 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 23

MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD ALREDEDOR DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AMOR.

EDWIN RESTREPO CHAVARRIAGA

Institución Universitaria de Envigado

edwinrp089@gmail.com

LUISA FERNANDA SÁNCHEZ

Institución Universitaria de Envigado

lusanzn@gmail.com

JHON JAIRO MONTOYA

Institución Universitaria de Envigado

jjmolo25@hotmail.com

Resumen: Se presenta a continuación el resultado de una investigación por medio de la cual se quiso identificar las garantías existentes en Colombia para la protección de los derechos fundamentales de quienes se encuentren involucrados en procesos de maternidad subrogada, para lo cual se hizo necesario rastrear los aspectos jurídicos que han enmarcado esta figura en el derecho de familia colombiano. Para una mejor comprensión, se indagó sobre su conceptualización y configuración en el ámbito legal, llegando a comprender que es poco el material bibliográfico que sobre el temase tiene en Colombia; sin embargo se identifican proyectos de ley que busca evitar su utilización con fines de lucro y lograr una configuración humanitaria. Así mismo se realizó un rastreo mediante el derecho comparado con algunos países que ya tienen reglamentada ampliamente esta práctica.

Palabras Claves: Derechos fundamentales, Jurisprudencia, Maternidad subrogada, Regulación.

Abstract: The following is the result of an investigation through which it was sought to identify the existing guarantees in Colombia for the protection of the fundamental rights of those who are involved in surrogate motherhood processes, for which it was necessary to trace the legal aspects that have framed this figure in the Colombian family law. For a better understanding, we inquired about its conceptualization and configuration in the legal field, coming to understand that there is little bibliographic material that the subject has in Colombia; However, bills are identified that seek to avoid their use for profit and achieve a humanitarian configuration. Likewise, a tracking was carried out through the law compared with some countries that have already widely regulated this practice.

Keyword: Fundamental rights, Jurisprudence, Surrogate motherhood, Regulation

1. INTRODUCCIÓN

Partiendo de la concepción de que “los avances de la ciencia son mucho más rápido que los jurídicos” (Leiva, 2018, p.45), se plantea la necesidad de realizar un rastreo investigativo acerca de un tema de familia denominada maternidad

subrogada, cuya definición ha sido cuestionada a través de la historia, debido a que en ella entran en juego intereses de diversa índole, en el caso puntual haciendo análisis de la implicaciones jurídicas que esto ocasiona.

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 2 de 23

Es así, como se aborda la temática de la maternidad subrogada o también conocido como alquiler de útero o alquiler de vientre; contemplando esta figura como acto jurídico en el cual interactúan una serie de elementos, entre ellos el acto de subrogación o renta y las personas que participan en el proceso, con el fin de identificar las garantías existentes en Colombia para la protección de los derechos fundamentales de quienes se encuentren involucrados en este tipo de actos.

En primer lugar, se considera pertinente mencionar que el acto de subrogación materna “es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra persona con la intención de entregárselo después del nacimiento” (Pachar, 2014. p, 6); definición la anterior que permite identificar como principal característica la voluntad, ya que requiere del consentimiento de las personas que en ella intervienen; generando con ello, derechos y obligaciones de las aportes que en ello intervienen.

Así mismo, se plantea la definición aportada por Gómez, (1994), cuando expone la maternidad subrogada 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 figura como madre de este (p. 136).

Si se analiza la problemática de la subrogación materna desde un contexto histórico a nivel mundial, es preciso comprender el fenómeno en dos tiempos o dos facetas; por un lado, se puede observar como la “alternativa que surgió para que parejas estériles, los cuales vieron en esta alternativa una oportunidad para tener hijos; por otro lado, puede verse como un alquiler de vientre” (Leiva, 2018, p. 47).

Por otra parte, la Constitución Política, en su artículo 42, literal 2 menciona: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 3 de 23

científica, tienen iguales derechos y deberes” (C.P, 1991, art. 42-2).

Surge entonces la necesidad de responder una serie de cuestionamientos que se tejen en torno a la maternidad subrogada, teniendo en cuenta la diversidad de situaciones que este tipo de contrato puede generar, entre ellos, las tipologías de familia, ya que no siempre van a ser familias nucleares las que busquen hacerse padres por este método, surgiendo con ello la necesidad de determinar la filiación.

De forma similar, pueden surgir situaciones donde una o ambas partes cambien de aparecer durante el proceso; pueden también surgir inconvenientes de salud, que afecten a la madre subrogada o al hijo; así mismo puedan presentarse situaciones de discapacidad, situaciones que requieren de un análisis pormenorizado y como se ha dicho, en Colombia se carece de estos criterios.


Los anteriores cuestionamientos requieren una atención especial; por tanto se pretende de parte del Estado una legislación y control especial para el tema de la maternidad subrogada, razones que

llevan a realizar un rastreo de la regulación existente, que permita cumplir con los objetivos propuestos y responder el cuestionamiento problemático que enmarcó la presente investigación.

No menos importante, el desarrollo teórico va a permitir fortalecer los conocimientos teóricos adquiridos a lo largo de la carrera de derecho, permitiendo llenar vacíos y reforzar aprendizajes para llevarlos a la práctica como futuros interventores en las comunidades.

Por lo anterior y basados en los antecedentes que enmarcan la temática de la maternidad subrogada, se observa que desde el ámbito nacional, debe decirse que Colombia se quedó en el primer plano, ya que las consultas literarias realizadas para el presente estudio, demuestran que en el caso colombiano se presenta una significativa ausencia de regulación en esta materia, lo que puede repercutir en un sinnúmero de conflictos, de índole ético, legal, socio económico, entre otros.

Además de lo anterior, debe observarse el tema de la maternidad

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 4 de 23

subrogada desde diversos matices que se configuran en su práctica entre los individuos; dentro de los cuales se rescatan 3 que representaron la constante en las investigaciones que rodearon el presente escrito:

El caso altruista; es decir, aquellos casos en que la subrogación se da por generosidad, solidaridad o un sinnúmero de circunstancias, una mujer y un hombre gestan una vida humana para otra persona que no tienen posibilidad de hacerlo (este tipo de casos resulta ser escaso o raro por así decirlo); el caso común, es el caso donde surge un contrato para que por medio del alquiler del vientre, se geste su hijo; es decir existen una términos contractuales y un dinero de por medio; y el caso (Leiva, 2018).

Con base en lo que se viene mencionando, la gestación por sustitución genera una serie de cuestionamientos morales y jurídicos, los cuales requieren ser analizados desde los principios fundamentales que emana la Constitución política, principalmente los de igualdad, libertad, no discriminación, autodeterminación y sobre todo el interés

por la protección la primera infancia (Barón, 2015).

2. DERECHO FUNDAMENTAL AL AMOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

2.1. Constitucionalización del derecho de familia:

Resulta pertinente realizar un abordaje temático del derecho de familia contemplado en la Constitución Política de 1991, puntualizando específicamente en los modelos de familia y el desarrollo fundamental del amor; temáticas en las cuales la corte es clara y reiterativa a la hora de establecer que las disposiciones constitucionales y legales que establecen la responsabilidad de los padres respecto de los hijos (CP art. 42), el deber de solidaridad familiar (CP art. 42), y los derechos fundamentales de los menores (CP art. 44), permiten que la sociedad albergue, con justicia, la expectativa de que quienes han decidido optar por la maternidad o la paternidad, están dispuestos a hacer lo que esté a su alcance para aumentar su nivel de ingresos de forma tal que puedan satisfacer las

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 5 de 23

obligaciones que tienen para con sus hijos. En las circunstancias anotadas, resulta razonable que el legislador presuma que los padres devengan, al menos, el salario mínimo legal. (Sentencia C-388 de Abril 5 de 2000).

2.2. El amor como derecho constitucional

El amor debe ser considerado un principio constitucional, mayormente cuando se habla de menores de edad; así lo expone Carnelutti, (2006) cuando propone: “Otro de los derechos fundamentales que ha sido ampliamente analizado por la jurisprudencia constitucional es el derecho del niño al cuidado y al amor, exigible de cualquier persona” (p.106).

“Lo anterior podría entonces considerarse como una nueva consagración de la conceptualización y práctica en el ámbito judicial acorde a la construcción del estado Social de Derecho, diseñado en la Constitución Política de 1991, cuyo artículo 44”, norma que no solo hizo taxonomía de derechos, sino que los declaró prevalentes


sobre los de los demás e introdujo el principio universal del interés superior del niño (Hernández, 2016).

2.3. El derecho Constitucional del amor en la jurisprudencia

Se exponen a continuación una serie de sentencias relacionadas con el tema de la maternidad subrogada, puntualmente en relación con el amor y protección a los menores, con base en los conceptos que sobre esta materia se encuentran en la Constitución Política de 1991, de manera que se evalúen las principales normas demandadas en acciones de tutela donde además intervienen las normas vigentes, entre ellas el código del menor.

En primera instancia se expone la Sentencia C-092 de 2002, en la cual la norma demandada es el Código del menor y contempla los conceptos de niño y adolescente para efectos de participación.

La Carta utiliza el término adolescentes para referirse a aquellos jóvenes que no han alcanzado aún la mayoría de edad, pero que tienen capacidad y madurez para participar en los organismos públicos y

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 6 de 23

privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud, sin definir cuándo comienza y a qué edad termina la adolescencia.

La protección de los menores queda evidenciada en la cita anterior, donde a pesar de no cumplir con una edad establecida, se da la calificación de capacidad y madurez a este grupo poblacional para ejercer ciertas funciones en su búsqueda de protección, educación y progreso.

Lo que se buscó con tal consagración fue pues garantizar la protección y la formación física, psicológica, intelectual y social, así como la participación activa de los jóvenes en la vida cultural, deportiva, política, laboral y económica del país, promoviendo su intervención en las decisiones de los organismos que tienen a su cargo políticas respecto de ese grupo de la población.

De manera más clara, se enuncia en el párrafo anterior los espacios de participación de la población que según la constitución está en la etapa de la adolescencia, comprendiendo que todos los espacios son aptos para ello, especialmente en aquellos donde se busca el bienestar integral de los mismos.

Así, la distinción entre niño y adolescente, no se hizo para efectos de la prevalencia de sus derechos, sino de la participación. La intención del constituyente no fue excluir a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino hacerla más participativa respecto de las decisiones que le conciernen.

Lo que hasta aquí se ha comentado acerca de la sentencia C-092 de 2002, ha sido necesario para comprender la distinción que en la Constitución se realiza entre niño y adolescente, principalmente en la búsqueda de participación, comprendiendo que no se excluye a estas dos etapas del desarrollo de la protección,

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 7 de 23

sino que por el contrario, se da herramientas y espacios de participación a los adolescentes, cuando estos demuestren la capacidad y madurez para hacerlo.

Seguidamente, se toma la Sentencia C-273 de 2003, en la cual se aborda la temática de la protección integral y la aplicación de los derechos del niño; rescatando como idea central *“Los derechos de los niños no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual...”* Afirmación la anterior, que lleva a considerar un trato igualitario que de una u otra manera involucra a todos los niños; es decir entran en este grupo de protección, aquellos que han sido el resultado de la maternidad subrogada.

Del mismo modo, se expresa en esta sentencia lo siguiente: “constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos –prestación que contemplan” Lo que puede interpretarse como la necesidad de que los gobiernos establezcan unas

garantías integrales que favorezcan el bienestar de los menores en general.

Sustentando lo anterior, se expresa en esta sentencia el carácter de fundamental para lo cual se trae a referencia el Artículo 44 de la Constitución política, el cual dispone: “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”; es decir, se menciona el principio del interés superior del niño; lo que a su vez se soporta de lo expresado en el numeral 1° del artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, en virtud del cual

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

En síntesis, lo que se buscó en la sentencia que se analiza fue no solamente ratificar el carácter de fundamental a los derechos del niño, sino también ratificarlos como mecanismos de

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-028</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 8 de 23</p>

protección y garantizar la efectividad de una protección integral para los menores.

Además de limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, el principio del interés superior cumple también una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño facilitando del mismo modo resolver eventuales incompatibilidades en el ejercicio conjunto de dos o más derechos respecto de un mismo infante, así como llenar vacíos legales en la toma de decisiones para las cuales no existe norma expresa.


Con lo anterior, se ratifica que al contemplarse como derecho fundamental, se garantiza los derechos de los menores, inclusive en casos donde se vulnere de

manera reiterativa, lo que le da un carácter integral de protección, basados en la constitución, por medio de la búsqueda de mecanismos legales que satisfagan las necesidades que en esta materia de protección a menores pueda surgir.

En la Sentencia T- 129/15. Corte Constitucional del 27 de marzo del 2015, dispone:

***“DERECHO FUNDAMENTAL DE
LOS NIÑOS AL CUIDADO Y AMOR-
Los niños y las niñas deben ser amados***

En el derecho comparado se ha entendido el derecho al amor de los niños y las niñas, como un imperativo y no se ha detenido a explicar su fundamento. El amor hacia los niños es necesario para su adecuado desarrollo físico, mental, social y psicológico, que les permitirá desarrollar las competencias y actitudes para ejercer su derecho a la vida en condiciones dignas. Además, no puede dejarse de lado que los niños y niñas serán los

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 9 de 23

adultos del mañana, razón por la cual brindarles protección y amor es un asunto que compete a la sociedad en general y no sólo a sus padres o a su familia, aunque esta última es la primera llamada a satisfacer ese derecho. (T-129/15)

Frente a esta cruda realidad, la inclusión de los derechos fundamentales de los niños en la Carta Política es la culminación de una serie de desarrollos legislativos que apuntan a la misma finalidad de proteger la infancia, garantizándole las condiciones mínimas para su integridad y felicidad. El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por las Leyes 30 de 1987 y 56 de 1988, expidió los Decretos 2272 de 1989, por los cuales organizó la jurisdicción de familia y adoptó el Código del Menor, respectivamente. De otra parte, el Congreso de la República, mediante la Ley 12 de 1991, aprobó la Convención de los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones

Unidas el 20 de noviembre de 1989. La decisión del constituyente de elevar a rango constitucional los derechos fundamentales de los niños contribuye a ratificar y perfeccionar el marco normativo preexistente, con miras a asegurar la protección, asistencia y promoción de los menores de edad, resguardando la esperanza de un mundo feliz, pacífico y en armonía.

Según la jurisprudencia, las normas sustantivas y procedimentales en materia de familia y del derecho de los menores, deben interpretarse en consonancia con los derechos fundamentales del niño consagrados en la Constitución (arts. 42 y 44 C.P.) Esto significa que los padres en el cumplimiento de sus deberes para con los hijos y las autoridades públicas facultadas para intervenir en interés del menor (Instituto de Bienestar Familiar, Defensores de Familia, Jueces de Familia, etc.), deben respetar y efectivamente aplicar el contenido y alcance de los derechos consagrados de forma prevalente en la Constitución, cuyo

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 10 de 23

desconocimiento o amenaza permite a cualquier persona exigir de la autoridad competente el cumplimiento de las obligaciones respectivas. (Sentencia T-531, 1992). En efecto, la expresión “derechos fundamentales de los niños determina que los enunciados en esta norma son susceptibles de ser protegidos mediante la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución.

No obstante, la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, que establece el artículo 44, plantea problemas de orden interpretativo para conciliar dicha prevalencia con el principio de igualdad legal que establece el artículo 13 de la Carta Constitucional, ya que como se ha dicho, la Constitución lleva a la protección del menor a un carácter fundamental y lo reitera con el principio de igualdad.

Sin embargo, la jurisprudencia que se ha desarrollado en el país respecto a la prevalencia de los derechos de la niñez no deja dudas sobre su pertinencia y necesidad teniendo en cuenta las patologías nacionales, la complejidad en las transformaciones ocurridas en la

familia y el compromiso ético con el nuevo país que se trata de construir a partir del contrato social que acogieron los colombianos en 1991. En caso de conflicto, prevalecen los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. (Barreto Soler & Sarmiento Anzola, 1997, p. 191).

De modo puntual, el Departamento de Planeación Nacional, tuvo en consideración el tema de la atención de los niños y adolescentes contraventores o infractores de la ley en el documento CONPES 2787 de 1995, proponiendo brindar al menor infractor y contraventor una serie de herramientas que le permitan mejorar su condición individual y familiar de tal manera que, al término de la medida impuesta por la autoridad competente, esté en capacidad de hacer buen uso de su libertad, como sujeto de derechos y deberes.

2.4. Marco normativo de la Maternidad Subrogada en Colombia.

Como se ha venido mencionando a lo largo de este desarrollo investigativo,

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 11 de 23

no se halla literatura que permita conocer una regulación en Colombia en torno a la temática de la maternidad subrogada; sin embargo, puede establecerse que su práctica resulta muy común y aumenta de forma importante, principalmente en las últimas décadas, donde los avances científicos y tecnológicos ofrecen mayores facilidades para su ejecución.

Dicho de otra manera, en Colombia 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 (Jiménez–Suárez, et al, 2011).

Sin embargo, no puede dejarse de lado la sentencia T 968 de 2009, en la cual, la Corte Constitucional realiza una

aproximación del tema y por vía jurisprudencial genera unas pautas para tratar este tema controversial, salvo este pronunciamiento en Colombia no existen normas que regulen de manera específica este tema (Sentencia T- 968, 2009).

2.4.1. Proyecto de ley 037 de 2009:

Resulta ser uno de los pocos acercamientos realizados por el poder legislativo en la consecución de una norma que regule la forma clara de este tipo de fenómeno social; dentro de sus puntos más importantes, se destaca que en caso de este proyecto ser aprobado, una de sus principales restricciones es el acceso de esta práctica a parejas homosexuales, tanto colombianas como extranjeras; así como otro tipo de restricciones, entre ellos a los portadores de VIH.

Es preciso mencionar que dicho proyecto se presentó teniendo como base la Sentencia T 968 de 2009, en la cual, como ya se ha dicho anteriormente, una madre interpuso acción constitucional ante el Juzgado de Familia que autorizó al padre a sacar sus hijos menores del

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 12 de 23

país, hijos que nacieron producto de un tratamiento de reproducción asistida, y cuya madre fue contactada por el padre y su esposa para el alquiler de su vientre y que al no lograr la gestación con los gametos de la pareja la madre sustituta entregó su material genético para llevar a cabo el procedimiento.

2.4.2. Proyecto de ley 026 de 2016

En la actualidad en el Congreso se encuentra en trámite el proyecto de ley 026 de 2016 (Cámara) “Por medio de la cual se prohíbe el alquiler de vientres con fines de lucro en Colombia y se reglamenta su práctica”, aprobado en primer debate, busca en principio prohibir la realización de maternidad subrogada con fines de lucro y regularla cuando tenga fines altruistas con una mujer que otorgue libremente su consentimiento y tenga relación hasta cuarto grado de consanguinidad con alguno de los solicitantes, se efectúe entre connacionales y se demuestre la imposibilidad de concebir naturalmente mediante certificado médico.

2.5. Derecho comparado:

El análisis de literatura y el rastreo documental que se tuvo en cuenta en la presente investigación, permitió conocer diversas categorías de clasificación en lo relacionado con la regulación que en el mundo e han dado a la maternidad subrogada, ya que algunos países han optado por prohibirla, otros por regularla y la permiten incluso con fines comerciales y otros como Colombia que no han legislado al respecto (OMS; 2016).

2.5.1. Países que han prohibido la maternidad subrogada

Suiza, Francia, Alemania, España, Australia y Holanda han sido los principales países que han luchado contra la maternidad subrogada y prohíben esta práctica en sus territorios.

En el caso de suiza particularmente la prohibición está dada en dos términos; el primero “La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas”. (Santander, 2012) y en el segundo aspecto, expresamente “prohíbe la gestación por

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 13 de 23

sustitución en todas sus modalidades, tanto a título oneroso como gratuito” (Parra, 2016, p.16).

La prohibición en Francia surge a partir del año 1994, cuando se establece que corresponden a actos que van en contra de la dignidad de la persona, acompañando las sanciones de este tema no solo con actuaciones civiles sino penales (Flores, 2014).

En Alemania, la prohibición se basa principalmente en “Utilización abusiva de las técnicas de reproducción”, lo que consideran excesos en esta materia que consagra penas privativas de hasta 3 años y multas.


El gobierno Alemán se encuentra en contra de esta práctica por considerarla un comercio ilegal de humanos, y ante el incremento de casos estudia la posibilidad de expedir una nueva ley que contemple penas privativas de la libertad a las mujeres que se presten para la gestación sustitutiva (Parra, 2016, p.18).

Así sucesivamente, en cada país se le da un manejo diferente a la temática de la maternidad subrogada.

2.5.2. Países que han regulado la maternidad subrogada.

Los países que han establecido regulaciones en relación al tema de la maternidad subrogada son pocos; Estados Unidos por ejemplo, no posee una regulación nacional; sin embargo algunos de sus estados cuentan con reglamentación sobre la materia, en al cual establecen pautas para su realización y el contrato de subrogación tiene plena validez, como claramente lo explica (OMS, 2016, p. 7)

El Estado de California, en EEUU, fue pionero en la regulación de este proceso que a día de hoy cuenta con todas las garantías legales y pleno respaldo del sistema judicial de los EEUU. Illinois es el único estado que tiene leyes específicas que regulan y permiten la maternidad subrogada. En Florida, Nuevo Hampshire, Nevada, Texas, Utah, Virginia y Washington, esta técnica

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 14 de 23

se permite en tanto se cumplan requisitos específicos. En otros estados, como Arkansas, Connecticut, Iowa, Dakota del Norte, Nuevo México, Tennessee y Virginia Occidental, se practica pero las leyes no son muy detalladas y existen diferencias entre los tipos de maternidad subrogada. (Parra, 2016, p. 21).

Los requisitos a las personas que acuden a esta práctica en los Estados Unidos, no son uniformes pero existen estados que lo permiten a parejas del mismo sexo o a personas solas.

Otro país que ha regulado la reproducción humana asistida, entre ellos la maternidad subrogada, desde el año 2002, estableciendo reglas específicas para su práctica, la cual inicialmente estableció como requisito parejas heterosexuales o mujeres solteras. Los datos demuestran que en el año 2014 se realizó una reforma en este sentido que permitió la maternidad subrogada con extranjeros.

Para que en este país de apruebe la maternidad subrogada se debe probar la incapacidad de reproducción naturalmente; su incumplimiento es sancionado con multas y prisión (Ley 3089, 2002).

Otro país que posee regulaciones en esta materia es el Reino Unido, el cual se caracteriza por ser estricto; está completamente prohibido practicar la maternidad subrogada con fines lucrativos únicamente se permite con fines altruistas, tras el nacimiento los padres de intención deben adelantar un proceso para la transferencia de paternidad.

Los futuros padres deben ser una pareja formalmente establecida, excluye a personas solas e incluye parejas de un mismo sexo, y al menos uno de los padres, debe estar residenciado en el Reino Unido, el embarazo debe ser resultado de las técnicas de reproducción asistida y debe existir una relación genética de alguno de los padres de intención (OMS, 2010).

Otros países como reino Unido, Brasil, Canadá han adquirido

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 15 de 23

regulaciones en este tema, las cuales suelen ser estrictas, especialmente con restricciones basadas en el control de casos con fines lucrativos y restricciones en ciertos tipos de parejas, especialmente homosexuales y extranjeros.

2.5.3. Países que permiten la maternidad subrogada con fines comerciales

Algunos países han construido regulaciones en lo concerniente con la maternidad subrogada hasta el punto de permitir utilizarla con fines lucrativos; entre ellos, se ha encontrado datos de Ucrania, en el cual se deben cumplir los cuales deben reunir unos requisitos como ser una pareja heterosexual, la madre debe demostrar la causa médica que le impide concebir naturalmente y mínimo uno de los padres o los dos deben aportar el material genético para el futuro bebé. Se estipula un contrato con plena validez, el cual debe contener las cláusulas debidamente establecidas, entre ellos el pago por la subrogación (Gamboa, 2010).

Rusia representa otro país que permite y regula la maternidad subrogada con fines lucrativos o comerciales; Las

principales regulaciones sobre la materia, se encuentran contempladas en el Código de Familia. dentro de los principales requisitos que este país exige para el proceso de maternidad subrogada están: ser heterosexuales, casados o solteros, tener una edad entre 20 y 35 años, poseer excelente estado de salud físico y psicológico y tener mínimo un hijo. (Gamboa, 2010).

Así mismo, la India, es un país en el que se permite la maternidad subrogada, convirtiéndose en tendencia ante los problemas económicos; lo que paulatinamente se ha ido convirtiendo en una problemática que ha requerido ciertas restricciones para evitar el turismo reproductivo. Esta práctica es permitida allí, desde el año 2002; no obstante en el año 2013 prohibió su práctica en beneficio de parejas homosexuales, solteros extranjeros y parejas de países que la tienen expresamente prohibida (Amador, 2013).

Por otra parte, México, pero no tiene una ley nacional sobre maternidad subrogada, si existen regulaciones en algunos de sus estados en torno a este

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 16 de 23

tema, es así como en el estado de Tabasco y Sinaloa se encuentra permitida la maternidad por subrogación, mientras en los estados de Coahuila y Querétaro se encuentra prohibida, los otros estados no se han pronunciado en ningún sentido (Urquiza, Carretero, Canciarte, y Pasquialini, 2014).

Después de analizar el derecho comparado en materia de maternidad subrogada, se logra comprender que algunas naciones llevan la delantera en cuanto a regulación y formas de control de esta figura.

3. Maternidad subrogada propiamente dicha:

3.1. Fines altruistas de la maternidad subrogada:

En términos jurídicos, 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. (Arrubla, 2008 p. 12).

Por otra parte, la subrogación es un término empleado en Derecho relacionado con la delegación o reemplazo de competencias hacia otros; es un tipo de sucesión. Se trata de un negocio jurídico mediante el cual una persona sustituye a otra en una obligación.

Con base en los anteriores preceptos, puede decirse entonces que la maternidad subrogada corresponde a:

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 figurara como madre de este. (Gómez, 1994, p. 136).

Tal definición contempla la situación en la que la mujer subrogada no aporta sus óvulos; ésta acepta llevar a término su tiempo de gestación y una vez nazca la criatura, posee la obligación de entregar al hijo a las personas con las cuales realizó el trámite, los cuales deben

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 17 de 23

entregar una suma de dinero determinada, además de cubrir los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

Es preciso aclarar que la anterior descripción corresponde a una generalidad; sin embargo, debe tenerse en cuenta que al carecer de una regulación al respecto, son diversas las circunstancias que pueden cambiar en el proceso.

Así mismo es preciso reconocer que dentro de las modalidades de maternidad subrogada se encuentra la fertilización In Vitro (FIV) y la inseminación artificial. La FIV (fertilización In Vitro), consiste “consiste en unir óvulos y espermatozoides en un medio de cultivo para que se fecunden, cuando de forma natural no pueden hacerlo por presentarse alguna disfunción en hombre o en la mujer”. (Jiménez–Suárez, et al, 2011).

La Inseminación Artificial (IA) es definida como el depósito en forma artificial de espermatozoides en el tracto reproductor de la mujer, según el origen de los gametos se cataloga como inseminación artificial homóloga (IAH) cuando es el conyugue, o como,

inseminación artificial donante (IAD), cuando previenes de un banco de semen. (Congreso de la República, 2004, p. 3).

3.2. Licitud del contrato de maternidad subrogada:

Ha sido reiterativa la afirmación de la carencia y necesidad de una regulación en Colombia que enmarque el tema de la maternidad subrogada; lo que corresponde a un vacío legal, que de una u otra manera conlleva a un debate sobre la validez jurídica del alquiler de vientre en el país; ya que a pesar de que no está regulada, se sigue practicando.

Es por lo anterior que se considera pertinente la expedición de una serie de regulaciones en las cuales se considere la maternidad subrogada como un mecanismo positivo en los casos en que permite resolver problemas de infertilidad para las parejas, la cual debe poseer unos contenidos claros que controlen la mediación lucrativa entre las partes del acuerdo o convenio de este tipo; así como la protección integral de los derechos e intereses del recién nacido, se contemplen integralmente los

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 18 de 23

actos de disposición propios del cuerpo 47 contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos en las partes involucradas. (Corte Constitucional, 2009, p. 12)

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones:

Luego de haber investigado los referentes más importantes en derecho nacional e internacional, se puede concluir que la maternidad subrogada es un procedimiento mediante el cual nacen miles de niños a nivel mundial, pero sin embargo no tiene un enfoque jurídico que se le pueda dar con total certeza. Son muy pocos los países que la han regulado, bien sea para permitir o prohibir esta práctica, y por este motivo es que se ha presentado un crecimiento de la subrogación, principalmente en aquellos países menos desarrollados, donde la pobreza puede ser un factor determinante para que una mujer acepte llevar a término un

embarazo, todo con el fin de recibir una contraprestación económica.

Así mismo, desde el análisis del derecho comparado en materia de maternidad subrogada, se logra comprender que algunas naciones llevan la delantera en cuanto a regulación y formas de control de esta figura; así mismo permite mirar con asombro el atraso que en este tema posee Colombia, ya que si bien no existe una reglamentación que controle y oriente a los ciudadanos, si se tiene la certeza que este tipo de convenios y negociaciones se llevan a cabo sin la fundamentación adecuada.

Rastrear históricamente la normatividad y jurisprudencia que han enmarcado el tema de la maternidad subrogada en Colombia, permite concluir con asombro el atraso que en este tema, ya que si bien no existe una reglamentación que controle y oriente a los ciudadanos, si se tiene la certeza que este tipo de convenios y negociaciones se llevan a cabo sin la fundamentación adecuada.

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 19 de 23

Por otra parte, al identificar algunas implicaciones de índole ética y socioeconómica que pueden surgir a causa de la falta de regulación de la maternidad subrogada en Colombia, igualmente se encuentran hallazgos que permiten identificar su práctica con fines lucrativos, lo que una vez más evidencia la necesidad imperante de una regulación integral a este tipo de práctica.

Finalmente, de manera generalizada se encuentra que los elementos que configuran el contrato de alquiler de vientre y sus particularidades en Colombia no cuentan con un sustento jurídico lo suficientemente fuerte que le brinde garantías fundamentales a los partícipes de esta práctica y principalmente al producto final que resulta ser el más vulnerable y por ende requiere de mayor protección.

4.2. Recomendaciones

Es importante tener en cuenta que el derecho de familia es un tema complejo que reúne elementos de diversa índole; por tanto su estudio debe ser integral; en esta ocasión solo se aborda una mínima parte de una de sus temáticas;

por tanto se recomienda una actualización constante de los contenidos, ya que se encuentran en continua estructuración y actualización, en la búsqueda del bienestar general de las comunidades.


Es preciso seguir realizando este tipo de actividades investigativas, ya que permiten reforzar y afianzar los conocimientos adquiridos en el aula durante el proceso de formación profesional, ya que permite llenar vacíos y fortalecer conceptos y planteamientos.

5. REFERENCIAS


Amador J, M. (2010). Biopolíticas y biotecnologías: Reflexión sobre maternidad subrogada en India. Universidad Jawaharlal Nehru, 193-218. Recuperado el 05 de noviembre de 2018, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2011-03242010000200008&lng=en&nrm=iso&tlng=es.

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 20 de 23

- Arrubla, A. (2008) Maternidad Subrogada. Centro de Documentación, información y análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior. México. 2008.
- Barón, R, C, N. (2015). Régimen Jurídico de la gestación por sustitución o maternidad subrogada
- Cano, H. (2011) ¿La maternidad subrogada en el derecho colombiano? Universidad de Medellín. Facultad de Derecho. Medellín.
- Colombiano, C. C. (2010). Ley 57 de 1887. *Bogotá: Legis, Colección Códigos Básicos.*
- Consejo Superior de Política Criminal (2016). Proyecto de ley número 202 de 2016. Gaceta del Congreso 303.
- Constitucional, C. (1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional, 116.*
- Corte Constitucional. Sentencia T-968/09. Del 18 de diciembre de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá Colombia 2009. p. 53.
- de Colombia, R. (2004). Congreso de la República. *Bogotá, Colombia.* p.3
- Flores R, J. (2014). Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo. *Revista Universidad Externado de Colombia (24).* Bogotá, Colombia. Recuperado el 20 de Noviembre de 2018, de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3885/4327>.
- Gamboa M, C. (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 Octubre de 2018, de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>
- Gómez, S, Y (1994). *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, p. 136.
- Leiva, G. C. (2018). Maternidad subrogada. Una realidad en auge. *Nuevos Paradigmas de las*

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 21 de 23

- Ciencias Latinoamericanas*, 9(17).
- Guzmán, J, L y Aparisi M, A (2012) "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", cuadernos de Bioética, XXIII, pp. 253 a 267, Recuperado el 12 de noviembre de 2018 de: <https://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>.
- Hormaeche A, J. H. (2016). *Maternidad subrogada: lagunas legales en el marco de una práctica creciente* (Bachelor's thesis).
- Jiménez S, C. M., Romero C, Y. A., Carrillo, L., E, I., & Vásquez C, J. D. (2017). Análisis de la maternidad subrogada en la legislación colombiana 2009-2015.
- Ley 3089 (2002) Ley de Gestación subrogada. Grecia.
- Ministerio de Protección Social, (2009) Proyecto de ley No 037 de 2009, Recuperado el 12 de noviembre de 2018 de: <http://mps.minproteccion-social.gov.co/VBeContent/library/documentos/DocNewsNo18628DocumentNo10071.PDF>.
- Sociales*
- Organización Mundial de la Salud-OMS. (2010). WHO-Organización Mundial de la Salud – Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la OMS. Recuperado el 18 de noviembre de 2018 de: <http://who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art-terminology2/es/>.
- Organización Mundial de la Salud-OMS. (2016). Guía de Estudio 2016. Tema A. Maternidad Subrogada. Recuperado el 21 de noviembre de 2018, de <http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf>.
- Pachar O, V. J. (2014). *Necesidad de incorporar en el código civil ecuatoriano el contrato de alquiler del vientre, como una opción para matrimonios o parejas con problemas de infertilidad* (Bachelor's thesis).

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 22 de 23

- Universidad Nacional de Loja.
Ecuador.
- Parra, M, C (2016) Implicaciones en materia penal de la «maternidad subrogada» en Colombia. Universidad Nueva Granada. Bogotá Colombia.
- Santander, C. (2012). El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? Universidad Alberto Hurtado de Chile. Santiago, Chile. Recuperado el 21 de noviembre de 2018, de <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESIS201.pdf>.
- Urquiza, F., Carretero, F., M, Canciarte, F., y Pasqualini, A. (2014). Subrogación Uterina. Aspectos Médicos y Jurídicos, Sustento legal en la Argentina. *Revista de Medicina*, 74(3), 233-238. Recuperado el 14 de noviembre de 2018 de www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0025-76802014000300015
- Vélez, G. A. M. (2005). *El arrendamiento de vientre en Colombia*. Universidad de Medellín. Sello editorial U de M.
- C.V.:**
- Edwin Restrepo Chavarriaga**, Nacido el 24 de diciembre de 1.989, Soltero, Estudiante de Derecho desde febrero de, 2014 cursante de Diplomado en Derecho de Familia Noviembre de 2018.
- Jhon Jairo Montoya**, Nacido el 27 de septiembre de 1.967, Soltero, Estudiante de Derecho desde febrero de, 2011, cursante de Diplomado en Derecho de Familia Noviembre de 2018.
- Luisa Fernanda Sánchez**, Nacida el 28 de julio de 1987, Casada, Estudiante de Derecho desde febrero de, 2013. Cursante de Diplomado en Derecho de familia, Noviembre de 2018.

**ARTICULO DEL TRABAJO DE
GRADO**

Código: F-PI-03

Versión: 01

Página 23 de 23