimiento que se ha realizado dentro del proceso de procreación artificial, garantizando con ello la igualdad de derechos de los hijos independiente de si son extramatrimoniales, matrimoniales, biológicos, adoptivos o producto de técnicas de reproducción asistidas.

Sentencia de Unificación SU- 696 de 2015, Corte Constitucional.

Mediante acción constitucional de tutela de fecha 12 de noviembre de 2015, con ponencia de la magistrada Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, se presentó ante la Corte Constitucional el proceso de una pareja homoparental que mediante la técnica de maternidad subrogada, realizada en el estado de California, Estados Unidos, habían logrado ser padres biológicos de dos hijos que fueron reconocidos por las autoridades de dicho Estado, los cuales intentaron inscribir el nacimiento de los menores en el registro civil de nacimiento en Colombia pero fue negado en diferentes ocasiones por distintas notarías bajo el argumento de que la familia se encontraba conformada por una pareja del mismo sexo y los formatos de inscripción solo admiten la identidad de un padre y una madre, bajo esta situación consideraron los actores que se les estaban vulnerando los derechos fundamentales a la dignidad humana, al reconocimiento a la personería jurídica, a la cláusula de prevalencia de los derechos de los niños y niñas, entre otros.

En esta decisión jurisprudencial, la Corte Constitucional (2015), amparó los derechos de los accionantes y ordenó la inscripción inmediata de los menores de edad, hijos biológicos de los accionantes, bajo la protección del interés superior del menor, los derechos a la personalidad jurídica, identidad y la familia, puesto que los menores ostentan una relación filial con sus padres a partir de la presunción de legitimidad del código civil.

Según la interpretación de Rueda el silencio respecto del pronunciamiento de la Corte en esta sentencia, de la práctica de la maternidad subrogada, da a entender que el ordenamiento jurídico colombiano reconoce la nacionalidad y filiación colombiana a los hijos de aquellas parejas de ciudadanos colombianos que han adoptado la técnica de la maternidad subrogada en el extranjero para la concepción de sus descendientes, fundamentándose esta decisión en el reconocimiento de los derechos prevalentes de los menores Rueda (2022).

Sentencia de tutela T-275 de 2022, Corte Constitucional

Por intermedio de la acción constitucional de tutela de fecha primero de agosto de dos mil veintidós, con ponencia de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, conoció en trámite de revisión la sentencia proferida por el Juzgado cincuenta y uno (51) Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, en donde se negó el amparo al accionante el cual solicitaba el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad por un tiempo equivalente al otorgado por ley a las madres a la EPS Sanitas, con ocasión del nacimiento de su hija fruto de gestación subrogada, advirtiendo el accionante que este es el único padre y cabeza de la familia, es decir que conformaba hasta antes del nacimiento de la menor una familia unipersonal. La EPS únicamente reconoció la licencia de paternidad por 14 días y en consecuencia el accionante presentó acción constitucional en contra de su EPS por considerar que se estaban vulnerando los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la familia, entre otros.

Este fallo concedió una extensión a la licencia de paternidad a quienes han concebido a su descendiente mediante maternidad subrogada siempre que este sea el único padre del menor.

Así mismo la Corte Constitucional nuevamente hace un llamado al legislador para regular la maternidad subrogada, haciendo un resumen de los proyectos de ley que se han presentado tanto en Cámara de Representantes como en el Senado, observando que estos se encuentran en su totalidad archivados y ninguno de estos ha hecho referencia a las licencias de maternidad y/o paternidad en el evento de maternidad subrogada. Bajo esta misma narrativa, la Corte Constitucional reconoce nuevamente la licitud de esta técnica reproductiva bajo los lineamientos establecidos en el fallo de tutela T-968 de 2009, así mismo refirió que la ausencia de regulación por omisión legislativa absoluta de esta técnica de reproducción generó una vulneración a los derechos del accionante y su hija, afectando el interés superior del menor. Corte Constitucional (2022)

Finalmente, haciendo uso del principio de igualdad, el principio de interés superior de la niñez y de las especiales circunstancias del caso, las cuales sobrepasan la norma y el fin del legislador al elaborar la misma, la Corte extiende los beneficios de la licencia de maternidad cuando se ha debido asumir el cuidado de los hijos en soledad, advirtiendo que a la madre gestante no le es aplicable la licencia de maternidad sino que puede ser reconocida la licencia por incapacidad, concediendo bajo estos argumentos el amparo solicitado por el accionante.

De los derechos de los contratantes y del interés superior del menor

Al intervenir en un proceso de maternidad subrogada, se vuelve necesario el establecer la manifestación de voluntad de quienes intervienen en esta técnica de reproducción mediante la celebración de un acuerdo previo o contrato que derivará en derechos y obligaciones recíprocas. Según Garrido este acuerdo puede ser clasificado como un contrato atípico e innominado, caracterizado por la autonomía de las partes y la libertad contractual, debido al vacío normativo existente. Garrido (2019) Así mismo, Restrepo & Valderrama clasifican el contrato como un acuerdo bilateral, gratuito, atípico y de libre discusión que debe cumplir con un requisito de solemnidad ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que se haga efectiva la entrega del recién nacido. Restrepo Vargas & Valderrama Serrano (2018)

Bajo esta clasificación el objeto contractual es entendido, según Silva, como (i) una obligación de dar una suma de dinero, a cargo de los padres sustitutos, correspondiente a los costos y gastos razonables asociados al tratamiento médico necesario para el éxito de la técnica de reproducción, en donde se espera como resultado final el nacimiento de un menor. Esta obligación no puede ser entendida como un compromiso dirigido a la compra de un recién nacido sino a la realización de una técnica de reproducción asistida que al tratarse de un tratamiento médico implica *per se* unos gastos que deberán sufragarse.; (ii) una obligación de hacer, que corresponde al servicio de gestación prestado por la madre gestante, entendida esta como el proceso biológico gestacional en su totalidad y no solo como el alquiler de un órgano, interpretación que resulta completamente contraria al ordenamiento jurídico y a la dignidad humana. Silva (1996)

A la luz de la normatividad colombiana y de los precedentes jurisprudenciales analizados, se debe tener presente que, únicamente será válido el contrato cuando la causa del mismo corresponda a un fin altruista que busca ser una solución a los problemas de fertilidad que adolecen los padres biológicos, por lo que no se encuentra admitido bajo ninguna situación la onerosidad del acuerdo por medio del cual se realice la técnica de reproducción asistida. Adicionalmente, el contenido del acuerdo debe ir acorde con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, esto es, la necesidad de cumplimientos psicoemocionales de la madre gestante, la no retractación y la interrupción del embarazo únicamente por los fines médicos y supuestos autorizados.

La realización del acuerdo de voluntades establece a favor de las partes la adquisición de derechos que de manera general en dichos contratos, según Restrepo & Valderrama , corresponde a la entrega de la totalidad de los derechos del menor a los padres biológicos, entendiendo la madre gestante que dicho proceso gestacional busca la concepción del menor para formar parte del hogar conformado por quienes aportaron sus gametos sexuales en el proceso, siendo compensada en todos aquellos servicios o gastos médicos que se deriven del procedimiento a desarrollar en la técnica de reproducción asistida, sin que estos dineros puedan entenderse como una remuneración para brindar el consentimiento informado o para ceder los derechos paternos Restrepo & Valderrama (2018). Puntualiza Garrido, que en caso tal de que se niegue la entrega del menor a los

padres biológicos, la madre gestante tendrá la obligación de indemnizar los gastos derivados del acuerdo de voluntades. Garrido(2019)

El consentimiento informado, el cual cumplirá el requisito de manifestar la voluntad de las partes exenta de vicios, deberá observar la exigencias del Código de Ética Médica y ser establecido por escrito, puesto que según lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, de no cumplir con los requerimientos necesarios o de encontrarse vicios en el proceso de diligenciamiento del mismo constituirá prueba suficiente para la impugnación de la paternidad de los padres biológicos que puede dar lugar a situaciones discriminatorias del hijo producto de asistencia reproductiva.

Respecto de la protección de los derechos del menor, según Rueda, aquellos que han sido concebidos en virtud de técnicas de reproducción asistida gozan de un marco constitucional de protección argumentado en el artículo 42 y 44 de la constitución política, el código de infancia y adolescencia así como de la convención sobre los derechos del niño ratificado por Colombia, expresando que se requiere que las autoridades eviten la separación de la familia y aseguren la certeza de su filiación, permitiendo las relaciones con sus familiares, brindar información para que los niños puedan conocer sus orígenes genéticos y evitando interferir en el reconocimiento de su personalidad jurídica. Rueda (2022)

Perspectivas y controversias en torno a la Maternidad Subrogada: Análisis internacional.

Las discusiones que se generan en el panorama internacional acerca de la regulación que deba darse, ya sea bajo fundamentos éticos o socioculturales, no se han inclinado por una postura única definida que permita, promueva o prohíba el uso de esta técnica de reproducción asistida, en tal sentido Beetar observa tres marcos o modelos regulatorios de esta práctica entendidos estos como (i) prohibición absoluta, en donde la práctica de esta técnica se encuentra desautorizada y abolida sin tener consideración a cualesquiera fin que se pretenda cumplir con esta técnica; (ii) admisión regulada o autorizada, en donde la práctica de la técnica de reproducción asistida se encuentra subsumida a condiciones específicas o únicamente a fines altruista y (iii) admisión tolerada, en donde no se encuentra expresamente prohíba y/o regulada y por tanto permitida. Beetar(2019).

La maternidad subrogada como práctica médica cuenta con distintas narrativas que pretenden justificar el uso o no de esta técnica la cual, según Baroni, privilegia los intereses o deseos de quienes son propietarios del material genético sobre el naciente. En esta misma línea argumental presenta las posturas que se tienen desde concepciones feministas liberales, marxistas y socialdemócratas. Baroni (2020)

Para el feminismo liberal el Estado no tiene opinión alguna respecto de las decisiones que puedan tomarse en la esfera privada de una mujer, ni puede acudir a fines moralistas injustificados para su prohibición, debiendo limitarse su función a verificar, y regular en este sentido, que la mujer pueda, efectivamente, tomar una decisión voluntaria y libre como

consecuencia del ejercicio de su libertad individual, independiente si se ha o no pactado una contraprestación. Desde el pensamiento feminista marxista, esta práctica debe ser rechazada completamente, puesto que su permisión conllevaría que aquellas mujeres que se encuentran en una clase social menos favorecida vean en estas prácticas, el vender su cuerpo a personas de un estatus económico mayor, la posibilidad de subsistencia. Esta consecuencia llevaría necesariamente a una forma de explotación de la mujer. Aunque el pensamiento feminista socialdemócrata es ambivalente respecto de la maternidad subrogada, considerando que si bien es una práctica que puede cosificar a la mujer, se deba aceptar la realidad, es decir, que está se práctica igualmente. El enfoque que debe tener el Estado es el de escolarizar y brindar servicios de salud, acompañado estas decisiones con normativa que regule la técnica evitando o mitigando la cosificación existente. Baroni(2020)

El frecuente uso de la técnica de reproducción asistida ha generado mayores preocupaciones en el legislador, quien se encuentra en una encrucijada puesto que encuentra en un mismo territorio argumentos a favor y en contra, que han sido advertidos por Emaldi-Cirión al observar que esta práctica, según quienes argumentan su negativa a la misma, puede conllevar una violación a la dignidad tanto de la madre, entendida como un mero organismo reproductor que se encuentra siendo mercantilizada, y del menor, quien se verá obligado a participar en el proceso de maternidad con dos personas distintas⁴. Por otro lado, quienes abogan por la permisión de esta conducta, fundamentan su postura bajo la libertad reproductiva de las personas, la autonomía de la voluntad, el derecho a la salud y a dignificar a la mujer al facilitarle la obtención de ingresos que le permitan desarrollar de buena manera su diario vivir. Emaldi-Cirión(2020)

La tendencia del marco regulatorio europeo, señala Baroni , corresponde a la prohibición y no reconocimiento de la maternidad subrogada, tomando como ejemplo la declaratoria de inconstitucional adoptada en Portugal frente a la norma que permitía la maternidad subrogada⁵Baroni(2020). En Italia, se han establecido políticas más severas que implican el desconocimiento de la filiación de los nacidos bajo esta técnica de reproducción en el extranjero con los padres que han aportado el material genético, llegando incluso a la declaratoria de abandono y situación de adoptabilidad del menor. Complementa Beetar al mencionar bajo esta misma tendencia a Alemania, Estonia, Finlandia, Islandia, entre otros. Beetar (2019).

En el mismo sentido, la normativa española mediante la ley 14 de 2006 ha adoptado un modelo regulatorio de prohibición total que pueden observarse en el artículo 10.1 en donde advierte que se declarara nulo de pleno derecho todo acuerdo que tenga como objeto contractual la gestación subrogada independiente de si busca o no remuneración alguna.

⁴ Con la madre gestacional en todo su proceso de desarrollo, concepción y sobrevivencia post parto y con la madre biológica en su proceso de crecimiento, educación y formación de valores.

⁵ Dicha prohibición no es aplicable retroactivamente por lo que los contratos celebrados con anterioridad a la decisión constitucional no conllevaran necesariamente su nulidad.

En Latinoamérica, la tendencia ha sido diferente respecto de la maternidad subrogada. Tal como se ha reseñado, en Colombia, si bien no existe una reglamentación o normativa vigente⁶, los criterios jurisprudenciales han decantado una autorización limitada a fines altruistas, requisitos respecto de la madre gestante y aplicación única como solución a problemas de fertilidad. En igual manera la jurisprudencia se ha decantado en considerar el consentimiento informado como medio de filiación.

En Argentina, se tiene un modelo de autorización tácito, puesto que el ordenamiento jurídico no cuenta con una norma promulgada que regule estas prácticas. No obstante se han tenido avances considerables de acuerdo con la jurisprudencia, partiendo del código civil y comercial argentino (Ley 26.994, 2015) que establece la maternidad en cabeza de quien ha concebido al neonato⁷, se ha evolucionado al pensamiento proteccionista de los derechos de los menores concebidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida (León, 2019). En este sentido las causas S. G. G. y otros S-/ Filiación (2016) y P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categoriza (2016) han decantado al reconocimiento de la voluntad procreacional y con ello a la aparición del consentimiento informado en procedimientos asistenciales de reproducción como forma de filiación, la cual tiene la facultad de desplazar la filiación de quien ha dado a luz al menor, similar al contexto colombiano.

Aunque la situación legislativa de Brasil no se diferencia del contexto latinoamericano, en su inexistencia de norma promulgada, si cuenta con pautas médicas que promueven su reglamentación y establecen limitantes para el uso de la maternidad subrogada, en tal sentido el *Conselho Federal de Medicina* (2022) mediante la resolución 2.320 de 2022 instauró una serie de requisitos para el uso de esta técnica cómo la necesidad de que el donante temporal del útero (madre gestante) debe tener al menos un hijo vivo, pertenecer a la familia (padres biológicos) al menos en el cuarto grado de consanguinidad o solicitar autorización del Concejo Regional de Medicina (CRM), teniendo un fin altruista y cumpliendo con requisitos de acreditación física y mental de todos los involucrados. Se resalta adicionalmente que las partes deben realizar un compromiso para recibir al menor, el cual brindará la filiación al neonato, y el compromiso de contratar los servicios médicos requeridos, el cual brindará protección a la madre gestante.

En México se ha regulado, en algunos estados, normativamente la maternidad subrogada. En tal sentido en el Código Civil para el Estado de Tabasco se reconocen las modalidades de maternidad subrogada plena y parcial bajo la denominación de madre subrogada y madre gestante sustituta⁸ correspondientemente. Dentro de este cuerpo normativo la filiación, salvo de que se trate de una madre gestante parcial, se registrará bajo los nombres de la

⁶ A la fecha de realización de este artículo.

⁷ Código Civil y Comercial de Argentina. Art. 565. Determinación de la maternidad “*La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido*” (Subrayado por fuera del texto original).

⁸ Artículo 92 Inciso cuarto, Código Civil para el Estado de Tabasco

mujer casada y su esposo, salvo que exista una decisión jurisprudencia en pie que declare el desconocimiento del hijo⁹.

Si bien esta práctica refiere nuevamente requisitos físicos, psicológicos y emocionales por parte de los contratantes, situación que debe ser determinada por la secretaria de salud del estado, al referirse a la impugnación de maternidad o paternidad que desee realizar la madre gestante sustituta o su cónyuge, establece el Artículo 380 Bis 4. que esta solo procederá cuando sea acreditada la incapacidad o muerte de los padres biológicos o contratantes.

El contrato de gestación se encuentra así mismo regulado, en el sentido de incluir en los artículos 380 Bis 4 y 380 Bis 5. un régimen de requisitos, responsabilidades y nulidades de los contratantes, limitando únicamente a los ciudadanos mexicanos el desarrollo de la técnica de reproducción asistida y alertando a las partes de que la nulidad del contrato no exime de las responsabilidades que se adquieran o se deriven de dicho acuerdo.

Siguiendo con aquellos Estados en donde se ha realizado una regulación expresa para la práctica de la maternidad subrogada, mediante la *Assisted Human Reproduction Act.*, se estableció el régimen aplicable para la práctica de la técnica de reproducción asistida en Canadá, limitando nuevamente su aplicación a fines altruistas al punto de establecer la prohibición de ofrecer, anunciar o pagar algún rédito o contraprestación a una mujer por llevar a término el cigoto formado así como el pago de la pérdida de ingresos o situación de cesante de la madre gestante¹⁰. No obstante, le pueden ser reembolsados los gastos directamente relacionados con el embarazo, siempre y cuando estos sean efectivamente demostrados. Así mismo se establece un régimen de sanciones, *offences and punishment*, para aquellos que atenten contra la regulación estableciendo sanciones monetarias que van desde los \$100,000 hasta los \$500,000 dólares canadienses (CAD) o en casos más severos la pena de prisión.

El debate acerca de la maternidad subrogada, que ha llevado a su regulación, encuentra fundamento en India, estado en el cual, en los últimos años, se ha generado un cambio en la perspectiva regulatoria que se encontraba establecida para esta práctica. Según Purnima & Disha, (2023), la práctica comercial de la maternidad subrogada inició en 2002 cuando fue legalizada la subrogación aceptando una contraprestación económica y bajo un fin oneroso. Esta situación llevo a que se desarrollara un turismo médico en este Estado generado a su vez grandes problemáticas relacionadas con la explotación de la persona humana, en especial aquella que se encontraba en situación de pobreza, y situaciones violatorias de la dignidad de las madres gestantes. Este escenario llevo a que en el año 2021 se expidiera *the Surrogacy (Regulation) Act*, una nueva regulación respecto de la maternidad subrogada, que limitó la aplicación de esta técnica a fines altruista, donde no se entienda que el procedimiento se genera para vender niños, sea producto de prostitución o alguna otra forma de explotación y su entendimiento a aquella situación en donde la madre gestante

⁹ Artículo 92 Inciso final, Código Civil para el Estado de Tabasco

¹⁰ Prohibited Activities, Payment for prohibited act, Payment for surrogacy, Purchase of other reproductive material, Assisted Human Reproduction Act.

no aporta material genético. Así mismo se requiere de un certificado médico a favor de uno o ambos padres biológicos y de la futura madre gestante expedido por la Junta Medica Del Distrito.

Con esta reglamentación, India reconsidera la postura que se había implementado en un primer momento, que resultaba completamente trasgresora de los derechos humanos, en donde se violentaba gravemente a la madre gestante bajo una explotación comercial desconocedora de la dignidad humana y trasciende a un sistema protector tanto de los derechos de las madres como de los menores producto de la maternidad subrogada, uniéndose a aquellos estados en donde la práctica se limita al fin altruista.

Conclusiones

La maternidad subrogada plantea una necesidad de regulación que defina los derechos y obligaciones de las partes involucradas desde un enfoque altruista y dignificante para la mujer, además de proteger los derechos del feto y la madre en todo su proceso gestacional desde el ámbito psicológico, emocional, económico y salubre.

Al no existir un desarrollo específico y establecido para la maternidad subrogada en Colombia, se genera indudablemente una desprotección del menor, limitando así la filiación y vulnerando el derecho a formar una familia, por lo cual, se hace un llamado para que la regulación de la práctica de la maternidad subrogada no sea solo a través de la jurisprudencia, sino que se requiere una normativa vinculante que evite de manera significativa el vacío jurídico existente.

Pese a los desafíos y dificultades que existen desde el punto de vista social, ético, legal, entre otros; en cualquiera de los escenarios posibles, lo que se pretende es la protección de derechos tanto del menor, como de la madre gestante y los futuros padres, motivo por el cual, se hace un llamado para sobrepasar aquellos obstáculos que impiden una regulación de la maternidad subrogada tanto a nivel nacional como internacional.

La práctica de la maternidad subrogada produce una variedad de posturas a nivel internacional, donde en algunas ocasiones se defiende la práctica, considerándola como una alternativa para la reproducción humana y teniendo en consideración la autonomía de la voluntad; y en otras, es sumamente rechazada, ya que se genera una enorme preocupación respecto a la posible explotación de la mujer y otro tipo de vulneraciones de derechos tanto de los padres como del menor.

Referencias

- Baroni, M. J. L. (2020). Las narrativas de la maternidad subrogada. *FMC - Formación Médica Continuada en Atención Primaria*, 27(8), 398-402.
<https://doi.org/10.1016/j.fmc.2019.10.021>
- Beetar Bechara, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: Hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2), Article 2.
<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>
- Brasil. (2022, septiembre 20). *Conselho Federal de Medicina* [RESOLUÇÃO CFM nº 2.320/2022].
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>
- Cáceres Manrique, F. de M., Molina Marín, G., & Ruíz Rodríguez, M. (2014). Maternidad: Un proceso con distintos matices y construcción de vínculos. *Aquichan*, 14(3), 316-326. <https://doi.org/10.5294/aqui.2014.14.3.4>
- Canadá, L. S. (2004, marzo 29). *Assisted Human Reproduction Act* [Entrevista].
<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/FullText.html>
- Sentencia T-968-09, Corte Constitucional (2009), Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- Corte Constitucional. (2015, noviembre 12). *Sentencia de Unificación SU-696-15*.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU696-15.htm>
- Sentencia 54001-31-10-009-2009-00585-01, Corte Suprema de Justicia (2017), Magistrado Ponente: Dr. Ariel Salazar Ramirez.
[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_sc6359-2017_\[2009-00585-01\]_2017.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_sc6359-2017_[2009-00585-01]_2017.htm)

Emaldi-Ciri3n, A. (2020). Reflexiones 3ticas y propuestas jur3dicas sobre la maternidad subrogada en Espa1a. *Revista Iberoamericana de Bio3tica*, 14, Article 14.

<https://doi.org/10.14422/rib.i14.y2020.009>

Farn3s Amor3s, E. (2010). *Inscripci3n en Espa1a de la filiaci3n derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. 1.*

<https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/225321>

Garrido, G. A. L. (2019). Naturaleza jur3dica de la maternidad subrogada o por sustituci3n en el marco de la teor3a del negocio jur3dico en Colombia. *Summa Iuris (revista discontinuada)*, 7(1), Article 1. <https://doi.org/10.21501/23394536.3276>

India. (2021, diciembre 25). *The Surrogacy (Regulation) Act*. [Act. No 47 of 2021].

<https://egazette.nic.in/WriteReadData/2021/232118.pdf>

Jouve de la Barreda, N. (2017). PERSPECTIVAS BIOM3DICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. *Cuadernos de Bio3tica*, XXVIII, 10.

Juzgado de Familia No. 2 de Moreno. (2016a, julio 4). Sentencia. *P., B. B. c. S. P., R. F. s.*

[http://www.academiadederecho.org/upload/_H._M.E._Y_OTROS_S_VENIAS_Y_DI
SPENSAS_.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/_H._M.E._Y_OTROS_S_VENIAS_Y_DI
SPENSAS_.pdf)

Le3n, M. N. (2019). *Maternidad Subrogada, su vac3o legal en el Ordenamiento Jur3dico Argentino.*

Ley 26.994, Pub. L. No. 26.994, C3digo Civil y Comercial (2015).

[http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-
239999/235975/norma.htm#15](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-
239999/235975/norma.htm#15)

Libre, R. V. (2018, septiembre 24). *¿En qué países es legal la gestación subrogada?* Voz Libre. <https://vozlibre.com/sociedad/paises-legal-la-gestacion-subrogada-19255/>

Sentencia T-275 de 2022, Corte Constitucional (2022), 01 de agosto de 2022, Magistrada Ponente: Cristina Pardo

Schlesinger <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-275-22.htm>

Martínez Martínez, V. L. (2016). Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México. *Dikaion*, 24(2), 353-382. <https://doi.org/10.5294/dika.2015.24.2.7>

México. (1928, enero 3). *Código Civil para el Estado de Tabasco* [Entrevista]. <https://congresotabasco.gob.mx/wp/wp-content/uploads/2019/11/Codigo-Civil-para-el-Estado-de-Tabasco-1.pdf>

Purnima, G., & Disha, M. (2023). *Surrogacy Contract: Issues and Challenges*. <https://doi.org/10.1177/25166069221134957>

Restrepo Vargas, J., & Valderrama Serrano, G. (2018). *VALIDEZ DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA*.

Rueda, N. (2022). *La gestación por subrogación en América Latina*. 121-151.

Silva Salcedo, P. (1996). *Arrendamiento de útero*. Editorial Jurídica Conosur.

Tribunal Colegiado de Familia No. 5 Rosario. (2016b, mayo 27). Sentencia. *S. G. G. y otros S-/ Filiación*. <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/06/FA.-PCIAL.-TRIB.-COLEG.-FLIA.-N%C2%B05-ROSARIO-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n-pareja-hombres.pdf>