

Hacia una postura intermedia de la maternidad subrogada en Colombia como medio para la
garantía de derechos fundamentales.

Presentan

Andrés Quiroz Mesa y Jorge Danilo Jácome Quinche

Asesora

María Isabel Cuartas Giraldo

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Derecho

Medellín

2020

Hacia una postura intermedia de la maternidad subrogada en Colombia como medio para la garantía de derechos fundamentales.

Pregunta de investigación: ¿Cuáles son las posturas normativas, jurisprudenciales, doctrinarias y bioéticas sobre el fenómeno de la maternidad subrogada y los derechos humanos de las personas que intervienen en dicha práctica, en el ordenamiento jurídico colombiano?

Objetivo general: Explicar las posturas normativas, jurisprudenciales, doctrinarias y bioéticas sobre la maternidad subrogada en Colombia y los derechos humanos de las personas que intervienen en dicha práctica.

Objetivos específicos:

1. Reconocer el origen terminológico e histórico del concepto de maternidad subrogada.
2. Establecer los derechos de las personas que intervienen en la práctica de la maternidad subrogada, con base en la normatividad nacional e internacional.
3. Valorar las posturas normativas, jurisprudenciales, doctrinarias y bioéticas sobre el fenómeno de la maternidad subrogada, para identificar el grado de garantía de los derechos de las personas concitadas en esta práctica.

Método de investigación: Esta es una investigación documental de tipo dogmático-jurídica. El método de análisis y síntesis orientó el examen y la organización de la información recolectada y, las fichas bibliográficas y de contenido constituyeron el instrumento de recolección de la información.

De acuerdo Villabella¹ (2015), el método de análisis y síntesis es ampliamente aplicado en la ciencia del Derecho, consiste en descomponer el objeto de estudio para luego recomponerlo a partir de sus elementos, destacando las relaciones que existen entre ellos (p. 937). La maternidad subrogada, como objeto de estudio, requiere ser abordada de esta forma, toda vez que se trata de un asunto no regulado en el derecho colombiano, por lo tanto, las fuentes que alimentan su discusión van las desde posturas jurídicas hasta las bioéticas. Dichas posturas convergen a fin de exponer los puntos que se concatenan en una posición intermedia donde se pueda llegar a respetar en mayor medida los derechos humanos, buscando responder el problema de investigación.

Los documentos objeto de revisión y análisis para el desarrollo de los objetivos, son:

1. Artículos científicos, resultados de investigación a nivel nacional e internacional, que proponen las definiciones y el marco conceptual del fenómeno de la maternidad subrogada. Estos textos fueron publicados durante los últimos 15 años en revistas indexadas y en libros productos de investigación; permiten ilustrar los **antecedentes teóricos** del objeto de estudio. La presentación de este análisis se puede encontrar en el primer del capítulo trabajo.
2. **Fundamentos normativos internacionales y nacionales del fenómeno** objeto de estudio. Su propósito es determinar jurídicamente el contexto del problema a estudiar. Esto se observa en el capítulo segundo.

¹ Villabella, C. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. En Godínez, W. & García, J. (coord.) (2015) Metodologías: Enseñanzas e Investigación jurídicas. (pp 921 – 953). Mexico: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Tecnológico de Monterrey.

3. Teniendo en cuenta las implicaciones éticas y biológicas de la maternidad subrogada, se procede a revisar y analizar doctrina bioética que cuestiona y discute esta problemática. Esto se realiza en el capítulo tercero.
4. La revisión y análisis de las posturas **legislativas y jurisprudenciales desarrolladas** en Colombia alrededor de la problemática. Estas se encuentran en el capítulo tercero.
5. Finalmente, con base en este análisis, se sintetizan estas posturas y se propone una postura intermedia, que es el capítulo cuarto: conclusiones.

Introducción

La segunda mitad del siglo XX se caracterizó por el desarrollo científico alrededor de la intervención humana en la genética y los procesos de reproducción. Estos se consolidaron en las técnicas de reproducción humana asistida y la donación de gametos, campos que dieron escena a la maternidad subrogada, tornándola un medio para paliar los problemas de infertilidad que cada día se hacen más recurrentes en los humanos.

Así, su aparición no solo supuso una revolución de los paradigmas médicos, también provocó una revolución en el ámbito jurídico, pues nunca se había tocado un elemento fundamentalísimo como la filiación materna, en tanto que se daba por cierta la correspondencia genética entre un menor y su madre, quien efectivamente lo había dado a luz, puesto que no era posible acceder a la capacidad de procreación de una mujer a ese nivel.

Con ello en mente, el primer capítulo consistirá, primero, en la conceptualización de la maternidad subrogada, seguida de la presentación los antecedentes de asistencia científica para la fertilidad humana que dan origen a este fenómeno, para finalizar con el análisis de los casos difíciles, el que contemplará un breve recuento histórico a nivel nacional e internacional, por ejemplo, los casos *baby m* y *kim kotton*.

Posteriormente, la consciencia histórica de la figura y su trasfondo científico, permitirá determinar los derechos que obran en titularidad de las personas intervinientes en la práctica de la maternidad subrogada a la luz del derecho internacional y las disposiciones del derecho colombiano.

Se partirá por la madre gestante, a quien la revisten múltiples derechos, entre ellos, la libertad sexual y reproductiva. Luego, se abordará a la pareja solicitante, sobre quienes pesa el derecho a la salud sexual y reproductiva, así como el derecho a constituir una familia. Finalmente, se realizará

la discusión entre la protección jurídica del no nacido y el menor, concluyendo que ambos son de especial relevancia, imperando su interés superior.

Más tarde, se evidenciará como estos derechos se limitan entre sí y por otros actores, para lo cual se acompañará la discusión a con los argumentos bioéticos que se han mostrado incisivos alrededor de la práctica de la maternidad subrogada, prohibiéndola por ser moralmente inadmisible o permitiéndola, por favorecer el ejercicio de derecho humanos, mínimos de las condiciones de vida.

Con este panorama, se buscará hacer un recuento internacional de las regulaciones existentes a fin de poder dar el salto a Colombia, evidenciando las consecuencias jurídicas de su práctica ante la actual falta de regulación, así como cuales han sido las posturas adoptadas por los ponentes en el Congreso de la República durante sus deliberaciones fallidas por intentar regularlo.

Finalmente, esto permitirá encontrar los puntos en los que se unen las aristas de la maternidad subrogada, a fin de proveer una postura intermedia en donde no se desconozcan irrazonadamente los derechos de las partes intervinientes; así mismo se evidenciarán los problemas que deben ser resueltos por el ente regulador, a fin de evitar un abuso y desprotección de las partes en su ejercicio.

Contenido

1	Conceptualización de la maternidad subrogada y análisis de casos.....	1
1.1	Concepto, clases y características de la maternidad subrogada	2
1.2	Técnicas de reproducción asistida (TRA).....	6
1.3	Casos difíciles	11
1.3.1	Antecedentes internacionales.....	11
1.3.2	Antecedente nacional.....	17
1.3.3	Conclusiones jurídicas de la práctica de la maternidad subrogada	20
2	Fundamentos normativos de la maternidad subrogada.....	26
2.1	Garantías en el Derecho internacional.....	27
2.1.1	Derecho a la libertad sexual y reproductiva de la mujer gestante.....	27
2.1.2	Garantías convencionales de la pareja solicitante o comitente.....	32
2.1.3	Los derechos del menor y bienes jurídicos del <i>naciturus</i>	40
2.2	Derecho colombiano.....	48
2.2.1	Derechos fundamentales de la mujer gestante.	48
2.2.2	Garantías constitucionales para la pareja comitente o solicitante.....	55
2.2.3	Estatus jurídico de protección del <i>naciturus</i> y el menor.	70
2.3	Límites de los derechos a la maternidad subrogada.....	77
2.3.1	Barreras al acuerdo de maternidad subrogada	78

3	Discusión jurídica y bioética alrededor de la maternidad subrogada y los derechos de sus intervinientes.....	83
3.1	Problemas jurídicos, sociales y éticos en torno al contrato de maternidad subrogada.	83
3.1.1	Posturas doctrinales.....	84
3.1.2	Problemas sociales en torno a la maternidad subrogada.	96
3.1.3	Rastreo internacional a propósito de la regulación de la maternidad subrogada.	100
3.2	Panorama colombiano de la maternidad subrogada	103
3.2.1	Contexto normativo para la práctica de la maternidad subrogada en Colombia	104
3.2.2	Ponencias legislativas.	105
4	Conclusiones: postura intermedia de protección de derechos para los intervinientes en la maternidad subrogada en Colombia.....	114
	Bibliografía	122

Lista de tablas

Tabla 1100

Tabla 2100

Tabla 3101

Tabla 4102

1 Conceptualización de la maternidad subrogada y análisis de casos

Tal como se ha propuesto en la introducción, este capítulo tiene por fin brindar al lector una adecuada comprensión del tema objeto de estudio, razón por la cual se deberá partir con su esclarecimiento conceptual, es decir, definiéndolo, clasificándolo y caracterizándolo; sin embargo, este ejercicio no puede considerarse completo si luego no se ahonda brevemente en el sustrato de esta conceptualización, pues como se verá en el apartado 1.2 de este trabajo, la maternidad subrogada proviene de unas técnicas científicas de intervención para el tratamiento de la fertilidad humanas.

Esta comprensión conceptual es la base que permite el análisis y estudio de la maternidad subrogada en el contexto de su aparición, sirviéndose para ello de los casos más icónicos tratados por la doctrina jurídica, a fin de ubicar su recorrido en el plano internacional, así como su aparición en Colombia.

Finalmente, esto mismo permitirá evidenciar en un momento conclusivo el criterio jurídico-doctrinal que se ha gestado a partir y alrededor de la maternidad subrogada, a la cual, a pesar de considerársele como el medio más eficaz para la satisfacción de los derechos de las personas intervinientes²; dos han sido argumentos principales cuyo propósito ha sido es limitar su aplicación:

El primero, se traduce en la **falta de validez de contrato de maternidad subrogada**, el cual obedece uno de filiación, que tiene que ver con las reglas especiales que determinan como se entiende y que interfieren con la vinculación legal de las parejas comitentes con el menor, así como la renuncia de la madre gestante a los derechos por el parto.

² Considérese al *naciturus* como uno de los “sujetos” intervinientes, aunque por definición no sea persona, tienen bienes jurídicos que deben ser tutelados.

El segundo, es una falta de legitimidad en la práctica de la maternidad subrogada por los problemas bioéticos y sociales que se desarrollan a su alrededor, los cuales se tornan no solo en un problema que atañe a la humanidad, sino al Estado mismo que debe garantizar y proteger a los intervinientes más vulnerables: la mujer gestante y el menor - no nacido.

1.1 Concepto, clases y características de la maternidad subrogada

Aunque se explicará con mayor profundidad en su momento, las posibilidades que surgen en pos de la donación de gametos y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida [desde ahora “TRA”], se constituyen en la fuente de algunos problemas conceptuales alrededor de la maternidad subrogada. Por ello, cualquier conceptualización, clasificación, definición de sus participantes y características deben considerarlas, evitando un manejo arbitrario que desconozca el conocimiento del procedimiento y sus consecuencias.

Aun así, para entender qué es la maternidad subrogada, es necesario partir recordando brevemente qué es la maternidad: a rasgos generales se considera como el “estado o cualidad de madre” (Diccionario de la Real Academia Española, 2014). A su vez, por madre se entiende a aquella “mujer o animal hembra que ha parido a otro ser de su misma especie” (Diccionario de la Real Academia Española, 2014). Así, la primera interpretación posible de madre y maternidad es aquella que se da por el hecho del parto o nacimiento, o más precisamente, por quien ha concebido y ha dado a luz.

Sin embargo, esta forma de ver a la maternidad ha variado, entiendo que madre lo es también la “mujer que ejerce las funciones de madre” (Diccionario de la Real Academia Española, 2014), significando ello que la maternidad comprende otras circunstancias (sociológicas y antropológicas) fuera de la que se define por la biología, es decir, el alumbramiento. Baste como

ejemplo que la adopción, la familia de crianza, la familia monoparental, entre otras, hoy gozan de legitimidad social y se les considera en un plano de igualdad³.

Como se ha visto, a pesar de que se ha reevaluado en múltiples ocasiones la forma en que se entiende la maternidad y se ha aceptado que puede ser también el ejercicio de las **funciones de una madre**, *nunca se había cuestionado hasta la aparición las técnicas de la reproducción asistida y la maternidad subrogada, el hecho de que no existiera identidad genética entre la mujer que daba a luz y el menor*, tanto así que los romanos en sus estudios preceptuaron *mater semper certa est (la madre siempre es cierta)*, permitiendo presumir válidamente esta circunstancia a partir del alumbramiento y otorgarle jurídicamente a la mujer su estatus como madre. Es más, a nivel internacional se ha constituido como el pilar fundamental para determinar la filiación sobre la maternidad y en el caso de estudio, uno de los principales obstáculos.

Sin duda, la maternidad subrogada (y en general las TRA) ha suscitado un gran impacto, tanto que Baffone (2013), citando a Alma Arámbula Reyes, dice que ésta ha desembocado en la aparición de varios tipos de **maternidad compartida**, clasificándolas según en **cuánto intervengan en la procreación del menor** (pp. 451-452); es decir, la maternidad como concepto ya no solo se revalúa por el ejercicio de funciones de madre, sino que ahora también se realiza a partir del material genético aportado, la intención con la que lo hizo y hasta quien dio a luz:

- *Maternidad plena*: se presenta cuando ésta engloba la relación biológica -genética y gestacional-, de la mujer con el niño (p 451).
- *Maternidad genética*: se refiere a la mujer que proporcionó los óvulos (pp. 451).

³ En consonancia con lo anterior, algunos doctrinantes han conceptuado que la maternidad es el “*vínculo jurídico existente entre la madre y el hijo*”, permitiéndose por ese medio abarcar todas las posibles condiciones biológicas, sociales y antropológicas que comprende el devenir de la humanidad. Guillen, R. & Vincent, J. (2009). *Diccionario jurídico*. [Traducido al Castellano por José Guerrero de *Lexique de temes juridiques*]. 2a Ed. Bogotá: Temis.

- *Maternidad gestacional*: se da en aquella mujer que se encarga de la gestación de un embrión, a partir de un óvulo donado (pp. 451).
- *Maternidad legal*: se da cuando una mujer asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad. Para ello no es necesario que exista entre ellos algún vínculo biológico. Podría traerse como ejemplo a la mujer que adopta a un menor (pp. 451-452).

Lo anterior parece confirmar las dificultades que se han presentado para comprender el fenómeno jurídico y social creado a partir de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, puesto que este último término, a pesar de la existencia de otras prácticas sustancialmente distintas (en razón a la forma en que intervienen en la concepción del menor), las sigue conglobando, tanto así que términos como gestación sustitutiva, maternidad delegada y alquiler o arrendamiento de vientre, cuando no son iguales, se les tiene como sinónimo de maternidad subrogada.

Hechas estas salvedades, puede ofrecerse un concepto de lo que es entendido como maternidad subrogada. Debe decirse que el proceso histórico de esta práctica acuñó en la doctrina como primer concepto el término “*maternidad subrogada*”: se trata de una mujer que acepta ser *inseminada artificialmente* con el semen del *hombre de la pareja contratante* con el objeto de llevar a cabo el embarazo hasta el nacimiento del menor, momento en el que estaría obligada a entregarlo a la pareja, *renunciado previamente en un contrato* a todos los derechos que le otorga la filiación sobre él, a cambio de una *remuneración económica* (López & Amado, 2014, p. 8).

De modo que este concepto trae como elementos esenciales: a) se trata de una maternidad plena (material genético y gestación) de la mujer que se somete al procedimiento; b) la técnica de reproducción usada es la inseminación artificial; c) existe un contrato que “formaliza” los

acuerdos, y d) hay una contraprestación económica para la mujer sometida al proceso. A ésta también se le ha llamado como *maternidad subrogada (a secas) o tradicional, maternidad delegada o maternidad subrogada total*.

Por otra parte, con la aparición de la técnica de fecundación *in vitro*, la práctica de la maternidad subrogada dio un salto y pasó a denominarse como *gestación sustitutiva*. Adquirió ese nombre porque el embrión a implantarse podía conformarse con los *gametos de la pareja comitente* o con *aquellos donados de terceros* distintos de la mujer sometida a la práctica, quedando ella con el cargo de *gestar* hasta el nacimiento (Mil-Candal, 2010, p. 6).

De allí que se destaque como diferente esta práctica, de la maternidad subrogada, en que *la mujer ejerce una maternidad gestacional*, es decir, ***no aporta su material genético***, por ende, el menor por nacer no tiene vínculo biológico ella. No obstante, respecto de las demás características, ésta las conservó tal cual como en la maternidad subrogada, incluyendo la remuneración económica. También se le denomina como *maternidad gestacional*, maternidad subrogada parcial o, de una forma más literal, *alquiler de vientre*.

A pesar de que ambas figuras comportan intervenciones distintas respecto de la concepción del menor que las permiten distinguirse entre sí, *hay dos circunstancias en las cuales comparten identidad y que pudieron haber contribuido a generar la comentada confusión*:

Primero, a simple vista, no es posible diferenciar cuando ocurre una u otra, ya que el nacimiento del menor es un hecho que ocurre de igual forma en ambas prácticas, debiendo realizarse estudios genéticos para llegar a su esclarecimiento. Segundo, la *connotación económica* se ha dotado de transversalidad, tanto que, de las denominaciones existentes, “*alquiler de vientre*” es aquella que se ha tornado en la más conocida de la práctica. En suma, para los ajenos al procedimiento, se trata de una mujer que soporta un embarazo por y para otra persona, recibiendo una remuneración

económica a partir de esta actividad, por lo cual no se ahonda en el concepto y se incurre en la imprecisión de tenerles por sinónimos.

Finalmente, es posible encontrar casos en los que la mujer que funge como gestante o subrogante *no recibe remuneración* económica como concepto por su participación, conociéndose tal práctica como “*maternidad subrogada altruista*”. En esta, la pareja comitente solo realiza el pago de los gastos médicos y demás en los que incurra la mujer durante el embarazo y a razón de él (Rodríguez-Yong & Martínez-Muñoz, 2012, p. 64).

1.2 Técnicas de reproducción asistida (TRA)

De acuerdo con la doctrina, la maternidad subrogada está íntimamente ligada con la historia de las técnicas de reproducción asistida, pues a través de ellas se dio su aparición en el plano médico y su posterior desarrollo. Por ende, tal como se propuso, se esclarecerá un brevemente qué son éstas técnicas y cuáles son sus prácticas más conocidas.

Para empezar, debe realizarse una distinción conceptual sobre algo que se encuentra en la misma denominación de las técnicas y que se responde a partir de las preguntas ¿Por qué reproducción y no procreación? ¿Acaso no se refieren a lo mismo? Pues bien, los términos *reproducción* y *procreación*, a pesar de que comúnmente se tratan como sinónimos, son completamente distintos.

Esto se debe a que, si bien ambos conceptos aluden al mismo fenómeno -la descendencia biológica-, la forma o medio en que se desarrolla varía: mientras que en la procreación se “*engendra un individuo de su misma especie*” (Diccionario de la Real Academia Española, 2014) a través del coito; la reproducción es aquel “*conjunto de técnicas médicas que favorecen la fecundación en caso de impedimentos fisiológicos del varón o de la mujer*” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 2014).

De esta forma, se entiende que, respecto de la progenie humana, la procreación se refiere a ese proceso natural (a través del coito) mediante el cual se logra la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, mientras que la reproducción es el uso de medios tecno-científicos para asistir y solucionar las dificultades fisiológicas por las cuales no se da la fecundación naturalmente.

Retomando el enunciado proveído sobre el concepto de reproducción, se observa el término *impedimentos fisiológicos*, ¿a qué se refiere? Médicamente pueden hacerse distinciones dependiendo de la forma en que afecte el proceso procreativo⁴; sin embargo, ellas se han concretado bajo el concepto de *infertilidad*, considerándola como aquella

“enfermedad del sistema reproductivo que impide lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses o más de relaciones sexuales no protegidas” (artículo 2, Ley 1953 de 2019⁵).

A modo de ejemplo, baste mencionar que estas imposibilidades físicas se presentan en los hombres mayormente en anomalías eyaculatorias⁶, las cuales implican que el hombre sea incapaz de fecundar y procrear (Marín, 2005, p. 102). Con respecto a la mujer, puede decirse que comparativamente con el hombre son más las circunstancias que médicamente atacan su sistema reproductivo, pues no solo pueden existir problemas a la hora de la penetración del miembro viril⁷, sino también otras tantas relacionadas con las trompas de Falopio, el útero o los ovarios que hacen inviábiles el proceso de fecundación y maduración del feto (Marín, 2005, p. 102).

⁴ De acuerdo con Marín (2005), son dos las que se hacen presentes: una impotencia coeundi y una generando; la primera se refiere a la incapacidad para realizar el coito y la segunda a la falta de capacidad en la fecundación (p. 102).

⁵ “Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”.

⁶ Por ejemplo, como la oligoespermia (concentración anormal y deficiente de espermios en el semen), la azoospermia (ausencia de espermios), tumores testiculares, infecciones, lesiones. Otras enfermedades que atacan el sistema reproductivo del hombre son: la necroespermia (alto porcentaje en el semen de espermatozoides muertos o sin movimiento), el aspermatismo (falta de eyaculación) y la dispermatismo (hay eyaculación, pero el espermio no llega a su destino normal).

⁷ En este caso pueden observarse problemas como la presencia de atresia o cierre de la entrada de la vagina y la soldadura de labios.

Hecha esta precisión, puede abarcarse conceptualmente lo que son las técnicas de reproducción humana asistida, comúnmente, técnicas de reproducción asistida o TRA. Éstas se hayan desarrolladas en Colombia en el marco normativo establecido por las leyes 9 de 1979⁸ y 73 de 1988⁹, reglamentadas por el decreto 1546 de 1998¹⁰ y, más recientemente, concordando con la ley 1953 de 2019¹¹.

Así, de acuerdo con los *lineamientos para la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva en Colombia*, la definición de técnicas de reproducción asistida es omnicomprensiva, dado que no encierra en sí ningún camino o método en específico; es más, únicamente exige para que se tome como uno de estos métodos, que el elegido permita el establecimiento de un embarazo:

“todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo” (artículo 2, de la ley 1953 de 2019).

Sin embargo, Marín (2005) explica que a pesar de la variedad de procedimientos, los más usados en el medio son la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, describiéndolos de la siguiente forma:

1. **Inseminación artificial:** se da por fuera de la cohabitación sexual, es decir, sin coito. Lo que pretende es la introducción del semen con espermios aptos para fecundar el óvulo. El

⁸ En esta se establece el marco general de protección sanitaria, incluyendo los establecimientos médicos que tratan componentes humanos.

⁹ Modificando la ley 9 de 1979, establece un nuevo marco en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos.

¹⁰ Este decreto, entre otras cosas, establece el marco de operación de las unidades de biomedicina reproductiva y los parámetros mínimos para el tratamiento componentes anatómicos y su uso terapéutico en las personas.

¹¹ Este es un gran avance en el reconocimiento de la infertilidad como un fenómeno que afecta la salud sexual y reproductiva, el cual había sido tratado en múltiples ocasiones como un problema por entidades estatales. Para más al respecto, referirse a la sentencia T-316 de 2018 de la Corte Constitucional y los proyectos de ley 123 de 2016 (Senado).

material masculino se ha obtenido por procedimientos de polución de prácticas onanistas (masturbación), o por cualquier otro medio (p. 103).

2. **Fecundación in vitro:** Esta técnica consiste en la fecundación del óvulo por el espermatozoide en un laboratorio, para luego ser introducido al útero de la madre gestante, alojándose para desarrollarse¹² (p. 104).

Con base a lo anterior, cabe preguntarse por los intervinientes de estos procedimientos, ¿quiénes serían? Las disposiciones del artículo 2 del Decreto 1546 de 1998 desarrollan esta pregunta y establecen los tipos de donadores, los receptores y los fines con los que les es lícito realizar estas prácticas:

- **Donante de gametos o preembriones.** Es la persona que por voluntad propia dona sus gametos o preembriones para que sean utilizados con fines terapéuticos o investigativos.
 - **Donante homólogo.** Es la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción.
 - **Donante heterólogo.** Es la persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizados en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción.
- Es necesario aclarar aquí que la jurisprudencia ha entendido que quien dona renuncia al parentesco, porque en el proceso de las técnicas de reproducción asistida es fundamental la voluntad de quien accede a ellas¹³.

¹²Según el autor, una desventaja de esta técnica es que la probabilidad de éxito es muy baja, donde solo un 20% de los embriones logra desarrollarse hasta el nacimiento, lo cual implica fecundar e introducir múltiples óvulos, generándose partos múltiples, por un lado, y la pregunta sobre cuales son o deberían ser los aptos para inocularse, por el otro (pág. 104).

¹³Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (28 de febrero de 2013). Sentencia 1100131100022006-00537-01. [M.P. Arturo Solarte Rodríguez].

- **Receptora de gametos o preembriones.** Es la mujer que recibe los gametos de un donante masculino o femenino, el óvulo no fecundado, fecundado, o un preembrión, con fines reproductivos.

De acuerdo con las anteriores disposiciones, es posible advertir como la gama de posibilidades en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se amplía a partir del concepto de donación de gametos. Por ejemplo, en la práctica de la inseminación artificial, en principio, una pareja tendría que acudir con sus propios gametos al procedimiento (*inseminación artificial homóloga* o inseminación artificial con compañero o cónyuge – IAC); sin embargo, si el hombre fuera incapaz de proveerlo, esta limitación se desvanecería, en tanto que dicha normativa les habilita para hacerlo con el gameto obtenido de un donante en los bancos establecidos para ese fin (a esto se conoce como *inseminación artificial heteróloga* o inseminación artificial con donante – IAD) (Marín, 2005, p. 103).

Así mismo, ocurre con la técnica de *fecundación in vitro*, expandiéndose por lo menos hasta cuatro las alternativas respecto del embrión que está por transferirse (FIV-T): en la primera y la segunda, el óvulo proviene de la receptora, variando en que uno es fecundado por el gameto de su cónyuge/compañero y el otro por un donante; en la tercera, el óvulo sería donado y fecundado por su marido/compañero; y en la cuarta, el ovulo sería donado y fecundado por un tercero también (Marín, 2005, pp. 103-104)¹⁴.

Para concluir, puede aseverarse que, con las técnicas de reproducción asistida y la donación de gametos, a) la descendencia dejó de ser una circunstancia que incumbe solo a dos actores (personas) en un acto biológico, ya que además de un tercero que es el médico/científico que realiza el procedimiento, se suma la posible sustitución de uno o ambos gametos de los miembros

¹⁴ Estas apreciaciones se hacen por el autor sobre la base de una relación heterosexual; no contemplan otras posibles formas de familia, lo cual expandiría las posibilidades.

de la pareja por otros habilitados para ese efecto; b) aunque su origen se debió al deseo de superar condiciones de infertilidad, la maternidad pasa ahora a ser considerada como un asunto de niveles de intervención en la reproducción del menor 25; c) el problema de la distinción conceptual existente entre la maternidad subrogada y la gestación sustitutiva redonda precisamente en el desconocimiento de estas formas de intervención; d) la connotación económica ha reducido de mala manera la práctica de la maternidad subrogada al término de alquiler de vientre, sin considerar la posibilidad de su desarrollo altruista; e) finalmente, la reevaluación del concepto maternidad generado por las TRA y la maternidad subrogada, significa la necesidad de reconsiderar las normas jurídicas que establecen la filiación, o por lo menos, sugieren su cambio.

1.3 Casos difíciles

Conforme a se introdujo, esta comprensión conceptual da paso ahora al análisis y estudio de la maternidad subrogada en el contexto de su aparición, sirviéndose para ello de los casos más icónicos tratados por la doctrina jurídica, a fin de ubicar su recorrido, en un primer momento, en el plano internacional, y posteriormente, en Colombia.

1.3.1 Antecedentes internacionales

Con lo anterior, se advierte más claramente que el surgimiento de la maternidad subrogada está ligada al crecimiento científico en las áreas de genética y la biología cuyo auge tuvo lugar en el siglo XX, especialmente en la década de 1970. Estos avances interesan concretamente en el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, con las que se hizo posible la idea de superar la falta de capacidad fecundadora de algunos individuos (Bernal, 2013, p. 137).

Acorde con lo anterior, la doctrina al respecto estima que las TRA empezaron a hacerse trascendentales para la solución de problemas de infertilidad en el año de 1975, cuando en el estado de California (USA) salió un anuncio en el periódico donde, a pedido de una pareja estéril, se

solicitaba a una mujer que voluntariamente diera su consentimiento para ser *inseminada artificialmente*, ofreciéndose por este servicio una remuneración económica (Mil-Candal, 2010, p. 6).

Así, el primer acuerdo de maternidad subrogada documentado empleó inseminación artificial y se llevó a cabo en 1976 a través de la *Surrogate Family Service Inc.*, compañía fundada por el abogado Noel Keane en el mismo Estado. El objeto de esta institución era la consecución de *madres sustitutas* para el proceso de gestación, como también los trámites jurídicos que implicaban la subrogación en la paternidad (patria potestad y demás derechos-deberes) (Labadie-Jackson, 2008, p.36).

De acuerdo con la Ley del estado de California, las mujeres que renunciaban a sus derechos paterno filiales no podían recibir dinero por esa acción, de allí que la motivación válida para ellas era permitir que otra mujer fuera madre. Esto representó problemas para Keane, quien no encontró muchas mujeres que llevaran a cabo la práctica altruista, por lo que mudó sus actividades al estado de Kentucky, lugar donde no se prohibía expresamente que la mujer renunciara a sus derechos filiales y recibiera dinero por esa acción. La práctica se popularizó enormemente (Labadie-Jackson, 2008, p.36).

Si bien Keane llevó ante los jueces de Michigan el caso de *Doe v. Kelly*, buscando impugnar la Ley de este Estado mediante la cual se prohibía que se diera remuneración en dinero o cualquiera otro a cambio de la renuncia de derechos filiales (Labadie-Jackson, 2008, p.36), no fue hasta el año de 1985 en que se consolidó el primer litigio alrededor de este tipo de acuerdos, conocido internacionalmente como “Baby M” o el caso “matrimonio Stern Vs Mary Whithead”¹⁵.

¹⁵ Para una mejor profundidad, consultar directamente de case 109 N.J. 396 (1988). 537 A.2d 1227. The Supreme Court of New Jersey. Argued September 14, 1987. Decided February 3, 1988.

El acuerdo se estableció a fin de que la señora Whithead consentiría el ser inseminada de manera artificial por el espermatozoide de William Stern, teniendo la obligación de entregar la menor a la pareja conformada por él y su esposa una vez naciera. En contraprestación al servicio realizado la señora Whithead recibiría la suma de diez mil dólares¹⁶ (López & Amado, 2014, p. 6).

Una vez nació la menor, Mary Whithead se negó a entregarla; incluso, su marido, el señor Whitehead, la reconoció legalmente como hija suya. Este hecho conllevó a que la pareja contratante demandara el cumplimiento del acuerdo ante los jueces de New Jersey (*a quo*), quienes consideraron que dicho vínculo contractual era plenamente válido, ordenando entonces que se entregara la custodia de la menor a la familia Stern.

No obstante, la decisión fue apelada por Mary Whithead, llegando a conocimiento del Tribunal Supremo de ese Estado (*ad quem*), quien optó por **revocar el fallo y declarar la nulidad del contrato, bajo el argumento de que las Leyes del Estado no permitían la remuneración de derechos filiales, por lo no era posible desconocer mediante un contrato estas normas, las cuales eran de orden público**. Aun así, este dejó la custodia de la menor a la familia Stern, bajo el argumento de que tener alta capacidad económica era suficiente para brindarle una mejor calidad de vida que la que podría brindarle la señora Whithead, quien, por el contrario, era de escasos recursos (Mil-Candal, 2010, p. 7).

Finalmente, luego de 10 años, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos reconoció a Mary Whithead como la madre biológica de la menor y le fijó visitas. No obstante, en el año 2004, a la edad de los 18 años, Melissa, nombre que le dieron a la menor, adelantó el proceso de adopción para que se declarara a la señora Stern como su madre (López & Amado, 2014, p. 6).

¹⁶ Otras condiciones en el contrato implicaban, por ejemplo, el no mantener una relación materno-filial con el bebé, así como la obligación de abortar si de los test de amniocentesis mostraban un feto con anomalías (Mil-Candal, 2010, p. 6).

A pesar de que el anterior se ha considerado indudablemente por la doctrina como el caso más icónico de todos, tanto que aún hoy se tiene como el precedente judicial más importante, no es el único. Otro caso de suma polémica se desarrolló en Gran Bretaña en 1987, cuando un funcionario del Servicio Social Gubernamental consideró que la entrega del menor nacido, producto de la inseminación artificial realizada a la señora Kim Cotton con el semen de una pareja contratante¹⁷, no era viable de acuerdo con la normativa estatal, por lo cual accionó ante los jueces. Al contrario de lo ocurrido en el caso “Baby M”, la Corte Superior Civil de Londres **decidió que el menor debía ser entregado a la pareja contratante mediante el correspondiente tramite de adopción** (Mil-Candal, 2010, p. 7).

Por otra parte, la práctica moderna ha desembocado en circunstancias totalmente opuestas a las narradas; por ejemplo, el caso de Ikufumi y Yuki Yamada, una pareja oriunda de Japón que contrató una empresa india especializada en la gestión de la maternidad subrogada; sin embargo, justo antes del nacimiento, estos se divorciaron y decidieron retractarse, pretendiendo que no se “estableciera” la filiación¹⁸ (López & Aparisi, 2012, p. 262).

En similar sentido, en el año 2010, una pareja contrató en Vancouver a una mujer para que gestara un embrión obtenido de sus gametos. Con posterioridad a ser implantados, los donantes fueron informados de que el feto “padecía” el Síndrome de Down, por lo que *decidieron que se abortara*. Aun así, la mujer gestante se negó a que se le practicase el aborto, generándose a partir de ello dudas acerca de si de estos deberían o no recibir al menor, así como si también les era válido a las partes pactar una clausula donde alguien se obligara a abortar (López & Aparisi, 2012, p. 262)

¹⁷ La entidad encargada fue la *Surrogate Parenting Association*, la cual cobró una suma de catorce mil libras esterlinas por el procedimiento.

¹⁸ Cabe aclarar que, para el Estado Indio, los menores tienen la nacionalidad de los padres desde la concepción. Ver Amador, 2011, p. 42.

También, y como acotación final, debe decirse que la práctica moderna de la reproducción asistida, aplicada en la maternidad subrogada, ha resultado en otros casos de ardua discusión, como el que se da por pretender desarrollarlo a nivel intrafamiliar en países como Canadá y Estados Unidos. Muchos autores han concurrido a declarar su desaprobación; López & Aparisi (2012), por ejemplo, consideran el parentesco que debe existir entre la mujer gestante y la pareja contratante como un asunto de especial atención en la maternidad subrogada, pues aseveran que de darse entre familiares, significaría en un futuro problemas de identidad para el menor, en razón a las situaciones imposibles en el orden natural que se crearían a partir de ello (p. 263)¹⁹.

Así, puede observarse que, en un principio, el *quid* de los litigios precedentes se formaba alrededor del momento de la entrega del menor, de manera más relevante, cuando la madre subrogante incumple con su obligación; no obstante, hoy se han ido gestando otros de otra naturaleza bioética, que se refieren más precisamente a la autonomía de las personas, los cuales serán abordados en el tercer capítulo de este trabajo.

Por su parte, los jueces en su momento se enfrentaron a una tarea compleja, ya que el asunto envolvía más de un problema jurídico: no solo tuvieron la tarea primordial de determinar a quién le correspondía la custodia legal del menor de acuerdo con las normas vigentes, las cuales se quedaban atrás ante los nuevos modelos de intervención genética, sino que debían revisar rigurosamente el objeto del contrato, verificando si su contenido no trasgredía normas de orden público y, en algunos casos, la moral.

Conforme a estos objetivos, **la literatura muestra que los asuntos se dirimieron realizando un juicio de validez (legalidad) del acuerdo**, toda vez que el contrato, a pesar de vincular jurídicamente la voluntad de las partes, contravenía el orden público impuesto por el derecho de

¹⁹ Como lo sería el que una mujer dé a luz a su nieto porque su hija está incapacitada físicamente para hacerlo.

familia en lo que se refiere a las reglas para determinar la filiación, de allí que tuvieron que decretar su nulidad como remedio jurídico y ordenar que todo se llevase por trámite análogo más similar: la adopción.

Resumiendo lo dicho a este momento, es posible develar las primeras conclusiones a cerca del trasiego internacional de la maternidad subrogada: a) se trata de una práctica médica que tiene como escenario a las técnicas de reproducción asistida; b) se ha tratado como un acuerdo de voluntades entre una mujer gestante y una pareja contratante, teniendo en muchos casos un centro médico como intermediario; c) la naturaleza de este acuerdo fue tomada por las partes como civil, aunque realmente tocaba tópicos intrínsecos del derecho de familia; d) el objeto de este acuerdo era la gestación y entrega de un menor por parte de la madre subrogada, renunciando a los vínculos jurídicos que nacen por el hecho del parto; e) este contrato ha tenido generalmente una contraprestación para la mujer que presta los “servicios”; f) las principales discusiones jurídicas se suscitaron por el incumplimiento de la mujer gestante en la entrega del menor a la pareja contratante, quienes, buscando amparo judicial en el acuerdo, pretendieron que se otorgara la custodia legal del menor; g) los jueces han tenido un papel preponderante en la resolución de los conflictos emanados, recurriendo a un juicio de legalidad del acuerdo basados del derecho de familia, debido a una carente regulación jurídica en el tema; h) los tópicos que determinan la filiación, al momento de decidir, no se reconsideraron a partir de las técnicas de reproducción asistida y las formas de maternidad que se crean a partir de la intervención en el procedimiento con la donación de gametos.

1.3.2 Antecedente nacional

En relación con Colombia, se tiene que, si bien se han presentado litigios cuyos problemas jurídicos están relacionados con la práctica de las TRA²⁰ -debido principalmente a la ausencia de una adecuada regulación normativa-, solo hay un caso llevado a estas instancias que trata el tema de la maternidad subrogada.

El pronunciamiento al que se alude es la sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional. Sobre este conviene subrayar que, a pesar de que la doctrina jurídica tiene razón en tomarle como el primer referente sobre la maternidad subrogada en el país (Bernal, 2013, p. 148), su *ratio decidendi* no está ligada a la resolución de un conflicto interpretativo alrededor de un acuerdo de maternidad subrogada.

De acuerdo con la providencia, entre una mujer colombiana y una pareja casada residente en el extranjero se celebró un *acuerdo de maternidad subrogada*, en donde la primera accedió a someterse al procedimiento de *fecundación in vitro* para que le fuera implantado el óvulo y el espermatozoide de la pareja contratante; no obstante, la implantación no tuvo éxito.

Con todo, el hombre de la pareja contratante le propuso nuevamente a la mujer que brindara su consentimiento para que se realizara el procedimiento de fertilización, esta vez con sus propios óvulos. La mujer accedió bajo la promesa que éste le hizo de darle a cambio una buena posición económica. El procedimiento fue todo un éxito y en el año 2006 nacieron dos gemelos, quienes quedaron bajo custodia y cuidado maternal.

Debido a las precarias circunstancias socioeconómicas de la mujer subrogante, su lugar de habitación estaba en las inmediaciones de un horno de cal, condiciones que enfermaron a los menores gravemente de una afección gripal. Esto llevó a que el Instituto Colombiano de Bienestar

²⁰ Para más información, ver el texto de Bernal (2013) *Reproducción asistida y filiación. Tres casos*.

Familiar (ICBF) retirara la custodia de la madre, concediéndosela a la tía paterna. Tras esta decisión administrativa, la madre cambió su lugar de residencia buscando proveerles una mejor habitación en el futuro cercano.

En razón a estas circunstancias, el padre de la pareja contratante solicitó ante un Juez de familia la custodia y permiso para salida del país de los gemelos. Como fundamento, alegó la existencia de un acuerdo de maternidad subrogada entre este y la madre de los menores. A partir de allí, subrayó, tenía el derecho como padre a compartir con sus hijos, el cual, a su parecer, se le entorpeció seriamente, pues no solo se le ocultó la fecha de sus nacimientos, sino que también le negaron la posibilidad de elegir sus nombres. Esta autorización fue concedida por la autoridad judicial, bajo la convicción de estos y otros argumentos:

- a) Consideró que el contrato era plenamente válido porque no había norma que prohibiera la práctica de la maternidad subrogada en Colombia.
- b) La madre había faltado con su obligación a la hora de entregar a los gemelos.
- c) Que las condiciones de vida brindada a los gemelos por su madre no eran las más adecuadas.
- d) Que las condiciones socioeconómicas de la madre no eran las mejores y que lo mejor para ellos era estar con su padre, quien aparte de considerar que tenía un mejor derecho porque fue él quien busco la concepción de los gemelos, sus condiciones económicas en un país desarrollado les podían ofrecer mejor calidad de vida (Corte Constitucional, S. T-968 de 2009).

Como resultado, se interpuso por la madre subrogante acción constitucional de tutela, la cual, a través del mecanismo eventual de revisión, llegó a conocimiento de la Corte Constitucional, quien, una vez analizado el fundamento fáctico, revocó la sentencia del Juez de familia por

considerar que, primero, **este asunto no se trataba de un caso de maternidad por subrogación**, pues *la accionante era madre biológica de los menores* y, segundo, porque su fallo partió de un prejuicio anticipado al considerar que la falta de los medios económicos de la madre eran argumento suficiente para otorgar el permiso de salida y así separarlos de ella, lo que impidió que en el caso prevaleciera “el interés superior de los menores y el derecho que les asiste a no ser separados de su madre y vivir bajo su protección, y cuidado”, disposiciones consagradas en la Constitución, la Ley y los tratados internacionales en la materia suscritos por Colombia (S. T-968 de 2009).

A pesar de que el Tribunal Constitucional consideró en el fundamento fáctico de la sentencia la existencia de un acuerdo de maternidad subrogada, no lo asumió como problema jurídico a resolver, ya que, como puede evidenciarse en el concepto brindado en su argumentación, la maternidad subrogada coincide conceptualmente la gestación sustitutiva. Citando a Gómez (1994), dice que esta es

el acto reproductor que genera *el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta* a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste (Corte Constitucional, S. T-968 de 2009).

Así, la Corte concluye que la “maternidad subrogada” no está prohibida expresamente por el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, se debe anotar, por la vaguedad conceptual, olvida aclarar que *lo que no se encuentra prohibido entonces es la gestación sustitutiva*, ya que consideró que, si la madre gestante es también la madre biológica (que es la maternidad subrogada propiamente dicha), este acuerdo no sería viable, pues el ordenamiento jurídico proscribía la entrega de un menor por acuerdo previo al nacimiento.

A manera de conclusión, puede decirse que la sentencia proveyó aportes interesantes al estatus actual de la maternidad subrogada en el país, entre las que se destacan: a) en Colombia se están dando acuerdos de maternidad subrogada/gestación sustitutiva y no existe regulación al respecto; b) como no está expresamente prohibido, las personas pueden recurrir a la gestación sustitutiva, siempre que la madre gestante no sea también la madre biológica, es decir, no haya maternidad plena de la gestante; c) no haya remuneración económica de por medio para la madre subrogante/gestante; y d) este es un asunto que necesita de atención por parte del Legislador en razón a lo delicado que resulta para las partes involucradas, así como el hecho de que el establecimiento de la filiación aún no contempla las posibilidades creadas a partir de las técnicas de reproducción asistida y la donación de gametos.

1.3.3 Conclusiones jurídicas de la práctica de la maternidad subrogada

Tal como se enunció en su momento, se pretende en este apartado evidenciar las conclusiones jurídicas a las que se han llegado por la doctrina a partir del estudio de los casos y de la normativa existente. Cabe aclarar que, para estas apreciaciones, los autores han hecho referencia al derecho vigente no solo en Colombia, sino a partir de la experiencia comparada y en el contexto de un asunto aun carente de regulación.

Como se ha dicho hasta ahora, para el ejercicio tanto de la maternidad subrogada, como de la gestación sustitutiva, se ha hecho uso del contrato para “formalizar” sus acuerdos, no solo en consideración a la seguridad jurídica y viabilidad de ejecución de las obligaciones contraídas que éste presta, sino porque, en un principio, se creyó que la naturaleza de las obligaciones contraídas era civil, pues la autonomía privada, al ser fuente formal del derecho, podía resolver los problemas que surgieron ante la ausencia normativa en el tema, dado que la causa para contratar era distinta a la de brindar a un menor en adopción.

No obstante, los doctrinantes y operadores jurídicos encontraron en la práctica judicial que estos contratos se habían realizado sin considerar que su configuración tocaba con aspectos del derecho de familia, el cual es orden público cuando tiene que ver con los tópicos del estado civil de las personas, **concluyendo, como ya se dijo, que su validez jurídica dependería de si estos acuerdos habían vulnerado estos cánones o no**²¹.

Con todo, a pesar de los evidentes reparos que puedan hacerse a este tipo de acuerdos desde los tópicos mencionados, muchos autores²² defienden a la fecha que los acuerdos de maternidad subrogada son válidos jurídicamente, ya que no están expresamente prohibidos por el ordenamiento y que a pesar de no contar con una regulación expresa, ello no debe impedir su estructuración lícita, pues no son más que *contratos atípicos*, cuyos elementos esenciales son, para algunos, *semejantes al de un contrato de arrendamiento* (un objeto y partes), por lo que su perfeccionamiento y ejecución sería como la de cualquier contrato (Marín, 2005, p. 129 y ss.).

En consonancia con esta forma de asumir el acuerdo de maternidad subrogada, han desarrollado teóricamente su objeto y causa, la forma que debe tener este contrato, quienes son las partes, que obligaciones contraen, los requisitos del consentimiento y otras características relevantes, los cuales se traen a continuación.

En primer lugar, debe preguntarse por los elementos sustanciales de cualquier negocio jurídico: el objeto y la causa. A este respecto, se recuerda que la Ley suele definir estos elementos para los contratos, determinando así cuando nacen a la vida jurídica; empero, también ha estimado que

²¹ Así, por ejemplo, en el caso precitado de *baby m*, el Juez de segunda instancia declaró la nulidad sobre el contrato por considerar que este vulneraba el ordenamiento jurídico al disponer sobre tópicos de regulación exclusiva del derecho público de familia.

²² Ver, entre otros: Cruz & Castro. (2014). La omisión legislativa en materia de contrato de alquiler de vientre materno en Colombia y consecuencias jurídicas; Cárdenas. (2015). Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano; y Rodríguez-Yong & Martínez-Muñoz. (2012). El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense.

muchas veces la realidad va más allá de su ámbito de configuración normativa, por lo cual ha permitido la existencia de contratos atípicos (Ospina & Ospina, 2015, p. 50).

Así, retomando el hecho de que la maternidad subrogada en su momento era un asunto novísimo y que no tenía desarrollo normativo alguno (en algunos países así lo sigue siendo), las personas con esta necesidad de regulación recurrieron al contrato, el cual tenía una configuración claramente atípica, de allí que su estructuración quedara comprendida bajo los principios de la autonomía de la voluntad privada²³, como lo son la buena fe contractual y la libertad configurativa (Marín, 2005, p. 40).

Lo anterior, conllevó a que las partes definieran el objeto contractual, como ya se ha mencionado, en *que mujer adelante por otra persona un embarazo, a fin de entregar al menor una vez nazca, lo cual lleva implícita la autorización de la mujer para que le sea practicada de la técnica de reproducción elegida, asumiendo todas las consecuencias físicas que implica la gestación del embrión*. A razón de esta labor, se correspondió dándosele a la mujer una remuneración económica. Hasta aquí, se sostiene por muchos doctrinantes, no hay ilicitud, pues el vínculo contractual en sí mismo no implica la contravención del orden público, la enajenación ilícita de bienes o estar prohibido por leyes expresamente (Marín, 2005, p. 147).

Sin embargo, las obligaciones que emanan de este objeto son las que llevan a imprecisiones importantes, las cuales se pueden tomar como problemas u objeciones; por ejemplo, ¿Si la mujer subrogante ejerce una maternidad plena, le será posible mediante acuerdo privado disponer antes del nacimiento del desprendimiento de su patria potestad? Como se ha visto, ello es indisponible, de allí que dicho aspecto del acuerdo, en estados como el colombiano, lo tengan por inexistente, y a lo mucho sea un acuerdo exigible moralmente, aunque sin efectos jurídicos.

²³ Su acepción más contemporánea es autonomía privada.

Por otra parte, dice Marín (2005), la causa, entendida como la razón por la cual las partes se vinculan al negocio jurídico, no se advierte ilícita, en tanto que ésta no está en contravía de la ley o las buenas costumbres, todo lo contrario, *responde al ejercicio de un derecho humano*, como lo es la libertad sexual y reproductiva, entendido también desde la perspectiva del derecho a la salud, en la posibilidad de paliar la infertilidad con medios médicos a fin de lograr la paternidad como vocación humana (p. 145).

En un segundo lugar, se encuentran las partes en este contrato; estas son: la mujer que funge como *madre subrogante/gestante* y la *pareja contratante o solicitante*. El *menor no nacido* se desestima de esa calidad, por un lado, porque no es un “sujeto de derechos”, a pesar de que cuenta bienes jurídicos tutelados.

A su vez, cabe aclarar que en la práctica el Centro Médico si tiene su participación, ya que muchas veces es quien contacta a las partes y hace el procedimiento médico, no obstante, contractualmente hablando, las obligaciones principales no pueden ser ejecutadas por este (la gestación y la entrega del menor) y por ello no se toma le como una (Marín, 2005. P. 158).

Con respecto a las calidades que deben tener las partes, puede decirse que, desde la teoría general de las obligaciones, se enuncian como requisitos importantísimos todos los que competen a la capacidad de las personas para realizar válidamente negocios jurídicos (Marín, 2005, págs. 132-133). A estos se les puede sumar otros requisitos, los cuales varían mucho de acuerdo a los países donde se dé la práctica. El objeto de estas condiciones es asegurar que las partes en el contrato no vicien los acuerdos realizados y así tengan plena existencia jurídica.

En particular, dice Cárdenas (2015), cuando habla ya de la regulación existente en Estados Unidos al respecto de la maternidad subrogada, muchos requisitos tomados por adicionales no afectan a la capacidad jurídica de las personas (lo que pondría en riesgo la existencia del contrato

si se pretermitiesen), sino que se refieren al hecho de dotar o no al acuerdo de validez. Estas suelen estar relacionadas a unas condiciones de vida y salud importantes que permiten al acuerdo cumplirse adecuadamente, a saber: la mujer que ejerce la subrogación debe a) ser mayor de 21 años, pero menor de 45; b) tener un estado de salud físico y mental apto, por ende, se verifica también que c) no use drogas o medicamentos que puedan afectar el embarazo; d) que no tenga enfermedades de transmisión sexual; y, finalmente, e) haber tenido por lo menos un embarazo previo sin complicaciones (pp. 108-109).

Ahora bien, dadas las condiciones generales exigidas para cualquier negocio jurídico de esta índole, se enuncian las **obligaciones principales de las partes en el acuerdo**. Para la mujer subrogante/gestante, primero estará, *la obligación de gestar el embrión*, lo que implica entre otras cosas, **brindar su consentimiento (informado)** y permitir al centro médico la práctica de la técnica de reproducción asistida, así como asistir a los controles de natalidad, procurarse un cuidado de su salud y, bastante discutido, *no abortar sin el consentimiento de la pareja comitente*. En segundo, **tendrá que entregar al menor una vez nazca**; esto le significa, el renunciar a la filiación que se establece por la Ley, ir al centro de atención hospitalaria que se le imponga, entre otras cosas afines.

De otra parte, respecto de **la pareja comitente o solicitante**, estarán a su cargo dos obligaciones claves: la primera y trascendental, **es recibir al menor una vez dado el nacimiento**, sin importar las condiciones en que esta se produzca; y la segunda, consistente en pagar a la mujer subrogada-gestante el dinero que se le ofrece como remuneración, si este fuera parte del pacto, además de todos los gastos médicos y de otra naturaleza en que ésta incurra como consecuencia del embarazo y parto.

En un tercer momento, señalan los autores, el contrato que regula la maternidad subrogada, tiene características propias que lo distinguen y ayudan en su interpretación; además de ser *atípico*, se le considera: a) *bilateral*, en tanto las partes se obligan recíprocamente, ello es, la mujer gestante a la entrega del menor (principalmente) y los padres solicitantes al pago de la contraprestación económica; b) *oneroso*, pues se gravan para el beneficio del otro; c) *conmutativo*, pues “las obligaciones son recíprocas y equivalentes”; y d) “*consensual*”, porque se perfecciona con la voluntad de las partes (Cárdenas, 2015. p. 106)²⁴.

A partir de lo reseñado, puede concluirse que la argumentación brindada por la doctrina jurídica ha buscado dotar de “validez” el contrato de maternidad subrogada/gestación sustitutiva, así: a) el objeto y obligaciones del acuerdo son plenamente legales, toda vez que su desarrollo no está expresamente prohibido, solo es atípico; y b) su estructuración es lícita y tiene validez, ya que la causa corresponde al ejercicio de derechos humanos y fundamentales; sin embargo, como puede observarse, su argumentación no alcanza a solucionar el problema legal emanado de la determinación de la filiación, más bien, aboca a tratar la “legitimidad” del acuerdo de maternidad subrogada en escenarios de poca regulación legal, respecto de lo nuevos niveles de maternidad que implican las técnicas de reproducción asistida.

²⁴ A pesar de considerarlo consensual, advierte la autora más adelante que es necesaria la entrega de lo obligado para su perfección, cosa que en un ejercicio de la lógica evidencia una contradicción, pues si un acuerdo se perfecciona con la voluntad, la entrega de lo obligado corresponde a un momento distinto: la ejecución del contrato. De no ser así, se tendría por un contrato real y en ese caso, solo hasta el nacimiento y entrega del menor existirían obligaciones para las partes, lo cual no brindaría la seguridad jurídica pretendida con el mismo acuerdo.

2 Fundamentos normativos de la maternidad subrogada²⁵

Como se ha concluido en precedencia, la historia ha evidenciado que el principal problema jurídico de los acuerdos de maternidad subrogada surge porque su validez se pierde cuando se contraponen sus obligaciones a las normas del derecho de familia que regulan la filiación. Sin embargo, tal como se evidenció, los autores que defienden la “validez” del acuerdo, lo hacen más propiamente en términos de “legitimidad”; es decir, como a pesar de que se puede truncar la ejecución de los acuerdos por la filiación, aún este debería perseverar por el respaldo que tienen los intervinientes a partir de sus derechos humanos.

Por tal razón, corresponde en este apartado determinar los derechos que obran en titularidad de cada una de las **personas intervinientes**²⁶ en la práctica de la maternidad subrogada a la luz del derecho internacional y las disposiciones del derecho colombiano, a fin de suministrar elementos que sirvan para superar la discusión que se plantea alrededor de validez del acuerdo por la filiación.

Para abordar lo pretendido, se tratará a partir de cada una de las fuentes del derecho cuáles son las garantías humanas y fundamentales que amparan la práctica de la maternidad subrogada; además, haciendo uso de la doctrina jurídica pertinente, se tratará de dilucidar la discusión, aclarando de una vez que dichos derechos no son absolutos, por lo tanto, siempre se verán limitados en un ejercicio ponderativo, circunstancia que se expresará en el final de este capítulo, cuando se muestre como los derechos de cada uno de los intervinientes puede chocar entre sí.

²⁵ A pesar de las distinciones realizadas con en el capítulo segundo, la mayoría de la doctrina internacional entiende por maternidad subrogada “la actividad de contratar a una mujer para que geste un embrión, que no tiene relación genética con ella, hasta el momento del parto”. A fin de hacer práctica la exposición, a partir de ahora, se referirá en términos generales a maternidad subrogada, pues tanto para esta como para la gestación sustitutiva existen los mismos reparos argumentativos; sin embargo, en su momento se hará la distinción cuando así sea relevante.

²⁶ Téngase en consideración también al no nacido, tal como se explicará posteriormente.

2.1 Garantías en el Derecho internacional.

De acuerdo con lo planteado, se hace pertinente para el objeto de estudio recurrir al conglomerado de normas de derecho internacional que amparan a los sujetos intervinientes en la práctica de la maternidad subrogada, toda vez que este fenómeno, en primer lugar, es foráneo y la doctrina ha recurrido a ella para desarrollar derechos que aporten a la discusión solidez y estructura; segundo, porque ellos están consagrados en instrumentos jurídicos suscritos o reconocidos por Colombia como *ius cogens*, lo que en virtud del artículo 93 de la Carta Política, entra a regir como criterio de decisión.

2.1.1 Derecho a la libertad sexual y reproductiva de la mujer gestante.

El derecho a la libertad sexual y reproductiva se postula como el pilar que sostiene la validez de la decisión de la mujer gestante para ser parte de la práctica de la maternidad subrogada. No obstante, se advierte, los intérpretes autorizados han construido este derecho con una mirada a la interdependencia con otras garantías, buscando la inclusión de más y mejores espacios de protección.

Así, para estudiar a la mujer subrogante se partirá de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida por sus siglas en inglés como CEDAW, instrumento que se ha impuesto como principal garantía contemporánea para sus derechos, los cuales ya deben ser interpretados de acuerdo con sus intereses y proyectos de vida, en suma, ha permitido que las mujeres se apropien de su vida de acuerdo con sus creencias.

2.1.1.1 Libertad sexual y reproductiva.

El derecho a la libertad sexual y reproductiva, como derecho humano, implica una mirada omnicomprensiva y universal; es decir, gracias a su naturaleza, les incumbe a todas las personas por igual. Sin embargo, su desarrollo histórico y normativo, ha pretendido salvaguardar

principalmente los intereses de la mujer, quien obtuvo la consagración de este derecho en múltiples instrumentos internacionales como producto de luchas arduamente dadas en las décadas de los sesenta y setenta (Unicef & Defensoría del Pueblo, 2006, p.152), en las cuales perseguía dos cosas fundamentalmente:

- a) *La autodeterminación.* Las mujeres lucharon por develar que tras los intereses que se defendían con aparente neutralidad y universalidad en reconocimiento sobre sus derechos, se tornaban discriminatorios y por tanto no las protegían adecuadamente.
- b) *El derecho a decidir sobre el sentido que se le otorgaba a las categorías sociales y a los imaginarios respecto del cuerpo femenino y su sexualidad,* toda vez que éstas se constituyen en baremos sobre los cuales no solo se define el contenido y el alcance de los derechos humanos en términos de su titularidad y ejercicio, sino porque con esa perspectiva se instituyen en las políticas públicas que entrarían a garantizar sus derechos (Unicef & Defensoría del Pueblo, 2006, p.152), razón por la cual, si no podían decidir cómo quieren verse, dicha política estaría desajustada a su forma de ser y solo sería una muestra de lo que los factores de poder creen que debería ser.

Como consecuencia de tal lucha histórica, este derecho a libertad sexual y reproductiva se ha consagrado en múltiples instrumentos internacionales, postulándose como el principal para su garantía la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*²⁷.

A su vez, el contenido y sentido de este estatuto se ha reafirmado a partir de las recomendaciones generales emitidas por el Comité creado con el Protocolo Facultativo de 1999²⁸.

²⁷ Aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1979. Ratificada por Colombia en 1982 y aprobada con la ley 51 de 1981.

²⁸ Protocolo ratificado por Colombia y se aprobado con la ley 984 de 2005.

Su objeto es generar que los estados partes adhieran sus actuaciones a la convención. Estas se constituyen en fuente del derecho, doctrina autorizada, orientando las actuaciones del estado en el respeto de los derechos.

Así, dicha Convención, en su artículo 16, ha consagrado el deber para los Estados de eliminar todas las formas de discriminación y crear condiciones de igualdad respecto del ámbito familiar, sosteniendo en el literal e, de su numeral primero, el derecho de la mujer *“a **decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos [...]**”* (Subrayas fuera de texto).

En ese sentido, el Comité de la Convención (1994), viene recordando que el derecho a la libertad sexual y reproductiva de la Mujer dentro de la familia y fuera de ella, se encuentra reconocido en la mayoría de los Convenios y Declaraciones internacionales de derechos humanos, así como en las recomendaciones de sus múltiples Comités, por lo que su protección se encuentra reforzada por ellos y deben observarse a fin de garantizar este derecho (Comité CEDAW, Recomendación General No. 21, párrafo 7).

Baste como ejemplo, las Recomendaciones Generales número 16 y 20 del Comité para el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, así como lo descrito en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16, numeral 1, que propone que tanto hombres como mujeres: “[...] disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. [...]” (Subrayas fuera de texto).

Al respecto del sentido de este derecho, dicho Comité de la ONU (1994) para la Convención, ha sostenido que su fundamento está en el entendimiento de que la Mujer, como persona en plano de igualdad dentro de la familia, y consciente de la función social de la maternidad, tiene el derecho

a decidir, porque es quien va a verse afectada en su vida, salud física y mental, de forma análoga al número y esparcimiento de los hijos que tenga (Comité CEDAW, Recomendación General No. 21, párrafo 21).

En ese sentido, agrega, “[...] la decisión de tener hijos, si bien de preferencia debe adoptarse en consulta con el cónyuge o el compañero, **no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno**” (Subrayas fuera de texto), lo que implica que esta decisión incumbe de manera directa y personal a la mujer, quedando los demás actores en un papel secundario (Comité CEDAW, 1994, Recomendación General No. 21, párr. 22).

Concordante a lo anterior, se ha considerado que **el Estado tiene dos deberes adicionales al de abstención** respecto de las mujeres en el ejercicio del derecho a la libertad sexual y reproductiva: uno **orientativo**, pues tiene el deber de soportarle educación sexual y; otro de **garantía**, permitiendo que se pueda elegir libremente por la mujer, sin presiones de ningún tipo y bajo su propia perspectiva de vida (Comité CEDAW, 1994, Recomendación General No. 21, párr. 22)

De allí que, y en interpretación con el artículo 2 de la misma Convención, los Estados partes tienen la obligación de elaborar y buscar el cumplimiento de una política encaminada a eliminar todas las formas de discriminación en contra de la mujer en el plano de la familia, sin importar el modelo que esté definido jurídicamente en el país, procurando que se genere un plano de igualdad jurídica y material (Comité CEDAW, 2013, Recomendación General respecto del artículo 16, párr. 13).

Estas obligaciones, respecto del objeto de estudio que es la maternidad subrogada, son serias e implican para el Estado verificar como se puede garantizar en mayor medida este derecho; generalmente, esto debería implicar un debate en el órgano político, donde se establezcan medidas

que aseguren y eviten los abusos en contra de las mujeres, sin considerarlas faltas de autonomía, a fin de que con ello no vulnere el núcleo duro de este derecho humano.

La maternidad subrogada, implicaría para el Estado la obligación de que las medidas que permitan ejercer el derecho a la libertad sexual y reproductiva, se haga con toda la responsabilidad y seriedad, de allí que, por ejemplo, debería favorecerse:

- a) Que la mujer gestante sea informada plena y profundamente de las posibles consecuencias físicas, emocionales y biológica que puede tener el participar en la práctica, no solo por lo invasivo que puede significar la técnica de reproducción asistida de la fecundación in vitro (que es la más usada), sino también del desprendimiento emocional que se generará del menor una vez nazca²⁹, o de las decisiones que deba tomar alrededor del feto en caso de que se haga inviable el embarazo.
- b) Que la mujer gestante pueda decidir libremente, sin presiones sociales, interpersonales, familiares o gubernamentales, luego de ser informada, si participa en la práctica de la maternidad subrogada.
- c) Que la mujer tenga acompañamiento en salud sexual, obstétrica, psicológica, nutricional y demás que resulten relevantes durante el embarazo, a fin de garantizar su salud durante esta etapa.
- d) Que la mujer tenga garantizado el acompañamiento profesional para enfrentar su cambio de vida luego de parto.

²⁹ Las ciencias de la salud han demostrado que existe un vínculo materno-fetal desde las primeras etapas del embarazo, la cual repercute seriamente en los eventos del post-parto, no solo en la relación de la madre con su hijo recién nacido, sino en la vida del menor mismo, quien se ve con alteraciones o no dependiendo de cómo haya sido el embarazo. Roncallo, Sánchez & Arranz, 2012, p. 20.

2.1.2 Garantías convencionales de la pareja solicitante o comitente.

Por lo que se refiere a la pareja solicitante o comitente, se ha dicho que a estos les amparan dos garantías fundamentales de acuerdo con la doctrina obrante: la primera, el derecho a la salud sexual y reproductiva, considerándose como un derecho producto de la conexión a la libertad sexual y reproductiva y el derecho a la salud; sin embargo, puede dársele un tratamiento autónomo, por ser aplicable a un espectro muy específico de la sexualidad en la vida humana.

A su vez, el segundo, sería el derecho a la familia, comprendido como la capacidad que tienen las personas de formarla; no obstante, cabe aclarar, el desenvolvimiento de la maternidad subrogada y la evolución del concepto de familia, ha desembocado en que ya no solo parejas heterosexuales acudan a ella, sino que parejas homosexuales, e incluso, personas que desean constituir una familia monoparental.

2.1.2.1 *Derecho a la salud libertad sexual y reproductiva*

El derecho a la salud sexual y reproductiva es el resultado de la interpretación de múltiples derechos humanos bajo una mirada ecléctica y de interdependencia, especialmente bajo el entendimiento de la salud como un estado presente en todas las esferas y ámbitos del ser humano. Su origen radica en el derecho internacional, siendo la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de la ONU, celebrado en 1994, una de las primeras oportunidades en hablar del tema; Mil-Candal (2010) en su trabajo cita lo siguiente:

La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia (p. 37).

Esta relación se formuló en razón a que el derecho a la salud ya se venía contemplando más allá de la mera ausencia de enfermedades, captándolo en un concepto que comprendía de forma integral los problemas humanos, sosteniendo que la salud es procurar el bienestar y el equilibrio físico, mental y social de la persona (Marín, 2005, p. 59).

Debe agregarse, a partir de esta Conferencia, otras oportunidades a nivel internacional se han presentado para hablar del tema; por ejemplo, la OMS y la Asociación Mundial de Sexología en el año 2000, conceptuaron de forma más profunda el derecho a la salud sexual y reproductiva, entendiéndolo **como un proceso permanente en las personas**, una situación de bienestar físico, psicológico y sociocultural. Consideró, además, que

La salud sexual se observa en las expresiones libres y responsables de las capacidades sexuales que propician un bienestar personal y social, enriqueciendo de esta manera la vida individual y social. **No se trata simplemente de la ausencia de disfunción, enfermedad o discapacidad. Para que la salud sexual se logre es necesario que los derechos sexuales de las personas se reconozcan y se garanticen** (subrayas fuera de texto) (OMS & OPS, 2000, p. 9).

Estas conferencias impulsaron la consagración de este derecho en múltiples instrumentos nacionales. Sin embargo, estas interpretaciones no son aisladas, muchos tratados existentes también los relacionaban, por ejemplo, en Latinoamérica, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 10, establece al que respecto que toda persona tiene derecho a la salud, “entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

No obstante, cabe anotar, el ejemplo precitado no es taxativo al proponer la salud sexual y reproductiva como un derecho autónomo, ni siquiera como uno conexo; ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos [desde ahora Corte IDH] quien ha encontrado la vigencia

de este derecho en el ordenamiento regional de protección de derechos humanos. Uno de los eventos hitos donde se celebró la aplicación de esta argumentación fue el caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica; para ello se sirvió del contenido del artículo 11 de la Convención Americana.

En la sentencia en comento, se sostuvo por la Corte IDH que dicho artículo dispone el derecho de toda persona a la vida privada y familiar, prohibiendo las injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada de cualquier persona, realizándose, en interpretación del artículo 7 de la misma Convención, en la forma que más se acomode a sus propias opciones y convicciones, toda vez que la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás en el marco establecido por la Ley, es una condición necesaria para el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad (Corte IDH, Resumen Oficial Caso Artavia Murillo, 2012,p. 4)

Concordando con lo anterior y respecto de la libertad sexual y reproductiva, la Corte señaló que **la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres**, pues la decisión de la maternidad o la paternidad está comprendida en el derecho a la vida privada e incluye, por tanto, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (Corte IDH, Resumen Oficial Caso Artavia Murillo,2012, p. 4).

Así, el Tribunal ha entendió en tal sentencia que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) **la autonomía reproductiva**, y ii) el **acceso a servicios de salud reproductiva**, lo que implica el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por esta razón, **el derecho a la vida privada se vinculó con la atención a la salud**, pues la carencia de mecanismos legales que permitan a las personas tomar decisiones “en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva”, (Corte IDH, Resumen Oficial Caso Artavia Murillo, 2012, p. 4).

Por otra parte, la Corte IDH entendió para el caso en concreto, que la prohibición de técnicas de reproducción humana como la fecundación *in vitro*, implicaba una violación inaceptable del derecho a la vida privada y a la salud sexual y reproductiva, toda vez que esto impulsaba a las personas a realizar el procedimiento en condiciones de ilegalidad, muchas veces fuera del país, limitando injustificadamente sus proyectos de vida, pues como se dijo, la autonomía reproductiva es un aspecto que lo comprende (Corte IDH, Resumen Oficial Caso Artavia Murillo, 2012, p. 11).

Finalmente, allí mismo se estimó por la Corte que, en consideración a que la OMS ha optado por definir la infertilidad como un fenómeno que ataca directamente ese bienestar permanente, es decir, definiéndola como una **enfermedad del sistema reproductivo**, las técnicas de reproducción humana se tornan necesarias para resolver problemas de salud reproductiva y, por ende, deben observarse detenidamente las disposiciones a su alrededor para no afectar severamente la autonomía reproductiva (Corte IDH, Resumen Oficial Caso Artavia Murillo, 2012, p. 12).

Acorde con esta perspectiva, la experiencia de la ciencia médica ha demostrado que la infertilidad, en efecto, puede ser tratada con la ayuda de las técnicas de reproducción asistida³⁰, las cuales son tratamientos costosos a las que no todas las personas tienen acceso. Autores han sostenido que, al ser una enfermedad del sistema reproductivo, se justificaría económicamente para el Estado intervenir sanitariamente para lograr su remedio; sin embargo, hay quienes sostienen que la falta de hijos no afecta la salud de la persona, por lo que, las TRA no constituyen terapia en sentido estricto que deba ser sufragada por el Estado (Mil-Candal, 2010, p. 10).

Sin embargo, dichos procedimientos no son efectivos en su totalidad, pues existen múltiples factores de diversos orígenes que pueden afectar con severidad el éxito del procedimiento, a tal punto que, entrados en el objeto de estudio, autores como López y Amado (2014) han sostenido

³⁰ Al respecto, pueden tornarse útiles las apreciaciones al respecto emitidas por las corporaciones en salud para la sentencia SU-074 de 2020, de la Corte Constitucional Colombiana.

que la maternidad subrogada puede ser considerada como una técnica de reproducción asistida, “el cual está diseñado para compensar las deficiencias de infertilidad de las parejas”, afirmando que **“[n]inguna técnica de reproducción asistida ataca directamente el problema de la gestación como sí lo hace la maternidad subrogada³¹”** (p. 5).

Por último, se afirma que, en virtud de esta facultad, se ha sostenido que pareja comitente cuenta con autonomía suficiente para decidir que su vocación paternal puede darse a través de la maternidad subrogada, ya que con ello no se está menoscabando los derechos de otras personas o abusando de los suyos.

2.1.2.2 Derecho a la familia

En consideración del apartado anterior, puede asimilarse que la protección del derecho a la salud sexual y productiva desemboca en la constitución de una familia, institución que también cuenta con protección en el orden internacional, considerándola básica de la sociedad, cuya titularidad no recae solo en los padres, sino también en los menores, a quienes les corresponde crecer en condiciones plenas que garanticen su desarrollo integral.

Muchas son las normas a nivel internacional que amparan este derecho; sin embargo, todas van en sintonía, promulgando el derecho a constituirla libremente, en condiciones de igualdad y sin discriminación, por ejemplo:

- a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16, numeral 1.
- b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, describe protección en dos artículos: en el 23 habla del derecho a la familia y al *ius connubii*, y en el 24, del derecho de los menores a la protección y a su familia.

³¹ En efecto, autores como Amador (2012), sostienen que la maternidad subrogada soluciona la imposibilidad propia de establecer hijos biológicos de las parejas; empero, no significa que deba tenersele como un tratamiento médico en estrictos términos (pp. 39-40).

- c) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 10, numeral 1, reconoce la familia como de orden fundamental y a voces de Higuera (2012) *“está amparando y promoviendo implícitamente las técnicas de reproducción humana asistida”* (p. 36), asunto que se enlaza con el derecho a la salud sexual y reproductiva.
- d) La Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce en su Preámbulo el derecho de los menores a *“crecer en el seno de la familia”*, con *“ambiente de felicidad, amor y comprensión”*.
- e) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 16 reconoce el derecho de las mujeres a formar una familia, en señal de equidad de género, a decidir libre y responsablemente sobre ello.
- f) La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en sus artículos 17 y 19, consagran el deber de protección de la familia y los derechos de los niños, respectivamente³².

Así, también, instrumentos como Protocolo de San Salvador, en su artículo 15.1, han encontrado que este derecho implica para el Estado entender la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad”, teniendo cualquier persona el derecho a constituir la, a partir del matrimonio u otra forma de asociación, las cuales deben ser producto de la libre expresión de la voluntad, de conformidad a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico.

Al respecto, ha sostenido la CIDH, en asuntos como el *Caso María Eugenia Morales vs Guatemala* que, si bien “el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional”, estas “no deben ser tan restrictivas que se dificulte la propia

³² A propósito de este último instrumento internacional, puede sumársele las disposiciones contenidas en los artículos 15 y 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales contienen el “derecho a la constitución y protección de la familia”.

esencia del derecho”, pues tal como anuncia el artículo 29 de la Convención, las disposiciones allí contenidas no deben interpretarse de forma restrictiva, ni “suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”(párr. 40).

En esa medida, este organismo internacional ha reconocido la vigencia y aplicación de la Convención de todas las formas de familia; sin embargo, ha desarrollado recientemente un gran aporte respecto de las parejas del mismo sexo, las cuales históricamente no han contado con reconocimiento Estatal de sus derechos humanos, siendo discriminadas; por ejemplo, en la Opinión Consultiva OC-24/17³³, se expresó en los siguientes términos:

La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el **vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo**. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y **se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos**, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales (subrayas fuera de texto original) (párr.199).

³³Titulado: Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Respecto del medio de protección que debe brindarse para la satisfacción de los derechos mentados, la Corte IDH sostuvo allí mismo que:

Los Estados deben garantizar **el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos**, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna (subrayas fuera de texto) (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párr. 228).

Lo anterior, corresponde al deber de guardia que se tiene del principio de la dignidad humana por parte del Estado, pues este derecho

deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes (artículos 11.2 y 17)⁴¹⁷. Al afirmar esto, el Tribunal no se encuentra restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario,

lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado (subrayas fuera de texto) (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párr. 225)

Finalmente, de acuerdo con lo reseñado y acercándose al objeto de estudio, tanto las parejas heterosexuales como homosexuales tienen el derecho humano y fundamental a decidirse como pareja y a optar por la práctica de la maternidad subrogada como un medio para constituir familia a través de la procreación de un hijo biológicamente correspondiente, pues a) no solo responde a su libre autodeterminación reproductiva; b) sino que es eficaz y directo para superar las imposibilidades físicas y biológicas que impiden la constitución del círculo familiar y el vínculo biológico con el menor.

2.1.3 Los derechos del menor y bienes jurídicos del *naciturus*.

Como tercer interviniente en la práctica de la maternidad subrogada presenta dificultades conceptuales, toda vez que, en un primer momento, y hasta antes del nacimiento, se trata de un *naciturus* o un no nacido; luego del alumbramiento, “nace” a la vida jurídica una persona con todas las facultades y obligaciones, un menor. Por esta razón, corresponde hacer un doble análisis de los “derechos” que le corresponden al *naciturus* como bien jurídico tutelado y a los menores, como sujetos amparados por amplias, fuertes y prevalentes garantías.

2.1.3.1 Garantías jurídicas para el *naciturus*.

Como primera medida, sea pertinente aclarar que alrededor del estatus jurídico del *naciturus* y su protección. Si bien se han presentado múltiples disidencias, los organismos internacionales autorizados en la interpretación de los mecanismos internacionales en derechos humanos se han definido desde otrora en la protección del no nacido, entendiéndolo como un bien jurídico tutelado.

Un ejemplo trascendental de tal perspectiva puede hallarse en el Caso Artavia Murillo vs Costa Rica, de la Corte IDH (2012), quien entendió que la protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos del artículo 4, aplica a partir de la “concepción”, entendido como el momento en el cual se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, es decir, cuando el embrión se ha unido a este, de allí que “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión” (p. 7).

Con esta afirmación, la Corte (2012) desestimó la interpretación que se denunciaba: el deber de protección a la vida desde la inoculación del espermatozoide en el óvulo femenino, aún sin la implantación. A su parecer, el término “toda persona” del artículo 4.1, debido el contexto en el que se produjo, no permite inferir que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos, de ahí que la protección del derecho a la vida no sea absoluta, sino gradual, incrementándose de acuerdo al desarrollo del embrión en el cuerpo de la mujer (p. 10).

En consonancia con lo anterior, se concluyó que del artículo 4.1 puede entenderse que **“el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer”** (Corte IDH, Resumen Oficial Caso Artavia Murillo, 2012, p. 7).

Finalmente, la Corte afirmó que su postura se ajustaba con las prescripciones del orden internacional en materia de protección de derechos humanos para los niños, toda vez que la misma Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 1 y 6.1 no hacen una referencia expresa en la protección del no nacido, aun cuando su Preámbulo indica la necesidad de brindar protección y cuidado antes del nacimiento (Corte IDH, Resumen Oficial Caso Artavia Murillo, 2012, p. 8).

2.1.3.2 Derechos en cabeza del menor.

De acuerdo con la doctrina y los instrumentos jurídicos de los organismos internacionales que han hablado de la protección de los derechos del niño, por ejemplo, la ONU y su Comité para la Convención sobre los Derechos del Niño, han considerado que tal condición la tiene todo ser humano, que nacido, es menor de dieciocho años de edad (artículo 1).

Como sujetos de especial protección que son, la diversidad de derechos que les amparan son múltiples y variados; sin embargo, **el interés superior del menor** se ha encomendado como el principal mecanismo de amparo, considerándolo como un bloque interpretativo internacional, un eje transversal que concatena sus derechos y permite su protección de forma más eficiente.

El interés superior del menor tiene su fuente normativa en la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo aplicado en todo el sistema universal de derechos humanos; empero, su relevancia ha llevado a que autoridades de los sistemas regionales como la Corte IDH tomaran en sus sentencias este concepto como medio interpretativo, un criterio para auxiliar sus decisiones, con el fin de asegurar la protección adecuada de los derechos de los menores.

En vista de lo anterior, se observará la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas como la fuente principal de estudio, a la luz de las observaciones dadas alrededor de ella por su Comité, respecto del interés superior del menor, toda vez que, si bien existe un catálogo de derechos en favor de esta población especialmente vulnerable, el objeto de estudio requiere una mirada omnicomprendensiva que permita ponderar su relevancia y participación como personas dentro del desarrollo del acuerdo de maternidad subrogada.

Así pues, la Convención ha sido abordada en múltiples ocasiones por el Comité de la ONU para detallar con qué criterios deberían aplicarse por los Estados las garantías allí contenidas; sin

embargo, las observaciones generales números 5 y 14 han establecido el marco de aplicación de este principio.

Alrededor del origen del interés superior del menor, advierte el Comité en la Observación general número 14 (2013), es un concepto anterior a la misma Convención, teniendo lugar desde la Declaración de los Derechos del Niño del año de 1959 y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como en varios instrumentos regionales de protección de derechos humanos (párr. 2).

Por su parte, la misma Observación (2013) señala que el objetivo del interés superior del niño es garantizar en la mayor medida de lo posible que los menores tengan el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos que les han sido reconocidos por la Convención, lo cual implica reconocer que en la Convención no existe jerarquía entre sus derechos y que ninguno de ellos debería verse afectado por la interpretación negativa que pudiera hacer un adulto alrededor de lo que conlleva hacer efectivo el interés superior del niño (Observación General No. 14, 2013, párr. 4).

Por tal razón, se ha estatuido que el interés superior es un concepto complejo y amplio que tiene tres dimensiones, las cuales permiten adaptar al escenario de su aplicación la interpretación que genere mayor efectividad posible de los derechos de los menores; así, la Observación en comento (2013), plantea que estas son:

La primera, como un “derecho sustantivo”, el cual consiste en el derecho que tiene el niño a que su interés superior sea considerado primordialmente en cualquier debate o evento en el que pueda verse inmiscuidos sus derechos, de allí que quienes decidan, deban evaluar y tener en cuenta este interés al ponderar todos los presentes (Observación General No. 14, 2013, párr. 6).

Cabe señalar, además, este derecho no solo tiene aplicación inmediata para cualquier caso en concreto (artículo 3, párrafo 1), sino que amplía la categoría “menor”, permitiendo entender que

el derecho al interés superior del menor debe aplicar desde las medidas sobre un grupo de decisión focal en un caso hasta toda la población “menor” de esa sociedad que se pueda ver afectada (Observación General No. 14, 2013, párr. 6).

Por otra parte, el interés superior del menor es **“un principio jurídico interpretativo fundamental”**; es decir, implica que en caso tal de que **una disposición jurídica admita más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva este Interés**. La base que sirve para interpretar este interés está “en los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos” (Observación General No. 14, 2013, párr. 6)

Finalmente, se le considera como “una norma de procedimiento” que tiene su fase de aplicación cuando se desea adoptar decisiones que afectan a los menores en un caso en concreto. Su objeto es garantizar que el intérprete incluya expresamente en sus acotaciones el interés superior del menor, indicando las posibles consecuencias, positivas y negativas; esto implica que se deberá argumentar en la decisión cómo se ha considerado el interés superior de los menores, aduciendo porque es o no objeto de aplicación y como ha sido ponderado con otros intereses (Observación General No. 14, 2013, párr. 6)

Con base en lo anterior, el Comité (2013), ha considerado que el artículo 3, párrafo 1, de la Convención, instaura un marco con tres tipos diferentes de obligaciones que deben observarse por los Estados: si el interés superior del menor es un derecho subjetivo, la primera obligación existe como una correlación, cuyo objeto es garantizar que este haga parte de todas las actuaciones normativas del Estado que afecten directa o indirectamente a los niños, buscando que en ellas “se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales” (subrayas fuera de texto) (Observación General No. 14, 2013, párr.14).

Así mismo, como derecho subjetivo, se espera correlativamente que el Estado vele porque **en la toma de decisiones realizada por instituciones privadas se considere este derecho**, ya sea que afecte a los menores directa o indirectamente con las medidas adoptadas, pues su garantía corresponde a todos (Observación General No. 14, 2013, párr. 14).

Como tercero, se tiene que, si el interés superior es una norma de procedimiento, corresponde al Estado el velar que todas las decisiones tomadas en las ramas del poder público dentro del ejercicio de sus funciones; es decir, juzgar, administrar y legislar, contemplen expresamente este Interés, argumentando como su decisión lo ha examinado y evaluado, además de la relevancia que ha tenido en la decisión (Observación General No. 14, 2013 párr. 14).

Ahora bien, garantizar el cumplimiento de esas obligaciones implica que se traduzcan efectivamente en actuaciones; la Convención obliga a través de los artículos 4, 42 y 44, párrafo 6, a tomar “medidas”, las cuales, a criterio del Comité (2013), son una categoría omnicomprendiva la cual “incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas”; es más, ha considerado que “la pasividad o inactividad y las omisiones también están incluidas” en dicho concepto (Observación General No. 14, 2013, párrs. 17 y 18).

Estas medidas, por ejemplo, implican a los Estados someter a filtro toda la normativa que han producido y producen sus órganos u organismos, modificando o eliminando aquellas que no contemplen este derecho o le sean contrarias, de tal suerte que toda la normativa estatal relacionada con los menores obedezca este parámetro, incluso las políticas públicas, sin importar su ámbito territorial (Observación General No. 14, 2013, párr. 15).

También, significa amparar los derechos de los menores a través de mecanismos y procedimientos claros, los cuales permitan denunciar la violación de sus derechos y llegar a su

reparación; además, estos medios deberían garantizar que este derecho se aplique de “manera sistemática en todas las medidas de ejecución y procedimientos administrativos y judiciales relacionados con él o que le afecten [el interés superior del menor]” (Observación General No. 14, 2013, párr. 15).

Respecto de estas medidas, la observación general número 5 ha concluido, entre aquellas que deberían tenerse en cuenta conforme a las disposiciones de los artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44, que la consagración jurídica de los derechos de los niños en las normas domesticas de los estados partes, incluyendo el interés superior del menor, resultan vitales para la salvaguarda de sus intereses.

Es más, ha considerado que una de las principales medidas de protección para los menores es “la inclusión de artículos sobre los derechos del niño en las constituciones nacionales, reflejando así los principios clave de la Convención”, lo cual, advierte, puede ser insuficiente por sí mismo, de ahí que incluso deban los estados partes “adoptar disposiciones adicionales, legislativas o de otra índole”, cuyo objeto sea el cumplimiento cabal de las obligaciones convencionales (Observación General No. 5, 2003, párr. 21).

Estas medidas, sin embargo, no pueden solo subsumirse en un restablecimiento normativo de derechos, sino también deben involucrar la disposición de recursos para hacerlos efectivos y reparar sus violaciones, garantizando las condiciones para su recuperación física y psicológica, así como su rehabilitación y reintegración a la sociedad (Observación General No. 5, 2003, párr. 24).

Por tal razón, se advierte en esta Observación, los derechos de los niños deberían promoverse desde una “estrategia nacional unificadora, amplia, fundada en los derechos y basada en la Convención” (Observación General No. 5, 2003, párr. 28); es decir, una política pública cuya pretensión sea garantizar en los todos los niveles de intervención sobre los niños, niñas y

adolescentes, el cumplimiento de sus derechos y su ejercicio libre para permitir su desarrollo, el cual debe tomarse como un concepto holístico que integra estadios físicos, mentales, espirituales, morales, psicológicos y sociales de los menores (Observación General No. 5, 2003, párr. 12).

Con todo, cabe aclarar, acatar el interés superior del menor en todas las “medidas” no implica que el Estado deba contemplar un proceso oficial y riguroso para determinar siempre si éste se vulnera o no, sino que cuando sea evidente o comprensible que se va a ver afectado, en su proceso de decisión debe ser más riguroso y llegar a una solución que haya contemplado el Interés (Observación General número 14, 2013, párr. 20).

Así, con el fin de “garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, y el desarrollo holístico del niño” (Observación General número 14, 2013, párr. 82), se ha estatuido un método de dos pasos para la aplicación de las medidas que incumben desde el interés superior del menor “la evaluación” y “la determinación”.

La primera consiste en “valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto”; la segunda, “se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior” (Observación General número 14, 2013, párr. 47).

Finalmente, en la Observación General número 14 (2013) se contempla que la decisión que se tome como producto de la evaluación y la determinación aplica para los casos en conflicto y, por tanto, debe cumplir con una carga de argumentación jurídica, a fin de que allí se explique de forma razonable el motivo por el cual el interés superior del niño fue o no relevante y si logró imponerse en una ponderación ante otros principios y por qué (párr. 97).

Ahora bien, lo dicho alrededor del interés superior del menor, se puede concluir tiene que se trata de una a) categoría jurídica de múltiples dimensiones y aplicaciones, pues es considerado un derecho subjetivo, un principio de interpretación jurídica y una norma de procedimiento; b) así también, implica para los Estados el tomar medidas jurídicas, financieras y demás pertinentes para asegurar el goce real e inmediato de los derechos de los menores; c) su aplicación es casuística, aunque eso no implica que deba dejar de considerarse que sus efectos pueden verse reflejados en los demás menores, de allí que su carga argumentativa sea mayor y rigurosa, estableciendo como se ha contemplado este interés y porque se decidió de esa manera.

Así, aplicado al objeto de estudio, este interés superior implica para el Estado regular la maternidad subrogada y desarrollar medidas que permitan salvaguardar el desarrollo integral de los menores, teniendo en cuenta que no solo debe disponer reglas y principios de aplicación jurídica, sino que debe destinar recursos para verificar si esas condiciones se están cumpliendo.

2.2 Derecho colombiano.

Superada la etapa anterior, corresponde en este momento, de acuerdo a las fuentes principales de interpretación de derechos en el ordenamiento jurídico colombiano, estructurar los derechos de las personas intervinientes. Cabe aclarar que no en vano se han hecho las apreciaciones anteriores, toda vez que estos instrumentos mencionados han sido suscritos por Colombia y tienen plena vigencia, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política.

2.2.1 Derechos fundamentales de la mujer gestante.

Respecto a este derecho en Colombia, la Corte Constitucional ha sostenido que la Carta Política también ampara la libertad sexual y reproductiva de la mujer, principalmente, a través del artículo 42; sin embargo, ha considerado que en su ejercicio convergen otros tantos instrumentos

internacionales en esa materia, los cuales se integran y se proponen como un bloque interpretativo que ha permitido indicar su sentido y alcance. Se resaltan:

- a) La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). En su artículo 16 se reconoce expresamente la facultad de los individuos a decidir sobre el número de hijos, su esparcimiento, además del derecho a ser educados para hacerlo de la mejor y más sensata forma de acuerdo con sus opciones de vida.
- b) El artículo 12 del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), si bien no reconoce expresamente este derecho, se ha determinado que, si todas las personas tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, este también debería comprender el pleno ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva.
- c) Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo al alcance dado por la Corte IDH a partir de casos icónicos como *Artavia Murillo y otros* (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, protege en sus artículos 11 y 17 el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva (S. SU-096 de 2018).

En consonancia con lo anterior, el Tribunal, “atendiendo al carácter indivisible e interdependiente de los derechos fundamentales”, ha sostenido que “estas garantías [derecho a la libertad sexual y reproductiva] amplían su fundamento y contenido a partir del extenso catálogo de derechos y libertades incorporados en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad” (SU-096 de 2018), de allí que involucran el ejercicio de otros derechos como la dignidad humana y a la **autonomía individual** (artículo 1); la vida digna (artículo 11); la intimidad personal y familiar (artículo 15); la igualdad (artículo 13); **el libre desarrollo de la personalidad** (artículo

16); la seguridad social y la salud (artículos 48 y 49) y la educación (artículo 67), entre otros (S. T-732 de 2009).

Lo anterior, se ve respaldado por otros instrumentos internacionales que han tratado los derechos sexuales y reproductivos, por ejemplo, en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994, la cual determinó que este derecho “abarca ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de Naciones Unidas aprobados por consenso” (p. 37)

Por otra parte, la Corte ha esgrimido que el derecho a la libertad sexual y reproductiva debe analizarse no como un solo derecho, sino desde una doble perspectiva: el derecho a la libertad sexual y el derecho a la libertad reproductiva (o derechos reproductivos). Esta distinción, afirma el Tribunal, obedece a una necesidad de corregir los problemas que se han presentado históricamente alrededor del ejercicio de este derecho (S. T-732 de 2009).

Para la Corte, se ha demostrado que este derecho se ha concedido a las mujeres principalmente en el plano de la maternidad, reduciendo la protección de su sexualidad solo bajo ese entendimiento, por lo tanto, diferenciar los derechos sexuales de los reproductivos permite salvaguardar la sexualidad y la reproducción como dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano, los cuales tienen niveles distintos de protección y no se ejercitan necesariamente de forma conglobada, pues no siempre se pretende que la sexualidad sea un medio para lograr la maternidad (S. T-732 de 2009).

Como se observa, la distinción realizada busca proteger de manera más eficiente los diferentes ámbitos de la vida humana; esto, sin embargo, no quiere decir que tengan un fundamento diferente, todo lo contrario, el Tribunal ha sostenido que ambos se anclan a un mismo fundamento normativo

y filosófico en cuanto pretenden “avanzar en la eliminación de los estereotipos de género que han facilitado la discriminación histórica de la mujer” (subrayas fuera de texto) (S. SU-096 de 2018), “reconoc[iendo] y proteg[iendo] la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan[do] los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación” (subrayas fuera de texto) (S. T-732 de 2009).

Así, conforme a la distinción realizada, se ha entendido que los derechos sexuales, por su parte, facultan a todas las personas para decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién (artículo 42 de la CP), implicando el ejercicio concomitante del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta Política (S. T-732 de 2009).

En coherencia con lo anterior, es posible afirmar que el desarrollo de la sexualidad debe darse en condiciones de igualdad y sin discriminación en todo momento (artículo 13 de la CP), ausente de “todo tipo de discriminación, violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción”; todavía más, en virtud de tal derecho, el Estado se ve en la obligación de proscribir actos como la violencia sexual, la esclavitud sexual y la prostitución forzada (S. T-732 de 2009).

También, se ha dicho que este derecho no solo implica el respeto y la protección de la libertad sexual en los términos enunciados, sino el acceso a los servicios de salud sexual, los cuales comprenden, por lo menos, a) la oportunidad de disponer de la información y la educación adecuada sobre los distintos aspectos que comprende la sexualidad (S. T-293 de 1998); b) la posibilidad de acceder a los servicios de salud sexual que se estimen necesarios para el goce efectivo (S. T-732 de 2009); y c) a “la facultad de contar con toda la educación e información respecto de la totalidad de los métodos de anticoncepción, así como la potestad de elegir de forma libre alguno de ellos” (S. SU-096 de 2018).

Por otra parte, al tanto de los derechos reproductivos, se ha manifestado la Honorable Corporación afirmando que su garantía es universal, reconocida para todas las personas, facultándolas para adoptar decisiones libres e informadas sobre la posibilidad de procrear o no, y cuándo y con qué frecuencia hacerlo (S. T-627 de 2012); sin embargo, por las razones ya señaladas sobre la historia de este derecho, es una facultad que tiene una protección reforzada sobre la mujer, pues es su proyecto de vida el que se alterará, en tanto que la maternidad trae consigo consecuencias físicas, psicológicas, sociales y culturales.

Con base a lo anterior, se ha considerado que esta garantía posee dos dimensiones: la primera, autodeterminación reproductiva; y, la segunda, el acceso a los servicios de la salud reproductiva, las que se explicarán:

En virtud a la autodeterminación reproductiva, la Corte ha señalado que en su núcleo duro “se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia” (subrayas fuera de texto). Su consagración normativa se encuentra en el artículo 42 de la Constitución Política y prescribe que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” (S. T-732 de 2009).

Al respecto, la Corte ha tomado referente la Observación General número 22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, mediante la cual ha sostenido que las mujeres deben ser protegidas contra toda forma de violencia física y psicológica, coacción y discriminación, asegurándoseles el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de sus decisiones reproductivas (S. T-732 de 2009).

Por lo tanto, ha dicho la Corte, este derecho se vulnera (desde esta perspectiva) no solo cuando se obstaculiza o se imponen medidas para limitar la libertad decisoria alrededor de la progenitura, sino también cuando no se ofrecen los medios y servicios necesarios para garantizar que las

personas puedan hacerlo en esas condiciones de libertad, o no se suministra la información de forma clara, amplia y suficiente que las personas estiman necesaria para tomar una decisión (S. SU-096 de 2018).

Por otro lado, el acceso a los servicios de salud reproductiva se establece como la otra dimensión protegida por los derechos reproductivos. La Corte ha destacado los especiales aportes que se han hecho desde el Comité CEDAW en este asunto, toda vez que la principal problemática de estos servicios se encuentra alrededor de la discriminación que se ejerce sobre la mujer (S. SU-096 de 2018).

Baste como ejemplo, la Recomendación General número 24, dicho Comité recalcó el hecho de que “la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria”, de allí que no observar las necesidades especiales de la mujer en la reproducción para cubrirlas, resulta discriminatorio a la luz de la Convención. También, se ha resaltado por la Corte el inmenso trabajo de otros organismos internacionales como el Comité para los DESC, quien en su Observación General número 22, estableció que la prestación de los servicios de salud reproductiva se debe adelantar bajo la óptica de la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad.

Con fundamento lo dicho en precedencia, el Tribunal Constitucional afirmó en sentencia SU-096 de 2018 que integran el derecho a la salud reproductiva por lo menos los siguientes cinco elementos, los cuales deben darse en condiciones disponibilidad, accesibilidad y calidad:

i) Los componentes de educación e información sobre los distintos servicios, medicamentos e insumos que integran los métodos anticonceptivos. A este aspecto también se integra la posibilidad de acceder y elegir de forma libre el procedimiento de preferencia de cada persona, de conformidad con los artículos 10 y 12 de la CEDAW.

ii) La existencia de mecanismos que aseguren el desarrollo de la maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos. Concretamente, el acceso a cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia.

iii) La prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino (subrayas fuera de texto).

iv) El acceso a la tecnología científica para procrear hijos biológicos, es decir, la posibilidad de acceder a procedimiento de fertilización in vitro (subrayas fuera de texto).

v) El acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo bajo los estándares de disponibilidad, accesibilidad y calidad, de acuerdo con los parámetros desarrollados por el Comité DESC, en los casos en que no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006, así como la obligación del Estado de proteger y respetar este componente de los derechos sexuales y reproductivos.

Por otra parte, cabe advertir que la doctrina le ha denominado también como el derecho a la procreación; sobre este ha anclado garantías o facultades inherentes como la libertad procreativa, la cual avoca al derecho de toda persona a escoger el medio para la procreación, ya sea, a través de la natural o la asistida, y en esta última, aquella que le convenga (Mil-Candal, 2010, p. 10).

Ahora bien, contrastando los alcances de este derecho respecto de la maternidad subrogada, debe decirse que las obligaciones al respecto de ella siguen siendo las mismas; empero, hay otras que surgen a raíz de la jurisprudencia constitucional que requieren un análisis y que no pudieron obtenerse en su momento: el “**derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE)**, en los casos determinados en la Sentencia C-355 de 2006”: cuando “la vida o la salud de la mujer se encuentre en riesgo, en casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina” (S. SU-074 de 2020).

Este asunto se torna de suma relevancia, toda vez que, en la práctica de las técnicas de reproducción asistida, es frecuente que el embarazo se deba interrumpir por malformaciones en el feto o porque el cuerpo de la mujer gestante no está en la capacidad de aceptar las consecuencias del fuerte tratamiento hormonal al que se ve sometido.

Como se revela por la doctrina bioética, muchos acuerdos de maternidad subrogada en el mundo establecen cláusulas que pretenden obligar a la mujer gestante a abortar en los casos mencionados (Lopez & Aparisi, 2012, p.262); sin embargo, tal como ha señalado la Corte Constitucional, en Colombia, cuando un embarazo encaja en cualquiera de las condiciones descritas en la sentencia C-355 de 2006, solo ellas están en plena capacidad de decidir si continúan o no con él (Pulido-Ortiz, 2014, p. 289).

Aun así, corresponderá al Legislador, dentro de sus facultades, el deliberar hasta qué punto es plausible que la decisión de la mujer gestante de abortar deba ser consentida con los padres comitentes; o si estando la voluntad de la mujer gestante en continuar con el embarazo, los padres deban aceptar el menor recién nacido, aun cuando las malformaciones físicas justificaban el aborto.

2.2.2 Garantías constitucionales para la pareja comitente o solicitante.

Como en el plano internacional, la distinción elaborada por la Corte Constitucional permite encontrar un alcance o derecho muy autónomo en el orden interno, de tal forma que se le pueda determinar como salud sexual y reproductiva. Al respecto del derecho a la familia, la Corte también ha avanzado en los mismos términos que se han propuesto por lo organismos internacionales, de allí que su contenido sea similar.

2.2.2.1 Derecho a la salud sexual y reproductiva

Corresponde en este acápite desarrollar los derechos reproductivos en cabeza de la pareja comitente, quienes apelan a su ejercicio para encontrar legitimado su deseo a la paternidad y la

maternidad a través de la maternidad subrogada. Como se advirtió en su primer momento, se trata de una garantía humana y como se develará aquí, también de índole fundamental. Gracias al desarrollo interpretativo-argumentativo de la Corte Constitucional, este derecho comprende el acceso de las TRA, de allí que, como conclusión, deberá obrar con claridad como los alcances de este derecho se irrigan través de dichas técnicas.

Consecuente con lo anterior, en Colombia, los derechos reproductivos tienen reconocimiento positivo en nuestro ordenamiento, primero, en los artículos 16 y 42 de la Constitución Política, y tal como ha dicho la Corte Constitucional, en “mandatos constitucionales como la dignidad humana, la protección de la integridad personal y la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes” (S. SU-074 de 2020). Segundo, en virtud del bloque de constitucionalidad (art. 93 C.P.), instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia también lo protegen; por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Sin embargo, la distinción de los derechos reproductivos como derechos fundamentales, a pesar de que su consagración como derechos humanos en los tratados internacionales en DDHH ratificados por Colombia, se han venido reconociendo por la Corte Constitucional en su jurisprudencia a partir del año 2000 (S. T-1104 de 2000), consolidándose su protección de ese mismo momento.

Alrededor de lo que significa dicho derecho fundamental, la Corte ha expresado que este es la facultad que tienen todas las personas, sin discriminación alguna, para “***decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos***” (S. T - 732 de 2009); sin embargo, también ha dicho

que “*su emergencia específica e independiente responde a la necesidad de enfrentar la persistente discriminación histórica que han soportado las mujeres*” (SU-096 de 2018).

Respecto de los alcances de este derecho, este Tribunal ha sostenido en forma reiterada que por medio suyo se reconocen y protegen dos aspectos fundamentales: (i) *la autodeterminación reproductiva* y (ii) *el acceso a servicios de salud reproductiva y a la información que redunda a su alrededor*.

Como se pudo evidenciar en el acápite de la mujer gestante, **a esta le corresponde principalmente la protección de este derecho en la esfera de la autodeterminación reproductiva**, toda vez que le ampara para que pueda decidir de manera informada si hace parte del acuerdo de maternidad subrogada y le habilita para ejercitar el método de reproducción que resulte más eficaz para la gestación que se pretende subrogar, así como para su interrupción voluntaria si llegare a configurarse en un riesgo para su integridad personal. Sin embargo, para la pareja comitente o subrogante, sin ser contrario a la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva determina en mayor medida la vigencia de su derecho a la reproducción en el caso de la maternidad subrogada.

Al respecto de ello, la Corte Constitucional ha establecido que el acceso a estos servicios se compone, entre otras, por las siguientes prerrogativas:

a) el derecho a la educación e información alrededor de los métodos anticonceptivos existentes y disponibles, así como disponer su acceso y la posibilidad de escoger aquel que se acomode más a su perspectiva de vida y deseos (S. SU-074 de 2020);

b) tener acceso a los servicios que permitan la interrupción voluntaria del embarazo de forma tal que sea una decisión que se pueda ejecutar de segura, oportuna y de calidad en los casos previstos en la Sentencia C-355 de 2006” (S. T-388 de 2009);

c) acceder a medidas que garanticen permitan una maternidad libre de riesgos durante los periodos de gestación y parto, así como en la lactancia, con acceso a aquellas atenciones médicas que aseguren las máximas posibilidades de tener hijos sanos (SU-074 de 2020).

d) como desarrollo de las obligaciones internacionales suscritas por Colombia a través de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, se debe constituir planes de prevención y tratamiento de las enfermedades del sistema reproductivo femenino y masculino (Observación General No. 14, para el PIDESC).

e) Facilitar el acceso a la tecnología científica que permita superar la infertilidad y procrear hijos, a través de las técnicas de reproducción asistida, donde se incluye la fertilización *in vitro*; esto significa que existe un deber para el estado de garantizar que “los servicios requeridos para la materialización de los derechos reproductivos se puedan utilizar por todas las personas, independientemente de su ubicación geográfica o su situación de vulnerabilidad”, sin que los posibles costos de su acceso y empleo signifiquen para las personas una barrera insuperable.

Este razonamiento obedece a que la Corte ha considerado que no solo los DESC requieren de recursos y la creación de instituciones para hacerse efectivos; los derechos fundamentales tienen una faceta de cumplimiento inmediato, la cual, además de significar un deber de abstención para los particulares y el Estado, también implica el uso de recursos para proveer la acción de la que depende la superación de la situación que vulnera su núcleo esencial³⁴ (S. C-372 de 2011).

En ese camino, la Corte ha dicho que en los derechos reproductivos, esta face de cumplimiento inmediato debe comprenderse principalmente a partir del respeto de su componente a la autodeterminación reproductiva. Si bien en oportunidades ha garantizado el acceso a servicios de

³⁴ La Corte distingue en los derechos fundamentales una faceta de “exigibilidad inmediata” y otra “prestacional”; en síntesis, encuentra que cuando se está vulnerando un derecho fundamental en su núcleo duro, el Estado debe garantizar su satisfacción inmediata a través de la disposición de sus recursos.

salud, específicamente sobre las técnicas de reproducción asistida como medio para paliar la infertilidad, ha dicho que la acción de cumplimiento inmediato que le corresponde al Estado es abstenerse de prohibir su práctica y acceso (S. SU - 074 de 2020).

Esto se debe, ha dicho la Corte, a que la procreación, a partir las técnicas de reproducción asistida, tiene un carácter prestacional que se sujeta al principio de progresividad, por lo que su provisión, para que pueda darse por el Sistema General de Seguridad Social, debe ser así determinado por el Legislador y la Administración, a la luz del principio de sostenibilidad fiscal, a fin de hayan los recursos que permitan garantizarlo efectivamente.

A pesar de lo anterior, el Tribunal ha concedido en múltiples oportunidades la aplicación de las técnicas de reproducción asistida con cargo al Sistema de Seguridad Social en Salud; ello, a fin de garantizar y salvaguardar el núcleo duro de los derechos fundamentales en cuestión. Dicha garantía se ha realizado a partir de dos posturas, las cuales se describen a continuación:

La primera posición jurisprudencial tiene como regla general que los tratamientos de reproducción asistida no deben ser garantizados mediante la acción de tutela, excepto, a) si con su retiro se vulnera el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud; o b) si de su práctica dependen otros derechos fundamentales como la vida, la salud y la integridad personal en los siguientes tres casos: 1) “en la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad”; 2) “para el suministro de medicamentos”; y 3) “cuando la infertilidad es un síntoma o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades” (S. T-316 de 2018).

La razón principal por la cual se ha negado la aplicación de tales tratamientos redunda en la faceta de exigibilidad inmediata de este derecho fundamental, toda vez que se ha entendido que los derechos reproductivos en este nivel implican un mero deber de abstención para el Estado, más

que una obligación positiva (S. T-1104 de 2000), por lo cual, solo se justifica la inversión de recursos por esta vía excepcional cuando con su garantía se pretende superar circunstancias que afectan la fertilidad como consecuencia de otras enfermedades secundarias, toda vez que se ponen en peligro el núcleo duro de otros derechos fundamentales como la salud, la vida, la dignidad o la integridad.

Como consecuencia de ello, la Corte ha encontrado que no es viable obligar al Estado a garantizar la maternidad biológica de una persona a través de las técnicas de reproducción asistida: primero, porque su garantía no está reconocida por el Sistema de Seguridad Social en Salud en su Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (S. T-760 de 2008); segundo, ya que se trata de una prestación que únicamente puede ser concedida por el Legislador (S. T-946 de 2002), quien toma en consideración la escases de los recursos públicos, priorizando aquellos tratamientos de vital importancia, a fin de garantizar su sostenibilidad en el tiempo (S. T-009 de 2014); finalmente, ante la imposibilidad física de la maternidad o paternidad, las personas o parejas afectadas pueden encontrar en la adopción una alternativa que satisfaga su voluntad procreacional en la conformación de una familia, proyectándose por ese medio su descendencia (S. T-1104 de 2000).

La segunda posición jurisprudencial considera que los tratamientos de reproducción asistida deben ser concedidos por acción de tutela cuando se determina que su negativa se traduce en la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad, la vida privada y familiar, la salud reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad.

La primera manifestación de la Corte en este sentido fue la sentencia T-274 de 2015, la cual concedió el amparo de cuatro expedientes que pretendían el acceso al tratamiento de *fertilización in vitro* cuyo objeto era tratar **directamente la infertilidad**, bajo el argumento de que había

transcurrido mucho tiempo desde la expedición de la Constitución Política sin que se hubieran presentado avances en la inclusión de estos servicios.

Así mismo, consideró que, en interpretación y aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estos servicios debían procurarse como posibles, pues su acceso hace parte del ejercicio del derecho a la vida privada y a la autonomía reproductiva, en tanto tienen conexión con la integridad física y psicológica de las personas.

Con fundamento en ello, la Corte consideró que las sentencias T-528 de 2014 y T-274 de 2015 se constituían en una nueva línea argumentativa sobre la cual era posible autorizar este tipo de prestaciones no incluidas por el Sistema de Seguridad en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (S. T-306 de 2016); por ejemplo, en la sentencia T-375 de 2016, se ordenó una *“fecundación in vitro con lavado previo de semen”* para una pareja que deseaba procrear un hijo, aun cuando el compañero había sido diagnosticado con VIH.

Cabe anotar que esta posición jurisprudencial no ha sido tranquila, tanto que varias salas de revisión de tutela, intentaron expresamente suprimirla; por ejemplo, por la sentencia T-398 de 2016, consideró que las mutaciones hechas por la sentencia T-274 de 2015 creaban reglas con un alcance general para el acceso a tratamientos para la infertilidad, las cuales terminaban zanjando precipitada y anticipadamente distintas hipótesis que surgirían alrededor del reconocimiento de estos procedimientos, sobre los cuales se tenía un debate que no ha sido abordado por el Legislador, pues el tratamiento médico, por un lado, implicaba un gasto financiero para el Estado que la Corte no tenía facultad de ordenar, y por otro, las consecuencias éticas de estos procedimientos, respecto de los embriones y sus usos, no habían sido regulados aún de forma extensa.

Sin embargo, otras Salas del Tribunal en las sentencias T-377 de 2018 y T-337 de 2019, reafirmaron esta línea al considerar que es posible ordenar este tipo de tratamientos aún con cargo

el Sistema de Seguridad Social en Salud, cuando la imposibilidad de acceder a ellos vulnera derechos fundamentales como la igualdad, la no discriminación, y el derecho a conformar una familia, en todo caso, distintas del derecho a la salud.

También, es relevante precisar que, en los pronunciamientos más recientes de esta Corporación, en el marco de los principios propios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha exigido que “los accionantes realicen un aporte económico para contribuir a la financiación de los tratamientos de reproducción asistida que solicitan” (S. SU-074 de 2020).

En consonancia con esta línea interpretativa, la Corte sostuvo que el principio de progresividad debía comenzar a discutirse por la Administración y el Legislador alrededor de la garantía de estas prestaciones con cargo al Sistema de Salud Público (PBSUPC o POS), debido a su exclusión absoluta aun cuando había sido reconocido ya como un derecho fundamental desde 1991 por la Constitución y los tratados internacionales (S. Sentencia T-528 de 2014), razón que llevó emitir múltiples exhortos a través de las sentencias T-274 de 2015, T-306 de 2016 y T-398 de 2016.

Lo anterior se estimó en consideración a que, para la Corte, los casos estudiados demostraron que

el carácter progresivo del derecho a la salud y de la faceta prestacional de los derechos reproductivos se relaciona con el derecho a la igualdad, toda vez que supone que todas las personas, incluso las que disponen de menores recursos económicos, cuenten con oportunidades básicas de acceder a procedimientos médicos que tradicionalmente se han considerado como reservados para aquellos que gozan de mayor capacidad económica (S. SU-074 de 2020).

Estos llamados calaron en el Legislador, quien impulsó la expedición de la Ley 1953 de 2017, “Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”.

Debido a que esta fue objetada por el Gobierno Nacional por inconstitucionalidad, le correspondió a la Corte Constitucional, en virtud del artículo 241, numeral 8 de la Carta Política, revisar los cargos presentados. La sentencia C-093 de 2018, declaró infundadas las objeciones por inconstitucionalidad formuladas, declarando su exequibilidad.

Precisamente uno de los temas de objeción fue el artículo 4, que desarrolla el carácter prestacional de los derechos reproductivos. El Gobierno Nacional estimó en sus cargos que dicho artículo implicaba la inclusión de las técnicas de reproducción asistida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC).

No obstante, la Corte desestimó tal afirmación, pues consideró que artículo, en otras palabras, “constituye una habilitación al Gobierno con el fin de que reglamente los parámetros necesarios para que la prestación de las terapias de reproducción asistida sea garantizada con recursos públicos”, a tal punto que “el Gobierno debe conseguir la fuente de financiación idónea sin que en ningún momento ello implique la reducción de recursos para sufragar el costo del plan de beneficios, ni una desprotección para la población afiliada al sistema de salud ” (S. C-093 de 2018).

Es decir, para la Corte, el artículo 4 de la ley 1953 de 2019 no incluyó expresamente las técnicas de reproducción asistida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC), por tanto, “***no constituye la regla general, lo cual implica que no tiene eficacia directa sobre todos los afiliados***” (S. C-093 de 2018).

Esta consideración conlleva a tener por infundados los argumentos presentados en contra de la Ley 1953 a partir del principio de sostenibilidad fiscal, toda vez que el estudio presentado por el Gobierno Nacional partió del supuesto de que el procedimiento de fertilización *in vitro* estaba incluido en el Plan de Beneficios en Salud (S. C-093 de 2018).

Por ende, el costo de esta política pública sólo puede ser determinada ciertamente una vez sea dictada la reglamentación respectiva que permita su acceso, la cual está sometida a los criterios de progresividad y no regresividad, a fin de no hacer nugatorios los derechos reproductivos; además, deberá indicar cuál será su fuente de financiamiento, sin poder alegar la sostenibilidad fiscal como justificación para no aplicar la política, toda vez que parágrafo del artículo 334 Constitucional así lo prohíbe (S. C-093 de 2018).

Dicha Ley dispuso en el artículo 3 que, una vez entrada su vigencia, el Ministerio de Salud y Protección Social tendría el plazo perenne de 6 meses para promulgar la política pública que asegurara el acceso de las técnicas de reproducción asistida; sin embargo, ante la falta de la ocurrencia de tal acto administrativo, la Corte Constitucional, a través de la sentencia SU-074 de 2020, ha fijado reglas cuyo objeto es permitir transitoriamente la garantía de tales derechos fundamentales a través de las técnicas de reproducción asistida a fin de paliar la infertilidad.

Esta posición la ha adoptado, pues a su consideración, la expedición de dicha Ley no supe *per se* el existente déficit de protección efectiva de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud y de los derechos reproductivos de las personas con menor capacidad económica para acceder a los tratamientos de reproducción asistida, tanto en su faceta inmediata como en la prestacional, toda vez que:

“(i) se obstaculiza el desarrollo de su proyecto de vida, por la dificultad para concebir hijos biológicos sin tener acceso a una adecuada asistencia científica para tal propósito; (ii) se afectan sus derechos reproductivos y, por lo tanto, los derechos a la autonomía reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar y a conformar una familia, por la imposibilidad para quienes carecen de recursos económicos de optar libremente por la alternativa de la procreación con asistencia científica en el ámbito del derecho reproductivo a

decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos; y (iii) se amenaza su derecho a la salud, debido a los posibles efectos negativos de la infertilidad sobre el bienestar psicológico de las personas con dicha condición clínica. Igualmente, debe tenerse en cuenta que la faceta prestacional de los derechos reproductivos se desarrolla en varios casos a través de las tecnologías, prestaciones y procedimientos propios del derecho a la salud” (S. SU-074 de 2020).

Ahora bien, respecto del nivel prestacional que debería brindarse, la Corte encontró que la posibilidad de financiar completamente y en todos los casos los tratamientos de fertilización *in vitro* con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) sería contraria a la Ley 1953 de 2019 y a la Sentencia C-093 de 2018, en tanto implicaría un impacto significativo en la sostenibilidad financiera del Sistema y comprometería su viabilidad, así como la garantía de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad (S. SU-074 de 2020).

En consecuencia, la Corte, atendiendo al déficit prestacional existente, considerando que no es razonable que se exija la espera del acto administrativo que establezca condiciones para el acceso a las prerrogativas de la Ley 1953 de 2019, pues se tonarían nugatorios, ha dicho que en “circunstancias excepcionales” en donde se vea efectivamente acreditado que estos derechos fundamentales están siendo vulnerados o amenazados, “se debe garantizar, con cargo a recursos públicos, la financiación parcial de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad requeridos por las personas o parejas con infertilidad, con el fin de asegurar la plena vigencia de tales garantías constitucionales” (S. SU-074 de 2020).

Así, la Sala Plena de la Corte Constitucional, como garante de los derechos fundamentales, desarrolló en dicha sentencia las condiciones y requisitos necesarios para que las personas y parejas

con infertilidad puedan acceder a la financiación parcial de tratamientos de reproducción asistida en circunstancias excepcionales de acuerdo con el artículo 4 de la ley 1953.

Finalmente, acerca del cumplimiento de tales requisitos, que son: (i) edad; (ii) condición de salud de la pareja infértil; (iii) número de ciclos que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud³⁵; (iv) capacidad económica de la pareja³⁶; (v) frecuencia; y (vi) tipo de infertilidad³⁷, la Corte comisionó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES, mientras el Ministerio de Salud y Protección Social emite la política pública ordenada por la Ley 1953.

De lo reseñado al momento, puede observarse como los derechos reproductivos se han transformado desde una perspectiva de mera pasividad, a punto tal de empezar a ser garantizados prestacionalmente por el Estado a través de su sistema de salud, lo que a la luz de la maternidad subrogada puede significar un gran avance, pues como se advierte por la misma Corte, la pretensión de la ley 1953 en materia de técnicas de reproducción asistida, especialmente con la Fecundación *in vitro*, es permitir a todas las personas, sin consideración de sus condiciones económicas, acceder a ellas.

Por lo tanto, resulta plausible que las parejas que no tienen recursos por sí mismas para sufragar el procedimiento de fecundación *in vitro*, que es el método más utilizado para la maternidad subrogada, pueda acceder a este, y con ello superar su condición a raíz de la infertilidad padecida o de su imposibilidad biológica. Esto las acerca en un plano de igualdad respecto de aquellas que sí tienen recursos.

³⁵ De acuerdo con la Corte, el **número máximo ciclos para el tratamiento de fertilización *in vitro* que pueden sufragarse cargo a recursos públicos por persona o pareja con infertilidad son tres.**

³⁶ Los solicitantes deberán aportar económicamente para el tratamiento, de acuerdo con sus capacidades económicas.

³⁷ El solicitante no debe haber **tenido previamente hijos, ya sean procreados** naturalmente, con asistencia científica o adoptivos. Así mismo, no deberían haber intentado un procedimiento de fertilización *in vitro* con anterioridad.

2.2.2.2 *Derecho a la familia*

El derecho a la familia en Colombia, por su parte, puede encontrar consagración normativa en los artículos 5 y 42 de la Carta Política; estas descripciones se refieren al deber de protección del Estado hacia la familia, abrogándole la calidad de institución básica de la sociedad, a partir de un modelo “material”, es decir, que reconoce su transformación social y cultural, protegiéndolo.

Sin embargo, cabe advertir, el concepto inicial de Familia descrito en la Carta Política en 1991 consistía textualmente en la conformada por la pareja heterosexual, dejando sin reconocimiento jurídico cualquier otra forma de unión; de allí que este concepto se ha ido transformando, siendo su principal artífice la Corte Constitucional, para quien, la familia, tiene como condición suficiente, dándole origen, para así merecer la protección del ordenamiento jurídico, la voluntad responsable de conformarla (Páez, 2013, p. 235).

Así, se abre la tutela jurídica para todas las formas de familia y de los vínculos que las forman, desde las familias heterosexuales, por las monoparentales hasta las homoparentales, siendo estas últimas las que más se han visto sujetas a discusión, viéndose su estatus jurídico en un lento progreso.

De lo anterior se encuentra sustento en que, desde la expedición de la Carta en 1991, pocas eran las garantías que se le habían brindado a estas parejas del mismo sexo respecto de su integración familiar y sus derechos, ya que, a pesar del reconocimiento constitucional del libre desarrollo de la personalidad y de dicha concepción material de familia, el ordenamiento jurídico a nivel infraconstitucional no se había mostrado coherente con ello.

Partiendo de tal contexto, su integración como familia no estaba reconocida por el ordenamiento jurídico, ni les tenía un estatus, pues todas las instituciones con ese fin estaban diseñadas para amparar a parejas heterosexuales, por ejemplo, no podían recurrir al matrimonio,

reconocido por la jurisprudencia como el medio jurídico de protección más importante para la familia³⁸, en tanto el código civil consideraba que para tener validez, este acto debía celebrarse entre una pareja heterosexual y, tampoco podían considerarse una unión marital de hecho, ya que las circunstancias de hecho descritas en la ley 54 de 1990, modificada por la ley 979 de 2005, para ese efecto solo consideraban la convivencia de parejas heterosexuales.

Así, la primera medida de reconocimiento fue la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional, con la cual se les hizo extensible el régimen de la ley 54 de 1990. En esa oportunidad se declaró que dicha norma era exequible, siempre que se entendiera que su aplicación cobijaba a las parejas del mismo sexo, pues si bien la finalidad con la cual se creó este régimen era proteger a la familia (heterosexual) y a la mujer, *“no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado”*.

Otros reconocimientos se han dado, por ejemplo, con la sentencia C-577 de 2011, que analizó el contenido del artículo 113 del Código Civil, que define la institución del matrimonio. Allí consideró que las parejas del mismo sexo respecto de esta institución se hallaban en un déficit de protección, por lo cual estimó pertinente exhortar al Congreso de la República para que regulara el asunto.

Sin embargo, dicha regulación no ocurrió en el plazo sugerido por la Corte, de ahí que dentro de su fallo ordenó que los notarios y jueces, a partir del 20 de junio de 2013, debían entrar a celebrar contratos formales entre parejas del mismo sexo con el mismo contenido del contrato matrimonial, pues *“los pactos de unión civil o los acuerdos de mera convivencia, perpetúan el*

³⁸ Corte Constitucional, Sala Plena. (26 de julio de 2011) Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

déficit de protección identificado por la jurisprudencia constitucional, desde un punto de vista formal y material” (Páez, 2013, p. 250).

Por último, en la sentencia C-683 de 2015 se decidió sobre la exequibilidad de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 3 y 5) de la ley 1098 del 2006 y del artículo 1 de la ley 54 de 1990, los cuales establecen los efectos jurídicos de la adopción, el consentimiento y sus requisitos. La Corte estimó que debía declararse que dichas normas estaban conforme al ordenamiento constitucional de forma condicional, interpretándose que ellas aplican también a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Para lo anterior, el Tribunal consideró que impedir que un niño sea adoptado y haga parte de una familia, arguyendo como único impedimento el solo hecho de que sea solicitado una pareja del mismo sexo, representa una restricción inaceptable de sus derechos y se constituye como un planteamiento contrario a su interés superior, consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política.

Por último, concluyó que todo proceso de adopción debe estar siempre dirigido a garantizar el interés superior del niño y el restablecimiento de sus derechos, constituyéndose en un deber del Estado el verificar *“si se cumplen los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y la idoneidad de la familia adoptante, de tal forma que esta brinde la estabilidad socioeconómica y un ambiente de respeto, amor y bienestar para el menor”* (Corte Constitucional, S. C-683 de 2015).

Lo anterior, lleva a concluir que la Familia, como institución básica y fundamental de la sociedad, la cual se ampara por la mayoría de los tratados de los derechos humanos en el mundo, hoy es:

- a) Un derecho inherente de todas las personas, indistintamente de su condición u orientación sexual, el cual permite desarrollar su proyecto de vida.

- b) Un medio para la constitución de vínculos paternos y maternos con menores, tanto que se habilita la adopción para todas las personas.

Estas facultades evidencian que la constitución familiar es dinámica y que el Estado debe estar dispuesto a garantizarlo; por tanto, la práctica de la maternidad subrogada, *per se*, exige el deber de elaborarse una regulación que la reconozca, que permita a las parejas o personas lograr la vocación familiar y paternal a través de ella, o que por lo menos, medie sus consecuencias jurídicas, cuyo efecto sea garantizar que se produzca un vínculo filial del menor con sus padres de forma celera y eficaz, a fin de garantizar su desarrollo integral, pues someterlos a la medida común que es el proceso de adopción para ser reconocido legalmente como hijo de sus padres, es tardío e innecesariamente dificultoso.

2.2.3 Estatus jurídico de protección del *naciturus* y el menor.

Conforme a la línea argumentativa que se desprende del reconocimiento internacional del no nacido y sus bienes jurídicos, así como el menor y su estatus prevalente, se dispone ahora a incorporar las garantías que son ostensibles en el ordenamiento jurídico colombiano para su protección.

2.2.3.1 Las garantías del *naciturus* en el ordenamiento jurídico colombiano.

En primer lugar, tal como se introdujo en el apartado de fuentes internacionales, en el derecho colombiano también se ha dado la misma discusión alrededor del estatus jurídico del *naciturus* y la protección que el ordenamiento jurídico debería brindarle. Esta tensión se ha presentado a partir de la consideración de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer fuera de la maternidad y el matrimonio.

En Colombia, dicha tensión se ha ido resolviendo a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, quien, a consideración de la Doctrina, puede tomarse en dos momentos, en cuyo

vértice divisorio se haya en la sentencia C-355 de 2006: antes de ella, se llegó a considerar al *naciturus* como una persona; luego, se le dio la connotación de bien jurídico protegido. A continuación, corresponde entonces hacer la distinción de estas dos etapas, a fin de exponer con claridad **cuál es la que prevalece actualmente y cómo influye en el objeto de estudio.**

2.2.3.1.1 *Los derechos del naciturus antes de la sentencia C-355 de 2006.*

De acuerdo con Pulido-Ortiz (2014), la tesis interpretativa sostenida en la vigencia de esta postura jurisprudencial se encuentra contenida en las sentencias C-133 de 1994 y C-013 de 1997. Ellas encierran tres prerrogativas fundamentales (p. 288):

- a) La vida es un derecho fundamental y un bien constitucionalmente protegido. Por ende, el no nacido puede exigir otros derechos fundamentales que le son inherentes.
- b) Son sujetos titulares de ese derecho todos los seres humanos a partir de la concepción.
- c) El derecho a la vida inicia con la concepción.

Al respecto del fundamento de estas conclusiones, la sentencia T-233 de 1998, ofrece una serie de argumentos que concluyen de forma acertada la postura jurisprudencial: a) para la Corte, la doctrina internacional y filosofía del estado social de derecho, reconocían que estatus jurídico del *nasciturus* era ser sujeto de derechos, principalmente, por su condición de individuo de la especie humana. b) Por tal razón, sostuvo que las prescripciones normativas de los tratados suscritos por Colombia en la materia, así como la misma constitución en sus artículos 43 y 44 (protección a la mujer embarazada), nos significaban “otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales” (subraya fuera de texto). c) Sobre esto último, sostuvo que, en virtud del principio lógico de razonabilidad, no todos los derechos fundamentales del *naciturus* podían ser exigidos; debía entonces estudiarse

cada caso para saber cuáles eran susceptibles de tutela (S. T-223 de 1998), pues el ordenamiento jurídico ya tenía herramientas para garantizar la prevalencia de sus intereses, por ejemplo, a través de las sanciones penales en contra de su vida pervivencia fetal o las prerrogativas civiles dadas al juez para custodiar sus bienes (S. T-223 de 1998).

Finalmente, la Corte concluye con que el artículo 93 del Código Civil hacía referencia exclusiva a la protección de los derechos de rango legal, **de ahí que los derechos fundamentales del no nacido no puedan ser diferidos**, en tanto que son inherentes a la condición humana y cuentan con plena vigencia (S. T-223 de 1998).

2.2.3.1.2 Los derechos fundamentales del nacidurus y los menores luego de la sentencia C-355 de 2006.

Por su parte, para Pulido-Ortiz (2014) narra como la sentencia C-355 de 2006 revalúa los anteriores parámetros, creándose una nueva tesis interpretativa, fundando las siguientes premisas (p. 288):

- a) La vida es un derecho fundamental y un bien constitucionalmente protegido.
- b) Solo los nacidos tienen el derecho fundamental a la vida, los no nacidos tienen derecho la vida como bien constitucionalmente protegido.
- c) La titularidad del derecho a la vida inicia con el nacimiento.

Como puede observarse, respecto de la primera línea jurisprudencial, la diferencia radica en que **el** no nacido tiene bienes jurídicos que pueden ser mediados para su protección a través del ordenamiento jurídico sin que pueda ser declarado como una persona; también, su garantía no puede ser desproporcionada, a punto de desequilibrar las cargas y pasar por encima de los derechos fundamentales de otras personas, quienes ya se constituyen en vida y existe sobre ellos un deber de protección.

La consideración anterior se dio por la **ponderación** de derechos que implicó la sentencia C-355 de 2006, entre el no nacido y la mujer gestante. Allí se concluyó que la protección a través la sanción penal dada alrededor del no nacido **era una medida desproporcionada respecto de los derechos de la mujer gestante cuando se establecía de forma absoluta** (Pulido-Ortiz, 2014, p. 289) por tanto, se procuró por la Corte establecer aquellos escenarios en donde la protección del bien jurídico a la vida del *naciturus* podía ser limitada:

- a) La existencia un grave riesgo para la salud de la mujer. Es desproporcionado pretender que la vida de la mujer ceda de forma absoluta ante la vida del feto, toda vez que los bienes jurídicos existentes y de plena vigencia de la mujer a la vida y a la salud se verían desconocidos tajantemente respecto de aquellos que están en consolidación (Pulido-Ortiz, 2014, p. 289).
- b) Ante las existentes malformaciones del feto. Allí el deber de protección de la vida pierde peso, toda vez que esa vida a proteger se haya en circunstancias que la hacen inviable. Así, cuando no es posible la pervivencia del feto por estas condiciones, no queda otra opción lógica que hacer prevalecer los derechos de la mujer; una interpretación contraria la cargaría desproporcionadamente con la sanción penal (Pulido-Ortiz, 2014, p. 289).
- c) Cuando el embarazo es producto de los delitos de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o incesto, se despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo (Pulido-Ortiz, 2014, p. 289).

Todas estas apreciaciones permiten concluir que en Colombia el no nacido no es persona desde la concepción, de ahí que no tenga derechos, sino bienes jurídicos que son de tutela estatal, los

cuales significan limitaciones a los derechos de la mujer gestante, aunque no de forma desproporcionada.

Con mente en lo anterior, puede afirmarse que, respecto de la maternidad subrogada, el no nacido tendría el mismo estatus constitucional que los demás, lo que impediría avalarse cualquier decisión que lo afecte severamente y que no considere el ordenamiento vigente, como, por ejemplo, la vulneración del bien jurídico a la vida con la interrupción del embarazo sin el amparo de las medidas dadas ordenamiento jurídico. Aunque, ello no signifique que puedan darse medidas ulteriores de protección, como definir desde la concepción la filiación de los padres, a fin de garantizar sus derechos una vez nazca.

2.2.3.2 *Derechos del menor en Colombia.*

Como se ha mencionado en el acápite internacional, el elemento interpretativo fundamental en la protección de los derechos del menor se constituye *el interés superior del menor*. Allí quedó establecido que su origen es de orden foráneo, razón por la cual, corresponde denotar su sentido en el ordenamiento jurídico interno, el cual, se advierte no se ha distanciado de ese sentido primigenio. En virtud de lo anterior, se traerán aquí las principales fuentes normativas que hacen exigible dicho principio y se develará la importancia del derecho internacional en las decisiones de los operadores jurídicos en Colombia.

Como primera medida, se advierte que la Convención sobre los Derechos del Niño emanada en el seno de las Naciones Unidas es un instrumento ratificado por Colombia y aprobado mediante la ley 12 de 1991. Por tal razón, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política, por ser un tratado internacional en materia de derechos humanos, hace parte integrante de la Constitución, razón que permite aplicarlo directamente.

No obstante, la misma Carta aprovisionó a los menores de un catálogo de derechos amplio y de herramientas interpretativas; por ejemplo, en el artículo 44 dispuso cuales son los derechos fundamentales mínimos de los niños y que estos prevalecen sobre los de los demás, es decir, introdujo el principio de prevalencia del interés superior del menor. Incluso dijo que, aun sin el bloque de constitucionalidad, los menores tienen derecho a todas las prerrogativas que estén contenidas en los instrumentos ratificados por Colombia.

Posteriormente, el Legislador, introduciría al rango legal un nuevo y más respetuoso catálogo de derechos y deberes para con los menores, a través del Código de la Infancia y la Adolescencia; allí mismo, se dispuso a nivel interpretativo el principio del interés superior del menor, concluyendo que es la obligación de

todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes (artículo 9, Ley 1098 de 2006).

También, consideró que, a fin de brindar mayor nivel de garantías en este aspecto legal, las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y las prerrogativas Constitucionales en materia de los niños hacen parte integral del Código de Infancia de Adolescencia:

Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación (artículo 6, Ley 1098 de 2006).

Todas estas condiciones en favor de los menores no son meras abstracciones fuera de contenido en la realidad, todo lo contrario, la Corte Constitucional ha entendido que el interés superior del menor es un criterio que debe acomodarse a la realidad particular de cada menor, atendiendo a

parámetros fácticos y jurídicos, inclinándose por aquel o aquellos que satisfagan mejor las exigencias del menor para su desarrollo integral (S. T-510 de 2003).

Así mismo, la Corte ha precisado el contenido normativo del interés superior del menor en sentencias como la C-804 de 2009, así:

- a) La numeración de los derechos fundamentales de los niños no es taxativa; por remisión constitucional, les amparan aquellos reconocidos en tratados internacionales ratificados por Colombia.
- b) Los menores tienen un trato preferente frente a los demás.
- c) Los menores tienen una protección constitucional reforzada, lo que significa que sus derechos e intereses son superiores y preferentes.
- d) Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a un desarrollo integral desde todos los niveles: físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, cuyo deber correlativo está en cabeza de sus familias, de la sociedad y del Estado.
- e) Es deber de todos fomentar la plena evolución de la personalidad del niño, teniendo en cuenta para ello las condiciones, aptitudes y limitaciones particulares.
- f) Es una obligación de todos promover en los niños formación que les permita convertirse en ciudadanos con autonomía, independencia “y útiles a la sociedad”.
- g) Es deber del Estado garantizar la protección de los menores frente a riesgos prohibidos, entre otros, como la trata de personas, la violencia intrafamiliar y cualquier forma de abandono.

Como se observa, esta postura de la Corte es plenamente compatible con las prescripciones brindadas por la Observación General No. 14 del Comité para la Convención sobre los Derechos

del Niño, de allí que sea claro como todo el ordenamiento jurídico colombiano se ha concatenado con el *ius cogens internacional para la protección de los derechos del niño*.

Lo anterior permite advertir como todo el ordenamiento jurídico nacional obliga al Estado colombiano a salir en garantía, desde todos sus niveles, por la vigencia de los derechos de los menores. Tal compromiso le implica considerar el método de aplicación del interés superior del menor, en el sentido que se explicó hace unos párrafos³⁹.

Finalmente, estas prerrogativas, aplicadas al objeto de estudio, develan que el juicio y la argumentación a la hora de considerar las posibles regulaciones en relación con la permisión o prohibición de la maternidad subrogada no pueden ser escuetas y sin pormenorizar; en su lugar, implica considerar los posibles intereses de los menores que se van a ver afectados versus el derecho de las parejas y personas a ser padres, a fin de que las medidas sean rigurosas y no abran un campo de desprotección, los cuales la experiencia internacional ya ha evidenciado: indeterminación de la filiación, el abandono, la trata de personas y la condición de apátrida.

2.3 Límites de los derechos a la maternidad subrogada

Como se ha podido observar en cada uno de los derechos de los intervinientes, hay puntos drásticos en los cuales colisionan y es posible que se haga necesaria una ponderación que los haga dialogar, a fin de obtener el punto medio que no implique la vulneración de sus núcleos duros. Con esa mirada, este acápite reunirá los principales puntos de colisión que la doctrina ha encontrado entre los derechos de quienes intervienen en la maternidad subrogada. Estos se definen en dos tipos: unas al acuerdo y otros son de tipo bioético, los cuales se tratarán en mayor profundidad en el cuarto capítulo.

³⁹ Página 48 de este escrito.

2.3.1 Barreras al acuerdo de maternidad subrogada

Bajo esta mirada, Marín (2005) sostiene que el acuerdo de maternidad subrogada está sometido a limitaciones, las cuales serían barreras de tres tipos: constitucionales, legales e interpretativas. De la primera, enuncia a) la dignidad humana en el Estado Social de Derecho (artículo 1); b) la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, especialmente en el plano de los derechos sexuales y reproductivos (artículos 42 y 43); c) el bloque de constitucionalidad como límite interpretativo desde los tratados sobre derechos humanos (artículo 93) y d) la iniciativa privada y la libertad de empresa sometidas al bien común y a la responsabilidad social, además de la restricción del abuso de la posición dominante (artículo 333) (p. 44).

Sobre las barreras legales, enuncia, entre otras, a) el abuso del derecho (artículo 883, Código de Comercio); b) responsabilidad precontractual (artículo 863, Código de Comercio); c) buena fe negocial (artículo 1603 del Código Civil); d) responsabilidad extracontractual (artículo 2341 del Código Civil); e) el enriquecimiento sin causa (artículos 2313 del Código Civil y 831 del Código de Comercio); y, finalmente, f) la prohibición del abuso de la posición dominante (p. 45).

Tercero, las barreras en la interpretación, considera que deben tenerse en cuenta los siguientes: a) el deber de información precontractual (artículo 863 del Código de Comercio); b) los alcances del principio de la buena fe negocial (artículos 1602 del Código Civil y 871 del Código de Comercio) y c) la interpretación en favor del contratante (artículo 1624 del Código Civil) (p. 46).

A su entender, estas barreras se consolidan para buscar un sistema contractual mucho más equilibrado, respetando las libertades individuales y procurando que entre las partes exista una verdadera igualdad material y no meramente formal al momento de constitución del acuerdo, así como en su desarrollo (Marín, 2005, p. 46).

Por otra parte, se ha dicho que la autonomía privada, aparte de las barreras enunciadas, se limita por las buenas costumbres y el orden público para garantizar así equilibrio contractual entre las partes y permitir igualdad entre ellas; no obstante, se advierte que estos conceptos resultan insuficientes, pues la realidad muestra que la ley de oferta y demanda precipita la balanza de las relaciones contractuales hacia quien tiene mejores y mayores medios (Marín, 2005, pág. 43).

Al respecto de estas limitaciones al autonomía de la voluntad, Rodríguez-Yong & Martínez-Muñoz (2012) cuentan que la jurisprudencia norteamericana en el estudio del contrato de maternidad subrogada ha considerado que violan el orden público por tres razones fundamentales: i) *“constituyen un instrumento para la explotación de las mujeres, especialmente aquellas de bajos recursos económicos”*; ii) *“tienen como propósito la compraventa de recién nacidos, lo que convierte a estos en una mercancía que puede ser vendida y comprada como cualquier otro producto y de acuerdo con el precio del mercado”*; y iii) *“atentan contra la unidad de la familia, pues al intercambiarse un niño por una compensación, se está contribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida humana”* (p. 70).

No obstante, aclaran que estos argumentos nos son compartidos unánimemente por toda la jurisprudencia de corte anglosajón, pues, por un lado, consideran que si bien es razonable que las mujeres de escasos recursos se ven más propensas a aceptar este tipo de acuerdos en la posición de la mujer subrogante, no existe plena prueba que indique que estos acuerdos en realidad explotan a las mujeres en mayor medida a como lo hacen otras formas de empleo que deben asumir por la precariedad económica (Rodríguez-Yong & Martínez-Muñoz, 2012, p. 71).

Por el otro, consideran que en la maternidad subrogada no se promueve el tratamiento de los menores como mercancías en tanto no hay prueba suficiente que demuestre que así lo ocurre; en

ese mismo sentido, se argumenta entonces que este contrato no tiene por fin la compraventa de un menor, sino la prestación de un servicio (Rodríguez-Yong & Martínez-Muñoz, 2012, p. 71).

2.3.1.1 Límites a los derechos.

De otra mano, corresponde ahora exponer las limitaciones que se pueden encontrar a estos derechos como resultado de una ponderación entre ellos, proponiendo que su ejercicio no puede ser ilimitado y absoluto, por lo cual, debe matizarse a partir del respeto de otras garantías igualmente importantes para las personas que son intervinientes en el procedimiento de la maternidad subrogada.

Así, por ejemplo, respecto de los derechos de los padres comitentes y la mujer gestante están en la otra zona de la balanza, i) el “*derecho a la vida*” del menor que está por nacer, así como su ii) “*derecho a la continuidad de la existencia*”; iii) el derecho a la dignidad humana; iv) el derecho a la identidad propia y v) el interés superior del menor (Isler, 2010, p. 21).

Lo anterior, se sostiene, primero, al entender que el derecho a la vida no consiste en la posibilidad de exigir su creación o adquirirla, sino en que una vez exista, se mantenga; así, respecto del menor, se considera que desde que exista “vida” de acuerdo con el ordenamiento jurídico, debe brindársele protección (Isler, 2010, p. 17).

En segundo, se advierte que, en plena concordancia con el primer derecho, no puede entonces avalarse que se interrumpa voluntariamente la gestación en caso de existencia embrionaria, sino está claramente justificada por el ordenamiento jurídico (Isler, 2010, p. 17).

En tercero, la dignidad humana implica para las personas, una vez parte del contrato, sean tratados como fines, no como medios para la realización de una mera expectativa; especialmente se predica como protección hacía la mujer subrogante y el menor.

Por cuarto, la identidad propia se ha ido perdiendo como derecho, ya que se contempla que los múltiples avances científicos están llevando a las personas a querer un menor diseñado según sus preferencias, cosa discutible éticamente.

Finalmente, sobre el interés superior del menor, se argumenta que los lineamientos jurídicos internacionales y nacionales en la materia obligan a las personas y al Estado a tomar decisiones en favor del bienestar de los menores, aún desde antes de su nacimiento, tutelando ciertos de sus bienes jurídicos (Isler, 2010, pp. 18-20).

Respecto del derecho a la salud sexual y reproductiva y las TRA, existen muchas limitaciones que afectan este derecho, pero directamente a las mujeres, como lo son “*las leyes que prohíben el aborto, restringen la publicidad de anticonceptivos, exigen el consentimiento del esposo para obtener anticonceptivos y penalizan la esterilización voluntaria*” (Marín, 2005, 120), así como el desconocimiento de la infertilidad o esterilidad como un problema de salud, circunstancia que en Colombia poco a poco se ha ido superando.

Finalmente, otro de los límites que se encuentra este derecho es que la doctrina ha considerado que las técnicas de reproducción asistida limitan con el derecho a la vida y la bioética, en tanto que, por ejemplo, para procedimientos como la fecundación *in vitro* o la transferencia intrauterina de gametos, se requieren múltiples embriones, debido a que las posibilidades de lograr con éxito un embarazo son bajas, por lo que en muchas ocasiones se hace necesario implantar hasta tres, suelen “producirse” suficiente. La pregunta es ¿Qué pasa con los que no se implantan? ¿Qué hacer con ellos? No regular este asunto es poner en riesgo el material genético de las personas (Corte Constitucional, S. T-316 de 2018).

Para concluir, debe advertirse que muchas de las limitaciones actuales que se pretenden sobre los derechos en la maternidad subrogada son resultado de un ejercicio interpretativo restrictivo de

los mismos, sin considerar que las personas están en la capacidad de obrar con autonomía, en ejercicio de sus derechos. Ello se debe principalmente a que han pasado por un filtro rigurosísimo estos derechos por las posibles contingencias que implica la práctica, de allí que, argumentado que con su proscripción están salvaguardándolos sin sacrificarlos, se justifican estas medidas.

3 Discusión jurídica y bioética alrededor de la maternidad subrogada y los derechos de sus intervinientes

3.1 Problemas jurídicos, sociales y éticos en torno al contrato de maternidad subrogada.

Como se ha observado durante el desarrollo del trabajo, el problema jurídico principal del acuerdo de maternidad subrogada reside en su validez, pues muchos de los ordenamientos jurídicos en donde se da, no están preparados para el fenómeno de la filiación más allá del principio *mater certa semper est*, por lo que, tratándose de normas de orden público, su tratamiento no puede alterarse a partir de acuerdos privados.

Los autores partidarios de su regulación, aducen que la maternidad subrogada no se debería quedar sin permiso por la forma en que se regula la filiación hoy día, pues existen derechos humanos que avalan las decisiones de los intervinientes en la práctica, los cuales deberían prevalecer, a fin de garantizar que estos mínimos de condiciones vida que se representan en ellos.

Sin embargo, esta discusión no ha sido estática, más allá de los argumentos de orden jurídico, hay quienes sostienen que no debería regularse la maternidad subrogada con fines permisivos porque detrás de ella se encierran serios problemas bioéticos que se tornan riesgosos para la integridad física, psicológica, moral y ética del ser humano.

Así mismo, hay autores que opinan diferente, encontrando que los problemas aludidos son una cuestión que no ocurre por regla general y que, por tanto, prohibir bajo esas experiencias negativas, pensando que se darán siempre para todos los casos, impone una carga desproporcionada para las personas que potencialmente pueden verse beneficiadas por la maternidad subrogada.

Por estas razones, el presente capítulo abordará estas posturas bioéticas, mostrando como los autores piensan en la maternidad subrogada y los problemas que posiblemente avisoran alrededor

de su desarrollo en la realidad. De ahí se realizará un rastreo internacional, para observar como la maternidad subrogada se ha regulado y detallar los matices que poseen.

Finalmente, se hará un mapeo de las normas pertinentes en Colombia respecto de la maternidad subrogada y los proyectos de Ley presentados ante el Congreso de la Republica, pues todavía no es un asunto regulado; de ellos se pretende extraer los argumentos de discusión y la postura a la que se abrazan, para concluir con la exposición de la postura intermedia que podría ser implementada para resolver los problemas alrededor de la maternidad subrogada, de acuerdo con el problema de investigación planteado.

3.1.1 Posturas doctrinales.

En el sentido propuesto, corresponde tratar los fundamentos bioéticos que se enmarcan en este debate, los cuales se constituyen ya sea en una limitación o ampliación del alcance de los derechos en cuestión. En general, la doctrina suele marginar estos argumentos pertenecen a dos posturas filosóficas dentro de la bioética que se contraponen entre sí: una liberal y otra personalista; sin embargo, hay quienes no se adscriben a ninguna y hacen sus propias críticas.

Aun así, primero se explayarán los principios y características que definen las posturas liberal y personalista, para posteriormente indicar la visión que cada línea de pensamiento maneja alrededor de la práctica de la maternidad subrogada; sin embargo, no se puede pretender encasillarlas en un sofisma de univocidad, en tanto que entre ellas mismas existen segregaciones, por lo cual pueden adoptar una postura completamente radical, moderada, ecléctica o incluso contraria. En suma, el objeto de este apartado será evidenciar su existencia y ponerlas en perspectiva.

3.1.1.1 Corriente bioética liberal.

Para exponer esta corriente, Baffone (2013) cuenta que el término liberal, es difuso y complejo, por lo cual se le asienta en los términos de la teoría utilitarista, cuyo mayor referente es Stuart Mill, a quien se considera apropiado, debido a que éste en su momento denunció como inmorales ciertas reglas y hábitos de la conducta humana que eran aceptadas, enfatizando en forma como se relacionaban las diferentes clases sociales, cosa que avoca con mucha pertinencia a la realidad de la maternidad subrogada, pues las mujeres que gestan suelen ser de escasos recursos económicos, mientras las que les contratan, personas adineradas (p. 443).

Al respecto de la postura filosófica de Mill, se considera que este pensamiento es una buena representación del liberalismo, en tanto que las personas llegan a ser felices a través de la búsqueda continua del bien individual y que, si bien es distinto lo que cada quien busca, este “bien” se caracteriza por ser el mismo que buscan todos y por lo tanto es un fin compartido. Por ende, al individuo le pertenece su propia vida y responde por ella, mientras que a la sociedad solo le compete lo que tenga que ver con ella (Baffone, 2013, pp. 443-455)

También, considera esta teoría que todas las personas son iguales y que en razón de ello no es lícito usar la libertad para buscar truncar la de otros o la búsqueda de su felicidad, de allí que deban responder cuando causan de forma injustificada un daño a los demás, debiendo ser controlados con “sentimientos de reprobación” e “intervención activa” (Baffone, 2013, p. 445).

Con ello en mente, se postulan como las características de esta corriente de pensamiento, i) la libertad de pensar, de escuchar, de expresar opiniones y sentimientos en el campo práctico, especulativo, científico, moral y teológico; ii) la libertad de ocupación y de elección según nuestra voluntad, de allí que muchos sostengan que esta corriente se desprende de la idea de que la vida

es sagrada; y iii) la libertad de asociarse con otros individuos cuando no se provoque un daño al prójimo (Baffone, 2013, p. 444).

3.1.1.2 Corriente bioética personalista.

Por otra parte, la corriente del personalismo funda sus teorías en la idea que la dignidad es una condición que se constituye intrínseca y sustancialmente en el ser humano; por ende, la persona no es un atributo, sino una realidad que se debe reconocer. También, por ello afirman, que buscar un criterio general en dónde se evalúe ciertos grados de cualidades en la vida del hombre no tiene sentido (Baffone, 2013, p. 444).

Continuando con esta perspectiva, Baffone (2013) reconoce en la propuesta de Lucas (2013) las principales características y catalogación de los principios de la bioética personalista contemporánea, trayendo de este los siguientes:

i) “El valor absoluto de la vida humana y su inviolabilidad. No se trata de un proceso orgánico, sino de una persona en su complejidad” (pp. 445-446). Esto implica que esta postura entiende que existe vida desde la concepción, como por ejemplo sostiene Isler (2010).

ii) “El nexo inseparable existente entre vida, verdad y libertad”. En tanto señala que, a falta de uno de éstos, “se termina violando los otros” (pp. 445-446). Esto quiere significar que los derechos están cimentados bajo la luz de la verdad objetiva, lo que les provee de limitaciones racionales y permite a las personas no actuar arbitrariamente en su ejercicio.

iii) “El alcance del conocimiento que sirve para curar y no para manipular” (pp. 445-446). Por ende, la innovación tecnológica, aplicado en el campo reproductivo, debería tener como propósito defender y proteger a la vida. Así, desaprueba todas las formas de manipulación genética.

iv) “El hecho de que no todas las acciones técnicamente posibles son moralmente admisibles”. De acuerdo con la autora, las normas jurídicas emanadas del Estado deben tener como fin proteger

y buscar el bienestar de las personas, especialmente de aquellas que están en circunstancias de debilidad, pues de lo contrario, “todos los valores serían convencionales y negociables” (pp. 445-446).

v) “Las acciones tienen doble efecto, o sea, cada acción voluntaria puede tener un segundo fin no deseado”. Ello quiere decir que, en busca de un resultado, la acción emprendida debe ser buena en sí misma y “no debe de existir ninguna otra alternativa válida para alcanzar el efecto bueno, éste tiene que ser superior o equivalente al efecto malo”.

3.1.1.3 Posturas bioéticas aplicadas a la maternidad subrogada.

Como se desprende con claridad, tanto la corriente liberal como personalista se pueden proponer en argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada, respectivamente, los cuales se resumirán aquí de acuerdo a los sujetos principales que intervienen en la práctica:

El primer interviniente es la “Madre subrogada”. No obstante, debe considerarse que técnicamente es mucho más correcto usar el término la mujer gestante o madre subrogante, en tanto es ella quien ejerce la subrogación fetal y no quien está siendo reemplazada.

A favor, desde una perspectiva liberal, se considera que decidir si se participa o no como mujer gestante es una forma de emancipación, siendo una forma de libre expresión de su voluntad y proyecto de vida, en tanto que es un “sujeto libre, autónomo y en grado de asumir plenamente las consecuencias que deriven del acuerdo subrogativo” (Baffone, 2013, p. 447).

También, Baffone (2013), citando a Carmel Shalev, considera que la mujer, como sujeto de derechos, no puede prescindir de su derecho libertad sexual y reproductiva, todo lo contrario, ésta la faculta para buscar remuneración en el contrato de maternidad subrogada, sin caer en la “mercificación” de la vida humana, “puesto que lo que se ofrece es un servicio como tantos otros, y por lo cual este debe de ser remunerado” (p. 447).

No obstante, aún dentro de esta corriente, se considera que la libertad reproductiva no debe considerarse ilimitada, por lo tanto, encuentra su contrapeso en los valores sociales y en los derechos de los demás. En esa misma discusión, observando el concepto de autonomía, entendido como la capacidad de la mujer para decidir sobre sí, se devela la existencia dos posiciones:

La más liberal considera que las mujeres son dueñas de su cuerpo y tienen el poder para decidir si rentan su útero o no. La otra cara, considera que no hay razón para reprocharle a una mujer que no tiene muchos medios económicos el acceder a ser mujer gestante, pues ese dinero les ayuda con su subsistencia y calidad de vida, por ende, “[e]l pago no debe ser visto como el precio por la venta de un niño sino como una compensación por la prestación de los servicios reproductivos” (Baffone, 2013, p. 448).

A pesar de ello, muchos autores, aun estando a favor de la maternidad subrogada, se preocupan por las circunstancias de las mujeres gestantes, pues consideran “que las técnicas (de reproducción asistida) constituyen hoy un modo de presión socio- cultural para la mujer en relación con la maternidad” y que ello lleva a una instrumentalización de la mujer, reduciéndola a “un mero recipiente de ingredientes genéticos”; por ende, muchos proponen como alternativa la maternidad subrogada altruista para proveer mayor grado de certeza autonomía en la decisión (Mil-Candal, 2010, p. 10).

Por otra parte, hay argumentos en contra, los cuales sostienen que la maternidad subrogada es una nueva manera de explotar a la mujer, “puesto que en muchos casos, perteneciendo a la clase social más baja, conciben el servicio prestado como uno de los pocos modos para mantenerse” (Baffone, 2013, p. 447).

Como ejemplo de lo anterior se tiene a India, lugar donde se denuncia la situación especial de las mujeres que van a participar gestantes, ya que sus vidas se ven envueltas en condiciones de

extrema pobreza y analfabetismo, tornándose vulnerables ante la falta de comprensión de la información que se brinda acerca de lo que significa para sus vidas participar en la práctica, esto recalca Amador (2011), hace propicio “una industria rica en cuerpos de obra (mano de obra) disponibles” (p.38).

Estas mismas circunstancias de vida, llevan a las mujeres a ver la promesa remuneratoria como suficiente para vincularse a los programas como madres gestantes, las cuales son aprovechadas por empresas privadas legalmente constituidas, quienes reclutan a estas mujeres. Dichas empresas no tienen prohibido tal conducta (Amador, 2011, p. 39).

Por su parte, algunos grupos feministas han aportado a la discusión, sosteniéndose negativamente, diciendo que “estos nuevos accesos a la reproducción asistida refuerzan el rol reproductor en la mujer, que ha sido socializada en función de la procreación”, ya que si bien están de acuerdo con las TRA, si encuentran un punto de discusión importante en la autonomía, ya que la presión social existente las obliga a tomar un rol materno, llevando a “someter a su cuerpo a un uso mercantil”, incluso genera que la mujer gestante se disocie de “sus sentimientos y de su propio cuerpo al que reduce a un medio que deviene en una máquina” (Mil-Candal, 2010, p. 10).

En similar sentido, se ha sostenido que la maternidad subrogada no satisfacen ningún requerimiento de salud, ya que la vida y el cuerpo de la mujer comitente no corren ningún riesgo vital y menos se mejoran; todo lo contrario, se estructura como un mero medio de intervención biotecnológica, proyectado para esquematizar legítimamente un mercado reproductivo donde el feto es “el sujeto-objeto de todos los deseos, fetiche de los cuidados” y se obvia el bienestar de la mujer gestante, relegándolo a un rol garantía para el embarazo, quedando incluso su voluntad “atada a un triple pacto” entre la clínica y la pareja comitente (Amador, 2011, p.41).

Finalmente, esto no solo devela la grave violación de los derechos a la autonomía reproductiva y a la libertad sexual de la mujer que se promulga desde este sentir, sino que hay Estados donde se perpetúa desde su política de desarrollo económico; por ejemplo, India se centra en promover la implantación de todos estos servicios como medio para el crecimiento económico del país (Amador, 2011, p. 43).

El “niño” es el segundo interviniente, sobre el cual hay una especial consideración en razón de su vulnerabilidad e indeterminación de sus derechos a causa una falta de regulación que sea adecuada a la problemática. Así, se considera como argumento a favor para la práctica de la maternidad subrogada el hecho de que los menores concebidos así son “el fruto del deseo y de la voluntad de una pareja por querer ser padres”, y, por lo tanto, los riesgos a los que se aluden quienes disocian la práctica no tendrían lugar, pues la mayoría de los conflictos redundan en la determinación legal de su familia, disputándose su custodia, no renunciando a ella (Baffone, 2013, p. 449).

Por otra parte, quienes consideran que esta la práctica de la subrogación no debe darse, se fundamentan en que ésta se ve inmersa hoy más que nunca bajo las normas de la oferta y la demanda, cosificando al menor y tornándolo en “un producto de mercado y que como tal, debe ser perfecto”. Así, concluyen, que exponer “la vida de un futuro niño con el posible riesgo de que la pareja concomitante al momento del nacimiento de éste, cambie de idea y decida no quererlo más” es un riesgo innecesario, contrario a las normas de protección que pesan sobre ellos (Baffone, 2013, p. 448).

Una muestra de tal cosificación del menor, es que, a la mujer subrogante en países como India, por Ley, “se le pueden implantar (al mismo tiempo) hasta 3 embriones”, “con el fin de aumentar las probabilidades de concepción”, concibiéndose casos de “embarazo múltiple, lo que aumenta la

probabilidad de embarazo riesgoso, aborto prematuro, malformación del feto y daños colaterales como problemas reproductivos e incluso esterilidad para la mujer subrogante” (Amador, 2011, p. 45). Es decir, durante el procedimiento se obvian los riesgos para el mismo feto con tal de lograrlo.

Por otra parte, la “pareja solicitante”, sosteniendo que su actividad es legítima, ya que lo hacen bajo el amparo que le da el derecho a la procreación, que “siendo una expresión de la individualidad, no puede ser suprimido” (Baffone, 2013, p. 449); además, como ya se ha mentado, se trata de un derecho humano con amplia consagración internacional.

Así, se tiene que, si la libertad es un derecho, “cualquier limitación a ella debería ser considerada una excepción”, de allí que “negar el acceso a las técnicas de reproducción asistida sería establecer una suerte de discriminación que no estaría amparada por los textos internacionales”, pues las personas tienen derecho a decidir cuándo y cómo ser padres, pudiendo entonces participar legítimamente de la maternidad subrogada (Mil-Candal, 2010, p. 10).

Partiendo de lo anterior, es válido sostener que las parejas que desean abrazar la maternidad subrogada como medio para la paternidad, tienen en mente conservar la idea de que el menor sea concebido ‘naturalmente’, encontrando a la adopción, aunque viable, no satisfactoria su modelo de familia, siendo esta primera, la forma en que se garantiza de mejor manera la “herencia genética deseada” (Amador 2011, p. 46).

Sin embargo, este pensamiento, se infiere de algunos autores como Amador (2011), es peligroso, porque se estaría reduciendo los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la familia, a través de la maternidad subrogada, al modelo de “familia nucleargenética”, refirmando desafortunadamente, “relaciones hetero-designadas y sobre todo innovadoras formas de violencia contra las mujeres pobres”, sobre todo cuando la misma práctica trata de demostrar que éste “no es el único modelo válido y legítimo” (p. 46)

Por otra parte, quienes no avalan la práctica, “*subrayan lo peligroso del acto en el caso en que la pareja decidiera cambiar de idea una vez que nazca el niño y en el caso en que la madre subrogada decidiera no querer cederlo*”, concentrando el argumento nuevamente en las circunstancias de inestabilidad y desprotección a los que se ven sometidos los menores (Baffone, 2013, p. 449).

Todos estos argumentos y posturas bioéticas alrededor de la maternidad subrogada hoy día tienen vigencia y siguen presentándose choques; un ejemplo actual sería España, un país donde a pesar de haberse prohibido su práctica, estas posturas contradictorias siguen conversando arduamente. Dos españolas, Eleonora Lamm (2017) y María Guerrero (2017), son reconocidas autoras en el tema. Aquí se pondrán en diálogo sus discursos.

Lamm (2017), por ejemplo, apuesta por una regulación permisiva de los acuerdos de maternidad subrogada en España; considera que no hacerlo o tenerlos por ineficaces, no logra proteger a las personas inmersas en la práctica, sino que trivializan el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas que tienen las mujeres, desconociendo, por un lado, la lucha que les ha implicado su reconocimiento, y por el otro, generando un importante retroceso en la concesión de estos derechos, reforzando por demás estereotipos relativos a la incapacidad femenina de decidir sobre su cuerpo y la procreación, forzándolas a continuar bajo el paradigma de un “destino biológico” (p. 539).

El principal argumento en el que se fundamenta su postura es en la autonomía que tienen las mujeres para decidir libremente sobre su sexualidad y de cómo se ve desarrollada en la voluntad procreacional, necesaria a la hora de celebrar acuerdos de maternidad subrogada que dan lugar a nuevos conceptos de familia.

Con base a lo anterior, expone fervientemente que regular esta figura puede dar al traste con ciertos paradigmas actuales, lo que se traduce, en consecuencia, en una sacudida al *status quo* y con ello una clara falta de voluntad política:

Como personas y mujeres, existe de forma básica y fundamental un derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo y a tomar decisiones al respecto. Entender que la gestación por sustitución implica siempre una explotación de las mujeres es un reduccionismo paternalista que subestima a la mujer y a su capacidad de consentir.

[...]

Sucede que la gestación por sustitución implica separar la gestación del ejercicio del «rol materno» y ello conlleva una ruptura con una regla y un modelo patriarcal y heteronormativo que, aunque resulta a todas luces un avance en este sentido, paradójicamente pareciera que una sociedad machista que privilegia la heteronorma no quiere ni le conviene romper (subrayas fuera de texto) (Lamm, 2017, p. 539).

En ese sentido, dice, no regular adecuadamente el asunto conlleva graves consecuencias para las personas involucradas, ya que la prohibición de la figura ha significado que las personas con los suficientes recursos económicos salgan de esa jurisdicción en busca de un lugar con suficiente laxidad normativa para realizar la práctica y volver. Esto es lo que se denomina como turismo reproductivo (Lamm, 2017, p. 540).

El problema que advierte con ello es que muchas veces existen problemas para poder ingresar con el menor al país, en tanto que las normas jurídicas aplican a sus ciudadanos en el extranjero en la determinación de la paternidad, viciando la práctica. También, considera que es discriminatorio para aquellas personas que no tienen recursos económicos como para realizar la

práctica en esa forma, viéndose truncado su derecho a la familia y a la libertad sexual y reproductiva (Lamm, 2017, p. 540).

Finalmente, sostiene que estos derechos humanos en cuestión hacen necesaria la presencia de *“un marco legal que proteja a las personas involucradas, les brinde seguridad jurídica y garantice una filiación acorde a la voluntad procreacional, independientemente de todo vínculo genético o biológico”*, evitando la presencia de los fenómenos sociales ya mencionados (subrayas fuera de texto) (Lamm, 2017, p. 540).

Por otro lado, Guerrero (2017) es más escéptica al respecto y propone una postura completamente contraria y radical. De hecho, considera que la maternidad subrogada es moralmente indeseable y por ello debería estar prohibida. Esto lo sostiene en tanto que, a su parecer, la práctica, impulsada por la globalización económica, se ha consolidado como un modelo mercantilista, lo que, en lugar de proteger derechos humanos, termina yendo en su detrimento (p. 535).

En ese camino, agrega que la mujer que acepta la práctica muchas veces suele estar inmersa en condiciones de vulnerabilidad y precariedad, viéndose en asimetría o desigualdad con la pareja contratante; puesta esta relación, considera que no puede pasarse por alto un estudio ético y político que determine los niveles de justicia y protección que se requieren para estas personas (Guerrero, 2017, p. 535).

Continuando con su exposición, traba como argumento central que quienes defienden la maternidad subrogada hacen uso de un planteamiento erróneo y extraño de autonomía, ya que, si bien se entiende como fundamento para la realización del contrato y así brindar su libre consentimiento, es lógicamente contradictorio crear un acuerdo cuyo objeto sea suspender esa capacidad en un futuro inmediato (Guerrero, 2017, p. 535).

Así, para la autora, los acuerdos de maternidad subrogada liquidan la propia autonomía como principio, pues *“Kant nos explicó que ceder la libertad y someterse a la tutela y los fines de otros no es una opción en la medida en que atenta contra la dignidad y degrada la humanidad en cada uno de nosotros”*. Lo anterior, lleva a concluir que no es posible considerar a la autonomía como una cuestión interpretable, ya que esta *“no puede cancelarse temporalmente; debe actualizarse en cada momento porque el consentimiento informado es un proceso y no un mero resultado”* (subrayas fuera de texto) (Guerrera, 2017, p. 535).

Por otra parte, suma a su argumentación la necesaria presencia del principio bioético de la no maleficencia, el cual se entiende como no dañar y opera plenamente en la ciencia médica. Advierte que *“[e]n la gestación subrogada se «indica» un embarazo a un tercero, una mujer que no es, en principio, una paciente del especialista médico, y que va a correr con los riesgos psicofísicos derivados de un embarazo y un parto”* (Guerrera, 2017, p. 535).

Argumenta también que las regulaciones existentes no resuelven los problemas sociales que genera la práctica, pues actividades como “el turismo reproductivo” se siguen dando desde muchos países, como Inglaterra, donde personas salen a otros lugares con menos requisitos a los establecidos por sus normativas (Guerrera, 2017, p. 535).

Así, su conclusión al respecto es que

La bioética neoliberal se ha impuesto, sin apenas oposición, legitimando, en el caso de la gestación subrogada, la despersonalización de las mujeres contempladas como meros medios para resolver la infertilidad al margen de toda consideración de justicia. La autonomía como principio irrenunciable no admite alquileres ni hipotecas. La autonomía no debe ser cancelada temporalmente bajo ninguna circunstancia (Subrayas fuera de texto) (p. 538).

Ahora bien, de todo lo dicho hasta el momento, puede decirse que el problema bioético de la maternidad subrogada consiste en la determinación de si es adecuado o no como medio para la lograr el derecho de las personas a ser padres. Por ende, se discute que tan “válida” y “autónoma” es la decisión de la mujer subrogante de participar en la maternidad subrogada, quien, a pesar de tener el derecho a determinarse según su voluntad, puede ser sujeto vulnerable a estructuras de poder por sus condiciones de vida.

Así, se ha visto como autores han sostenido que en países donde la mujer es instruida, por ejemplo, España, consideran que la participación en la maternidad subrogada es un ejercicio de sus derechos; sin embargo, cosa diferente se opina de países en donde las mujeres no tienen medios ni educación de sus derechos, pues se afirma que son objeto de abuso por estructuras de poder y deben ser protegidas.

Por otra parte, cabe aclarar que en ningún momento se ha cuestionado directamente la legitimidad del derecho a la reproducción y la concepción biológica de los padres. Sin embargo, se pone en duda si el optar por un hijo biológicamente correspondiente a través de la maternidad subrogada es correcto cuando se puede poner en riesgo la vida de una mujer vulnerable por sus condiciones de vida, y sí, en ese contexto, el menor ya no se convierte en un sujeto-objeto de deseo.

Todas estas circunstancias llevan a reflexionar que la regulación de la maternidad subrogada es un tema álgido, que debe hacerse con cuidado, no atendiendo a posturas absolutas y radicales, sino compaginándola con la realidad en la que se pretende que funcione. Además, de ello depende la forma en que se desarrollen los fenómenos objeto de los siguientes acápites.

3.1.2 Problemas sociales en torno a la maternidad subrogada.

Para los autores, existen varios problemas alrededor de la maternidad subrogada que afectan la calidad de vida y dignidad de las personas involucradas, no solo por el nivel de indeterminación

jurídica, sino también con los aspectos sociales derivado de ella, los cuales muy relevantes. A su consideración, son dos lo que presentan mayor concurrencia y peligro: el turismo reproductivo y los menores índices de adopción. A continuación, se describirá de que trata cada uno de ellos.

3.1.2.1 Turismo reproductivo.

El punto de partida es su definición, según Lamm (2012), el *turismo reproductivo* puede entenderse como aquel “*desplazamiento de posibles receptores de TRA desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla*” (p. 22).

Este fenómeno social es algo preocupante, entre otras razones, porque:

- i) “*Es sólo una opción para las personas que pueden económicamente permitírselo*”, lo que resulta discriminatorio para las personas de menos recursos económicos, quienes, teniendo derecho a proveerse de este medio para ejercitar sus derechos, no pueden (Lamm, 2012, p. 22).
- ii) “*Es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las madres y los niños, y que implica y aumenta el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquellos que provienen de países más ricos*” (Lamm, 2012, p. 22).
- iii) Es preocupante que “*algunos pretendan eludir las leyes de un país para ir a otro, donde las leyes son más laxas*” (Lamm, 2012, p. 22).
- iv) Finalmente, concordando con el tercer argumento, “*El turismo reproductivo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio. Los términos “Baby business” (“negocio de los bebés”) o “industria reproductiva”*

también ilustran esta integración de la reproducción humana en el dominio del comercio” (Lamm, 2012, p. 22).

Estos argumentos concuerdan con lo expuesto por López & Aparisi (2012), quienes establecen que, en virtud del liberalismo extremo, se viene entendiendo que en los contratos de subrogación maternal el cuerpo pasa a ser objeto de un contrato, incluyendo hasta sus funciones más esenciales (p. 259), acaeciendo con ello la pérdida de la dignidad de la persona del horizonte jurídico y ético.

Como consecuencia del turismo reproductivo, el principal inconveniente con el que se cruzan los practicantes de la maternidad subrogada es la imposibilidad para de reingresar a su país de origen por la ausencia de documentos legales que soporten la paternidad según las normas vigentes al respecto, ya que muchas veces allá está prohibido o no se admite la doble nacionalidad.

Este es un efecto negativo que conlleva que, primero, el menor sea considerado apátrida y con filiación incierta; y segundo, que el menor se encuentre en un limbo jurídico, “*atascado*” en los Estados donde se llevó la práctica, corriendo el riesgo de quedar sin familia, pues los comitentes no pueden permanecer allí indefinidamente debido a los controles de inmigración (Lamm, 2012, p. 23).

Comúnmente, esta situación se produce respecto de los niños nacidos en países como India, Rusia y Ucrania, lugares donde, si bien está regulada la maternidad subrogada y se consideran padres a la pareja comitente, no les otorgan nacionalidad a los menores de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que los comitentes se ven obligados a solicitar ante sus estados documentación para salir de allí de forma legal, cosa que se trunca pues muchos de estos no reconocen esta forma de filiación, ya sea porque es completamente distinta a la forma en que está regulada o porque en aplicación del orden público o el derecho de familia así lo ven necesario. (Lamm, 2012, pp. 23-26).

3.1.2.2 Menores índices de adopción.

Como es común, muchas parejas, ante de su imposibilidad para concebir, recurren a la adopción como un medio para lograr la paternidad, pues esta institución ha sido reconocida por su capacidad para crear lazos de amor y confianza entre personas que la sangre no los ha hecho; empero, la maternidad subrogada se propone una mejor alternativa que someterse a la adopción por varias razones; según Lamm (2012):

- a) El proceso de adopción resulta demasiado largo y arduo, lo que desmotiva a la pareja o al solicitante, pues su rigurosidad implica que este proceso a veces ni siquiera concluya satisfactoriamente para los aplicantes. Comparativamente, estos procesos pueden ser casi igual que costosos que los gastos para la maternidad subrogada y sin la presencia de una conexión biológica (p. 9).
- b) Si se exige a los padres comitentes del contrato de maternidad subrogada el deseo inequívoco de su paternidad, el número de niños puestos en adopción debería dejar de acrecentarse (p. 9).
- c) No resulta dable exigir un trato desigual para aquellas parejas que no pueden concebir naturalmente, sometiéndolas al trámite de adopción cuando existe la posibilidad de la práctica de las TRA, con una conexión biológica (p. 9).

En conclusión, las personas que recurrían a la adopción como medio para lograr la concreción de su derecho a la familia y su libertad procreativa, ven en la maternidad subrogada una opción que resulta más adecuada y con menos limitaciones a sus derechos, pues allí pueden decidir sobre el origen y posteridad genética aplicada en el menor, circunstancia que se acompasa en mejor medida con la forma en que podrían ejercer sus derechos sino existiera la discapacidad física para la procreación.

3.1.3 Rastreo internacional a propósito de la regulación de la maternidad subrogada.

A propósito de toda la discusión internacional alrededor de la maternidad subrogada, se traen a continuación las siguientes tablas que observar como los diferentes estados han tomado decisión sobre la regulación de la maternidad subrogada a partir de los argumentos enunciados a lo largo de este trabajo.

Las vías por las que han optado han sido tres: a) prohibir la práctica de forma absoluta; es decir, no se puede realizar ningún acuerdo de maternidad subrogada ni gestación sustitutiva, cualquiera que sea su forma; b) una permisión expresa de la práctica, ya sea a través de su modalidad altruista o remunerada, cada una con sus propias reglas; c) no regular el asunto, es decir, se ausentan de una determinación normativa, escenario en el que se encuentra Colombia y que se expondrá en el próximo acápite.

Tabla 1

Prohibición absoluta de la maternidad subrogada.					
País	Situación de la gestación subrogada	Legislación, fecha, modificaciones y características.			
Alemania, Austria y Suiza	Prohibida	Las Leyes que tratan sobre reproducción asistida en estos países prohíben que el material genético de una mujer, fecundado o no, pueda ser dispuesto en otra distinta a ella. Esto imposibilita la práctica.			
Italia	Prohibida	Están prohibidas expresamente todas las técnicas de reproducción asistida por lo cual no hay lugar a la maternidad subrogada.			
Suecia	Prohibida	Se prohibió porque las investigaciones realizadas alrededor de la maternidad subrogada demostraron que no es posible que se dé en su componente altruista.			

Nota. Fuente: Guerrero, M. 2017. Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”, p. 536.

Tabla 2

Permisión expresa de la maternidad subrogada en modalidad altruista.

País	Situación de la gestación subrogada	Legislación, fecha, modificaciones y características.
Canadá	Permitida, pero solo ha sido prohibida en Quebec. Altruista con sanciones para la comercial	Está prohibido el pago de un salario a la madre o de cualquier concepto, pero sí se permite la compensación por los gastos derivados del embarazo . La salud en Canada es pública y sufraga todos los servicios. Las multas, si se demuestra retribución económica, son de 500 mil dólares canadienses y se contemplan penas de cárcel de hasta 10 años. Abierta a extranjeros y todo tipo de parejas, pero con la dificultad de sortear el marco altruista al hacerse por vía de intermediarios.
Portugal	Permitida	El 22 de agosto de 2016 se publicó la ley 25/2016, en la que establecen las condiciones para aplicar a la gestación por sustitución, no permitida hasta entonces.
Reino Unido	Permitida	Regulada desde 1985. Se garantizan los derechos de filiación de la madre, quien tiene seis meses para decidir si renuncia a ella, asemejándose a los procedimientos de adopción. La confianza es el sustento de la relación entre la madre y los padres de intención. Sin embargo de esta permisión, no hay oferta suficiente de mujeres en el Reino Unido, por lo que la demanda se ha dirigido a otros países. No existen problemas al inscribir a los bebés nacidos por fuera del registro nacional.

Nota. Fuente: Guerrero, M. 2017. Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”, p. 536.

Tabla 3

Permisión expresa de la maternidad subrogada en modalidad comercial.		
País	Situación de la gestación subrogada	Legislación, fecha, modificaciones y características.
India	Permitida a parejas heterosexuales quienes en su país de origen tengan permitida la práctica.	La última modificación relacionada con la denuncia de “granjas reproductivas” hecha por defensores de los derechos humanos y de casos de bebés no aceptados en otros países.
Rusia	Permitida a parejas heterosexuales y mujeres solteras.	Regulada desde el 2012 por la Ley federal sobre las bases de protección a la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia. La madre tiene que renunciar a su derecho de filiación según el artículo 51.4. No obstante, es uno de los países en los que más ha crecido el enfoque mercantilista para servir a la demanda nacional y extranjera.

Tailandia	Permitida solo si una de las personas de la pareja es tailandés. Además, debe ser heterosexual.	Modificada en 2015. Se ha restringido a los extranjeros, en la medida de los varios escándalos ocurridos durante su práctica, con el caso <i>Babby Gammy</i> .
Ucrania	Permitida solo a personas heterosexuales.	Permitida desde el año 2009. Se ha convertido, tras las restricciones ocurridas en 2012, en una de las mecas del turismo reproductivo. El <i>boom</i> ha coincido con la crisis y política en ese país a partir de 2014. Ucrania está entre los países más pobres de Europa. La regulación legal es laxa y quienes sufren las consecuencias son los niños, dado que pueden acabar en orfanatos si surgen discrepancias entre la madre, las agencias y los padres que contratan el “servicio”.

Nota. Fuente: Guerrero, M. 2017. Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”, pp. 536-537.

Tabla 4

Permisión expresa de la maternidad subrogada, altruista y comercial. Una visión mixta		
País	Situación de la gestación subrogada	Legislación, fecha, modificaciones y características.
Estados Unidos	Permitida en muchos Estados, tanto altruista como comercial. El Estado de California es el más reconocido por permitir su acceso a todas las personas sin limitación alguna por su sexo u orientación sexual, individualmente o en pareja.	Difiere por Estados. Inició su periplo con la polémica sentencia del caso <i>Baby M</i> , en el que el contrato comercial eliminaba los derechos de filiación de la madre genética y uterina. Destaca que el llamado “modelo californiano” se ha convertido en paradigma de la modalidad comercial fuertemente contractualista, en la que los abogados comercialistas negocian los términos del contrato de la gestación subrogada. Se describe a sí misma como “industria” y es una meca del turismo reproductivo. El contrato tiene que ser llevado a término sin excepción alguna. La última modificación legal se introdujo en el año 2013.
Grecia	Permitida solo a personas heterosexuales y a mujeres solteras hasta los 50 años.	Regulada en el año 2002 y actualizada en 2014. Intervienen los tribunales y se solicita consentimiento informado. Se considera a sí misma altruista, pero contempla un pago de 10 mil euros por las molestias. Es ofrecida como destino de turismo reproductivo en muchas agencias transnacionales de subrogación.
México	Permitida la modalidad comercial en Tabasco y Sinaloa a ciudadanos mexicanos heterosexuales.	Difiere por Estados, pero el Senado de la República aprobó una ley federal en abril de 2016. El caso de Tabasco ha saltado a la prensa por testimonios de explotación reproductiva. Se reconocía la figura de

	Prohibida en Coahuila y Querétaro. Altruista por indicación médica.	la maternidad subrogada en el Código Civil desde 1997. En el año 2015 se introdujo una modificación, prohibiendo la figura para los extranjeros e imponiendo como requisito probar que la pareja es médicamente incapaz de tener un hijo.
Unión Europea	Hay diversas posiciones en las políticas públicas dependiendo del Estado.	Ha tendido a considerar la prohibición de la maternidad subrogada desde el Consejo de Europa.

Nota. Fuente: Guerrero, M. 2017. Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”, p. 537.

3.2 Panorama colombiano de la maternidad subrogada

Como bien se ha enunciado en páginas anteriores, Colombia se encuentra en un estado de indeterminación jurídica respecto de la regulación que requiere la maternidad subrogada, sin embargo, la práctica ha demostrado que ella se está desarrollando y que su modalidad suele ser comercial; evidencia de ello se tiene la cantidad de post en Internet por parte de mujeres colombianas que se ofrecen para ello y el mentado caso de la sentencia T-968 de 2009.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con las herramientas para resolver las posibles disputas alrededor de la práctica, aunque lo hace de forma precaria, pues no están diseñadas para contestar a las preguntas que implica el ejercicio de la maternidad subrogada y la gestación sustitutiva, por provenir de contextos diferentes, los cuales requieren una actualización oportuna.

Con ello en mente, para este acápite se propone evidenciar el contexto normativo actual del ordenamiento jurídico colombiano, poniendo de presente las principales normas atinentes al caso; más tarde, se pondrá en perspectiva las ponencias legislativas que han buscado regular el asunto, para finalizar con la respuesta al problema de investigación planteado.

3.2.1 Contexto normativo para la práctica de la maternidad subrogada en Colombia

En primera medida, López y Amado (2014), exponen que en Colombia se presentan dos problemas principalmente alrededor de la maternidad subrogada: el primero concerniente a la “validez” del acuerdo de maternidad subrogada; el segundo, a la determinación de la filiación materna y paterna, a su consideración ambos provenientes de una ausencia de regulación (p. 13).

En realidad, el problema de la “validez” denunciado se refiere a que tal como se sostuvo por la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009, no existe en Colombia una norma que prohíba expresamente este acuerdo; por tanto, “se reconoce como acuerdo moral, y su cumplimiento queda al arbitrio de la buena voluntad de los intervinientes y más al de la madre gestante” (López y Amado, 2014, p.16), lo que en realidad quiere significar que estos acuerdos están revestidos de legitimidad.

Por su parte, este carácter moral, claramente, es consecuencia de un problema de validez, el cual se debe a que la filiación en Colombia está regulada por normas de derecho de familia que son de orden público, por tanto, los particulares mediante acuerdos privados no pueden modificarlas, de allí que “cualquier tipo de renuncia y de delegación de la filiación en cabeza de un tercero carece de eficacia legal alguna” (López y Amado, 2014, p.17).

De acuerdo con lo anterior, comentan que el problema de la filiación reside en que el parto es el hecho que acredita la maternidad según nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual, tanto la maternidad subrogada, como la gestación sustitutiva, en principio, se verían truncadas (López y Amado, 2014, p. 14). Sin embargo, esto les lleva a concluir que el hecho biológico del nacimiento no es suficiente, de allí que el derecho deba comenzar a observar las dinámicas sociales para reconocer la voluntad procreacional y los niveles de intervención en la maternidad sugeridos a partir de las TRA.

Finalmente, omiten establecer una distinción fundamental en la discusión respecto de los efectos jurídicos que tienen los niveles de intervención en la maternidad:

Primero, la maternidad subrogada, entendida aquella practica donde la mujer gestante también aporta sus óvulos, está absolutamente prohibida por el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que, tal cual se dijo, hay una correspondencia genética y biológica, de allí que su renuncia previa a la filiación materna, además de inválida, no pueda ser derrocada en un proceso de impugnación materna por prueba de ADN, siendo el proceso de adopción el medio en donde pueda renunciar legalmente a su derecho.

Segundo, la gestación sustitutiva, entendida como aquella donde la mujer gestante no aporta sus material genético, si puede ser derrocada en un proceso de impugnación de la maternidad, toda vez que bastará con demostrar que no es madre genética y que el menor es producto de un acuerdo de maternidad subrogada, para que, si el menor es genéticamente correspondiente de la mujer de la pareja gestante, se proceda a su filiación; si no lo es, por tratarse de una donación de gametos, podrá darse el proceso de adopción, para proteger al menor y garantizarle su derecho a una familia.

3.2.2 Ponencias legislativas.

Con este panorama, se continua con la exposición de los principales proyectos de ley adelantados ante el Congreso de la República, develando de ellos el sentido de la regulación, teniendo en cuenta que existen dos problemas jurídicos a resolver alrededor de esta temática: la validez por la filiación y la legitimidad.

Las ponencias legislativas que han cursado su trayectoria por el Congreso de la República en la búsqueda de una regulación del asunto han terminado en archivo ya sea a) por cambio de Legislatura, b) por la falta de consenso en las modificaciones solicitadas, o c) por iniciarse su

trámite como una Ley Ordinaria, cuando debería llevarse según nuestra Constitución por el de una Estatutaria, pues los derechos que se discuten son fundamentales y humanos.

De acuerdo con lo que se ha evidenciado del estudio de las ponencias, los panelistas han optado por dos formas de regulación en el tiempo: la primera nace como consecuencia de la emisión de la sentencia T-968 de 2009, mediante la cual se exhortaba al Congreso a legislar, y procuró establecer medidas favoreciendo la práctica, encontrando que se ajustaba al derecho y que podría realizarse sin vulnerar el ordenamiento jurídico.

La segunda, llegó a partir de los análisis al respecto, considerando que la práctica debía ser limitada y prohibida por vulnerar derechos de las mujeres y “niños”, principalmente; a esta postura no le han faltado reparos por parte de los panelistas, a tal punto que se termina desistiendo de ella y aproximándose a una postura que pretende regular, en lugar de prohibir absolutamente.

A fin de lograr dinamismo en la discusión, sin pasearse directamente en todas las ponencias legislativas, se dispondrán los principales argumentos sostenidos. En esa medida, se procederá con los argumentos que favorecen la regulación y desarrollo de la práctica; más tarde, aquellos que lo rechazan y pretenden prohibirla.

Con ello en mente, uno de los principales proyectos que se dio a conocer en el país buscando la regulación normativa a favor de la maternidad subrogada fue la 196 de 2008 de la Cámara de Representantes, cuyo objeto buscaba establecer la forma en que se desarrollaría “la práctica de la gestación sustitutiva” con el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Como se puede observar, el Proyecto se presentó con el término “gestación sustitutiva”, bajo el entendimiento de que el concepto de maternidad va más allá de la labor biológica, “de allí que no [se] considere el término “maternidad subrogada” pertinente, pues solo se está reemplazando a quien gesta, no toda esa labor” (Ponencia Legislativa 196 de 2008, Gaceta 771 de 2008, p.18).

Así mismo, tampoco se usó el término “alquiler”, toda vez que expresamente se pretendió evitar la discusión de la existencia de un contrato y su validez a la luz del ordenamiento jurídico; además, se estimó que no era “sano” referirse en términos de objeto a una criatura que se estaba gestando en el vientre de una mujer (Ponencia Legislativa 196 de 2008, Gaceta 771 de 2008, p.18).

Respecto de las condiciones requeridas para acceder a la práctica, el Proyecto expresamente reconoció que estaba destinado para **“la pareja conformada por un hombre y una mujer”** cuyos **problemas “de fertilidad e incapacidad** para procrear” fueran debidamente comprobados por médicos especialistas o cuando **“el estado de embarazo para la mujer [generara] alto riesgo en su salud”** (Ponencia Legislativa 196 de 2008, Gaceta 771 de 2008, p.18).

Así, se denota con claridad una omisión al debate político que debe darse acerca de los derechos de las personas parte del grupo LGTBI a constituir una familia a raíz de la maternidad subrogada, asunto que es recurrente en todos los proyectos de ley, sin aducir ningún argumento que estime porque la discriminación realizada hacia ellos es idónea, necesaria y proporcional.

Como producto de las recomendaciones realizadas por la Corte Constitucional en la sentencia aludida, la práctica se consideró en su modalidad altruista, es decir, **sin remuneración alguna para la mujer gestante como contraprestación**. Aun así, se planteó en el artículo 13 del proyecto, que la pareja solicitante debería sufragar los gastos económicos de la mujer gestante, pagando, entre otras cosas, el valor de los exámenes, medicamentos, alimentación y otros; incluso, se postuló el brindarle un auxilio económico periódico (Ponencia Legislativa 196 de 2008, Gaceta 908 de 2008, p. 18)

Por otra parte, para resolver el problema de la determinación de la maternidad, es decir, de la filiación, este Proyecto identificó que hay formas de comprender la maternidad dependiendo de los niveles de intervención en la procreación del menor. Así, bajo la mirada del concepto

“maternidad” propuesto por los ponentes, se encontró que debía ser considerada madre aquella mujer que en uso de su voluntad procreacional había hecho el encargo y no la mujer gestante, pues su labor era gestacional y no maternal (Ponencia Legislativa 196 de 2008, Gaceta 771 de 2008, p. 20)

Aun cuando desde el principio se enunció por los ponentes su deseo expreso de no inmiscuirse por la naturaleza y forma del contrato de maternidad subrogada, se concluyó que “se trata de un contrato que cumple con los requisitos de los contratos de nuestro ordenamiento jurídico pero que como tal es un contrato de los denominados atípicos, además por el objeto que encierra el objeto del contrato” (Ponencia Legislativa 196 de 2008, Gaceta 771 de 2008, p. 22).

Es más, se comentaron algunos de los elementos “esenciales” del contrato; por ejemplo, “el consentimiento se formaliza cuando la gestante sustitutiva y la pareja recurrente acuden al centro de fertilización y formalizan el contrato”; o que para la pareja comitente “la causa del contrato es el deseo de reproducirse y tener descendencia y para la mujer receptora gestante sustitutiva la intención de colaborar en el proceso reproductivo” (Ponencia Legislativa 196 de 2008, Gaceta 771 de 2008, p. 22).

Finalmente, a pesar de intentarse su avance por las salas del Congreso, este Proyecto fue archivado por no contar con respaldo; sin embargo, se intentó nuevamente por el ponente a través del proyecto de ley número 37 de 2009, otra vez en Cámara de Representantes, el cual tuvo la misma suerte. Como elemento significativo de este último se expone que elimina de su argumentación las consideraciones alrededor de si es un contrato y su validez.

De otro lado, están aquellos proyectos de ley cuyo objeto era prohibir la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, o por lo menos, limitarla en general y permitirla en casos en

específico. Al respecto, se tienen los proyectos de ley número 26 de 2016 y el 186 de 2017 de la Cámara de Representantes y el 70 de 2018, en el Senado.

Para prohibir la práctica de la maternidad subrogada, los ponentes recurrieron al siguiente argumento:

Cuando las normas del mercado se aplican a las formas en que asignan y se entienden los derechos y responsabilidades de los padres, los niños se reducen a meros objetos de uso. Igualmente, cuando las normas del mercado se aplican a las formas en que tratamos y entendemos el trabajo reproductivo de las mujeres, estas se reducen a meras máquinas reproductivas (Ponencia Legislativa 26 de 2016, Gaceta 989 de 2016, p. 6).

Es decir, para los ponentes, primero, la “práctica de alquiler de vientres a una categoría de **“trata de personas”** que permite la explotación de la mujer con fines reproductivos; segundo, el menor, producto del acuerdo de voluntades en la realidad es quien “en última instancia sufrirá los efectos del **tráfico de menores**” (Ponencia Legislativa 26 de 2016, Gaceta 688 de 2016, p. 13).

Para justificar su posición, recurrieron principalmente a los estudios brindados por el Parlamento Europeo en la Resolución A80344 de 2015, el cual, respecto de los derechos de las mujeres y las niñas se dijo lo siguiente:

115. Condena la práctica de la subrogación, que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas como un “commodity”; considera que la práctica de la subrogación gestacional que involucra **la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de otro orden, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, debe ser prohibida y tratada como un asunto de urgencia** en los instrumentos internacionales

de derechos humanos (Subrayas fuera de texto) (Ponencia Legislativa 26 de 2016, **Gaceta 688 de 2016**, p. 14).

Como se evidenció, sostenían que la prohibición de la práctica debía realizarse urgentemente en Colombia, ya que diferentes entidades internacionales en materia de derechos humanos habían conceptualizado que esta “se concentra especialmente en las mujeres de países en vía de desarrollo”, principalmente, debido a que “los costos del proceso son muy altos” en los países del primer mundo, incluyendo la remuneración que se le brinda a la mujer, creando un riesgo enorme para las colombianas (Ponencia Legislativa 26 de 2016, Gaceta 688 de 2016, p. 14).

Con esto en mente, Ponencias como la 186 de 2017, trataron de establecer de manera pormenorizada la posible vulneración de derechos que podrían presentarse de no prohibir la figura de la maternidad subrogada, donde los menores y las madres gestantes serían las personas más afectadas.

Por esta razón, se estimó que, a los menores, aun antes de nacer, se les estarían vulnerando sus garantías, como su derecho a la dignidad humana, pues serían concebidos como objeto de comercialización y manipulación; y su derecho a la vida, dado que muchos acuerdos estipulan la posibilidad de abortar cuando “por alteración cromosómica o alguna otra enfermedad durante la gestación” fuera necesario, así como la manipulación genética de la cual serían resultado cuando se pretende modificar determinadas características (Ponencia 186 de 2017, Gaceta 1123 de 2017, p. 5)

Así, más propiamente con el nacimiento, aducen que se vulnerarían los derechos que son fundamentales de los niños (art. 44 C.P.); por ejemplo, la salud, “comprendida como su bienestar físico, psicológico y emocional”, a la lactancia materna, con todos sus efectos positivos para el bienestar integral del menor; la familia, “cuando es abandonado por los padres contratantes, ya sea

porque estos logren un embarazo propio durante la gestación suya, o por alguna enfermedad con la que pueda nacer” (Ponencia 186 de 201, Gaceta 1123 de 2017, pp.5 - 6).

Respecto de la vulneración de los derechos de la mujer gestante, advierten que su dignidad humana se vería gravemente afectada “al ser tratada como un objeto de consumo que fabrica bebés”; y su derecho a la igualdad, por ser contratada a razón de su “condición de mujer en condición económica, académica, social y cultural inferior a la de los contratantes”; así mismo, por el abuso y desconocimiento de los riesgos a los que se verá enfrentada durante la gestación (Ponencia 186 de 2017, Gaceta 1123 de 2017, p. 6).

Basado en lo anterior, se propuso la inclusión de un nuevo tipo en el Código Penal, el cual pretendía sancionar a las que personas que llegaran a **promover**, financiar, **pagar**, colaborar o constreñir a una mujer para dar su vientre en alquiler, mediando fines de lucro. Sin embargo, el bien jurídico tutelado no fue descrito con claridad en la ponencia, por lo que la necesidad y legitimidad de la sanción penal se resumió a comprender que al igual que el delito de tráfico de personas, la maternidad subrogada convierte a los menores en mercancías (Ponencia Legislativa 186 de 2017, Gaceta 1123 de 2017, p. 4)

No obstante, esta posición radical y prohibitiva fue rechazada en el Congreso de la República, obligando a los ponentes de los proyectos a realizar modificaciones de tal modo que se considerara el derecho de las personas solicitantes (pareja heterosexual) a acceder a la práctica cuando estaban en situación de infertilidad y esterilidad.

Por esta razón, dichos proyectos de ley pasaron en su mayoría a pretender “prohibir la práctica de la maternidad subrogada – o comúnmente también llamada alquiler de vientres – con fines de lucro y regularla para parejas colombianas con problemas de infertilidad o de gestación”, pues si bien habían considerado la presencia de estos derechos, se decidió en su momento que éstos debían

ceder ante las vulneraciones de la mujer gestante y el menor (Ponencia Legislativa 26 de 2016, Gaceta 989 de 2016, p. 6-13).

Así, se propuso, por ejemplo, en el artículo 3 de la Ponencia Legislativa 26 de 2016, una medida más ajustada que considerara los derechos de las parejas, disponiendo que si bien “todo acto jurídico en el que se pacte la obligación de subrogar o alquilar el vientre **n**”, este podría realizarse con “fines altruistas” cuando se pretendiera por una pareja de nacionales colombianos, quienes debían acreditar por certificado médico su infertilidad o problemas de gestación y obtener “el consentimiento de una mujer relacionada hasta cuarto grado de consanguinidad de alguno de los solicitantes y que esté dispuesta a ser la mujer gestante” (Gaceta 989 de 2016, p. 6 y ss.).

También, todo este debate en el interior del órgano legislativo, llevó a considerar que en caso de una disputa se estaba dejando de muy de lado la voluntad de la mujer gestante durante el embarazo, razón por la cual, se sumaron a los articulados propuestas cuyo objeto era obligar a que las “decisiones relacionadas con la gestación, se tomarán de manera conjunta entre la mujer gestante y los padres solicitantes” y que si no era posible el consenso, todas las decisiones debían tomarse con base en interés prevalente del *naciturus* (Ponencia Legislativa 70 de 2018, Gaceta 1103 de 2018, p. 7).

Con todo, estos proyectos de ley fueron archivados, muchos por no contar con apoyo de los Congresistas o adelantarse por un trámite que no corresponde, tal como le sucedió al proyecto de ley 70 de 2018⁴⁰, el cual ha sido presentado nuevamente bajo el número 118 de 2019, esta vez, considerando todas estas modificaciones.

Finalmente, de estas ponencias legislativas, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

⁴⁰ Para mayor información, consultar la Gaceta 789 de 2019.

- a) Los ponentes no tienen claridad conceptual de lo que es la maternidad subrogada, cuál es su diferencia con la gestación sustitutiva, cuáles son los niveles de intervención genética y biológica de la mujer gestante en el proceso de procreación, por lo que están regulando de forma inadecuada.
- b) Los ponentes están desconociendo todo el régimen de donación de gametos existente en Colombia, evitando regular expresamente esta perspectiva, la cual es una forma de paliar el tema de la infertilidad.
- c) La práctica de la maternidad subrogada con fines lucrativos cuenta con total rechazo por parte de los ponentes, solo se admite con fines altruistas.
- d) Como bien lo manifestó la Senadora Claudia López Hernández en sus intervenciones, todos los proyectos discriminan a parejas del mismo sexo y personas sin pareja, pues solo hacen para “parejas colombianas con problemas de infertilidad o de gestación”, afectando los derechos a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad” (Ponencia legislativa 186 de 2017 Gaceta 410 de 2017, p. 2).
- e) Los derechos de las parejas no son considerados relevantes de primera mano por los ponentes, desconociendo que la infertilidad es un asunto que ataca la salud humana y ya ha sido abordado con suficiente importancia por los organismos internacionales en la materia.
- f) Los tipos penales propuestos para proteger a la mujer gestante y al menor no son debidamente sustentados por los ponentes, toda vez que no hacen una mención clara de cuáles son los bienes jurídicos a tutelar, reduciéndose a parangonar la práctica a los actos que se regulan con otros tipos existentes, sin desarrollar cual es el argumento que permite entender que son similares.

g) Finalmente, los proyectos de ley no son claros en establecer en su articulado una modificación a la filiación en Colombia, los medios para impugnarla, causales, formas de registro; en suma, brindan un análisis muy pobre de este tema que resulta trascendental para la vigencia de este tipo de acuerdos.

4 Conclusiones: postura intermedia de protección de derechos para los intervinientes en la maternidad subrogada en Colombia

Como se ha planteado a lo largo de este trabajo, a partir del análisis de cada una de las fuentes jurídicas y científicas estudiadas, corresponde en este acápite avizorar, a manera de conclusión sintética y propositiva, una respuesta al problema jurídico planteado como su vértice: ¿existe una postura en la práctica de la maternidad subrogada⁴¹ en Colombia que permita converger los derechos de las personas intervinientes y procure su satisfacción en la mayor medida de lo posible?

Tal como se ha evidenciado, la regulación de la maternidad subrogada en Colombia atraviesa por múltiples dificultades, que se traducen en problemas jurídicos y bioéticos:

- a) Los primeros se refieren a una necesidad de actualizar las formas en que se determina la filiación, toda vez que esta se encuentra rezagada frente al contexto social y científico contemporáneo.
- b) Los segundos, obedecen a las dificultades que nacen con o sin la regulación de la maternidad subrogada: primero, se ha demostrado que no regular acrecienta el turismo reproductivo, gracias a la laxitud de las normas; por el otro, regular prohibiendo absolutamente desconoce el derecho de las personas y su autonomía; finalmente, regular laxamente, aprovechándose de la

⁴¹ Entiéndase por tal, tanto la gestación sustitutiva como la maternidad subrogada tradicional.

práctica de la maternidad subrogada como una práctica biotecnológica, pone a las personas, incluido al no nacido, en un estado de “mercificación”.

Estos problemas deben resolverse con premura por el Legislador, toda vez, primero, hoy día ya se están dando casos de maternidad subrogada en Colombia, muestra de ello es la sentencia T-968 de 2009, así como la evidencia publicitaria que puede encontrarse actualmente; y, segundo, con este contexto, la falta de regulación hace más vulnerables a las personas, pues el Estado no está disponiendo recursos de forma ordenada, estratégica y seria para verificar que en su desarrollo no se estén vulnerando derechos fundamentales y humanos, lo que no se corresponde con el modelo de Estado Social de Derecho que propugna la Carta Política, el cual tiene como cúspide la garantía de la dignidad humana de sus habitantes.

Así, resolver hasta cada ápice del problema jurídico principal, habida cuenta de este contexto, es una tarea titánica que se desborda de lo pretendido por el objeto de investigación, sin embargo, ello no significa que se no pueda someter a análisis esta problemática y se puedan dar aproximaciones; por ejemplo, un ejercicio analítico del problema de investigación, junto con los problemas mentados, permite descomponerlos así:

- a) ¿Cómo regular la maternidad subrogada a fin de que todas las parejas y personas puedan acceder a ella para satisfacer su vocación paternal sin generar discriminación para las personas que no tienen los recursos para sufragarse a sí mismas los procedimientos?
- b) ¿Cómo regular la maternidad subrogada a fin de que las mujeres gestantes no se tornen en objeto de agravio por parte de las estructuras de poder alrededor del mercado biotecnológico y que la decisión de participar como tal sea producto de su autonomía reproductiva?

- c) ¿Cómo regular la maternidad subrogada a fin de que los *naciturus* y los menores tengan asegurados en todo momento su interés superior a través de la garantía de sus derechos humanos y fundamentales, especialmente a la dignidad humana, la familia, la nacionalidad y la vida, sin restringir excesivamente los derechos de las demás personas intervinientes?

Así, a pesar de que las ponencias legislativas estudiadas para regular la maternidad subrogada en Colombia carecen de elementos para una completa regulación, en el debate político se avizora como estas se han acercado poco a poco al estadio de regulación más intermedio para la garantía de los derechos de las personas intervinientes en la práctica de la maternidad subrogada, aunque sin abordar de forma clara y contundente todos estos problemas: la maternidad subrogada parcial y altruista, para nacionales colombianos, como el ejercicio de los derechos reproductivos de las parejas y el respeto de la autonomía de la mujer gestante.

Esta forma de regulación es más idónea que una postura extrema porque, primero, baste recordar que ordenamiento jurídico actual en Colombia, de plano ya prohíbe la maternidad subrogada total, es decir, cuando la mujer subrogante aporta su material genético, pues la donación de gametos, según la normativa actual, solo tiene lugar cuando estos provienen de tercera persona del receptor; mientras ello no ocurra, la renuncia que se hace de la patria potestad es ineficaz.

Por ende, si una mujer que ha participado bajo este modelo de subrogación se arrepiente de entregar al menor, como éste cuenta con su material genético, el nacimiento no solo le otorga la patria potestad, sino que cierra el camino a cualquier mecanismo jurídico para obligarla a dimitir de su derecho en razón de un acuerdo, principalmente, porque probatoriamente sería imposible demostrar que la madre que es gestante no es también genética, de allí que, tal como ocurrió en la Sentencia T-968 de 2009, el padre comitente no tenga más remedio que el solicitar el establecimiento de visitas.

Debido a lo anterior, resulta atinado prohibir la maternidad subrogada total en Colombia, no solo por las complicaciones que puede significar el escenario planteado, sino porque sería una forma de evadir la renuncia de la patria potestad como medio de protección para los menores, quienes se verían en una situación de indeterminación jurídica respecto de quien constituye su núcleo familiar.

Por otro lado, y gracias a lo visto, se hace más claro que la regulación de la maternidad subrogada parcial o gestación sustitutiva en Colombia se hace viable jurídicamente en una mayor medida, no solo porque la mujer gestante no aportaría su material genético para la procreación del menor, lo que resolvería los problemas mentados, sino porque también satisface el derecho de los padres comitentes, quienes podrán determinar el origen de los gametos que le darán como resultado su hijo, expresión de su libertad procreativa.

Ahora, respecto del carácter remunerado de la labor realizada por la mujer gestante, debe recordarse que la importancia de la gestación reside en su contenido como labor humana, connatural a nuestra forma de existencia, razón por la que no puede asumirse como trabajo, ni una forma de negocio, sino un proceso humano que no puede ser remunerado. Una postura contraria sería ir en contravía del principio de dignidad humana, fundante del Estado Social de Derecho.

Sin embargo, esto no quiere decir que el desgaste físico, emocional y psicológico deba ser asumido únicamente por la mujer gestante, todo lo contrario, en virtud del principio de solidaridad, la pareja comitente debe salir en apoyo, brindando dentro de lo posible, los medios que permitan nivelar el desgaste durante el embarazo y el post-parto, asegurando que por lo menos ésta conserve su proyecto de vida en los términos en los que lo llevaba antes del embarazo.

Como se puede observar, esta forma de regulación de la maternidad subrogada se propone como idónea siempre que sus medidas consideren:

1. Para la mujer gestante.

- a) Ser informada de forma amplia y suficiente de lo que significa acceder a la maternidad subrogada, no solo el procedimiento técnico, sino su embarazo, los efectos post-parto, sus deberes y derechos. Este deber de información debe ser constatado por el Estado, a fin de que la mujer sea plenamente consciente de su decisión y no adolezca de vicios.

Esto cobra relevancia, si se recuerda que países donde la mujer es instruida adecuadamente, por ejemplo, España, consideran que la participación en la maternidad subrogada es un ejercicio de sus derechos; sin embargo, cosa diferente se opina de países en donde las mujeres no tienen medios ni educación de sus derechos, pues se afirma que son objeto de abuso por estructuras de poder y deben ser protegidas.

- b) Garantizar acompañamiento profesional durante toda la etapa del embarazo y el post-parto, verificando que no decaiga en depresión y ansiedad, no solo por las condiciones que significarán el desprendimiento del menor luego del nacimiento, sino además por sus propias condiciones económicas y sociales, las cuales se ha demostrado, afectan la relación materno-fetal y el crecimiento del niño (Roncallo, Sánchez y Arranz, 2015, pp. 17-18).
- c) Que, en caso de ser una persona vulnerable por sus condiciones económicas, sea acompañada a fin de que se constate que su voluntad no responde a una remuneración prometida incluso contraviniendo el ordenamiento jurídico, sino a su deseo de ser madre y colaborar con la existencia de un menor.

2. Para la pareja comitente:

- a) Ser informada de forma amplia y suficiente de lo que significa la maternidad subrogada, no solo para su vida, sino para la vida misma de la mujer gestante, de las transformaciones físicas, psicológicas y emocionales que atravesará y del deber de solidaridad que les asiste con ella, a fin de que el embarazo y el post-parto no sean eventos traumáticos, sino una experiencia vocacional satisfactoria.

El objeto es invitar a reflexionar si el optar por un hijo biológicamente correspondiente a través de la maternidad subrogada es correcto cuando se puede poner en riesgo la vida de una mujer, independiente de sus condiciones de vida, convirtiendo al menor en un sujeto-objeto de deseo, o sí en la adopción hay un medio razonable para lograr el mismo fin.

- b) Sin importar sus recursos económicos, puedan acceder a financiación parcial de las técnicas de reproducción asistida, a fin de que su derecho a la vocación paterna no sea frustrado doblemente por sus condiciones de infertilidad o biológicas, sino también por la falta de recursos económicos.
 - c) El derecho a la reproducción se edifica para todas las personas, indistintamente de su condición sexual, de ahí que las personas del grupo LGTBI tengan todo el derecho a participar de la maternidad subrogada; la negativa a su acceso significaría que, debido a su condición de vida, no tienen el derecho humano a procrearse, ni a formar una familia o a elegir libremente el medio para constituir la. En igual sentido, operaría para la mujer gestante, pues no existe razón alguna que impida que, en razón a su condición sexual, pueda disponerse para la condición de la gestación.
3. El interés superior del menor exige superar su método de evaluación respecto de las medidas a implementar, es decir, consultar que medidas son legítimas y viables para garantizar a los

menores que su vida, desarrollo integral y familia. En Colombia se hace necesarios entrar a regular la maternidad subrogada y otras medidas que actualmente ponen en dicho el interés superior del menor:

- a) La primera condición sería la necesidad actual regular normativamente los diferentes niveles de maternidad y su intervención en la procreación del menor, lo que se traduce en establecer la filiación de acuerdo a ellas. En Colombia, autores como Gonzales (2011) ya han sostenido que se requiere una regulación inmediata del tratamiento de los elementos que componen la fecundación extracorpórea, pues como ha evidenciado, el principio *mater certa semper est*, ya no es suficiente.

Esta modificación es urgente, porque mientras no se dé, se deja en latencia sus derechos a la familia y al desarrollo integral, pues los padres tendrían que someterse a un procedimiento de adopción o un proceso de impugnación para lograr la filiación.

- b) El Estado debe tomar medidas al respecto de quienes pueden ser padres comitentes, a efectos de garantizar, por un lado, que las mujeres gestantes no producto de un sistema biotecnológico como el turismo reproductivo y segundo, que los menores no sean sujetos-objeto de este mecanismo. Por esta razón, se coincide con lo propuesto por los ponentes en sus proyectos en avalar la práctica entre nacionales colombianos, a fin de asegurar que se eviten problemas de este tipo y en especial, la situación de apátrida de los menores.
- c) También, debe regularse seriamente la industria que ofrece a los tratamientos de reproducción humana asistida en Colombia, de forma tal que de facto no se genere o se incentive un mercado biotecnológico alrededor de la maternidad subrogada, lo que si traduciría a la mujer y al menor, objetos de mercado.

- d) Establecer un mecanismo de supervisión de los acuerdos de maternidad subrogada, en donde puedan verificarse la vigencia de las medidas de protección para los menores.

Finalmente, cabe advertir que estas medidas son apenas ilustrativas y que la regulación de la maternidad subrogada (parcial) es un asunto que se torna urgente en Colombia, porque, se reitera, la primera forma de vulneración de derechos es la laxitud de normas que acrecientan el poder de los modelos de mercados biotecnológicos, que van en detrimento de la vida de las parejas, los menores y las mujeres.

Bibliografía

Trabajos de investigación.

- Amador, M. (2011). Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: Maternidad subrogada en India. *Nomadías*, (14). doi:10.5354/0719-0905.2011.17395
- Baffone, C. (2013). La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(137), 441-470.
- Bernal, J. (2013). Reproducción asistida y filiación. Tres casos. *Opinión Jurídica*, XII(24), 135-150.
- Cárdenas, L. (2015). Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano. *Conflicto & Sociedad*, III(1), 101-110.
- González, E. (2011). Problemas de la fecundación extracorpórea. *Revista de Derecho Privado*, 14.
- Guerrera-Palmero, M. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, XXXI(6), 535-538. doi:<https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2017.05.009>
- Isler, E. (2010). Aproximación y alcances del derecho a la procreación. *Revista de derecho privado*(43), 3-25.
- Labadie-Jackson, G. (2008). Los derechos reproductivos de las latinas y los acuerdos comerciales de maternidad subrogada. *Revista Texas Hispanic Journal of Law & Policy*, (14). pp. 29-47
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*(3), 1-49. Obtenido de http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf
- Lamm, E. (2017). Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución. *Gaceta Sanitaria*, XXXI(6), 539-540. doi:<https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2017.04.009>
- López, J., & Aparisi, Á. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, XXIII(78), 253-267.
- López, K., & Amado, C. (2014). Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada. *Revista de Derecho Privado* (52), 1-18.
- Marín, G. (2005). *El arrendamiento de vientre en Colombia*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Mil-Candal, L. (2010). La "maternidad intervenida". Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. *Revista Redbioética*, I(1), 174 a 188.

- Ospina, G., & Ospina, E. (2015). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Séptima ed.). Bogotá: Temis.
- Páez, M. (2013). La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia. *Revista Derecho del Estado*(31), 231-257. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3610>
- Pulido-Ortiz, F. (2014). Análisis de la interpretación y construcción del derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Díkaion*, 23 (2), 277-298. DOI: 10.5294/dika.2014.23.2.4
- Rodríguez-Yong, C., & Martínez-Muñoz, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXV(2), 59-81.
- Roncillo, Claudia Patricia, Sánchez de Miguel, Manuel, & Arranz Freijo, Enrique. (2015). Vínculo materno-fetal: implicaciones en el desarrollo psicológico y propuesta de intervención en atención temprana. *Escritos de Psicología (Internet)*, 8(2), 14-23. <https://dx.doi.org/10.5231/psy.writ.2015.0706>

Jurisprudencia colombiana.

- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión (9 de junio de 1998). Sentencia T-293 [M.P. Carmenza Isaza de Gómez].
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (23 de agosto de 2000). Sentencia T-1104. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión (31 de octubre de 2002). Sentencia T-946 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión (19 de junio de 2003). Sentencia T-510 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional, Sala Plena (10 de mayo de 2006). Sentencia C-355 [M.P. Jaime Araújo Rentería Y Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional, Sala Plena (7 de febrero de 2007). Sentencia C-075 [M.P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión (31 de julio del 2008). Sentencia T-760 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (28 de mayo de 2009). Sentencia T-388 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional, Sala Plena (11 de noviembre de 2009). Sentencia C-804 [M.P. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión (18 de diciembre de 2009). Sentencia T-968 [M.P. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional, Sala Plena (12 de mayo de 2011). Sentencia C-372 [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala Plena (26 de julio de 2011). Sentencia C-577. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (10 de agosto de 2012). Sentencia T-627 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (17 de enero de 2014). Sentencia T-009 [M.P. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional, Sala Plena (4 de noviembre de 2015). Sentencia C-683. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (12 de mayo de 2015). Sentencia T-274. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión (15 de junio de 2016). Sentencia T- [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión (1 de agosto de 2016). Sentencia T-398. [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez]

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (2 de agosto de 2018). Sentencia T-316. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger]

Corte Constitucional, Sala Plena (17 de octubre de 2018). Sentencia SU-096 [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].

Corte Constitucional, Sala Plena (10 de octubre de 2018). Sentencia C-093 [M.P. José Fernando Reyes Cuartas y Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (15 de octubre de 2019). Sentencia T-732 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional, Sala Plena (20 de febrero de 2020). Sentencia SU-074 [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Jurisprudencia internacional y Observaciones Generales

CIDH. (19 de enero de 2001). María Eugenia Morales de Sierra vs Guatemala. Caso 11.625. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (11 de agosto de 2000) Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. E/C.12/2000/4., recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451>

Comité de los Derechos del Niño (27 de noviembre de 2003) Observación general N° 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).

Comité de los Derechos del Niño (29 de mayo de 2013) Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (4 de febrero de 1994) Recomendación General 21. Igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares. (A/49/38)

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (30 de octubre de 2013) Recomendación general relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución). (C/GC/29)

Corte IDH. (28 de noviembre de 2012). Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana sobre el Caso Artavia Murillo (Fecundación *in vitro*) y otros Vs Costa Rica.

Corte IDH. (24 de noviembre de 2017). Opinión Consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica sobre la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Naciones Unidas, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. A/CONF.171/13/Rev.1 (5 al 13 de septiembre de 1995), recuperado de https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf

OMS y OPS (2000). Promoción de la salud sexual: Recomendaciones para la acción. Antigua Guatemala. recuperado de http://new.paho.org/hq/dmdocuments/2009/promocion_salud_sexual.pdf

Unicef & Defensoría del Pueblo (2006). Caracterización de las niñas, niños y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: Inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos. Bogotá. Recuperado de <http://iin.oea.org/boletines/boletin1/listado/descargar/15/Introduccion.pdf>

Normas jurídicas

Asamblea General de la ONU (1989) Convención sobre los Derechos del Niño. (44/25). Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). Paris.

Congreso de Colombia. (16 de julio de 1979). *Medidas Sanitarias*. [Ley 9 de 1979]. DO: 35308.

Congreso de Colombia. (21 de diciembre de 1988). *Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos*. [Ley 73 de 1988]. DO: 38.623.

Congreso de Colombia. (20 de febrero de 2019). *Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva*. [Ley 1953 de 2019]. DO: 50.873.

Congreso de Colombia. (8 de noviembre de 2006). *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. [Ley 1098 de 2006]. DO: 46.446. g

Congreso de Colombia. Proyecto de Ley 196 de 2008, Cámara. *Por medio de la cual se reglamenta en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones*.

Congreso de Colombia. Proyecto de Ley 26 de 2016, Cámara. *Por medio de la cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos*.

Congreso de Colombia. Proyecto de Ley Estatutaria 186 de 2017, Cámara. *Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica*.

Congreso de Colombia. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley número 70 de 2018, Senado. *Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos*.

Organización de Estados Americanos. (17 de noviembre de 1988). Protocolo adicional a La Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, [Protocolo de San Salvador]. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>

Presidencia de la República. (06 de agosto de 1998). *Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9a. de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares*. [Decreto 1546 de 1998]. DO: 43.357