

**A LOS AVANCES SOBRE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD  
SUBROGADA EN LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA DESDE EL AÑO  
2014 AL 2019**

**Mayerlyn Rosseline Gutiérrez esclava**

**Código 1090496062**

**Laura Marlen Selenia Del Mar Albarracín Rivera**

**Código 1090493412**

**Presentado a**

**ASESOR DE PROYECTO**

**Juvenal Valero Becardino**

**Programa de Derecho**

**Facultad de Artes y Humanidades**

**Universidad de Pamplona**

**Pamplona, Norte de Santander Colombia**

**2019**

**A LOS AVANCES SOBRE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD  
SUBROGADA EN LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA DESDE EL AÑO  
2014 AL 2019**

**Mayerlyn Rosseline Gutiérrez eslava Código**

**Código 1090496062**

**Laura Marlen Selenia Del Mar Albarracín Rivera Código**

**1090493412**

**Tutor**

**JUVENAL VALERO BECARDINO**

**Programa de Derecho**

**Facultad de Artes y Humanidades**

**Universidad de Pamplona**

**Pamplona, Norte de Santander Colombia**

**2019**

## **Agradecimientos**

*Agradecemos a nuestro asesor de tesis, Doctor Juvenal Valero Becardino quien con su experiencia nos supo brindar todos sus conocimientos.*

*Agradecemos a la doctora Mónica Lucia Barbanti, por el conocimiento que nos brindó durante toda nuestra carrera, el apoyo incondicional, por motivarnos a seguir adelante, por ser una guía y caminar de la mano con nosotros los estudiantes.*

*Agradecemos a todos los docentes que hicieron parte de nuestro conocimiento personal y profesional a lo largo de nuestra carrera.*

## Dedicatoria

### **LAURA ALBARRACIN RIVERA.**

*El presente trabajo de grado lo dedico a DIOS por ser mi guía, por brindarme la paciencia y sabiduría para culminar cada etapa de mi vida y poder cumplir mis metas con satisfacción.*

*A GRACIELA PUCHE TORRES; Mi mamá chela, porque fue, es y será siempre mi gran ejemplo, mi mejor compañía, mi gran amiga y consejera, por haber confiado en mí siempre, por haberme impulsado y ayudado a ser la persona y la mujer que soy hoy en día. Ella hoy sigue aquí alumbrando mi vida y guiando mis pasos desde el cielo. QEPD.*

*A NANCY VALENTINA RIVERA PUCHE; Mi madre, por ser el pilar fundamental de mi vida, mi amiga, mi consejera, mi confidente y mi apoyo incondicional, por confiar siempre en mí y ayudarme a salir adelante.*

*A ANGELA YESENNIA ALBARRACIN RIVERA, Mi hermana, por ser el motor de mi vida, por siempre estar a mi lado para ayudarme y darme la mano, por creer en mí y ser su ejemplo.*

*A JOSE ORLANDO RIVERA PUCHE, Mi tío, porque gracias a él, a su bondad, generosidad, experiencia y a sus conocimientos empíricos, tuve la oportunidad de iniciar mi carrera profesional, pues me centro y me ayudo a visualizarme como una gran profesional y una excelente abogada para encontrar la clave del éxito.*

*A JULIAN ANDRES BUENO PRADILLA, Mi novio, por ser mi apoyo y compañero incondicional, por estar a mi lado impulsándome y motivándome a salir adelante a lo largo de los años en mis estudios escolares y universitarios.*

## Dedicatoria

**MAYERLYN GUTIERREZ ESLAVA.**

*Este trabajo de grado principalmente lo agradezco a DIOS, quien ha sido mi motivación, mi fortaleza, y el sentido de mi vida.*

*A GLADYS ESLAVA CACERES, mi madre quien lo es todo y mi principal motivación en la vida, quien ha sido la que me da el empujón cuando siento que se agotan mis fuerzas, y la razón de todos mis esfuerzos.*

*A OSCAR ARMANDO PEÑA ESLAVA, mi hermano, quien es mi orgullo y mi ejemplo a seguir, quien, a pesar de la ausencia de un padre, ha hecho la labor de este, ya que siempre ha estado conmigo con su apoyo excepcional en todos los momentos de mi vida.*

*A HUMBERTO JOSE GUTIERREZ CUELLAR, papi, hoy no estas con tu presencia, pero en alma, mente y corazón siempre lo has hecho, te dedico todos mis triunfos, gracias por ser mi ángel guardián.*

## Tabla de Contenido

|   |           |
|---|-----------|
| Tabla de Contenido.....   | 5         |
| Introducción.....   | 7         |
| Resumen .....   | 9         |
| Capítulo I.....   | 12        |
| Problema.....   | 12        |
| <b>1.1. Descripción del problema.....</b>   | <b>12</b> |
| <b>1.2. Objetivos .....</b>   | <b>17</b> |
| <b>General .....</b>  | <b>17</b> |
| Específicos.....  | 17        |
| 1.3. Justificación .....  | 18        |
| 1.4. Estado del arte.....   | 20        |
| 1.5. Metodología.....   | 24        |
| <b>Capitulo II.....</b>   | <b>39</b> |
| <b>2. Marco Teórico .....</b>   | <b>39</b> |
| <b>2.1. Contextualización de la maternidad subrogada.....</b>                                       | <b>39</b> |
| <b>2.2. Antecedentes Históricos.....</b>  | <b>44</b> |
| <b>2.3. formas de alquiler de vientre .....</b>   | <b>48</b> |
| <b>2.4. Cláusulas de un Contrato de Alquiler de Vientre .....</b>                                   | <b>53</b> |
| Dentro de los contratos que comúnmente existe en Colombia y otros países se tienen en cuenta: ..... | 53        |
| <b>2.5. Posición Legal o Jurídica.....</b>  | <b>57</b> |
| <b>2.6. Desarrollo normativo.....</b>   | <b>58</b> |
| <b>La parte internacional.....</b>  | <b>62</b> |
| <b>Capitulo III.....</b>  | <b>63</b> |

|   |    |
|---|----|
| <b>Caracterización de la regulación de maternidad subrogada en Colombia</b> .....   | 63 |
| <b>Marco Legal</b> .....  | 69 |
| <b>Marco Jurisprudencial</b> .....  | 72 |
| <b>Capítulo IV</b> .....  | 77 |
| <b>Derecho comparado en países latinoamericanos y España, en torno a la regulación sobre maternidad subrogada</b> .....                     | 77 |
| <b>Capítulo V</b> .....   | 84 |
| <b>Avances normativos y jurisprudenciales con respecto al uso de la maternidad subrogada en Colombia durante los años 2014 a 2019</b> ..... | 84 |
| <b>Conclusiones</b> .....   | 93 |
| <b>Recomendaciones</b> .....  | 97 |
| <b>Referencias</b> .....  | 98 |

## **Introducción**

Este trabajo pretendió analizar el tema de maternidad subrogada, el cual en Colombia no es muy tratado, especialmente en la parte legal, ya que los estudios en el país se han centrado específicamente en la parte psicológica y medica del procedimiento, pero también ha sido abordado desde la regulación en materia civil, al parecer más como estudio de un contrato, a fin de mediar o analizar las causas y consecuencias de carácter legal.

Hoy en día, en Colombia y en el mundo se está llevando a cabo la práctica de maternidad subrogada o “alquiler de vientres”, definida como: “el procedimiento que tiene por fin procrear a través de un vientre alquilado, es decir, una mujer gesta a un niño para otra pareja, con la intención de entregárselo después de que nazca”.

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

Sin embargo, alrededor de la situación hay múltiples inconvenientes que plantean los detractores de la práctica, especialmente, en lo relacionado con fines lucrativos y económicos donde, a pesar a estar dicho en la sentencia anterior, no representa todavía un delito frente a la autoridad. Al respecto, los senadores del Centro Democrático, María del Rosario Guerra y

Santiago Valencia, presentaron un Proyecto de Ley Estatutaria para prohibir esta práctica cuando se realiza por dinero, por lo que es importante analizar si existen avances jurídicos alrededor del tema y cuáles son las posturas que se han tomado tanto en Colombia como en el mundo, además de revisar la jurisprudencia que aunque no es muy nutrida existe y puede dar una visión en estos vacíos normativos.

## Resumen

Mediante el presente trabajo de grado se pretende realizar una aproximación a los avances sobre regulación de la maternidad subrogada en la normatividad colombiana desde el año 2014 al 2019, realizando en primer lugar una caracterización bibliográfica y normativa sobre la regulación en este campo, para luego realizar una comparación con otros países y por último, mediante la revisión de la jurisprudencia, normatividad y la recolección de datos, reconocer los avances que se han dado en Colombia.

Es un tema que despierta curiosidad en el ámbito legal ya que el progreso de los métodos científicos para la procreación de hijos, resulta muy favorable para las parejas que no pueden realizar este proceso de manera natural, ya que encuentran una opción en la ciencia de poder concebir sus hijos, pero también puede traer algunos enfrentamientos jurídicos como ya ha sucedido en otros países, por lo que es de vital importancia analizar el tema y regular los procedimientos, ya que en Colombia se lleva a cabo el proceso en clínicas importantes y con muy buena reputación médica en fertilidad. Esto se llevará a cabo mediante entrevista de especialistas, estudios de caso de mujeres que han realizado el procedimiento y la revisión bibliográfica y normativa del tema.

Palabras Claves: Maternidad InVitro, Contrato, Consecuencias penales, avances legales, jurisprudencia.



### **Abstrac**

Through this degree work, it is intended to make an approximation to the advances on regulation of surrogacy in Colombian regulations from 2014 to 2019, firstly carrying out a bibliographic and normative characterization of regulation in this field, and then perform a comparison with other countries and finally, by reviewing jurisprudence, regulations and data collection, recognize the progress that has been made in Colombia.

It is a subject that arouses curiosity in the legal field since the progress of scientific methods for the procreation of children, is very favorable for couples who can not perform this process naturally, since they find an option in the science of power conceive their children, but it can also bring some legal confrontations as has already happened in other countries, so it is vital to analyze the issue and regulate the procedures, since in Colombia the process is carried out in important clinics and with very Good medical reputation in fertility. This will be carried out through a specialist interview, case studies of women who have carried out the procedure and the review of bibliography and regulations on the subject.

Keywords: Maternity InVitro, Contract, Criminal consequences, legal advances, jurisprudence.

## Capítulo I

### Problema

#### 1.1. Descripción del problema

El autor de “El arrendamiento de vientre en Colombia”, realiza un recuento de las instituciones propias de la maternidad en Colombia y concuerdan con los varios autores, que en Colombia y Latinoamérica hace falta sin duda alguna una norma que regule esta práctica que en los últimos años se ha venido proliferando sin ningún tipo de regulación. (Jiménez, Romero y Londoño, 2016:16)

Los adelantos y hallazgos científicos y tecnológicos han viabilizado el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción asistidas como alternativas a la esterilidad, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco tiempo. Entre estas “maternidades intervenidas”, la maternidad subrogada constituye, en la actualidad, uno de los temas bioéticos de relevancia en el debate público en algunos países; no solo por la parte médica sino por la parte legal cuando suelen delitos como la trata de personas e incluso la explotación infantil; algunos países han optado por regular esta práctica con fines altruistas o en ocasiones con ánimo de lucro y otros por prohibirla expresamente, sin embargo, en Colombia no existe una regulación frente al tema, generando inseguridad jurídica a las personas que recurren a esta práctica y la falta de herramientas normativas para dirimir las controversias que se puedan presentar entre las partes.

Por lo que la aparición de estos nuevos métodos plantea nuevos retos éticos, morales y sobre todo legales y penales para nuestros países latinoamericanos.

Por otro lado, la práctica de alquiler de vientre se muestra como la esperanza para esos padres que no pueden concebir, el proceso consiste en contar con los servicios de una mujer para que ésta lleve el embarazo con la intención de entregar el bebe que ha albergado durante nueve meses

en su vientre; es allí donde posiblemente el proceso de alquiler empiece a evidenciar algunas implicaciones; tanto para la madre de alquiler como para la madre subrogante y el bebé, estas implicaciones no solo pueden ser de filiación; sino problemas penales cuando no se trata de la mejor manera estos procedimientos con lineamientos claros de las obligaciones y derechos.

Por esto es importante mencionar, que hay quienes creen que la maternidad subrogada no es más que un método para ayudar a familia y madres que no pueden gestar a sus propios hijos en su cuerpo, y que debe ser regulada para que no se convierta solo en un negocio, y otros como Profesionales por la ética, (2015), que piensan que esta practica, más conocida como vientres de alquiler o gestación por sustitución, no constituye ningún progreso ni avance social. Por el contrario, es una nueva forma de explotación de la mujer y tráfico de personas que convierte a los niños en productos comerciales. Supone, por tanto, una flagrante violación de la dignidad tanto de la madre, como del niño. (P,5)

Y que la maternidad de alquiler contradice un buen número de normas y disposiciones de la Unión Europea y otros países, especialmente las relacionadas con la dignidad humana, la adopción, la protección de la mujer y de los niños, y el tráfico de personas. (Profesionales por la ética, 2015)

Sin embargo, la Corte ha sido clara mediante sentencia T-629 de2010, cuando manifiesta que:

*“No existe degradación de un bien supremo en la practica y en desarrollo contractual de la gestación de vida humana por sustitución de vientre, ni se niega de forma alguna la condición de sustancia del ser humano, por el hecho de advertir que las mujeres en el uso de su propia libertad pueden disponer de las funciones de su cuerpo de la manera que lo deseen”, además explica la Corte que el Útero como órgano no se está vendiendo, únicamente está desarrollando su función normal de gestar una vida, al igual que otros órganos a la hora de trabajar.”*

Además, en Colombia, simplemente se ha evadido el tema y no se tiene clara una posición por parte de la Corte o una legislación que pueda dar luces a este problema jurídico, lo que no ayuda

de ninguna manera al sistema penal colombiano, ya que tendríamos un caso severo de anomia en este tema.

Por otro lado, el alquiler de vientre o gestación por sustitución o ‘vientres subrogados’, como lo llaman los ginecólogos y especialistas, existen dos tipos de ‘casos’, dos tipos de maternidad. El primero es la maternidad sustituta genética. Se da cuando la mujer que alquila su vientre, también permite que uno de sus óvulos sea fecundado. Es decir que tiene un vínculo genético y biológico con el bebé. El otro caso es definido como maternidad sustituta gestacional o no genética. En este caso la mujer alquila su vientre, para que en él se desarrolle un embrión de otra pareja. De esta manera no tiene ningún tipo de vínculo genético sino biológico con el niño o la niña que va a nacer. En cualquiera de los casos es entendida como una nueva forma de maternidad para las parejas que presentan problemas de fertilidad, pero a pesar de sus grandes avances biológicos se pueden presentar una serie de implicaciones que afectan de una manera u otra a las diferentes partes.

Por su parte en Colombia no existe una regulación frente al tema, generando inseguridad jurídica a las personas que recurren a esta práctica y la falta de herramientas normativas para dirimir las controversias que se puedan presentar. A partir de la revisión de las experiencias de otros países, se contrasta la propuesta de reglamentación que en la actualidad curso en el Congreso de la República y se realizan otras reflexiones. (Parra, 2016).

En Colombia sólo hay un antecedente jurisprudencial en donde se haya tratado alquiler de vientres: Sentencia de tutela T-968 de 2009. En dicha sentencia la Corte Constitucional estudió el caso de una mujer que aceptó alquilar su vientre a una pareja de esposos, pues la mujer por una condición física estaba imposibilitada a tener hijos. En un principio, se intentó utilizar el óvulo

de la esposa a través de la fecundación in vitro, sin embargo, el cuerpo de la mujer que alquilaba su vientre rechazó el óvulo. (Iniciativa Congreso de la Republica, 2018)

“Este vacío normativo al que hace referencia el Dr. Velásquez, el que ha permitido el desencadenamiento de hechos y decisiones tan lesivas e irremediables de los derechos fundamentales de los menores involucrados”.

Sin embargo, hay que recordar que en diciembre de 2014, durante la adopción del “Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto”, el Parlamento Europeo aprobó la totalidad del párrafo 114 que condena la práctica de maternidad subrogada: [...] “la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima”.

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 T968 de 2009. (Cadavid y Barrera, 2017)

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.

Y últimamente, en el año 2018, una iniciativa de María del Rosario Vega, Senadora de la Republica, en la que pretende prohibir el alquiler de vientres en Colombia con el fin de proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer, así como el derecho a la vida, la dignidad, la libertad, la integridad y la seguridad de quien está por nacer y además que quienes realicen o participen en la contratación de maternidad subrogada, incurrirán en los delitos contemplados en los artículos 188A del Código Penal (Trata de personas) y art 2 de la Ley 919 de 2004.<sup>1</sup>

Sin embargo, es importante entender que la mayoría de países de Europa y otros continentes regulan esta práctica ya sea con Prohibición absoluta, Permiso expresa o Permiso regulada, y Colombia se esta quedando atrás, causando un vacío jurídico, especialmente en la parte penal, que da pie a explotación y otros delitos que se pueden dar al no ser regulado este fenómeno, y esto no solo está sucediendo en este país, sino en la mayoría de países sudamericanos.

En Italia, por ejemplo, la ley prohíbe expresamente la subrogación, en la India; es abiertamente permitida la maternidad subrogada con fines lucrativos. Las clínicas y solicitantes celebran contratos privados con las gestantes, en España; La Maternidad Subrogada se entiende como una Explotación de la Mujer con Fines Reproductivos, y en este sentido está expresamente prohibida en el artículo 10 de la ley 14 de 2006, en China; Prohíbe a instituciones y personal médico realizar procesos de subrogación, en Canadá; está prohibido el pago por subrogación, en Francia; Las disposiciones francesas prohíben la maternidad subrogada, e incluso restringen que sus ciudadanos viajen a otras jurisdicciones para realizar esta práctica, en Alemania; La práctica está prohibida por ser vista como comercio de personas y por último en Estados Unidos;

---

<sup>1</sup> ARTÍCULO 2o. Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión.

es el país con más experiencia en el proceso de gestación subrogada, cada Estado marca sus propias restricciones y condiciones. Existen territorios que prohíben rotundamente esta práctica y otros que la permiten abiertamente, dentro de estados como California e Illinois es permitida; la legislación en el estado de California permite realizar un ciclo de gestación subrogada a todo tipo de familias. Madres solteras o padres solteros, parejas homosexuales o heterosexuales e incluso transexuales tienen el derecho de formar una familia, básicamente se contempla legalmente que cualquier persona tiene el derecho de formar una familia.

Así las cosas, debemos estudiar.

¿Cuáles son los avances con respecto a la regulación de la maternidad subrogada en Colombia y cuáles son sus implicaciones en el derecho?

## **1.2. Objetivos**

### **General**

Realizar una aproximación a los avances sobre regulación de la maternidad subrogada en la normatividad colombiana desde el año 2014 al 2019

### **Específicos**

- Elaborar una caracterización de la regulación de maternidad subrogada en Colombia.
- Generar un estudio al derecho comparado en países latinoamericanos y España, en torno a la regulación sobre maternidad subrogada.
- Reconocer los avances normativos y jurisprudenciales con respecto a el uso de la maternidad subrogada en Colombia durante los años 2014 a 2019.

### 1.3. Justificación

Es indudable que las técnicas de la procreación humana asistida rompen con los presupuestos sobre los cuales se cimentó la legislación Colombiana, frente a la regulación, no solo del individuo sino de las relaciones familiares; situación que obliga al Estado a regular los derechos y deberes que se origine en las nuevas maneras de procrear como la maternidad subrogada. Si bien es cierto, desde lo civil, en Colombia, parece estar regulada la parte de alquiler de vientre o maternidad subrogada, como lo menciona la sentencia T-968 de 2009:

*“El alquiler de vientre, también conocido como maternidad subrogada, se da a través de un contrato que lo conforman dos partes; por un lado, tenemos a la pareja que aporta el material genético –como es el ovulo fecundado– y por otro lado, a la mujer fértil quien presta su útero para que se dé el proceso del embarazo”. Éste contrato 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 (sentencia T-968 de 2009.). (Navarro, 2017)*

Desde la parte penal, y posibles efectos de este contrato no se ha acudido a una regulación que prohíba o permita taxativamente esta práctica de fertilidad, por lo que se puede acudir a la anomia, que para Durkheim (1976)

*“La anomia, como estado social, es una falta de dirección que suele aparecer en las épocas de revolución social. En el individuo se corresponde con un desconcierto inseguridad o lo que hoy se suele definir como alienación o pérdida de identidad. La anomia es un estado de sociedad en el que los valores tradicionales han dejado de tener autoridad, mientras que los nuevos ideales, objetivos y normas todavía carecen de fuerza”.*

Lo que obviamente traería inseguridad jurídica y desorganización social ya que, por otro lado, esta práctica se ha popularizado, puesto que la Maternidad sustituta, maternidad subrogada o alquiler de vientre son los nombres con los que se denomina habitualmente a este proceso, brinda

la oportunidad de ser padres a las parejas que se encuentran impedidas biológicamente para tener hijos.

Actualmente los tiempos han cambiado y las concepciones de familia se han ido amoldando a la contemporaneidad, las necesidades psíquicas, fisiológicas y sociales de la descendencia son un hecho común a la mayoría de las culturas existentes en el planeta tierra debido a esto muchas parejas acuden a esta práctica como nueva forma de maternidad.

El proceso de alquiler les permiten que logren tan anhelado deseo, rompiendo con ello la barrera natural, es allí donde la ciencia brinda mediante avances tecnológicos que nos enriquece como especie, la fecundación in vitro con transferencia de embrión y convenios de subrogación de vientre gestante, en el cual una mujer mediante un previo acuerdo entre partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño o niña fruto de ese proceso en el momento del nacimiento o a los pocos días a otra persona o pareja, renunciando a sus propios derechos como madre.

Lo que requiere profundizar en el tema no solo desde la parte civil como un mero contrato, sino desde el pronunciamiento de la corte donde manifiesta que:

*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.” La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.( Sentencia T-968/09) (Pinzón, 2015)*

Y es importante como profesionales indagar en fenómenos sociales que tienen implicaciones jurídicas y que pueden causar conflictos en el derecho penal, analizando sistemas jurídicos diferentes al nuestro donde se presenten las distintas opciones con respecto a la maternidad subrogada, ya sea de prohibición, admisión o en omisiones de regulación como en Colombia.

#### **1.4. Estado del arte**

Trabajos como “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores” de el Dr. Javier Martín Camacho. Universidad Kennedy Buenos aires Argentina. 2009, identifican y analizar críticamente los principales argumentos en contra de la maternidad subrogada, señalar algunas inconsistencias de los mismos y presentar contraargumentos, para luego fundamentar nuestra propia posición a favor de la práctica, entendiéndola como moralmente aceptable, dentro de ciertos límites.

(Camacho, 2009. P.2)

En la investigación, Maternidad subrogada, su reconocimiento extraterritorial, un nuevo paradigma de Tello Lorena, se aborda la problemática del reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada. Demostrando la necesidad de una normatividad que brinde respuestas jurídicas a esta nueva realidad. Teniendo en cuenta el motivo de la escogencia de esta opción de maternidad, la problemática social y psicológica de la maternidad subrogada, definiendo los conceptos que la componen, así mismo se aborda la voluntad de las partes a la procreación y la resignificación de un nuevo modelo de familia. También se tiene en cuenta en este estudio la regulación legal nacional (argentina) e internacional. Y para finalizar la trascendencia social y psicológica que tiene este tema y por lo que debe ser regulada.

Paola Andrea Cardona en *Incidencias sociales, jurídicas y bioéticas de la maternidad Subrogada en Colombia*, enseña que este fenómeno se ha convertido en un negocio para muchas mujeres que, a veces arriesgando su vida y sin pensar las secuelas psicológicas y físicas que dicho contrato traería a sus vidas, prestan su cuerpo para que otros puedan ser padres. Muchas disertaciones se realizan respecto a la valoración legal, ética y social que trae consigo el hecho de que una mujer subrogue sus derechos como madre, generando en el tejido social problemáticas que enfrentan conceptos Bioéticas, sociológicos, psicológicos y por supuesto jurídicos, buscaban determinar las repercusiones que dentro del ámbito social, jurídico y bioético de Colombia tendría el hecho de considerar factible desde el punto de vista normativo el arrendamiento del vientre de la mujer. (Cardona y Parra, 2011. P. 5)

Por otro lado Katherine Leon Velez en el estudio, *El futuro de la maternidad subrogada en Colombia: una perspectiva desde las experiencias de España y México*. Manifiesta que aunque la inseminación artificial y la fecundación in vitro permiten que una persona infértil pueda tener hijos, en muchos casos estos procedimientos no son suficiente para lograrlo. Por lo anterior, quienes quieren tener un hijo, pero no pueden gestarlo han acudido a mujeres terceras para que gesten un bebé con el material genético de la persona infértil. (León y Millán, 2013. P.11 Y que la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada plantea un problema de incertidumbre sobre cómo solucionar los conflictos entre los derechos de las partes del contrato y los derechos del menor, en caso que exista un incumplimiento entre las partes del contrato. (León y Millán, 2013. P.11)

En *Contrato de arrendamiento del vientre de una mujer una mirada de la norma Constitucional Colombiana*. Emilio José Aguilar Gómez. Aborda el tema con respecto a que

en Colombia existe actualmente un respaldo constitucional que justifica la aplicación del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer como una institución jurídicamente aceptada, para todos los efectos de este trabajo se ha denominado “Principio de libertad reproductiva”, y se encuentra amparado en la constitución nacional y distintos tratados internacionales. La

En estudio llamado Subrogación de vientres. Sahra Montserrat Vargas Núñez. Se remite a la opinión en apoyo o en desacuerdo acerca del alquiler de vientres para la gestación, de un grupo de edad de mujeres mexicanas entre 20 y 70 años. (Vargas, 2013. P.6) El panorama general de este método de reproducción es desalentador, porque no es propuesta viable, de acuerdo a la investigación de campo y estadísticas realizadas con la opinión de mujeres mexicanas mayores de 18 años, esta no es una opción que pudiera ser elegible en nuestro país, ya que México es un país culturalmente conservador y esta propuesta rompe con muchos parámetros morales. (Vargas, 2013. P.6)

Estudios como el Contrato De Maternidad Subrogada: La Experiencia Estadounidense de Camilo A. Rodríguez, identifica los Estados Unidos frente al contrato de maternidad subrogada. Esta experiencia tiene como características principales las siguientes: a) existe una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia, b) no hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato, c) se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para determinar su validez, y d) la regulación del contrato de maternidad subrogada está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan del contrato. (Rodríguez y Martínez, 2012. P.62)

Y por último, encontramos la Reproducción humana asistida y filiación en el derecho de familia colombiano de Ana Lucia Suarez Parada, el cual habla sobre el porque ya sea por

razones ético-filosóficas, de doctrina, psicológicas y limitaciones prácticas, se reconoce que en nuestro país no existe una regulación legislativa sobre los temas relacionados con las nuevas tecnologías sobre la vida, lo cual implica que, al no estar consagradas legislativamente las técnicas de reproducción humana asistida, este tema quedó bajo interpretación constitucional sobre el “nasciturus” (No nacido) como protección de la “vida humana embrionaria” en Colombia. (Suarez, 2008. P. 3)

Y que además la reglamentación legislativa sobre las técnicas de reproducción humana asistida y filiación en el Derecho de Familia Colombiano, ha tenido un desarrollo inverso, ya que primero se promulgaron las sanciones penales para este tipo de prácticas, sin haberse dictado leyes relativas a las técnicas de reproducción humana y al estatuto del embrión, a fin de establecer sus límites, consecuencias físicas y psicológicas, la responsabilidad que puede generar, tanto de carácter civil como administrativa. (Suarez, 2008. P. 3)

En conclusión, estos estudios muestran que la técnica de reproducción asistida denominada maternidad subrogada, ha representado una discutida alternativa para brindar a personas que enfrentan situaciones de infertilidad, la oportunidad de ser padres, hasta hace relativamente poco tiempo los sistemas jurídicos de determinadas naciones han tomado interés en regular la citada práctica, ya sea en su modalidad altruista e incluso comercial. Coinciden en afirmar que, en algunos países, los procesos de maternidad subrogada son calificados como una práctica lícita que debe ser admitida jurídicamente frente a la posición de otros países occidentales, -que apoyan la prohibición de esta práctica al considerar que las personas no pueden ser objeto de comercio, ya que con ello se permitiría la mercantilización de la filiación y la instrumentalización de la madre gestante.

Por otro lado, es claro que las experiencias internacionales en el tema de maternidad subrogada han llevado a concluir que los derechos y las obligaciones que tienen las madres gestantes son verificar el consentimiento informado respecto a los riesgos médicos de la futura práctica, así como establecer una limitación en cuanto al número de veces que puede prestar su cuerpo para el procedimiento, haber tenido embarazos previos, tener idoneidad psico-física y una edad que no implique un embarazo de alto riesgo.

Pero sobre todo propician un estudio de la necesidad de regular esta práctica en Colombia y especificar penalmente las consecuencias.

### **1.5. Metodología**

La perspectiva metodológica que se ha seguido en este estudio ha sido la interpretativa cualitativa. Se llevo a cabo un estudio de caso, donde se pretende comprender la experiencia, de cada uno de los protagonistas considerando que la realidad se construye por los individuos en interacción con su mundo social, en la investigación cualitativa el interés está puesto en comprender los significados que los individuos construyen, es decir, como toman sentido de su mundo y de las experiencias que tienen en el.

Estas experiencias individuales en forma de estudio de caso, permiten llegar al conocimiento de la realidad del fenómeno social y normativo, esta perspectiva sigue una estrategia de investigación principalmente inductiva, donde se parte de lo específico, a lo general, por lo que el producto de estudio es descriptivo.

#### **1. El Estudio de caso como método de recolección**

La principal evidencia en esta investigación es un estudio de caso de la madre subrogante; un instrumento que permite conocer los detalles legales y procedimentales; el estudio de caso

del procedimiento y las posibles consecuencias de un trámite como lo es el “préstamo de vientre” o maternidad subrogada. El estudio de caso, entonces es un instrumento o método de investigación con origen en la investigación médica y psicológica y que ha sido utilizado en la sociología y ciencias sociales por autores como Herbert Spencer, Max Weber, Robert Merton e Immanuel Wallerstein. Se sigue utilizando en áreas de ciencias sociales como método de evaluación cualitativa.

Algunos consideran el estudio de caso como un método, y otros como un diseño de la investigación cualitativa. Como dice Yin (1993), el estudio de caso no tiene especificidad, pudiendo ser usado en cualquier disciplina para dar respuesta a preguntas de la investigación para la que se use. Para la selección de un caso, puede atenderse al carácter representativo de un caso concreto, aunque la intención del estudio de caso no sea precisamente la de generalizar datos (puede ser que la intención sea transformar esa realidad, y no generalizar a otros casos).

## **2. La Entrevista semiestructurada a especialistas y profesionales del derecho en fertilidad y alquiler de vientre (Maternidad subrogada).**

En este caso específico se realiza una entrevista semiestructurada a especialistas del área de medicina en fertilidad, estos doctores fueron los encargados de llevar a cabo el procedimiento de alquiler de vientre y fertilización por lo que su información técnica y personal es de suma importancia en este trabajo; son muchos los autores que avalan esta metodología (Elliot, J. (1990); Hopkins, D. (1989) Kemmis, S. Y McTaggart, R. (1988); Pérez, G. (1994), entre otros), y su validez; se ha escrito mucho (Cohen y Manion (1990); Taverner, S. (1996); Sfard, A. (1999); y es suficientemente conocida su efectividad por Sabino 1992.

Se le realizó entrevista a los médicos y abogados asesores de la clínica de fertilización, con el objeto de conocer el procedimiento paso a paso, de la maternidad subrogada, tanto los procedimientos de hecho como la documentación y procedimiento legal o normativo que las instituciones llevan a cabo en estos casos en Colombia, con el objeto de realizar un análisis de los mismos y poder confrontar las opiniones al respecto sobre el tema.

La entrevista. El Diccionario de la Real Academia define entrevista de la siguiente manera: “Vista, concurrencia y conferencia de dos o más personas en lugar determinado para tratar de resolver un negocio”. En general remite al intercambio verbal en el cual existen dos roles bien definidos, el del entrevistador y el del entrevistado, donde generalmente el primero intenta obtener información sobre el segundo. Se trata en consecuencia de un proceso de interacción con un fin determinado. (Hernández et al, 2003 p. 455)

Es más flexible y abierta, de modo tal que el entrevistador puede modificar el orden de sus intervenciones y la forma de encauzar o enunciar sus interrogantes para adaptarlos a las diversas situaciones y características particulares de los sujetos de estudio. No obstante, esa flexibilidad, sus intervenciones dependen de los objetivos que se persiguen de acuerdo al problema a abordar en relación con el marco teórico adoptado.

Entre las ventajas de este tipo de entrevista se tienen:

- a. La flexibilidad para aplicarse a toda clase de sujetos en situaciones diversas.
- b. La posibilidad de profundizar temas emergentes en la misma entrevista u otros temas de interés.
- c. La posibilidad de orientar la exploración hacia nuevas áreas de interés.

Entre sus desventajas se mencionan:

- a. La duración temporal puede ser mayor.
- b. La dificultad para la comparación de los datos obtenidos.
- c. La mayor exigencia en la formación del entrevistador, tanto en el tema abordado como en la habilidad técnica para obtener información.

Dentro de la Entrevista no estructurada se suelen distinguir algunos subtipos: Entrevista en profundidad, y Entrevista focalizada. En este caso las entrevistas a los funcionarios y especialistas se enfocan a conocer la parte legal y el cumplimiento del contrato legal en caso de existir, ya que la parte médica y psicológica no es materia de este estudio.

La Entrevista Semiestructurada, conocida también como mixta o semi-libre, es una herramienta de investigación cualitativa; la entrevista estructurada está completamente preparada siguiendo un orden secuencial con preguntas previamente establecidas para obtener respuestas puntuales; tanto como un sí o un no. La modalidad libre o abierta, en cambio, no se rige por una estructura, más bien, es una conversación que sí se basa en un objetivo pero las preguntas son totalmente espontáneas, sin seguir un guion específico o con un guion que puede variar teniendo en cuenta el curso de la entrevista. (Sabino, 1992 p.116)

Se utiliza con dos objetivos, primero, y muy importante, para obtener un tipo de información general, respecto a las personas que se entrevistan, a partir de las preguntas de la parte estructurada sobre: habilidades, capacidades, conocimientos, entre otros. El segundo objetivo es profundizar en algún tema, área o característica particular de forma libre y con preguntas espontáneas sobre el tema que se quiere conocer.

Es usual distinguir diferentes etapas de la o las entrevista/s.

a) Preparatoria o pre entrevista: El entrevistador planifica la entrevista y define las áreas o ejes que orientarán el intercambio para la obtención de información, así como el tiempo a utilizar. Se tiene en cuenta: el origen de la consulta, quien la realiza y las características que tiene.

b) Desarrollo. Comprende generalmente dos momentos diferentes

1) Introducción o apretura. Corresponde al saludo y presentación. En su transcurso se informan los objetivos del proceso, la metodología, el contexto, etc. En ese momento es importante atender a la comunicación no sólo verbal sino extra verbal, que proporciona información adicional sobre características del entrevistado.

2) Cuerpo o acontecer propiamente dicho Se exploran, de acuerdo a los objetivos, áreas específicas sobre las que se necesita obtener información o se escucha lo que propone el sujeto (paciente).

En general se recomienda además de tomar registro escrito de los intercambios verbales, registrar las observaciones acerca de las manifestaciones emocionales posturales, etc. del sujeto durante la entrevista.

c) Cierre: Se refiere al momento de finalización de la entrevista. Según los objetivos propuestos en algunos casos se trata de producir situaciones abiertas que permitan futuros esclarecimientos; en otros se indican los próximos pasos del proceso, se comprueba la disponibilidad del sujeto, etc.

d) Evaluación Se trata de un momento posterior a la entrevista en el que se analizan los resultados de la entrevista; se relaciona la información obtenida con la de otras fuentes, que permitirán posteriormente elaborar el informe.

Las entrevistas y el entrevistar son elementos esenciales en la vida contemporánea, es comunicación primaria que contribuye a la construcción de la realidad, instrumento eficaz de gran precisión en la medida que se fundamenta en la interrelación humana. Proporciona un excelente instrumento heurístico para combinar los enfoques prácticos, analíticos e interpretativos implícitos en todo proceso de comunicar (Galindo, 1998:277).

En el caso concreto se realizaron 2 entrevistas a médicos especialistas en fertilidad y dos entrevistas a abogados con conocimientos del tema.

### **3. Revisión de Bibliográfica y material de medios de comunicación e informes institucionales sobre el tema.**

Con este sistema se tuvieron en cuenta los casos de maternidad subrogada que se hayan presentado en Colombia y de los que exista alguna evidencia en medios de comunicación, adema de estudios sobre el tema, informes de instituciones oficiales o de organizaciones sin ánimo de lucro (ONG), además de la evidencias de los medios de comunicación y estudios académicos y legales sobre el tema, para complementar la información que se encuentre con el estudio de caso y las entrevistas.

**Población:** La población que se estudió en esta investigación son las mujeres que acuden a tratamientos de fertilidad o más específicamente a alquiler de vientre y las mujeres que actúan en este proceso. (Madres de alquiler o subrogada)

**Muestra:** La muestra se conformó de dos casos específicos sobre alquiler de vientre donde se estudió la madre biológica y la madre subrogada o madre de alquiler de vientre. Además de los especialistas entrevistados, de profesión médicos y abogados.

## **Análisis de los datos**

### **Triangulación**

Denzin define la triangulación en investigación como “*la combinación de dos o más teorías, fuentes de datos o métodos de investigación en el estudio de un fenómeno singular*” (Denzin, 1970). Según el aspecto en el que se adopte la estrategia de combinación se puede hablar de:

1. *Triangulación de fuentes de datos* que consiste en la consideración del punto de vista de los distintos grupos que conforman la realidad objeto de estudio. 2.

*Triangulación de investigador* que supone la participación de varios investigadores en el proceso y cuyo objetivo es compensar el sesgo potencial derivado del análisis de los datos desde una única perspectiva.

3. *Triangulación teórica* aplicando en la investigación las distintas teorías existentes sobre un tema con el objeto de encontrar los aspectos complementarios aplicables al tema de investigación que aportan las distintas perspectivas.

4. Finalmente, la *triangulación metodológica* consiste en la combinación de varios métodos de recogida y análisis de datos para acercarse a la realidad investigada.

Denzin se refiere a la combinación de estos tipos de triangulación como

*triangulación múltiple*. (Navarro, 2012)

Teniendo en cuenta las tres técnicas utilizadas en la investigación para recolectar datos se realiza una triangulación para el análisis, teniendo en cuenta la opinión de los especialistas médicos y abogados, quienes pidieron no revelar sus nombres y los estudios de caso de madres subrogadas y subrogantes quienes aportaron sus narraciones absteniéndose de revelar sus datos personales por razones personales, así como la jurisprudencia, normativa y teoría actual sobre el tema.

**Tabla 1. Matriz de triangulación entrevistas, estudio de caso, revisión documental**

|                    |                    |                    |               |
|--------------------|--------------------|--------------------|---------------|
| <b>Instrumento</b> | <b>ENTREVISTAS</b> | <b>ESTUDIOS DE</b> | <b>TEORIA</b> |
| <b>Categoría</b>   |                    | <b>CASO</b>        |               |

|                        |   |   |  |
|------------------------|---|---|--|
| <p><b>Contrato</b></p> | <p>Tanto los abogados entrevistados como los médicos, manifestaron que el procedimiento se regula por un contrato formal entre las partes donde se regula el objeto del contrato, los cuidados médicos, psicológicos y físicos de la madre, las obligaciones de las partes, lo relacionado con los abortos en caso de malformación o peligro de la vida de la madre sustituta, además de abortos por exclusión, también las cláusulas por incumplimiento, y sobre filiación la renuncia a la patria potestad y derechos filiales de quien presta el vientre, además del pacto económico o compromiso, no habla nada de consecuencias penales u otras.</p> | <p>Afirman haber firmado un contrato y haber pagado y recibido lo dispuesto en todas las etapas del proceso, recibieron la correspondiente asesoría psicológica, médica y físico correspondiente y todo se hizo como la clínica lo dispuso.</p> | <p>La Corte Constitucional estableció, sin embargo, unos requisitos mínimos para entender la validez de la figura de maternidad subrogada, con base en escritos doctrinales, los cuales son:</p> <p>A) Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.</p> <p>B) Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita el vientre).</p> <p>C) Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.</p> <p>D) Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.</p> <p>E) Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante, y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.</p> <p>F) Que se preserve la identidad de las partes. G) Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.</p> <p>H) Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia. I) Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.</p> <p>J) Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica.</p> <p>Con estas condiciones se</p> |
|------------------------|---|---|--|

|  |  |  |
|--|--|--|
|  |  | <p>garantiza que los padres biológicos del menor sean los donadores de los gametos, es decir, el óvulo y el espermatozoide, y no quien ha prestado el vientre para su gestación. Dicho lo anterior, se da claridad respecto a los derechos especiales que se otorgan a los padres biológicos de cualquier menor, es decir, el derecho a reconocerlo como su hijo, a ejercer la patria potestad, a velar por sus intereses, y los demás de una relación filial.</p> <p>Sin embargo de lo anterior, para todos los efectos legales se realiza el símil frente a la madre adoptante, en el sentido en que ésta recibirá el menor, mientras la madre gestante ha sido quien realizó la gestación y el parto.</p> <p>En el mismo sentido, se aplica la normatividad vigente respecto a la licencia de maternidad, consagrada en los artículos del Código Sustantivo del Trabajo, otorgándole en razón al nacimiento del menor la licencia remunerada por un término equivalente a catorce semanas. De igual manera, la protección otorgada por el artículo 239, mediante la cual se impide la terminación del contrato durante el periodo de gestación y hasta tres meses después, es aplicable tanto a la madre sustituta como a la madre biológica del menor.</p> |
|--|--|--|

|                                      |  |   |  |
|--------------------------------------|--|---|--|
| <p><b>Posibles consecuencias</b></p> | <p>Se refieren especialmente a las consecuencias extracontractuales de los contratos, los abogados manifiestan que no existe regulación que prohíba los procedimientos por tanto no se dan consecuencias penales</p> | <p>No creen que existan consecuencias, creen que es una ayuda para quienes no pueden tener reproducción natural puedan formar una familia, para esto existen antes estudios de as partes, para que no surjan problemas.</p> | <p><b>Filiación</b><br/>         Nuestra legislación de familia parte de la concepción como producto del coito entre un hombre y una mujer. Pero la ciencia ha creado la posibilidad de una concepción sin coito.</p> <p>El Derecho civil colombiano, en lo que a la filiación respecta, fundamenta en un hecho biológico la</p> |
|--------------------------------------|--|---|--|

|  |  |  |
|--|--|--|
|  |  | <p>legitimidad o ilegitimidad de un niño depende del matrimonio de la madre. Esto por cuanto una vez probado el parto y la identidad -que son factores de la maternidad- en la madre casada, automáticamente se acredita la filiación legítima paterna del bebé, porque se presume que el padre es el marido de la madre, siempre y cuando este no impugne la paternidad. Si lo hace y prospera su impugnación el niño tendrá la calidad de hijo extramatrimonial de la madre; igual calidad tendría si la madre fuera soltera.</p> <p>O en cuanto a la madre sustituta, si es casada, se presume que el padre del hijo es su marido siempre y cuando éste no impugne la paternidad, entre otros casos</p> <p>En cuanto a la maternidad sustituta se acude a la analogía con las normas atinentes a la adopción con el fin de proteger al hijo subrogado, pero puede también presentar problemas.</p> <p>También se pueden dar consecuencias en cuanto a legislación sucesoral.</p> <p>Responsabilidad civil. Por otra parte, la naturaleza del daño que puede producir esta actividad no va de acuerdo con el sentido de los perjuicios en materia contractual. Aquí no se trata de meras disminuciones patrimoniales que afectan la capacidad económica de las partes; es la vida y la integridad física y mental de los pacientes y de una futura criatura lo que está en juego. Por razones morales y de orden público estas</p> |
|--|--|--|

|                     |  |   |   |
|---------------------|--|---|---|
|                     |  |   | <p>cuestiones no pueden estar sometidas al libre arbitrio de las personas para producir una regulación despótica. Por lo demás, estos daños pueden y deben dar origen a las responsabilidades del caso.</p>   |
| <b>Normatividad</b> | <p>Se siguen las normas civiles y se tienen en cuenta la filiación en familia, el derecho a crear una familia y los consentimientos informados</p> | <p>Solo conocen el contrato, saben que no existen normas, pero no está prohibido porque las clínicas son legales y no cometen ningún delito</p> | <p>Es un tema que genera controversia y en territorio nacional no existe una regulación expresa del asunto. Por el momento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuenta con una Sentencia, la T-968 de 2009, que estudió en profundidad el caso y debido a que no existe norma explícita en la legislación, la reconoció como una práctica legal, basándose en el Artículo 42 de la Constitución Política y el Artículo 1602 del Código Civil: consentimiento libre, capacidad, objeto lícito y causa lícita.</p> |

|                       |   |            |  |
|-----------------------|---|------------|--|
| <b>Jurisprudencia</b> | Solo se conoce el pronunciamiento de la T/968 de 2009 donde no prohíbe, reconoce otros pronunciamientos de la corte, pero específicamente sobre otros procesos de reproducción asistida | No conocen | <p>La iniciativa, presentada por los senadores del Centro Democrático María del Rosario Guerra y Santiago Valencia, busca castigar con seis a ocho años de cárcel a quienes promuevan o participen en alquiler de vientres con fines lucrativos. Además, se impondría una multa de 50 a 100 salarios mínimos vigentes. Sin embargo, el proyecto de ley también pretende regularla para parejas que presenten una incapacidad biológica certificada para concebir.</p> <p>En Colombia la Corte Constitucional, en la sentencia T-968 de 2009, definió el alquiler de vientre 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 este. En este</p> |
|-----------------------|---|------------|--|

|  |  |  |  |
|--|--|--|--|
|  |  |  | <p>evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. 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”</p> <p>Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia T-968 de 2009, estudió a fondo el caso del señor Salomón, quien con su esposa Raquel, contrataron los servicios de Sarai para que ésta última les alquilara el vientre y así, poder tener el bebé. En la sentencia se reconoció que la legislación colombiana no tenía regulación expresa frente al tema, por lo cual debía ser reconocida como una práctica legal, puesto que cumplía con los requisitos establecidos por el artículo 42 de la Constitución Política y el artículo 1602 del Código Civil, esto es: 1. Consentimiento libre, 2. Capacidad, 3. Objeto lícito y 4. Causa lícita.</p> |
|--|--|--|--|

|                        |  |  |   |
|------------------------|--|--|---|
| <b>Recomendaciones</b> | Se recomienda ser más claro en los requisitos de ley, y las posibles consecuencias que surjan de estos procedimientos, para no caer en crear un negocio ilícito. | Creen que debe regularse especialmente en la parte de filiación y para hacer menos costosos estos procedimientos | El derecho tiene que ajustarse a la realidad social con el fin de regular adecuadamente la conducta humana.<br><br>Si bien no existe una legislación especial en materia de Reproducción Humana Asistida, lo cual lleva a un vacío legal ello no significa que haya ausencia total de regulación legal, pues la que rige en Colombia puede aplicarse {Por analogía y en lo que no le sea incompatible, a las diferentes circunstancias que la ciencia nos plantea, con excepción de la ley penal por razones penales. |
|------------------------|--|--|---|

## Capítulo II

### 2. Marco Teórico

#### 2.1. Contextualización de la maternidad subrogada

La maternidad subrogada o “gestación por sustitución”, “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler” es el compromiso entre una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes. (Vasanti, 2003. P. 3).

Cabe diferenciar al respecto los siguientes conceptos:

- “Subrogar”: es “Subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra”

- “Delegar” es “Dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación”
- “Incubar” es “Ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos”
- “Sustituir” o “Substituir” es “Poner a una persona o cosa en lugar de otra” (Vasanti,

2003. P. 3)

López Faugier considera que la acepción más correcta de esta TRH es la de madre gestante, dado que “gestar” significa: “llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto.

La evolución de la figura y la distinción entre distintas situaciones ha permitido advertir que la expresión “subrogación” no es jurídicamente correcta por no englobarlas a todas. Como vimos según el diccionario de la Real Academia Española subrogar es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo que hoy se lo identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético.

Sin embargo, esto no acontece en la mayoría de los casos. Consecuentemente, se ha comenzado a utilizar el término sustitución para especificar que se gesta (y sólo se gesta) para otro y por otro que no puede hacerlo. El anteproyecto de reforma del Código Civil utiliza la expresión “gestación por sustitución” por dos razones fundamentales: en primer lugar, la gestante no es la madre, por lo que la palabra “maternidad” no es la adecuada; en segundo lugar, porque, como se verá, la normativa sólo acepta la figura de la mujer puramente gestante.

Según la Dra. Gloria Naranjo:

*“la maternidad delegada, sustituta o por encargo consiste en el hecho de que una mujer dé a luz y no asuma los efectos jurídicos propios de la maternidad porque esta los ha delegado a otra mujer. La situación puede darse: Por implante en el útero de un óvulo fecundado de otra mujer. Por el implante de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de su propio óvulo fecundado mediante inseminación artificial o fecundación in vitro. Por fecundación directa y natural. En los ordenamientos en los que la maternidad subrogada se recepta de manera más generalizada se instrumenta mediante acuerdos comerciales, por los cuales el individuo o pareja comitente paga a la madre subrogada una suma dineraria, dirigida a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, más una suma adicional a la agencia que actúa de intermediaria, que es la encargada de buscar la candidata idónea a madre subrogada y de formalizar el acuerdo entre las partes. (Naranjo, 1992. P. 22)*

La maternidad subrogada plantea la existencia de un nuevo tipo de parentesco, que será parentesco genético si los hijos son concebidos por los gametos pertenecientes a la pareja recurrente. Si estos fueron adquiridos en un banco de semen y/o de óvulos los hijos concebidos deberían ser considerados como hijos adoptivos de la pareja recurrente, e igual situación se debería dar en el caso de que el óvulo aportado sea de la madre delegada.

Zanonni agrega otro componente al concepto que dice:

*“La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja” la diferencia radica en que no es sólo el óvulo de la mujer que solicita el bebé o el semen de su esposo, sino ambos dando origen a un embrión que se implanta en la mujer subrogada. Es necesario que el concepto sea lo suficientemente abarcativo y descriptivo de lo que se considerará maternidad subrogada, sus integrantes y el medio de instrumentación de las obligaciones, dado que está de por medio la vida de un ser humano y de los involucrados, al cual el Estado protege mediante sus cuerpos jurídicos. (Campillo, 2009. P.4)*

La maternidad subrogada plantea conflictos y planteamientos que hace muchos años hubieran sido inimaginables. Frente a estos los antiguos principios éticos o formas de razonar moralmente devienen insuficientes. Estos fenómenos requieren de nuevas formas de razonamiento, nuevos principios, nuevos enfoques, para a dar respuesta a esto se recurre a la bioética.

En los casos de maternidad subrogada generosa no debe perderse de vista que una pareja no paga para que una persona procrea un niño y se lo ceda. Page considera que es el caso más común de todos, pero también el más aberrante moral y legalmente, frente a una práctica que no puede permitirse. La razón evidente es que se trata de un caso particular de venta de personas y eso es “esclavitud”. Frente a este planteo se alza el de quienes sostienen como baluarte la libre decisión de la mujer.

Por otra parte, se plantea que los convenios de esta naturaleza deberían ser de nulidad absoluta por hallarse las personas fuera del comercio no pudiendo ser objeto de relaciones jurídicas estando ello en contraposición con la dignidad y el respeto del ser humano.

También se ha planteado que constituye una violación del derecho constitucional del niño a su identidad, asociándose también al tráfico internacional de niños. (Naranjo, 1992. P. 22)

Sin duda alguna, los nuevos descubrimientos e inventos y los avances científicos han sido particularmente importantes significativos, año tras año, la sociedad ha sido testigo de la aparición de nuevas vacunas, procedimientos o instrumentos científicos encaminados a la cura o tratamiento de enfermedades físicas o psicológicas, la búsqueda de soluciones médicas al problema de la infertilidad de hombres y mujeres representa uno de los campos en donde se han presentado grandes avances, siendo uno de ellos los tratamientos de reproducción asistida, desde este contexto, surgió la figura de la subrogación, la cual puede dividirse en tradicional y gestacional la primera se presenta cuando una mujer acepta quedar embarazada con la esperma de un hombre casado, y luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé fruto de ese procedimiento, se entiende que los padres del recién nacido son el hombre y su esposa.

Por su parte, la subrogación gestacional existe cuando la espermia de un hombre casado se integra con el ovulo o huevo de su esposa, y el embrión que resulta de dicho procedimiento se implanta posteriormente en el útero de otra mujer, estas modalidades también se conocen con el nombre de subrogación parcial y subrogación. (Naranjo, 1992. P. 22)

La subrogación permitió la aparición de la figura de la maternidad subrogada esta ha sido considerada por muchos como un procedimiento controversial debido a los efectos negativos que produce para las madres subrogadas, es decir, aquellas que aceptan quedar embarazadas y gestar un bebé en su cuerpo.

El deseo de ser madre y la lucha constante contra ese reloj biológico es lo que ha impulsado a muchas mujeres que tenían el deseo imperioso de ser madres a buscar la solución en las TRA ( Técnicas de reproducción asistida), por otro lado se encuentra la búsqueda de esta técnica por parte del hombre con poca o deficiente calidad espermática de allí que no solo se recurre a esta técnica por problemas de infertilidad en la mujer frente a la reproducción asistida sino también el hombre que busca romper con esa barrera biológica que le impide ser padre la OMS nos aprueba esta técnica solo en casos donde la pareja llevan al menos un año intentando concebir un embarazo, manteniendo relaciones sexuales regulares sin protección o a menos de que se conozca alguna causa diagnosticada de infertilidad .

Pero además de esta necesidad biológica interviene un contexto social, cultural y personal que nos acompaña desde la infancia y que nos invita también a desear hijos pues la maternidad puede ser visto como algo que la sociedad espera en una mujer, tradicionalmente se ha educado a una mujer para ser madres y el hecho que una mujer pueda serlo es un proceso biológico y natural, es un hecho culturalmente aceptado y socialmente esperado. Lo

normalmente aceptado es que una mujer tenga hijos, de modo que la que no los tiene se sitúa fuera de la norma.

Por otro lado, aparte del componente social encontramos el componente personal el deseo de tener un hijo forma parte de la búsqueda de la realización de una mujer, el deseo de tener un hijo se enmarca en el deseo de dar vida, de crear, que puede llegar a convertirse en un anhelo difícil de cumplir.

## **2.2. Antecedentes Históricos**

La subrogación de vientre materno, no es una figura nueva dentro del devenir de la sociedad, la primera vez que esta figura hace su aparición en registros conocidos por el hombre sucede en Antiguo Testamento (Génesis 16), libro sagrado para las tres culturas monoteístas más importantes del mundo. La esposa del patriarca Abraham, Sara, era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo.

Y la tercera madre subrogada fue Zilpá, la sierva de Lía, la primera y no querida esposa de Jacob. Tratando de conquistar el amor de Jacob, Lía le dio a luz cuatro hijos.

Al poco tiempo perdió temporalmente la capacidad de concebir y Zilpá dio a Jacob dos hijos, Gad y Aser. Luego Lía se recuperó y Jacob tuvo con ella dos hijos más, Isacar y Zabulón, así como la hija Dina. En la Sagrada Escritura se trata de la llamada maternidad subrogada tradicional, cuando debido a la falta de las técnicas de reproducción avanzadas la gente se veía obligada a recurrir a la fecundación natural de la donante que a la vez era madre de alquiler. Sin embargo, desde el punto de vista legal esos niños se consideraban hijos de profetas bíblicos y sus esposas legítimas.

La gestación subrogada fue una práctica habitual en la antigüedad, basta decir que muchos faraones egipcios se servían de sus criadas para tener hijos. Se consideraba que los gobernadores del Antiguo Egipto descendían directamente de Ra, el dios del Sol. Para que la sangre divina no se mezclara con la de personas normales, el faraón se casó con su hermana. Claro está que, en caso de haber nacido, los niños procreados en ese matrimonio incestuoso no gozaban de una salud adecuada. (Tubert. 1991. P.31)

Por ejemplo, Amemhotep I, el faraón del Reino Nuevo que gobernó en el siglo XVI a. C., no tenía un heredero y tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al futuro gran faraón Tutmosis I. A propósito, aunque los nacidos de concubinas se consideraban hijos del faraón, se veían menoscabados en sus derechos y sólo podían pretender al trono a falta de herederos más legítimos. Tutmosis I reinó durante 13 años, conquistó la mitad del mundo conocido entonces, trajo a Egipto a miles de esclavos pero cuando en 1490 a. C. murió su esposa y hermanastra Ahmose, la hija de Amenhotep I, fue destronado por los sacerdotes. Asumió el poder su hija Hatshepsut, de 16 años, que se considera la primera reina en la historia del mundo.

Llegó al trono pese a que Tutmosis ya tenía el hijo Tutmosis II, dado a luz por una esposa secundaria, e incluso un nieto nacido igualmente, el futuro gran guerrero Tutmosis III, padre de Amenhotep II. La monarquía egipcia se heredaba por línea “solar” femenina, así que el hijo del faraón, independientemente de su filiación, no podía ascender al trono sin haberse casado con su hermana o hermanastra. (Tubert. 1991. P.31)

En las Antiguas Grecia y Roma también fue una práctica muy extendida. Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia, una región que estaba situada en la parte central de Asia menor, y su esposa estéril Estratónica que personalmente seleccionó entre las

prisioneras a la bella Electra para su marido y crió a los niños fruto de esta relación como a sus propios hijos, “con amor y una generosidad admirable”.

La maternidad subrogada tradicional, cuando la madre de alquiler es simultáneamente la madre biológica del niño que está gestando, hasta ahora se usa ampliamente en todos los países donde se permite el alquiler de vientres.

Las diferencias culturales y religiosas no fueron un obstáculo para que en la Edad Media la maternidad subrogada tradicional se utilizara en China, Corea y Japón. Uno de tales casos que se hizo patrimonio de la historia está descrito en la película talentosa del célebre director coreano Im Kwon-taek que se llama de igual manera, “The Surrogate Mother”. La esposa de Li, heredero de una familia noble, era estéril y le ofrecieron como concubina a una chica campesina que aún no llegaba a la mayoría de edad. Sea dicho de paso, la intérprete del papel de la joven madre de alquiler fue reconocida como la mejor actriz en el Festival de Cine de Venecia. (Tubert. 1991. P.31)

A partir de los años 20 del siglo pasado en el tratamiento de la infertilidad empezó a utilizarse ampliamente la inseminación artificial con el semen del marido o un donante seleccionado especialmente.

El éxito de la fecundación in vitro dio impulso a las actuales técnicas de reproducción asistida, que comprenden todos los tratamientos de la esterilidad en los que se manipulan óvulos y espermatozoides. Así, en 1984 nació en California (EE.UU.) un niño concebido con un óvulo donado, y en Australia, una mujer dio a luz un bebé procedente de un embrión congelado. (Tubert. 1991. P.31)

En 1994, una italiana de 62 años tuvo un hijo gracias a un óvulo donado que fue fecundado con el espermatozoide de su esposo, con asistencia de la compañía Surrogate Parenting

Associates, Inc. constituida un año antes por el Dr. Richard M. Levin. El proceso de pruebas médicas y coordinación de la documentación legal, previa al comienzo del programa, tardó nueve largos meses, pero el embarazo fue conseguido en el primer intento y terminó con el nacimiento de un niño sano. Desde entonces Surrogate Parenting Associates, Inc. ha contribuido al nacimiento de más de 500 niños. (Tubert. 1991. P.31)

Sólo en cuatro casos las madres subrogadas han logrado ganar la batalla judicial y obtener la custodia de su hijo. También se ha dado un caso en que los progenitores han querido quedarse con sólo uno de los mellizos gestados por una madre de alquiler. Sin embargo, a solicitud de la portadora se le otorgó la patria potestad de ambos hijos, para no separarlos.

Cabe destacar que frente a estos cinco hay más de cincuenta casos contrarios, en que los padres biológicos han renunciado a sus propios hijos nacidos mediante maternidad subrogada.

Las principales razones de las renunciaciones son el embarazo conseguido por la pareja misma, el nacimiento de mellizos o trillizos en vez de un solo hijo, el sexo “incorrecto” del niño, defectos físicos o, simplemente, la falta de madurez. Sin embargo, un medio centenar de tristes casos no perjudica las brillantes estadísticas, ya que representa sólo un 0,125% del total de programas de gestación subrogada realizados con éxito. (Tubert. 1991. P.31)

En 2004 una pareja de Chitá contrató a una madre de alquiler que fue sometida a una inseminación artificial con el semen del marido. Nacido un niño, la mujer no les entregó a los cónyuges que, para ser justo, nunca presentaron una demanda contra ella. La madre subrogada reclamó una pensión alimenticia y la consiguió mediante un fallo dictado por el Juzgado de Chitá. (Tuerta. 1991. P.31)

En ciertas comunidades africanas, una mujer infértil puede casarse con una mujer fértil, que concibe un niño con el marido de la mujer infértil: este niño es considerado el hijo de la mujer fértil. Asimismo, y con el fin de preservar el linaje, en numerosas culturas es usual la concepción de un niño por el hermano del marido infértil o por la hermana de la mujer infértil. (Tubert. 1991. P.31)

El alquiler de vientre en India se ha tornado en una industria que genera casi 25.000 nacimientos por año y que se expande rápidamente, consolidando al país como un destino buscado en el llamado “turismo reproductivo”. Las informaciones dan cuenta del creciente número de mujeres pobres que pueden llegar a cobrar entre 2000 y 3000 dólares por cada gestación, sobre todo en Gujarat, donde Anand se ha constituido como la capital global del alquiler de vientre. En este contexto, ha causado conmoción la muerte de Premila Vaghela, quien a los 30 años alquiló su vientre a una pareja de norteamericanos. En mayo de 2012 durante un chequeo Premila mostró complicaciones y los médicos le hicieron una cesárea de emergencia, pero no se recuperó. El niño nació con bajo peso (1.740 kgs) y la madre fue enviada a un hospital privado donde murió. Todavía no se ha pronunciado la policía sobre la autopsia de Premila. Por su parte, la mujer norteamericana que alquiló el cuerpo de Premila viajó a India y ya tomó contacto con el recién nacido. (Tubert. 1991. P.35)

### **2.3. Formas de alquiler de vientre**

Las diversas formas de alquiler de vientre están en función de las personas actuantes y las motivaciones de las mismas y luego veremos otra categorización posible basada en las modalidades técnicas de la maternidad sustituta.

Existen diversas modalidades de subrogación en relación con los actores y las motivaciones que los mismos tienen, algunas más controvertidas y objetables moralmente, otras bastante más toleradas o incluso valoradas, señalaremos las modalidades más comunes. (Barón, 2012. P.35)

Se considera estéril a la pareja que no consigue embarazo tras uno o dos años de coitos normales sin métodos anticonceptivos según la OMS. En la actualidad, en los países industrializados, se observa un aumento en la demanda de los servicios médicos para el estudio y tratamiento de la esterilidad. En España se ha estimado una demanda de una pareja por año y por cada 1.000 habitantes. (Barón, 2012. P.35)

Iremos desde las formas más aceptadas a las más cuestionadas, una de las posibilidades de maternidad sustituta se podría dar por ejemplo cuando una mujer que está casada no puede gestar en su propio útero, por ejemplo, por no tenerlo o por alguna malformación que lo impida, pero sí cuenta con sus propios óvulos.

Y por otro lado su esposo tiene espermatozoides de buena calidad con lo cual pueden realizar una fecundación in vitro, e implantar el embrión en la hermana de la mujer en cuestión quien se ofrece voluntariamente como forma de ayudar a la pareja en esta dificultad. Este es el caso más frecuentemente valorado y menos cuestionado de todos, ya que se trataría de un acuerdo por fines meramente altruistas por parte de la hermana en donde no media el dinero se trata de una pareja heterosexual y en una relación simétrica entre familiares. (Barón, 2012. P.36)

Otra forma más común de subrogación es la de una pareja que contacta a una mujer, generalmente con dificultades económicas de clase baja o de países en vías de desarrollo y mediante un acuerdo monetario o de bienes utiliza los servicios de la misma para que geste y

alumbre a su futuro hijo, utilizando ya sea los óvulos de esta, la madre contratante o una tercera donante y el espermatozoides del padre, un tercer donante anónimo o conocido por la pareja y en algunos raros casos el semen de la pareja de la mujer gestante.

Esta es una de las formas más frecuentes que también puede presentar muchas variaciones, ya sea que la mujer gestante por ejemplo conviva con la familia contratante mientras dure el embarazo, para cuidar más de cerca el proceso y que no tenga carencias o falta de controles o que la pareja se mude durante cierto período de tiempo al país donde vive la madre sustituta, eso suele ser frecuente en países con legislaciones que favorecen o facilitan los posteriores trámites de adopción o en aquellos en donde la corrupción posibilitan sortear barreras legales con facilidad. (Barón, 2012. P.35)

Una tercera posibilidad que está creciendo en estos tiempos, es la elección de la subrogación por parte de los varones gays como forma de acceder a la paternidad, ya sea que estén en pareja o solteros, contactan con una mujer gestante y pueden utilizar el óvulo de ella o de una tercera persona y el semen de uno de ellos si son pareja, de ambos combinados o conseguirlo mediante un banco de semen si tuvieran algún problema grave de fertilidad o usar el semen del varón que va a ser padre en caso de estar solo.

Esta modalidad suele recibir objeciones que se suman a las propias de la subrogación y son las relacionadas con la orientación sexual de los padres y fundamentalmente con la privación de la posibilidad de que exista una madre para ese hijo o hija, más allá de que la gestante lo sea de manera circunstancial.

En función de cada uno de estos detalles es que el debate ético se vuelve más rico y profundo, pero la diversidad de presentaciones hace que sea muy difícil poder analizar todas

las potenciales circunstancias en donde la maternidad subrogada se pueda dar y son muchísimas las variables a tener en cuenta. (Baron, 2012. P.37)

Como es fácil comprobar la complejidad de las posibilidades de la subrogación se conjugan con otros debates posibles, respecto de las edades máximas para ciertas prácticas, la orientación sexual, la identidad de género, la mediación económica, la explotación de las mujeres en situaciones de necesidad extrema, el derecho de las personas a acceder a la paternidad, el derecho de las mujeres a utilizar su cuerpo libremente y el derecho de los niños que nacerán a partir de esos acuerdos. (Barón, 2012. P.37)

La subrogación puede a su vez llevarse a cabo técnicamente de diversas maneras, la forma más frecuente es la fertilización in vitro y posterior implantación, mediante la misma se fertiliza el óvulo con el espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer y luego se transfiere el embrión a la madre sustituta.

Otra modalidad es la que utiliza la inseminación artificial, mediante este procedimiento a la mujer gestante se la insemina o ella se auto insemina con el espermatozoide en las fechas posibles de ovulación y la fertilización se produce dentro del cuerpo de la misma.

Esta técnica tiene varias formas, ya sea que se realice con estimulación ovárica o sin ella, se practique con un especialista o en forma casera y sin otra mediación que la de los implicados directamente.

Y finalmente la última modalidad, la cual es muy poco utilizada consiste en que el varón tenga relaciones sexuales con la futura madre subrogante logrando una inseminación por coito natural.

Para Barón (2012)

*“Todas estas modalidades tienen ventajas y desventajas, entre las últimas podemos señalar que algunos métodos tienen efectos potencialmente peligrosos para algunas mujeres como son las terapias hormonales para la estimulación ovárica, la posibilidad de contagio de enfermedades de transmisión sexual en el caso de las relaciones sexuales directas, los costos elevados de las inseminaciones in vitro y entre las ventajas podemos señalar el menor gasto de recursos con las inseminaciones caseras, la relativa accesibilidad y costos medios de las inseminaciones artificiales y la importante tasa de éxitos en las fertilizaciones in vitro. (p.39)”*

Existen, asimismo, diferentes posibilidades con relación a quienes aportan el material genético: el semen puede ser comprado en un banco de donantes anónimos, puede ser aportado por un familiar o amigo, raramente por el marido o pareja de la mujer gestante y frecuentemente por el varón de la pareja contratante, o por el varón solo, ya sea gay o heterosexual o por ambos miembros de la pareja en el caso de parejas gays. En el caso de los óvulos pueden ser aportados por una donante anónima, una amiga o familiar, la mujer gestante o la mujer contratante. (Barón, 2012. P.39)

Por su parte, el Dr. Enrique Varsi Rospigliosi, hace referencia a la existencia de cuatro formas:

*Madre Portadora: La mujer genera óvulos, pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: aporte de espermatozoides del marido, aporte de óvulo de su mujer y la madre gestante es una tercera. (p, 32)*

*Madre Sustituta.: La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es el caso de una maternidad integral. Se produce un caso de pregeneración humana: Espermatozoides del marido, e inseminación en tercera mujer.*

*Ovo donación: La mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos, pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana, espermatozoides del marido, óvulo de una mujer cedente y gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante. (p, 32)*

*Embriodonación: El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana: El embrión es de una pareja cedente, El hombre es infértil,*

*El embrión es gestado por su mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante, a lo que se suma el problema de la paternidad que no le corresponderá al marido. (p, 33)*

#### **2.4. Cláusulas de un Contrato de Alquiler de Ventre**

Dentro de los contratos que comúnmente existe en Colombia y otros países se tienen en cuenta:

**Exámenes médicos psicológicos y físicos:** la mujer gestante y su marido se comprometen a someterse a los exámenes físicos y psicológicos solicitados tanto a criterio del médico tratante, como a pedido de madre y padre genético; renunciando a la confidencialidad de los resultados de los mismos. Tales pruebas, susceptibles de ser múltiples, podrán realizarse desde el momento anterior a la transferencia e implantación hasta luego del nacimiento del niño. Se incluye también las relativas a determinar la filiación genética (ADN).

Asimismo, se otorga el derecho a los padres genéticos de asistir a cada visita médica, como así también de estar presente al momento del alumbramiento.

**Abstinencia de relaciones sexuales:** en el contrato la madre subrogante se comprometa no tener relaciones sexuales con nadie desde el primer día de su ciclo menstrual antes de la transferencia del embrión y hasta que se confirme el embarazo. (Londoño, 2009. P.18)

**Mantenimiento del embarazo:** durante este periodo la mujer gestante debe cumplir todas las indicaciones dadas por el médico tratante de la técnica y obstetra recordando que ambos deben ser designados con la aprobación de padre y madre genético, las que incluyen horarios de estudios prenatales, consumo de medicamentos y vitaminas, realización de ecografías en presencia de la otra parte, y toda otra prueba que se crea conveniente como por ejemplo ensayos de consumo de nicotina y drogas, enfermedades de transmisión sexual e infecciosas.

Expresamente se incluyen procedimientos médicos invasivos tales como: aquellos destinados a conocer los posibles defectos genéticos o congénitos del feto, pruebas genéticas.

Las instrucciones médicas pueden incluir ecografías frecuentes, reposo, abstinencia de relaciones sexuales, administración de medicamentos por vía oral o inyectable durante periodos prolongados, entre otros aspectos. (Londoño, 2009. P.18)

**Otras obligaciones sobre estilo de vida:** Existen otras conductas que se compromete a asumir la mujer gestante, como el informe cada dos semanas de la evolución del embarazo, o de las preocupaciones que puedan surgir durante el embarazo.

También se somete a ciertas prohibiciones sobre el estilo de vida que debe llevar adelante: absteniéndose de practicar deportes o actividades cuando lo recomiende el médico u obstetra, realizar viajes al exterior sin previo aviso a los padres genéticos, aplicar tinte de cabello, consumir productos que contengan cafeína, realizarse perforaciones, acupuntura o tatuajes, ingerir hierbas medicinales, sacarina u otros edulcorantes artificiales, permanecer próxima a limpiadores, pesticidas y otros aerosoles, abstenerse de realizarse cirugías cosméticas, etc.

**Muerte de los padres comitentes:** el contrato contempla la posibilidad de muerte de los padres que encargaron al niño y en ese caso se designa una tercera persona que se haga cargo de la custodia del niño.

**Entrega del niño y renuncia a la patria potestad:** llegado a término el embarazo, el niño nacido debe ser inmediatamente entregado a los padres genéticos, como así también la custodia sobre el mismo, renunciando a todo tipo de reclamación de la patria potestad y absteniéndose de hacer cualquier tipo de contacto con los padres genéticos y/o sus familiares, como de intervenir en la crianza del menor gestado. (Londoño, 2009. P.18)

**Asunción de riesgos y liberación de responsabilidades:** excepto que algunas cláusulas específicas del contrato, la madre subrogante y su marido asumen todos los riesgos médicos, financieros y psicológicos y liberan a los padres genéticos, sus abogados, el médico y otros profesionales involucrados en el acuerdo, de cualquier responsabilidad legal, salvo en caso de mala praxis. (Londoño, 2009. P.20)

**Obligación de dar muerte al niño en gestación (aborto):** la mujer gestante deberá someterse a una práctica abortiva a pedido de los padres genéticos en el caso que el niño presente alguna anomalía mental o física; también en caso de existencia de más de dos niños (interrupción selectiva); y cuando a criterio del médico tratante su salud se encuentre amenazada. La negativa de ello importa incumplimiento contractual, con la respectiva consecuencia económica y legal para ella.

**Aborto selectivo:** como a la mujer se le pueden transferir hasta tres embriones, el contrato contempla la posibilidad de abortar a alguno de ellos si todos se implantan, para reducir el número de niños que nacerán Si la madre subrogante rechaza este aborto, se considera que es una violación del contrato, siempre que el médico compruebe que la salud de la gestante no está en peligro. (Londoño, 2009. P.18)

**Peligro de vida en la mujer gestante:** el contrato fija una suma determinada y precisa para la indemnización que asumen los padres genéticos en caso de muerte de la mujer subrogante.

**Rescisión del contrato:** en caso de imposibilidad de lograr el embarazo, la mujer gestante deberá aguardar tres ciclos de transferencia embrionaria fallidos realizados durante un año, para poder poner fin al contrato.

**Incumplimiento:** en caso de incumplimiento a las cláusulas del contrato o realización de conductas distintas a las estipuladas, la mujer gestante pierde el derecho que le asiste al pago de los gastos y si los hubiere ya recibido deberá reembolsarlos; y se constituye además en responsable de todos los gastos dinerarios en que hubieren incurrido madre y padre genético incluyendo médicos, psicológicos, de viaje y legales sin restricción de otras erogaciones.

(Londoño, 2009. P.20)

### **Causas y modalidades**

La constitución del convenio de maternidad subrogada puede deberse a infinidad de circunstancias. La infertilidad es el supuesto más visible, y dependiendo de la aptitud de su óvulo para la fecundación, la comitente podrá optar o no por utilizar el material genético de la gestante. Pero también puede darse el caso de que, simple y llanamente, la mujer no quiera quedar embarazada (bien por estética, por no transmitir una enfermedad, por motivos de trabajo, etc.), lo cual no quita que no desee un hijo que tenga sus ojos. (Ávila, 2017)

La mujer también puede haber muerto, y haber dejado un embrión congelado que necesite de un habitáculo de gestación. Pero es que, además, la gestación por sustitución supone una gran oportunidad de satisfacer el anhelo de ser padres para los hombres solos o parejas homosexuales de hombres.

Desde otra perspectiva, debemos tomar en consideración la causa que impulsa a la otra parte del acuerdo que puede ser bien económica, bien deberse a un acto de altruismo, o cualquier otra circunstancia psicológica o social concreta que lleve a una mujer a gestar al hijo de otra. (Ávila, 2017)

La doctrina distingue dos modalidades de gestación por sustitución: la tradicional y la gestacional.

- Tradicional: la gestante aporta tanto la gestación como su material genético. En este caso, la mujer comitente no posee vínculo genético con el niño.
- Gestacional: la gestante aporta únicamente la gestación.

La tendencia es optar, cuando sea biológicamente posible, por el tipo gestacional, para establecer un vínculo genético madre comitente-hijo. Además, sobre todo tras el caso *Baby M*, para que no exista vínculo genético entre la gestante y el niño, lo cual lleva a algunos ordenamientos a ser más tolerantes con la figura. (Ávila, 2017)

## **2.5. Posición Legal o Jurídica**

En el pronunciamiento de la Corte Constitucional Sentencia T-968 de 2009 Magistrado Ponente Dra. María Victoria Calle Correa; es clara la corte al delimitar esta práctica a situaciones tales como:

- a. que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.
- b. que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre).
- c. que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
- d. que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, entre otras.
- e. que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.

- f. que se preserve la identidad de las partes.
- g. que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
- h. que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
- i. que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
- j. que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros. Tristemente la Corte Constitucional ha sido exigua en sus pronunciamientos, dedicándose únicamente a delimitar parámetro de acción dentro del marco social y jurídico de la práctica de la subrogación de vientre materno, sin embargo, muchas de sus posturas claramente riñen con las normas que en materia de familia el legislador ha tenido a bien integrar en el cuerpo normativo del país. (Sentencia T-968 de 2009)

## **2.6. Desarrollo normativo**

A partir de muchos de los derechos y fundamentos constitucionales en Colombia surgen las discusiones sobre si legalizar o tipificar la maternidad subrogada como un delito, y sobre todo de argumentos como la explotación a menores y la trata de personas, surge la incertidumbre. Además de todas las consecuencias civiles y sucesorales que puede implicar el tema.

La Constitución de 1991 ampara rigurosamente la institución de la familia y es así como en el Capítulo II del Título Segundo consagra las normas relativas a este tema: Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la

voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

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

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. De esta manera vemos como para el Estado Colombiano la institución de la familia es de vital importancia sin permitir que se presente desigualdad por ilegitimidad entre la conformación como tal de la familia. Iguala los derechos y deberes de los que la conforman. (Gamboa, 2010)

En el devenir legal, el código de Andrés Bello, con clara tendencia francesa incorporó la primera distinción entre hijos o hijas legítimas e ilegítimas y fue renuente a incluir la adopción como fuente de parentesco; esta modalidad se incluyó por iniciativa del legislador de Cundinamarca, y fue adoptada por el Código de la Unión en 1873. En este Código de 1873 los hijos o hijas ilegítimos, se subdividían en dos categorías:

1. Los hijos Naturales o hijos de padres que se podían casar al momento de la concepción.
2. Los hijos de dañado y punible ayuntamiento: los que a su vez se consideraban de dos clases: adulterinos e incestuosos.

Los hijos simplemente ilegítimos, aquellos no reconocidos por sus padres. Con esta clasificación de los hijos ilegítimos terminó la Ley 45 de 1936 que sólo contempló a los hijos naturales y a los legítimos. El Decreto 2820 de 1974, modificó la denominación de hijos o hijas naturales por la de hijos o hijas extramatrimoniales, denominación que hoy continua vigente. La Ley 29 de 1982 estableció la clasificación de los hijos o hijas en Legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y otorgó igualdad de derechos a todos los hijos o hijas. Esta categorización se conservó hasta la entrada en vigencia de la Ley 1060 de 2006 que contiene cambios que afectan directamente la materia y que se incorporarán especialmente en este capítulo. A pesar de que la Ley quiso dar un tratamiento jurídico igual a la filiación matrimonial y a la proveniente de una unión marital de hecho, con el fin de seguir una técnica **jurídica** coherente, estas filiaciones debemos analizarlas por separado, pues la filiación produce efectos civiles cuando se determina legalmente, por lo que no pueden tener tratamiento igual la filiación que tiene su origen en el matrimonio y la originada en una unión marital. (Abello, 2007. P.59)

Para nuestra investigación nos encontramos con que esta clasificación legal no contiene la filiación asistida, pues a pesar del esfuerzo hecho por regular el tema, su complejidad no ha permitido concretar ninguna iniciativa legislativa sobre la materia. Sin embargo, este tipo de filiación se incluirá en este nuestro estudio ya que goza de reconocimiento constitucional Artículo 42 “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, por lo que no incluirla sería darle la espalda a un fenómeno social que cada día se masifica e intensifica y que, por lo mismo, debe ser materia de decisión judicial.

Ahora bien, la Maternidad considerada como el vínculo jurídico entre un hijo o una hija con su madre. Es la base de la filiación legítima. La maternidad es tangible y susceptible de prueba directa, supone que hay un parto y que de ese parto nació un hijo o hija que se separó completamente de su madre y por tanto es persona.

En cuanto al tema de la existencia legal de las personas el artículo 90 del Código Civil Colombiano reza: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

De tal forma que la prueba de la maternidad legítima se sustenta en:

- El parto de la madre: Se prueba con el certificado médico o de la persona que atendió el parto.

- La identidad del hijo o hija: Se probará con el registro civil de nacimiento del hijo o hija o la posesión notoria del estado de hijo o hija, es decir cuando se prueba que la madre ha criado y educado al hijo o hija como suyo, por espacio de 5 años, mínimo.

- Actualmente la identidad del hijo o hija se puede demostrar también por la prueba del ADN. Según el Decreto 1260 de 1970, el registro civil de nacimiento es la única prueba idónea del estado civil.

- El matrimonio de la madre: Se probará con el registro civil de matrimonio. Un elemento esencial para probar la maternidad legítima es el matrimonio de la madre. La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico, en segundo lugar, por su significado gramatical, en tercer lugar, desde su perspectiva biológica, y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente. (Arámbula, 2008. P. 34)

Una madre no sólo es aquella mujer que da a luz al bebé sino también la que lo educa, cuida y alimenta. Por lo tanto, se puede decir que en la maternidad subrogada existen dos madres para el bebé.

### **La parte internacional**

Si atendemos al panorama internacional de legislación comparada en la materia, dista mucho de ser uniforme. Está prohibida por ley en Austria, Alemania, Noruega, Suecia y algunos estados de Estados Unidos. Aunque no está regulada, se recurre a ella para resolver problemas de infertilidad en Bélgica, Grecia, Irlanda y Finlandia. Otros países autorizan

solamente la maternidad sustituta altruista y en ellos se prohíbe la publicidad del alquiler de vientre y la publicidad dirigida a la búsqueda de candidatos a ser contratados: Australia, Reino Unido, Dinamarca, Israel, España, Canadá, los Países Bajos y algunos estados de Estados Unidos. El uso de madres de alquiler, incluida la sustitución comercial, se autoriza por ley en la mayoría de los estados de Estados Unidos, Sudáfrica y Rusia. Por añadidura, en Argentina un contrato de alquiler de vientre sería nulo, pues su fin (entregar una criatura) es inmoral. Tampoco es válida la renuncia a la patria potestad que debe hacer la madre gestacional anticipadamente, porque la patria potestad es indisponible e irrenunciable, es decir, los padres no pueden modificar, disponer o renunciar a la titularidad y a su ejercicio, “abdicando” de sus deberes. (Arámbula, 2008. P. 34)

### **Capítulo III**

#### **Caracterización de la regulación de maternidad subrogada en Colombia.**

En Colombia definitivamente nos encontramos en mora de legislar en el mismo camino de los avances científicos, ya que, si bien en estos temas siempre existirán dos bandos, la ley debe regular actividades que puedan presentarse con motivo de estos avances. Así el tema de maternidad subrogada como la mayoría de asuntos de fertilidad no natural se encuentra a la deriva y es un solo pronunciamiento de la corte la única guía para que los jueces puedan dirimir conflictos. Por su parte la Corte Constitucional ha sido clara manifestando que: 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, Sentencia T 968 de 2009).

Sobre la jurisprudencia y la poca manifestación de las Cortes al respecto, manifiesta el abogado de la fundación de la Mujer en la ciudad de Bucaramanga: “ es claro que las Cortes no se manifiestan porque esta es una práctica que se hace de manera clandestina, no porque sea prohibido, sino porque las personas no saben cómo defenderse y además las clínicas legales y muy responsables realizan estos procedimientos solamente con familiares o con mujeres con las cuales se preparan tanto psicológicamente o sus antecedentes implican que no tendrán problemas tanto físicos, como psicológicos, entonces esto ayuda a que no se presenten problemas entre padres biológicos y madre subrogante” sin embargo, es claro que algún día, no muy tarde van a surgir, ya sea por problemas físicos o porque las madres no se ponen de acuerdo con la crianza o la entrega de los bebés”(Entrevistado, abogado 1, 2019)

Por su parte es claro que las personas que se realizan estos procedimientos saben que no tienen recursos legales para hacer reclamos en caso de que algo surja o resulten inconvenientes, una de las madres subrogantes manifiesta que solo se les hizo firmar un contrato muy completo donde se le aclara a la madre biológica que el bebé producto es suyo y que será su madre desde el momento del nacimiento, y que en caso de que le suceda algo al embrión, es decir, un aborto no puede reclamar o no es responsabilidad de nadie, ni de la clínica, ni de la madre subrogante; y además el procedimiento con fechas, requisitos, obligaciones etc”. (Entrevista Madre subrogada 1. 2019)

Incluso el medico especialista de la clinica Fertility Care de Barranquilla, a quien se entreisto en esta investigación mantienen que: “En Colombia no tenemos una ley, en realidad la ley colombiana de reproducción no tiene en este momento definido nada sobre la subrogación de vientre , no tenemos ley que este a favor o en contra de la subrogación. Se hace muy poco en Colombia precisamente porque no hay una ley, hay un problema jurídico y es precisamente en el momento que la paciente da a luz, el hijo es de la persona que lo tiene independientemente si es genética o no, eso hace que en Colombia en realidad se haga muy poco esos tratamientos, las clínicas de fertilidad y especialistas, no ofrecemos eso como un tratamiento, que este dentro de las opciones terapéuticas de una pareja, y las personas que lo hacen lo hacen de una manera clandestina, ellos mismos se encargan de buscar su receptora, por lo general no hay un contrato ni un respaldo jurídico, entonces se hace es como un trato de personas y se hace por fuera de la ley, entonces van a la clínica de fertilidad el esposo de la paciente con la subrogada y se tiene que hacer pasar como pareja. Hay clínicas que si realizan el tratamiento y hay que no, y las clínicas no se comprometen a buscar un donante o una receptor”.(Entrevista Medico 1, 2019); lo que implica que el vacío normativo no solo es en el tema especifico de maternidad subrogada sino en todos los procediemitnos de fertilidad en Colombia aun cuando existen excelente instituciones de fertilidad, las personas al no existir normatividad prefieren la clandestinidad.

La madre subrogante 2, la cual perdió a su hermana y tuvo en su vientre a la hija de su hermana fallecida, manifiesta que nunca pensó reclamarla. Porque sabia desde siempre que esa niña era de su hermana y su cuñado y a pesar de no estar ella se la dio al cuñado”, manifiesta que nunca pensaron en problemas legales, porque son hermanas, pero en este caso no se hizo ningún contrato, fue algo verbal, y este caso no podría suceder si se llegara a

aprobar proyectos como el del 2018 donde no se permite que se realice este procedimiento con parientes o personas con enfermedades como el SIDA.

Por otro lado, la madre biológica del estudio de caso 1, manifiesta la importancia de la ley porque las instituciones de alta calidad y con los mejores procedimientos médicos ya existen en Colombia, como es en el caso de Cali y Medellín, pero aunque el contrato que se firma es muy detallado, sobre obligaciones de la madre subrogante y subrogada en el proceso del nacimiento y hasta la entrega no habla de ningún caso en el que fracase o después del parto, lo que deja en el limbo los derechos del menor e incluso los derechos de los padres biológicos, cuando en Colombia la única prueba de nacimiento es el “nacido vivo”.

Adicionalmente, la entidad judicial estableció unos requisitos mínimos para validar esta figura de maternidad subrogada. Por ejemplo: que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir, que las células reproductoras sexuales para el embarazo no sean aportadas por la mujer que facilita el vientre, que la mujer gestante no tenga un fin lucrativo sino el de ayudar a otras personas, que se preserve la identidad de las partes, que la mujer gestante no pueda retractarse de la entrega del menor, que los padres biológicos no puedan rechazar a su hijo, entre otros.

Sin embargo, alrededor de la situación hay múltiples inconvenientes que plantean los detractores de la práctica, especialmente, en lo relacionado con fines lucrativos y económicos donde, a pesar de estar dicho en la sentencia anterior, no representa todavía un delito frente a la autoridades. Al respecto, los senadores del Centro Democrático, María del Rosario Guerra y Santiago Valencia, presentaron un Proyecto de Ley Estatutaria para prohibir esta práctica cuando se realiza por dinero.

Los proyectos de ley que no apoyan esta práctica implican la identificación del niño y las normas sobre tráfico de menores, prohibición de entrega directa de niños, el peligro de la

explotación de las mujeres y las nuevas formas de personas, afectación de la dignidad de la mujer gestante, omisión de consideración de el pago, aborto y hasta turismo reproductivo, y sobre todo que el nasciturus no es tenido en cuenta.

Con respecto a los proyectos de ley que apoyan el derecho de las madres a estos procedimientos defienden el derecho a la igualdad, la convención americana de derechos humanos y el artículo 42 sobre la familia.

En estos proyectos, se visualizan vacíos, ya que son realizados más con una mentalidad ética que científica, y dejan fuera todos los procedimientos, los posibles problemas, los requisitos y muchos otros elementos que deben formar una ley efectiva para todos, así lo manifiesta uno de los especialistas entrevistados.

El abogado entrevistado, especialista en estos temas, manifiesta que no se contemplan respuestas para los casos de muerte de los comitentes, no se dispone nada sobre la revocabilidad del consentimiento, ya que esto puede ocurrir antes de la concepción del embrión, o bien antes de la transferencia, o bien antes del nacimiento, o bien en los primeros días de vida y existen antecedentes en extranjero sobre estas situaciones, situaciones como que la mujer comprometida como gestante queda embarazada, lo que se prevé para los embriones si se revoca el consentimiento, lo relacionado con los gastos de salud, seguros de vida etc para la gestante, la lactancia como derecho del menor, no se dispone nada sobre las licencias laborales de la gestante, ya sea por maternidad o lactancia, tampoco sobre las asignaciones familiares, la adopción, el nacido vivo como prueba de existencia etc, es un tema que debe ser minuciosamente estudiado para que emerja una ley, y sobretodo desprenderse de religión, ética y otros factores que no permiten que se “avance con los avances de la ciencia”. (Entrevistado, abogado 2, 2019)

Uno de los abogados entrevistados, experto en procesos de adopción y todos los casos relacionados con fertilidad no natural, manifiesta que muchos autores expertos han manifestado la necesidad de que exista un proceso de autorización para estos procesos, con el objeto de que exista un control judicial, sobre todo para procesos lucrativos, esto con el objeto de garantizar los derechos de todos los interesados sobre todo de los niños como se hace en las adopciones, y en Colombia no es ajeno los problemas de lucro y esto lo podemos ver en la única sentencia de la corte constitucional sobre el tema, donde el problema surge de la falta de acuerdo sobre el dinero, aun cuando el primer juez reconoce un contrato de alquiler de vientre, otros funcionarios de la justicia no lo hacen lo que es un conflicto al no tener normas que regulen estos procesos, esto evita lo que tantos autores y políticos manifiestan sobre explotación del menor o de la mujer.

Por otro lado, y en materia de derecho penal, es claro que existe un vacío, el Código Penal, al tratar la estructura de varios delitos se refiere a la inseminación Artificial en los siguientes términos:

El Artículo 280 del C.P. dice: "El que insemine artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años. La pena se aumentará hasta en la mitad si se tratare de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga, o de soltera menor de dieciséis (16) años». Este artículo deja por fuera otras técnicas de reproducción asistida que no sean consentidas al igual que no incluye el desconocimiento de las mismas, lo cual abre una brecha a la impunidad, pues en Derecho penal no se puede hacer extensiva la regulación existente a dichas situaciones por el principio constitucional y legal, según el cual «no hay delito sin ley previa».

### **Marco Legal**

La regulación legal de las técnicas de reproducción asistida y si bien los efectos civiles de los procesos científicos no tienen regulación en Colombia, estas prácticas son consideradas lícitas en la medida en que cuentan con reconocimiento jurídico a nivel constitucional, legal y administrativo, pero no han sido reguladas tanto en la parte médica, psicológica como de consecuencias legales, ya sea en contratos civiles como en el código penal colombiano.

Además, posiblemente la consecuencia radicaría en que se debe modificar la legislación actual en asuntos tales como la presunción de maternidad por ocasión del parto, por cuanto el mismo se encuentra desvirtuado por la existencia de un contrato previo, y la inexistencia de un vínculo biológico entre madre e hijo. (Awad Y Narvaes, 2001)

Sin contar problemas que pueden presentarse como el no cumplimiento de obligaciones, como la entrega del recién nacido, malformaciones en el feto, se deberá regular en forma expresa cuales son los supuestos que deben materializarse en casos en los cuales los padres biológicos o receptores mueran antes del parto de la madre gestante entre otros.

De hecho en el 2018 fue radicado un proyecto de ley, *“Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos”* presentados por María Del Rosario Guerra De La Espriella, Senadora de la República, Partido Centro Democrático y Santiago Valencia González, Senador de la República, Partido Centro Democrático, donde fundamentan sus peticiones precisamente con el argumento de la explotación de la mujer y dicho proyecto de en fue archivado en primer debate en enero de 2019.

Además, es importante rescatar que ya en 2009, se presentó proyecto por la Cámara de representantes, Proyecto de ley 037 de 2009. *“por medio de la cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones”*.

Dicho proyecto fue archivado por tránsito de legislatura en 2001 en segundo debate, de aprobarse esta ley es necesario decir, que se puede aplicar para este tipo de acuerdos y procedimiento solo cuando se presentan problemas de fertilidad en la pareja y que aunado a esto la mujer requiera para ser madre de una gestante sustituta, esta práctica se limita a personas que padezcan de VIH, este proyecto de ley fue inspirado por el fallo de la corte en sentencia T-968 de 2009. Para 2011 se encontraba archivado por tránsito de legislatura. Art 190 Ley 5 de 1992.

Por lo que es importante rescatar estos dos documentos para una análisis de los argumentos, que son totalmente contrarios. Además de la sentencia T-968 de 2009 de la Corte constitucional, precedente de este tema

Ya que si bien es cierto existen otros intentos de proyectos de ley anteriores, datan más sobre reproducción asistida y no sobre el tema específico de maternidad subrogada:

**Proyecto de ley 47/1998** Senado, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos científicos de procreación humana asistida, se modifican algunos artículos del Código Civil y Penal y se dictan otras disposiciones.

**Proyecto de ley 45/00** Senado, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se dictan otras disposiciones.

España Ley sobre técnicas de reproducción asistida Noviembre de 1988 Noruega Ley sobre fertilización artificial 1987 Suecia Ley sobre la inseminación artificial Diciembre de 1984

**Proyecto de ley 029 de 2003** Cámara, por el cual se modifica el ordenamiento civil regulando lo referente a procedimientos y técnicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones.

**Proyecto de ley 100/03** Cámara, por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones

**Proyecto de ley \_\_\_ de 2018** senado “por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones” -Ley Lucia. Senado Armando Benedetti.

Se observa que con respecto a normatividad en cuanto a reproducción asistida, existe el decreto 1546 de 1998 y la Resolución 199 del mismo año, por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares, por lo que es claro que no habla específicamente de productos de procesos de fertilidad.

En el caso de Colombia se debe tener en cuenta que la práctica del procedimiento de gestación por subrogación no se encuentra prohibido, lo anterior se infiere en razón a lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, concretamente el inciso que hace referencia a la igualdad de derechos y deberes de los hijos, ya que se hace referencia expresa a los hijos procreados mediante con asistencia científica.

Solo se han dado iniciativas que no han tenido un final formalmente legislativo en el país entre estas encontramos que en el año 2009 el proyecto de Ley 037 por medio del cual se establecían procedimientos para permitir la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo, la misma no surtió el trámite necesario para convertirse en Ley de la Republica, y antes de este aunque se enumeran arias iniciativas, nunca se llevo ni siquiera a debate.

Posteriormente se da el proyecto de Ley 202 de 2016 en el que se buscaba prohibir la práctica de Maternidad Subrogada para proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer; y el derecho a la vida y a la conformación de una familia del nasciturus, argumentando que el contrato de Maternidad Gestacional con fines lucrativos es una forma de explotación de la madre gestante y tráfico de menores, pero este además de tener muchos puntos contradictorios con la constitución nacional y nuestro estado social derecho todavía no llega a debate.

### **Marco Jurisprudencial**

En Colombia con respecto a la maternidad subrogada o vientre de alquiler, hasta el momento solo se conoce una sentencia por parte de la Corte Constitucional, la Corte se pronunció a través de la sentencia T-968 de 2009, siendo hasta la fecha el único fallo que frente que se presenta, se realiza aquí un pequeño resumen de los 4 fallos que hacen parte de la misma, y el pronunciamiento de la Corte.

Corte Constitucional. Sentencia T -968 de 2009

En primer lugar es importante conocer que surge la tutela porque el señor Salomón y la señora Raquel los dos de nacionalidad extranjera deciden viajar a la ciudad de Cali a fin de

acceder al servicio de maternidad subrogada, la señora Sarai acepto realizarse distintos tratamientos a fin de prestar su útero para el implante de óvulos de la señora Raquel, tratamiento que no dio resultado debido a que rechazo los óvulos implantados.

El día 21 de marzo de 2006, como producto de la inseminación artificial consentida, nacieron en el municipio de Vives los mellizos, Samuel y David, en buen estado de salud. Como la madre sufría de preeclampsia debió quedarse hospitalizada y para poder dar de alta a los niños, ante la ausencia del padre, mas adelante los niños presentan algunos problemas de salud y surge la confrontación entre las partes.

**Fallo 1.**

El juzgado décimo autoriza la salida de los menores del país, bajo el argumento de la existencia de un contrato de alquiler de vientre, afirmando que el deseo de retener a los menores de la señora Sarai es un incumplimiento, debido a que era evidente que cuando su hijo naciera el mismo pasaría a poder de la familia contratante y hasta allí llegaría el compromiso económico de ellos para con la accionante.

**Fallo 2.**

En esta sentencia negó las pretensiones de la demanda de permiso para salir del país de los menores Samuel y David, insistiendo, sin embargo, en que la madre “no cuenta con las condiciones idóneas para asumir la custodia y cuidado personal de los niños Samuel y David”, de conformidad con los estudios socio familiares realizados por el ICBF. Entre los señores Salomón y Sarai existió un contrato, cuyo objeto era la maternidad subrogada o alquiler de vientre, en el que ella permitía la fecundación de un óvulo propio de semen contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel. Niega las pretensiones de la demanda de permiso de salida del país de los menores de Samuel y David.

De acuerdo con las disposiciones civiles colombianas, no hay subrogación de la maternidad ya que ésta no puede establecerse por simple convención. En nuestro medio y de acuerdo a los índices de pobreza tan altos, el alquiler de vientres se ha convertido en tabla de salvación para muchas mujeres a veces arriesgando su vida, prestan su cuerpo para que otros puedan ser padres. En nuestro país, hasta ahora, el alquiler de vientres no es legal, no es ilegal, porque no existen un código o una ley que lo prohíba.

### **Fallo 3.**

Niega las pretensiones de la demanda de permiso de salida del país de los menores de Samuel y David. Advierte el Juez que en esta oportunidad “dictara la sentencia con base en los puntos expresamente señalados en el fallo concedió la tutela a favor de la señora Sarai. En esta oportunidad no tendrá en cuenta para dictar sentencia, la situación económica de la madre, ni sus circunstancias del pasado cuando vivía en Vives, ni siquiera el negocio jurídico de alquiler de vientre, ya que estos aspectos fueron tomados por su Superior como “unos desaciertos al tenerlos en cuenta”, pues antes que todo debía tomarse una decisión sobre la custodia de los menores, de vital importancia para la definición de la salida de los niños del país.

### **Fallo 4**

Niega la salida del país de los menores argumentando lo siguiente: “Como se puede apreciar las pruebas que obran en el proceso son bien variadas y de todo tipo (...) si se analiza detenidamente llevan a la balanza se incline a favor del señor Salomón y es por eso mismo que tendría que considerarse la posibilidad de poder otorgarle el permiso para que él pudiese salir del país junto con sus dos hijos menores(...)” “Es requisito indispensable que se mencione el tiempo de permanencia de los niños en el exterior. En el presente proceso (...) el permiso que se solicita es para que los niños residan de manera permanente en los Estados Unidos, por tanto la demanda

presentada no cumple con dicho requisito de señalar el tiempo de permanencia de los niños en el exterior, teniendo en cuenta además (sic) que el mismo Artículo 110 del Código de la infancia y adolescencia (sic) tendrá vigencia por sesenta días hábiles contados a partir de su ejecutoria”. Consideramos que en este caso sería mejor que se intentara, como ya se hizo, la suspensión o privación de la patria potestad, pues obtenida la misma ya no se requeriría del permiso que por este proceso solicita”. También se podría intentar el cambio de domicilio de los menores, pues este, a diferencia del permiso de salida del País que es por un tiempo determinado, como su nombre lo dice es para que el menor o los menores en este caso puedan radicarse en otro País”.

### **Consideraciones de la Corte**

Por su parte La Corte Constitucional sostiene que la doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición propios del cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos en las partes involucradas. (Corte Constitucional, 2009, p. 12) Lo que sin duda muestra la necesidad de normas que regulen este tipo de prácticas, en vista de la inexistencia actual de las mismas la Corte sugiere requisitos que deben ser cumplidos a fin de garantizar los derechos de todos los que se encuentran involucrados en este tipo de acuerdos en especial los menores involucrados y que deben ser cumplidos. (Jiménez et al,2016)

Así es que La misma Corte constitucional es la que define el tema de la siguiente manera:

*“El alquiler de vientre, también conocido como maternidad subrogada, se da a través de un contrato que lo conforman dos partes; por un lado tenemos a la pareja que aporta el material genético –como es el ovulo fecundado– y por otro lado, a la mujer fértil quien presta su útero para que se dé el proceso del embarazo” (Corte constitucional, 2009). Este contrato 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” (Corte Constitucional, 2009, p 02).*

Ahora bien, al hablar sobre la normativa sobre el tema y la jurisprudencia específica, el marco regulatorio es muy básico, y podría decirse que “pobre”, incluso existen demandas de tutela donde extranjeros al realizarse procedimientos de fertilidad en Colombia no han podido transferir sus óvulos preservados, según los demandados porque “no es procedente el otorgamiento de la autorización solicitada y que no procede el retiro del material genético en virtud que aun a la fecha (2017) no existe normatividad en nuestro ordenamiento jurídico que se encuentra ocupado de la materia en específico” (CS de J. STC 20614/2017), lo que augura problemas jurídicos en casos futuros sobre procedimientos tanto de fertilidad como de maternidad subrogada.

Así lo manifiesta en la investigación hecha para este trabajo, el abogado de una Fundación en Bucaramanga, quien asesora a las mujeres sobre temas de fertilidad, “Se presentaran muchos problemas cuando se den consecuencias ya sea sobre problemas genéticos en el niño, o cuando alguna de las madres cambie de opinión o incluso si deben trasladarse los niños a otro país; por lo que la Corte y el congreso está en mora de normativizar todos estos procesos, que si bien no tienen regulación, no son prohibidos en

Colombia y existen clínicas de renombre realizándolos de buena fe, sin tener en cuenta posibles consecuencias". (Entrevistado 1<sup>2</sup>, Abogado, 2019)

Lo grave de esta desregulación normativa sobre el tema, es que la responsabilidad pasa de una mano a otro y las personas involucradas en estos procesos no saben a quién acudir, ya que, al no existir una norma específica, la entidad responsable puede estar entre Ministerio de salud, INVIMA, e incluso muchas otras instituciones que aún no han sido calificadas para resolver estos conflictos, así lo manifiestan los abogados entrevistados.

Por otro lado, al revisar la legislación colombiana, emerge la inexistencia de normatividad vigente que se ocupe del tema, ni en el área civil, ni en el área penal, existen reglas específicas sobre ningún procedimiento de fertilidad y menos aún sobre maternidad subrogada.

## **Capítulo IV**

### **Derecho comparado en países latinoamericanos y España, en torno a la regulación sobre maternidad subrogada.**

En los ordenamientos donde el recurso a la maternidad subrogada está más generalizado se instrumenta a través de acuerdos comerciales, por los cuales el individuo o pareja comitente paga a la madre subrogada una suma dineraria, dirigida a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, más una cantidad adicional a la agencia que actúa de intermediaria, que es la encargada de buscar la candidata idónea a madre subrogada y de formalizar el acuerdo entre las partes. En general, la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional,

---

<sup>2</sup> En adelante los entrevistados se citaran como abogado 1 y 2 o medico 1 y 2, ya que manifestaron no revelar sus nombres.

plena o total (traditional surrogacy), y la gestacional o parcial (gestational surrogacy). En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante. (Scotti, 2015)

En el derecho comparado, encontramos que la mayoría de los países europeos prohíben la maternidad subrogada (Alemania, Austria, España<sup>3</sup>, Francia, Italia, Suiza, entre otros), sin embargo, es muy poca la legislación acerca del tema en los países americanos, exceptuando México y Estados Unidos<sup>4</sup>.

En España, La Maternidad Subrogada se entiende como una Explotación de la Mujer con Fines Reproductivos, y en este sentido está expresamente prohibida en el artículo 10 de la ley 14 de 2006, En España el tema de la maternidad subrogada se encuentra prohibido y ha sido acogida la postura de la dignidad del ser humano, la cual no permite que el mismo sea tratado como un bien mercantil. Dicha técnica se encuentra expresamente prohibida por mandato legal ya que es considerada como una violación a los derechos de menor.

Las discusiones en estrados judiciales fueron bastantes, debido a que en un principio no se quería aceptar el registro de los menores nacidos fuera del país mediante la técnica de maternidad subrogada; aun siendo hijos de ciudadano españoles. Luego de fallos judiciales se procedió a aceptar dicho registro. (Arévalo, 2016)

---

<sup>3</sup> En España está en vigor la Ley N° 14/2006 de 26 de mayo.(arts.10, 27 y 28), donde el art. 10 establece que: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por medio del cual se ha convenido la gestación, a título oneroso o gratuito, de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del co-contratante o de un tercero. 2. La filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución se determinará por el parto. 3. El padre biológico puede reivindicar la paternidad conforme a las reglas del derecho común.

<sup>4</sup> Pocos son los países que cuentan con una regulación especial al respecto. Así, en EE.UU., algunos estatutos y propuestas de legislación uniforme mantienen un esquema similar al de la adopción para otorgar eficacia a los acuerdos de maternidad subrogada. En particular, en California es donde existen las leyes más favorables sobre alquiler de vientre.

España por su parte ha tomado una postura que ve la maternidad subrogada como una forma de trata de personas, por lo cual no ha permitido su práctica, como observamos anteriormente fue necesario que se pronunciara un ente judicial para que los nacionales de este país pudieran registrar a sus hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida. Para concluir es preciso indicar que las creencias de tipo moral y social no pueden ser una excusa para violar los derechos de los individuos como en este caso el registro de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada, ya que aunque en España esta práctica no se considere legal, no puede negarse el derecho que tienen los niños y niñas a acceder a la inscripción en el registro civil, ya que a todas luces se estaría violando un derecho fundamental. (Arévalo, 2016)

Perú, no está tipificada como delito, sin embargo, se reconocen las complicaciones que esta práctica genera en la determinación de la filiación del menor y por lo tanto, en la protección de su bien superior.

En Argentina, 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) (Cadavid y barrera, 2017)

No existe una legislación específica sobre el tema, sin embargo, tampoco es una práctica que se encuentre prohibida.

La anterior presunción también aplica para países como Argentina, donde se llevó a cabo la maternidad subrogada total, sin embargo, al momento de querer la pareja –que aportó el material

genético fecundado- registrar al niño –que biológicamente es su hijo- el Estado no se lo permitió, en tanto que la madre que iba a parecer en el registro no correspondía con la del nacimiento; esto se dio cuando una mujer –amiga- de la mujer que quería ser madre, prestó su vientre para que la pareja pueda cumplir con su realización meterno-paternal. Tras varios intentos judiciales para que la justicia reconozca a los padres biológicos como verdaderos padres, a mediados del año 2013 la jurisdicción argentina permitió el primer registro de maternidad subrogada, reconociendo a la pareja de 44 y 40 años de edad como padres biológicos verdaderos. Éste caso fue el primer conocido en argentina y como consecuencia de ello fue el primer pronunciamiento judicial en la materia; actualmente no existe normatividad que regule la maternidad subrogada, pese a que fue contemplado la introducción de dicha figura al que hoy es el Nuevo Código Civil y Comercial de Argentina. (Navarro, 2017)

Dentro de los países latinoamericanos vale la pena resaltar a Brasil, país en el cual es permitido la gestación por sustitución, esta figura se encuentra regulada por la Resolución No 1358 de 1992 del Consejo Federal de Medicina, es necesario decir, que esta resolución no tiene naturaleza jurídica, sin embargo, se constituye como un catálogo de normas éticas para la utilización de las técnicas de reproducción, en el cual se mencionan la figura de maternidad subrogada, dentro de los requisitos contenidos en esta resolución se pueden mencionar los siguientes: a. Que la madre genética posea un problema médico que impida llevar adelante la gestación, b. La mujer portadora debe hacer parte de la familia de la madre concomitante hasta segundo grado de consanguinidad, c. No debe haber animo lucrativo en la realización del contrato. Como se puede observar, no es uniforme la legislación respecto a este tema, es necesario decir, que para cada país los requerimientos exigidos se encuentran acorde con sus propias creencias. (Vásquez, 2016)

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. (Cadavid, 2017)

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 él bebe a una persona que no sea de nacionalidad mexicana y la subrogación con fines lucrativos. (Rosas, 2016). (Cadavid, 2017)

En el caso de Estados Unidos la gestación por sustitución ha generado aún más discusión teniendo en cuenta que este procedimiento puede llevarse a cabo por parejas homoparentales. El Observatorio de bioética (2016) indica que, en 2014, aproximadamente 37.800 parejas de hombres homosexuales consiguieron un hijo en Estados Unidos, la mayoría por maternidad subrogada. Como se puede observar en la siguiente grafica en la mayoría de los Estados norteamericanos está regulada de manera favorable la práctica de la gestación por sustitución. (Beltran, 2018)

En Estados Unidos la práctica es legal, debe configurarse un contrato y las diferencias que surjan sobre el mismo son decididas en estrados judiciales de acuerdo a las normas existentes en materia de derecho de familia. Además, ya existe jurisprudencia que permite al operador judicial tener un sustento legal al momento de tomar una decisión sobre la controversia que va a dirimir. (Arévalo, 2016)

En conclusión, a nivel de derecho comparado no hay conceptos homogéneos respecto a la forma de tratar la maternidad subrogada desde el punto de vista legal, en la actualidad existen países permisivos, en los que la maternidad se encuentra sin ningún tipo de control o intervención estatal, pero en países de América y Latinoamérica específicamente la regulación es escasa, pero la practica no, lo que hace que se presenten en el futuro mas casos complejos.

Al igual que en Colombia, a nivel mundial se trata de una situación que plantea mucho debates éticos, religiosos, psicológicos, biológicos y jurídicos y que está prohibida en la mayoría de lugares del mundo. Sin embargo, en algunos países sí se acepta legalmente la maternidad de alquiler, aunque en algunos se diferencia entre la subrogación altruista y la comercial.

Por ejemplo, en los Estados Unidos, a pesar de algunos sonoros casos en los que el proceso de maternidad subrogada no se llevó a cabo según lo previsto (arrepentimiento de la madre de alquiler, algo que se ha dado en otros casos), la justicia ha ido dando la razón a los padres biológicos y por eso se va extendiendo cada vez más la demanda y aceptación de los vientres de alquiler. En la actualidad en ocho de los Estados Unidos hay leyes que permiten los contratos de gestación.

Existe en muchos países el concepto legal de que la mujer que da a luz un niño es su madre legal, y los contratos económicos de gestación están prohibidos (Francia, Holanda, España,

Alemania, Suecia, Reino Unido...), en Colombia ese sería uno de los problemas al regular estos contratos puesto que, aunque el material genético sea de los padres, en Colombia se necesita el nacido vivo, y de allí surge la maternidad y filiación.

Aunque algunos países, como Canadá, prohíben la forma “comercial” pero admiten la “altruista” (cuando no hay dinero por en medio y son familiares cercanos los que se ofrecen), en Colombia todo es un vacío, puesto que no se ha legislado ni siquiera a este respecto, y las clínicas que en el momento lo llevan a cabo lo hacen tanto con fines altruistas, como con fines lucrativos.

Brasil prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. Pero señala que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica (en una relación de parentesco hasta el segundo grado). Los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina, lo que se diferencia de Colombia ya que como se ha visto ninguna entidad se hace cargo de estos casos y aun no hay claridad si es responsable el ministerio de salud, INVIMA entre otros.

Otros países permiten ambas prácticas (altruista y económica), como Bélgica y Ucrania. Ucrania se está convirtiendo en los últimos años en un destino fundamental para la maternidad de alquiler, como los Estados Unidos.

La maternidad de alquiler en la India es barata y las leyes son flexibles desde 2002. En 2008, la Corte Suprema de la India sentenció que la maternidad comercial estaba permitida en este país, lo que permite tener ya antecedentes internacionales para la permisividad en estas prácticas que cada día van aumentando.

Latinoamérica en cambio sigue en el grupo de países que no regula estas prácticas y que está en mora no solo con la tecnología e innovación, sino con métodos que permiten utilizar la ciencia para fines constitucionales como el derecho a una familia.

## Capítulo V

### **Avances normativos y jurisprudenciales con respecto al uso de la maternidad subrogada en Colombia durante los años 2014 a 2019.**

Si hay algo claro sobre la maternidad subrogada es que incluso desde antes de 2009 cuando surge el primer y único fallo de la corte que no dejó mucho avance más que la no prohibición y los requisitos, se forman dos extremos políticos de la discusión, quienes permiten y apoyan los procedimientos como una manera de avanzar en la ciencia y de ayudar a parejas de cualquier índole a formar una familia de manera no natural y sustentan sus argumentos en el artículo 42 de la Constitución Nacional<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Artículo 42. Constitución Política de Colombia: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla [...] y [...] Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable.

Y la otra que coinciden, evidentemente con argumentos distintos, posiciones religiosas y feministas. Desde las segundas, la crítica se centra en lo que de mercantilización del cuerpo y de la capacidad reproductora de las mujeres supone la explotación. Se mantiene que este tipo de gestación es una expresión más de la alianza entre patriarcado y capitalismo que lleva a que la mujer sea considerada como un medio y no como un fin, lo cual supone un atentado contra su dignidad. Se insiste además en la escasa, o nula en muchos casos, garantía de los derechos de las mujeres gestantes y se critica el negocio que implica esta técnica. (Salazar, 2017)

Por otro lado, es claro que con el fallo de la Corte y al no ser prohibido el procedimiento en Colombia, como se muestra con los estudios de caso que manifiestan que la clínica en Colombia es de excelente calidad, al igual que el procedimiento, es claro y tajante el llamado de la Corte Constitucional para la regulación de la materia, lamentablemente aún no encuentra eco en el Congreso de la República y la incertidumbre legal continúa.

Esta práctica significa sin embargo, que durante la práctica de la maternidad subrogada y al momento de entregar al niño, pueden derivarse controversias ya sea por el incumplimiento del contrato o por la vulneración de los derechos de alguna de las partes, estos pueden ser la determinación de la custodia del niño y la filiación, que en muchos casos se convierte en falsa filiación como lo expresa Blanco (2014), consecuencias jurídicas del incumplimiento del contrato y la desprotección de los derechos del menor frente a ese incumplimiento, además de la explotación de mujeres y remuneración a cambio de la entrega del niño, afectando a la unidad familiar.

Es cierto entonces la falta de una ley regulatoria de la maternidad subrogada que conlleve a posibles situaciones abusivas de explotación anatómica comercial, aunada a los grandes problemas de desempleo, criminalidad, pobreza, discriminación de género, entre otros, que

aquejan al país, incentiva el ofrecimiento de vientres en alquiler por parte de mujeres de estratos bajos con el objetivo exclusivo de lucrarse de ello, lo que traduce que esta práctica se convierta en un negocio como, por ejemplo: el mercado negro de venta de bebés. (Vásquez y Ortiz, 2013)

Tal como lo sostiene la Corte, el ordenamiento jurídico colombiano no contempla una prohibición expresa para la realización de esta clase de contratos o de acuerdos, sin embargo, frente a las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales es posible ubicar la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que esta se encuentra legitimada en virtud del artículo 42 de la Constitución Política por cuanto sostiene que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos o deberes” Así las cosas, la Corte Constitucional es consiente que la falta de regulación de la materia no es un impedimento para la práctica de este tipo de contratos o de convenios, afirma al igual que la autora de esta monografía que en internet se encuentran cientos de anuncios de mujeres de todas las edades que ofrecen su vientre para realizar el deseo de otros de ser padres.

Por otro lado, la H. Corte Constitucional expresó que el alquiler de vientre no está previsto en el derecho colombiano y que los criterios dados por la doctrina para que se configure el contrato de maternidad subrogada no se cumplían -en éste caso- por existir vínculo biológico entre los menores y la madre, es decir, el contrato no existió ya que la maternidad subrogada no cumplió los criterios establecidos, o por lo menos, el más importante, según el cual el material genético debe pertenecer exclusivamente a la pareja, quienes posteriormente contratarán a una mujer para que lleve a cabo el desarrollo del embarazo. Por tal razón, la Corte Constitucional decide otorgar la custodia de los niños a Saraí y permite a Salomón visitarlos en calidad de padre

Realmente en la decisión de la corte constitucional en sentencia el T-968/09, el avance más importante tienen que ver con los requisitos que presupone en Colombia un contrato de maternidad subrogada o contrato de alquiler de vientre, ya que la Corte Constitucional, establece unos requisitos mínimos para entender la validez de la figura de maternidad subrogada, con base en escritos doctrinales, los cuales son:

- A) Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.
- B) Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita el vientre).
- C) Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
- D) Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.
- E) Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante, y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.
- F) Que se preserve la identidad de las partes.
- G) Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
- H) Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
- I) Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
- J) Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica. Con estas condiciones se garantiza que los padres biológicos del menor sean los donadores de los gametos, es decir, el óvulo y el espermatozoide, y no quien ha prestado el vientre para su gestación. Dicho lo anterior, se da claridad respecto a los derechos especiales que se otorgan

a los padres biológicos de cualquier menor, es decir, el derecho a reconocerlo como su hijo, a ejercer la patria potestad, a velar por sus intereses, y los demás de una relación filial.

Sin embargo, en el apartado de la sentencia T-968 de 2009, la Corte sólo menciona algunas de las situaciones sobre las que se debe legislar<sup>16</sup>. Sin embargo, se genera gran inquietud con relación al enfrentamiento entre las leyes actuales sobre filiación y las que hacen referencia a la maternidad subrogada. Prueba de lo anterior es que en Colombia cuando una mujer da a luz, el niño o niña nacido debe quedar registrado por la madre biológica, toda vez que la madre sustituta no es la verdadera madre. También hay que destacar que esta alta corporación se ha quedado corta en su pronunciamiento, pues éste ha sido el único llamado que se le ha hecho al legislativo para que reglamente la materia dejando de lado un tema con tantas implicaciones de todo tipo, asumiendo entonces una posición casi pasiva ante esta realidad (Cardona & Parra, 2013). Citado por Vásquez y Ortiz (2013)

Sin embargo de lo anterior, para todos los efectos legales se realiza el símil frente a la madre adoptante, en el sentido en que ésta recibirá el menor, mientras la madre gestante ha sido quien realizó la gestación y el parto.

Pero realmente mientras no se llegue a un acuerdo, y a legislar positivamente sobre el tema no solo de maternidad subrogada sino sobre todos los procedimientos alternativos de fecundidad, estaremos en un limbo jurídico que se convierte en anomia y obviamente causa problemas que solo puede resolver la corte sin utilizar la norma ideal, que es la norma.

Así mismo, los presupuesto en los cuales se fundamentan los contratos deben ser cambiados ya que si bien, el ordenamiento jurídico colombiano establece unos requisitos de validez para la celebración de los contratos que son: capacidad, consentimiento, causa lícita y objeto lícito que se encuentran expresamente establecidos en el artículo 1502 del Código Civil, estos no son

suficientes para establecer las responsabilidades de las partes en muchos de los casos que pueden presentarse como lo manifiestan los entrevistados; “la mujer puede desistir de sus intención del proceso o luego del parto de entregar el niño, o sufrir complicaciones, muchas probables situaciones fácticas deben ser tomadas en cuenta para legislar”. (Entrevistado Medico 1. 2019)

Además debe incluirse la causa lícita que sería el motivo que induce a celebrar el contrato, esto dependiendo de la posible naturaleza como sería la altruista o la comercial. (Entrevistado, Abogado 2019)

En materia de ley el Proyecto de ley 037 de 2009, es el único avance en esta materia, ya que fue debatido y aprobado en el primer debate en la Cámara de Representantes, para hacer apreciaciones frente a los puntos fuertes y débiles del mencionado documento, pero que a la fecha no se ha llegado a la promulgación de una norma que regule este fenómeno en el país.

En cuanto a los requisitos de la pareja receptora es evidente que en el país esta práctica de aprobarse este proyecto no podrá llevarse a cabo por parejas homosexuales, ni colombianas ni extranjeras, aunado a lo anterior, llama la atención la posibilidad de ser receptora parejas heterosexuales extranjeras que hayan residido en el país por lo menos un año, no obstante, para la madre gestante se restringe solo esta posibilidad solo a colombianas, es decir, limita la posibilidad de realización de este procedimiento en el país a una mujer que desee prestar su útero que no ostente la nacionalidad colombiana, para los autores es de difícil comprensión el porqué de la existencia de esta restricción por cuanto sería viable que una extranjera con un término no menor de un año de estadía en el país, pudiese ser madre gestante en este tipo de acuerdos.

De aprobarse esta ley es necesario decir, que se puede aplicar para este tipo de acuerdos y procedimiento solo cuando se presentan problemas de fertilidad en la pareja y que aunado a esto

la mujer requiera para ser madre de una gestante sustituta, esta práctica se limita a personas que padezcan de VIH, restricción que debe estudiarse detenidamente por cuanto podría vulnerarse sin duda algunos derechos fundamentales de quienes padecen este tipo de enfermedad.

Aunado a lo anterior, el proyecto de ley restringe la posibilidad de ser madre gestante a quienes tenga un parentesco de primer grado con los padres receptores, yendo en contravía de las prácticas internacionales y demás con las recomendaciones realizadas por los médicos especializados en técnicas de reproducción asistida.

Asociados a lo anterior, no contempla que sucede con el menor en caso que los padres biológicos o receptores mueran antes del parto de la madre gestante y muchos otros casos que quedan en un limbo jurídico, y al parecer muchos de los proyectos presentado carecen de una totalidad de posibilidades que afectarían lo jurídico, por lo que se podría decir que legislativamente el avance es muy poco y aun cuando existen clínicas en Colombia, ya que a falta de regulación en la materia, y la no prohibición de la misma, se encuentran varios centros científicos que ofrecen estos servicios a parejas infértiles, tanto nacionales como extranjeras. En la ciudad de Medellín esta práctica es realizada por varios centros, uno de ellos es el Centro de Fertilidad de Medellín (CEFES). Allí, se establecen una serie de requisitos y parámetros que recrean un ambiente de legalidad y que deben cumplir los padres que alquilan el vientre y la madre gestante. Entre esos requisitos se encuentran: que la madre sustituta tenga hijos propios; que sea una mujer sana y que además se someta a una serie de exámenes físicos, orgánicos y psicológicos; y que al momento del nacimiento se inicie un proceso de adopción entre el niño o niña y la madre de crianza, siempre y cuando quien donó el semen figure como el padre biológico; hace falta una ley que los guie jurídicamente.

Así las cosas, se observa que ésta práctica no cuenta con la debida implementación ni regulación en el ordenamiento Jurídico Colombiano, y que a pesar proyectos de ley no se ha podido establecer una normatividad clara, lo cual ha causado hechos y decisiones lesivas de los derechos fundamentales de los niños, controversias de custodia y filiación como en los caso de la sentencia tratada cuando los niños fueron separados de su madre biológica, o como se expone en otros casos internacionales, se pueden dar consecuencias jurídicas perjudiciales para los menores y que pueden presentarse en nuestro país.

Por ello, es importante el reconocimiento de este tipo de contratos ya que es una práctica que es utilizada con frecuencia y en muchos casos puede vulnerar los derechos de las partes involucradas. Se pudo identificar que en Colombia sólo es posible acogerse a la pequeña mención que realiza el artículo 42.6 de la Constitución Política el cual menciona “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, y se observó que en Colombia la práctica de la maternidad subrogada debe ser realizada bajo unos requisitos específicos mencionados en la Sentencia T-968/09, que aunque no están regidos en una norma, deben ser cumplidos a cabalidad para que se entienda como un contrato de alquiler de vientres y no solamente eso debe legislarse en materia penal cuando surjan consecuencias y delitos a partir de estos procedimientos.

Entonces podemos concluir con este estudio que no existe ningún avance en estos últimos años al respecto de la maternidad subrogada y aun cuando la Corte se haya pronunciado sobre la no prohibición, esto implica la necesidad de una verdadera regulación, amas aun cuando surgen avances en lo relativo a procedimientos de reproducción asistida con la anuencia del Estado como se visualiza en la sentencia T-377/18 en la cual no solo se legitima la fertilización in vitro sino que se tiene como :

*“... un derecho del acceso al procedimiento de fecundación in vitro que no se encuentra incluido en los Planes Obligatorios de Salud, actualmente Plan de Beneficios en Salud, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) Cuando se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Esto es, en aquellos casos en que el tratamiento de infertilidad ya hubiese sido iniciado por parte de la EPS, y sea abruptamente interrumpido. Lo anterior, como garantía de los principios de eficacia en la prestación del servicio de salud, y de confianza legítima. (ii) Cuando se requiere la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad. (iii) Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades (infertilidad secundaria) y así garantizar el tratamiento de tales padecimientos, con lo cual, de forma indirecta se combate la infertilidad. (iv) Cuando a partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de los derechos fundamentales.” sentencia T-377/18*

La maternidad subrogada es considerada un procedimiento para estas personas que no pueden tener un embarazo normal, ésta consiste en que una mujer mediante un acuerdo entre partes, alquila su vientre llevando un embarazo cuyo objetivo es entregar al recién nacido a otra persona, desistiendo de sus derechos como madre a cambio de una remuneración económica o con fines altruistas, en conclusión, es un método de tratamiento para la infertilidad.

### **Conclusiones**

Teniendo en cuenta el objetivo general de esta investigación fue la aproximación a los avances sobre la regulación en maternidad subrogada en el país, se pudo identificar como la situación que se presenta en Colombia frente a la maternidad subrogada se torna incierta en cuanto no se encuentra regulada o prohibida, lo que genera un vacío normativo que genera una inseguridad jurídica acerca del acceso a esta técnica como solución para problemas de fertilidad.

A pesar de haber algunos intentos por parte del legislativo por regular la materia, estos no han logrado materializarse en una ley de la Republica, por lo que hasta la fecha no se tiene claridad sobre si los contratos realizados sobre gestación por sustitución tienen validez o si por tratarse de un objeto ilícito carecen de validez, en el caso del único proyecto de ley que esta siendo

discutid en cámaras, manifiesta muchos vacíos que en caso de ser aprobado permitiría anomia en casos específicos que pueden surgir de esta práctica.

En Colombia frente al tema de la maternidad subrogada hasta el momento solo se conoce una sentencia por parte de la Corte Constitucional, esta alta Corte se pronunció a través de la sentencia T-968 de 2009, siendo hasta el momento el único fallo que frente a este tema se tiene por parte de la Corte Constitucional, en la cual en pocas palabras no prohíbe la práctica, pero tampoco da pautas, mas que unos requisitos para el contrato, sin embargo, se queda corta al asumir muchos otros problemas jurídicos que pueden surgir, de todos modos podría decirse que es el único avance relevante acerca del tema.

En nuestro país actualmente no existe una norma que prohíba ni permita de manera específica el alquiler de vientre, lo cual genera un vacío jurídico, a través del cual se crean organizaciones que ofrecen que este tipo de servicios sin control alguno, convirtiendo este avance científico de índole altruista es un negocio, debido a la falta de la regulación puede atentar en contra de los derechos fundamentales de los involucrados, es decir, la madre sustituta, la pareja concomitante y menor involucrado.

A nivel de derecho comparado no hay conceptos homogéneos respecto a la forma de tratar la maternidad subrogada desde el punto de vista legal, en la actualidad existen países permisivos, en los que la maternidad se encuentra sin ningún tipo de control o intervención estatal, mientras que existen países en los cuales la maternidad sustituta se considera, como un delito y en Latinoamérica realmente no existen avances sobre el tema ya que la mayoría de países no ha legislado sobre el tema al igual que Colombia.

España es uno de los países que prohíbe esta práctica reproductiva al ser considerada contraria al conjunto de valores fundamentales que caracteriza el ordenamiento jurídico. El debate éticosocial parte de si es admisible que incluso el ser humano pueda entrar dentro del marco de la ley de la oferta y la demanda para formar parte del mercado actual. Frente a la existencia de un nuevo modelo de paternidad basado en la intención o deseo, y no, en la relación biológica que junto a la adoptiva forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, se valoran todos los aspectos que entran en conflicto en un proceso de maternidad subrogada con el fin de evitar la existencia de situaciones de desprotección para las partes intervinientes en este tipo de acuerdos.

En Estados Unidos la práctica es legal, debe configurarse un contrato y las diferencias que surjan sobre el mismo son decididas en estrados judiciales de acuerdo a las normas existentes en materia de derecho de familia. Además, ya existe jurisprudencia que permite al operador judicial tener un sustento legal al momento de tomar una decisión sobre la controversia que va a dirimir.

En esta misma línea de países permisivos con ciertas restricciones encontramos a Grecia, Portugal, Canadá, Israel y México, destacando la falta de uniformidad jurídica entre cada estado mexicano, solo por mencionar algunos se tiene el de Ciudad de México, el estado de Tabasco y Sinaloa. También dentro de esta línea se puede mencionar a Brasil y a Vietnam.

Y en los Países con admisión amplia el caso más representativo de esta línea lo representa la India.

La doctrina nacional e internacional sobre esta materia muestra que es necesario que exista un posicionamiento claro sobre su prohibición o regulación. La dificultad de ese posicionamiento a nivel nacional reside en la protección de derechos que, a pesar de no tener un respaldo

constitucional directo, reclaman una protección jurídica frente al conjunto de principios y valores que, hoy en día, forman parte de nuestro sistema constitucional.

A pesar de haber algunos intentos por parte del legislativo por regular la materia, estos no han logrado materializarse en una ley, por lo que hasta la fecha no se tiene claridad sobre si los contratos realizados sobre gestación por sustitución tienen validez o si por tratarse de un objeto ilícito carecen de validez.

La ley que regula esta materia debe establecer bajo qué criterios será viable realizar el contrato de maternidad subrogada y establecer cuáles serán las contraprestaciones en el mismo, de manera que el tema no gire en un entorno específicamente económico. Es preciso establecer a que órgano jurisdiccional correspondería dirimir los conflictos que puedan surgir en virtud de un contrato de maternidad subrogada, además debe ser redactada y pensada por expertos en la materia con ayuda de profesionales en medicina y derecho que puedan decidir los posibles efectos y problemas jurídicos que se puedan presentar en sus práctica, especialmente para garantizar los derechos del menos y la mujer y no dejar situaciones a la deriva que desencadenaran violación de los derechos humanos y que vulneren la igualdad y dejen al país al margen de la ciencia.

Es claro que, en materia penal, no existen avances en los últimos años, el Derecho penal constituye la última ratio del sistema jurídico y ha de re servarse para sancionar las conductas socialmente más graves para las que resulten inoperantes las sanciones civiles o administrativas y las discusiones que han surgido sobre el tema, manifiestan que se pueden presentar conductas punibles por lo que debe regularse en estos términos. Ya que e derecho penal se refiere a otros medios de reproducción asistida, pero no a la maternidad subrogada.

En penal pueden surgir delitos como aborto ilegal, explotación de infantes o de la mujer etc., por lo que, Por otra parte, la naturaleza del daño que puede producir esta actividad no va de acuerdo con el sentido de los perjuicios en materia contractual. Además, deben consagrarse otras conductas delictivas emanadas de dichas técnicas.

### **Recomendaciones**

Demostrado el vacío existente en la latente legislación de Colombia en materia de maternidad subrogada se hace necesario expedir una norma que regule la legalidad de esta figura, y todo lo relacionado con procedimientos de fertilidad catalogados como no naturales, ya que siendo la Corte Constitucional la única entidad en haberse pronunciado permite que el precedente del 2009, augure muchos casos de problemas jurídicos que no podrán resolverse sin una ley clara, redactada, analizada y pensada por expertos, incluyendo todos los elementos y variables que pueden darse para tomar decisiones jurídicas en caso específicos que con la practica no prohibida puedan surgir.

### Referencias

- Álvarez, Daniela & Burbano, Camila (2012) Maternidad subrogada y filiación a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. Monografía de grado. P 23. Universidad San Buenaventura, Facultad de Derecho.
- Arámbula Reyes, A. (2008). Maternidad subrogada, Centro de Documentación Información y Análisis, Cámara de Diputados, LX Legislatura, México.
- Bernal Crespo, J. S. (2013). Reproducción asistida y filiación, Tres casos. Revista Opinión Jurídica, Universidad de Medellín, 12(24), 135-150. Recuperado el 15 de Septiembre de 2016, de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n24/>
- Beltrán Y. (2018) La regulación de la Gestación por Subrogación en Colombia desde el punto de vista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Universidad

Católica de Colombia.

Cadavid K y Barrera M. (2017) Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano

y principales aportes internacionales al tema. Universidad CES- Medellín.

Candal, L (2010). “la maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad

subrogada. En: Revista Redbioética de la UNESCO series 1,1. Montevideo,

UNESCO Office Montevideo, 2010.

Corte Constitucional de Colombia. (18 de Diciembre de 2009). Sentencia T-968 de 2009.

MP. María Victoria Calle Correa. Bogotá, D.C., Colombia: Sala Segunda de

Revisión.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). 38ba edición. Colombia: Editorial

Legis.

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión (18 de diciembre de 2009) Sentencia T-

968/09 [MP María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional, Sala Plena, (12 de abril de 2000) Sentencia C-427/00 [MP

Vladimiro Naranjo Mesa]. 92

Corte Constitucional, Sala Plena ( 9 de noviembre de 2004) Sentencia C-1125/04 [MP

Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional, Sala Plena (22 de abril de 2003). Sentencia C-311/03 [MP Eduardo

Montealegre Lynett]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (25 de agosto de 2000), Exp. 5215

[MP Nicolas Bechara Simancas].

Corte Suprema de New Jersey. Caso Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (02 de marzo de 1988).

Congreso de la República de Colombia (2003). Acto Legislativo 1 de 2003.

Congreso de la República de Colombia (2009). Acto Legislativo 1 de 2009.

Congreso de la República de Colombia (2009). Acto Legislativo 2 de 2015.

Congreso de la República de Colombia (1992). Ley 5 de 1992.

Congreso de la República de Colombia (1992). Ley 3 de 1992.

Congreso de la República de Colombia (2002). Ley 754 de 2002.

Congreso de la República de Colombia (2005). Ley 974 de 2005.

Decreto 1546 de . (4 de Agosto de 1998). Por el cual se reglamentan parcialmente las

Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante. de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o Similares. Bogotá, Colombia: D.O. 43357.

Gafo, J. (Ed.). (1998). Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales.

Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

Gamboa Montejano, C. (Octubre de 2010). Maternidad Subrogada Estudio Teórico

Conceptual y de Derecho Comparado. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. México D.F., Estados Unidos Mexicanos. Recuperado el 15 de septiembre de 2016, de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>

- Guerra, M. d., & Valencia, S. (2016). Proyecto de Ley 202 de 2016, "Por medio de la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos". Bogotá, D.C. , Colombia.
- Gómez Sánchez, Y. (1994). El derecho a la reproducción humana. . Madrid: Marcial Pons.
- Krimml, H. (1995). "La posición en contra de la maternidad sustituta" en Luna, F. y Salles, A., Decisiones de Vida y muerte, Sudamericana, Buenos Aires
- Morales Gil, J. I. (2009). Proyecto de Ley 037 de 2009 "Por medio de la cual se reglamenta en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante técnicas de reproducción humana y se dictan otras disposiciones". Cámara de Representantes. Obtenido de [ftp://ftp.camara.gov.co/debate1/P.L.037-2009C%20\(Gestacion%20Sustitutiva\).doc](ftp://ftp.camara.gov.co/debate1/P.L.037-2009C%20(Gestacion%20Sustitutiva).doc)
- Navarro N. (2017) Regulación de la maternidad subrogada en Colombia: análisis de la viabilidad jurídica en Colombia para la celebración de los contratos de gestación "altruistas" y/o "comerciales" Universidad Cooperativa de Colombia, Sede Pasto. Grupo de Semilleros "La Cuestión Agraria", Grupo La Minga.
- Pinzón I, Rueda E, Mejía O. (2015) La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre. Revista de derecho y genoma humana. Num. 43. Julio-diciembre 2015. Inter University Chair.
- Russi, S. (2015). Régimen jurídico de la maternidad subrogada en Colombia: un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la validez del contrato y sus efectos para las partes. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho.

Bogotá, Colombia.

Sanz, J. E. (2002). Fecundación asistida. Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida. Medellín: Ibáñez.

Sánchez, R. (2010) La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos, En: HUMANITAS: Humanidades Medicas, Madrid, No. 49, abril de 2010

Sánchez, A. J. V. (2011). La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Diario La Ley, (7608), 1. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3605650>

Vallejo, d. (2015). El concepto de maternidad subrogada en Colombia/ The concept of subrogate motherhood in Colombia (Tesis de pregrado). Universidad De San Buenaventura: Cali. Facultad De Derecho y Ciencias Políticas.

Zaeva, Victoria (2013) Historia, Maternidad subrogada en Rusia y el mundo. En línea: <http://surrogacy.ru/es/history.php>

## **Anexo 1. Estudio de caso**

### **Estudio de caso A**

Doris es una mujer de 27 años madre de dos niñas actualmente está soltera es la menor de sus hermanas. Proveniente de una familia católica nuclear clase social media, realizo sus estudios de bachillerato en su totalidad y realizo tres semestres en la universidad de educación especial.

Tuvo una hermana en especial y es cándida, su hermana fue su fortaleza, siempre la ha apoyado en todo y sobre todo con sus pequeñas hijas.

Doris es auxiliar contable pero su salario no es muy bueno por lo que a veces su hermana les ayudaba con algunos gastos de las niñas en especial con Paola la mayorcita de la cual su hermana es madrina junto con su esposo; ella ha seguido de lado todo el proceso que ha llevado su hermana para tener un hijo y a veces no comprende porque el destino es así con su hermana; su hermana económicamente se encuentra muy bien posicionada, siempre fue brillante en sus estudios una alumna académicamente ejemplar con las mejores notas, una niña de casa; se casó con un excelente hombre con el que duraron aproximadamente 8 años de novios desde el colegio iniciaron su relación, decidieron casarse y pasados los 3 años de matrimonio comenzaron con la idea de tener hijos y al ver que no habían resultados decidieron acudir al especialista en fertilidad les practicaron varios exámenes y efectivamente encontraron problemas con el útero de su hermana que le impedía quedar embarazada por lo cual ellos decidieron iniciar un proceso de

fertilización invitro; se implantaron 8 embriones de los cuales ninguno se incubo; recuerda que su hermana se encontraba muy triste decaída pero su esposo la alentaba a seguir adelante a tomar la alternativa de adoptar o porque no hacer un segundo intento; una vez paso el tiempo prudente su hermana y su esposo decidieron nuevamente iniciar el proceso de inseminación, nuevamente el medico les recordó que podía volver a fallar o que por el contrario podía ser un éxito en esta oportunidad se implantaron 10 embriones pero solo hasta después de 18 días se realiza una prueba de embarazo y se verifica cuantos embriones han sido los sobrevivientes al ver los resultados se observa que tres embriones han quedado implantados; el medico les pregunta que hacer y deciden continuar pero pasada una semana verifican nuevamente el estado de los embriones y se observa que ninguno ha sobrevivido y nuevamente implica un proceso de duelo para su hermana

Empieza Doris a contarme sobre este proceso: mi hermana ya se había ilusionado, se puso muy mal, su esposo al verla en ese estado decidieron no volver a tocar el tema y dejar eso así; por un buen tiempo estaba resignado y busco terapia de pareja en especial por mi hermana quien estaba muy deprimida pero ella no quiso asistir a algunas terapias solo asistió a muy pocas, pasados 3 años decidieron dirigirse al bienestar familiar en búsqueda de un bebe para adoptar pero les entregaban un niño de 7 años y ellos deseaban un bebe, sobretodo mi hermana por lo cual se desanimaron con el tiempo mi hermana escucho hablar del alquiler de vientre y le llamo la atención para lo cual decidió hacerse los exámenes para saber cómo se encontraban sus óvulos y por fin hubo una luz de esperanza, el médico le informo a mi hermana que estaban en perfectas condiciones para realizar el proceso de maternidad subrogada un mes después mi hermana comenzó a enfermarse a tener fuertes dolores en la boca del estómago algo como una gastritis empezó a sentir nauseas para lo que llevo a pensar que podría estar embarazada sus nauseas eran

constantes y su estado de ánimo también, decidieron con su esposo realizarse una prueba de embarazo pero nuevamente esta arrojó un resultado negativo pero mi hermana aún seguía sintiéndose mal para lo que decidió acudir a un especialista y le realizaron una ecografía que dio como resultado el diagnóstico de linfoma no hodgkin en un principio no comprendimos que era un linfoma fue en la segunda cita cuando el especialista le dijo a mi hermana que lo más recomendable era iniciar las quimioterapias cuando le nombraron esta palabra mi hermana y su esposo se asustaron mucho, el médico gastroenterólogo les dijo que el linfoma era un especie de cáncer en el estómago esto fue desastroso para mi hermana antes de comenzar las quimioterapias su esposo fue donde el gineco-obstetra y le preguntó sobre los óvulos de su esposa le dijo que estaban en perfectas condiciones y que solo faltaba buscar una madre subrogante su esposa al informarle los médicos el estado tan avanzado en el que se encontraba el cáncer de su esposa quiso hasta último momento cumplirle ese sueño y fue allí cuando yo me ofrecí como donante de vientre, quien más adecuada que yo que ya había pasado por tres embarazos yo que quería ver a mi hermana feliz y quise apoyar en todo a mi cuñado; me realizaron la implantación acudimos a la clínica como CEFES les dijimos desde el principio lo que pasaba pues una de las normas de la clínica es que los futuros padres no pueden ser solteros deben estar casados o llevar al menos tres años de convivencia pero les rogamos a los doctores y accedieron, seguimos adelante con el procedimiento realizaron la implantación del embrión y todo fue un éxito a las semana 16 se determinó que era una hermosa niña, mi hermana nos acompañó a las ecografías aunque el médico nos recomendó que ella no podía sufrir emociones tan fuertes por su estado de salud, sin embargo solo queríamos darle felicidad a nuestra hermana y más aún cuando los médicos nos daban tan pocas esperanzas de vida con el cáncer de mi hermana y solo queríamos que si era voluntad de Dios llevársela que se fuera viendo a su hija, era triste ver como mi hermana estaba

decaendo, a mí se me permitía estar fuera de la clínica, no tenía que estar interna ya que mi subrogación era voluntaria no era monetaria; mi único interés era la felicidad de mi hermana; ella nos acompañó a todos los controles junto con su esposo, se emocionaba tanto cuando veía las ecografías y más aún cuando estuvo presente en el ultrasonido y sin pensar esa fue la última vez que mi hermana tuvo contacto físico con su hija a los dos días mi hermana falleció y al menos pudo ver y escuchar el corazón de bebe aunque no pudo verla como sería; ni su cabello ni sus ojos ni si se parecía a ella o a su a su esposo tal vez si estuviera acá todavía se daría cuenta que fue tanto su deseo que la bebe nació igualitica a ella; con su mismo color de ojos claros y su cabello hoy en día el esposo de mi hermana cuida de la bebe es su motivación más grande.

*¿Doris quisiéramos saber cómo te fue el proceso de tu embarazo como lo viviste como fue eses vínculo tuyo con la bebe?* Bueno la verdad la bebe fue bastante diferente a los embarazos anteriores yo siempre supe que era de mi hermana y veía a esta pequeña como el regalo que yo le hacía a mi hermana, una oportunidad de que ella fuera madre de que cumpliera su sueño yo no veía la hora en que naciera para dársela a mi hermana. *¿Cuando nació la bebe que sentiste al saber que la tenías que entregar a su padre fue difícil separarte de la bebe?* La verdad no, yo siempre tuve presente el objetivo con el cual se había tomado el proceso de maternidad tal vez si me genero algo de tristeza al saber que mi hermana no la vería y me genero dudas sobre si su padre podría solo con tanta responsabilidad al ser una niña y el estar pasando por un duelo tan grande por la pérdida de mi hermana; me preguntaba como estaría la bebe y si el cuidaría bien de ella, ya sabes los hombres no son muy buenos en estas cosas siempre es bueno que una mujer sea la que vea de su bebe cuando está recién nacida nuestro instinto nos dice como esta porque es su llanto aprendemos a reconocer su llanto en cambio un padre es tan distinto y eso si me preocupaba. *¿Amamantaste a la bebe?* No, mi cuñado no lo permitió, dijo que los médicos así lo

decidieron, a la bebe se le dio una leche especial que los médicos le formularon a mi cuñado y el decidió hacerse cargo de su alimentación y sus cuidados. *¿Visitas a la bebe?* Si, sobretodo al principio ahora no tanto yo tengo tantos pendientes con mis hijas que la verdad no me da tiempo ; a veces pero llamo a mi cuñado a preguntar cómo están tanto el como la bebe. *¿Te arrepentiste en algún momento de haber iniciado el proceso?* No, nunca yo la verdad cuando mi hermana me comento lo que quería hacer de alquilar un vientre, yo le dije que yo le prestaría mi vientre y recuerdo que estaba muy feliz; además a mi Dios y la vida me habían bendecido con 3 hijas mientras que a mi hermana no; yo ya había disfrutado de mi experiencia como mama en tres oportunidades y quería que al igual que yo aunque de manera diferente ella viviera la experiencia de ser madre. *¿Repetirías la experiencia de ser madre subrogada?* Definitivamente no, yo tome la decisión de ser madre subrogada para que mi hermana pudiera ser madre pero con otra persona por supuesto que no lo haría.

*¿Durante las visitas que haces a la bebe has sentido algún tipo de apego afectivo hacia la bebe que te lleve a verla como tu hija?* No la verdad no solo veo el recuerdo de mi hermana, la hija de mi hermana y mi cuñado yo solo fui ese vientre donde la bebe creció pero genéticamente la bebe es completamente de mi hermana y mi cuñado por lo tanto solo la veo como mi sobrina.

## **Anexo 2. Estudio de caso**

### **ESTUDIO DE CASO B**

Johana es una mujer de 23 años con una buena apariencia física soltera actualmente se encuentra desempleada tiene un hijo de 8 años cursó los estudios de bachillerato en su totalidad no tuvo estudios superiores por el nacimiento temprano de su hijo proveniente de una familia

monoparental convive con su madre y sus 2 hermanos menores una niña de 15 años y un niño de 13 años su madre labora como costurera en un pequeño taller que ha logrado organizar en su misma casa actualmente Johana colabora con los oficios de la casa y con sus hermanos afirma en varias oportunidades haber buscado empleo sin tener respuesta alguna, su vivienda es humilde se encuentra terminada, tiene tan solo dos habitaciones y un único baño se observa deterioro en la vivienda un nivel socioeconómico bajo su apariencia es aseada vestida de acuerdo a su nivel socio económico durante la entrevista se observa tranquila mantiene contacto visual nos comenta que su casa había estado a punto de ser embargada y que es el único patrimonio de ella y de su familia, esa deuda le preocupaba y la impulsó a tomar este trabajo de ser madre de alquiler; afirma por un lado que al principio no le gustaba mucho la idea por temor a lo que fuera opinar su mama al ser una persona tan creyente y católica.

Desde que inició el programa Johana afirma que se estableció una buena relación con los padres contratantes quienes siempre estuvieron al pendiente de ella desde el inicio de la gestación le preguntaban constantemente como se encuentra le contaron su historia para llegar al proceso de alquiler de vientre, los constantes abortos consecutivos de embarazos adquiridos de manera natural como mediante fertilización invitro; así mismo las constantes depresiones por las cuales pasaron frecuentemente por la pérdida de sus bebés debido a sus problemas de fertilidad y lo mucho que significaba este proceso para ellos siempre le dijeron que ese bebé que se está formando en su vientre era el complemento para ser una verdadera familia; era ese sueño por el que ellos habían luchado día día aunque al principio mi impulso fue meramente económico cuando se conoce de cerca a estos padres y ves en su mirada y en la forma como hablan lo importante que es para ellos este bebé de verdad se conmovió y se dio cuenta que iba a hacer felices a esta pareja.

¿Cómo fue todo el proceso de su embarazo? Bueno el proceso inicia primero con exámenes físicos para saber si eres o no apta para ser madre subrogante una vez salgan bien esos exámenes nos presentan a los padres contratantes se realiza la implantaciones de los embriones que sean necesarios en mi caso fueron 5 de los cuales solo dos sobrevivieron debido a que los demás no lograron incubarse, cuando el doctor informo que dos de los embriones se habían implantado correctamente se tomó la decisión con los padres si querían que ambos quedaran implantados o solo uno; reconozco que cuando me dijeron que tomarían esta decisión con ellos por uno momento quise opinar porque igual era un bebe que ya estaba bien acomodado en mi vientre pero el medico me dijo que recordara que los único que tomaban decisiones sobre el futuro del bebe o los bebes eran los verdaderos padres y que yo solo era esa habitación donde él bebe se alimentaba se protegía y se desarrollaría me recordaban constantemente que él bebe no me pertenecía y que biológicamente ellos eran sus padres pues el ovulo y el espermatozoide que formaron el embrión era de ellos de manera que debes abstenerte de opinar sobre cualquier cosa que tenga que ver con la vida del bebe o los bebes, como era mi caso; una vez el doctor ha dialogado con los padres del bebe me comenta que están felices y que desean que continúen el proceso los dos embriones para lo que me informan que tendré gemelos las emociones de alegría y agradecimiento fueron constantes pues no solo tendrían un solo bebe sino dos bebes; el médico me dice que al ser dos bebes los cuidados son mayores los chequeos y las exploraciones serán más frecuentes tengo que permanecer en reposo absoluto.

A partir de la semana 16 a través de un ultrasonido nos informan sobre el sexo de los bebes que serían 2 niñas la madre de las bebes se pone muy feliz al igual que el papa; eso es muy motivante, esas emociones de felicidad me recordaron a un más que ese bebe no era mío para mí

también genero emociones de felicidad pues yo tengo un niño y en mi anterior embarazo en algún momento desee que fuera niña y pues tener un embarazo doble y de gemelas era algo bonito pero miraba constantemente a los papas y veía tanta felicidad en su mirada se abrazaban de felicidad y yo solo pensaba en que tenía mi hijo y que por el hacía esto; y que estas bebes no me pertenecían porque yo ya tenía un hijo y que me estaría esperando cuando saliera de acá.

***¿Ahora qué mencionas lo de tu hijo quisiera preguntarte que sentías al estar por primera vez tan lejos de él no te arrepentías de haber tomado esta decisión al tener que alejarte por 10 meses de tu hijo?*** Si claro, al principio es muy duro todos los días me preguntaba como estaría, que estaría haciendo, si estaría bien, si estaría triste, si mi hermana lo estaría recogiendo a tiempo, si le estarían teniendo paciencia, que estaría pensando él; del porque yo no estoy con él y aunque yo lo llamaba constantemente porque acá nos lo permiten, era muy duro cuando escuchaba que me pedía que volviera y se ponía a llorar y saber que faltan largos meses para volver a verlo; más sin embargo mi madre fue un apoyo indispensable ella me recordaba que el niño estaba muy bien que ella lo estaba cuidando, que estaba muy juicioso y que era ella quien dormía con él; me contaba lo que hacían durante el día a veces me contaba de sus logros y me dolía no poder estar allá para compartir esos momentos con él; otro evento que me dolió mucho fue a los 7 meses en ese mes mi hijo cumplía años y solo lo pude llamar, pedí permiso para ver a mi hijo pero el doctor me recordó las cláusulas del contrato; por lo cual me tuve que conformar con solo llamarlo, eso si me permitieron hacer como unas 10 llamadas y como ya para la fecha a mí me habían dado la mitad del pago pude enviar el dinero a mi madre, de ahí le pedí que le comprara una bicicleta a mi hijo la que el tanto había querido por fin se la había podido regalar eso a la vez me hacía muy feliz; por otro lado mi hermanita lo llevo a un café internet y pudimos

hacer video llamada y verlo así fuera por una pantalla, me hizo muy feliz y eso fue lo que nuevamente me recordó que ese pequeño era mi hijo y mi motivación y recordé nuevamente que estas bebes no eran mis hijas ***¿Cómo fue tu relación con los padres biológicos de las bebes?*** Siempre fue buena ellos estaban muy pendientes de mi sobre todo la señora, ella era muy atenta, muy queridita, me llevaba frutas y algunos antojos que me daban, era ella quien me complacía aunque escuchaba a menudo todas las anécdotas por las que ella había pasado y la vi llorar en varias oportunidades no se cansaba de agradecerme por la oportunidad que le estaba brindando al ser madre, con el esposo sino no hablábamos casi, incluso sentía que a él no le gustaba que su esposa hablara mucho conmigo incluso vi como el medico en varias oportunidades vigilaba nuestras conversaciones y la llamaba a ella por separado y a mí también nos decían que no debíamos relacionarnos tanto porque al terminar el proceso debería haber ningún tipo de contacto entre nosotras. ***¿En algún momento te arrepentiste de iniciar el proceso?*** No, en ningún momento me sentí arrepentida pues sabe que eran muchos los beneficios que este proceso generaría no solo el económico sino también la posibilidad de ser padres para los padres contratantes y pues mi tranquilidad al salvar nuestra casita y la estabilidad para mi hijo eran muchas cosas positivas a veces en la clínica se escuchaban llantos de bebes imagino que algún bebe que había nacido y me preguntaba como seria ese momento y yo que sentiría y si me permitirían verlas aunque ya me habían dicho que no, era un poco inquietante cuando se escuchaban llorar a los bebe porque lo remontaba a uno al momento en que nacerían las bebes pero igualmente era consiente que las bebes no eran mías y que por mucho que las sentía o las llevaba dentro de mi eran unas bebes frutos de la unión genética de los padres biológicos y no llevaban nada de mi yo solo las cuidaba y las alimentaba por medio de mi vientre. ***¿En algún momento al avanzar el embarazo sentiste la necesidad de no cumplir con el contrato y***

***quedarte con las bebés?*** Yo no niego que cuando uno está en este proceso al no estar con la familia al encontrarse prácticamente solo uno se va aferrando a estas criaturitas y pues los cambios emocionales a los que uno se enfrenta son muchos y pues es imposible uno no sentir algo por esas bebés que aunque siempre me recuerdan que nos son más el sentir su compañía constante sus movimientos incluso reconocer lo que les gusta o lo que no cuando comía algo porque yo podía percibir eso cuando comía algo y me daban náuseas o cuando me entraban unos antojos de cosas que ni a mí me gustaban pues uno se va relacionando así uno no quiera sería muy insensible si no sintiera nada por ellas yo a veces pensaba si hablarles o no a uno el médico me decía que no porque ellas deben empezar a identificar la voz de verdadera mamá y además se generaría un apego más fuerte con las bebés y yo pues no era nadie pero había momentos en los que les hablaba pero siempre teniendo presente que no eran más, yo misma me concientizaba de eso para que cuando nacieran no me diera tan duro desprenderme de ellas, no pensé en quedarme con ella por muchas razones; una no me pertenecían, sus papitos eran quienes me habían contratado y dos eran dos bebés y si no podía a veces con mi hijo menos con dos; más por otro lado estaba el dinero para mi casa, las esperanzas de mi familia puestas en mí y mi hijo que me esperaba ese hijo que sin duda alguna aunque no fue planeado fue fruto de mi amor. ***¿Qué sentiste cuando te realizaron el primer ultrasonido y escuchaste el corazón de las bebés podrías describirme que sentimientos embargaron en ti en ese momento?*** Fueron muchos una emoción grande saber que no uno sino dos corazoncitos están latiendo dentro de ti saber que había dos vidas me recordó mucho cuando escuche por primera vez el corazón de mi hijo aunque en esa oportunidad mi felicidad era mayor en esta no era tanta pues las bebés no eran más y pues solo me detuve a observar la felicidad de los futuros padres no hacía ningún comentario en un momento sentí tristeza pero ni yo misma me explico porque si yo estaba feliz por esa pareja y

estaba siempre consiente que no eran más supongo que era porque no podía sentir emociones por las bebés tenía que concientizarme que en algún momento ellas nacerían y debía entregarlas y continuar con mi vida. *¿Johana en algún momento tú recibiste atención psicológica en la clínica?* Si, al iniciar el tratamiento me llevaron con la psicóloga ella me hizo diferentes preguntas entre esas el motivo por el cual había iniciado este proceso de madre subrogante, como me encontraba si me sentía segura, como era mi relación con mi familia, que pensaba hacer al terminar el proceso y que opinaba frente al proceso; indago sobre como había sido mi estado emocional en mi primer embarazo, si estaba soltera, me pregunto sobre mis gustos mis debilidades y fortalezas me explico cómo iba a ser el proceso y los cambios a los que yo me enfrentaría me pregunto que si era consiente de todo eso y le dije que sí y que quería seguir adelante con el proceso, me llamo también en otra oportunidad cuando ya tenía 8 meses para saber cómo me sentía emocionalmente la terapia duró aproximadamente una hora básicamente es para saber mi estado emocional y si tengo alguna duda y aceptar que ya se acerca la hora de entregar a las bebés a sus verdaderos padres y que debo ser consiente que yo no soy la madre de las bebés y que esos padres esperan con mucha felicidad ese nacimiento y que son ellos quienes han aportado todo genéticamente para la formación de las bebés y que estos una vez nazcan también se marcharan y yo debo seguir normalmente con mi vida sabiendo que hice posible que se conformara una familia y que brinde la oportunidad de ser padres a una pareja que la vida no se los permitió de forma natural realizar tan anhelado deseo de ser padres y que a través de ellos encontraron una esperanza para tener sus bebés que se gestaran en mi vientre. *¿Qué sentiste en tu último mes cuando ya era la hora del nacimiento de las bebés?* Pues la verdad sentí un poco de ansiedad, nervios de que todo fuera a salir bien, de que no les pasara nada malo, de que nacieran muy sanas, aunque a nosotras nos hacen unos exámenes para saber si las bebés vienen

bien o presentan alguna enfermedad o anomalía genética; le pedí a Dios incansablemente que las cuidara y que todo saliera bien; por otro lado, también sentí miedo de que me pasara algo y que mi hijo quedara solito pues en una de las cláusulas del contrato está presente que uno se hace responsable de cualquier intervención y uno antes de entrar al quirófano firma un consentimiento donde uno se hace responsable de todo. Eso me dio mucha angustia al saber que algo podía pasarme aunque el médico me dijo que solo era un requisito. ***¿Qué sentiste durante el parto estabas consiente durante el parto o te anestesiaron?*** Hubiese querido estar consiente pero no se podía a mí me anestesiaron y las bebes nacieron por cesárea nunca las escuche ni las vi creo que tal vez así fue mejor. ***¿Qué sentiste después del parto?*** Pues me sentí extraña; al principio: uno no está muy consiente de todo por los efectos de la anestesia, luego que se pasan los efectos uno se detiene a pensar primero como salió todo y le pregunte al médico como estaban las bebes, si habían nacido bien, si estaban sanas y pues efectivamente el médico me felicito y me dijo que las niñas estaban muy bien que ya habían sido entregadas a sus padres; le pregunte que como se iban a alimentar las bebes me dieron que todo eso ya estaba controlado que lo más probable era que las bebes al otro día serian dadas de alta. En ese momento uno si se alcanza a preguntar cómo serian, cómo se sentirían, pero a la vez uno se siente feliz de saber que estarán con unos padres que las esperaban desde hace mucho y que estarían muy felices con la llegada de las bebes; yo también me preguntaba como estarían ellos, aunque la pregunta sea obvia imagino que felices hubiese querido ver la cara de ellos cuando recibieron a las bebes pero yo sabía que ese momento llegaría y que ni a las bebes ni a ellos los volvería ver al otro día me dieron de alta al salir de la clínica sentí muchas cosas saber todo lo que quedaba allí y pues la vida que seguía ahora y sobre todo mi hijo quien me esperaba y mi familia. ***¿Recibiste atención psicológica una vez terminado el proceso?*** No, al finalizar me solicitaron reunirme con el abogado y el médico

de la clínica me leyeron nuevamente el contrato y les afirmé tener muy claras sus cláusulas; me ofrecieron nuevamente la clínica si quería en algún momento iniciar este proceso de madre subrogante, me agradecieron por los servicios prestados, el médico me examinó para saber cómo me encontraba físicamente, el gineco-obstetra también me revisó y me encontraba bien, también me atendieron las niñas de enfermería me realizaron unos exámenes y una vez salen los resultados me dieron de alta.

***Hace un momento nos comentabas que te reiteraron la oportunidad de que podías en algún momento volver a la clínica a ser nuevamente madre de alquiler, repetirías la experiencia en un futuro?*** Yo creo que no, porque así uno no quiera y uno se prepare emocionalmente en algunos momentos no deja de verse uno afectado por los recuerdos, además físicamente uno tampoco es que quede muy bien y más cuando has tenido gemelas la piel se estira se generan muchas estrías no es lo mismo que cuando das a luz a un solo bebe y por otro lado no soportaría alejarme nuevamente de mi hijo, fueron 10 meses largos sin él y por eso no repetiría tampoco la experiencia.

***¿Qué sentiste cuando llegaste a tu casa?*** Mucha felicidad, extrañaba mucho a mi familia eran 10 largos meses fuera de casa y extrañaba a mi hijo lo ábrase lo bese le dije que nunca más me volvería a separar de él, me enseñó la bicicleta; mi mamá me contó que con el dinero que le envié había podido abonar al banco y que había detenido el embargo y que solo costaba entregar la otra parte, que era lo que yo traía la otra parte del dinero, que me entregaron al finalizar todo el proceso; saber que había salvado nuestra casa, que mi mamá estaba más tranquila, que ya no la veía tan angustiada y que ya no estaba tan esclavizada a esa máquina sin esperanzas de alcanzar a terminar de pagar esa deuda y tener nuestra casa a salvo y poder darle a mi hijo cosas que no había podido darle, me llenaban de felicidad y eso hacía que no echara de menos o pensara en

todo lo que había vivido en la clínica, miraba a mi hijo y me llenaba de motivación y lo veía tan feliz que no me hacía arrepentirme de la decisión que había tomado aunque siempre estará presente esas gemelitas que solo vi a través de una ecografía y un ultrasonido es difícil olvidarlas pero no me arrepiento de nada creo que fue la mejor decisión. *¿Recuerdas la fecha en que nacieron las gemelas y que sientes al recordarlas y con qué frecuencia piensas en las gemelas?* Sí, recuerdo la fecha fue el 24 de noviembre del año pasado han pasado ya 4 meses y medio y con qué frecuencia las recuerdo, yo diría que todos los días no, pero si de vez en cuando las recuerdo y me hago preguntas de como estarán tanto ellas como sus padres.

Bueno muchísimas gracias Johana por tu valiosa información ten por seguro que todo lo que nos has contado queda bajo estricta confidencialidad tal como lo establecimos en el contrato de confidencialidad eres muy amable y muy valiente al contarnos tu experiencia que sin duda alguna será una herramienta muy valiosa para nuestra investigación.

### **Anexo 3. Entrevista Abogado**

#### **ENTREVISTA REALIZADA A ABOGADO FUNDACION MUJER EN LA CIUDAD DE BUCARAMANGA.**

##### **1. ¿A QUE SE DEDICA SU FUNDACIÓN?**

Tiene como propósito ayudar a las mujeres que por causas de fuerza mayor no pueden tener familia y lo desean, el estado no se compromete a ayudarles, por lo que les ayudamos a llegar a soluciones de fertilidad que la ciencia tiene como fertilidad in vitro, tratamientos de endometriosis, asesorías legales de fertilidad no natural, madre subrogantes y subrogadas.

2. ¿A QUE SE REFIERE CIENTÍFICAMENTE Y LEGALMENTE EL ALQUILER DE VIENTRE O LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL?

La gestación por sustitución, maternidad subrogada o alquiler de vientre materno es un contrato mediante el cual una mujer acepta gestar un niño, utilizando técnicas de reproducción asistida, con la obligación de entregar ese niño a la otra parte contratante, denominados padres de intención, una vez dé a luz.

Se pueden dar varias posibilidades dependiendo de quién sea el propietario del material genético que se utilice para la concepción del embrión.

3. ¿SE PUEDE ELEGIR LA PAREJA A LA QUE SE LE ALQUILA EL VIENTRE? ¿COMO SE DECIDE?

Si depende de la clínica o la forma como que se contacte, en Colombia hay dos clínicas muy buenas y legales con muy buenos procedimientos y experiencia una en Cali y una en Medellín

4. ¿SE PUEDE ELEGIR A LA MUJER QUE ALQUILARA EL VIENTRE? ¿COMO SE DECIDE?

Si.

5. ¿COMO SE REALIZA EL PROCEDIMIENTO DESDE EL ENFOQUE LEGAL Y ECONÓMICO?

Eso depende de la clínica, como le decía, si es una clínica legal sabe que en Colombia no hay una ley que lo fundamente, el procedimiento, pero también sabe que no está prohibido tampoco, no es un delito, si bien existe un proyecto de ley que quiere prohibirlo, todavía no pasa los trámites legales para ser ley, En el Congreso recién comienzan a tramitarse proyectos

que plantean llenar el vacío jurídico que existe en torno al llamado alquiler de vientre, estableciendo reglas claras a dichos procesos para que dejen de ser un negocio, ya sea con los contradictorios o los que están de acuerdo con este método.

Sin embargo, en las clínicas de Medellín se lleva un contrato muy claro y se realiza con los procedimientos previstos por la medicina y la psicología adecuados.

6. ¿MEDICAMENTE PUEDE SURGIR ALGÚN PROBLEMA EN EL MOMENTO DEL PARTO O DURANTE EL PROCESO DE GESTACIÓN Y COMO SE MANEJA?

Si claro por eso es mejor regular este tema.

7. ¿SE REALIZA ALGÚN TIPO DE CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE? ¿CUÁL ES?

En el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra regulada esta práctica de la maternidad subrogada, que se realiza con el fin de propender por el derecho a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”, regulado en el artículo 42 C.P., por lo tanto, la legislación considera el hecho de la maternidad subrogada como un contrato atípico válido.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia T-968 de 2009, estudió a fondo el caso del señor Salomón, quien con su esposa Raquel, contrataron los servicios de Saraí para que ésta última les alquilara el vientre y así, poder tener el bebé. En la sentencia se reconoció que la legislación colombiana no tenía regulación expresa frente al tema, por lo cual debía ser reconocida como una práctica legal, puesto que cumplía con los requisitos establecidos por el artículo 42 de la Constitución Política y el artículo 1602 del Código Civil, esto es: 1.

Consentimiento libre, 2. Capacidad, 3. Objeto lícito y 4. Causa lícita.

Por lo que el contrato debe estar de acuerdo al código civil colombiano y no violar normas constitucionales.

La Corte Constitucional estableció, sin embargo, unos requisitos mínimos para entender la validez de la figura de maternidad subrogada, con base en escritos doctrinales, los cuales son:

- A) Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.
- B) Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita el vientre).
- C) Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
- D) Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.
- E) Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante, y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas. F) Que se preserve la identidad de las partes.
- G) Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
- H) Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
- I) Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
- J) Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica.

Con estas condiciones se garantiza que los padres biológicos del menor sean los donadores de los gametos, es decir, el óvulo y el espermatozoide, y no quien ha prestado el vientre para su

gestación. Dicho lo anterior, se da claridad respecto a los derechos especiales que se otorgan a los padres biológicos de cualquier menor, es decir, el derecho a reconocerlo como su hijo, a ejercer la patria potestad, a velar por sus intereses, y los demás de una relación filial.

Sin embargo, de lo anterior, para todos los efectos legales se realiza el símil frente a la madre adoptante, en el sentido en que ésta recibirá el menor, mientras la madre gestante ha sido quien realizó la gestación y el parto.

8. ¿LOS FUTUROS PADRES Y LA MADRE GESTANTE O SUBROGADA SE ENCUENTRAN EN ALGÚN MOMENTO?

Es opcional, pero lo mejor es que no sea así, para no crear vínculos.

9. ¿LA MADRE SUBROGADA RECIBE ALGUNA RETRIBUCIÓN ECONÓMICA?

En el mejor de los casos es mejor que suceda de esa manera, como un servicio personal de cuidado de su bebé.

10. ¿COMO SE MANTIENEN INFORMADOS LOS PADRES BIOLÓGICOS DEL ESTADO DE LA MADRE SUBROGANTE Y SU BEBÉ?

La clínica tiene sus protocolos.

11. ¿QUE SUCEDE EN EL MOMENTO DEL PARTO?

El parto se atiende normal, y lo mejor es que madre subrogada no lo conozca y pase a manos de sus padres subrogantes, para no crear lasos.

12. ¿QUE SUCEDE DESPUES DEL PARTO?

Los padres se llevan a su hijo como en un parto normal.

13. ¿QUE DILIGENCIAS LEGALES SE REALIZAN CON LA MADRE SUBROGADA Y  
LOS PADRES BIOLÓGICOS?

-Primero deben escogerla de algunos perfiles de la clínica

-Exámenes físicos y psicológicos

-Contrato donde la madre subrogada tiene sus obligaciones, y las obligaciones de los padres biológicos

14. ¿CUANTO ES EL COSTO APROXIMADO PARA ESTE PROCEDIMIENTO?

Entre 30 y 50 millones de pesos, a menos que se pacte no gastos con la madre subrogada, porque son amigos o familiares, los gastos de la clínica son más o menos de 15 y 20 millones.

15. ¿EN SU EXPERIENCIA CREE QUE PUEDEN EXISTIR PROBLEMAS LEGALES CON  
ESTE PROCEDIMIENTO?

Si, debido a que es un procedimiento que no está legalmente constituido.

16. ¿SE HA PRESENTADO ALGUN PROBLEMA LEGAL CON ESTOS  
PROCEDIMIENTOS?

No, en Colombia, pero si con ciudadanos colombianos y extranjeros, de ahí surge el pronunciamiento de la corte en 2009, mas por el menor de edad como sujeto de protección.

Cuando la Corte Constitucional señaló que las parejas del mismo sexo pueden adoptar mientras el menor sea el hijo biológico de una de las partes, empezó la polémica de este tema, en el país la única jurisprudencia que existe sobre el particular es la sentencia T-968/09 de la Corte

Constitucional, en la que se trazan lineamientos y se exhorta al Congreso para que legisle en esa materia.

**17. ¿CREE QUE EXISTEN AVANCES CON RESPECTO A LA MATERNIDAD  
SUBROGADA EN COLOMBIA?**

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.” La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen problemas.

**Anexo 4. Entrevista Médico**

**ENTREVISTA REALIZADA A MEDICO ESPECIALISTA EN FECUNDIDAD Y  
GESTACIÓN SUBROGADA O ALQUILER DE VIENTRES**

La persona entrevistada en este caso concreto tiene como profesión médico especialista en fertilidad. LEONARDO MUÑOZ TORRES. CLINICA FERTILITY CARE

BARRANQUILLA.

1. ¿A QUÉ SE REFIERE CIENTÍFICAMENTE Y LEGALMENTE EL ALQUILER DE VIENTRE O LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL?

Científicamente es que una mujer pueda llevar un embarazo con los óvulos de otra mujer, a eso se le llama subrogación gestacional, que genéticamente no es nada de la paciente que lleva el embarazo, legalmente más o menos es lo mismo una persona que no tiene un vínculo directo con su parte genética pueda llevar un embarazo por razones médicas definida.

2. ¿SE PUEDE ELEGIR LA PAREJA A LA QUE SE LE ALQUILA EL VIENTRE?  
¿COMO SE DECIDE?

En Colombia no tenemos una ley, en realidad la ley colombiana de reproducción no tiene en este momento definido nada sobre la subrogación de vientre, no tenemos ley que este a favor o en contra de la subrogación. Se hace muy poco en Colombia precisamente porque no hay una ley, hay un problema jurídico y es precisamente en el momento que la paciente da a luz, el hijo es de la persona que lo tiene independientemente si es genética o no, eso hace que en Colombia en realidad se haga muy poco esos tratamientos, las clínicas de fertilidad y especialistas, no ofrecemos eso como un tratamiento, que este dentro de las opciones terapéuticas de una pareja, y las personas que lo hacen lo hacen de una manera clandestina, ellos mismos se encargan de buscar su receptora, por lo general no hay un contrato ni un respaldo jurídico, entonces se hace es como un trato de personas y se hace por fuera de la ley, entonces van a la clínica de fertilidad el esposo de la paciente con la subrogada y se tiene que hacer pasar como

pareja. Hay clínicas que, si realizan el tratamiento y hay que no, y las clínicas no se comprometen a buscar un donante o una receptora.

3. ¿SE PUEDE ELEGIR A LA MUJER QUE ALQUILARA EL VIENTRE? ¿COMO SE DECIDE?

La clínica no se encarga de eso, la misma pareja busca a la subrogada, porque es una responsabilidad muy grande para la clínica, uno nunca sabe qué interés vaya a tener esa persona o esas parejas, no se hace, por lo general es una persona allegada a la pareja y que ellos conocen todo su historial, sin ningún tipo de intermediario.

4. ¿COMO SE REALIZA EL PROCEDIMIENTO DESDE EL ENFOQUE LEGAL Y ECONÓMICO?

No hay un enfoque legal porque no hay una ley que regule la maternidad subrogada en Colombia.

5. ¿MEDICAMENTE PUEDE SURGIR ALGÚN PROBLEMA EN EL MOMENTO DEL PARTO O DURANTE EL PROCESO DE GESTACIÓN Y COMO SE MANEJA?

Toda mujer en embarazo inclusive con sus propios óvulos tiene riesgos, así sea completamente sano, puede haber preclamsia, diabetes gestacional, hemorragias durante el parto, son muchas cosas a las que se expone una mujer en el momento de un embarazo.

6. ¿SE REALIZA ALGÚN TIPO DE CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE? ¿CUÁL ES?

No lo hay.

7. ¿LOS FUTUROS PADRES Y LA MADRE GESTANTE O SUBROGADA SE ENCUENTRAN EN ALGÚN MOMENTO?

Si se encuentran porque muchos de ellos son familiares, o en otros casos el esposo de la paciente se hace pasar como esposo de la subrogada y de esta forma pues están cerca del bebe.

8. ¿LA MADRE SUBROGADA RECIBE ALGUNA RETRIBUCIÓN ECONÓMICA?

La clínica ni nosotros como especialistas tenemos conocimiento de eso.

9. ¿COMO SE MANTIENEN INFORMADOS LOS PADRES BIOLÓGICOS DEL ESTADO DE LA MADRE SUBROGANTE Y SU BEBÉ?

Por medio de la clínica

10. ¿QUE SUCEDE EN EL MOMENTO DEL PARTO?

Se atiende normal el parto.

11. ¿QUE SUCEDE DESPUÉS DEL PARTO?

Después del parto se le entrega el bebe a la madre que lo acaba de tener, es decir a quien se le acaba de realizar la cesárea, y ella decide si desea entregarlo o no a los padres biológicos, y el pediatra realiza un documento digamos falso, con el nombre de la madre.

12. ¿QUE DILIGENCIAS LEGALES SE REALIZAN CON LA MADRE SUBROGADA Y LOS PADRES BIOLÓGICOS?

El trámite del acta de nacido vivo.

13. ¿CUANTO ES EL COSTO APROXIMADO PARA ESTE PROCEDIMIENTO?

Se maneja como si fuera una fertilización invitro con ovulo donado, más o menos 18-20 millones en una clínica de fertilidad promedio.

14. ¿EN SU EXPERIENCIA CREE QUE PUEDEN EXISTIR PROBLEMAS LEGALES CON ESTE PROCEDIMIENTO?

En este momento si porque no tenemos una legislación sobre eso, muchas clínicas evitan hacer ese tipo de procedimientos por el temor de tener alguna implicación jurídica más adelante, como no tenemos piso jurídico donde uno como médico o institución prestadora de salud, pueda aferrarse para hacer estos procedimientos se evita hacerlos.

15. ¿SE HA PRESENTADO ALGÚN PROBLEMA LEGAL CON ESTOS PROCEDIMIENTOS?

Se presentó que el certificado de nacido va a ser expedido a nombre de la paciente que se le atiende el parto ya sea por cesárea o parto normal, hay es el problema legal porque tiene que incurrir la paciente y el medico en un cambio de documento tan importante como es un recién nacido vivo, el pediatra principalmente es quien diligencia ese documento de nacido vivo, y con ese documento es que se va a registrar el niño, como hijo de la paciente, se hace falsificación en documento entonces.

16. ¿ES IMPORTANTE LA PREPARACIÓN PREVIA Y POST PROCESO PARA REALIZAR ESTE PROCEDIMIENTO?

Tiene que haber una Preparación psicológica y médica, durante el embarazo hay unas emociones que la madre siente y una conexión a través del cordón umbilical con ese bebé, que así no sea

genéticamente de la paciente va a sentir una conexión, muchas veces algunas pacientes sienten muy fuertes ese vínculo y deciden no entregar el bebé y quedarse con él.

DESDE MI PUNTO DE VISTA COMO ESPECIALISTA ES QUE ESO SE DEBE LEGISLAR , ESPERAMOS YA QUE CON TODA LA LEY DE FERTILIDAD QUE EN ESTE MOMENTO EL GOBIERNO APROBO, TAMBIEN SE INCLUYAN TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD PARA PACIENTES DENTRO DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, LO QUE ESPERAMOS COMO ESPECIALISTAS ES QUE ESE LIMBO JURIDICO QUE TENEMOS EN ESTE MOMENTO CON LA SUBROGACION, TAMBIEN SEA DEBATIDO Y LEGISLADO , CONSIDERO QUE ES IMPORTANTE PORQUE HAY PACIENTES QUE TIENEN UNA INDICACION MEDICA DE UNA SUBROGACION Y ES EN ESTE CASO DONDE ES IMPORTANTE QUE LA LEY ACLARE COMO DEBE PROCEDER CON UNA INDICACION MEDICA, HAY PACIENTES QUE SIN HABER TENIDO HIJOS, PUEDEN PERDER SU UTERO, POR DIFERENTES CAUSAS, ENDEOMETROSIS , POR MIOMAS GIGANTES, Y SON PACIENTES QUE TIENEN SUS OVARIOS BIEN, Y SUS OVULOS BIEN, PERO NO TIENEN UTERO. PERSONALEMTE NO ESTOY DE ACUERDO CON LA SUBROGACION EN CASOS DE HOMOSEXUALES.

#### **Anexo 5. Entrevista médico**

**ENTREVISTA REALIZADA A MEDICO ESPECIALISTAS EN FECUNDIDAD Y GESTACION SUBROGADA O ALQUILER DE VIENTRES DOCTOR MARCO VELASQUEZ CIUDAD DE CALI.**

1. ¿A QUE SE REFIERE CIENTIFICAMENTE Y LEGALMENTE EL ALQUILER DE VIENTRE O LA SUBROGACION GESTACIONAL?

Se refiere a la implantación de un embrión creado por la tecnología de la fecundación in vitro en una madre sustituta o madre gestante mediante un contrato con ella, implica a varias personas y requiere varios tipos de procedimientos: la obtención de los gametos: óvulos y espermatozoides, la producción de los embriones y su transferencia al útero de la mujer contratada para la gestación y legalmente el contrato mediante el cual una mujer se obliga, frente a una pareja estéril, mediante una compensación, a llevar a término un embarazo, haciéndose fecundar artificialmente con el semen del marido de la pareja o su embrión y entregar al recién nacido inmediatamente después del parto a los cónyuges, los que asumirán cualquier derecho y deber frente al niño.

2. ¿SE PUEDE ELEGIR LA PAREJA A LA QUE SE LE ALQUILA EL VIENTRE?  
¿COMO SE DECIDE?

SI, pero en la mayoría de los casos la pareja es quien elige la mujer que va a alquilar el vientre. Y se decide mediante un estudio que se realiza debido a que hay varios casos en los que la mujer recibe el embrión para llevar a cabo solo la gestación, otro caso es cuando la mujer además de alquilar el útero también aporta la carga genética es decir el ovulo, otro caso es cuando la mujer aporta el ovulo, otra gesta el embrión, y respecto a los gametos masculinos estos pueden provenir de la misma pareja que encarga el proceso o de un tercero.

3. ¿SE PUEDE ELEGIR A LA MUJER QUE ALQUILARA EL VIENTRE? ¿COMO SE DECIDE?

Algunas parejas pueden encontrar una madre subrogada que es un familiar o amiga o conocida.

4. ¿COMO SE REALIZA EL PROCEDIMIENTO DESDE EL ENFOQUE LEGAL Y ECONOMICO? El proceso se realiza casi que clandestinamente porque no hay una ley que nos diga cómo realizar el procedimiento desde lo legal.
5. ¿MEDICAMENTE PUEDE SUGIR ALGUN PROBLEMA EN EL MOMENTO DEL PARTO O DURANTE EL PROCESO DE GESTACION Y COMO SE MANEJA? Si. Como en todos los embarazos, puede haber complicaciones. También puede presentar la paciente el “síndrome de hiperestimulación ovárica que puede tener menor o mayor gravedad y puede llegar a afectar al 10% de las mujeres que donan sus óvulos. El OHSS es una complicación iatrogénica de la tecnología de reproducción asistida que se caracteriza por el agrandamiento quístico de los ovarios y una expulsión de fluido del espacio intravascular debido a un aumento de la permeabilidad capilar y una neoangiogenesis ovárica Su impacto en la salud general de la mujer así tratada puede ser muy perjudicial y en ocasiones se han producido alteraciones muy graves por parte de la mujer que se somete a la estimulación ovárica.
6. ¿SE REALIZA ALGUN TIPO DE CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE? ¿CUAL ES?

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, pero como tal no sabría responder que tipo de contrato realizan porque en la clínica solo nos encargamos del procedimiento médico y legalmente no está constituido que tipo de contrario sería este proceso.

7. ¿LOS FUTUROS PADRES Y LA MADRE GESTANTE O SUBROGADA SE

ENCUENTRAN EN ALGUN MOMENTO? Esto es opcional, hay personas que llevan el proceso junto con la madre gestante y hay otras personas que se desean mantenerse como anónimas durante todo el proceso con la madre gestante.

8. ¿LA MADRE SUBROGADA RECIBE ALGUNA RETRIBUCION ECONÓMICA?

No sabría responder, debido a que la clínica solo se encarga de cobrar el procedimiento que realiza, mas no de saber si a la madre se le da alguna retribución económica, pero por mi experiencia la pareja se hace cargo de los gastos que se general con la madre subrogada, desde el momento de la fecundación hasta el nacimiento del niño.

9. ¿COMO SE MANTIENEN INFORMADOS LOS PADRES BIOLOGICOS DEL ESTADO DE LA MADRE SUBROGANTE Y SU BEBÉ?

Por los controles médicos que se le realizan a la paciente en la clínica.

10. ¿QUE SUCEDE EN EL MOMENTO DEL PARTO?

El parto se atiende normalmente como cualquier otro.

11. ¿QUE SUCEDE DESPUES DEL PARTO? Después del parto la madre subrogada entrega al recién nacido a las personas que alquilaron su vientre y ellos se encargan se podría decir ilegalmente de realizar el trámite de registrarlo como su hijo.

12. ¿CUANTO ES EL COSTO APROXIMADO PARA ESTE PROCEDIMIENTO?

El valor es entre 20-25 millones de pesos.

13. ¿EN SU EXPERIENCIA CREE QUE PUEDEN EXISTIR PROBLEMAS LEGALES CON ESTE PROCEDIMIENTO?

Si, debido a que es un procedimiento que no está legalmente constituido.

14. ¿ES IMPORTANTE LA PREPARACION PREVIA Y POST PROCESO PARA  
REALIZAR ESTE PROCEDIMIENTO?

La futura madre o la donante de óvulos se somete al tratamiento para un ciclo de FIV mientras que el útero de la madre sustituta se está preparando para recibir los embriones. El ciclo de la madre sustituta normalmente incluye inyecciones de Lupron, estrógenos orales y progesterona vaginal.