

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS FRENTE A SU
LIBRE EJERCICIO Y ANOMIA ACTUAL



JOHAN FABRICIO BOLIVAR RIOS
GINA MAYERLY PRADA OCAMPO



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
VILLAVICENCIO
2023

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS FRENTE A SU
LIBRE EJERCICIO Y ANOMIA ACTUAL

JOHAN FABRICIO BOLIVAR RIOS
GINA MAYERLY PRADA OCAMPO

Trabajo de grado presentado como requisito para obtener el título de Abogado/a

Director

Mg. BIBIANA DEL PILAR CEPEDA GÓMEZ

Magister en Derechos Humanos

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

VILLAVICENCIO

2023

Autoridades Académicas

P. Álvaro José ARANGO RESTREPO, O.P.

Rector General

P. Mauricio Antonio CORTÉS GALLEGO, O.P.

Vicerrector Académico General

P. José Antonio BALAGUERA CEPEDA O.P.

Rector Sede Villavicencio

P. Rodrigo GARCÍA JARA, O.P.

Vicerrector Académico Sede Villavicencio

Adm. JULIETH ANDREA SIERRA TOBÓN

Secretaria de División Sede Villavicencio

PhD. RODRÍGO CORTÉS BORRERO

Decano Facultad de Derecho

Dedicatoria

Dedicamos de forma especial este texto a nuestras familias, quienes con su compañía y fortaleza, nos forjaron para ser lo que somos hoy en día y permitieron nuestra evolución como personas.

Agradecimientos

Agradecemos a la planta docente de la Universidad y a nuestros compañeros, quienes fueron guía y compañía en el proceso universitario que nos proyectó a nuestra profesión soñada.

Contenido

	Pág.
Resumen.....	8
Abstract.....	9
Introducción.....	10
1. Definición de maternidad subrogada.....	12
1.1. Técnicas de reproducción asistida.....	16
1.2. Análisis en la consensualidad en el acuerdo de subrogación de vientre.....	18
2. Comparativa de la legislación sobre maternidad subrogada	25
4.1. Canadá.....	25
4.2. Reino Unido.....	26
4.3. Australia.....	27
4.4. India.....	28
4.5. Estados Unidos.....	29
4.6. Brasil.....	30
3. La maternidad subrogada en Colombia.....	32
2.1. Anomia.....	33
2.2. Precisiones jurisprudenciales.....	36
4. Evolución de la práctica de la maternidad subrogada en Colombia.....	39
5. Consecuencias de la inexistencia de regulación sobre la maternidad subrogada en Colombia.....	41
6. Propuesta.....	43
Conclusiones.....	45
Referencias.....	47
Bibliografía.....	50

Resumen

Históricamente, la sociedad reconoce que el núcleo de la misma se inicia desde la familia; es por ello que en el presente texto se analiza una de las técnicas de reproducción asistida vigentes en la actualidad (maternidad subrogada) que da lugar a la discusión jurídica resultante ante su anomia en Colombia. Se resuelven interrogantes como la manifestación de voluntad y las circunstancias que condicionan el recurrir a este método para concebir y conformar una familia.

En esta ilación, se dispone un desarrollo sobre la maternidad subrogada en Colombia: la anomia, doctrina y precisiones jurisprudenciales así como la evolución de su práctica en Colombia para así determinar de qué manera el Estado colombiano garantiza el libre ejercicio de la maternidad subrogada.

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la ejecución de esta clase de acuerdos, sin embargo, algunas disposiciones han sido creadas desde la Corte Constitucional como la solución para problemas de infertilidad de las parejas y permite consolidar la familia.

Palabras clave: Familia, maternidad subrogada, anomia y acuerdos.

Abstract

Historically, society recognizes that its core begins with the family, so this text analyzes one of the currently existing assisted reproduction techniques (surrogacy) that gives rise to the resulting legal discussion regarding its anomie in Colombia. It addresses questions such as the expression of will and the circumstances that condition resorting to this method to conceive and form a family.

In this context, a development on surrogacy in Colombia is presented: anomie, doctrine, jurisprudential clarifications, as well as the evolution of its practice in Colombia, to determine how the Colombian State guarantees the free exercise of surrogacy.

In the Colombian legal system, there is no explicit prohibition on the implementation of this type of agreement; however, specific provisions have been established by the Constitutional Court as a solution for couples' infertility issues, allowing them to form a family.

Keywords: Family, surrogacy, anomie, and agreements.

Introducción

La práctica de la maternidad subrogada es cada vez más común en varios países. Mientras está reglamentada en algunos lugares, en otros no existe una normativa específica que la regule. El propósito de esta práctica es brindar la oportunidad a parejas que enfrentan problemas de fertilidad u otras circunstancias que les impiden concebir de forma natural, alquilando el vientre de una mujer. A pesar de su creciente popularidad, en el ordenamiento jurídico de nuestro país no se encuentra una regulación específica al respecto. Aunque ha habido pronunciamientos al respecto, aún no se ha establecido una normativa clara. En Colombia, se ha registrado un precedente judicial relacionado con esta práctica en la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional.

La falta de regulación genera controversias, ya que no hay una prohibición expresa ni una guía clara para su aplicación. La maternidad subrogada representa una oportunidad para aquellas parejas que no pueden tener hijos biológicos, permitiéndoles tener descendencia con su propia genética. Sin embargo, la falta de regulación adecuada puede dar lugar a incumplimientos contractuales por parte de alguna de las partes, además de ocasionar gastos elevados y plantear riesgos médicos para la madre gestante.

Es importante establecer una regulación que aborde de manera integral la maternidad subrogada en Colombia. Esta regulación proporciona un marco legal claro para resolver posibles controversias y proteger los derechos e intereses de todas las partes involucradas. Actualmente, no existe una prohibición expresa para la realización de acuerdos de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano.

No obstante, las técnicas de reproducción asistida, incluida la maternidad subrogada, han sido consideradas jurídicamente legítimas en razón al artículo 42 de la Constitución, que establece la igualdad de derechos y deberes de los hijos, independientemente de su origen. La doctrina ha destacado la necesidad urgente de regular esta práctica para evitar prácticas lucrativas, proteger los derechos del recién nacido y resolver los conflictos que puedan surgir entre las partes involucradas (Corte Constitucional de Colombia, 2009).

En el presente texto se identifican, analizan y critican las garantías que buscan regular la práctica de la maternidad subrogada, brindando seguridad a las personas que acceden a ella, tanto a los padres que la requieren como a la madre subrogada. Se permite a las mujeres que lo deseen ofrecer su vientre y brindar una oportunidad a parejas que no pueden concebir de forma natural. Partiendo del hecho de que no existe una regulación legal, surgen situaciones relacionadas con la venta de niños y otras prácticas poco éticas. Al legalizar la maternidad

subrogada, las familias que enfrentan dificultades biológicas para tener hijos pueden optar por esta vía de manera legal y garantizar el respeto de los derechos de todas las partes involucradas. Cada día más mujeres toman la decisión de llevar a cabo esta práctica.

Es necesario investigar sobre la maternidad subrogada para comprender y difundir la situación en torno a esta práctica, sus causas, consecuencias y los obstáculos que las familias enfrentan al tomar esta opción de reproducción asistida. Las parejas deberían tener la libertad de ejercerla sin limitaciones, ya que la mujer debería tener autonomía sobre su propio cuerpo.

En cuanto a su origen, la figura de la maternidad subrogada se remonta a 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publicó un anuncio en el que se buscaba a una mujer para ser inseminada artificialmente a solicitud de una pareja estéril, ofreciendo una compensación económica a cambio de este servicio.

1. Definición de maternidad subrogada

El término de maternidad subrogada es relativamente novedoso y es acuñado por diferentes autores que disponen del mismo para abarcar una discusión eminentemente jurídica. La maternidad subrogada es un procedimiento ampliamente utilizado a nivel global, cuyo objetivo principal es permitir la concepción a través del alquiler de un útero, ya sea debido a problemas de fertilidad u otras circunstancias que dificultan la procreación de forma natural (Cadavid Pulgarín y Barrera Correa, 2016).

En este sentido, la definición doctrinal dada por Gómez Sánchez, (1994) que también fue asumida por la Corte Constitucional Colombiana establece que la subrogación del vientre es el proceso reproductivo mediante el cual se produce el nacimiento de un niño que ha sido llevado a término por una mujer que, de acuerdo con un contrato o acuerdo, renuncia a todos los derechos sobre el recién nacido, a favor de otra mujer que será reconocida como la madre legal del mismo.

La maternidad subrogada implica la celebración de un contrato en el que las partes involucradas se comprometen mutuamente a cumplir un acuerdo previamente establecido: una pareja que desea convertirse en padres y una mujer que ofrece alquilar su vientre a cambio de una compensación económica. Por lo general, el recién nacido posee el código genético de los padres contratantes, aunque en algunos casos puede suceder que solo se utilice el material genético del padre o de la madre (Quintero Betancur et al., 2018).

Según Álvarez Bastidas y Burbano Rosero, (2012), la importancia de reproducción asistida corresponde esencialmente al resultado generado:

La reproducción asistida es aquella que logra los mismos resultados que la reproducción natural (fecundación, embarazo, nacimiento) pero sin el concurso de la cópula o unión sexual entre el hombre y la mujer, sino mediante el empleo de diversas técnicas médicas y científicas que son empleadas cuando la unión sexual o no es posible o no conduce a los resultados necesarios para lograr el nacimiento de un nuevo ser vivo. Es decir, la reproducción asistida es un sustituto científico, artificial, para cuando falla el proceso natural de lograr la reproducción humana. Esta incapacidad para lograr la reproducción humana de manera natural es lo que se conoce como infertilidad (o esterilidad). (p. 15).

La maternidad subrogada, en la definición de Barajas López y Garzón Salamanca (2021), es una práctica comúnmente conocida como "alquiler de vientre", es una práctica que ha generado una amplia controversia a nivel mundial debido a sus efectos económicos, sociales, políticos, culturales y morales en la sociedad. Se refiere al proceso en el cual un embrión

concebido por fecundación in vitro o inseminación artificial es implantado en una madre gestante. Esta madre gestante, previamente acordada a través de un contrato entre los padres intencionales y ella, puede recibir o no una compensación económica por sus servicios (Valero Heredia, 2019).

Esta práctica está dirigida a personas que, por diversas razones, no pueden o no desean concebir de manera natural, y por lo tanto, contratan los servicios de una mujer para que geste un feto en su vientre y se lo entregue al nacer. Las motivaciones son esterilidad, infertilidad y cuestiones estéticas (González Pineda, 2015).

La maternidad subrogada se considera una forma de reproducción asistida que proporciona una solución médica a aquellas personas que enfrentan dificultades para concebir de manera natural. Este método ofrece una opción viable para superar limitaciones médicas y permite a las parejas ejercer su derecho al libre desarrollo y formar una familia. Dado que la maternidad subrogada se enmarca en la esfera personal y privada de las parejas involucradas, no se encuentra una justificación para prohibir esta práctica (Arévalo Villarreal, 2016).

Según lo manifestado por Pérez Contreras, (2012), se encuentra una tesis a favor que a su vez permite definir el concepto de maternidad subrogada:

La maternidad subrogada plantea entonces la posibilidad de que una mujer que no está en posibilidades de tener y llevar a término un embarazo pueda tener descendencia. En este sentido cobra importancia entre los argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada, señalar las bases sobre las que descansa el derecho a la salud sexual y reproductiva, este incluye el acceso a las técnicas de reproducción asistida y los mecanismos para hacerlas efectivas como es el caso de la maternidad subrogada (p.133).

La maternidad subrogada se considera una alternativa cuando una pareja no puede concebir un hijo de forma natural. En este proceso, una mujer gestante lleva al embrión hasta el momento del nacimiento. El óvulo que se fertiliza con el espermatozoide, antes de ser transferido al útero de la gestante, puede ser de la madre genética o de una donante. Una vez que el niño nace, la persona o pareja que contrató el servicio de gestación subrogada asume la responsabilidad parental del niño (Cervino Fontán et al., 2020).

En lo conceptuado por López Aranda, (2016), indica que la maternidad subrogada corresponde a aquella en la que la mujer lleva implantado en su cuerpo un embrión durante su gestación hasta su nacimiento para que el bebé resultado de dicho proceso sea entregado a otra persona: mujer, hombre o pareja, con la cual haya realizado el acuerdo. “La maternidad subrogada se basa en un acuerdo entre una pareja y una mujer que se compromete a gestar el feto y a entregarlo al momento del alumbramiento” (López Aranda, 2015, p. 08).

La participación de la mujer sustituta o madre gestante es un elemento fundamental en toda la problemática relacionada con la maternidad subrogada. La principal justificación de esta práctica reproductiva se basa en el concepto de libertad de autodeterminación, que permite a la mujer sustituta tomar decisiones sobre su cuerpo sin restricciones. Sin embargo, este concepto de libre autodeterminación puede ser cuestionable, ya que la libertad de decisión está condicionada por las circunstancias socioeconómicas que rodean a la madre gestante.

En algunos casos, una abuela o una amiga pueden ofrecerse como madre sustituta de manera gratuita para ayudar a una pareja o persona con la que tienen un vínculo a superar problemas de infertilidad. Por lo tanto, el concepto de libre autodeterminación ofrece diversas interpretaciones. Lo mismo ocurre cuando se involucra una compensación económica. En situaciones de dificultades económicas, la mujer puede verse obligada a recurrir a este tipo de práctica. Internet refleja esta realidad. Algunos argumentan que no se trata de una situación comparable a la prostitución, por ejemplo, pero esto también pone de manifiesto la falta de ese idealizado derecho a la libertad de decisión y autodeterminación que se utiliza como argumento para justificar la instrumentalización de la mujer (Regalado Torres, 2017).

Para los padres que contratan a la madre subrogada, es una situación que los posiciona con poder ante el detrimento de la salud de una persona y garantiza cierta independencia frente a cuestiones participativas, pues tienen facultades que no les afectan su salud y se limitan a brindar apoyo económico y emocional por el bienestar del feto, más no por la salud de la madre subrogada.

Por su parte, para las madres subrogadas, el impacto negativo es ampliamente mayor incluso a pesar del intercambio económico realizado; se da con mayor frecuencia la materialización de depresión posparto, estrés postraumático, psicosis puerperal y suicidio, pues la vinculación realizada con el bebé durante el embarazo se hace nula debido a la existencia de un contrato o acuerdo jurídico que prima sobre las emociones y vinculación por parte de la madre.

1.1. Técnicas de reproducción asistida

Las técnicas de reproducción asistida (TRA, de ahora en adelante) se refieren a una serie de métodos biomédicos que buscan facilitar o sustituir los procesos biológicos naturales implicados en la procreación humana. Estos procesos incluyen la eyaculación del semen en la vagina, el movimiento de los espermatozoides a través del sistema reproductivo femenino, la

capacitación de los espermatozoides después de la eyaculación y la fertilización del óvulo por parte de los espermatozoides, entre otros.

Para Santamaría Solís, (2000), sería incorrecto categorizar estas técnicas como tratamientos para la esterilidad masculina o femenina. Las técnicas de reproducción asistida (TRA) no se consideran métodos terapéuticos en el sentido tradicional, ya que no curan la infertilidad. Por ejemplo, un paciente masculino con una alteración testicular significativa o una paciente femenina con estenosis bilateral de las trompas uterinas seguirán enfrentando su condición subyacente incluso después de someterse a las TRA.

Las técnicas de reproducción humana engloban todos los métodos en los cuales el ser humano interviene de forma artificial en el proceso de procreación. Estas técnicas se dividen en dos grandes grupos: la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea o in vitro (Cubillos, 2013).

Es importante destacar que no es adecuado denominar a estas técnicas como métodos de reproducción artificial, ya que no reemplazan la función procreativa del organismo masculino o femenino con elementos artificiales o no biológicos. En cambio, su objetivo es ayudar o sustituir parcialmente una función generativa deteriorada o inexistente, como la subfertilidad o la infertilidad (Santamaría Solís, 2000).

Las TRA accesibles en la actualidad son diversas, entre ellas se encuentran las indicadas por Pasqualini y Quintans (2002):

GIFT (Gamete intrafallopian transfer; Transferencia de gametos a las trompas de Falopio), ZIFT (Zygote intrafallopian transfer; Transferencia del cigoto a las trompas de Falopio) SUZI (Subzonal sperm injection; Introducción subzonal de espermia), PZD (Partial zonal dissection; Disección zonal parcial) ICSI (Intracytoplasmic sperm injection; Inyección intracitoplasmática de espermia) TET o EIFS (Embryo intrafallopian transfer; Transferencia del embrión a la trompa), PROSTAT (Pronuclear stage transfer; Transferencia en el estadio pronuclear), aspiración de espermias para ICSI con MESA (Micro Epididymal sperm aspiration; Aspiración micro epididimal de espermia); DIFI (Direct intrafollicular insemination; Inseminación intrafollicular directa), la FSP (Fallopian spermatic perfusión; Perfusión espermática en trompa) o el IVC (Peritoneal oocyte stage and sperm transfer and intra-vaginal culture; Transferencia de oocitos de toma peritoneal con espermia de capacitancia intravaginal) (p. 83).

Las TRA en Colombia se encuentran en discusión ante la falta de regulación y las condiciones que de la misma derivan; en tal sentido, se hace notable la mención realizada por Monroy, (2013), quien precisa que la falta de regulación en las condiciones requeridas para acceder a los tratamientos de reproducción asistida crea una falta de claridad. No se establece

una edad mínima para someterse a estos tratamientos, aunque se podría argumentar que una persona mayor de edad tiene el derecho de decidir si desea someterse a estos procedimientos o actuar como donante. Además, no se verifica la idoneidad de las condiciones familiares de la persona para recibir estos tratamientos, ni se evalúa adecuadamente su estado de salud, especialmente en términos psicológicos.

1.2. Análisis en la consensualidad en el acuerdo de subrogación de vientre

Los contratos de maternidad subrogada suelen ser motivo de debate tanto desde el punto de vista moral como legal, especialmente cuando los involucrados pertenecen a diferentes culturas o situaciones socioeconómicas, lo que puede dar lugar a controversias jurídicas. Sin embargo, es importante examinar el significado de esta práctica, así como sus causas y consecuencias (Barajas López y Garzón Salamanca, 2021).

En consecuencia, es posible establecer que el contrato de maternidad subrogada se define como un acuerdo en el cual una mujer se compromete a quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, con el propósito de entregar al donante del esperma y su esposa al bebé una vez que nazca. En virtud de este contrato, la mujer gestante renuncia a los derechos legales que le corresponden sobre el recién nacido. A cambio de sus servicios, por lo general, se acuerda el pago de una compensación, la cual suele consistir en una suma de dinero.

La maternidad subrogada, considerada como un acto de disposición voluntaria del cuerpo humano y una técnica de reproducción asistida, proporciona una manera de satisfacer los intereses mutuos de las partes involucradas. Por un lado, la pareja solicitante, en calidad de padres contratantes, encuentra la realización de sus deseos reproductivos y familiares.

Por otro lado, la madre gestante obtiene beneficios económicos, lo que le permite mejorar su calidad de vida y perseguir sus propios proyectos de vida. Aunque es necesario considerar las asimetrías entre los participantes, los ingresos generados por la maternidad subrogada desempeñan un papel importante en el logro de los objetivos personales y el bienestar de la madre gestante (Varsi Rospigliosi y Mardini Burgos, 2021).

En los términos de Rodríguez Yong y Martínez Muñoz, (2012), el contrato de maternidad subrogada se define como un acuerdo en el cual una mujer se compromete a quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial. Una vez que el bebé nace, la madre subrogada lo entrega al donante del esperma y a su esposa, renunciando a los derechos

legales sobre el recién nacido. A cambio de esto, por lo general, se acuerda el pago de una compensación, que suele ser una suma de dinero.

En tanto, los elementos del contrato de maternidad subrogada se encuentran en la discusión de Pacheco Chaparro, Monsalve León y Torregrosa Donado, (2020), quienes reconocen que es un contrato atípico y se analiza en correspondencia al contrato según la definición del Código Civil en cuanto los requisitos de existencia. En este sentido, se encuentra: la manifestación de la voluntad, el objeto, la capacidad, la causa lícita y el objeto lícito.

Se logra dilucidar que esta clase de contratos son eminentemente bilateral, gratuito, de ejecución instantánea, conmutativo, principal y consensual (Pacheco Chaparro et al., 2020); es válido afirmar que el contrato de maternidad subrogada tiene características propias de un contrato atípico que, aunque no está regulado, no es ilegal, ya que los contratos no tipificados encuentran validez en el principio de autonomía privada. En este sentido, se rigen por las normas supletorias del derecho privado, siempre y cuando no sean contrarias a las buenas costumbres y los derechos fundamentales.

Las obligaciones más comunes derivadas de esta clase de acuerdos corresponden al sufragio de los estudios para determinar la viabilidad de la gestación y sus gastos resultantes como la intervención quirúrgica así como el pago del valor previamente pactado, ello en razón de propender que la madre subrogada continúe con una vida después del embarazo, preservando su salud física y psicológica. Las obligaciones de los comitentes se basan en proporcionar una compensación económica a la madre gestante, a fin de garantizar las mejores condiciones durante los períodos de gestación y recuperación postparto. Esta remuneración se establece como una contraprestación conmutativa a la obligación de los comitentes de recibir al niño en el momento de su nacimiento.

Además, la doctrina ha establecido que para que se configure el contrato de maternidad subrogada, es necesario cumplir con los siguientes elementos:

- i) la participación del útero de la mujer gestante que lleva el embrión fecundado y los requisitos de calidad que debe cumplir, y
- ii) el pago acordado por la pareja solicitante que ha proporcionado los gametos (Aguilar Gómez, 2010).

En cuanto al pago, algunas prácticas han determinado que los pagos comienzan después de escuchar los latidos del corazón del feto y se realizan de manera mensual hasta el momento del parto (Cárdenas Rojas, 2015).

Para que el proceso sea viable, generalmente se requiere la participación de al menos dos personas. Sin embargo, es importante destacar que existen situaciones en las que no es necesario que una pareja sea la que contrate los servicios de gestación subrogada.

A su vez, está la figura de la madre sustituta, quien será la mujer encargada de llevar a cabo el embarazo y dar a luz al bebé. Por otro lado, encontramos a la pareja o a la persona que desea convertirse en padre o madre. Esta persona probablemente contribuirá con material genético y asumirá los gastos acordados (Cadavid Pulgarín y Barrera Correa, 2016).

Es importante mencionar que las legislaciones pueden establecer una serie de requisitos para ambas partes involucradas, como edad, exámenes médicos o haber tenido hijos previamente, entre otros.

La Corte Constitucional en sentencia T-968 de 2009, ha añadido, entre otros requisitos, que la mujer gestante no debe tener como motivación el lucro, sino el deseo de ayudar a otras personas. En este sentido, se puede afirmar válidamente que el fundamento de esta restricción no solo tiene bases jurídicas, sino también una concepción ética y social.

El objetivo principal de este contrato es permitir la entrega del recién nacido a los contratantes, lo cual ha llevado a considerar al bebé como el resultado de un acuerdo negociado. El propósito final de esta transacción es que los contratantes puedan ejercer el tan anhelado derecho a la paternidad, a través de la llegada del recién nacido a sus vidas. Sus principales críticas se refieren a la cosificación de la vida y la reducción del humano a un objeto del contrato.

Teniendo como característica la maternidad subrogada, se puede decir que es un contrato de arrendamiento de gestación sustitutiva. En analogía al contrato de arrendamiento, una de las partes es llamada arrendador, y tiene la obligación de entregar temporalmente el uso y goce de una cosa mueble o inmueble, para el caso en cuestión es el vientre de la madre, el que se arrienda temporalmente, por otra parte el llamado arrendatario, quien a su vez se obliga a dar por el uso un precio determinado, entre las partes (Quintero Betancur et al, 2018, p. 7).

El vacío jurídico existente en la maternidad subrogada conlleva una serie de repercusiones que afectan la estabilidad jurídica de los contratantes. Como resultado, surgen diversas interrogantes que podrían ser abordadas más fácilmente mediante una regulación normativa. Entre estos temas se encuentran:

- i) la regulación de los pagos involucrados,
- ii) posibles negativas por parte de la madre gestante de entregar al bebé o, por el contrario, negativas por parte de los padres biológicos de recibir al bebé,
- iii) la forma de cubrir los gastos relacionados con el parto, y

iv) el manejo de los trámites en el registro civil de nacimiento, entre otros conflictos.

Todos estos temas podrían ser tratados de manera diferente si estuvieran regulados. Puesto que, en el caso del incumplimiento, las cuestiones referentes a la responsabilidad contractual son amplias.

Por otro lado, el Decreto 2493 de 2004 en Colombia prohíbe cualquier forma de remuneración, compensación o retribución por la donación o suministro de órganos o tejidos, lo que incluye todas las partes vivas que conforman el cuerpo humano (artículo 15). En consecuencia, cualquier contrato de maternidad subrogada que tenga una finalidad onerosa en Colombia sería inválido debido a la prohibición de acuerdos monetarios establecida por la ley.

En vista de la invalidez jurídica de los acuerdos remuneratorios, el objeto contractual y la causa ilícita que implica la maternidad subrogada se entiende que la costumbre de estos acuerdos carecería de fundamento legal para cualquier reclamación entre las partes involucradas. En otras palabras, la práctica de la maternidad subrogada no tendría una base jurídica sólida para ser objeto de reclamación entre las partes.

Si la mujer gestante decide quedarse con el niño, no solo perderá el derecho a la compensación económica acordada, sino que también estará obligada a indemnizar a los comitentes por todos los gastos derivados del contrato. Esto es independiente de las acciones legales adicionales que los comitentes puedan emprender para establecer su filiación, la cual, en principio, se le reconocerá a la mujer gestante debido a la filiación por vía natural. Es importante destacar que la responsabilidad civil en estos casos puede ir más allá de lo meramente patrimonial, ya que también puede incluir una discusión jurídica más amplia.

En caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la mujer subrogante, la relación de paternidad/maternidad de los padres subrogantes, que podría describirse como parcialmente biológica, tiende a generar una conexión emocional cercana. Dado que las situaciones de incumplimiento del contrato estudiado no están legalmente reguladas, la forma de resolver los conflictos derivados de dicho incumplimiento recae en el desarrollo jurisprudencial que se aplique al tema.

Dentro de este contexto, es importante resaltar la presencia de un contrato, aunque no necesariamente se requiere una formalidad legal. Este contrato implica la existencia de un objeto específico, que es el útero de la madre sustituta. Además, se evidencia el consentimiento de la persona que se somete a esta modalidad.

La causa de este contrato se encuentra en la necesidad y el derecho fundamental a formar una familia. Las partes involucradas deben contar con la capacidad legal necesaria, lo que implica ser mayor de edad para asumir obligaciones onerosas y, en el caso de la madre

sustituta, tener al menos catorce años para comprometerse a través de su propio cuerpo (Vásquez Ramírez y Llanos Pinzón, 2019).

En este sentido, se debe realizar un examen en el que se ponderen los derechos del menor como primordiales sobre otros derechos involucrados. Esto implica garantizar el desarrollo integral del menor, asegurar las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales y lograr un equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, siempre teniendo en cuenta que los derechos del menor prevalecen (Pacheco Chaparro et al., 2020).

El contrato de gestación subrogada se caracteriza por ser único y distinto de los contratos típicos y atípicos establecidos en la legislación civil colombiana, debido a su objeto particular. Aunque comparte elementos, requisitos y características comunes de otros contratos en términos de consensualidad y bilateralidad.

Además, se considera que todos los contratos implican elementos naturales. En el contrato de gestación subrogada, aunque no se establezcan explícitamente, están presentes la ausencia de discriminación, la dignidad humana y los derechos fundamentales de todas las personas involucradas. Asimismo, se busca proteger los valores fundamentales de la familia y los derechos de los niños. Es evidente que más que elementos naturales, son derechos, principios y valores los que deben estar presentes en este contrato debido a su naturaleza. Estos incluyen la no discriminación, la dignidad humana, la igualdad, la permanencia y estabilidad, el derecho a formar una familia, los derechos sexuales y reproductivos, el interés superior del menor, la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, entre otros (Mantilla Miranda y Alvarado Torres, 2022).

2. Comparativa de la legislación sobre maternidad subrogada

En aras de sentar las bases de la propuesta que se realizará en el presente texto, se analizará en una comparativa con la legislación vigente en otros países para definir algunos parámetros que podrían ser implementados en la normativa colombiana.

2.1. Canadá

En todo el territorio, a excepción de la provincia de Quebec, se permite la gestación subrogada, siempre y cuando la gestante sustituta participe de manera altruista, es decir, no se permite el lucro por brindar este servicio. La compensación económica que puede recibir está limitada a cubrir el tiempo y los gastos necesarios para el embarazo. Esta práctica está abierta a una variedad de modelos familiares, incluyendo hombres y mujeres sin pareja, parejas homosexuales y heterosexuales. Además, no es necesario tener una conexión genética con el embrión a implantar, lo que lo convierte en un destino adecuado para personas que enfrentan problemas de fertilidad.

En Canadá, está prohibido realizar pagos por los servicios de alquiler de vientre. La legislación sólo permite la práctica de la maternidad subrogada no comercial, en la que una mujer mayor de 21 años acepta llevar a término el embarazo en beneficio de una pareja sin hijos, sin obtener ganancias económicas a cambio.

No obstante, la gestante subrogada tiene derecho a ser reembolsada por los gastos asociados al embarazo y al parto. Asimismo, tiene derecho a recibir una compensación por incapacidad temporal durante el período postnatal. En Canadá, es posible encontrar gestantes o donantes de óvulos a través de anuncios en línea, foros y plataformas de opinión. Esta práctica es considerada con serenidad por la sociedad canadiense.

En Canadá, se da un gran valor a la confidencialidad en el proceso de maternidad subrogada. Cualquier forma de compensación económica a la madre subrogada es considerada ilegal y puede llevar a sanciones penales, incluyendo multas y/o penas de prisión de hasta 10 años.

La maternidad subrogada en Canadá es considerada una forma altamente efectiva para que las parejas puedan convertirse en padres. Además, las parejas homosexuales (parejas gay) también pueden acceder a los servicios de gestantes subrogadas en el país.

2.2. Reino Unido

En el Reino Unido, la gestación subrogada es legal de acuerdo con lo establecido en la Ley de Acuerdos de Gestación Subrogada de 1985. Sin embargo, muchos futuros padres británicos que optan por esta técnica enfrentan un desafío, ya que, de acuerdo con la legislación del país, la gestante es reconocida como la madre legal en todos los aspectos. Para establecerse como padres legales, deben presentar una solicitud de paternidad, un proceso que puede llegar a ser legalmente complejo.

En cuanto al aspecto financiero, no se proporciona financiamiento a través del Servicio Nacional de Salud para los arreglos de gestación subrogada. Aunque comúnmente se estima un costo de alrededor de £15,000, el gasto real puede variar según las necesidades individuales de cada familia, como se detalla más adelante.

En el Reino Unido, se permite exclusivamente la práctica de la gestación subrogada en un sentido altruista, lo que significa que no está permitido realizar pagos a la madre gestante. Tanto parejas heterosexuales como homosexuales tienen acceso a esta opción, mientras que las madres solteras no pueden participar en esta práctica.

Una disposición legal establece que, después del nacimiento, los padres planeados tienen un plazo de seis meses para solicitar la paternidad; de lo contrario, el bebé quedaría legalmente como hijo de la gestante. Además, en el Reino Unido, se requiere que al menos uno de los dos miembros de la pareja resida en el país para poder acceder a la asistencia de una gestante. Por esta razón, esta opción es menos utilizada por extranjeros que desean recurrir a esta técnica.

2.3. Australia

La maternidad subrogada altruista es permitida en la mayoría de los Estados y territorios de Australia. Los acuerdos de subrogación altruista son aquellos en los cuales la madre sustituta no recibe beneficios económicos. No obstante, los padres comitentes pueden reembolsar los gastos médicos y legales razonables en favor de la madre sustituta.

En Australia, únicamente se permite la maternidad subrogada sin fines de lucro. Remunerar a una mujer que haya dado a luz en beneficio de otra persona constituye un delito que puede acarrear sanciones considerables, como multas significativas o incluso penas de prisión.

Esta responsabilidad recae sobre todos los participantes involucrados en el proceso. Varios estados cuentan con un marco legal para enjuiciar a ciudadanos australianos que hayan suscrito contratos de maternidad subrogada en el extranjero. No obstante, durante las últimas décadas, no se ha dictado ninguna sentencia en el contexto de la maternidad subrogada comercial.

Los costos de los programas de reproducción que incluyen a una madre sustituta son considerablemente elevados, ya que los exámenes médicos, los medicamentos, los servicios legales y otros aspectos se abonan por separado.

En este contexto, no existen garantías legales para ninguna de las partes involucradas. La madre subrogada puede modificar su decisión con respecto al cuidado del recién nacido. Por su parte, los padres, habiendo abonado por el programa, podrían quedarse sin una resolución satisfactoria.

Además, no se ofrecen programas garantizados. En caso de un procedimiento de fertilización in vitro fallido o la interrupción del embarazo, pueden ser necesarias transferencias repetidas de embriones, lo cual implica un costo adicional. En última instancia, el precio total de la maternidad subrogada privada en Australia podría resultar excesivamente alto.

2.4. India

El Parlamento de India ha aprobado una ley que marca un importante cambio en la regulación de la maternidad subrogada en el país. Esta nueva legislación prohíbe de manera tajante la práctica comercial de los "vientres de alquiler", lo que implica que ya no será posible realizar acuerdos donde las mujeres gestantes sean remuneradas por llevar a cabo el embarazo y dar a luz.

Además, la ley establece que la maternidad subrogada altruista sólo será permitida en el caso de parejas indias que enfrenten problemas de infertilidad. Sin embargo, incluso en estos casos, solo se permitirá la participación de una "pariente cercana" como gestante subrogada. Esto significa que solo una familiar próxima, como una hermana, podría ofrecerse para llevar a término el embarazo en beneficio de la pareja infértil.

Este cambio en la legislación busca abordar uno de los principales problemas asociados con la maternidad subrogada en India: la explotación de mujeres en situaciones vulnerables que decidían someterse a este proceso por razones económicas. La nueva ley tiene como objetivo proteger a las mujeres de bajos recursos de esta explotación y establecer condiciones más estrictas para la práctica de la maternidad subrogada.

Este enfoque más restrictivo pretende garantizar que la maternidad subrogada se lleve a cabo en un ambiente ético y que las mujeres involucradas sean tratadas con dignidad y respeto. La ley también tiene como objetivo frenar el comercio de "vientres de alquiler" y fomentar prácticas que se centren en el altruismo y en la búsqueda de soluciones a los problemas de infertilidad de las parejas en India.

2.5. Estados Unidos

En Estados Unidos, la gestación subrogada es una práctica legal, aunque su regulación varía dependiendo del Ministerio de Salud y los estados que componen el país. Este enfoque descentralizado implica que cada estado puede establecer sus propias normativas y requisitos en relación con la maternidad subrogada.

Una característica distintiva de la regulación en Estados Unidos es que la gestación subrogada está abierta a diversos tipos de familias. Tanto parejas heterosexuales como homosexuales y personas solteras pueden acceder a esta técnica para cumplir su deseo de tener un hijo. Esta inclusividad refleja la diversidad y la apertura de la sociedad estadounidense en relación con la formación de familias.

En cuanto a los requisitos para las madres gestantes, generalmente se establece que deben tener al menos 21 años de edad y haber tenido al menos un hijo previamente antes de someterse al procedimiento de gestación subrogada. Esta condición busca garantizar que la gestante tenga experiencia previa en el embarazo y la maternidad, lo que puede contribuir a un proceso más seguro y exitoso.

Es importante mencionar que, dado que la regulación de la gestación subrogada varía entre los estados, los detalles específicos, como los requisitos legales y los aspectos financieros, pueden ser diferentes en cada caso. En algunos estados, la maternidad subrogada puede requerir contratos legales detallados que establezcan los derechos y responsabilidades de todas las partes involucradas.

En resumen, en Estados Unidos, la gestación subrogada es una opción legal para diversas composiciones familiares, y la regulación puede variar según el estado. La diversidad en las leyes refleja la pluralidad de valores y enfoques dentro del país en relación con la formación de familias a través de la maternidad subrogada.

2.6. Brasil

En Brasil, la gestación subrogada es una práctica que existe, pero está sujeta a ciertas limitaciones. A lo largo de la década de los setenta, comenzó a funcionar la gestación subrogada, aunque se establecieron condiciones específicas para su realización. Una de las características distintivas de esta práctica en Brasil es que no se permite el pago de dinero de por medio.

La "barriga solidaria", como se conoce en el país, implica que la mujer que actuó como gestante subrogada debe ser un miembro de la familia del padre o la madre comitente. Además, se requiere que esta mujer ya haya tenido descendencia previamente. Esta condición busca asegurarse de que la gestante tenga experiencia en el proceso de embarazo y parto, lo que puede contribuir a una gestación más segura.

En Brasil, el enfoque se orienta hacia la maternidad subrogada altruista y dentro de un contexto familiar, donde no se busca obtener ganancias económicas a través de esta práctica. La intención es evitar la explotación de las mujeres gestantes y garantizar que la gestación subrogada se realice en un entorno de apoyo y cuidado.

Es importante señalar que las regulaciones pueden variar en diferentes estados de Brasil, y las condiciones específicas para la gestación subrogada pueden ser diferentes en cada caso. Sin embargo, en general, la tendencia en el país es mantener una perspectiva restrictiva y altruista en relación con la maternidad subrogada, con el objetivo de salvaguardar tanto los intereses de las mujeres gestantes como los derechos de los futuros padres.

3. La maternidad subrogada en Colombia

En Colombia, la maternidad subrogada es un tema que ha sido objeto de discusión en años recientes; en principio, reconoce que permite que las parejas se consoliden como familia por medio de un intermediario debido a que, por cuestiones biológicas, no sea posible realizar la concepción, como lo es la infertilidad de alguna de las partes (según lo mencionado por la Corte Constitucional). Si bien se reconoce su concepto y funcionamiento desde la teoría, también se evidencia que no existe legislación sobre ello y que, por el contrario, nuevamente ha sido una obligación que se le ha otorgado a la Corte Constitucional al resolver sobre esta situación en concreto.

Actualmente, en Colombia se cursa en proyecto de ley para dar vía libre a la maternidad subrogada, el cual pretende dar seguridad a las partes involucradas: a la madre y el encargante, permitiendo que una mujer pudiera prestar su vientre o ser gestante para una familia que no ha logrado concebir, disminuyendo, a su vez, la tasa existente en la trata de personas, el tráfico de la niñez, entre otros.

En Colombia, se plantea permitir la gestación subrogada únicamente en casos altruistas, donde la mujer gestante no recibiría una compensación financiera por su participación en el proceso. Este enfoque establece diversas cuestiones éticas, legales y sociales. El aspecto altruista de la gestación subrogada presenta sus propias preocupaciones, incluida la posibilidad de presiones emocionales o coercitivas que podrían influir en la decisión de la mujer gestante. Además, se deben considerar los derechos y el bienestar tanto de la mujer gestante como del futuro niño en cualquier marco legal que regule la gestación subrogada, ya sea con fines comerciales o altruistas.

La discusión sobre la gestación subrogada es compleja y variada en todo el mundo, y las opiniones difieren ampliamente. Cada país aborda este asunto de manera diferente en función de sus valores culturales, éticos y legales. Es fundamental que cualquier decisión legislativa que se tome en relación con la gestación subrogada considere cuidadosamente los diversos aspectos involucrados y busque un equilibrio entre los intereses de todas las partes afectadas.

3.1. Anomia

En principio, es pertinente indicar que "anomia" es un término sociológico que se refiere a la carencia de normas, valores o estructuras sociales definidas en una sociedad o en

una esfera específica de la vida social. En el contexto de la maternidad subrogada, este concepto puede aplicarse para describir una situación en la cual las normas y valores tradicionales relacionados con la maternidad, la familia y la reproducción se ven desafiados o cuestionados debido a la implementación de esta práctica.

En este sentido, la maternidad subrogada plantea desafíos a las normas sociales y a las percepciones convencionales sobre la maternidad y la paternidad, ya que implica separar el proceso de gestación del vínculo biológico con la madre que da a luz. En algunas sociedades, la maternidad es considerada una parte fundamental de la identidad de una mujer, y la introducción de la gestación subrogada podría crear una "anomia" al poner en duda estas ideas arraigadas.

Esta "anomia" en relación con la maternidad subrogada podría manifestarse de diversas maneras:

1. Desafío a las normas familiares: La maternidad subrogada podría plantear interrogantes sobre quién es la madre legal y biológica de un niño nacido a través de este proceso, lo cual podría chocar con las normas tradicionales de filiación y familia.
2. Cambio en las percepciones de la maternidad: La introducción de la maternidad subrogada podría llevar a cuestionar las concepciones convencionales acerca de lo que implica ser madre, dado que una mujer podría ser madre biológica pero no gestante.
4. Confusión de roles y expectativas: La maternidad subrogada podría desafiar las expectativas y roles tradicionales de las mujeres en la sociedad en relación con el embarazo y la crianza.
5. Ética y valores: La implementación de la maternidad subrogada podría generar debates sobre temas éticos, como la explotación potencial de las mujeres gestantes y la posible comercialización de la maternidad.

Es fundamental considerar que la percepción de esta "anomia" puede variar según la cultura, las creencias y las perspectivas individuales. Algunas personas pueden considerar la maternidad subrogada como una manera legítima y válida de ayudar a parejas con problemas de fertilidad a tener hijos, mientras que otras pueden opinar que socava los valores y normas tradicionales.

Se plantea como hipótesis que la regulación incompleta y poco reflexionada sobre el tema de la gestación subrogada en Colombia queda expuesta a la influencia y estímulo del factor económico y el mundo globalizado. Este factor impulsa la tendencia global de abarcar todos los aspectos, lo que tiene un gran impacto en la propagación y la implementación de la

práctica de la gestación subrogada. Esto se enfoca en satisfacer tanto la oferta como la demanda en este ámbito.

Aunado a ello, el uso de tecnología y plataformas en línea redefine la forma en que se aborda esta práctica, lo que permite la discreción en los acuerdos de gestación por contrato. Esta situación puede dar lugar a acuerdos de gestación que carecen de protecciones legales para todas las partes involucradas.

Además, existe la posibilidad de que se violen los derechos humanos y la dignidad de los más vulnerables en este proceso, como la mujer gestante y el hijo concebido mediante esta práctica. Dado este contexto, se considera necesario y urgente llevar a cabo un estudio exhaustivo para analizar la viabilidad de la gestación subrogada.

En Colombia, la regulación legal en torno a la maternidad subrogada es insuficiente y carece de una comprensión completa por parte de la población. Esta falta de claridad crea un terreno propicio para la propagación de la desinformación y para la realización de prácticas que van en contra de la ley. Estas prácticas pueden tener como objetivo generar polarización en la sociedad a partir de elementos poco claros, lo que a su vez lleva a la confusión y al engaño.

Dada esta situación, es fundamental abordar este tema de manera integral. Esto permitiría contribuir con opiniones fundamentadas que ayuden a las mujeres y al público en general a comprender la realidad que prevalece en relación con la maternidad subrogada. Además, se hace necesario solicitar a la máxima autoridad legislativa del país la implementación de una normativa adecuada que proteja los derechos, la integridad y la dignidad humana de las mujeres que actúan como gestantes sustitutas.

En este contexto, se plantea la cuestión de si se debe permitir o prohibir la práctica de la maternidad subrogada en Colombia. La ambigüedad y la falta de regulación han generado un escenario en el cual es esencial abordar este asunto desde una perspectiva informada y ética. Esto no solo beneficiaría a las mujeres que participan en esta práctica, sino también a toda la sociedad, al garantizar que se tomen decisiones basadas en un entendimiento completo de las implicaciones y consecuencias involucradas.

En resumen, se sugiere que la falta de una regulación adecuada en el tema de la gestación subrogada en Colombia, junto con la influencia económica y tecnológica, puede llevar a la proliferación de acuerdos desprotegidos y a violaciones de derechos fundamentales. Por lo tanto, se propone realizar un estudio completo para evaluar la viabilidad y los impactos de esta práctica en la sociedad colombiana.

3.2. Precisiones jurisprudenciales

En el presente acápite es posible indicar algunas precisiones jurisprudenciales dadas por la Corte Constitucional al respecto de la maternidad subrogada en Colombia.

La sentencia T-968 de 2009 proferida por la Corte Constitucional en la que la doctora María Victoria Calle Correa figura como ponente, se figura que el alquiler de vientres no es legal ni ilegal; la práctica del alquiler de vientre, también conocida como gestación subrogada o maternidad de sustitución, no está contemplada en el marco legal de nuestro país.

El alquiler de vientre, o maternidad de sustitución, es definido por la doctrina como "el acto reproductor que resulta en el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un acuerdo o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que será considerada como la madre de dicho niño." Es importante destacar que en este contexto, la mujer gestante no contribuye con sus propios óvulos para la concepción.

La combinación de técnicas de reproducción asistida, como la fertilización in vitro, junto con la gestación subrogada, brinda la oportunidad a aquellas mujeres que no pueden llevar a cabo un embarazo de tener un hijo que comparte su material genético, mediante la fecundación de su propio óvulo con el espermatozoide de su pareja o de un donante. Usualmente, las parejas que optan por esta vía prefieren utilizar sus propios óvulos y espermatozoides para la concepción.

Las mujeres que actúan como madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y, al finalizar el período de gestación, se comprometen a entregar al hijo a las personas que solicitaron este servicio, asumiendo el pago de una suma de dinero o los gastos derivados del embarazo y el parto.

Una ventaja significativa de este sistema para las parejas que no han logrado concebir de forma natural, incluso en comparación con la adopción, es que el niño nacido es biológicamente hijo de la pareja que ha recurrido a la gestación subrogada. La madre sustituta se limita a llevar a término un embrión resultado de la combinación del óvulo de la madre y el espermatozoide del padre.

La sentencia T-275 de 2022 proferida por la Corte Constitucional en la que la doctora Cristina Pardo Schlesinger funge como ponente, reconoce que la Corte lleva doce años requiriendo al Congreso de la República para que el mismo cumpla con la obligación de legislar sobre la maternidad subrogada y los aspectos que a ella se relacionan, como lo es la licencia de maternidad y paternidad.

En esa instancia, la Corte se expresó de manera contundente al señalar que además de la carencia de regulaciones normativas con respecto a la "maternidad subrogada", también se añade la falta de legislación en relación con aspectos estrechamente vinculados a esta práctica. Entre estos aspectos se incluyen:

- (i) la ausencia de regulación en torno a la "donación de óvulos";
- (ii) la carencia de normativas sobre la "congelación de embriones excedentes";
- (iii) la falta de marcos legales para determinar la filiación legal cuando se utilizan embriones después del fallecimiento de los padres;
- (iv) la falta de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fertilizados en vientres distintos de las madres biológicas, conocido como "maternidad sustituta";
- (v) la cuestión de registrar la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos;
- (vi) el control del número de descendientes de cada donante; y
- (vii) la obligación de las entidades de salud de procurar óvulos en casos donde quien solicita la fecundación in vitro no pueda generarlos, así como la posibilidad de comercio de óvulos.

La Corte destacó que junto con la falta de regulación en torno a la "maternidad subrogada", existe una serie de aspectos interrelacionados que también carecen de una normativa adecuada; a su vez, extiende la licencia de maternidad a un padre que concibió a su hija por medio de un proceso de maternidad subrogada. Esta situación revela la necesidad de abordar una serie de temas interconectados para lograr una regulación completa y coherente en torno a la maternidad subrogada y sus ramificaciones.

La carencia de regulación en relación con la maternidad subrogada tuvo consecuencias en la incapacidad de Sanitas EPS para determinar cómo debía proceder en el caso específico. Al mismo tiempo, la falta de reconocimiento de la ampliación de la licencia de maternidad, debido a la omisión legislativa total con respecto a la "maternidad subrogada", afectó el interés superior de los niños y violó los derechos fundamentales de los demandantes a la igualdad, al mínimo vital y a la familia, así como el derecho a la ampliación de la licencia de maternidad en favor del demandante.

En la sentencia T-143 de 2023 del magistrado ponente José Reyes Cuartas, la Corte Constitucional, se encuentra una reiteración a las menciones previas realizadas sobre la importancia de crear una legislación sobre la maternidad subrogada en Colombia así como las cuestiones referentes a las licencias parentales.

4. Evolución de la práctica de la maternidad subrogada en Colombia

La evolución de la gestación subrogada en Colombia ha sido analizada en los términos de Chaves (2021), quien indica que su génesis se dió desde el siglo XX en Estados Unidos y se ha encuadrado a lo largo del siglo XXI.

En cuanto a Colombia, en la actualidad existen centros especializados que ofrecen varios tipos de tratamiento encaminados a problemas de salud reproductiva, entre estos, técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), tales como la fecundación in vitro (FI), la inseminación artificial homóloga (IAH), heteróloga (IAD) e intraperitoneal (IAI), y la subrogación de vientre. Ahora bien, en el entendido, que a pesar de que este tipo de práctica se ha vuelto más común, actualmente en nuestro territorio hay más vacíos que certezas; dado que no existe un marco legal específico, no obstante, lo anterior, no significa que se encuentre prohibida (Chaves, 2021, p. 02).

Sin embargo, en Colombia no se evidencia una evolución debido a que, justamente, la falta de regulación no permite tener una idea del desarrollo de la misma como para comprender cambios en su ejercicio desde 2009, que es el año en el que la Corte Constitucional hace un llamado al congreso para su legislación, hasta el 2023, año en curso en el que se encuentra vigente un proyecto de ley que pretende legislar sobre la maternidad subrogada.

El proyecto de ley en cuestión contempla desde el derecho a conocer sobre la información en reserva, regulación sobre licencias de maternidad y paternidad, regulación sobre la seguridad social de la parte comitente y de la gestante, la filiación del menor, la reglamentación por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, contenido del consentimiento informado y los requisitos de las partes que adelanten esta clase de acuerdo.

En Colombia, a la actualidad, la subrogación se hace de forma altruista, puesto que la subrogación comercial tiene una connotación negativa; el argumento principal detrás de esto es que todas las partes involucradas en el contrato obtiene beneficios pero desconoce las afectaciones físicas y psicológicas de la madre. En este sentido, el “deber ser” es que resulta en una pareja que se convierte en padres, un recién nacido que tiene la posibilidad de formar parte de una familia que puede brindar buenas condiciones de vida, y una madre sustituta que recibe recursos económicos que pueden ser de ayuda tanto para ella como para su familia (Cadavid Pulgarín y Barrera Correa, 2016).

5. Consecuencias de la inexistencia de regulación sobre la maternidad subrogada en Colombia

La ausencia de regulación en torno a la maternidad subrogada conlleva una serie de consecuencias amplias y multifacéticas que afectan tanto a nivel individual como social. A continuación, se detallan algunas de estas consecuencias de manera más extensa:

1. **Incertidumbre legal:** La falta de normativas específicas crea un vacío legal que puede llevar a la incertidumbre y a disputas sobre la validez de los acuerdos de maternidad subrogada, los derechos de los padres comitentes y la situación legal de los niños nacidos a través de este proceso.
2. **Explotación y desprotección:** La falta de regulación puede abrir la puerta a situaciones de explotación y abuso de las mujeres gestantes, especialmente si no se establecen salvaguardias adecuadas para proteger sus derechos, bienestar y dignidad. Además, los niños nacidos a través de la maternidad subrogada pueden quedar desprotegidos si no se establecen garantías legales sólidas en relación con su filiación y derechos.
6. **Vacíos contractuales:** Sin regulación, los acuerdos entre las partes involucradas en la maternidad subrogada pueden carecer de claridad y protecciones legales, lo que puede dar lugar a malentendidos, conflictos y litigios posteriores.
7. **Problemas de filiación:** La falta de regulación puede generar problemas en cuanto a la determinación legal de la filiación de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada. Esto puede tener efectos negativos en términos de derechos sucesorios, herencias y acceso a servicios públicos.
8. **Impacto emocional:** La incertidumbre legal y las posibles disputas pueden tener un impacto emocional significativo en todas las partes involucradas, incluyendo a los padres comitentes, las madres gestantes y los niños.
9. **Tráfico de personas y explotación:** La falta de regulación puede dar lugar a prácticas ilícitas, como el tráfico de personas para la maternidad subrogada y la explotación de mujeres en situaciones vulnerables.
10. **Debate ético y moral:** La ausencia de normativas claras puede alimentar el debate ético y moral en torno a la comercialización de la maternidad, la autonomía de las mujeres gestantes y la relación entre la gestante y el niño.
11. **Necesidad de protección infantil:** La falta de regulación sólida puede dejar a los niños nacidos a través de la maternidad subrogada en una situación legal precaria, sin protección adecuada de sus derechos y bienestar.

En última instancia, la falta de regulación sobre la maternidad subrogada tiene un alcance amplio y puede afectar diversos aspectos legales, sociales, éticos y emocionales. La implementación de regulaciones adecuadas se vuelve esencial para abordar estas consecuencias y brindar un marco legal sólido que proteja los derechos y el bienestar de todas las partes involucradas.

6. Propuesta

A continuación, se presenta una posible propuesta para la regulación de la maternidad subrogada, con un enfoque en equilibrar los derechos y la protección de todas las partes involucradas, al tiempo que se promueven prácticas éticas y responsables:

El propósito de esta propuesta es establecer un marco legal y ético que permita la maternidad subrogada de manera responsable y ética. Se busca garantizar los derechos y el bienestar de todas las partes involucradas, prevenir la explotación y asegurar que la práctica se desarrolle dentro de límites justos y transparentes.

1. Los padres comitentes deben ser mayores de edad y tener la capacidad de cuidar y proveer para un hijo.
2. La gestante subrogada debe ser mayor de 21 años y haber tenido al menos un hijo previamente.
3. Debe existir una relación previa entre la gestante subrogada y los padres comitentes, basada en vínculos familiares o amistosos.

En el ámbito económico:

1. Se permitirá el reembolso de gastos médicos, legales y relacionados con el embarazo.
2. Queda prohibido cualquier tipo de lucro o pago directo por los servicios de gestación subrogada.
3. Se establecerán límites claros y documentados sobre los gastos reembolsables.

En protección de derechos de los contratantes:

1. Un contrato legalmente vinculante deberá detallar los derechos y las responsabilidades de todas las partes involucradas.
2. La gestante subrogada tendrá derecho a atención médica completa y apoyo psicológico y legal durante y después del proceso.
3. La gestante subrogada tendrá el derecho de tomar decisiones médicas y de estilo de vida durante el embarazo, siempre que no pongan en riesgo la salud del bebé.

En cuanto su control:

1. Se establecerá una entidad reguladora responsable de aprobar los acuerdos de gestación subrogada y supervisar el cumplimiento de las regulaciones.
2. Los padres comitentes y la gestante subrogada deberán someterse a evaluaciones médicas y psicológicas para garantizar su aptitud.

Finalmente, en materia de educación:

1. Se organizaron campañas educativas para informar a la sociedad sobre los aspectos éticos, legales y médicos de la maternidad subrogada.
2. Se promoverá la importancia del consentimiento informado y la toma de decisiones conscientes por parte de todas las partes involucradas.

Conclusiones

En Colombia, la maternidad subrogada ha sido un tema de debate en los últimos años. Aunque se reconoce su potencial para permitir que las parejas formen familias a través de intermediarios en casos de infertilidad u otras circunstancias, la falta de legislación en este ámbito ha llevado a la Corte Constitucional a abordar casos individuales relacionados con esta práctica. Actualmente, se está tramitando un proyecto de ley para regular la maternidad subrogada en Colombia, con el propósito de brindar seguridad a todas las partes involucradas y reducir riesgos como la trata de personas y el tráfico de niños.

En el contexto colombiano, se plantea permitir la gestación subrogada sólo en situaciones altruistas, donde la gestante no reciba compensación financiera por su participación en el proceso. Sin embargo, este enfoque plantea desafíos éticos, legales y sociales. La naturaleza altruista de la maternidad subrogada puede generar preocupaciones sobre posibles presiones emocionales o coercitivas que puedan influir en la decisión de la gestante. Además, es esencial considerar los derechos y el bienestar tanto de la gestante como del futuro niño, independientemente de si se aborda desde una perspectiva comercial o altruista.

La Corte Constitucional ha sostenido que el Congreso tiene la responsabilidad de legislar sobre la maternidad subrogada y sus aspectos relacionados, como las licencias de maternidad y paternidad. En ausencia de regulaciones normativas, la Corte ha requerido en múltiples ocasiones al Congreso que establezca marcos legales claros y coherentes. Además, se ha destacado la falta de regulación en temas vinculados, como la donación de óvulos, la congelación de embriones excedentes y la filiación legal en casos específicos.

La gestación subrogada, o maternidad subrogada, presenta regulaciones y enfoques diversos en diferentes países. En Canadá, es legal y se permite de manera altruista, sin compensación económica para la gestante, abriendo las puertas a una variedad de modelos familiares. En el Reino Unido, la gestación subrogada es legal pero puede generar complicaciones legales, y solo se permite la subrogación altruista. Australia permite la maternidad subrogada altruista en la mayoría de los estados, con regulaciones estrictas y costos elevados. En India, la práctica comercial ha sido prohibida, permitiendo solo la subrogación altruista con "parientes cercanos." En Estados Unidos, es legal y varía según el estado, con inclusividad para diversas composiciones familiares. En Brasil, la "barriga solidaria" es permitida, pero no se permite el pago de dinero y se requiere que la gestante sea un miembro de la familia del padre o madre comitente, con un enfoque altruista y restrictivo.

Cada país busca proteger los intereses de las partes involucradas y prevenir la explotación de las gestantes, pero las regulaciones y enfoques varían significativamente, lo que refleja la diversidad de valores y enfoques en la maternidad subrogada a nivel mundial.

La falta de una regulación adecuada en relación con la maternidad subrogada ha creado un terreno propicio para la propagación de la desinformación y prácticas que pueden ir en contra de la ley. Esto puede generar polarización en la sociedad y llevar a la confusión y el engaño. Ante esta situación, se plantea la importancia de abordar este tema de manera integral, tomando decisiones basadas en un entendimiento completo de sus implicaciones y consecuencias.

En conclusión, la carencia de regulación en Colombia en torno a la maternidad subrogada ha llevado a la Corte Constitucional a intervenir en casos individuales y a requerir al Congreso que establezca normativas claras y coherentes. La falta de regulación no solo ha afectado a las partes involucradas en casos concretos, sino que también ha generado un entorno propicio para la desinformación y la proliferación de prácticas sin protección legal. Es necesario abordar este tema desde una perspectiva informada y ética, considerando los derechos y el bienestar de todas las partes afectadas.

Referencias

- Aguilar Gómez, E. J. (2010). *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: UN mirada de la norma constitucional colombiana*. Universidad Libre de Colombia. https://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/CONTRATO_DE_ARRENDAMIENTO.pdf
- Álvarez Bastidas, L. D., & Burbano Rosero, M. C. (2012). Álvarez, D. & Burbano, C. (2012). Maternidad Subrogada y Filiación a la Luz del Ordenamiento Jurídico Colombiano. [Trabajo de grado, Universidad de San Buenaventura]. Repositorio. <https://www.bing.com/ck/a?!&&p=f16d92a7d1686c29JmltdHM9MTcwNDQxMjgwMCZpZ3VpZD0xYmVkJZGEyMC1lNDUwLTZlMjMtMTVhYi1jOWQwZTVmZjZmOWMmaW5zaWQ9NTAwMw&ptn=3&ver=2&hsh=3&fclid=1bedda20-e450-6e23-15db-c9d0e5ff6f9c&u=a1aHR0cHM6Ly9iaWJsaW90ZWZhZGlnaXRhbC51c2JjYWxpLmVk>
- Arévalo Villarreal, I. (2016). Publicación: Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos. [Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio. <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/069d05bf-de66-4a94-ae05-cf78233e9ae6/full>
- Barajas López, R. M., & Garzón Salamanca, A. (2021). Maternidad subrogada en Colombia, derecho o necesidad? [Artículo académico, Universidad Libre de Colombia]. Repositorio. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/20862/MATERNIDAD%20SUBROGADA%20ARCHIVO%20FINAL1.pdf?sequence=1>
- Cadavid Pulgarín, K. M., & Barrera Correa, A. (2016). Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema. [Trabajo de grado, Universidad CES]. Repositorio. <https://repository.ces.edu.co/handle/10946/2221>
- Cárdenas Rojas, L. V. (2015). Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Conflicto & Sociedad*, 3(1), 101-111. <http://pqrs.unisabaneta.edu.co/index.php/conflictoysociedad/article/view/138>
- Cervino Fontán, A., Calderón García, L., Vargas Machuca, M. B., & Ortega Nieto, M. (2020). Maternidad subrogada. [Trabajo de Investigación, Universidad de Navarra]. Repositorio.

- https://www.unav.edu/documents/4889803/23506220/45_Fuenllana_Maternidad+subrogada.pdf
- Chavez Carrero, E. A. (2021). Gestación subrogada en Colombia: Evolución, tendencias y desafíos. [*Trabajo de grado, Universidad del Bosque*]: Repositorio. https://repositorio.unbosque.edu.co/bitstream/handle/20.500.12495/6876/Chaves_Carrero_Erika_Alexandra_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia T-968. *Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1 de agosto de 2022). Sentencia T 275. *Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-275-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2023). Sentencia T-143. *Magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-143-23.htm>
- Cubillos, J. M. (2013). Técnicas de reproducción asistida: Status jurídico del embrión humano. [*Trabajo de grado, Universidad Nacional de Cuyo*]: Repositorio. https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf
- Gómez Sánchez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons.
- González Pineda, B. (2015). Maternidad subrogada: realidad actual, problemas y posibles soluciones. [*Trabajo de grado, Universitas Miugel Hernández*]. Repositorio. <http://dspace.umh.es/handle/11000/2309>
- López Aranda, I. (2016). Maternidad subrogada ¿Una práctica moralmente aceptable? [*Trabajos de grado, Universidad de Cantabria*]. Repositorio. <https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/8933>
- Mantilla Miranda, M. C., & Alvarado Torres, A. R. (2022). Contrato de gestación subrogada en Colombia: un análisis de los requisitos de validez y ejecución desde los principios generales del derecho contractual. [*Tesis de Maestría, Universidad Santo Tomás*]. Repositorio. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/47496>
- Monroy, J. P. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. *Revista Verba Iuris*(30), 135-150. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2162>

- Pacheco Chaparro, J. M., Monsalve León, M. A., & Torregrosa Donado, I. (2020). Los elementos del contrato de maternidad subrogada. *Revista Universitas Estudiantes*(22), 139-158. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/57715>
- Pasqualini, S., & Quintans, C. (2002). Clinical practice of embryo transfer. *RBMO Reproductive Biomedicine Online*, 4(1), 83-92. [https://doi.org/https://doi.org/10.1016/S1472-6483\(10\)61920-7](https://doi.org/https://doi.org/10.1016/S1472-6483(10)61920-7)
- Pérez Contreras, M. M. (2012). *El debate*. Universidad Nacional Autónoma de México. <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/9.pdf>
- Quintero Betancur, L. F., Peláez Castañeda, J. A., & Tovar del Rio, J. F. (2018). La maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano. [*Trabajo de grado, Fundación Universitaria del Área Andina*]. *Repositorio*. <https://digitk.areandina.edu.co/handle/areandina/2461>
- Regalado Torres, M. D. (2017). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 2(2), 10-34. <https://doi.org/https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756>
- Rodríguez Yong, C. A., & Martínez Muñoz, K. X. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 59-81. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>
- Santamaría Solís, I. (2000). Técnicas de reproducción asistidas: Aspectos bioéticos. *Cuadernos de Bioética*, 37-47. <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Valero Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: Un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*(43), 421-440. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6933158>
- Varsi Rospigliosi, E., & Mardini Burgos, J. (2021). Los contratos de maternidad subrogada desde una perspectiva del Análisis Económico del Derecho. *Revista de Bioética y Derecho*(53), 159-180. <https://doi.org/https://doi.org/10.1344/rbd2021.53.32618>
- Vásquez Ramírez, M. A., & Llanos Pinzón, A. M. (2019). El contrato de maternidad subrogada en Colombia: La licitud del objeto como protección a los derechos del niño. [*Trabajo de grado, Universidad Libre de Colombia*]. *Repositorio*. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/19377>