



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Maternidad Subrogada
Una práctica no reglamentada en el ordenamiento jurídico colombiano

Surrogate Motherhood
A practice not regulated in the Colombian legal order

Laura Montoya Ávila*¹
Universidad Católica de Colombia
E- Mail: lmontoya46@ucatolica.edu.co

Resumen

En la actualidad existe una práctica que es utilizada cada vez con más frecuencia en nuestro país y es conocida como alquiler de vientre o subrogación de maternidad, ésta consiste en que una mujer mediante un acuerdo entre partes, alquila su vientre llevando un embarazo cuyo objetivo es entregar al recién nacido a otra persona, desistiendo de sus derechos como madre a cambio de una remuneración económica.

Durante la práctica de la maternidad subrogada y al momento de entregar al niño, pueden derivarse controversias ya sea por el incumplimiento del contrato o por la vulneración de los derechos de alguna de las partes, estos pueden ser la determinación de la custodia del niño y la filiación, que en muchos casos se convierte en falsa filiación como lo expresa Blanco (2014), consecuencias jurídicas del incumplimiento del contrato y la

¹ Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría de la Doctora Rosa Elizabeth Guio Camargo, docente de la facultad de Derecho, 2018. Estudiante de Derecho con materias culminadas, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil N. 2110746. Correo electrónico: lmontoya46@ucatolica.edu.co

desprotección de los derechos del menor frente a ese incumplimiento, además de la explotación de mujeres y remuneración a cambio de la entrega del niño, afectando a la unidad familiar.

En éste artículo se realiza un análisis acerca del ordenamiento jurídico frente a la maternidad subrogada el cual no cuenta con la debida implementación y regulación, y que a pesar de múltiples proyectos de ley y jurisprudencia, se tiene un vacío jurídico, ya que no se han logrado lineamientos claros referentes al contrato en cuanto a procedimientos, requisitos y condiciones que se deberían tener en cuenta frente a la práctica de alquiler de vientres para la garantía de los derechos fundamentales de las partes y del niño.

Palabras clave: Maternidad subrogada, fecundación in vitro, familia, infertilidad, alquiler de vientres, ordenamiento jurídico.

Abstract

Currently exist a practice that is used more frequently in our country and is known as belly rent or surrogate motherhood, this consists that a woman by agreement between parties rents her belly carrying a pregnancy where the goal is deliver the newborn to another person, giving up their rights as a mother in exchange for financial compensation.

During the practice of surrogate motherhood and at the time of delivery the child, controversies may arise whether due to the breach of the contract or the violation of the rights of any of the parties, these may be the determination of custody of the child and filiation, which in many cases becomes false filiation as expressed by Blanco (2014), legal consequences of non-compliance of the contract and the lack of protection of the child's rights faced with that breach, in addition to the exploitation of women and remuneration in exchange for the delivery of the child, affecting the family unit.

In this article an analysis is made about the legal order against surrogate motherhood which does not have the proper implementation and regulation, and that

despite multiple bill and jurisprudence, there is a legal vacuum since they have not been achieved clear guidelines regarding the contract in terms of procedure, requirements and conditions that should be taken into account against the practice of renting bellies for the guarantee of the fundamental rights of the parties and the child.

Key words: Surrogate motherhood, in vitro fertilization, family, infertility, rent of bellies, legal system.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|----|
| -Introducción | 6 |
| 1. Antecedentes Históricos | 8 |
| 1.1 Antecedentes internacionales | 8 |
| 1.2 Antecedentes en Colombia | 9 |
| 2. Revisión teórica y conceptual | 10 |
| 2.1 Maternidad subrogada concepto y clasificación | 10 |
| 2.2 Infertilidad | 12 |
| 2.3 Tipos de Fecundación | 13 |
| 2.4 Contrato de alquiler de vientre | 14 |
| 3. La maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano | 16 |
| 3.1 Regulación de la subrogación de Maternidad en Colombia | 17 |
| 3.2 Jurisprudencia | 19 |
| 3.3 Consideraciones de la Corte Constitucional | 21 |
| 4. Práctica de la maternidad subrogada en Colombia | 23 |
| - Conclusiones | 28 |
| - Referencias | 30 |

Introducción

Existen técnicas de reproducción asistida para la procreación que han surgido de avances científicos y que al pasar los años se han llevado a cabo en Colombia. Una de ellas y la que conlleva a la realización del presente artículo es la maternidad subrogada o alquiler de vientres, la cual es una práctica que se ha venido implementando de manera informal en el país y necesita una evolución en el derecho para su debido reconocimiento.

Durante mucho tiempo y en la actualidad a ésta práctica se le han conocido diferentes denominaciones como lo son la maternidad sustituta, maternidad subrogada o alquiler de vientre, se le llama así a la práctica en la cual una mujer, mediante un acuerdo previo entre partes, lleva adelante un embarazo con el fin de entregar al niño o la niña recién nacido o días después de su nacimiento a una persona o pareja, lo cual conlleva a que la mujer gestante desista de sus derechos como madre, generalmente esta práctica se realiza a cambio de una remuneración en dinero y existen diferentes técnicas como, inseminación artificial y la fertilización in vitro con posterior implantación tal como lo menciona Martín (2009), al realizarse este contrato sin ninguna regulación da lugar a consecuencias jurídicas que podrían vulnerar derechos fundamentales, relaciones de filiación, relaciones interpersonales entre otros como lo expone Jiménez (2019), lo cual se desarrollará más adelante.

Con base en lo anterior, se encuentra la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico a los avances científicos con el fin de regular la maternidad subrogada de manera normativa, sin embargo aunque se ha venido intentando dicha regulación solo se ha logrado una reconocimiento en el año 2009, con la sentencia T-968/09 la cual aduce que en el ordenamiento jurídico colombiano no se prohíbe expresamente la práctica de alquiler de vientres, además, la doctrina ha estimado que las técnicas de reproducción asistida están legitimadas jurídicamente en la Constitución Política de Colombia en su artículo 42 inciso 6 el cual menciona que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” (Arévalo & Laverde, 2016).

Además de esto, también han surgido varios proyectos de ley, que se acercan al concepto de maternidad subrogada por parte de algunos senadores o representantes de la cámara (Arteta, 2011), empero ninguno ha sido aprobado.

Según Cadavid y Barrera, (s.f) se identifica que ni en la jurisprudencia, ni en la norma constitucional, se abarca a cabalidad de qué manera y qué organizaciones o entidades son las encargadas de regular los procedimientos, verificar los requisitos, analizar las condiciones que se deben cumplir frente a la práctica de alquiler de vientres y garantizar la protección de los derechos fundamentales.

El objeto de estudio del presente artículo es analizar los vacíos jurídicos relacionados con la práctica de la maternidad subrogada, la normatividad existente, los soportes constitucionales frente a esta práctica, las controversias y consecuencias jurídicas ante la falta de regulación, por lo cual se plantea el siguiente problema de investigación ¿Existe la necesidad de incorporación legal específica al ordenamiento jurídico colombiano sobre la regulación de la maternidad subrogada?

Para resolver el interrogante se iniciará con una breve descripción de origen, concepto y clasificación de la maternidad subrogada y el contrato de alquiler de vientres, el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de las iniciativas legislativas, doctrina nacional e internacional y contextualización de casos internacionales reconocidos y de esta manera, se conocerá si ésta práctica es realizada bajo lineamientos específicos en nuestro país, si existe o no control y mencionará cuáles podrían ser las consecuencias jurídicas frente al tema.

En concreto, este trabajo explora las posibilidades jurídicas que en este momento deben tenerse en cuenta, para formular una norma que regule la maternidad subrogada. Esta, como se verá más adelante, significa la necesidad de considerar a la maternidad subrogada como un negocio jurídico, razón por la cual, y ante la insuficiencia de la sentencia que trabajó el tema, implica la necesidad de acudir al derecho comparado y casos internacionales para tomar elementos que permitan regularla en el derecho colombiano.

1. Antecedentes históricos

La maternidad subrogada es una práctica de reproducción asistida, la cual nació con el fin de que las personas que debido a diferentes circunstancias como una enfermedad, incapacidad de reproducción o imposibilidad de concebir de manera natural tuvieran la oportunidad de lograrlo a través del alquiler del vientre; de esta manera la madre sustituta entrega al bebé en el momento del nacimiento a las personas que la han contratado como lo indica Cadavid y Barrera, (s.f).

Vallejo (2015) hace un análisis para entender más a fondo acerca de este tema y señala algunos de los aspectos y sucesos históricos más relevantes. Menciona que ésta no es una práctica reciente ya que tuvo sus orígenes en la época de Sarai y Abraham; la cual se encuentra en el Antiguo Testamento: en este se evidencia que Sarai era estéril y no podía concebir, de esta manera le dio su consentimiento a Abraham para que pudiera gestar a un niño con una de sus esclavas; asimismo se identifica que en la Mesopotamia del siglo XVIII a.c el Código de Hammurabi brindaba un programa de “maternidad gestacional” en el cual las mujeres estériles podían asistir con el fin de poder lograr su sueño de ser progenitoras (Martínez, 2015).

1.1. Antecedentes internacionales

En épocas mucho más recientes, y como lo presenta Arteta (2011), uno de los sucesos que marcó la historia de esta práctica fue el primer acuerdo llamado Surrogate Family service Inc., en Michigan USA, el cual fue documentado por el abogado Noel Keane en 1976, y que dio a conocer el término “maternidad subrogada” esto lo realizó con el fin de brindar una ayuda a aquellas parejas que tenían problemas para concebir, proporcionando el acceso a madres sustitutas, ayudando con los procesos y acuerdos pertinentes para la subrogación. Además de esto, se enfocó en temas como la esterilidad y la infertilidad, encontrando que la segunda en algunos casos es corregible y de esta manera

involucró la inseminación artificial, lo cual para la ciencia y para diferentes procesos en la maternidad subrogada es un gran aporte.

Otro controversial caso documentado ocurrió en el año 1986 en Estados Unidos y el cual fue públicamente conocido y mediático se llamó “Baby M” este generó varios debates debido a que la mujer gestante quien había realizado un acuerdo de maternidad subrogada con sus contratantes, había sido inseminada artificialmente con espermatozoides del hombre quien la contrató y había firmado un previo acuerdo mutuamente después del nacimiento de su hija, tomó la decisión de no entregarla a la pareja que la había contratado (Arteta, 2011). Esto generó un gran conflicto e involucró un largo proceso judicial con varias apelaciones y desacuerdos, y que finalmente fue resuelto por el juez entregando la tenencia de la niña nacida de tal procedimiento al hombre de la pareja contratante y que también determinó derecho de visitas a la madre sustituta. Como se evidencia este fue un suceso paradigmático en el cual se identifican las posibles problemáticas éticas y morales que se pueden dar, así como las complicaciones en la determinación de las responsabilidades y derechos a nivel parental (Arteta, 2011).

1.2. Antecedentes en Colombia

La maternidad subrogada es una práctica que no se encuentra regulada en algunos países puesto que no existe legislación, control, ni prohibición, por ende, se realiza de manera informal. De esta manera Colombia es un ejemplo de esto, ya que aunque ha sido un tema debatido se evidencia la ausencia de regulación expresa sobre la forma de la realización y los efectos de dicho negocio jurídico, el mismo no está prohibido ni permitido, conocido esto como vacío legal, así lo menciona Russi y Mantilla (2015).

En la historia de la maternidad subrogada en Colombia, se evidencia que el legislador en la Constitución Política de Colombia de 1991 ya tenía presente la existencia de estos métodos de reproducción y los derechos que esto conlleva, incluyéndolo, como se puede evidenciar en el artículo 42.6 de la Constitución Política el cual menciona “Los hijos

habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” (Cadavid & Barrera, sf).

Ya en el año 2009 la Corte Constitucional era consciente de la importancia y el crecimiento que estaba teniendo el alquiler de vientres a cambio de una remuneración económica en nuestro país. Uno de los hechos que marcaron la maternidad subrogada en Colombia fue el caso de la sentencia T-968 del 2009 de la cual Daza (2015) realiza un análisis. En este caso, la pareja Salomón y Raquel, contrataron a Sarai con el fin de que el semen del hombre contratante fecundara el óvulo de Raquel, y este óvulo así fecundado fuera gestado por la mujer contratada; sin embargo no se pudo lograr ese fin, lo cual conllevó a que la madre sustituta aportara sus óvulos, lo que en la legislación Colombiana la reconocería como madre biológica, por eso en este caso no hubo lugar a un contrato de arrendamiento de vientre, dado que para ello la mujer contratada no debía realizar ningún aporte en la fecundación in vitro; a partir de esto ella empezó un proceso legal con el fin de obtener la custodia de los niños. Este caso fue de suma importancia para el ordenamiento jurídico colombiano ya que, en esta sentencia se mencionan criterios y requisitos acerca del contrato de alquiler de vientre que se podrán observar más adelante, así mismo se evidencia como la no regulación y seguimiento de la práctica puede llegar a generar desacuerdos e incumplimientos dentro de la misma.

2. Revisión teórica y conceptual

2.1 Maternidad subrogada. Concepto, clasificación y estadísticas

La Corte Constitucional Colombiana le da una definición al tema de la maternidad subrogada en los siguientes términos: “acto reproductor en el cual una mujer mediante un trato gesta y da a luz a un niño y se compromete a ceder todos los derechos del recién nacido a favor de la mujer que figurará como su madre”, esta técnica también es conocida como alquiler de vientre o útero y maternidad de sustitución.

Para llevar a cabo este método la madre sustituta se encarga de llevar a término el embarazo y después del parto da a su hijo a las personas contratantes las cuales brindan cierta cantidad de dinero y se encargan de los gastos médicos. De esta manera el término “subrogar” está definido y se entiende como “reemplazar” o “sustituir”, es decir respecto al ámbito de la medicina reproductiva en este caso lo que se reemplaza es a la mujer contratante. La maternidad subrogada puede ser usada por mujeres que presentan dificultades médicas y que por esa razón no tienen la capacidad de procrear naturalmente, también es utilizada por mujeres que tienen problemas de infertilidad y que en muchos casos presentan la imposibilidad de concebir, mantener el proceso de gestación o generar un adecuado desarrollo neonatal (Vallejo, 2015).

Guzmán (2007) menciona que la maternidad subrogada se define como aquel contrato a través del cual una mujer se obliga frente a una pareja con dificultades en la reproducción a llevar a término un embarazo y entregar el recién nacido a los cónyuges y la mujer recibe una compensación, para esto se recurre frecuentemente a la fecundación artificial, este proceso cubre distintas formas de maternidad-paternidad-filiación y pueden estar incluidos 2 o 3 madres y padres los cuales pueden ser genéticos, legales y no genéticos.

Según Cadavid y Barrera (sf) la maternidad subrogada está clasificada en diferentes tipos y dependen del contrato y acuerdo realizado entre las partes, estas son:

a. Subrogación tradicional: En este acuerdo se utilizan los óvulos de la madre subrogada quien genéticamente es su madre, este embarazo se da a través de un procedimiento de inseminación del espermatozoides del futuro progenitor o de un donante o mediante relaciones sexuales con el futuro progenitor u otra persona, este acuerdo también es conocido como subrogación parcial o de baja tecnología.

b. Subrogación gestacional: En este acuerdo no se utilizan los óvulos de la madre subrogada, este embarazo se da a través de un procedimiento de fecundación in vitro.

vitro, para este se utilizan los óvulos de la madre futura u óvulos donados y es conocida como fecundación completa o de alta tecnología.

c. Subrogación altruista: En este acuerdo a la madre sustituta no se le da un reconocimiento económico o solo se le cubren los gastos médicos relacionados con el embarazo por parte de los padres contratantes.

d. Subrogación transfronteriza: En este acuerdo se incluye la madre de alquiler y padres futuros de distintos países, más de dos países pueden estar involucrados; también es conocido como acuerdo de subrogación internacional.

2.2 Infertilidad

Se define como la dificultad de lograr un embarazo dentro de un tiempo considerable de relaciones sexuales sin usar ningún método de planificación. La infertilidad es una condición que afecta a una de cada seis parejas, es decir, al 15- 20% de las parejas en etapa de reproducción. En el campo de la salud esta problemática no afecta la integridad física, ni genera ningún tipo de amenaza contra la vida, sin embargo la infertilidad puede afectar el desarrollo de la persona (Brugo, Chilik, & Kopelman, 2003). Según Fett (2018) La razón principal de la infertilidad relacionada con la edad, aborto espontaneo y ciclos fallidos de fertilización es la mala calidad del óvulo.

Es importante tener en cuenta que en muchos casos los términos esterilidad e infertilidad son usados de manera intercambiable, sin embargo cada una tiene una característica específica.

De esta manera el término esterilidad se define como la deficiencia en lograr u obtener el embarazo y la palabra infertilidad se usa cuando se logra el embarazo pero este es interrumpido y no culmina con el nacimiento de un recién nacido vivo, en este caso se presentan pérdidas frecuentes de los embarazos (Brugo, Chilik, & Kopelman, 2003).

2.3 Tipos de fecundación

Para Escobar (2007) La fecundación es aquella que se da cuando el espermatozoide penetra en el óvulo de manera natural o artificial, su función es fertilizar al óvulo dar inicio a la gestación y posteriormente el nacimiento de un ser vivo.

Se denominan técnicas de reproducción humana asistida a los procedimientos que unen al espermatozoide con el óvulo a través de un proceso distinto a la relación sexual. Según Escobar (2007) dos técnicas son usadas:

En la inseminación artificial se pone el esperma en el óvulo para generar la fecundación. El semen se obtiene a través de la masturbación o de la recolección de semen en un preservativo, éste se deposita y luego se introduce al aparato reproductor femenino.

La inseminación puede ser homóloga o heteróloga. En la primera el semen es generado por la pareja de la persona que quiere tener un hijo, este se usa cuando el hombre sufre de impotencia, la mujer padece de vaginismo y otras limitaciones como los son los trastornos endocrinos o metabolismo alterado y presentan inseminación intracervical o uterina.

En la inseminación heteróloga el semen es aportado por un tercero que es ajeno a la pareja. Para este también existe banco de gametos de donantes. Este se usa cuando el hombre sufre de esterilidad o si se corre el riesgo de transmisión de enfermedades hereditarias e incompatibilidad del factor Rh (Escobar, 2007).

Otro tipo de fecundación es la *in vitro*, sólo se necesita de la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio, es decir, fuera del claustro materno y posteriormente se traspasa con el fin de que el embarazo se desarrolle normalmente. Este proceso es complejo y de cuesta mucho dinero, se deben fecundar muchos óvulos e implantar entre 2 y 4 embriones para evitar partos prematuros, abortos o embarazos múltiples (Escobar, 2007). La diferencia entre estos tipos de fecundación para Gomez

(1993) es que la inseminación se lleva a cabo dentro del vientre de la mujer, en cambio la fecundación *in vitro* se realiza fuera del cuerpo de la mujer.

Cubillos (2003) menciona que para hacer posible la fecundación existe la Transferencia intratubárica de gametos (GIFT) en esta se ubican en cada una de las trompas de Falopio dos óvulos junto con los espermatozoides, para que se fecunden en dichas trompas, para lograrlo se puede usar el semen de la pareja, concubino o donador, también puede realizarse en el vientre de la mujer o en el de otra mujer (madre portadora).

2.4 Contrato de alquiler de vientre

Según Daza (2015) el contrato de alquiler de vientre, es un contrato donde la mujer permite que le sea implantado un embrión fruto de una fecundación *in vitro* - de la cual ella no aporta su óvulo, comprometiéndose a su cuidado durante el embarazo y una vez dé a luz al recién nacido se lo entrega al contratante a cambio de una remuneración. Este contrato en Colombia se realiza así no esté regulado ya que las personas piensan que si no está considerado ilícito, pueden hacerlo.

En la legislación colombiana el contrato está definido en el artículo 1495 del Código Civil de la siguiente manera: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”

El contrato de alquiler de vientres tiene elementos esenciales que deben cumplirse para su existencia. Según lo señalan Cadavid y Becerra (S,f) estos elementos son:

a. Primero, las partes, los cuales son la madre sustituta, es decir, la mujer gestante y los futuros padres quienes aportan el material genético, quienes se harán cargo del recién nacido;

b. Segundo, el consentimiento de las partes, que es indispensable, ya que es el acuerdo en el que voluntariamente aceptan las condiciones del contrato;

c. Tercero, la entrega del niño; se ha considerado que el recién nacido es el producto del negocio;

d. Por último, en cuanto al pago o remuneración existen varias posiciones y depende de lo acordado entre las partes. Para algunos es un requisito esencial del contrato, sin embargo muchas personas discuten acerca de este interés económico, ya que esto estaría afectando su voluntad y se vería viciado su consentimiento, por este motivo está prohibida la remuneración económica a cambio del alquiler del vientre en muchas legislaciones, en donde solo se permite la subrogación altruista, es decir según Albert (2017), aquella que se realiza no sólo a título gratuito, sino, sobre todo, guiada por una motivación únicamente para servir a otros, aunque de igual forma también presenta ciertos conflictos en el consentimiento de las partes, tales como presión emocional o situaciones económicas que suelen ser encubiertas.

En cuanto a las estadísticas del contrato de la maternidad subrogada, la revista *fertility and sterility* publicó en el año 2016 cifras acerca de la maternidad subrogada en los Estados Unidos, en este se expone que entre los años 1999 y el 2013 se llevaron a cabo 30.927 gestaciones bajo esta práctica de las cuales se generaron 13.380 nacimientos y 18.400 bebés dados a luz. A través de lo cual se puede evidenciar que existen muchos casos documentados y en algunos estados es legal como lo es en el estado de California, esto no ocurre solo en EEUU sino que también ocurre en otros países, actualmente en Ucrania, Georgia, Rusia e Israel entre otros (Gorthos, 2017).

Según los datos mencionados en el año 2017 por el gobierno de España específicamente el Ministerio de Asuntos Exteriores, consulados y embajadas entre el año 2010 y 2016 se documentaron 979 nacimientos inscritos bajo la práctica de gestación subrogada o alquiler de vientres de 12 países en los que es categorizada como legal, a la cual muchas parejas españolas acuden. Según lo evidenciado en las oficinas consulares y

misiones diplomáticas el 56% de estos niños provienen de EEUU con un total de 553 registros y el 24% de Ucrania con un total de 231 inscripciones (Álvarez ,2017).

La cifra de las estimaciones realizada por la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) calcula que cada año nacen entre 800 y 1.000 niños Españoles bajo esta práctica ya que en España no está legalizada. Según la Asociación por la Gestación Subrogada se registran 1.400 nacimientos al año de los cuales 250 de ellos son en Euskadi.

A partir de esto, se evidencia que las cifras distan sencillamente y que estas pueden ser incompletas ya que algunos casos intentan encubrir la maternidad subrogada y son registrados como casos de adopción internacional, entre otros (Álvarez ,2017).

En Colombia aun no existen estudios o estadísticas del contrato de alquiler de vientre, sin embargo es de notar el fuerte impacto de esta práctica en la actualidad y nuestro país no está exento de ello, por esto, es importante la intervención del Estado para la realización de los respectivos estudios.

3. La maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano

En la actualidad en Colombia no existen leyes que prohíban o permitan de manera específica la maternidad subrogada; sin embargo la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009) permitió avanzar acerca de ésta práctica, aduciendo que la maternidad subrogada es un contrato y es reconocida como un práctica legal, es decir, no está prohibida expresamente; de la misma manera también se identifica que en nuestro país existen Instituciones Médicas o Centros de Reproducción Asistida que llevan a cabalidad esta práctica sin el debido control, aunque no cuenten con una regulación expresa pero que sí cuentan con aceptación tácita que el ordenamiento jurídico ha otorgado, es decir, están legitimadas jurídicamente (Sentencia T-968, 2009).

3.1 Regulación de la subrogación de maternidad en Colombia

La norma constitucional que protege la subrogación de maternidad se encuentra en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia el cual habla de la familia, que para Daza (2016) ha cambiado a la nueva noción del Estado Social de derecho ya que considera que la familia puede estar compuesta indiferentemente, sin importar si su cabeza es hombre o mujer e independientemente de la manera de la concepción de los hijos. De esta manera el capítulo II, de los derechos sociales, económicos y culturales en su artículo 42 manifiesta.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la

ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes (Const., 1991, art. 42)

Este artículo es la única norma constitucional a la que se puede acudir frente al tema de subrogación de maternidad, ya que en primer lugar menciona la importancia del núcleo familiar que puede constituirse por vínculos naturales y jurídicos, en segundo lugar, que el Estado debe garantizar la protección integral de la familia, y en último lugar, los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

Además de lo previsto en la Constitución, han existido varias iniciativas legislativas en cuanto a la gestación por sustitución las cuales han sido mencionadas por Beltrán (2018):

1. En el año 2009 se propuso el proyecto de Ley 037, el cual establecía “Por medio del cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva en desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y se dictan otras disposiciones” en este proyecto fue reconocido la exposición de motivos ya que manifestó que "No podemos estar ajenos al vacío jurídico que en la actualidad se encuentra en nuestro ordenamiento; la práctica reiterada de esta figura en nuestro país hace necesaria la urgente actividad del legislador para reglamentar una situación que no puede ser ajena a la evolución de la procreación de la humanidad" Sin embargo no surtió efectos por falta de trámite.

2. En el año 2016 se propuso proyecto de Ley 202, “Por medio del cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos” que como indica Vaca (2018) citado por Beltrán (2018, p.19), este buscaba prohibir la práctica de la maternidad subrogada, y así proteger los derechos fundamentales a la vida, la dignidad, igualdad, procreación, salud, y conformación de la una familia. Proyecto de ley que fue archivado por vencimiento de términos.

El proyecto de ley 037 de 2009, buscaba regular la práctica de la maternidad subrogada, sin embargo limitaba que la pareja contratante debía ser heterosexual, que no podrían tener positivo en VIH, y en caso de ser extranjeros debían haber vivido en Colombia más de un año, negando así la oportunidad de ser padres de manera subjetiva y restringida.

También en cuanto a la modalidad aduce que esta práctica podría ser llevada a cabo con el óvulo de la madre gestante, contradiciendo así lo criterios de La Corte Constitucional en la sentencia T 968-09 que menciona que el óvulo y espermatozoides deben ser de la pareja contratante no por la mujer gestante. Dicho proyecto de ley no contaba con el debido análisis de los criterios establecidos por la corte.

El proyecto de ley 202 de 2016, buscaba prohibir esta práctica aduciendo que da lugar a situaciones como trata de personas y explotación de la mujer, sin embargo estaría vulnerando el derecho a tener una familia a personas que no pueden ser padres, de esta manera, sería más adecuado regular dicha práctica para la debida protección de los derechos de las personas y así evitar a que se presentaran dichas problemáticas.

Es de suma importancia que para la aprobación de un proyecto de ley en esta materia, se realicen estudios y análisis de fondo para darle fin a ese vacío normativo.

3.2 Jurisprudencia

Navarro (2017) estudió a fondo el caso de Raquel y Salomón, una pareja que tenía problemas de infertilidad y no podían concebir un hijo, por lo cual realizaron un contrato de maternidad subrogada con Sarai, que en principio se haría con los óvulos de Raquel y los espermatozoides de Salomón, tratamiento que no dio resultados ya que su cuerpo no los asimiló, así que finalmente se hizo con los óvulos de Sarai y los espermatozoides de Salomón, quien pagaba la EPS de Sarai y le enviaba mensualmente la suma de \$149.000 para su manutención, pago que realizó hasta que cumplió 5 meses de embarazo; el día 21 de marzo de 2006 nacen como producto de la inseminación artificial, los mellizos Samuel y David, y durante los primeros nueve 9 meses los gemelos estuvieron bajo el cuidado de

Sarai; el padre, aunque ya los había registrado no respondió por alimentos ni asistencia médica.

El 20 de diciembre de 2006, le retiran la custodia a Sarai por el ICBF ya que la zona en la que vivía estaba ubicada al lado de un horno de cal y los niños sufrían de afecciones gripales, en esta situación fueron entregados de manera provisional a su tía paterna Isabel, Sarai decidió cambiar de domicilio y se radicó en la ciudad de Cali, ciudad en la cual Sarai trabajaba como mercaderista, devengaba un salario mínimo, visitaba a sus hijos y ellos la reconocían como su madre.

Posterior a esto, Salomón entabló proceso de privación de custodia y patria potestad en contra de Saraí e interpuso demanda que solicitaba permiso de salida de país de los niños para que pudiesen residir junto con él en los Estados Unidos, el cual fue concedido por el Juez Décimo de Familia de Cali, que mediante sentencia del 29 de agosto de 2008 admitió el permiso de salida del país de los niños Samuel y David en compañía del padre, el cual manifestaba que *“debería permitir el contacto de los menores con su madre, suministrándole la dirección de residencia, teléfono y permitiéndole las visitas.”* Para esta decisión se basó en el contrato de maternidad subrogada por el cual se entiende que la madre biológica renuncia a los derechos sobre los menores.

Dado esto, Sarai instauró una acción de tutela contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali por desconocer su derecho fundamental a tener una familia y por ser separada de sus hijos, artículo 44 C.P, a la igualdad, artículo 43 C.P, y la aplicación de los tratados internacionales que consagran los derechos de los niños (art. 93 CP), para que revocara la Sentencia.

Precisamente, Amézquita y Torres (2011) mencionan que en esta sentencia el Dr. Velásquez, director del Programa de IVF del Centro de Medicina Reproductiva Fecundar, reconoció que realizaba esta práctica y que la había recomendado a varios de sus pacientes y que era consciente que ese vacío normativo frente al tema es el que conllevaba a hechos y decisiones lesivas e irremediables de los derechos fundamentales de los niños, por ello,

resaltó la importancia del reconocimiento de este tipo de contratos ya que es una realidad cada vez más practicada en Colombia.

3.3 Consideraciones de la corte constitucional

El caso llegó a la Corte Constitucional quien consideró que los derechos de los niños tienen prevalencia constitucional y argumentó que según el artículo 23 del Código de Infancia y Adolescencia "Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales".

Por lo tanto, los niños tienen derecho a que sus padres asuman su custodia de manera solidaria y la separación de los menores sólo procedería si la madre biológica no tuviese las capacidades para cumplir con sus deberes como madre, que en este caso no era así, ya que la madre cambió de domicilio para ofrecer un ambiente más saludable a sus hijos, y aunque el padre tuviera mejores condiciones de vida, no significaba que podría separarlos de su madre y llevarlos a Estados Unidos, teniendo en cuenta que no era posible que Saraí los visitara debido a su situación económica. También es importante resaltar que la Corte expresó según la doctrina que no existía contrato de alquiler de vientres en este caso, ya que para ello, no debe existir vínculo biológico con los menores puesto que, debe ser material genético de la pareja contratante, es decir, no cumplía con los requisitos del contrato. Por tal razón, la Corte Constitucional decide otorgar la custodia de los niños a Saraí y permite a Salomón visitarlos en calidad de padre.

Teniendo en cuenta el caso anteriormente mencionado en la Sentencia T 968- 2009, La Corte Constitucional expresa la necesidad de reglamentar de manera urgente el alquiler de vientres, ya que aduce que es una práctica que se ha venido realizando con más frecuencia, y que de hecho, se pueden evidenciar anuncios de mujeres que ofrecen su vientre para así poder darle la oportunidad de ser padres a otras parejas de esta manera

pretende evitar la desprotección de los derechos fundamentales de los menores, los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los conflictos que pueden llegar a surgir por desacuerdos de las partes.

En efecto, La Corte Constitucional menciona los requisitos que debe contener el contrato de alquiler de vientres para que el mismo sea válido.

- a. Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.
- b. Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante.
- c. Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, si no el de ayudar a otras personas.
- d. Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos, como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.
- e. Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes, antes, durante y después del embarazo, así como valoraciones psicológicas.
- f. Que se preserve la identidad de las partes.
- g. Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
- h. Que los padres biológicos no puedan rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
- i. Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
- j. Que la mujer gestante solo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros (Daza, 2015).

Estos requisitos son de suma importancia para llevar a cabo la práctica de la maternidad subrogada, ya que en primer lugar, busca la protección de los derechos del niño como la vida, la salud y el cuidado, aduciendo que solo en caso de prescripción medica la mujer gestante podrá interrumpir el embarazo, exige a la madre realizarse los exámenes correspondientes para llevar a cabo su embarazo y así evitar todo tipo de riesgos, y exige que en caso de muerte de sus padres el niño quede protegido.

En segundo lugar busca evitar conflicto entre las partes en el apartado de que la madre gestante no podrá aportar los gametos para la concepción y que por ninguna razón el contrato de alquiler de vientre debe ser remunerado.

Es conveniente que se tengan en cuenta dichos requisitos para la validez del contrato ya que han sido analizados por La Corte Constitucional, y es el único medio que se tiene para entender esta práctica en nuestro país.

4. Práctica de la maternidad subrogada en Colombia

La práctica de alquiler de vientres en Colombia es un tema polémico debido a que no está reglamentada pero tampoco prohibida, muchas de las personas ven esta opción como una gran oportunidad para crear su propio hogar ya sean parejas heterosexuales u homosexuales. Por esta razón en Colombia el alquiler de vientres es un mercado económico para los extranjeros y nacionales, ya que las mujeres están dispuestas a alquilar su vientre por una cantidad de dinero que puede oscilar entre 5 y 40 millones de pesos y que en comparación con otros países es un costo bajo tal y como lo menciona Ulloa (2017).

Así mismo, para Ulloa (2017) es muy común encontrar a través de Internet y diferentes tipos de redes sociales avisos de personas prestando este servicio. A partir de esto el médico especialista en fertilidad Jorge Ramírez explica que este debe ser un proceso practicado minuciosamente ya que las mujeres gestantes tienen el deber de demostrar que son aptas física y emocionalmente para iniciar dicho proceso para que no existan ningún tipo de complicaciones.

Anteriormente, la madre era quien aportaba el óvulo, gestaba y paría, sin embargo, en la actualidad gracias a las técnicas de reproducción asistida se ven diferentes maneras de realizar esta práctica y establecer vínculos entre el nacido y la madre contratante, para ello Eleonora Lamm (2014) determinó 4 variantes las cuales son:

1. La pareja contratante aporta el semen y óvulo por medio de la fecundación a una mujer con el fin de llevar a cabo la gestación y nacimiento.

2. Solo una persona aporta su material genético, es decir, si el material genético aportado es el óvulo, entonces el semen podrá ser aportado por un donante y si por el contrario el material genético aportado es el semen, los óvulos podrán ser de la mujer gestante o una donante.

3. La pareja contratante no aporta material genético, ni óvulos ni semen, acudiendo a donantes.

4. La mujer gestante aporta el material genético, que podría ser inseminado con el semen del contratante o de un donante.

En Colombia, se podría llevar a cabo la maternidad subrogada en el apartado 1. Cuando el aporte del material genético es por parte de la pareja contratante, esto, debido a que el niño que nace es biológicamente de ellos, la madre sustituta solo es responsable de la gestación. Uno de los requisitos más importantes que se encuentran en la sentencia T - 968/09 manifiesta “Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante”. En el apartado 2. En principio se podría decir que también se podría llevar a cabo en Colombia ya que el ovulo aportado es de una de las personas contratantes y no de la madre gestante y el semen del contratante o un donante, sin embargo también da lugar a la situación de que el hombre contratante aporte el semen y el óvulo puede ser de la mujer gestante, lo cual no es permitido. En el apartado 3, se podría llevar a cabo dado que el material genético no es aportado por la mujer gestante, sin embargo se evidencia un vacío por parte de ésta sentencia debido a que no menciona que pasaría en los casos que el material genético aportado sea netamente de donantes. En el apartado 4, no podría realizarse en Colombia ya que como se mencionó antes sería la mujer gestante quien aporta el material genético, por lo que es necesaria una reglamentación que indique detalladamente las consecuencias jurídicas de cada una de las variantes.

Para el momento de la entrega del bebé este debe tener un certificado de nacido vivo en el cual el Niño es registrado en la clínica, sin embargo acá opera toda una red para falsificar documentos y registrar fraudulentamente al neonato, en este los abogados cuentan con la ayuda de notarios y realizan un ‘fast track’(Ulloa, 2017).

A partir de esto es indispensable asegurar que es necesario que la práctica de la maternidad subrogada se reglamente en Colombia, ya que muchas veces se incumple el contrato por alguna de las partes e incluso puede ocurrir que la pareja rechace el bebé porque este posee alguna enfermedad o malformación o por el contrario que la madre gestante no entregue al neonato o no se cumpla un adecuado procedimiento (Ulloa, 2017).

Un ejemplo de esto es un caso muy conocido llamado “Baby Gammy”, donde una pareja de Australia, contrata a una mujer de Tailandia para llevar a cabo un contrato de alquiler de vientre, sin embargo el procedimiento no salió según lo esperado ya que tuvo un embarazo de gemelos y uno de ellos presentaba un déficit cognitivo conocido como síndrome de down, y del otro lado su hermana estaba sana, dado lo anterior los padres contratantes se llevan a la niña sana. La pregunta es ¿Qué sucedería si en Colombia se diera un caso similar? aunque la sentencia T 968-09 menciona que “los padres biológicos no puedan rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia” daría lugar a controversias por su tenencia y custodia y la vulneración de derechos fundamentales (Gorthos, 2017).

Guerrero y Mesa (2015) menciona que al realizar esta práctica en Colombia algunos derechos fundamentales de las personas involucradas incluyendo el neonato son dejados a la deriva debido a los vacíos legales del uso de esta técnica de reproducción humana asistida, partiendo de eso plantea unos paradigmas no resueltos como lo son las consecuencias jurídicas del incumplimiento del contrato y cuál es la protección de los derechos del menor frente a ese incumplimiento. Considerándose la inexistencia de regulación normativa y reconociendo que esta es una problemática que puede llegar a afectar la integridad.

Otro ejemplo, según Gorthos (2017) fue un caso donde una pareja japonesa, contrata una mujer en la India para llevar a cabo el alquiler de vientre, sin embargo la pareja contratante se separa durante el embarazo de la mujer y ninguno quería responder por la niña concebida mediante ese contrato, después de controversias la niña quedó a cargo de su abuela, madre del padre contratante. En la sentencia T 968 de 2009, no especifica que sucedería si se presentara un caso similar en Colombia, por lo que se destaca una vez más la

importancia de una ley que prevea los casos que pueden suceder y sus consecuencias jurídicas.

La maternidad subrogada como práctica también tiene un impacto negativo para muchos autores, ya que también se puede tomar como forma de explotación, debido a que, como dice Bravo (2015) el niño se puede convertir en un producto de “mercado” puesto que el menor es entregado en virtud de un contrato, y su madre puede estar actuando bajo presión, explotación, comercialización y tráfico de seres humanos. Vulnerando así los derechos humanos, o como menciona Silvera (s.f) al remitirse al artículo 1519 del Código Civil, se podría deducir que el vientre, el útero o un hijo no podrán ser sujetos del comercio y que por tanto su utilización como tal sería un objeto ilícito, formando un contrato nulo conforme a la normatividad.

Guerrero y Mesa (2015) mencionan la importancia de que el legislador colombiano acuda a diferentes legislaciones de otros países como Estados Unidos, México, España, Rusia, y otros, puesto que han logrado avances importantes en la regulación de la Maternidad subrogada, para así poder cubrir este vacío normativo.

Por ejemplo, en Estados Unidos el contrato de maternidad subrogada se encuentra regulado legislativa y judicialmente, en algunos estados existen leyes frente al tema y en otros lo dejan al criterio de un juez, sin embargo la jurisprudencia destacó que el poder legislativo era el que debería resolver el asunto del contrato de maternidad subrogada ya que se lograba evidenciar la falta de datos empíricos que podían estudiarse y así desarrollar reglas de aplicación general. (Rodríguez & Martínez, 2012).

En aquellos Estados que está regulado lo hicieron con el fin de establecer de manera clara los derechos de custodia del recién nacido y protección de las partes del contrato frente al orden público del estado, este último se entiende como la explotación de mujeres de bajos recursos, “compraventa” del recién nacido, y remuneración a cambio de la entrega del niño, afectando a la unidad familiar (Rodríguez & Martínez, 2012).

Teniendo en cuenta lo anterior, en Colombia al no estar regulado este tipo de contrato, no se conoce si está afectando el orden público, no existen datos ni estadísticas que puedan ser estudiadas, se necesita una norma que resalte los derechos y obligaciones de las partes para que celebren el contrato de una manera apropiada así lo menciona la sentencia T-968 de la siguiente manera: “Toma fundamental importancia revisar y conocer experiencias foráneas sobre la materia, pues de ellas podrán identificarse aspectos y experiencias positivas que permitan la adopción de una adecuada regulación en el territorio colombiano”.

Ahora bien, esta no es la única problemática que se deriva del alquiler de vientres en Colombia, dado que surge el interrogante ¿Cómo se determina la filiación y la custodia del niño nacido por un contrato de subrogación de maternidad? Puesto que en Colombia se entiende que madre es aquella que da a luz al recién nacido y en este caso la madre contratante no figuraría como tal, debido a esto deben acudir a otros medios legales para determinar el vínculo filial del niño, lo que da lugar a controversias en este tipo de contratos (López & Amado 2014), por otra parte podría declararse la falsa filiación la cual consiste en la falta de exigencia de veracidad biológica al momento de inscribir al recién nacido al registro civil, esta práctica es un fraude que representa una conducta punible así lo expuso Blanco (2014). En efecto, si éste tema se regulara se garantizaría que las personas contratantes sean los padres biológicos siempre y cuando reunirán los requisitos para poder serlo y se evitaran conflictos relacionados con la filiación.

La corte constitucional en la Sentencia T-488 de 1999, define la filiación como la relación que se genera entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptado y es un atributo jurídico por el cual las personas logran una ubicación en el núcleo familiar en cuanto a derechos y obligaciones con la familia y el Estado, y puede ser reclamado mediante instrumentos legales, sin embargo no hace ningún tipo de interpretación en caso de contrato de alquiler de vientres, por esto, López y Amado (2014) mencionan el proceso que debe realizar la madre que aportó el material genético y consiste en que debe establecer el parentesco mediante una demanda de impugnación o investigación de la maternidad, y el operador judicial tendrá que proteger los derechos del menor por encima de cualquier cosa.

En los casos que el material genético es aportado solo por el padre biológico es decir una de las partes contratantes, deberá acudir a la adopción por parte de la esposa del padre biológico, sin embargo, según Rodríguez y Martínez (2012) esta figura no cumpliría los requisitos de la adopción dado que en este tipo de contratos existe una remuneración y en el ordenamiento jurídico Colombiano en el artículo 74 de la Ley 1098 de 2006 está prohibido cualquier tipo de retribución por la entrega de un niño.

El impacto negativo por la falta de regulación de esta práctica da lugar también a una serie de circunstancias de actividades ilícitas y explotación de la mujer con fines reproductivos, vulnerando derechos fundamentales a la vida, la dignidad, la igualdad, la procreación y la salud de la mujer gestante.

Conclusiones

La investigación realizada en presente artículo, permitió analizar el origen y concepto de la subrogación de maternidad que como se mencionó abre puertas y oportunidades a aquellas parejas que no han logrado concebir un hijo, además, se observaron datos que demostraron que es una práctica que cada vez se usa con más frecuencia.

Así mismo se observó que ésta práctica no cuenta con la debida implementación ni regulación en el ordenamiento Jurídico Colombiano, y que a pesar proyectos de ley no se ha podido establecer una normatividad clara, lo cual ha causado hechos y decisiones lesivas de los derechos fundamentales de los niños, controversias de custodia y filiación como en los caso de la sentencia tratada cuando los niños fueron separados de su madre biológica, o como se expuso en los casos internacionales, que del resultado de un contrato de maternidad subrogada nacieron gemelas, una con discapacidad y la otra sana por lo cual solo fue entregada la niña sana, dejando la otra niña a cargo de la mujer que alquiló su vientre, y por último el caso donde la pareja contratante se separó y no se quiso hacer cargo del niño fruto de un contrato de alquiler de vientre, todas estas son consecuencias

jurídicas perjudiciales para los menores y que pueden presentarse en nuestro país. Por ello, es importante el reconocimiento de este tipo de contratos ya que es una práctica que es utilizada con frecuencia y en muchos casos puede vulnerar los derechos de las partes involucradas.

Se pudo identificar que en Colombia sólo es posible acogerse a la pequeña mención que realiza el artículo 42.6 de la Constitución Política el cual menciona “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, y se observó que en Colombia la práctica de la maternidad subrogada debe ser realizada bajo unos requisitos específicos mencionados en la Sentencia T-968/09, que aunque no están regidos en una norma, deben ser cumplidos a cabalidad para que se entienda como un contrato de alquiler de vientres.

También se analizaron los elementos esenciales que deben cumplirse para la existencia de un contrato de esta clase, los cuales son; las partes, el consentimiento, la entrega del menor, y remuneración Cadavid y Becerra (S, f) no obstante en nuestro País, no se admite con fines lucrativos, si no con el fin de ayudar a otras personas tal y como lo mencionó la corte en la sentencia estudiada.

Por último, se identificó en este artículo que aunque el contrato de alquiler de vientres es un método efectivo para alcanzar el sueño de ser padres, conlleva muchas veces a una serie de conflictos entre las partes ya sea por no tener claridad de los requisitos, o por no tener orientación acerca del tema, además de esto al momento de haber realizado todo el proceso de alquiler de vientres surgen nuevas problemáticas al momento de entregar al niño a los padres contratantes, como se mencionó en Colombia se debe acudir a diferentes medios legales para determinar la filiación y muchos casos a medios fraudulentos. También puede conllevar a problemáticas mucho más graves como la explotación y trata de personas, (Bravo, 2015).

En razón a lo anterior, es necesario que se estudien detalladamente las diferentes legislaciones, que realicen y evalúen proyectos de Ley de manera urgente, que se regule el

contrato de alquiler de vientres, que se establezcan requisitos generales y específicos para su existencia y validez, y lo más importante, que haya un control de ésta práctica para que no vulnere los derechos fundamentales de las personas, dado que sin el debido control se podría presentar diferentes conflictos por los cuales se evidencie la vulneración a derechos como el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, el cual se logró evidenciar en la sentencia anteriormente analizada, que, por motivos de conflictos de las partes se veían afectados los derechos de los niños al ser separados de su madre biológica.

Por consiguiente, se puede concluir que es de suma necesidad la reglamentación de la maternidad subrogada en nuestra legislación para que pueda ser realizada de manera específica dado que, la sentencia analizada no tiene las bases suficientes para abarcar todas las situaciones que pueden presentarse, y para ello, considero que se debería tener en cuenta las legislaciones de otros países donde ya está reglamentada esta práctica, para poder implementarla en la legislación colombiana de manera clara y expresa, que se presente un proyecto de ley que cumpla con todas las expectativas para reglamentar la maternidad subrogada en Colombia, que por medio de una Ley, se especifique el concepto del contrato de alquiler de vientres, los requisitos de existencia y validez, los criterios esenciales, que se analicen las consecuencias jurídicas del incumplimiento del contrato y que se lleve a cabo el debido control de ésta práctica.

Referencias

Albert, M. (2017), La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista, Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de bioética* XXVIII. Recuperado de: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/177.pdf>

- Álvarez, P. (2017, 18 de diciembre.) vientres de alquiler. El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE UU y Ucrania. *El país*. Recuperado de: https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html
- Amézquita, P & Torres, A (2011) Contrato atípico de gestación subrogada. *Revista de derecho iter ad veritatem* n° 9.PP. 27-33. Recuperado de: <file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/362-1665-1-PB.pdf>
- Arévalo, I & Laverde, M (2016). Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos. *Universidad Católica de Colombia*. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13884/4/MATERNIDAD%20UB%20OK%20TERMINADO%20OK.pdf>
- Arteta, C. (2011). Maternidad Subrogada. *Revista de Ciencias Biomédicas*. Pp. 91-97. Recuperado de: <file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/1000-2161-1-SM.pdf>
- Beltrán, Y (2018) La regulación de la gestación por subrogación en Colombia desde el punto de vista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Universidad Católica de Colombia*. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/16217/1/La%20regulaci%C3%B3n%20de%20la%20Gestaci%C3%B3n%20por%20Subrogaci%C3%B3n%20en%20Colombia%20desde%20el%20punto%20de%20vista%20de%20la%20Corte%20Int.pdf>
- Blanco, R. J, (2014) Abordaje metodológico de la realidad consecencial derivada de una falsa filiación. *IV Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Ciencias Sociales*. Recuperado de: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.8308/ev.8308.pdf
- Bravo, J (2015). Vientres de alquiler. Maternidad subrogada. *Profesionales por la ética.org*. Recuperado de: [file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/V-aquiler-web%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/V-aquiler-web%20(1).pdf)
- Brugo, S, Chilik, C & Kopelman, S. (2003). Definición y causas de la infertilidad. *Centro de estudios en ginecología y reproducción*. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf>

- Cadavid, K & Barrera, A (S.f). Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principal aportes internacionales al tema. Recuperado de:http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad_subrogada.pdf
- Código Civil Colombiano [Código]. (1887) 38ª Ed. Legis.
- Código de Infancia y adolescencia [Código]. (2006) Leyer.
- Congreso de Colombia. (2009), Proyecto de ley 037 de 2009. Recuperado de:
<https://vlex.com.co/vid/proyecto-ley-ca-mara-451364970>
- Congreso de Colombia. (2016), Proyecto de ley 202 de 2016. Recuperado de:
<https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-medio-del-cual-se/8306/>
- Constitución Política de Colombia (1991), artículo 42. [Título II] 2da Ed. Legis.
- Corte Constitucional de Colombia (09 de Julio de 1999). Sentencia T-488/ 99 [M, P Dra. Martha Victoria Sachica Méndez].
- Corte Constitucional de Colombia (18 de noviembre de 2009). Sentencia T-968/ 09 [M, P María Victoria Calle Correa].
- Cubillos, J (2003) Técnicas de reproducción asistida. *Facultad de ciencias económicas*. Recuperado de:
http://m.bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf
- Daza, S, (2015) *Derecho de familia. Apuntes sobre la estructura básica de las relaciones jurídico-familiares en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Pp. 80-86.
- Daza, S, (2016), *Mujer Familia y Sociedad hacia un nuevo derecho en Colombia*, Vol. 323.34. Bogotá Colombia: Universidad Católica de Colombia. Pp. 138-139.
- Escobar. (2007) Derecho a la reproducción humana (Inseminación y fecundación in vitro). *Instituto de investigaciones jurídicas*. Recuperado de:
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100005
- Fett, R. (2018). *Todo empieza con el ovulo*. New York, Estados Unidos: Franklin Fox Publishing. Recuperado de: <http://media.woobooks.info/download/todo-empieza-con-el-ovulo-es1360371413.html>

- Gomez, T. M, (1993). *La fecundación in vitro y la filiación*. Santiago de Chile, Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Gorthos, J. (2017) Más allá de la medicina. el alquiler de vientres en Colombia: un contrato que cosifica la mujer y degrada su dignidad. *Blog salud el Espectador*. Recuperado de: <http://blogs.elespectador.com/salud/mas-alla-de-la-medicina/alquiler-vientres-colombia-contrato-cosifica-la-mujer-degrada-dignidad>
- Guerrero, F & Mesa, M (2015) La incidencia del incumplimiento del contrato de arrendamiento de vientres en algunos derechos fundamentales de los menores, *Universidad EAFIT*. Recuperado de: file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/FidelGustavo_GuerreroArias_MariaAdelaida_MesaSepulveda_2015.pdf%3Bsequence=2.pdf
- Guzmán, A (2007) La subrogación de la maternidad IUS, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932007>
- Jiménez, C, Romero Y, Londoño I & Vásquez J (2019) Análisis de la maternidad subrogada en la legislación colombiana. *Universidad Libre*. Recuperado de: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/9897/ENTREGA%20FINAL%20MONOGRAFIA.pdf?sequence=1>
- Lamm, E. (2014). *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona: Universitat de Barcelona. P. 29.
- López, K & Amado, C. (2014) Determinación de la filiación en Colombia en la práctica de la maternidad delegada. *Revista de derecho privado*. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/html/3600/360033223023/>
- Martín, J. (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. *Fundación Foro* <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
- Martínez, V, (2015). Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México. *Revista Díkaion*. Vol. (24) pp. 353-382. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/303905586_Maternidad_subrogada_Una_mirada_a_su_regulacion_en_Mexico

- Navarro, N (2017). Regulación de la maternidad subrogada en Colombia, análisis de la viabilidad jurídica en Colombia para la celebración de los contratos de gestación “altruistas” y/o “comerciales”. *Universidad Cooperativa de Colombia*. Recuperado de: <https://www.redsociojuridica.org/red/wp-content/uploads/2017/06/Maternidad-Subrogada.pdf>
- Rodríguez C, & Martínez K. (2012) El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de Derecho Valdivia Vol. xxv*. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502012000200003&script=sci_arttext
- Russi, S & Mantilla, J, (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. *Universidad Católica de Colombia*. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2695/1/ARTICULO%20SANDRA%20RUSSI.pdf>
- Silvera, A. (coord.) (S.f), *Desarrollo interdisciplinar del derecho medio de acción de prácticas*. Barranquilla, Colombia: Coruniamericana.
- Ulloa, M, (17 de septiembre de 2017). Cómo funciona el alquiler de vientres en Colombia. *Periódico el tiempo*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/vida/salud/como-funciona-el-alquiler-de-vientres-en-colombia-131472>
- Vaca, M. (2018) citado en Beltrán, Y (2018) La regulación de la Gestación por Subrogación en Colombia desde el punto de vista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Universidad Católica de Colombia*
- Vallejo, M (2015) El Concepto de maternidad Subrogada en Colombia. *Universidad San Buenaventura Cali*. Recuperado de: http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/3029/1/Concepto_maternidad_subrogada_vallejo_2015.pdf