

**Maternidad Subrogada como Negocio Jurídico un Análisis Comparativo de la
Legislación Estadounidense y Colombiana**

Norvey Albeiro Infante

Luis Camilo Pineda

Trabajo Presentado para Optar al Título de

Profesional en Derecho

Universidad Santo Tomas

Facultad de Derecho

Colombia

2021

Índice

Introducción	3
Pregunta investigativa	7
Objetivos Específicos	9
Justificación	9
Descripción del trabajo.	10
CAPITULO PRIMERO.	13
PROBLEMAS BIOÉTICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	13
1.1 El menor como objeto del contrato.	13
1.2 Instrumentalización de la mujer.	14
CAPITULO SEGUNDO.	18
LEGISLACIONES SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA	18
2.1 Estados Unidos	19
2.2 España	22
2.3 Otros.	24
2.3.1 Ucrania	24
2.3.2 Rusia	26
2.4 Maternidad Subrogada en Colombia	27
CAPÍTULO TERCERO	34
MATERNIDAD SUBROGADA COMO NEGOCIO JURÍDICO.	34
3.1 Teoría del negocio Jurídico	34
3.2 El incumplimiento del negocio jurídico de maternidad subrogada	36
3.3 Validez del negocio jurídico de maternidad subrogada en Colombia	39
Conclusiones	42

Introducción

Actualmente en Colombia y alrededor del mundo se está llevando a cabo una práctica denominada maternidad subrogada o "alquiler de vientres", entendida como mecanismo que generalmente es usado por mujeres jóvenes, que tienen capacidad para gestar, se avizora que la mayoría de las mujeres que alquilan sus vientres son de bajos recursos o de algunos países de Sudamérica como Colombia, Argentina entre otros. Para analizar este negocio, las parejas en un primer momento deben observar la idoneidad para gestar, desde el instante que se contrata el alquiler del vientre, la pareja previamente ha sometido a la madre gestante a una serie de procedimientos y estudios para determinar si ella es viable como futura madre sustituta, para posteriormente proceder a ser fecundada por el material genético de la pareja contratante, usando alguna de las diferentes técnicas de reproducción asistida que ofrece el avance tecnológico.

El método de la reproducción de maternidad subrogada generalmente es usado por parejas extranjeras, que, por alguna imposibilidad física y/o biológica, de alguno de los donantes que participan en la fecundación, le impide procrear de forma natural, y por ende no pueden procrear un hijo de forma natural. Por otro lado, el acceso a este método se realiza con el fin de cuidar y conservar la anatomía de los cambios que produce el embarazo al cuerpo humano, sin embargo en ambos casos, se tiene el deseo de constituir una familia, mediante la subrogación del vientre en una madre que no tenga, un vínculo ya sea biológico o contractual con el bebé fruto del negocio de gestación, pero que lleva el material genético de uno o de ambos sujetos que celebraron el negocio jurídico; con la madre que lleva en su interior un bebé, del cual se debe desprender al nacer y entregarlo a aquellos con los que se ha celebrado el contrato, ya sea por una contraprestación económica o por un fin social. (Bechara, 2018 p.142).

Existen dos formas para el proceso de gestación subrogada, por un lado, la gestación subrogada tradicional: La gestación subrogada se produce cuando una mujer es inseminada artificialmente por el material genético del hombre que desea crear una familia, pero que tiene una imposibilidad física que le impide fecundar a su pareja, así que, se recurre a un donante, Conservando el material genético de la madre subrogada , quien aporta su óvulo para la gestación, lo cual hace que sea la madre biológica del futuro nasciturus. No obstante, por el contrato que celebró con la pareja que realiza esta práctica debe entregar al bebé. A diferencia de la gestación subrogada gestacional: Que es una práctica más común, en la gestación subrogada. La cual consiste en que la madre gestante no tiene ningún vínculo con él bebé. Debido a que esta no aporta material genético al proceso de gestación, por tal motivo la madre biológica debe aportar óvulos, los cuales se consiguen mediante una estimulación ovárica, una vez esto se haya realizado se procede a la fecundación con el material genético de su pareja, para finalmente hacer el traslado de ese útero a la madre gestante, la cual se hará cargo del embarazo. (Agencia Española de Gestación Subrogada [AEGES], 2015).

Frente a este tema se han referido Ruiz (2013), en su definición como aquella alternativa dentro de las TRHA (Técnicas de Reproducción Humana Asistida) en virtud de la cual “una mujer gesta a un bebé, previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a la persona o personas que asumirán la paternidad sobre el mismo” (p.4).

El autor nos lleva a un análisis del negocio jurídico de la maternidad subrogada, en quienes celebran un acuerdo. Por un lado, quienes aportan el material genético para la procreación, y por el otro, la madre sustituta que servirá como gestante para desarrollar el objeto del contrato. (La creación de una familia mediante la fecundación artificial), este negocio se puede ver como el acuerdo, por el cual se genera una obligación para la madre sustituta de ceder

cualquier vínculo filial, sentimental y consanguíneo que tenga con el menor, para así entregárselo de conformidad con el objeto del negocio celebrado, convirtiéndose en un medio, un recipiente, en el cual los padres prohíjan el bebé que nazca de este negocio, por un principio del derecho privado, tal como lo es la voluntad privada emanada del acuerdo entre las partes.

En Colombia no hay una regulación frente a la maternidad subrogada, así que, a través de la jurisprudencia se ha tenido que referir al tema para abordar los problemas que se han suscitado como es el caso de la Sentencia T-968-09. La cual menciona que, en el ordenamiento jurídico colombiano, aún no existe una prohibición expresa sobre el tema de la maternidad subrogada o como denominamos en Colombia alquiler de vientres. Sin embargo, al no existir regulación debemos remitirnos a la doctrina como fuente auxiliar, la cual ha legitimado a este negocio jurídico con base al artículo 42 de *Constitución Política de Colombia*, el cual menciona “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.”

Así pues, el acápite anterior nos señala que a partir de la constitución de 1991 en Colombia ya se estaba anticipando una nueva forma de crear una familia, como es el caso del negocio jurídico mediante el acuerdo de voluntades para la gestación mediante la subrogación.

Actualmente existe el proyecto de ley 202 de 2016 el cual se suspendió en la legislatura 2020-2 del senado, por medio del cual se busca prohibir la práctica de alquiler de vientres de manera onerosa, al considerarse esta como una forma de realizar trata de personas, el proyecto anteriormente mencionado se radicó en el senado en julio de 2016, el cual se realizó un debate en septiembre de 2017.

Han surgido diferentes polémicas a lo largo del tiempo frente a negocio jurídico, de la creación de la familia, ya que bajo el principio de la dignidad humana establecido en la

constitución política y en los tratados internacionales acogidos por Colombia, el ser humano en la actualidad no es considerado como un medio comerciable del cual pueda girar el objeto del contrato, debido a que en este negocio, tanto la madre que va dar en alquiler su vientre, como el menor son considerados el objeto dentro del acuerdo, como hecho generador del negocio jurídico.

Además, en este contrato encontramos que se han generado diferentes controversias. Ya que, al contrario de los otros métodos de reproducción asistida, este requiere desprenderse de los vínculos filiales, sentimentales y relaciones de maternidad y/o de paternidad. Sin embargo, negar la existencia de este método como una forma de creación de la familia, ha generado una problemática, que genera en cierta forma que el cuerpo de la madre sustituta y del menor, sean vistos como bienes que se pueden negociar en el clausulado del contrato, esta práctica se viene dando en países como Colombia y otros países del mundo.

Por lo anterior, podemos señalar que existe una falta de regulación sobre este tema tan controvertido, y que es un método muy común para la gestación en la actualidad. Tal como se refiere el texto del observatorio de bioética de la universidad de Barcelona, el cual fija los parámetros de la regulación de la maternidad subrogada, la cual mediante el documento de gestación por sustitución señala que debe haber los siguientes lineamientos:

Control judicial del procedimiento para garantizar la validez del consentimiento de las personas implicadas y la gratuidad del proceso. Exclusión de cualquier intermediario con ánimo de lucro. Posibilidad de la gestante, pero no de los comitentes, de cambiar de opinión, incluso tras el nacimiento, en un período preestablecido. Control de idoneidad de los comitentes, como ocurre en la adopción, gestionada por la Administración pública, así como de la gestante. Inscripción registral de la práctica, y

su publicidad restringida, para garantizar el derecho del menor a conocer su propio origen. (Casado, 2019, p. 41)

En Colombia como en muchas otras legislaciones se afronta un problema en común. La cual es la falta de regulación, ya que encontramos vacíos normativos o simplemente omisión legislativa, por tal motivo la jurisprudencia Colombiana, ha tenido que entrar a regular parcialmente, tal como es en el caso de la sentencia T-968-09 , en el que pareja ofrece una compensación económica a cambio de la condición de depositar su material genético en el vientre de la madre sustituta, y por el cual se da el nexo del negocio jurídico de maternidad subrogada, esto con el fin de formar una familia, lo anteriormente realizado se da mediante la celebración de un contrato atípico.

Por tal motivo la sentencia T-968-09 es importante para este tema investigación, ya que evidencia una problemática trascendental, y es frente al incumplimiento de la madre de alquiler en entregar al bebé a los padres contratantes una vez que éste nazca. A partir de este punto se desprenden derechos tanto de la madre de alquiler como de la pareja que desea formar una familia mediante la reproducción asistida.

Para afrontar el problema anteriormente señalado nos encontramos con información relevante, la cual consta de una base jurisprudencial y legislativa que es aplicable sobre el tema de maternidad subrogada en países como (Estados Unidos, España Ucrania y Rusia). Además, expondremos algunos antecedentes relacionados al tema de investigación realizados en los países de referencia, centrándonos en los principales artículos que han sido expuestos por los diferentes autores.

Pregunta investigativa

¿Bajo la concepción de la constitución política de Colombia en su artículo 42, se puede crear una familia originada por un negocio jurídico de maternidad subrogada, teniendo en

cuenta el avance legislativo colombiano y en comparación con estados que permiten la celebración de negocios de maternidad subrogada primando la voluntad de las partes?

Los principales temas que son abordados para el presente problema se centran en dos posturas. La primera es la aceptación de la maternidad subrogada como medio, es decir que se avale como una técnica de reproducción asistida, y, por ende, se entendería como una nueva forma de concepción de familia. La segunda postura, es la negación frente a la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida, que por tal motivo no debe ser aceptada como una forma de creación de una familia. Globalmente evidenciamos que ambos ideales están dentro de las legislaciones estudiadas de los diferentes países analizados. Sin embargo, observamos que existen legislaciones en otros países los cuales presentan vacíos jurídicos sobre este tema, debido a que varios países no cuentan con una regulación clara sobre la maternidad subrogada, esto genera una problemática social y legal, al existir un vacío jurídico, en el cual no se sabe sobre la aceptación o prohibición de esta técnica de reproducción, por tal motivo nuestra pregunta busca abordar todo este campo con la maternidad subrogada.

En Colombia existe un proyecto 070 de Ley estatutaria de 2018,¹ propuesto por los senadores María del Rosario Guerra De La Aspriella y Santiago Valencia González, en el cual se plantea la prohibición de la maternidad subrogada con fines de lucrativos, instrumentaliza el cuerpo de la mujer y se toma al menor como una mercancía, generado así una vulneración directa a sus derechos de dignidad humana y la vida misma. Respecto de los derechos vulnerados de la mujer encontramos que es tratada como un instrumento, que afecta

¹ Congreso de la República (2018). Proyecto de Ley 070 "Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos". 1 de agosto. Gaceta: 576/18. Disponible en <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2018%20-%202019/PL%20070-18%20Maternidad%20Subrogada.pdf>

directamente sus derechos, tales como su dignidad, libertad reproductiva e igualdad. En este punto es importante resaltar que, el proyecto de ley no alcanzó a pasar en la legislatura 2020-2, tal como se menciona en la gaceta del congreso, lo cual genera incertidumbre normativa acerca de cuándo en Colombia se dará un avance serio, para superar el vacío jurídico existente.

Objetivos:

Objetivo General: Hacer una revisión de los sistemas jurídicos estadounidense, español y colombiano frente al negocio jurídico de la maternidad subrogada.

Objetivos Específicos

1. Identificar y describir las principales controversias que se generan a nivel internacional del negocio jurídico de maternidad subrogada.
2. Analizar la maternidad subrogada desde la teoría del negocio jurídico, empleando el método comparativo en las legislaciones más influyentes.

Justificación

La presente investigación se enfocará en un comparativo entre las legislaciones más influyentes en la temática objeto de estudio, tales como, Estados Unidos, España Ucrania y Rusia, frente al avance de la normativa colombiana de las nuevas formas de concepción de la familia en el ámbito social. Decidimos elegir el presente tema de investigación debido a la insuficiencia legislativa y demás problemáticas identificadas generadas por la poca intervención del Congreso de la República en un tema trascendental para el avance social. Debido a los recientes cambios en el pensamiento social y avances tecnológicos se ha creado un nuevo concepto de familia que comprende el negocio jurídico; es decir que, un acuerdo de voluntades a través del cual se pacta un contrato que tiene por objeto la fecundación y posteriormente la creación de una familia.

En este orden de ideas, la subrogación materna ha sido entendida como un contrato atípico que desvela problemáticas sociales, tales como la falta de regulación, el alquiler de un bien no comerciable como el vientre de la mujer. Así mismo con la presente investigación, se va a profundizar los conocimientos teóricos de los procesos de adaptación de la familia creada mediante un contrato oneroso. En Colombia, debido al vacío normativo, los jueces han tenido que intervenir, a través de la jurisprudencia, para suplir la falta de regulación.

De acuerdo a los testimonios y estadísticas, la remuneración ofrecida, la manutención y cuidados durante la gestación genera un claro aprovechamiento a pesar del ingreso significativo para las madres de alquiler. En Estados Unidos, tal contrato tiene un valor de 75.000 a 100.000 dólares. En Colombia, tal monto disminuye hasta los 4.000 dólares, debido a la posición económica de los futuros padres, comparado al de las madres gestantes es muy inferior debido a que ellas son generalmente de estratos socioeconómicos 1 y 2. (El País, 2017).

Descripción del trabajo.

En la investigación desarrollaremos tres capítulos, en el primero se refiere a las principales controversias bioéticas que se generan a nivel internacional en países como Estados Unidos y España por ser son los lugares en los cuales se evidencia tal práctica en su mayor medida, aun cuando se aclara que, en España está expresamente prohibida en su legislación. Se analiza la jurisprudencia, la legislación aplicable y la doctrina, desde una perspectiva ética enfocada en la instrumentalización de la mujer y del menor como objeto del contrato.

En el segundo capítulo se estudiarán los casos suscitados en Colombia desde la ley y la jurisprudencia, en los que se observa la participación de personas extranjeras principalmente por los costos y tratamientos son más bajos en comparación con otros países. La omisión de

legislativa conlleva a que no exista un precio establecido y regulado dentro del territorio colombiano.

Finalmente queremos llegar a la conclusión de que el vientre de la mujer puede ser sujeto a un objeto negociable en un contrato de maternidad subrogada; sin embargo, por la protección al derecho de la dignidad humana y la no instrumentalización del cuerpo como un bien sujeto a ser comercializado, el Congreso no se atreve a legislar en un tema tan controvertido y delicado en la sociedad, situación que conlleva que extranjeros impongan condiciones, precios y forma de ejecución del contrato de explotación y abuso del cuerpo de la madre sustituta; parte que se observa una posición más débil en dicha relación. A su vez, se crea una incertidumbre frente a el incumplimiento parcial o total del objeto del contrato llevándonos a un problema mayor referente a la situación jurídica del concebido.

En el tercer capítulo se analiza la maternidad subrogada desde la teoría del negocio jurídico desde la postura de Libardo Areiza Valencia, ya que, según el autor, “las obligaciones pactadas podrán carecer de las obligaciones vinculantes ya que estas no cuentan con la claridad respecto de los elementos de existencia y validez” (Areiza, 2019, p. 9).

En la tesis del autor resalta que la maternidad subrogada tiene unos componentes éticos y sociales, para que se pueda conformar los elementos de existencia y validez. Pero estos componentes generan que exista en el objeto del negocio una invalidez puesto que atenta contra las buenas costumbres y el orden público, uno de los límites a la autonomía del negocio jurídico, generando así un vicio en la existencia y validez para que este nazca a la vida jurídica, por tal razón, propone que para que el negocio se pueda dar es necesario que sea codificado mediante la regulación del derecho de familia (Areiza, 2019, p.10).

Posteriormente, realizamos un análisis comparativo frente a el negocio jurídico en las diferentes legislaciones, que aceptan o niegan esta práctica evidenciando, con ello, la importancia de la intervención normativa del estado en países como Colombia, en temas como con la onerosidad y la instrumentalización del cuerpo de la mujer y del futuro *nasciturus*, sobre todo, en un contexto que involucra elementos de extranjería relativo al origen nacional de los padres, como lo pudimos evidenciar en el análisis jurisprudencial de la sentencia T 968-09.

Nuestro análisis pone la atención en la legislación Norteamérica, por considerarla como la de mayor avance, en tanto permite recomendar al estado colombiano la fijación de unos parámetros mínimos en la celebración del contrato de subrogación que no deje a las partes a su arbitrio para disponer de las cláusulas que debiliten la posición de la mujer en temas como la carga tanto física como psicológica que representa el embarazo en favor de una remuneración económica, quedando sin la protección del estado.

Para solucionar este fenómeno se propone la fijación de dichos parámetros con base en la legislación respecto de las obligaciones para las partes, el término de duración y la precisión del objeto del contractual desde la perspectiva de la constitución de la familia.

CAPITULO PRIMERO.

PROBLEMAS BIOÉTICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Existen grandes debates bioéticos respecto a la maternidad subrogada, entre ellos encontramos principalmente el trato que se le da al menor en esta técnica de reproducción asistida, pues no se sabe a ciencia cierta el papel que ocupa el nasciturus en el contrato, por tal motivo dentro de la investigación realizada analizaremos este problema bioético en el apartado (1.1) dentro del cual hablaremos del menor como objeto del contrato y los problemas éticos que se generan tratando al menor como “una cosa”.

Finalmente, en el apartado (1.2) trataremos el problema que tiene la mujer gestante derivado de la falta de regulación puede desembocar en la instrumentalización de la mujer, y que solo se le vea como “una máquina de hacer bebés” dejando de lado su humanidad, esto conlleva al aprovechamiento por parte de las personas adineradas a personas de escasos recursos que se someten a esta técnica sin unas condiciones dignas.

1.1 El menor como objeto del contrato.

En diversos países no se niega la posibilidad de que la maternidad subrogada sea realizada mediante una modalidad comercial, esto causa un gran debate ético respecto a cuál es la finalidad y el objeto del contrato, pues el menor en países donde no se encuentra totalmente regulada la maternidad subrogada se trata (al menor) como una mercancía, tal como es el caso

de Suecia que permite indirectamente esta modalidad, esta afirmación la hacemos con base a que en su legislación está expresamente prohibida la celebración del contrato al interior del país en esta modalidad, pero los hijos nacidos mediante este negocio de maternidad subrogada así el contrato haya sido oneroso, puedan ser ingresados y nacionalizados en el país como hijos propios de los sujetos que celebran este contrato, pese a que en Suecia, exista una prohibición de la maternidad subrogada como versión comercial, para evadir esta prohibición viajan a otros países en Latinoamérica para celebrar este negocio en la modalidad comercial y al igual que en España legalizar y nacionalizar al menor fruto de este negocio.

Adicionalmente José Manuel Cruz Méndez 2013 afirma que este negocio se ha vuelto mayormente mercantilista y para demostrarlo, trae a colación el caso de BabyGammy en donde “Una pareja australiana rechazó al bebé «defectuoso» –con síndrome de Down– como si fuera mercancía averiada que se puede devolver” (Guerra, 2017).

En el caso anteriormente mencionado *BabyGammy* se puede evidenciar que el menor al ser tratado de esta manera se le está considerando como un objeto, lo cual nos muestra que esto es un contrato inmoral, dentro del cual se olvida que el menor que nace es un sujeto de derechos y está amparado por la protección especial del derecho nacional e internacional y a respetarle su dignidad humana, esto nos llama la atención porque bajo esta modalidad contractual este bebé no puede pasar a ser un objeto, no se le puede desvincular su naturaleza de ser humano.

1.2 Instrumentalización de la mujer.

Frente a la instrumentalización de la mujer los autores José Manuel Cruz Méndez y Eduardo Rivera López en sus artículos *La Maternidad Subrogada y Explotación y Bioética. Ética individual y regulación jurídica* mencionan a grandes rasgos que las mujeres de bajos

recursos son explotadas en su capacidad de procrear, por las mujeres que cuentan con recursos y la capacidad económica para acceder a métodos de reproducción, tales como la maternidad subrogada, ya que en muchos de los casos las mujeres que utilizan este método de reproducción no tienen la incapacidad física de gestar pero que pagan a mujeres que son candidatas gestantes de bajos recursos, aprovechando así de su situación económica para acceder a su vientre e instrumentalizar (Rivera, 2012, p. 19).

Como en la mayoría de contratos encontramos que siempre hay un aparte más débil, en este caso de maternidad subrogada la parte más débil es la madre gestante, esto genera que ante la necesidad de constituir un familia y la falta de regulaciones en varios lugares del mundo se cree un turismo reproductivo, dentro del cual personas de todo el mundo viajan a países pobres como es el caso de algunos en el continente asiático y se celebre este negocio en condiciones desiguales, proponiendo cláusulas contractuales desfavorables para las madres gestantes del negocio jurídico de maternidad subrogada, convirtiendo así a la madre gestante en una instrumento el cual ve doblegada su voluntad en el proceso del embarazo, por tal motivo no debemos desconocer el mercado que se genera en algunos países por este tipo de contrato, ya que es un mercado en auge. Para lograr contrarrestar las vulneraciones a los derechos de las mujeres gestantes y su dignidad humana debemos tener una regulación clara sobre estos temas, así sea complejo de regular ya que sin esto no tendremos la suficiente protección legal que se requiere para evitar la instrumentalización de la mujer y garantizar los protocolos médicos que se deben tener en un embarazo, fundado bajo los principios del contrato de maternidad subrogada (Bechara, 2018, p. 142).

Adicionalmente la autora Angela Aparisi Miralles en su texto *Maternidad Subrogada y Dignidad de la Mujer*, nos señala un aspecto importante a resaltar frente a la madre gestante que pasamos por alto cuando hablamos del contrato de subrogación, y es el concepto que la

autora denomina la ruptura de la unidad de la persona, la cual se define como una dualidad en la que “el sujeto humano se limita a un ser pensante y autónomo, mientras que su cuerpo es “algo”, una cosa de la que puede disponer a discreción y que no le constituye esencialmente como persona” (Miralles, 2017, p. 169).

Esto significa que todos los seres humanos estamos divididos en dos partes, cuerpo y espíritu. Por tal motivo este contrato, como ya hemos mencionado impone que la mujer disponga de su capacidad para gestar, y lo que realmente interesa al contratante es que finalmente la mujer puede concebir a el menor objeto del acuerdo, pero ¿qué pasa con la mujer que ha celebrado el contrato?, ¿se ha sometido al tratamiento médico?, pues la madre gestante ha soportado los cuidados, molestias e incomodidades del proceso durante el periodo gestante y posteriormente a tenido que concebir, y rápidamente entregar a ese menor, que durante todo el proceso al cual se sometió, como consecuencia de la celebración del negocio jurídico de subrogación de vientre.

Debemos tener en cuenta la mujer gestante piensa constantemente en un sentimiento de indiferencia frente al menor que lleva en su vientre, teniendo siempre una perspectiva de abandono, debido a que, si no lo hace generaría el incumplimiento del contrato celebrado, puesto que su única función dentro del contrato es de gestora, y no debe tener ni haber ningún vínculo con el menor, su único pensamiento debe ser como un recipiente de un material genético. (Miralles, 2017, p. 169)

Esto no es fácil, ya que una madre debe actuar de manera fría e indiferente como bien lo señala la autora en su texto, y esto en la mayoría de ocasiones no sucede, ya que ellas no son máquinas que pueden parir y desprenderse sin padecer de congoja o nostalgia, debido a que es un instinto básico en la naturaleza, esto lo podemos observar en los humanos y en los animales, ya que existe un instinto por proteger a su cría y éstos se desesperan por su impotencia cuando

son separados de su cría. Al igual que sucede con la madre sustituta, por ello dentro del contrato las partes acuerdan un tratamiento psicológico para aliviar dicha congoja o nostalgia por la separación de su bebé, ya que esto genera un riesgo psicológico que se produce habitualmente en la fase postparto, porque con la entrega del menor se renuncia de forma definitiva a todos los derechos sobre él y no puede rescindirse de lo pactado. (Miralles, 2017, p. 168)

En conclusión, existen diferentes problemas bioéticos frente a la maternidad subrogada, el primero es el objeto del contrato debido que el negocio jurídico realizado recae sobre el menor, ya que este modelo contractual de maternidad subrogada genera que se mercantilice al menor mostrándolo como sólo un objeto, vulnerando así los derechos que protege el derecho interno como el DIH, está vulneración recae directamente al derecho de la dignidad humana del recién nacido.

El segundo problema lo encontramos respecto a la relevancia del porqué los países y la bioética les preocupa la subrogación de la maternidad como método de reproducción asistida, es la instrumentalización de la mujer. Debido a que la madre gestante que es objeto del contrato tiene como parte esencial su capacidad de gestación, ya que sin ello no servirá para poder celebrar el acuerdo, esto se evidencia en el objeto del contrato, ya que es tratada como un mero recipiente, siendo esta la parte más débil del contrato, sometándose a las cláusulas abusivas que le imponen los contratantes, generalmente las personas que celebran estos acuerdos son mujeres de escasos recursos que acceden a este contrato para tener una retribución económica por su condición de gestante, esto lo que genera es que no exista una igualdad de condiciones entre los contratantes, por tal motivo creemos que es necesario la existencia de unas cláusulas que ofrezcan igualdad de condiciones entre las partes contratantes.

Si bien países como España y Suecia intentaron eliminar el factor oneroso dentro del contrato esto generó otros fenómenos y es la migración de las parejas a países con bajos

recursos, en donde las mujeres sometidas son usadas con mayor facilidad por estas parejas en donde las mujeres son escogidas con mayor facilidad, tomándolas como mercancía por su capacidad de gestar, adicionalmente porque en países subdesarrollados como , Colombia, Nepal, o República checa, hace falta una regulación y protección por parte del estado hacia las mujeres que se sometan a este tipo de contratos, la regulación debe estar encaminada a la protección de la madre gestante en los cuales el gobierno imponga que si se celebran estos contratos, las parejas deben brindar un acompañamiento en los periodos celebración del contrato, en su periodo de fecundación, gestación y postparto, para que la madre gestante no sea vista tan solo como un objeto, la cual debe mostrar un sentimiento indiferente al menor, para que no genere ningún tipo de afecto maternal, ya que la madre sustituta en el proceso de entrega o antes puede generar un trauma. Puesto que mantiene o mantuvo en su vientre durante 9 meses a un bebé que debe entregar al finalizar el contrato si quiere recibir su retribución económica, y esto puede generar un daño psicológico a la madre gestante y en la mayoría de los casos se requiere de un profesional para que la madre sustituta pueda superar el trauma de la separación del menor.

CAPITULO SEGUNDO.

LEGISLACIONES SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA

Frente a la regulación legislativa de maternidad subrogada encontramos diversos continentes que desarrollan el tema como Europa y América, los cuales han intentado

implementar en su legislación este negocio jurídico, tomando en cuenta las circunstancias sociales, económicas y políticas internas en su jurisdicción, esto debido a que cada país es autónomo en sus regulaciones frente a los diferentes métodos de reproducción asistida, generando variaciones en cada una de las legislaciones, pero estando todos encaminados al mismo objetivo que es la regulación y aceptación de la maternidad subrogada como un método de reproducción asistida o negocio jurídico para la creación de la familia.

A continuación, se abordarán diferentes países en donde está permitido el método de reproducción asistida como negocio jurídico, en donde se prima la voluntad de las partes. En tal sentido, nos referiremos a Estados Unidos (2.1), Ucrania (2.3.1) y Rusia (2.3.2) y por otro lado observaremos la legislación de España (2.2) donde no se encuentra válido el contrato, pero sí permite la nacionalización del menor que provenga de esta técnica de reproducción asistida.

2.1 Estados Unidos

Es uno de los países que ha generado más avances en la regulación de la maternidad subrogada, debido a que es una práctica muy utilizada para la creación de una familia, pero no se encuentra totalmente regulada en todos los estados al interior del país, ya que al ser un estado federal, cada uno de sus estados es autónomo en la toma de sus decisiones y por ende existen lugares que permiten la maternidad subrogada como es el caso de California, Nueva York, Arkansas y Michigan mientras que en otros no existe regulación alguna sobre el tema o por el contrario se encuentra prohibida.

La maternidad subrogada en los estados en los que se encuentra permitido, se da como un negocio, y es una técnica bastante usada para la constitución de la familia, a diferencia de Ucrania, en Estados Unidos, se caracterizan por el libre acceso de la maternidad subrogada, lo que quiere decir que cualquier pareja puede acceder a este método con fin de tener un hijo, sin

existir una prohibición expresa de cómo deben ser las características al interior de la familia, lo cual le da una mayor libertad a las parejas que pueden acceder a este método.

Esto explica el por qué es el país con más casos de maternidad subrogada en el mundo, además de ser uno de los países con más regulación y desarrollo legislativo. En Arkansas uno de los estados más antiguos al interior de Estados Unidos aceptó el tema de la maternidad subrogada a través de la ley 647 en el años de 1989, la cual estableció que la pareja es la que tiene el derecho a que se le reconozca al menor como suyo mucho antes de su nacimiento, por ende la madre gestante debe renunciar al vínculo con el menor, por otra parte al aceptar también personas solteras para la realización de este contrato, señala que si la persona que solicitó la maternidad subrogada es hombre se le reconoce como el padre biológico del menor.

En el caso de California varía un poco la normativa debido a que Arkansas no tiene muy clara su regulación respecto a las parejas homosexuales. Ya que en 2008 se prohibió el cuidado y crianza de los menores de edad a las parejas del mismo sexo, esto genera que las parejas homosexuales solo pueden acceder al contrato de maternidad subrogada pero no puedan criar al menor, en contraparte observamos que en el estado de California si se admite la crianza y cuidado de menores a parejas homosexuales, así como establecer su filiación antes del nacimiento, generando como resultado que las parejas del mismo sexo que quieran tener el cuidado y la crianza del menor, celebren este contrato de maternidad subrogada en este California y no en el estado de Arkansas (Asociación Gestión Asistida Reproductiva, 2018)

Adicionalmente la maternidad subrogada en cuanto a estadísticas se evidencia, que según el diario el país (Álvarez, 2017). que el número de nacimientos registrados encontrados que entre los años 2010 y 2016 se ascendió a la cifra de 979 siendo Estados Unidos el primer país donde se realiza este negocio jurídico con 553 casos, seguido de Ucrania con 231, India

97, México con 53, Tailandia con 27 y Rusia, Grecia, Reino Unido, Portugal y Canadá con 4 caso.

Figura 1: Origen de los hijos por gestación Subrogada



Fuente. Periódico El País, 2017²

Según la estadística anterior observamos que Estados Unidos se lleva el 78% de los casos de maternidad subrogada debido a que en algunos de sus estados se encuentra legalizada dicha práctica, en este sentido observamos que las ciudades que más utilizan este método son Los Ángeles 281, Chicago 144, San Francisco 95, Boston 12, Houston 9, Nueva York 6 y Miami 6, Esto nos muestra que la maternidad subrogada es una realidad y que cada vez más son los nacimientos por este tipo de negocio jurídico y a su vez técnica de reproducción asistida. . (Álvarez, 2017).

² <https://elpais.com/hemeroteca/2017-12-18/>

Con respecto a los costos que genera la maternidad subrogada en Estados Unidos son bastantes altos, debido a que no solo se requiere pactar el precio con la madre gestante, lo cual puede oscilar entre los 100.000 y 110.000 Euros, sino también los costos médicos del menor y en Estados Unidos al tener en su mayoría salud privada y al no tener una seguridad social los costos de incubadora pueden estar en un rango de 3.000 a 5.000 Dólares, para lo cual la pareja que desee realizar este contrato en Estados Unidos debe tener un presupuesto de 120.000 Euros como mínimo. (Surrogacy 365, 2019)

Para finalizar con la legislación estadounidense comentaremos los requisitos que se deben cumplir para la realización de este contrato, debemos tener en cuenta que no existe un requisito respecto a la parejas que deseen celebrar este contrato, si no que las condiciones van más encaminados a la situación y edad de la madre gestante, ya que la mujer que presta su vientre tiene que cumplir con un margen de edad entre 20 y 38 años, no tener ningún tipo de complicación médica y no tener antecedentes penales, estos requerimientos son importantes para que las madres gestantes vean reducida las complicaciones y problemas de salud que genera un embarazo y de esta manera el contrato pueda ser realizado exitosamente.

2.2 España

En España encontramos bastantes problemáticas en el contrato de la maternidad subrogada, ya que según la Ley 14 de 2006, en su artículo décimo, establece claramente que el contrato de maternidad subrogada celebrado en el país será nulo de pleno derecho, generando así una prohibición expresa en el país, sin embargo, la misma jurisdicción española se encargó de dejar sin efectos este artículo dando una permisón en la directriz del 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y de Notariado, la cual establece que:

La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. (Alcalá, 2010, p.3)

Así las cosas encontramos que únicamente se aprobaran los registros civiles de los menores que hayan nacido por medio de esta técnica de reproducción asistida siempre y cuando el procedimiento haya sido realizado en un país que encuentre plenamente regulada esta técnica, como es el caso de Estados Unidos, Ucrania o Rusia, ya que solicita la resolución judicial que determine la filiación del nacido, esto causa una discriminación en los habitantes españoles que deseen celebrar el contrato de maternidad subrogada y no tengan el suficiente capital para viajar a alguno de los países en los cuales encuentre regulado, dándole a esta técnica de reproducción asistida un acceso solo a personas con bastante capital.

Existen diversas posturas respecto a la maternidad subrogada en España y en el texto de José Manuel Cruz Méndez (2013) encontramos los argumentos en contra y a favor del alquiler de vientres, como argumentos en contra se menciona que trata se contratos inmorales y que al tener por objeto del contrato un bebé el contrato sería nulo , otra de las razones está estrechamente vinculada con al anterior y es la explotación de la mujer por parte de otras mujeres, es decir la mujer rica explota de esta manera a la mujer pobre, aprovechándose de su situación y de esta forma peligrar su vida en un embarazo que puede ser riesgoso si no se toman la precauciones adecuadas.

Como argumentos a favor encontramos que la maternidad subrogada es una de las formas para poder acceder a la paternidad, y por medio de la autonomía privada de la voluntad, los contratantes se someten a una serie de condiciones que ellos no consideran abusivas tales

como el precio, la renuncia a la filiación de la madre gestante entre otras, no podemos desconocer el proceso de maternidad subrogada, por ende países como España necesitan profundizar más sobre el tema, prohibir no genera nada, si no existe una prohibición global, por tal motivo lo óptimo para brindar seguridad tanto al menor como a las familias que deseen someterse a la celebración de este contrato, es especificar la naturaleza jurídica y regular el tema de maternidad subrogada.

2.3 Otros.

2.3.1 Ucrania

Es uno de los países con mayor desarrollo legislativo frente a los diferentes métodos de reproducción asistida, entre las más populares que encontramos en esta nación es la fecundación in vitro y la maternidad subrogada.

En ucrania la maternidad subrogada tiene una aceptación tipificada en la orden 771 del ministerio de salud y el código de familia ucraniano en su artículo 123.2 menciona:

Si un embrión humano concebido por una pareja como resultado de la aplicación de tecnologías de reproducción asistida es transferido al cuerpo de otra mujer, los padres del bebé serán el hombre y mujer que forman la pareja mencionada anteriormente. (Código Familia de Ucrania, 2002 art 123.2).

Si bien se encuentra regulado las personas que quieran someterse a este tratamiento deben cumplir ciertos requisitos los cuales son: primero Ser una pareja heterosexual casada. Debido a ello dentro de esta nación las parejas homosexuales y las personas solteras no pueden hacer parte del tratamiento, ya que la norma no permite que las personas con ciertas características accedan a este método de reproducción, ya que el fin que busca la norma es la

protección de concepto de la familia ucraniana. El segundo es que alguno de los futuros padres o preferiblemente ambos aporten su material genético para que el menor tenga genes de la pareja que celebró el negocio de maternidad subrogada, por último, tener como requisito la existencia de algún problema que imposibilite a la persona quede embarazada o pueda fecundar a la mujer, como podemos ver la maternidad de este país se encuentra aceptada siempre y cuando haya una verdadera necesidad de acceder a este método. (Asociación de Gestación Asistida Reproductiva, 2018)

Respecto a las ventajas que nos ofrece este país encontramos que los padres que desean realizar este contrato tienen la certeza de que ellos van a hacer los padres del futuro menor, ya que la madre gestante del cual se toma en subrogación su vientre perderá todos los derechos sobre el menor al instante de su nacimiento, posteriormente se expedirá un certificado de nacimiento a nombre de los padres que celebraron el negocio jurídico de subrogación quedando estos como los padres legítimos del menor.

Finalmente, la onerosidad y los incumplimientos contractuales que surjan a raíz del contrato de maternidad subrogada, el país los soluciona contemplando un método para acceder a la jurisdicción y le asigna la competencia a una entidad especial para dirimir los conflictos, ya que su normativa es muy clara, para no dejar un en un limbo al menor y a la pareja que decide acceder a este método de reproducción. En los casos en que el negocio jurídico tenga un elemento de onerosidad las partes son libres de determinar el precio que deseen acordar como contraprestación por los servicios prestados a la madre gestante, así en caso de que la madre gestante desee quedarse con el menor, la pareja que realizó el contrato puede entrar a demandar y demostrar que realizaron el tratamiento de fecundación para evidenciar que efectivamente ellos son los padres del menor, con lo anteriormente mencionado el juez mediante sentencia en firme, obligará a la mujer a la cual se le pagó para gestar a renunciar al menor.

2.3.2 Rusia

Es uno de los países que permite y regula la maternidad subrogada, sin embargo encontramos diferencias a los otros países ya mencionados, entre ellas podemos resaltar, a quienes se les permite la celebración del contrato, ya que en Ucrania solo se le permite a parejas heterosexuales casadas, en Estados Unidos cualquier persona puede realizarlo dependiendo si existe o no una prohibición de este contrato al interior del estado, por otro lado en Rusia se admite que parejas heterosexuales no necesariamente con un vínculo matrimonial y madres solteras que tengan imposibilidad de tener un embarazo puedan acceder a este contrato, podemos observar que las parejas en Rusia tienen acceso al contrato y en Ucrania por la libertad que les da la normativa, pero esta es menor a la de Estados Unidos, que es un país en donde dependiendo del estado se tendría una mayor o menor restricción frente a este método de reproducción.

El contrato de maternidad subrogada en Rusia se encuentra regulado en la Ley Federal (Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia, 2012), la cual contempla los siguientes requisitos para poder acceder al alquiler de vientres:

1. Únicamente las parejas heterosexuales no necesariamente casadas o las madres solteras pueden hacer parte de la maternidad subrogada.
2. Solo permite un método de maternidad subrogada, el cual es la maternidad subrogada gestacional que consiste en que la madre gestante no debe aportar ningún tipo de material genético y todo el material es aportado por la pareja o de no poder aportarlos, ellos deben conseguir un donante.
3. La incapacidad médica para gestar por parte de la madre soltera.

Uno de los temas más controversiales de la maternidad subrogada en Rusia es el tema del incumplimiento contractual, ya que existe una incertidumbre en el caso en que la madre

gestante se retracte y decida quedarse con él bebé, ya que en países como Estados Unidos la postura es clara y está a favor de la pareja, es decir la madre gestante tiene la obligación de renunciar al vínculo con él menor, lo cual permite que la pareja puede registrar al bebé como suyo desde el momento de su nacimiento, sin embargo en Rusia se protege a las madres gestantes, esto significa que en caso de que la madre gestante desee retractarse ella pueda quedarse con él bebé y la ley respaldará su decisión.

Lo anterior se fundamenta en que la legislación rusa establece como requisito para la inscripción el nombre de la pareja en el certificado de nacimiento del menor, y esta se debe realizar bajo previa autorización de la madre gestante, por lo cual la pareja quedará atada si no se diere dicho consentimiento, esto genera que exista un gran inseguridad de la pareja frente al bebé, debido a que no pueden tener certeza de quiénes serán los padres del menor durante el proceso de gestación, sino hasta el momento de su nacimiento.

2.4 Maternidad Subrogada en Colombia

En Colombia no existe una regulación expresa pero tampoco hay una prohibición frente a la maternidad subrogada, ya que como sucede en algunos estados de México como lo son Tabasco y Sinaloa, establecen como requisito para que las parejas puedan acceder a la subrogación de la maternidad, la demostración de la imposibilidad de la madre de procrear, en Colombia existe un requisito adicional y es que deba ser sin fines económicos al igual que en España, a su vez en la legislación colombiana establece como disposición el uso solidario del vientre tal como lo establece la sentencia T-968-09, que enfatiza que la pareja o madre sustituta deberá asumir los gastos generados para el tratamiento y de la gestación que incurra la madre subrogada.

Al interior del territorio colombiano se han generado diversos problemas en cuanto al tema de maternidad subrogada, para adentrarnos en el tema debemos partir de la sentencia T 968/09. que define la maternidad subrogada como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figuraba como madre de éste”. (Calle, Vargas y Mendoza, 2009).

Durante este acuerdo hemos evidenciado dos grandes momentos que se dan en el contrato de subrogación, estas etapas las identificamos en la jurisprudencia antes mencionada, el primer momento es referente a la alta protección que existe a la mujer que alquila su vientre, ya que pese a que no se menciona textualmente en la jurisprudencia, se puede inferir bajo una serie de principios que se desprenden de la constitución y del derecho internacional humanitario, esto se debe a que debido al bloque de constitucionalidad Colombia ratificó diferentes tratados que van encaminados a la maternidad subrogada entre ellos encontramos:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966 (regulado por la Ley 74 de 1968).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966 (regulado por la Ley 74 de 1968).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969 (regulado por la Ley 16 de 1972).

- Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Asamblea General de las Naciones Unidas, 17 de julio de 1980 (regulada por la Ley 51 de 1981).
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989 (regulado por la Ley 12 de 1991).

Para el análisis investigativo, nos remitimos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10 el cual va encaminado a la protección de la mujer, el niño y la familia:

Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. (ONU, 1966, art. 10)

Esto nos muestra que el derecho internacional como la constitución busca proteger los principios y derechos, que son inherentes a todos los seres humanos. Esto con el fin de no volver convertir en un objeto a la mujer o al ser humano, desde nuestro estudio se busca que la mujer que decida celebrar este acuerdo lo realice bajo el principio de solidaridad del vientre, el cual es derivado de la autonomía, este principio significa que la mujer gestante no es un objeto, sino que voluntariamente alquila su cuerpo y cede los derechos que tiene con el menor a una pareja que desea tener un hijo con la finalidad de crear una familia.

Lo anteriormente mencionado implica que la pareja la cual celebró el acuerdo de subrogación debe costear los gastos médicos y del tratamiento que incurra la mujer durante el proceso hasta el nacimiento de la menor materia del contrato, adicionalmente se puede pactar no siendo una cláusula obligatoria recibir una compensación económica por el hecho de haber dispuesto de su capacidad de gestar.

Para analizar el panorama que se afronta en Colombia respecto de la regulación, autores como Vilma Stella Moreno Diaz en su artículo “Maternidad subrogada-perspectiva en el derecho canónico”. Realizan un análisis de la sentencia T 528 del 2014, en donde se reconoce el derecho a la reproducción humana, pero a su vez el autor advierte que “*el alquiler de vientre no está regulado ni prohibido, y exhorta a hacer una regulación exhaustiva del tema.*” lo anterior es de vital importancia, ya que existe una problemática social identificada por la doctrina, la cual es a grandes rasgos evidencia el vacío normativo por el cual afronta Colombia, ya que solo existe jurisprudencia que abarcan el tema de subrogación materna, pero no suplen la de legislar en cabeza del congreso de la república. (Editorial Bonaventuriana, 2016)

El segundo momento se puede identificar en el análisis de la sentencia T 968 de 2009, que en Colombia al igual que en Rusia, existe una incertidumbre de quién es el padre al momento del nacimiento, debido a que encontramos un problema de si la madre subrogante o los padres contratantes pueden retractarse frente a la vinculación contractual y entrega del menor, ya que como ocurrió en el caso de la pareja australiana se rechaza al niño con síndrome de Down en Tailandia (Ferrer, 2014). en donde una pareja que realizó este acuerdo rechazó a uno de los gemelos que dio a luz la madre de alquiler por padecer síndrome de Down. Del poco avance legislativo en Colombia nos surgen las siguientes preguntas: ¿qué sucede si la madre o pareja contratante se retracta y no cumplen con el acuerdo, generando perjuicios

económicos y morales? y en la segunda, ¿cuál es la posición del bebé en el contrato de subrogación?, para resolver la primera pregunta debemos partir del código civil artículo 1602 y de los principios de la responsabilidad contractual y extracontractual, debido a que la maternidad subrogada es un acuerdo que genera derechos y obligaciones para las partes, el incumplimiento total, parcial del acuerdo, genera para cualquiera de los contratantes una situación jurídica desfavorable que debe ser resarcida por la parte que ocasiona el perjuicio dependiendo de la afectación causada.

Por otra parte, para resolver la segunda pregunta debemos estudiar la normativa existente en Colombia, aquí en este punto el congreso solo realizó un intento leve de legislación mediante el proyecto de ley de los senadores Santiago Valencia y María del Rosario Guerra en el año 2017. Pero que en su exposición de motivos trae un argumento importante para resolver nuestra pregunta sobre la posición del bebé dentro del contrato de subrogación, debido a que al momento del nacimiento, él bebé fruto de esa gestación pasa a ser persona y es cobijado por todos los derechos inherentes al ser humano, por ende, este ya no debe ser tratado como un objeto, sino por el contrario darle una posición y protección especial, en donde ya no interesa el contrato de subrogación, sino los derechos del menor a tener una familia, al amor de sus padres y al cuidado por parte de su familia.

Por otro lado, la sentencia T-968-09 es contraria a los argumentos expuestos en el anterior proyecto de ley, esto se debe principalmente a que la maternidad subrogada es un mecanismo que se realiza cada vez más en nuestro país, por tal motivo según la sentencia T-968-09 señala que debe tener una regulación profunda sobre este tema, pero teniendo en cuenta una serie de requisitos para que esta se pueda realizar los cuales son:

“(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su

vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros” (Sentencia T-968, 2009).

Esta serie de requisitos son necesarios para que realmente exista una protección del menor que se está gestando en este contrato, ya que con estos evitamos primero la incertidumbre de que pasa si el menor nace con alguna enfermedad o con alguna malformación, esto se suple en la condición numero 7 donde se señala que bajo ninguna circunstancia el menor puede ser rechazado por la pareja que realizo el contrato de maternidad subrogada, otro vacío que se suple con estas condiciones es que pasa si la madre se retracta de la entrega del menor, pues bajo estos parámetros esto no se puede efectuar y le da a la pareja contratante una seguridad de que efectivamente el hijo cuando nazca se les será entregado.

Por otro lado frente a la protección de la mujer gestante estos requisitos también van encaminados a la protección de la misma, en cuanto obliga a que las mujeres que deseen realizar esta práctica cumplan con un perfil en específico como lo es la mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos entre otras, pero además de cumplir con el perfil la pareja

gestante está obligada darle un acompañamiento psicológico a la madre gestante durante el embarazo, así como la realización de exámenes preparto, en el parto y posparto con la finalidad de que la madre no deteriore su salud en el proceso.

Para finalizar analizamos la definición de maternidad subrogada de la doctrinante Sandra Russi la cual la define como:

La práctica por medio de la cual una persona o pareja (hombre y/o mujer), debido a su imposibilidad de procrear (infertilidad), realiza un acuerdo (contrato) con una mujer (madre gestante), en el cual a través de una técnica de reproducción humana asistida (inseminación artificial/fecundación in vitro), ella se compromete a gestar y dar a luz a un hijo en favor de ellos, renunciando a su derecho materno filial. (Russi, 2015, p 9)

Así pues, la definición del acápite anterior nos muestra a la maternidad subrogada como mecanismo idóneo para las parejas infértiles, por medio del cual encuentran una solución práctica a través del derecho privado, para solucionar un problema común de infertilidad en las parejas de nuestra sociedad, involucrando aspectos tales como, los desarrollos tecnológicos, el derecho privado Colombiano, la voluntad privada tanto de las parejas subrogantes como de la mujer gestante y aspectos físicos y mentales de los mismos, para involucrarse en un negocio el cual conlleva a la celebración de un contrato de gestación y posteriormente a la constitución de una familia en favor de los padres contratantes.

CAPÍTULO TERCERO

MATERNIDAD SUBROGADA COMO NEGOCIO JURÍDICO.

La maternidad subrogada entendida como negocio jurídico tiene diversos problemas, uno de ellos va con base a las estipulaciones que deben realizar las partes, ya que al no existir una regulación sobre la maternidad subrogada se cataloga como un negocio atípico, para dar un mejor desarrollo a la maternidad subrogada hablaremos en el apartado 3.1 de cómo entender la gestación por sustitución como negocio jurídico, mostrando principalmente la diferenciación entre acto y negocio, posteriormente en el apartado 3.2 hablaremos del incumplimiento de alguna de la partes en el contrato de gestación por sustitución, en alguna de sus cláusulas como por ejemplo en el pago (si se hubiese pactado oneroso), las condiciones de la madre gestante y la entrega del menor, finalmente en el apartado 3.3 analizaremos porque el contrato de maternidad subrogada es válido en el territorio Colombiano analizando los artículos que permiten la maternidad como contrato en el *Código Civil*.

3.1 Teoría del negocio Jurídico

Es relevante para la investigación diferenciar el negocio jurídico del acto jurídico, puesto que en el negocio jurídico partimos de “Es la manifestación de una o más voluntades encaminadas reflexiva y directamente a constituir, modificar o extinguir una o más relaciones jurídicas, esto con el fin de producir los efectos queridos” (Ortiz, 2016, p 36). Por otro lado, en la ley 1996 del 2019 encontramos la definición de acto como como “Toda manifestación de la voluntad y preferencias de una persona encaminada a producir efectos jurídicos.”

Encontramos un aspecto diferenciador el cual se da frente a la finalidad deseada por el sujeto al momento de manifestar su voluntad, debido a que, en el acto jurídico, el sujeto no

siempre busca con su manifestación de voluntad que se produzcan efectos jurídicos, tal es el caso de un testigo, que mediante su declaración testimonial en un proceso manifiesta su voluntad y esta no constituye un negocio Inter partes.

Las partes en este negocio de maternidad subrogada, pretenden encaminar los efectos del mismo en la creación de una familia entre las partes del contrato, las cuales acuerdan que la madre con capacidad para gestar, prestará su vientre a una pareja que tiene el ánimo de crear una familia, en donde depositan material genético para gestar al bebé de quienes celebraron un acuerdo con la madre gestante, para que posteriormente entregar del menor objeto del negocio, en este acuerdo que celebraron se pactaran una serie de cláusulas y condiciones, para que los efectos queridos se den al final del negocio, en cambio podemos diferenciar del acto jurídico en cuanto a que existe una manifestación de voluntad de un sujeto que produce un efecto jurídico, que como consecuencia se vuelve relevante para el derecho, ya que con esta manifestación se crea, modifica o extingue una situación jurídica. En la maternidad subrogada podemos dar un ejemplo respecto al acto jurídico, en cuanto a la realización de la oferta que hace la madre sustituta de su vientre o el de la pareja que manifiesta su oferta a un público indeterminado de mujeres con capacidad de gestar, para que acepte la oferta posteriormente genere un negocio jurídico (Villoro, s.f., p. 160)

Para desarrollar la maternidad subrogada vista en el plano colombiano, como negocio jurídico analizamos el artículo justicia constitucional tomo 2 en el capítulo Teoría de los actos propios, en donde los autores desarrollan la herramienta que surge a partir de la regla del vientre contra factum proprium non valet en el derecho colombiano, la cual busca proteger la interpretación entendida como “la operación que busca el significado jurídicamente relevante del acuerdo contractual. En este sentido, la constatación de la voluntad traducida en el acuerdo,

y no la voluntad de cada contratante, es lo que hace que la interpretación sea objetiva y refleje la expresión socialmente relevante del acuerdo de las partes” (Bernal Fandiño, 2010, 355).

De lo anterior podemos relacionar con el tema de investigación, que en el objeto final del contrato de crear una vida que se traduce finalmente en la constitución de una familia a través del método de reproducción mediante la subrogación materna, en donde las partes a través de la voluntad general y no individual, generan un vínculo el cual refleja, no sólo un deseo de reproducción, sino también de fortalecer la unión de la pareja contratante, por lo anterior el juez se encuentra “frente al contrato este debe trazar límites a las partes, para lograr un equilibrio entre la libertad, la seguridad y la coherencia contractual”. Pero a su vez, este no debe desconocer el objeto contractual, y debe ceñirse a ley, las buenas costumbres, y la buena fe de las partes. Ya que como lo abordan los autores Vilma S. Moreno Díaz y otros más adelante, el contrato, se vuelve ley para las partes, que debe ser entendida en el marco del principio de la buena fe contractual, que es comprendido como “[la] fidelidad a la palabra dada, y no defraudar la confianza, indispensable para las relaciones humanas” (Larenz, citado por Bernal Fandiño, 2010).

Podemos concluir que el vínculo que se deriva del negocio de maternidad subrogada, por las partes no se pueden retractar de forma unilateral. Ya que esto generaría como consecuencia un incumplimiento del acuerdo, debido a que las partes se ataron mediante la manifestación mutua de la voluntad al crear el objeto contractual, por ende, deben mantener su palabra y no defraudar el deseo que los llevó a contratar.

3.2 El incumplimiento del negocio jurídico de maternidad subrogada

Según Rodríguez y Martínez (2012), *El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense*, mencionan previamente los países y sujetos que quieren participar

en negocio jurídico de maternidad subrogada deben tener en cuenta las siguientes características para la regulación del contrato:

1. Que exista una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia
2. No hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato
3. Se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para determinar su validez
4. La regulación del contrato está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan de este. (p 4)

Estas características que mencionan los autores Rodríguez y Martínez son importantes debido a que, buscan la protección de los contratantes, estando encaminadas a dar las nociones básicas que los países y sujetos deben estudiar previamente, con la finalidad de no incurrir en una violación al derecho interno de cada país y contrato, adicionalmente debemos tener en cuenta que estas características las trae solo la legislación estadounidense, y señala que adicionalmente se deben tener en cuenta aspectos económicos, culturales y políticos de los sujetos que celebran el contrato para determinar la posición que acoge el país respecto a la maternidad subrogada.

Por otro lado, frente al negocio jurídico de maternidad subrogada en el texto de Marcela Cáceres Lara, Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano, menciona que las mujeres que celebran este contrato bajo la legislación de estados unidos se someten a una serie de cláusulas y condiciones para contratar con la pareja, adicionalmente encontramos que la pareja solicitante debe celebrar un contrato con un sustituto gestacional en donde debe aceptar unas cláusulas y condiciones las cuales deben ser óptimas para que el contrato no sea nulo, estas cláusulas no deben ir en contra del interés público y el orden social

así como tampoco deban vulneren el interés superior del menor ni la dignidad humana de la madre gestante, esto con la finalidad que la madre subrogada pueda celebrar el contrato (Cáceres, 2018).

Adicionalmente dentro del acuerdo debe de existir una certeza médica razonable, de un médico con licencia el cual debe determinar que la madre subrogada puede fácilmente llevar un embarazo, adicionalmente debe contener ciertas cláusulas, en donde se resalta la voluntad de las partes en estar de acuerdo con la subrogación, con respecto a la intervención clínica y el manejo del embarazo, otra de las cláusulas es la renuncia de la madre gestante a su vínculo filial con él recién nacido que es objeto del contrato, esto se hace con el fin de asegurar el cumplimiento de la obligación de entregar al menor en el momento de su nacimiento, debido a que puede surgir el evento de que la madre de alquiler se retracte o incumpla el contrato, dejando a la pareja en un vacío normativo, frente a donde debe acudir para reclamar los perjuicios ocasionados o poder reclamar el derecho que tienen sobre el menor objeto del contrato, por otra parte la madre sustituta, al estar atada a un contrato no puede reclamar al menor como suyo, así pues el autor en su texto expone que “la práctica en cualquier mujer, previo acuerdo de las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento del nacimiento a una persona o pareja, renunciando a sus propios derechos como madre” (Cáceres, 2018. p 2).

A diferencia de lo que ocurre en la legislación Española la cual es tajante en el tema de gestación por sustitución ,debido a que niega la posibilidad de celebrar el contrato dentro del territorio español, el cual reconoce la existencia de este contrato, pero no es permitido la celebración dentro de su territorio, generando que cualquier contrato que se celebre en el territorio sea nulo de pleno derecho, si la madre gestante celebrará el contrato de maternidad subrogada dentro de territorio español este no tendrá efecto, ya que posee una nulidad por existir

una prohibición expresa en la ley española (Ley 14, 2006) como consecuencia nacerá a la vida jurídica sin efectos y quedará como madre del menor la mujer sustituta, impidiéndole así renunciar a la filiación. Esto trae una consecuencia jurídica y una evasión a la norma, la cual es que aquellos que deciden optar mediante esta práctica constituir una familia emigran a países como Colombia para posteriormente nacionalizar los bebés nacidos en la modalidad de maternidad subrogada, quedando así amparados bajo protección que tiene España al igual que Colombia de primar los derechos del menor de tener una familia.

3.3 Validez del negocio jurídico de maternidad subrogada en Colombia

La aplicabilidad del negocio jurídico de maternidad subrogada en Colombia trae una serie de consecuencias tales como el abuso del derecho, el abuso del vientre o capacidad gestante de la mujer, explotación e instrumentalización del menor y de la madre gestante, valor indeterminado del contrato, falta de jurisdicción y competencia para resolver el contrato en caso de incumplimiento, todo esto debido a la falta de regulación existente sobre este tema en la legislación del país.

A causa de lo anterior el negocio jurídico de maternidad subrogada se convierte en un contrato atípico y por tal motivo, se puede deducir que, para la celebración de este negocio, se debe partir de aspectos generales que se encuentran regulados únicamente por las normas generales de los contratos los cuales se encuentran estipulados en el código civil, tales como:

- El artículo 1502 del código civil, hace referencia frente a los aspectos generales que se deben tener en cuenta para que el negocio produzca efectos sobre el individuo y este se obligue a cumplir con lo estipulado dentro del objeto del negocio.
- El artículo 1517 del código civil, delimita las obligaciones de los individuos respecto del objeto del negocio que celebraron, de esta manera las partes determinan que deben realizar, a que se obligan o que deben abstenerse durante la ejecución del negocio.

- El artículo 1602 del código civil, es la base del negocio, debido a que las partes crean una proyección de lo que desean, contratando con el otro, plasman su voluntad del porqué llegaron a celebrar ese negocio jurídico.

Lo mencionado anteriormente busca darle una validez al contrato ya que no existe una prohibición expresa sobre el mismo, dejando a las partes con la autonomía en la toma de decisiones sobre cláusulas para el contrato de maternidad subrogada, adquiriendo de esta manera derechos y obligaciones como en cualquier otro tipo de contrato. Al no existir una legislación debemos tener en cuenta que, ante la falta de regulación del contrato, en cualquier momento corre el riesgo de ser nulo, ya que no existe ningún tipo de formalidades ni condiciones impuesta para este contrato, que en realidad son sumamente necesarias para evitar la explotación de mujeres y el tráfico de menores, entendido el tráfico de menores según la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual hace referencia a la trata infantil en el inciso 1 del Artículo 11 como “traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.” (Unicef, 1989, art 11).

Pese a lo anteriormente mencionado debemos tener en cuenta que en Colombia debido a una aceptación de tratados internacionales que van encaminados a la protección de la familia y el menor, se acepta indirectamente mediante aquellos la maternidad subrogada como por ejemplo los artículos 18 19 y 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual establece pautas para regular el alquiler de vientres en cuanto a la nacionalidad del menor (Bolaño y Sierra, 2019).

Adicionalmente se puede entender aceptada la maternidad subrogada bajo el “principio autodeterminación reproductiva” el cual se define como “la facultad de las personas de decidir

libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia.” (Sentencia T-732/09, 2009).

Lo anterior se encuentra avalado por varias instituciones y tratados internacionales a los cuales se encuentra suscrito Colombia, dándole una importancia fundamental por nuestro bloque de constitucionalidad, el cual adopta los tratados internacionales, fundamentándose en la constitución política de Colombia de 1991 en su artículo 93 “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.”(Constitución política de Colombia, 1991, art 93)

Finalmente debemos resaltar que en Colombia se pueden analizar legislaciones las cuales han regulado el contrato de la maternidad subrogada, con el fin de poder formar su propia regulación frente a este tema, uno de los países más desarrollados a este tema es Estados Unidos, el cual nos ha dado una serie de elementos que son indispensables para la regulación y perfeccionamiento del alquiler vientres, para evitar de esta manera la explotación y uso de seres humanos como objetos comerciables, pues para esto es fundamental tener primero una regulación que establezca las obligaciones de cada una de las partes, en este caso la madre gestante y la pareja con la cual se desea celebrar el contrato, segundo el término de duración del contrato el cual debe cubrir desde el momento que se aporta el material genético hasta que el menor quede legalmente a nombre de la pareja y para finalizar debemos establecer cual realmente va a ser el objeto contrato, que desde nuestro punto de vista es la constitución de una familia. Con estos 3 elementos regulados dentro de la legislación colombiana el contrato estaría plenamente aceptado y se evitarían en gran medida los posibles problemas que surjan del mismo.

Conclusiones

El objeto fundamental de esta tesis fue realizar una revisión de los sistemas jurídicos más relevantes y como esto influencio al desarrollo normativo en nuestra legislación. Así pues, se analizaron las diversas normativas en los países de estudio, las cuales se contrastaron con la jurisprudencia colombiana, debido a que como se abordara más adelante con la presente investigación, se logró demostrar la existencia de un desinterés por parte del gobierno en regular el método de reproducción de subrogación materna utilizado en la actualidad.

Así pues, el aporte principal de nuestro trabajo de investigación fue identificar las falencias legislativas en Colombia, para ello se estudió diversas legislaciones, las cuales dan un criterio como se debe regular la maternidad subrogada. Se identificó que dependiendo de variables tales como los pensamientos jurídicos de los países analizados y su desarrollo social, este método de reproducción se podría o no utilizar con mayor libertad, para desarrollar nuestra investigación en el caso colombiano y compararlo con el avance jurídico de los países de estudio, se partió de la base de la protección al ser humano y a su cuerpo, el cual no puede ser objeto de un contrato, lo cual es trascendental para desarrollar la maternidad subrogada como método de reproducción.

En un primer momento encontramos que este método de reproducción está permitido en todas las legislaciones que han sido materia de estudio, pero hemos observado que no todas las legislaciones están permitidas como negocio jurídico. Ya que en países como España está

prohibido como método de reproducción asistida, si existe de por medio una compensación económica, es decir que este tenga elementos de onerosidad dentro del contrato.

Partiendo de legislaciones similares a la Española se identificó una problemática común en las parejas que tienen una imposibilidad para gestar, y no encuentran voluntariamente una mujer que quiera ayudarles con el proceso de crear una familia de manera voluntaria, sin que este de por medio una compensación económica, debido a que son muy raros los casos en los cuales las mujeres de forma voluntaria y gratuita, se expongan a un proceso que implica cambios y riesgos en su cuerpo durante el periodo preparación y posterior gestación, por lo cual se identificó que las parejas terminaban optando por viajar a un continente con poca o nula regulación tal como sur América, para eludir sus normativas las cuales son estrictas y les impide contratar los servicios de una mujer capaz de gestar a cambio de una compensación. A raíz de lo anterior esta problemática se introdujo al territorio Colombiano, como se identifica en la sentencia T-968/09 en la cual una pareja extranjera contrata el vientre de una mujer la cual incumple el acuerdo, generando dos problemas principales los cuales se dividen en cómo el juez debe fallar frente al caso en concreto, ya que este se enfrenta a la existencia de un vacío normativo por la falta de regulación del congreso, y por otro lado genera una problemática internacional, ya que las parejas de otros estados entran en conflicto para resolver el litigio en caso de incumplimiento del negocio.

Por otro lado países como Ucrania y Rusia existen prohibiciones que impone la ley frente a las características en las parejas que van a utilizar el método de subrogación materna, esta permite en mayor medida que se pueda acceder a este negocio de forma un poco más libre, reduciendo así la intermediación con personas extranjeras, las cuales se acogen a otras normativas, de esta manera se evita que se generen conflictos de aplicación normativa y su vez

problemas internacionales, frente al incumplimiento del contrato se incentiva a las parejas a que no opten por la evasión de la norma como es el caso de España, y se acojan simplemente a las restricciones que imponen su propio país.

De la presente investigación concluimos que el país que mejor ha regulado este tema, es Estados Unidos en sus diferentes estados, ya que al existir una autonomía estatal la cual genera que los estados que permiten estas prácticas lo realicen de manera libre, y que por ende las parejas opten por este método de reproducción se vean mucho más beneficiadas por la flexibilidad legal, haciendo así que se este método se de forma más frecuentemente en las parejas homosexuales y aquellas que no tienen la posibilidad de reproducción.

Además, evidenciamos un mayor avance doctrinal de este método de reproducción como negocio jurídico de maternidad subrogada, el cual fija las condiciones contractuales mediante las cuales se dará la gestación, tal como lo propone en su texto («Commercial Agencies and Surrogate Motherhood: A Transaction Cost Approach», 2005). Ya que ellos tocan el tema del incumplimiento y ven netamente a la maternidad subrogada como un negocio jurídico en el cual se puede generar diferentes eventos, que podrían causar un problema contractual tales como la muerte del menor, el retracto de la madre y la no fertilización de la mujer. En ese mismo orden de ideas podemos señalar que, en todos los países de estudio si el proceso sale como se esperaba se terminará el negocio con la entrega y la inscripción en el registro civil del menor, reconociendo como padres legítimos a la pareja contratante, sin incurrir en evasión o restricción normativa y siendo amparados por la protección del estado en la autonomía privada de creación de la familia mediante la maternidad subrogada.

Con respecto a las diferencias entre países donde se encuentra regulada la maternidad subrogada encontramos que los costos de este método de reproducción asistida son variables, siendo Rusia uno de los países más económicos , ya que países como Estados Unidos lideran

la tabla de precios con un valor aproximado a los 100.000 Euros por este método de reproducción, mientras que Rusia se encuentra en cuarto lugar con un valor aproximado de 60.000 Euros a 80.000 Euros, esto se debe a que el proceso es un poco más largo que en Estados Unidos y en Ucrania. adicionalmente no se requiere la realización del proceso de Adopción del menor, mientras que en Rusia si es necesario, para iniciar con el proceso de la maternidad subrogada lo primero que deben realizar las parejas es donar el material genético a la madre gestante, posteriormente la madre gestante debe renunciar al vínculo con el menor, para luego seguir con la realización del proceso de adopción y finalmente se realiza el cambio de registro quedando la pareja que accedieron a este método de reproducción como los padres legítimos del menor que fue objeto del negocio jurídico, por tal motivo se puede entender que el costo es menor debido a que su trámite es más diferido.

En adición cabe resaltar que, al igual que Estados Unidos, en Rusia se establece un requisito adicional para las madres sustitutas, el cual se impone un margen de edad el cual es de 20 a 35 años, además de haber dado a luz a un hijo previamente es decir que ya se tenga una experiencia en el embarazo y una prueba de su fertilidad, además de gozar con un estado de salud excelente.

Finalmente podemos concluir que a pesar de que existe una gran problemática frente a la regulación normativa de maternidad subrogada, como método de reproducción asistida en Colombia, este fenómeno se ha intentado regular a través de varios proyectos de ley, los cuales han fracasado y se han quedado en un corto intento de regulación, por lo anterior uno de los objetivos de nuestra investigación era proponer una alternativa, para que exista un avance normativo y se validó como negocio jurídico la maternidad subrogada en Colombia, en donde el congreso fije los parámetros mínimos para las parejas que vayan a utilizar la maternidad subrogada como método de reproducción. Con lo anterior se evitaría, que este método de

reproducción se siga desarrollado como un contrato atípico, y por el contrario las partes a través de una base normativa sin desligarse de su autonomía, establezcan libremente las cláusulas y condiciones que regirán a las partes dentro del negocio, sin violentar el derecho del otro, esto con el fin de que las parejas junto a la madre subrogante que realicen esta práctica, tengan una protección normativa, así poder evitar problemáticas tales como la jurisdicción y competencia en los casos en los que se presente un conflicto frente al negocio.

Anudado a lo anterior, si se fijan lineamientos y parámetros dentro del contrato de subrogación. Se evitaría que la mujer al dar su vientre se convierta en un objeto, por su capacidad de gestar y posteriormente nasciturus que engendrara, así mismo se les protegería sus derechos para evitar que sean la parte débil dentro del contrato, ya que hemos evidenciado que las mujeres de bajos recursos terminan aceptando, las exigencias impuestas por las familias que quieren tener un hijo a través de este método de reproducción, generando fenómenos tales como, imposibilidad negociar los términos o condiciones e imposibilidad de rescindir el negocio, al no contar con un asesoramiento previo a la celebración del negocio, todo ello generado por falta de regulación.

Por otra parte, la madre sustituta podría sufrir posteriormente daños psicológicos, debido a que esta no avizora la totalidad del negocio, ya que se ve forzada en aceptar sin dimensionar las consecuencias previas y/o posteriores del contrato, por su necesidad económica o desconocimiento de las secuelas del contrato, que se dan raíz de la celebración y finalización del negocio, estos daños psicológicos que sufre la madre sustituta al momento de la entrega o en un lapso posterior, es la aflicción y congoja por la pérdida del menor objeto del negocio, por lo anterior con la investigación que realizamos, proponemos que en Colombia se deben fijar unos límites y mínimos al momento de la celebración del contrato, estos se pueden derivar por ejemplo de la sentencia T968/08 la cual fijo unos requisitos que para nosotros son insuficientes,

para poder lograr una adecuada implementación del contrato de maternidad subrogada, pero se resaltamos que son encaminados a respetar tanto el cuerpo de la mujer y se da un protección especial al menor que esta por nacer futo del contrato de subrogación, respetando al ser humano como individuo y no como objeto.

Para finalizar, el modelo que debe seguir Colombia para lograr un avance normativo, es el de Estados Unidos, el cual implemento en su legislación los requisitos para que el negocio jurídico de maternidad subrogada, se pueda celebrar dentro de su territorio, y de este regulado y no prohibido como método de reproducción asistido, como se ha venido desarrollando en países tales como Colombia a partir de la sentencia T968/08, la problemática social de nuestro país frente a la falta de regulación sigue estando vigente, el avance tecnológico del mundo lleva a que el derecho evolucione y no podemos ser ajenos a los cambios sociales por tabús del legislador.

Bibliografía

- Alcalá, M. A. A. D. (2010, 7 octubre). *Documento BOE-A-2010-15317*. Boletín oficial del estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-15317>
- Álvarez, P. A. (2017, 8 diciembre). *El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE UU y Ucrania* [Grafico]. El País. https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html
- Areiza, L. A. V. (2019). *La Viabilidad de la Maternidad Subrogada en Colombia desde la Teoría del Negocio Jurídico* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia]. repositorio.unal.edu.co. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/75516>
- Asociación de Gestación Asistida Reproductiva [AGAR]. (2018, 6 junio). *Ucrania*. <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/destinos/ucrania/#:%7E:text=La%20Orden%20del%20Ministerio%20de,a%20luz%20a%20un%20ni%C3%B1o%20>
- Asociación de Gestación Asistida Reproductiva [AGAR]. (2018, 14 julio). *Estado Unidos*. <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/destinos/estados-unidos/>
- Bechara, B. (2018, 25 octubre). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2). <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73360074007/html/index.html>
- Bolaño y Sierra. (2019). Subrogación de vientre y filiación en parejas heterosexuales, desarrollos jurídicos y científicos en Colombia [Tesis de maestría, Universidad Libre de Colombia]. *repositoryunilibre*. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17780/8707251.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Caceres, M. C. L. (2018, octubre). *Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano*. <https://obtienearchivo.bcn.cl>.
https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26024/1/BCN_gestacion_subrogada.pdf
- Cárdenas Rojas, L. V. C. R. (2015, 30 junio). Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano*. *unisabaneta*, 3(1).
<http://revistas.unisabaneta.edu.co/index.php/conflictoysociedad/article/view/138>
- Casado, C. (2019). Documento sobre gestación por sustitución. *Universidad De Barcelona*, 41.
<http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08967.pdf>
- Commercial Agencies and Surrogate Motherhood: A Transaction Cost Approach. (2005, 31 noviembre). *Galbraith, M., McLachlan, HV y Swales, JK*, 11(31).
<https://link.springer.com/article/10.1007/s10728-005-2567-3#citeas>
- Concepto de negocio jurídico*. (s. f.). Deconceptos.com. Recuperado 16 de noviembre de 2020, de <https://deconceptos.com/ciencias-juridicas/negocio-juridico>
- Constitución política de Colombia*. (1991, 4 julio). secretaria senado.
<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Crespo Lorenzo, E. C. L. (2019, 9 mayo). *Gestación subrogada: enfoque legal y estado actual en España*. Noticias Jurídicas.
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13944-gestacion-subrogada:-enfoque-legal-y-estado-actual-en-espana/>
- Editorial Bonaventuriana. (2016). Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Económicas. Criterios Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internaciona, 1(9), 57.

El país. (2017, 18 diciembre). *El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE UU y Ucrania* [Grafico]. elpais.

https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html

Gestación subrogada en Rusia: legislación, precio y filiación. (2019, 28 Agosto). Babygest.

<https://babygest.com/es/rusia/#bibliografia>

Guerra, M. J. G. P. (2017, 13 junio). *Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal*. Sección de Filosofía, Facultad de Humanidades, Universidad de La Laguna, Campus de Guajara, La Laguna (Tenerife), España. <http://scielo.isciii.es/pdf/gsv31n6/0213-9111-gs-31-06-00535.pdf>

Huanca, M. L. H. T., Tafur, F. M. T., & Nicho, J. M. N. (2017, 23 enero). *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Actos de Comercio*. Gestipolis.

<https://www.gestipolis.com/acto-juridico-negocio-juridico-actos-comercio/>

JMCM, J. M. C. M. (2013). La maternidad subrogada. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 30. <https://dialnet.unirioja.es/revista/116/A/2012>

La pareja australiana niega que rechazara al niño con síndrome de Down en Tailandia.

(2014, 4 agosto). El periodico.

[https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20140804/pareja-australiana-niega-rechazara-nino-sindrome-de-down-en-tailandia-](https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20140804/pareja-australiana-niega-rechazara-nino-sindrome-de-down-en-tailandia-3429000#:~:text=La%20madre%20biol%C3%B3gica%20de%20los,gestar%20un%20hijo%20para%20ellos)

[3429000#:~:text=La%20madre%20biol%C3%B3gica%20de%20los,gestar%20un%20hijo%20para%20ellos](https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20140804/pareja-australiana-niega-rechazara-nino-sindrome-de-down-en-tailandia-3429000#:~:text=La%20madre%20biol%C3%B3gica%20de%20los,gestar%20un%20hijo%20para%20ellos)

[3429000#:~:text=La%20madre%20biol%C3%B3gica%20de%20los,gestar%20un%20hijo%20para%20ellos](https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20140804/pareja-australiana-niega-rechazara-nino-sindrome-de-down-en-tailandia-3429000#:~:text=La%20madre%20biol%C3%B3gica%20de%20los,gestar%20un%20hijo%20para%20ellos)

Ley 14. (2006, 26 mayo). BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>

LEY 84 DE 1873. (1873, 31 mayo). secretaria senado.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

- Maria Victoria Calle, Luis Ernesto Vargas Silva y Gabriel Eduardo Mendoza. (2009, 18 diciembre). *sentencia T 968 de 2009*. <https://www.corteconstitucional.gov.co>.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm#:~:text=El%20alquiler%20de%20vientre%20o,los%20derechos%20sobre%20el%20reci%C3%A9n>
- Maternidad Subrogada en Suecia*. (2020, 6 febrero). vittoriavita.
<https://vittoriavita.com/spa/maternidad-subrogada-en-suecia/#:~:text=en%20Suecia%2C%20la%20maternidad%20subrogada,debates%20legales%20y%20sociales>.
- Miralles, Á. A. M. (2017). MATERNIDAD SUBROGADA Y DIGNIDAD DE LA MUJER. *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 169-170.
<http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf>
- Ortiz, A. O. M. (2016). *Manual de obligaciones* (septima ed.). TEMIS.
- ¿Qué es la maternidad subrogada?* (2015). aeges. <https://aeges.es/maternidad-subrogada/>
- Rivera, E. R. L. (2012, 6 abril). Explotación y bioética. Ética individual y regulación jurídica. *Revista de Bioética y Derecho*, 40. <https://www.ub.edu/web/portal/ca/>
- Rodriguez y Martinez. (2012, 2 diciembre). *El contrato de maternidad subrogada la experiencia estadounidense*. scielo.
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art03.pdf>
- Russi. (2015). *Régimen jurídico de la maternidad subrogada en Colombia: Un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la validez del contrato y sus efectos para las partes*. repository ucatolica.
<https://repository.ucatolica.edu.co/jspui/bitstream/10983/2695/1/ARTICULO%20SANDRA%20RUSSI.pdf>

Situación jurídica de la gestación subrogada en Estados Unidos USA. (2019, 5 febrero).

vittoriavita. <https://www.gestlifesurrogacy.com/estados-unidos-gestacion-maternidad-subrogada-maternidad-usa.php>

Situación jurídica gestación subrogada en Ucrania. (2019, 2 noviembre). Gestlife.

<https://www.gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-ucrania-de-la-gestacion-subrogada.php>

Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia.

(2012, 1 enero). ley federal.

https://www.constituteproject.org/constitution/Russia_2014.pdf?lang=es

Surrogacy 365. (2019, 19 junio). *Gestación Subrogada en Estados Unidos.*

<https://www.surrogacy365.com/es/destinos/estados-unidos/>

Unicef. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño.* Unicef.

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Universidad de Barcelona. (2019, 12 febrero). *Documento sobre gestación por sustitución*

[Comunicado de prensa].

https://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf

Villoro. (s. f.). Hechos y actos jurídicos. En *Introducción al estudio del derecho* (Vol. 1, p.

160). <https://es.calameo.com/read/005151073b0651c1d3d46>

Whittaker, W. (2011, mayo). *Cross-border assisted reproduction care in Asia: implications for access, equity and regulations.* pubmed.

<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/21555091/>

