



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

La presente obra está bajo una licencia:

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

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

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

Usted es libre de:



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

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.



Sin Obras Derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

ANÁLISIS DE LA SUBROGACIÓN MATERNAL EN COLOMBIA

YENNY KATALINA BAUTISTA RODRÍGUEZ*

RESUMEN

La subrogación de vientres o maternidad subrogada ha sido una práctica realizada desde tiempos remotos. Durante los últimos 50 años este proceso ha ido evolucionando con los avances científicos de la medicina. Sin embargo, no se encuentra regulado legalmente ni prohibido en Colombia, ni en la mayoría de países latinoamericanos, por lo cual se está ante una laguna jurídica como lo planteaba Robert Alexis.

En Colombia, el Congreso de la República ha buscado en múltiples ocasiones regular esta práctica. Sin embargo, han quedado en intentos fallidos.

Por otra parte, se encuentran países que han regulado la subrogación maternal, por ejemplo: Estados Unidos parcialmente, Reino Unido, Brasil, India entre otros. Considerando importante establecer el control de esta práctica generando garantías a la madre gestante, los interesados en ser padres y al nasciturus.

Palabras claves: Dignidad humana, Subrogación maternal, Colombia, Ponderación, Regulación

* Artículo resultado de investigación elaborado para optar por el Título de Abogada en la Universidad Católica de Colombia por parte de Estudiante del programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Correo institucional: Ykbautista84@ucatolica.edu.co. Este artículo fue dirigido por la doctora Rosa Elizabeth Guio Camargo. Docente investigadora de la Universidad Católica de Colombia.

ABSTRACT:

Subrogation of surrogates or surrogate motherhood has been a practice since ancient times. During the last 30 years, this process has evolved with the scientific advances of medicine. However, it is not legally regulated or prohibited in Colombia, or in most Latin American countries, which is why there is a legal gap as Robert Alexis put it.

In Colombia, it is currently studying in the Congress of the Republic a bill that seeks to penalize this activity when it is carried out for profit, contributing to the Colombian legal system control of this practice.

On the other hand, there are countries that have regulated maternal subrogation, for example: United States partially, United Kingdom, Brazil, and India among others. Considering important to establish the control of this practice generating guarantees to the pregnant mother, those interested in being parents and the nasciturus.

Key words: Human dignity, Maternal subrogation, Colombia, Weighting, Regulation.

SUMARIO

Introducción. 1. Subrogación maternal. 2. Principio de la dignidad Humana. 3. Ponderación entre la subrogación maternal y la dignidad humana. 4. Derecho Comparado en Latinoamérica. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

¿Qué lineamientos legales debe tener la subrogación maternal considerando los derechos de los sujetos partícipes de esta práctica? Debido a que por su falta de reglamentación en Colombia existe una laguna jurídica que dificulta la toma de decisiones judiciales, ya que somete a interpretación del juez la existencia y validez del contrato de alquiler de vientres, los derechos de filiación tradicionales, además de los derechos y principios fundamentales del nasciturus y de la madre gestante.

De esta manera, el presente trabajo permitirá mostrar la importancia de regular la subrogación maternal en el ordenamiento jurídico a través de la metodología descriptiva por medio de la recopilación documental que permitirá profundizar en el alquiler de vientres, ponderando los derechos y principios constitucionales del bebé que se puedan afectar con esta práctica.

Al igual, en el siguiente artículo se ofrece una mirada integral sobre la regulación de subrogación maternal en otros países permitiendo realizar un estudio de derecho comparado.

1. SUBROGACIÓN MATERNAL

La subrogación maternal es el resultado de los avances científicos y tecnológicos, enfocados en mejorar la calidad humana, supliendo necesidades o falencias de la naturaleza humana en este caso la imposibilidad de concebir. Definiendo esta práctica como:

El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un contrato, un pacto o compromiso, por medio del cual cede todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer contratante que figurara como madre. Bajo esta figura lo más común es que la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. (Jiménez et al.,2016, p. 21)

Sin embargo, esta definición varía respecto a la modalidad de contrato y la variedad de aspectos ajenos a los sujetos por su naturaleza humana. Algunos doctrinantes toman diferentes clasificaciones como lo son: la maternidad plena, maternidad genética y maternidad legal.

1.1 MATERNIDAD PLENA

Es la clasificación frecuente de maternidad, se da por su relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad. (Ruiz,2013, p.5.Es decir, que se lleva a cabo el desarrollo del nasciturus bajo los lineamientos normales establecidos socialmente. Con lo cual, se continúan los vínculos filiales tradicionales y así la dinámica normal social. Sin embargo, hay que considerar que esta definición ha variado con los avances tecnológicos, puesto que se puede llevar a cabo la gestación realizada por inseminación artificial “IA” o “FIV¹” con espermatozoides del padre subrogante o IAD².Evadiendo el paso natural de procreación sin perder el vínculo maternal de la madre.

¹ Fertilización in vitro es una técnica de laboratorio que permite fecundar un óvulo con un espermatozoide fuera del útero. (Clínica Eugin, Sf).

² Inseminación artificial del donante, técnica en donde se toma una muestra del semen que se presenta en condiciones óptimas de calidad y cantidad de espermatozoides, ya que procede de un hombre sano. (Clínica Eugin, Sf)

1.2 MATERNIDAD GENÉTICA

La maternidad genética se da por relación existente con el donante del óvulo (Ruiz,2013, p.4). En otras palabras, dentro de esta clasificación la maternidad se encuentra una tercera mujer quien aporta el óvulo para lograr la concepción del bebé. Acarreando con esto un problema jurídico debido a la vinculación filial entre la madre gestante, la mujer que donó el óvulo y el nasciturus ya que quebranta la concepción tradicional de familia y más el concepto común de maternidad.

1.3 MATERNIDAD GESTATIVA

Se da cuando mujer lleva en su vientre la gestación de un embrión cuyo óvulo fue donado. Al igual que el anterior, esta práctica trasforma el panorama de maternidad tradicional, puesto que se adiciona al nexo el vínculo filial de una tercera a la procreación normal.

1.4 MATERNIDAD LEGAL

Se le adjudica los derechos y obligaciones del menor inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos (Aguirre, 2013). Este se da como consecuencia del vínculo filial existente por la crianza u adopción del menor.

Por otra parte, otros autores presentan la siguiente clasificación frente a la subrogación maternal:

1.5 CIENTÍFICA O APORTE GENÉTICO

1.5.1 Tradicional o heteróloga

En esta modalidad el gameto masculino es aportado por el padre que acude a la subrogación maternal, y el gameto femenino por la madre gestante, este proceso se lleva a cabo por fecundación in vitro o inseminación artificial. (González, 2015, p.9) En otras palabras, el desarrollo del embrión se da por medio de una tercera mujer que aporta su gameto. Es decir, que el vínculo filial es directo entre la madre gestante y el nasciturus.

Sin embargo, se está frente a un contrato atípico de subrogación maternal donde la madre cede sus derechos sobre el feto hacia la madre contratante.

1.5.2 Gestacional o homóloga

En esta modalidad las personas interesadas en ser padres aportan ambos gametos o embriones. Es decir, que la madre subrogada solo lleva a cabo la gestación. (Boada, 2017, p.5) Donde el vínculo maternal es discutido debido a que el desarrollo del embrión se da en su vientre, pero el gameto fue aportado por la madre contratante.

1.6 SUBROGACIÓN ECONÓMICA

1.6.1 Subrogación altruista

Se da cuando la mujer gestante presta su vientre de manera voluntaria para llevar a cabo el embarazo, sin ninguna compensación económica. El único pago que se genera por parte de los padres comitentes es el de los gastos del embarazo.

1.6.2 Subrogación con ánimo de lucro o comercial

La esencia central de esta modalidad radica en el acuerdo de las partes estipulándolas en un contrato, donde la persona o pareja se compromete a pagar cierta cantidad de dinero a una mujer fértil a cambio de gestar el embrión en su vientre. En ocasiones, esta modalidad es llamada o asimilada como el “alquiler de vientre”. (Lopez, 2017). Este tipo de contrato se centra en ponerle un valor al desarrollo del nasciturus o en el en su esencia dependiendo su modalidad.

En otras estancias Russi (2015, pp.9-10) presenta que la subrogación maternal se determina cuando:

- Se emplea la Técnica de Reproducción Humana Asistida para efectuarla.
- Debe de haber un acuerdo de voluntades entre las partes que participan en el procedimiento.
- La madre gestante desde antes del embarazo renuncia a sus derechos materno filiales
- El individuo o pareja biológico o no biológico, adquiere derechos sobre el nasciturus antes del nacimiento del mismo

1.7 ANTECEDENTES DE LA SUBROGACIÓN MATERNAL

Esta práctica tiene su aparición aproximadamente hace 50 años con la inseminación artificial, los primeros casos datan en 1972. Sin embargo, el primer caso puesto a conocimiento de la justicia fue en Estados Unidos en 1986, ante el tribunal supremo de Nueva Jersey, donde la pareja Stern contrató a la señora Whitehead,

para que esta última permitiera que se le inseminara las células reproductoras del señor Stern, llevando así el desarrollo del embrión en su vientre. Obligándose al final, entregar el recién nacido a los contratantes; pero la gestante luego de dar a luz se rehusó de hacer dicha entrega, dejando a decisión del tribunal de la custodia, quien se la concedió a la pareja de esposos Stern, permitiéndole el derecho a visitas de la señora Whitehead. (Aguilar, Torrado, Villamiza, & González, 2016). Observando en este caso la prevalencia del contrato que se firmó entre los contratantes, pero a su vez y de manera salomónica se respeta los derechos filiales de la madre conjuntamente del menor.

A lo que es necesario resaltar que pese a que es una práctica real y frecuente, algunos Estados no han tomado una posición al respecto sobre su regulación o prohibición, dejando en algunos casos a la interpretación del juez; como es el caso de Colombia, que no cuenta en la actualidad con ninguna norma que lo prohíba, frente a este vacío legal algunos consideran que se debe reconocer como acuerdo moral, y su cumplimiento queda al arbitrio de la buena voluntad de los intervinientes y más al de la madre gestante. (López & Amado, 2014) Dejando al juez actuar bajo los criterios de la interpretación y ponderación de derechos.

Donde deberá analizar la normatividad existente frente al derecho a ser padres integrado en el artículo 42 de la Constitución Política colombiana de 1991 “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”, incluyendo en este mismo numeral: “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 progenitura 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”. De la anterior norma, es necesario resaltar la aceptación y claridad que da frente a los hijos nacidos por asistencia científica, ya que se interpreta de manera tácita la permisión de esta práctica en la República, cabe resaltar que no se hace hincapié en la modalidad de esta.

Cabe mencionar la Sentencia T-488 de 1999, en donde la Corte Constitucional define la filiación como la relación que se da entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptado, siendo 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. (Montoya, 2018)

Asimismo, se encuentra la ley 1060 del 2006 de la República que regula la impugnación de paternidad y la maternidad:

Artículo 218. El juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o la presunta madre biológica, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre.

Dicha norma permitiría a las partes del contrato de subrogación maternal iniciar un proceso de reclamación o impugnación de la maternidad en caso de incumplimiento de alguna de las partes; sin embargo, esta norma no aplicaría en caso de que la madre gesta hubiera aportado su gameto para el desarrollo del embrión.

Por lo cual es fundamental, la existencia de una norma que regulara o prohibiera dicha conducta, ya que frente al tema en concreto solo se encuentra la sentencia T-968 de las 2009 y dos iniciativas de proyecto de ley.

Dentro de la sentencia T-968 del 2009, la Corte Constitucional se conceptualizo la subrogación maternal como:

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina 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 figurará como madre de éste.” En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto (sentencia T-968 de 2009).

De esta sentencia se resalta que la Corte reconoció los derechos que tenía el padre contratante frente a los niños resultado del alquiler del vientre y le concedió la maternidad a la mujer gestante ya que esta aportó sus óvulos para la concepción.

Como respuesta a esta realidad social, el Congreso de la República ha adelantado varios proyectos de ley que regulen la subrogación maternal, pero hasta la fecha no se ha podido constituir como ley. No obstante, se tuvo una iniciativa de ley en el año 2009, mediante el proyecto de Ley 037 el cual tenía como finalidad establecer procedimientos para permitir la práctica de la gestación sustitutiva resultado de las técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo, la misma no surtió el trámite necesario para convertirse en Ley de la República. (Beltrán, 2018, p.18)

A lo que se presentó otra iniciativa de ley 202 de 2016, teniendo como objetivo la prohibición de la maternidad subrogada, evitando la práctica de esta en Colombia, protegiendo los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer, así como el derecho a la vida y al de conformar una familia del que está por nacer (Cadavid & Barrera, 2017)

Asimismo, se presentó el proyecto de ley radicado 070/2018 “Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos.” (Senado de la República, 2018) A lo que se puede señalar que los criterios de los proyectos de leyes varían dependiendo de factores políticos y sociales del momento. Afirmación que se observa en el transcurso de los tiempos, el primer proyecto de ley fue respuesta a la sentencia T-986 del 2009, cuyos criterios se basaban en la permisión de la subrogación maternal, enfoque que varió en los dos proyectos siguientes donde se prohibió esta práctica. Sin embargo, hasta la fecha no hay una ley al respecto.

2. PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA

Al momento de establecer una norma que regule o prohíba la maternidad subrogada es fundamental que se tenga en cuenta la dignidad humana, pues es el fin del Estado Social de Derecho como se señala en la Carta Magna en su primer artículo “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana”, asegurando así que todas sus leyes estén sometidas a este principio constitucional.

Igualmente, se debe tener presente que los contratos de maternidad subrogada existentes a la fecha entre los padres de intención y la madre sustituta o mujer gestante es de naturaleza atípico, en la medida que no está previsto en el ordenamiento jurídico colombiano, de lo cual no se puede afirmar que sea inválido o que no exista, teniendo en cuenta que en materia contractual existe libertad para acordar entre las partes, pero está abierto a múltiples cuestionamientos en razón a la causa y objeto lícito (Parra, 2016)

Con referencia a esto último, es esencial evaluar si dicho contrato vulnerara la dignidad de la mujer y el menor, pues se toman como objeto del acuerdo. Recordando que el hombre tiene un valor interno y absoluto siendo en sí mismo un fin, llamado este como dignidad. Por lo cual emplearlo de medio radicaría en su cosificación (Kant,2006). Es decir, que su comercialización implicaría la vulneración a su dignidad. Hecho que se encuentra dentro de la práctica de la subrogación maternal, dentro de una investigación realizada en el 2010 se evidencio que el valor que cobraban las agencias por el procedimiento total oscilaba entre 60 y 100 mil dólares por caso. A las mujeres gestantes, se les paga entre 5 y 30 mil dólares, dependiendo si es únicamente prestan el vientre o aporta también su óvulo, si ya han participado con antelación a un procedimiento de estos. Adicional a este valor se añade el del seguro de gastos médicos, los alimentos y los medicamentos durante el periodo total de la gestación. Cubriendo también, los costos del parto y la cesárea, de ser necesaria, así como todos los imprevistos que puedan surgir por el embarazo. Se considera también el pago de un seguro de vida y los gastos legales. (Brena,2010)

Respecto a lo anterior se puede inferir que, en la subrogación maternal la mujer no sólo pone a disposición el útero, sino a través de él, su cuerpo entero, más aún, su propia condición de mujer. Afirmando con ello, que el útero se alquila, por consiguiente, se

vulnera la dignidad de la gestante, porque su cuerpo estaría dispuesto al servicio de otras personas. Al igual, se vulneraría la dignidad del hijo, convertido por el acuerdo de subrogación maternal en un mero instrumento al servicio del deseo de los padres, o una propiedad objeto de comercio, evidenciado en el acto de entrega posterior a su nacimiento. (Sánchez,2016)

Algunos autores como Assat apoyan dicho postulado, señalando que:

El mero hecho de la manipulación del sujeto, transformándolo en cosa resulta en detrimento del desarrollo de su personalidad, preestableciéndolo como objeto de un contrato, organizando arbitrariamente el tiempo y lugar en los que debe nacer. Vamos a ver como la libertad del ser ha sido avasallada desde el comienzo de la vida del sujeto mediante la utilización de técnicas que devienen, en “un modelo para armar”. La naturaleza femenina, enclaustrada en la milagrosa disposición para ser fecunda, es de quien depende la continuación de la raza humana, condición que se ha transformado en una máquina de hacer bebés, una cosa que solo sirve a los fines útiles de engendrar un hijo como quien pinta un cuadro para luego venderlo. (2016)

Lo cual pone a reflexionar si realmente, esta práctica vulnera el valor intrínseco de la mujer, ya que se debe tener en cuenta que es ella quien en medio de su libertad dispone de su cuerpo. No obstante, se debe analizar si se tiene en cuenta la dignidad del niño, puesto que es el objeto central del contrato de la subrogación maternal, lo que deberá plantearse al momento de proyectar una regulación al respecto. (Arévalo, 2016)

3. PONDERACIÓN ENTRE LA SUBROGACIÓN MATERNAL Y LA DIGNIDAD HUMANA

Como se ha referenciado anteriormente el contrato de maternidad subrogada, existe bajo la figura de contrato atípico, puesto que cumple con los requisitos establecidos por el Código Civil; sin embargo, es cuestionable su validez y legalidad por los elementos de objeto y causa; lo que no termina siendo problema para el área del derecho privado. Sino para el juez al momento de analizar un caso sobre el tema, por su falta de regulación, y para el Congreso para regular la subrogación maternal, debido a que en esta práctica se debe poner en ponderación los derechos fundamentales tales como la autodeterminación,

el libre desarrollo de la personalidad, la familia. (Aguilar , Torrado , Villamiza, & González, 2016)

Cabe señalar con lo anterior que la dignidad humana, es uno por no decir el más importante de los principios constitucionales contenidos en el ordenamiento colombiano, ya que a través de ella la eficacia de las instituciones jurídicas encuentran legitimidad, lo cual significa que todos los fenómenos normativos tienen implícita la obligación de respeto frente al ser humano y su calidad como sujeto de derechos, generalidad que se encuentra presente en la maternidad subrogada. (Russi, 2015)

Entendiendo entonces que la ponderación se encuentra centrada en el derecho a ser padres, regulado por el artículo 42 de la constitución y la dignidad humana principio fundamental del Estado social de Derecho de Colombia, donde el legislador al momento de establecer una norma que regule la subrogación maternal deberá analizar según el maestro Gonzales Cáceres,

la legislación supranacional se plantea la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que corresponda en cada persona, ello en mérito a la defensa del derecho fundamental a la salud reproductiva, así como su derecho a formar una familia. Por lo que al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres (...)" (TICSE , 2018)

Es decir, que la norma que se vaya a plantear no podrá restringir a cabalidad la subrogación maternal, ya que vulneraría el derecho de familia que establece la constitución, y en el que de manera expresa se reconoce los derechos de los hijos nacidos por asistencia científica. Siendo contradictorio con una posible prohibición a esta práctica. Pero también se debe evaluar que su permisión permite que se visualice a la mujer gestante como instrumento para tener bebés, y al menor como un objeto de un contrato.

Frente a este dilema algunos autores han referenciado doctrinalmente que debe establecerse una regulación del contrato de subrogación que tenga como finalidad la prevalencia del derecho de reproducción de los padres contratantes, velando consecuentemente por los derechos superiores del menor, y hacer prevalecer el interés

superior de este para así establecer unos parámetros correctos en la regulación. (Sumari, 2016)

Para realizar establecer una norma que regule esta situación, es elemental la revisión comparativa con otros ordenamientos jurídicos que permitan recopilar información que fundamenten la ley a proyectar.

4. DERECHO COMPARADO EN LATINOAMÉRICA

La discusión sobre permitir o no la subrogación maternal también se ha dado en distintos Estados, algunos han tomado la decisión de prohibirlos, otros de acceder y otros al igual que Colombia no han establecido regulación al respecto.

A nivel de Latinoamérica, se destaca Argentina que, pese a no contar con una regulación específica sobre el tema, se ejercer con total tranquilidad y orden, tanto que crearon programas para dar respuesta a la demanda de clientes interesados en la subrogación maternal debido a su aumento. En una de las instituciones se registró que desde el año 2011 hasta el 2018, se contaban 17 bebés nacidos por esta técnica, de los cuales 11 ya están inscriptos en el Registro Nacional de las Personas como hijos de los padres procreacionales (Inciarte, et al., 2018). Lo cual permite inferir que la subrogación maternal en Argentina es tomada como una actividad comercial (por la cantidad de personas que demandan este ejercicio), organizada que tiene como finalidad garantizar el derecho de procreación.

Por otro lado, esta Brasil en donde la maternidad subrogada, está permitida en los casos que su práctica se con un fin altruista, es decir que, ésta prohibido su ejercicio con fines comerciales, para su realización el Consejo Federal de Medicina, exige un consentimiento de todas las partes intervinientes, y la mujer que facilita la gestación debe ser familiar de la madre de intención. (Parra, 2016)

Mientras en México esta práctica no se encuentra regulada, sin embargo, se manifiesta lo contrario en algunos de sus Estados como es el caso Tabasco, quien en su artículo 380 bis del código de familia:

ARTÍCULO 380 Bis. Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.

Demostrando así que este Estado es permisivo al a subrogación con fines lucrativos, pero este siempre y cuando debe cumplir con algunos criterios fundamentales, como lo es que sean nacionales los interesados. No obstante, se encuentra que el Estado de Querétaro en su Código Civil en su artículo 400 tiene prohibido este ejercicio “las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión.”

Por otra parte, se hallan países que permiten la práctica de la subrogación maternal en algunas de sus modalidades o todas, como es el caso de Estados Unidos que, si bien no cuenta con una regulación general sobre la subrogación maternal, deja al igual que México, la responsabilidad de regular a cada Estado, destacándose California, Illinois, Arkansas y Maryland; por la favorabilidad que se tiene para su práctica, algunos consideran este destino es algo costoso. Sin embargo, garantiza seguridad jurídica.

El estado de California es conocido por su flexibilidad ante la subrogación, permitiendo la subrogación comercial, garantiza el cumplimiento de los contratos de subrogación gestacional, haciendo posible que todos los futuros padres, independientemente de su estado civil u orientación sexual, puedan establecer su filiación legal antes del nacimiento y sin procedimiento de adopción (órdenes de pre-nacimiento) (AGAR, 2019)

En el caso de Canadá está permitido desde el 2004 de manera altruista, se contempló en la “ley de reproducción humana asistida”. (Gestación subrogada web, s.f.)

En Francia se encuentra prohibida dicha práctica por la Ley N° 94-653 de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano, añadido en el art. 16-7 al Código Civil: “Es nulo todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro”. De igual forma, la Corte de Casación de Francia frente a un contrato de subrogación, el día 7 de abril de 2011 decreto que los acuerdos internacionales de subrogación violan el orden

público francés. Ya que, en todos los casos, el niño o los niños nacieron en un Estado en donde la subrogación es legal. Fundamentalmente, el Tribunal expuso que de acuerdo a la legislación francesa actual en “*l'état du droit positif*”, los acuerdos de subrogación violan un principio fundamental del Derecho francés: el estado civil es inalienable. De conformidad con este principio, no se pueden establecer excepciones a la ley de la paternidad mediante un mero contrato (art. 16-7 y 16-9 del Código Civil). (Scotti, 2013)

España ha sido uno de los países que han prohibido la maternidad subrogada de manera expresa en su legislación, integrándola en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida establecía en su art. 10: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.” Garantizando así, la dignidad de la mujer y del menor. (SOSPEDRA, 2018)

A diferencia de los anteriores, la legislación de India permite la subrogación maternal, según investigaciones el Estado Hindú proyecta el alquiler de vientres como parte de un negocio proyectándolo en auge, tanto que beneficiaría la industria turística y regalías del Estado ascendiendo a 2.3 billones de dólares anuales en 2012, dejando el Estado la ética para beneficiarse de esto. (Amador, 2011)

CONCLUSIONES

Frente a este tema es importante señalar que se desprende una serie de cuestionamientos de índole moral, jurídico y social. En lo particular se observa que Colombia no cuenta con una norma que regule la subrogación maternal, lo cual deja vacíos jurídicos, los cuales terminan siendo llenados por la rama judicial como es el caso de la sentencia T-968 del 2009. Sin embargo, esta no es una respuesta completa para el tema. Lo cual permite concluir que:

1. Se debe reflexionar el papel que juega la subrogación maternal en el entorno, comprendiendo que es una práctica en la que una mujer no pueden concebir por razones naturales y toman la decisión de acudir a una mujer para que este preste o alquile su vientre, teniendo en cuenta que esto impondrá nuevas conductas y modificación de la realidad social, debido a la adaptación del futuro ser.

2. Colombia ha intentado regular la subrogación maternal pero no conserva una posición clara sobre esta, ya que busca regular y permitir todas las modalidades de esta práctica, sin embargo, se presenta una limitación con finalidad ultraísta.
3. Si se permitiera la subrogación maternal, no se estaría en contra de la dignidad de la madre y del niño, ya que la primera es empleada como el medio para la obtención del resultado, producto u objeto del acuerdo, y el segundo es visto como el objeto de este.
4. Esta práctica modifica la estructura tradicional de familia, si bien se encuentra igualdad de derechos entre hijos adoptivos, naturales y nacidos por asistencia científica, se tiene que hay una modificación en cuanto a los criterios de filiación comunes.
5. Se evidencia que hay notable desigualdad en materia de maternidad subrogada para parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales, esto en cuanto, los países que aceptan la maternidad subrogada para parejas heterosexuales son mucho mayores a los que la aceptan para parejas del mismo sexo. (Vaca , 2018, p. 13)

Referencias

- Agar. (2019). *Gestación subrogada*. Obtenido de <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/destinos/estados-unidos/>
- Aguilar , A., Torrado , A., Villamiza, G., & González, N. (2016). *Contrato de maternidad subrogada:su validez en el ordenamiento jurídico colombiano*. Cúcuta: Universidad de Simon Bolivar.
- Aguirre, O. (2013). Reflexiones jurídicas sobre las realidades y las consecuencias derivadas de la subrogación materna. *Letras Jurídicas*.
- Amador, M. (2011). Sobre Biopolíticas y Biotecnologías:Maternidad subrogada en India. *Revista Nomadías*, 35-58.
- Arévalo, I. (2016). *Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia,Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia,*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Assat, E. (2016). *Madres por subrogación. alquiler de vientre*. Argentina: Universidad siglo 21.
- Beltrán, Y. (2018). *La regulación de la Gestación por Subrogación en Colombia desde el punto de vista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.I*. Bogotá : Universidad Católica de Colombia.
- Boada, M. (2017). *Subrogación utelirna*. Barcelona: Hospital universitari Quirón Dexeus.
- Brena , I. (2010). ¿Autonomía en la maternidad subrogada? *V Congreso Latinoamericano y I Congreso Centroamericano “Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos”* . Ciudad de Guatemala: Colegio de bioetica.
- Cadavid, K., & Barrera, A. (2017). *Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes aportes internacionales al tema*. Medellin: Universidad CES.
- Clínica Eugin. (Sf). Fecundación in vitro.
Obtenido de: <https://www.eugin.com.co/fecundacion-in-vitro/>
- Clínica Eugin. (Sf). Inseminación artificial donante.
Obtenido de: <https://www.eugin.com.co/inseminacion-artificial/donante-ia/>

- Colombia, Senado de la República. (2018). *Proyecto de ley estatutaria N° 070 de 2018*. Obtenido de leyes del senado: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2018%20-%202019/PL%20070-18%20Maternidad%20Subrogada.pdf>
- Gestación subrogada web. (s.f.). *Gestación subrogada en Canadá*. Obtenido de <https://www.gestacionsubrogadaweb.com/gestacion-subrogada-canada/>
- Gonzalez, B. (2015). *Maternidad subrogada. Realidad actual, problemas y posibles soluciones*. Universitas Miguel Hernandez.
- Inciarte, F., Quaini, F., Martínez, P., Urquiza, F., Piscicelli, C., & Pasqualini, A. (2018). *Subrogación uterina. Una realidad en la Argentina*. Buenos Aires: Samer.
- Jimenez, C., Romero, Y., & Londoño, I. (2016). *Análisis de la maternidad subrogada en la legislación*. Bogotá: Universidad libre.
- Lopez, J. (2017). *Dimensión económica de la maternidad subrogada*. España: Universidad de Navarra.
- López, K., & Amado, C. (2014). *Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Montoya, L. (2018). *Maternidad Subrogada Una práctica no reglamentada en el ordenamiento jurídico colombiano*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Parra, C. (2016). *Implicaciones en materia penal de la «maternidad subrogada» en Colombia*. Bogotá: Universidad militar nueva granada.
- Ruiz, R. (2013). *Maternidad subrogada*. Universidad de Cantabria.
- Russi, S. (2015). *Régimen jurídico de la maternidad subrogada en Colombia: Un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la validez del contrato y sus efectos*. Bogotá : Universidad Católica de Colombia.
- Sánchez, M. (2016). *Los acuerdos de maternidad subrogada: nuevos retos en la protección de los derechos de la mujer y la infancia*. Cuadernos iberoamericanos de Derecho sanitario.

- Scotti, L. (2013). *El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”*: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. Universidad de Buenos Aires.
- SOSPEDRA, A. (2018). *La gestación subrogada en España*. Cuestiones de Interés Jurídico.
- TICSE , M. (2018). *La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana*. Perú: UNAP.
- Vaca , M. (2018). *Maternidad subrogada para parejas del mismo sexo en Colombia bajo una perspectiva del derecho comparado*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.