



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**LA VIABILIDAD DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA
DESDE LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO**

Libardo Areíza Valencia

Universidad Nacional de Colombia

Facultad, de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, D.C., Colombia

2019

**LA VIABILIDAD DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA
DESDE LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO**

Libardo Areíza Valencia

Tesis presentada para optar al título de: **Magíster en Derecho**

Director: María Angélica González Russi

Codirector: Luis Arturo Suarez Pacheco

Universidad Nacional de Colombia
Facultad, de Derecho Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, D.C., Colombia

2019

Agradecimientos

A mi familia por acompañarme en este paso, y confiar con paciencia que el objetivo se lograría, gracias enormes por su confianza y apoyo incondicional

A María Angélica Gonzalez, por su orientación y lecciones, las cuales no solo me ayudaron en lo académico, sino también en lo personal.

A mis amigos que contribuyeron creando los espacios para que me dedicara a esta investigación y apoyaron en los momentos de menor inspiración

Tabla de Contenido

Agradecimientos	3
Resumen.....	6
Abstract	7
Introducción	8
1. Capítulo 1. Origen de la maternidad subrogada.	23
1.1 Antecedentes históricos.....	23
1.1.1La maternidad subrogada desde la Biblia y las primeras civilizaciones	23
1.1.2La maternidad subrogada desde la Biomedicina y la Bioética	27
1.1.2.1La Biomedicina en la subrogación.....	28
1.1.2.2La Bioética como respuesta a la filiación	31
1.2 Causas que dan origen a la práctica y clases de maternidad subrogada	34
1.2.1 Causas.....	34
1.2.2 Clases de gestación subrogada	35
1.3 ¿Subrogación altruista? Aspectos económicos y jurídicos.	38
1.3.1Situación económica que rodea a la maternidad subrogada.....	38
1.3.2Generalidades legales con relación a un acuerdo que viabilice la subrogación	46
2. Capítulo 2. Análisis de los elementos que enmarcan la maternidad subrogada como negocio jurídico desde la norma, la jurisprudencia y el derecho comparado	49
2.1. Maternidad subrogada en Colombia	52
2.2. Análisis jurisprudencial de la maternidad subrogada.....	56
2.3. Análisis desde el derecho comparado	60
2.3.1. Países en contra	60
2.3.1.1 Suiza y Francia.....	60
2.3.1.2. Alemania	64
2.3.1.3. España	65
2.3.1.4 Holanda.....	66
2.3.1.5. Australia.....	66
2.3.2 Países a favor de la práctica	68
2.3.2.1 Estados Unidos de América.....	68

2.3.2.2. Grecia.....	69
2.3.2.3 Reino Unido.....	70
2.3.2.4. Brasil.....	71
2.3.2.5 Canadá.....	72
2.3.2.6 Rusia.....	75
2.3.2.7 India.....	75
2.3.2.8 México.....	76
3. Capítulo 3. Efectos jurídicos de la subrogación en la maternidad en el marco de la teoría del negocio jurídico.	78
3.1. Marco General.....	78
3.1.1. Características de la maternidad subrogada.....	82
3.1.2. Efectos de la maternidad subrogada desde la teoría del negocio jurídico.....	84
3.2. La autonomía de la voluntad en la subrogación de la maternidad.....	88
3.3. Análisis de los efectos jurídicos de la maternidad subrogada desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	97
4. Capítulo 4. Conclusiones.....	104
Bibliografía.....	121

Resumen

La maternidad subrogada o la subrogación en la maternidad se concibe como la herramienta que tienen determinadas personas para lograr la concreción de una familia, valiéndose de las técnicas médicas disponibles para tal fin como las denominadas técnicas de reproducción humana asistida. Esta práctica presupone la existencia en primera instancia del deseo de una pareja o de una persona en convertirse en padres o padre, la incapacidad física o psicológica para lograrlo, y una madre gestante, quien aportará o no sus óvulos, sin embargo, el problema central de la maternidad subrogada, radica en la indeterminación de los elementos de existencia y validez, los cuales deben ser analizados desde la teoría del negocio jurídico, puesto que al conjugarse la práctica con un alto contenido emocional, se sale del ámbito de los negocios como lo tratarían otras áreas del derecho, por tal razón el presente documento tiene como objetivo analizar la maternidad subrogada desde la teoría del negocio jurídico para lo cual se aplica una metodología cualitativa de revisión documental, con la cual se evidencia como principal conclusión es que los análisis jurídicos que se realizan se hacen en base al derecho comparado, con lo cual se crean vicios que pueden incidir en la forma en la que se lleva el proceso, concordante con esto el establecimiento de los procesos jurídicos debe tomar una importancia plena en los debates de las cortes de Colombia, procurando establecer lineamientos que expongan de manera adecuada el proceso en todas sus aristas

Palabras clave: Maternidad Subrogada, Teoría del Negocio Jurídico, Derecho Comparado, Lineamientos.

Abstract

Surrogate motherhood or surrogacy in maternity is conceived as the tool that certain people have to achieve the realization of a family, using medical techniques available for this purpose as the so-called techniques of assisted human reproduction. This practice presupposes the existence in the first instance of the desire of a couple or of a person to become parents or father, the physical or psychological incapacity to achieve it, and a pregnant mother, who will or will not provide her ovules, however, the central problem of surrogate motherhood, lies in the indetermination of the elements of existence and validity, which must be analyzed from the legal business theory, since when the practice is combined with a high emotional content, it is outside the scope of business as would address other areas of law, for this reason this document aims to analyze surrogate motherhood from the theory of legal business for which a qualitative methodology of documentary review is applied, with which it is evident as the main conclusion is that the legal analyzes that are made are made based on comparative law, which creates vices that can affect the In this process, the establishment of legal processes must take full importance in the debates of the courts of Colombia, trying to establish guidelines that adequately expose the process in all its edges.

Keywords: Surrogate Motherhood, Theory of Legal Business, Comparative Law, Guidelines.

Introducción

La familia, conforme a lo expresado por el artículo 42 de nuestra constitución, es el núcleo fundamental de la sociedad, premisa que fundamental para el desarrollo de los conceptos que rodean la subrogación en la maternidad, tales como los derechos de la mujer y del menor, los cuales son determinantes en la viabilidad de la dicha práctica, la cual considero debe mirarse desde la teoría del negocio jurídico, en ocasión a que en el proceso se envuelven elementos que en principio nacen de otras ramas del derecho, y mutan con la ayuda evolucionada de la ciencia a derechos personalísimos que no deben ser cosificados, no solo porque su práctica en definitiva genera a un sujeto de derechos, sino porque en el camino se mezclan acciones encaminadas precisamente a la concreción de la familia sea tradicional o en su concepto más amplio, que deben estar alineadas a la protección integral de todos los intervinientes.

Teniendo a la ciencia médica como aliado en la práctica de la maternidad subrogada, las técnicas de reproducción humana asistida, son en principio las que ayudarán a que ese deseo humano de concretar un núcleo familiar se logre, sin embargo, antes de establecer elementos de validez, es necesario precisar que la mujer cumple el rol más importante en este proceso, ya que sin útero donde implantar material genético, no es posible alcanzar el tan anhelado fruto. Esa dignidad femenina cuyo concepto llegar a ser una determinación compleja, es la que considero que le da la libertad para que desde su amor propio pueda explotar toda su feminidad y ser medio para que otros puedan construir el concepto familia teniendo a su cargo la descendencia deseada; independientemente del entorno cultural en donde la mujer se desenvuelva, su libertad debe reflejarse en la capacidad de decidir sobre su cuerpo, y su genética.

La práctica de la subrogación de la maternidad, presupone la existencia en primera instancia del deseo de una pareja o de una persona en convertirse en padres o padre, la incapacidad física o

psicológica para lograrlo, y una madre gestante, quien aportará o no sus óvulos. Una vez llevada a cabo la gestación el fruto de la misma deberá ser entregado a quienes solicitaron la subrogación con la totalidad de los derechos parentales sobre el nacido.

Esta figura, deviene de la historia y tiene un alto contenido biológico y médico, que hace que la práctica se lleve a cabo, sin embargo, el problema central de la maternidad subrogada, radica en la indeterminación de los elementos de existencia y validez, los cuales deben ser analizados desde la teoría del negocio jurídico, puesto que al conjugarse la práctica con un alto contenido emocional, se sale del ámbito de los negocios como lo tratarían otras áreas del derecho. Al tratarse de un negocio jurídico del ámbito familiar es posible ver que el problema de existencia y eficacia, debe contar con la norma y la jurisprudencia para su desarrollo, esto es, validando las herramientas con la que en este momento cuenta nuestro ordenamiento jurídico para enmarcar en derecho la práctica y justificar desde la doctrina del negocio jurídico los elementos necesarios.

La viabilidad de la subrogación, a partir de la teoría del negocio jurídico, se da porque los intervinientes en la práctica, esto es, solicitantes, madre portadora y la criatura necesitan encuadrarse respecto de sus obligaciones, deberes, y derechos. En ese sentido, al no contar con los elementos de existencia y validez, estos actores están en una permanente inseguridad jurídica, lo que genera prevenciones para la realización de la práctica. Al existir esta constante inseguridad afecta de manera directa que se establezca el correcto camino para la celebración de la subrogación, ya que las obligaciones pactadas podrían carecer de aplicación vinculante ya que no cuentan con la claridad respecto de los elementos de existencia y validez.

Dadas las consideraciones anteriores y con la identificación de aquellos elementos de existencia y validez para viabilizar la práctica de la subrogación en la maternidad, el presente documento pretende dar respuesta y exponer los efectos jurídicos que se derivan de la misma,

partiendo del análisis de contenido que a partir de la doctrina y el derecho comparado se realicen. De igual forma esta pesquisa servirá para que las indeterminaciones sobre las posturas jurídicas se establezcan sobre la teoría del negocio jurídico y sus elementos orienten a los actores a la celebración de una maternidad subrogada viable y enmarcada en lo jurídico, con el fin de determinar límites respecto de las obligaciones pactadas en la práctica y su aplicación vinculante en este tipo de negocios jurídicos de familia. Esta determinación sobre la existencia y validez, servirán pues para trazar el camino que, en torno de la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, no quede delimitada a intereses económicos, personales o científicos, sino que efectivamente responda a cualquier circunstancia que sobrevenga en su desarrollo como negocio jurídico.

En el marco de los razonamientos se ha encontrado que la exploración jurídica permite comprender cuáles son los elementos de existencia y validez que de acuerdo con la teoría del negocio jurídico de familia necesita la maternidad subrogada para ser viable en Colombia, con base en la teoría del negocio jurídico, las fuentes del derecho, la jurisprudencia y la experiencia internacional, con lo cual se pueda determinar de manera sistemática los elementos de existencia y validez necesarios en la celebración del negocio jurídico de maternidad subrogada en Colombia.

En este sentido se logra encontrar diferentes planteamientos permiten un acercamiento al tema y brindan claridad sobre los elementos de existencia y validez. Así pues se tiene que la maternidad subrogada, en principio debe analizarse bajo los conceptos históricos, biológicos y médicos en el cual se enmarca, es una práctica que se origina desde el sentir de la humanidad en su querer proyectarse en otra generación, en querer prolongar su existencia a través de otro, a través de su descendencia, por tal razón es válido el pensamiento de Savigny, citado por Morelli

M. en el artículo Derecho, historia, lengua y cultura en el pensamiento de Savigny “ el derecho nace de la sociedad, no por imposición de una voluntad sino de manera parecida a lo que sucede con la lengua, creándose lenta y paulatinamente, de acuerdo con los propios problemas, las propias necesidades y los propios usos del pueblo” (p. 74); lo anterior para decir que la maternidad subrogada no es un capricho médico o jurídico, es una necesidad expresada por parte de la sociedad; y de acuerdo con Lamm E. (2012)

Si bien es la gestación por sustitución, se nos presenta como una figura de la modernidad, lo cierto es que sus primeros antecedentes se encuentran en el antiguo testamento, lo que me provoca el primer cuestionamiento: Si el Dios del Antiguo Testamento no veía nada malo en la subrogación... si los profetas bíblicos recurrían a madres de alquiler... ¿Por qué nos cuesta tanto a nosotros aceptarla? (...) Tal vez desde una perspectiva androcéntrica, en un principio solo se contempló como una manera de solucionar las necesidades e intereses del hombre en tener descendencia si su mujer tenía algún impedimento ¿Será porque ancestralmente se le ha imputado la esterilidad a la mujer, entonces existe como una aceptación antropológica y social a esta situación como modo de que las mujeres reparen sus culpas? (...) Debo reconocer que se trata de una figura compleja, que genera muchos planteamientos no solo jurídicos, sino también éticos y que rompe con arraigadas reglas, tales como la máxima del derecho romano “mater semper certa est”, consagrando que la Madre es siempre cierta. Esta máxima que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto, se conmovió cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto. En otras palabras, el incólume principio “mater semper certa est” hace crisis, y en el momento presente deja de ser incuestionablemente un hecho cierto.” (...) (p.48)

En la literatura antropológica, se ve cómo la esterilidad se ha imputado siempre a las mujeres y en particular a la mala voluntad de su destino individual. Por ejemplo, las mujeres amenorréicas Samo del África negra, siguiendo una concepción humoral hipocrática ligada a la teoría frío-calor, consideran que la falta de sangre menstrual, sustancia caliente, condición esencial del ser femenino, las ubica en una posición escandalosa al asociar su comportamiento al de los hombres. La mujer sin reglas menstruales representa para los pueblos africanos la anormalidad máxima, llegando a acusar de practicar la brujería (Héritier, 1996). (...) Por

ello los paliativos y solución a la esterilidad se dan en todas las sociedades (Françoise Héritier), y como sucedánea a la procreación natural se han buscado distintas alternativas sociales. En Mali, África occidental, se acepta la poliginia como alternativa social que le posibilita al hombre y a su familia extensa, tener hijos por sus propios medios, aunque hoy esta modalidad compita con los métodos de fertilización asistida. (Anthropology News, 2009). Otros grupos del África recurren a la hermana fértil para tener descendencia. (...) La historia también nos muestra como la familia hebrea tenía irremediamente el deber de engendrar hijos, si esta situación no resultaba factible se podía recurrir a la adopción (Gen 15: 2-3; 30: 3-8), ya que la desgracia mayor para una mujer lo constituía el divorcio causado por esterilidad. Dado que la función de procreación durante la etapa patriarcal y de los reinos era primordial, era usual la poligamia (Det.21: 15-17) en los patriarcas y harenes reales. (Mir, 2010).

Teniendo presente el papel de la mujer en la familia y su cosmovisión en la sociedad; vemos como con lo anterior se valida que efectivamente juega un rol determinante en la maternidad subrogada. Sin ella no es posible llevar a cabo la práctica, y su íntima relación en un primer momento es con la ciencia y sus avances; los cuales posibilitan la práctica de la subrogación, los mismos cambian la visión del mundo e impactan directamente en las relaciones humanas, tal como lo sostiene Arambura A. (2008) cuando afirma “El derecho en general se ve conmovido por los descubrimientos científicos; pero no sólo el mundo jurídico se ve afectado, sino también la moral, las relaciones sociales, la integridad familiar, las normas éticas, etc.; las instituciones jurídicas del derecho penal entran en crisis, pero también las de derecho civil, pues conceptos como paternidad, filiación, propiedad, tutela, herencia, etc. deben ser reconsiderados” (p. 4)

La mujer a lo largo de la historia, al estar biológicamente atada a la maternidad, ha sido objeto de estereotipos para efectos de la concepción, y así lo describe Mir, L.(2010) “La

preocupación por la reproducción humana ha sido ancestral en la cultura, como lo muestra el patrimonio arqueológico de diosas destinadas a la fecundidad: voluminosos cuerpos femeninos símbolos de la rebosante fertilidad, hallazgos de diversas Venus "primitiva" producidos en Asia, Europa y América.(...) En muchos pueblos orientales y africanos, se encuentra también una preferencia por mujeres corpulentas, hasta hay casos en África Central donde las púberes son enviadas a las denominadas "casas de engorde" durante un tiempo a fin de prepararse para el matrimonio y asegurar el ejercicio del rol de la maternidad. (...).

La situación de la mujer portadora, y los elementos de derecho, que ya han quedado plasmados, es pertinente conjugar ahora esas situaciones con otros elementos que también enarbolan la subrogación en la maternidad, como la experiencia internacional, la cual ha explicado, de manera práctica los roles de cada uno de los intervinientes y el manejo legal con relación al fruto de la concepción. La visibilidad pública de la gestión por sustitución, tuvo su origen a mediados de 1980, cuando se dio el primer caso a nivel mundial que atendió la problemática de la gestación por sustitución, el caso Baby M. No obstante, este dato, el primer caso de gestación por sustitución reportado en el mundo ocurrió en 1984 cuando los óvulos de una mujer sin útero, fueron transferidos al útero de una amiga que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética. Desde entonces se ha convertido en un método cada vez más popular en lo concerniente a la tecnología reproductiva, aunque su aceptación no es pacífica (Lamm, 2012, p. 4-5).

Leonsegui R. (1994), afirma que «Madre no hay más que una» (p.317)., se ha dicho siempre, y siempre se había pensado además que era cierto en contraposición con la paternidad, de la que siempre se había dicho «hasta el día del juicio final, no sabremos de quien son los sermones, de quien es el dinero y de quien son los hijos». Pero hay que hablar en pasado: en los tiempos que

corren, una persona puede tener absoluta constancia, por datos y archivos de laboratorio, de quien es su padre, y al tiempo, tener dos madres, la que le ha concebido (madre biológica) y la que le ha parido (madre subrogada). Es el tema de la fecundación artificial en general y de la maternidad subrogada en particular

En este mismo orden y dirección, es necesario comprender los términos biológicos en los cuales se enmarca la maternidad subrogada, para tal fin cito a Escobar F. (2007) quien define “Se distinguen tres términos que es importante conocer para comprender mejor este tema. Ellos son: a) gameto es la célula germinal masculina (espermatozoide) o femenina (óvulo). El espermatozoide tiene como función fertilizar al óvulo o célula sexual femenina originada en el ovario; b) la fecundación o concepción se realiza cuando el espermatozoide penetra en el óvulo, sea en el seno materno o fuera de él; c) el producto de la concepción es el cigoto que, hasta los noventa días, que principia la vida fetal, se denomina embrión, el que tiene tres estadios: el mórulo, que termina hasta que se produce la segmentación celular; después aparece el periodo de la blástula o blastocito, que a los catorce días aproximadamente anida en el útero, comenzando la gestación, hasta los noventa días y entonces aparece la vida fetal, que termina hasta el nacimiento. (...)

Frente a este punto, es válido realizar una serie de precisiones en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, tal como lo hace Bernal, D.R. (2009) “A lo largo de la historia de la humanidad cuando se hacía referencia a la procreación humana no se concebía otra forma diferente a aquella que se daba producto de la unión natural entre gametos femeninos (óvulos) y gametos masculinos (espermatozoides). Fue a partir de 1785 con el médico Hunter que se empezó a hablar de la inseminación artificial como otro método para la consecución de la reproducción humana; posteriormente, hacia 1890, esta inseminación se realizó con donante de

semen y para la década de los 50 del siglo pasado (1954) se lleva esta práctica con semen congelado. Todos estos procedimientos tienen lugar al interior del útero de la mujer, lo que se conoce como fecundación in situ o intracorpórea. (...) La inseminación artificial es un procedimiento que, como se indicó, se realiza en el cuerpo de la mujer en períodos previos a la ovulación, o en su defecto se emplea la llamada hiperestimulación ovárica, y en cualquiera de los dos casos “la introducción del semen se realiza de forma mecánica y no mediante el acto conyugal natural, siendo necesaria la obtención previa del semen” (...) La inseminación puede ser homóloga o heteróloga; en el primer caso tanto el gameto femenino como el masculino se obtienen de una pareja que funcionará como padres del futuro ser, y en el segundo caso el semen procede de un donante, de quien en la mayoría de los casos se presupone su anonimato y un control de calidad para efectos de evitar enfermedades en el embrión.” (...) De la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida se generan una serie de cuestionamientos, tanto bioéticos como jurídicos, que merecen especial atención, y que se abordarán adelante, en especial aquellos que tiene relacionados con el alquiler de vientre y en consecuencia la maternidad subrogada, para lo cual se realizará previamente una aproximación biológica a este último concepto. (...) (Bernal, 2009)

Desde la biología, o mejor aún desde la medicina en particular, se tienen las definiciones de fecundación y gestación, que se encuentran estrechamente ligadas con el concepto general de la maternidad, y que se convierten en punto de particular interés de este artículo como quiera que en el fondo son el supuesto fáctico que fundamenta, y ha fundamentado, las definiciones jurídicas más generales sobre el particular. (...) La fecundación humana es entendida como el “fenómeno en virtud del cual se fusionan los gametos masculino y femenino, tiene lugar en la región de la ampolla de la trompa uterina. Es esta la parte más ancha de la trompa y se halla

localizada próxima al ovario los espermatozoides y el ovocito se mantienen vivos en el tracto reproductor femenino durante 24 horas aproximadamente. Los espermatozoides pasan rápidamente de la vagina al útero y después a las Trompas de Falopio. Este ascenso es causado por contracciones de las capas musculares del útero y de la trompa. (Cardoso & Rodriguez)

Hay que tener presente que los espermatozoides, al ser depositados en el tracto genital femenino, son incapaces de fecundar al ovocito y deben experimentar un cambio, a) el de capacitación y b) la reacción acrosómica”. (...) La gestación, que es el otro elemento básico para la comprensión jurídica de la maternidad, clínicamente inicia desde el mismo momento de la fecundación, y es considerada como ese “proceso de crecimiento y desarrollo fetal intrauterino (...) tiene una duración de 280 días, aproximadamente, 40 semanas”. (...) El parto, sobre el cual se sustenta la presunción de la maternidad desde las mismas instituciones jurídicas romanas, es definido como “el proceso fisiológico virtud de la cual (sic) son expulsados a través del conducto genital al exterior, un feto viable y los anexos ovulares. Este proceso se caracteriza por una frecuencia, intensidad y duración progresivamente creciente de las contracciones uterinas, acompañadas de un avance en el borramiento y dilatación cervical y de descenso fetal a través del canal del parto”. (...) En la mayoría de los casos cuando se acude a las técnicas de reproducción humana asistida y como consecuencia se puede estar ante una eventual situación de maternidad subrogada por alquiler de vientre, es porque se trata de una pareja, en la que alguno o ambos tienen un problema de esterilidad, es decir lo que científicamente se conoce como “la incapacidad de concebir tras 12 meses de relaciones sexuales sin protección”; las causas principalmente están dadas por “amenorrea/disfunción ovulatoria; defecto tubárico y endometriosis” (Cardoso & Rodriguez p. 15-18).

Para Medina G. (1997) “La maternidad por sustitución o subrogada se puede dar de dos formas: la primera denominada “madre portante” una mujer acepta realizar llevar adelante el embarazo de un embrión conformado por gametos de una pareja estéril en este caso hay una madre genética y otra gestante. La segunda llamada “madre gestante” una mujer acepta ser inseminada con semen del marido o pareja estable de una mujer que no puede concebir. En este caso la madre portadora y genética coinciden”. (p.1). En ese mismo sentido, se da la posibilidad que de la gestación en madre sustituta comprenda dos hipótesis, tal como lo menciona Arambura A. (2008): “a) Subrogación de vientre: gestación en vientre de otra mujer de óvulo de la esposa fecundado por espermatozoides de su marido. b) Aportación de vientre y óvulo con semen del marido, quien con su esposa hacen el “encargo””. (p.9).

La maternidad subrogada es una respuesta de la ciencia médica y biológica al problema de la infertilidad, en donde, como ya se ha explicado, se posibilita la realización como padres de los seres humanos que por causas físicas o psicológicas no pueden procrear. Rodríguez-Yong, C.A. & Martínez-Muñoz K.X. (2012) manifiestan que “La búsqueda de soluciones médicas al problema de infertilidad de hombres y mujeres representa uno de los campos donde se han presentado grandes avances, siendo uno de ellos los tratamientos de reproducción asistida. (...) Desde este contexto, emergió la figura de la subrogación, la cual puede dividirse en tradicional y gestacional. La primera se presenta cuando una mujer acepta quedar embarazada con el espermatozoide del hombre casado, y luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé fruto de ese procedimiento, se entiende que los padres del recién nacido son el hombre y su esposa. Por su parte, la subrogación gestacional existe cuando el espermatozoide del hombre casado se integra con el ovocito o huevo de su esposa, y el embrión que resulta de dicho procedimiento se implanta posteriormente en el útero de la otra mujer” (p.60).

Así mismo, se practica la maternidad subrogada por otras circunstancias como lo exponen los mismos autores Rodríguez-Yong, C.A. & Martínez-Muñoz K.X. (2012) “ (...), las parejas que han decidido tener un hijo mediante la figura de la maternidad subrogada han tenido como motivaciones principales la infertilidad de la pareja, el tiempo y los costos inherentes a un proceso de adopción, la existencia de una anomalía genética en la esposa que puede ser transmitida al bebé y la decisión de la mujer, por razones de conveniencia y sin que exista razón médica, de no tener un hijo por ella misma” (p.61,62). A su turno, Souto B. (2005), manifiesta que “– La subrogación equivaldría a una opción destinada a aliviar la carga de la esterilidad (para supuestos, por ejemplo, en que una mujer padece una grave enfermedad de la pelvis o no tiene útero). – Las madres gestantes tienen derechos a servirse de sus propios cuerpos y de acuerdo a su libre albedrío. – Si el acuerdo es voluntario, no cabe hablar en absoluto de explotación. – Respecto de la cuestión del vínculo con el hijo, se sostiene que como en realidad, se conoce muy poco acerca del alcance del este vínculo cuando el niño se encuentra en el útero, no deben exagerarse la pretensión en ese terreno (...).” (p.279)

En este mismo propósito, Vilar S. (2014) en la introducción de su obra, establece que “En base a estudios epidemiológicos efectuados en países occidentales, la esterilidad afecta al quince por cien de la población en edad reproductiva, es decir a una de cada seis parejas, experimentando una evolución creciente. Ello se debe, entre otros motivos, a que cada vez se decide acceder a la paternidad a una edad más avanzada, lo que influye directamente en la capacidad reproductiva tanto de hombre como mujeres, puesto que el retraso de la maternidad hace que aumenten las dificultades para concebir (...) Dichas personas, ante su imposibilidad natural de gestar, y tras seguir todo tipo de costosos y en ocasiones, ineficaces tratamientos para tratar de tener un hijo, consideran como una de las últimas opciones para alcanzar su sueño, el

acceso a la gestación por sustitución, también conocida como vientres en alquiler, maternidad subrogada, paternidad subrogada, madres o úteros en alquiler, etc., la cual consiste en el encargo realizado por una persona o una pareja a una mujer que, gratuitamente o a cambio de contraprestación económica, se compromete a gestar en su vientre al futuro hijo de aquellos, que les será entregado una vez se produzca el alumbramiento, renunciando la gestante a todo derecho que pudiera ostentar sobre el menor” (p.899).

La maternidad subrogada es viable en principio, si se determina la autonomía y consentimiento de la mujer como madre gestante y de la mano con la evolución científica, el discurso de la concepción cambia de la procreación tradicional, a lo asistido por la ciencia, lo cual responde a los avances de la sociedad, su ubicación en los desarrollos biológicos y médicos y forma en la que se cavila con relación a la reproducción. Por esa razón, el contexto en el que se ubique la maternidad subrogada, se corresponder también a una adopción legal conforme a los elementos de existencia y validez con relación a la subrogación en la gestación. Con esto se debe entender que la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, tiene unos componentes éticos y sociales, que por contener un objeto artificialmente inválido que atenta contra las buenas costumbres y el orden público, se revela como moralmente imposible lo cual degenera en la indeterminación de los elementos de existencia y validez en su desarrollo como práctica; por tal razón es factible que el negocio jurídico esté enmarcado a la luz del derecho de familia, en un pacto expreso como lo señala Vilar S. (2014) “Sería conveniente que el acuerdo se formalizara por escrito, con todos los requisitos y condiciones a que se somete la relación contractual, y si se suscribiese en documento público, el federatario podría comprobar la capacidad de obrar de las partes y la prestación voluntaria del consentimiento, sin mediar coacción ni violencia, extremo fundamental a la hora de proteger a la madre gestante frente a posibles abusos. Los respectivos

derechos y obligaciones de los firmantes dependerán de la legislación del país en el que se otorgue el convenio, ante cuya jurisdicción deberá acudir en el caso de que su clausulado se incumpla por cualquiera de ellos.” (p. 901).

Así mismo como lo exponen Calvo A. & Carrascosa J. (2015) la gestación por sustitución constituye una técnica de reproducción humana asistida que suscita encontrados y enconados debates éticos, morales, médicos, filosóficos, económicos y jurídicos. “Esta técnica no sólo plantea interrogantes jurídicos en sí misma, sino que cuestiona, indica G. Cassano, el verdadero concepto de “familia” desde el punto de vista social, moral y legal. No se trata de un conjunto nuevo de problemas, pues ya desde hace décadas estos casos eran conocidos. Y también ya desde hace años la doctrina ha reflexionado sobre los aspectos legales de la gestación por sustitución.” (p.46)

Dadas las condiciones que anteceden, es válido afirmar que la maternidad subrogada existe sin estar regulada en Colombia como una práctica social mediante el cual una mujer acepta sustituir en la gestación a otra, utilizando la inseminación natural o artificial, para luego de que ocurra el nacimiento del bebé entregarlo a la pareja solicitante, frecuentemente a cambio de una suma de dinero y la renuncia a los derechos parentales o de custodia. Camacho, J (2001) señala las causas que dan origen a la maternidad subrogada, y entre esas encontramos: “1. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación. (...) 2. Cuando el óvulo de la mujer no es válido para la fecundación y a través del ovo donación, solicita a otra mujer que muchas veces es la misma donante, que gesticule para que dé a luz a un niño. (...) 3. En otras ocasiones, la mujer contratante desea tener un hijo, pero no quiere quedarse embarazada. (...) 4. Cuando la mujer ha fallecido y deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el espermatozoide de su marido mediante una FIV. (...)”. (Camacho, 2001)

Lo anterior evidencia que la importancia de la autonomía de la voluntad, la cual desde la postura de Valencia A. & Ortiz A. (2011), “debe fundarse en una declaración de voluntad, encaminada a producir efectos jurídicos que el sistema jurídico reconoce como apta para generarlos”. (p.544). Sobre la declaración de voluntad en particular, Ospina G. y Ospina E. (2015) manifiestan que “la voluntad que interviene en la formación de un acto jurídico, se puede definir como la autodeterminación de uno o más agentes a la celebración de dicho acto. (...) En todo caso, la voluntad real del agente o agentes constituye la sustancia misma del acto jurídico y es en Colombia un requisito legal de este, que no puede ser sustituido por ningún otro elemento distinto, ni siquiera por la declaración material de dicha voluntad (...)”. (p. 98,99), estos planteamientos son apoyados también por (Barcia, 2006) quien se refiere a la concepción voluntarista tradicional del acto jurídico afirmando que "la doctrina civil tradicional o clásica sustenta la teoría general del contrato en el principio de la autonomía de la voluntad, el cual descansa en la siguiente idea matriz: la voluntad, que se basta a sí misma y que no es contraria al ordenamiento jurídico, da lugar a la autonomía de la voluntad como fuente de los derechos personales que emanan de los contratos" (p.164.). Y al momento de presentarse divergencias entre los actores, lo prudente será acudir a la teoría de ponderación de derechos, la cual es explicada por de Brown W. & Williams P. (2007) cuando afirman que “Los llamados test de ponderación de los intereses en conflicto pueden resolver el problema del contenido de los derechos, pero estos serán tan indeterminados como se indican en los derechos. (p.431).

En el mismo orden de ideas y revisadas las disposiciones normativas y jurisprudenciales del ordenamiento jurídico colombiano, se puede extraer que, como punto de partida para el tema de la maternidad subrogada, el artículo 42 constitucional es el que legitima su práctica, y sobre la jurisprudencia salvo lo mencionado en la Sentencia T-968 de 2009, que reconoce que el

problema de la maternidad subrogada no está regulado pero tampoco está prohibida su práctica, no existen pronunciamientos que resuelvan la viabilidad en condiciones jurídicas óptimas.

Expuesto lo anterior, se evidencia una necesidad de corresponder desde lo jurídico a esta práctica, con el objetivo de ver reflejado los grandes avances de la ciencia en nuestro ordenamiento; corresponder a los anhelos de quienes configuran el concepto de familia con un hijo, la responsabilidad de la sociedad y los intervinientes para con la mujer que, siendo fuente de vida, acepta la implantación de material genético en su vientre y sin ser menos importante, la determinación desde lo legal, del menor, fruto de la práctica al cual se le debe máxima protección sin ningún tipo de discriminación en cuanto a su forma de procreación.

1. Capítulo 1. Origen de la maternidad subrogada.

1.1 Antecedentes históricos.

Antecedentes históricos denotan que, desde el inicio de la humanidad visto desde la corriente religiosa - católica, la subrogación de la maternidad ha estado presente y ha permanecido en el tiempo, con un elemento diferencial a los tiempos modernos, puesto que las técnicas de reproducción asistida son propias de la era contemporánea; eso se traduce en que no hubo extracción de material genético, pero sí entrega del nacido a sus encargantes.

1.1.1 La maternidad subrogada desde la Biblia y las primeras civilizaciones.

La maternidad subrogada es una figura que ha estado presente desde tiempos antiguos, dado que el anhelo del hombre de procrear y tener vástagos herederos es casi un deseo intrínseco a la esencia de la humanidad, así pues, la primera madre subrogada conocida en la historia, es Saraí esposa Abraham, que de acuerdo con el antiguo testamento de la Biblia, (Génesis 16); Saraí era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo, de acuerdo al texto bíblico Saraí dijo a Abraham “ya que el señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos” y Abraham accedió al deseo de Saraí. “En 1910 A.C. Agar esclava de Saraí dio a luz un hijo que recibió el nombre de Ismael, Saraí le sentó en sus rodillas como si fuera un hijo propio, este fue el primer niño nacido por medio de la gestión subrogada tradicional” (S.a, 2010). (Sagrada Biblia)

La segunda referencia histórica sobre este tema, se traslada a la Mesopotámica Sumeria, a mediados del siglo XVIII A.C. el código del rey Hammurabi (1792 -1750) creado en 1780 a.C. disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines

de procreación, sin que este pudiera buscarse a otra concubina a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón.

El código de Hammurabi establece la siguiente regulación para la maternidad subrogada tradicional:

“Ley 144. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y ésta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más. Ley 145. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar otra mujer, tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa estéril.

Ley 146. Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas.

Ley 147. Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata” (S.a, 2010) (Código de Hammurabi)

Dentro de los relatos antiguos se identifican muchos casos sobre madres de alquiler, sin embargo, no se encuentran nombres específicos. Para el caso la investigación arroja que la segunda madre subrogada fue Bilhá, sierva de la bella Raquel, la segunda esposa de Jacob, nieto de Abraham, que le dio dos hijos, Dan y Neftalí. El propio Jacob tenía entonces 85 años. ...” Pero Jacob, indignado, le respondió: “¿Acaso yo puedo hacer las veces de Dios, que te impide ser madre?”. Ella añadió: “Aquí tienes a mi esclava Bilhá. Únete a ella, y que dé a luz sobre mis rodillas. Por medio de ella, también yo voy a tener hijos”. Así le dio por mujer a su esclava Bilhá. Jacob se unió a ella y cuando Bilhá concibió y dio un hijo a Jacob. Raquel dijo: “Dios me hizo justicia: él escuchó mi voz y me ha dado un hijo”. (Sagrada Biblia)

En estos relatos se encuentra a Zilpá, la sierva de Lía, la primera y no querida esposa de Jacob, quien, tratando de conquistar el amor de Jacob, dio a luz cuatro hijos. Al poco tiempo perdió temporalmente la capacidad de concebir y Zilpá dio a Jacob dos hijos, Gad y Aser. Luego Lía se recuperó y Jacob tuvo con ella dos hijos más, Isacar y Zabulón, así como la hija Dina. (Sagrada Biblia)

En la Sagrada Escritura se trata de la llamada maternidad subrogada tradicional, cuando debido a la falta de las técnicas de reproducción avanzadas la gente se veía obligada a recurrir a la fecundación natural de la donante que a la vez era madre de alquiler.

La maternidad subrogada fue una práctica frecuente en las antiguas civilizaciones como Egipto, Grecia, Roma. En Egipto se tiene conocimiento que el linaje de los faraones debía ser conservado sin embargo no podía mezclarse con cualquier otro linaje y la premisa instauraba una relación incestuosa con alguno de sus parientes cercanos. Sin embargo, esta práctica devenía en hijos débiles de salud, por lo que los faraones se veían en la necesidad de entablar relación con alguna de sus criadas. Así se encuentra el caso de Amemhotep I, el faraón del Reino Nuevo que gobernó en el siglo XVI a. C., no tenía un heredero y tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al futuro gran faraón Tutmosis I. Aunque los nacidos de concubinas se consideraban hijos del faraón, se veían menoscabados en sus derechos y sólo podían pretender al trono a falta de herederos más legítimos. (Medina, 2014)

De igual forma Plutarco describe el caso de Deyotaro, Rey de Galacia, una región que se encontraba situada en la parte central de Asia menor y su esposa estéril Estratonica, que personalmente seleccionó entre las prisioneras a la bella Electra para su marido y crió a los niños frutos de esta relación como a sus propios hijos. (Canseco; 1981, p. 23).

Así mismo en la India según Tales en 599 a.C. existió una transferencia embrionaria del cual nació el tirthancar y ultimo Buda janista, Mahavirá, en sánscrito Gran Héroe, había sido predestinados a ser grande y nacer en una familia aristocrática perteneciente a la casta chatria referida al linaje de los guerreros, la única que generaban personajes grandes, pero Mahavira decidió reescribir su destino naciendo en la casta brahmán del linaje de los sacerdotes, denotando de esta manera que el termino de subrogación ha sido descrito desde hace mucho tiempo

Según la historia el Buda Janista cambio su karma en la vida anterior, a su nuevo nacimiento y se reencarnó en un feto en el seno de la Brahmán Deyananda, una vez que los dioses se enteraron de ello, quedó embarazada Trisala, la esposa de un chatria al día 82 de la gestación cuando ambas mujeres dormían abrazadas a sus maridos, los dioses les intercambiaron los fetos, esta vez Mahavira no tuvo otro remedio que nacer en la casta chatría que le había sido predestinada por los dioses, así pues, Devananda y Trisala que dieron a luz el mismo día, llegaron a ser las primeras madres subrogadas en el sentido moderno de la palabra (S.a, 2010).

Si observamos detenidamente la corriente religioso – católico, se evidencia que; siempre predomina el deseo de concebir, y no se hace una distinción entre los hijos aunque sean paridos por mujeres distintas; el rol de la mujer dividido en dos momentos configura una subrogación puesto que la que desea ser madre y no puede manifiesta tener un problema físico para embarazarse y por eso acude a alguna de sus siervas; y las criaturas nacidas de dicha práctica adquirieron la filiación de la madre encargante y el linaje de su padre. Los tiempos modernos, explican la subrogación en la maternidad desde la ciencia y emplea otros elementos que explican el porqué se puede realizar la práctica con distintos elementos que de distintas formas la configurarían.

1.1.2 La maternidad subrogada desde la Biomedicina y la Bioética.

La procreación del ser humano antes de los avances científicos involucraba únicamente a dos personas hombre y mujer; las técnicas de procreación asistida en la actualidad permite que se conviertan en tres, es decir el hombre, la mujer y el equipo médico sin embargo, con la maternidad sustituida se establecen cuatro intervinientes en la práctica: el solicitante, que puede ser una pareja heterosexual u homosexual, un solo hombre o una sola mujer; el material genético donado por un hombre o una mujer; la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestión y el equipo médico.

En lo que se refiere a la maternidad subrogada como tal, este término fue acuñado por Noel Keane, un abogado de Michigan, que en 1976 abrió la primera agencia de alquiler de vientres. Al principio sólo ofrecía programas de maternidad subrogada tradicional, utilizando un óvulo de la madre de alquiler fecundando con el semen del padre biológico. Debido a los esfuerzos del enérgico abogado, para el año 1988 nacieron 302 niños. El primer abogado coordinador de maternidad subrogada tradicional en Estados Unidos y en el mundo fue realizado en 1980 en Louisville con asistencia de la compañía Surrogate Parenting Associates, Inc. constituida un año antes por el Dr. Richard M Levin.

El proceso de pruebas médicas y coordinación de la documentación legal, previa al comienzo del programa, tardó nueve largos meses, pero en embarazo fue conseguido en el primer intento y terminó con el nacimiento de un niño sano. Desde entonces Surrogate Parenting Associates, Inc., ha contribuido al nacimiento de más de 500 niños, mientras que el propio Dr. Levin ha llegado a ser una persona mediática, al igual que el abogado Keane. (S.a, 2011: online) El término “maternidad subrogada” fue acuñado por Noel Keane en 1981, quien representada a Deamon

Michigan quien fue el primer hombre que recluto mujeres criadoras para atender la solicitud de parejas infértiles. (S.a, 2011: online)

A través de esta figura una mujer presta su útero a fin de sustituir la matriz para gestar el embrión genético de otra mujer, esta subrogación puede motivarse por intereses de índole económico o altruista, motivo por el cual el pacto podría formalizarse a través de un acuerdo contractual.

1.1.2.1 La Biomedicina en la subrogación

La maternidad subrogada supone un largo proceso que implica a varias personas y requiere varios tipos de procedimientos: la obtención de los gametos: óvulos y espermatozoides, la producción de los embriones mediante FIV, y su transferencia al útero de la mujer contratada para la gestación. En cada una de estas fases, que pueden afectar a distintas personas existen problemas de diferente índole que han de tenerse en cuenta y que exigen el obligado “consentimiento informado” y la libre aceptación por parte de todas las personas implicadas. En primer lugar, la madre genética, que es la que aporta el/los óvulos/s necesario/s para la FIV, -que podría ser la comitente, la gestante o una donante ajena al contrato de la maternidad subrogada-, debe conocer los posibles riesgos que conlleva el procedimiento de estimulación ovárica. (Jouve, 2017) Se trata de crear un ambiente hormonal que estimule el desarrollo celular múltiple a nivel folicular de forma sincrónica hasta el estado de madurez, con el fin de producir la ovulación y provocar la liberación de uno o más óvulos en un ciclo estimulado farmacológicamente. Para ello, existen diferentes tipos de tratamiento y cierta discusión sobre los protocolos y dosis de su administración. La estimulación ovárica es un tratamiento agresivo para la fisiología femenina ya que fuerza un tipo de ovulación múltiple contra natura, con el fin de obtener en un ciclo el mayor

número de óvulos para su uso posterior en la FIV. El método habitual consiste en un tratamiento con gonadotropina coriónica humana (hCG) para activar la ovulación. La mayoría de los centros en los que se practica la reproducción asistida llevan a cabo este tratamiento hormonal con el fin de lograr la estimulación ovárica y la producción de múltiples folículos que faciliten la aspiración folicular.

La administración de la hCG para ayudar a activar la ovulación puede inducir el llamado “síndrome de hiperestimulación ovárica” (OHSS) que puede tener menor o mayor gravedad y puede llegar a afectar al 10% de las mujeres que donan sus óvulos. El OHSS es una complicación iatrogénica de la tecnología de reproducción asistida que se caracteriza por el agrandamiento quístico de los ovarios y una expulsión de fluido del espacio intravascular debido a un aumento de la permeabilidad capilar y una neo angiogénesis ovárica. Su impacto en la salud general de la mujer así tratada puede ser muy perjudicial y en ocasiones se han producido alteraciones muy graves. La relación entre la hCG y el OHSS se piensa que es debida a la producción de una molécula angiogénica, un factor de crecimiento vascular endotelial (VEGF). Se estima entre 3 y 6% la incidencia de un OHSS moderado, mientras que la forma severa puede ocurrir en 0.1-3% de todos los ciclos. (DeLa-Barreda, 2017)

En un estudio sobre la aplicación de la maternidad subrogada a personas homosexuales y transexuales se señala que, aunque estas personas no deben ser discriminadas respecto a la aplicación de esta tecnología por su orientación sexual, sí constituye un motivo de preocupación los posibles efectos negativos para el desarrollo psicológico de los niños. (Vaca M. , 2018)

Durante el embarazo se establece una relación íntima y de simbiosis entre el bebé y la madre gestante que quedará interrumpida tras el nacimiento. La dependencia tiene su reflejo en la fisiología del cerebro de la madre durante el embarazo en íntima relación con los patrones de

desarrollo del niño. De acuerdo con estudios sobre la fisiología del cerebro materno (Cardoso & Rodriguez), durante un embarazo se produce una adaptación múltiple de la fisiología de la madre para optimizar el crecimiento y el desarrollo fetal, con el fin de proteger al feto, preparar el parto y asegurar un cuidado maternal adecuado después del parto. Muchas de estas adaptaciones son organizadas por el cerebro de la madre mediante cambios en el sistema neuroendocrino, bajo la influencia de las hormonas del embarazo. Se ha demostrado que hay una sincronía que coordina los patrones de cuidado maternal, mediado por la presencia de la oxitocina y otros neuropéptidos que influyen en el estado de stress y tensión psicológica de la madre, como respuesta a las señales procedentes del feto durante el embarazo¹⁵. (Jouve, 2017)

También se han demostrado efectos sobre los patrones de vínculo de la madre con el hijo a través de la detección de estímulos, mediante electroencefalogramas en madres de 3 a 6 meses de embarazo, que evidencian la especial sensibilidad hacia el hijo que gestan. Además, existe evidencia de que células troncales procedentes del feto pasan a la sangre circulante durante el embarazo y llegan a instalarse en diferentes tejidos maternos, contribuyendo incluso a la reparación de algún daño. (Jouve, 2017)

Por poner un ejemplo, estudios con ratones han demostrado que cuando la madre sufre un problema vascular durante el embarazo, como un infarto miocárdico, el feto proporciona células troncales para la regeneración del tejido fino cardíaco dañado. El hijo protege a su madre a cambio de que la madre le dé cobijo y contribuya a alimentarle y a completar su desarrollo durante el embarazo. Pero, además, las células madre del feto van a quedar dispersas por el organismo de su madre a lo largo de su vida, como un recuerdo del embarazo y un seguro para su propia salud. Esto unido a los efectos sobre el desarrollo del cerebro refuerza la afirmación de la relación psicológica imborrable que se establece entre la madre gestante y el niño. (Jouve, 2017)

1.1.2.2 La Bioética como respuesta a la filiación

La maternidad subrogada es un proceso claramente atípico, en este procedimiento el embarazo se lleva a cabo en un útero diferente a la de la madre, por ende, es alimentado con sangre distinta al de su progenitora, sin embargo, al momento de realizar los exámenes genético al hijo gestado a través de este contrato, la muestra arroja como resultado de forma irrefutable que los padres biológicos (son los que aportan el espermatozoide y óvulo) son quienes aportaron los gametos. Debido a que es un pacto atípico que involucra aspectos tan esenciales como la filiación de un individuo, alrededor de la maternidad subrogada han surgido distintas posiciones y cuestionamientos.

Al respecto de la maternidad el Bioetista jesuita Francese Abel el cual sostiene “la donación genética del blastocito y la del medio materno son factores, ambos igualmente necesarios y cada uno de ellos separados insipientes para la existencia del ser humano” (S.a, 2011: online).

La realidad es bien distinta y cuando se habla de maternidad subrogada no se puede perder de vista la dignidad de la madre gestante, ni tampoco al más vulnerable de los sujetos implicados en este asunto, que es el niño, cuyo destino puede ser incierto por la inseguridad que generan por una parte los contratos y por otra el anonimato de su procedencia genética. Lo cierto es que el hijo que se gesta de esta manera se convierte en un objeto comercial que sufrirá las consecuencias en el caso relativamente frecuente de un desacuerdo o una ruptura del contrato de subrogación. (DeLa-Barreda 2017).

El primero lo cita Susanna Sommer en su libro “Genética, clonación y Bioética”. Se trata de Jaycee Louise Buzzanca, una niña nacida en EE.UU. en 1995 fruto de una gestación subrogada tras reproducción asistida a partir de un embrión de padres genéticos diferentes a los comitentes

y sin relación genética con la madre gestante. La niña nació después de que los padres contratantes se separaran y la madre gestante pidió la custodia de la niña, pero luego se arrepintió. Al final, la niña fue declarada huérfana por un juez. Se da la paradoja de que una niña que había tenido cinco padres, los comitentes, la madre gestante y los padres genéticos del embrión implantado, resultó ser declarada huérfana. (DeLa-Barreda 2017).

El segundo caso es el de Gammy, un niño nacido en el verano de 2014 que fue gestado por una mujer tailandesa casada y necesitada de recursos económicos, Pattaramon Chanbua. Esta mujer había sido contratada por una pareja australiana como madre de alquiler y se quedó embarazada de gemelos, de los que, tras realizar las pruebas de diagnóstico genético prenatal, a uno se le diagnosticó un Síndrome de Down. La pareja comitente pidió a la madre gestante que abortara a este bebé, pero la madre se negó. Finalmente, nacieron los dos niños y los comitentes australianos se llevaron solo al niño sano. Pattaramon, como una prueba más de los vínculos afectivos de la madre gestante hacia su hijo, se quedó con Gammy, el niño con Síndrome de Down. Gammy es ahora, en palabras de su madre un niño sociable, amable y muy querido por todos, un niño normal que necesita amor como todas las personas humanas. (DeLa-Barreda 2017).

Casos como el de Jaycee y Gammy demuestran que en la tecnología de la maternidad subrogada muchas veces interesa menos el niño que la satisfacción del deseo de quienes lo encargan. En estos y muchos otros casos, el niño es tratado simplemente como un producto comercial o una mercancía que debe cumplir unos estándares de calidad y que a veces, incluso cumpliéndolos es objeto de devolución. (DeLa-Barreda 2017).

En una reciente revisión publicada en *Human Reproduction*, que recoge información de 1795 artículos sobre datos de carácter biomédico de la maternidad subrogada, se señala entre sus conclusiones que a la edad de 10 años no había diferencias psicológicas importantes en los niños procedentes de la maternidad subrogada con respecto a los procedentes de FIVET o concepción natural. (DeLa-Barreda 2017).

La donación del material genético de manera total o parcial, constituye de cara al menor, un impedimento para determinar y conocer su identidad genética lo cual constituye una fuente de conflictos pues muchos niños cuando llegan a adultos desean conocer su verdadero origen genético y esto solo sería posible en el caso de que un juez lo dictamine, por las razones de derecho que lo justifiquen, y siempre que se disponga de muestras de ADN de las posibles personas implicadas. Sin duda, la casuística a la que se podría aplicar las pruebas de ADN, en caso de que no haya habido donación anónima, es más extensa y prolija que en las pruebas de paternidad habituales al estar implicadas más personas. En algunos casos sería imposible cuando no hay registro ni hay trazabilidad que permita conocer los donantes de los gametos o la procedencia de los embriones. En otros habría que determinar cuál de dos padres es el donante del espermatozoide que fecundó el óvulo, sí, como ocurre en algunos casos descritos de maternidad subrogada por encargo de una pareja de gays se mezclaron las muestras de semen, etc. Todo un mundo de problemas añadidos al ya complicado panorama derivado de las nuevas tecnologías de la Biología y la Medicina aplicadas al nuevo marco social de dominio sobre la naturaleza humana en el aspecto sexual y reproductivo. (DeLa-Barreda 2017).

1.2 Causas que dan origen a la práctica y clases de maternidad subrogada

1.2.1 Causas

La maternidad subrogada como se conoce hoy se originó como una consecuencia de las técnicas de producción asistida, de acuerdo con Arrubla (2008):

“La mecánica de las técnicas de reproducción asistida ha dado origen a múltiples controversias en diversos ámbitos. Si bien es cierto que tiene por objeto permitir que las personas que no pueden tener hijos propios puedan tenerlos, también es cierto que crea serias controversias. De las más importantes han sido los conflictos sociales, éticos, psicológicos, religiosos y jurídicos, que diferentes casos han mostrado, tanto en el ámbito internacional como nacional.” (Arrubla, 2008)

En ocasión a las técnicas de reproducción asistida, que como se dijo, es base para la realización de la práctica en la actualidad, vemos que el primer intento de inseminación artificial fue realizado en 1790 por el cirujano escocés Jon Hunter quien recogió en una jeringa caliente semen de un comerciante quien sufría de hipostasia y lo inyectó en la vagina de su mujer, el experimento resultó el nacimiento de un niño sano. En 1978 nació Louise Brown primera bebé probeta, proceso que se fue perfeccionando con el paso del tiempo. (Gargallo, 1993)

Lo que denota que aunque las causas que lleven al ejercicio de la subrogación pueden ser múltiples, la ciencia médica responde a su realización cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación; cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sí sirve para la fecundación; cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que geste para que dé a luz un bebé; cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio; cuando la mujer ha muerto y antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el espermatozoide de su marido mediante una fecundación In Vitro, cuando

una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer artificialmente a una mujer con esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

(Sánchez, 2008 p. 34)

Se puede afirmar entonces que las actualidades son diversas las causas por las cuales tanto mujeres como hombres acuden a esta figura para poder cumplir sus expectativas de ser padres, no obstante, es necesario tener en cuenta la variedad de temas transversales a esta práctica tanto sociales, económicos, médicos y jurídicos.

1.2.2 Clases de gestación subrogada

Es importante tener información de las formas en las que se puede llevar a cabo la gestación subrogada ya que estas son múltiples y se pueden clasificar atendiendo a los siguientes criterios:

- La finalidad con la que actúa la gestante, puede ser altruista o lucrativa. En el primer caso, la mujer no percibe retribución por su servicio. Únicamente podría percibir alguna compensación por los gastos o la pérdida de ingresos que le ocasione la gestación. En el segundo, la gestante presta un servicio a cambio de una retribución.
- La existencia o no de vínculo afectivo o familiar entre gestante y los comitentes. Si existe vínculo familiar, puede ser tanto una madre, hermana o hija, como una tía, prima o sobrina. En estos casos, el niño tendría un doble vínculo con la gestante: el derivado de la gestación y el de la filiación legal. Así, por ejemplo, si una madre gesta para su hijo, el niño resultante sería legalmente nieto de la gestante, pero “hijo” en cuanto a la gestación. Cuando no existe el vínculo familiar o afectivo, la gestante puede ser una mujer cualquiera. Algunos autores han ido más allá sugiriendo que las gestaciones subrogadas sean llevadas a cabo por mujeres dedicadas profesionalmente a ese menester.

- Las condiciones de la entrega del niño. Se puede acordar que la gestante no renuncia a la maternidad antes del parto y tiene libertad, en los días siguientes, para decidir si finalmente entrega el niño que ha parido a los comitentes o se lo queda ella. Pero también se puede establecer la renuncia de la gestante a la maternidad antes del nacimiento y que, en consecuencia, el niño será entregado a los comitentes tras el parto. Cuando se trata de una gestación retribuida es prácticamente imposible que los términos del contrato reconozcan la libertad de la gestante para decidir, tras el parto, si renuncia o no a la maternidad. Lo habitual, en esos casos, es la renuncia desde antes del parto y que, si la gestante no cumple, incurra en responsabilidad.
- El origen de la dotación genética del niño. El óvulo puede proceder de la madre gestacional, de la comitente o de una tercera, que lo haya donado o que lo haya vendido. El esperma, a su vez, puede proceder del comitente o de un tercero, en las mismas condiciones que el óvulo (donación o compraventa). Las combinaciones posibles son seis. Así el hijo puede tener como “padres genéticos”: al varón y a la mujer comitentes de la gestación subrogada; al comitente y a la mujer gestante; al comitente y a una donante del óvulo; a un donante de esperma y a la comitente; a un donante de esperma y a la mujer gestante; y a un donante de esperma y a una donante de óvulo. Cada una de estas combinaciones puede estar motivada por distintas razones y repercutirá de manera distinta en el hijo en función, sobre todo, de que se establezca o no el anonimato sobre los donantes de los gametos. Obviamente, en el momento en que se puedan crear y utilizar gametos inducidos a partir de reprogramación celular (obtenidos “artificialmente”) para la reproducción, se incrementarán las posibles combinaciones de la carga genética de los niños.

- El tipo de padres legales que tendrá el hijo. Puede ser una pareja heterosexual, una pareja homosexual de varones o mujeres, una mujer o un varón solo, más de dos personas en modalidades diversas (poliginia, poliandria o poliamor), o incluso una persona jurídica.
- La causa de la gestación subrogada. Puede ser una razón médica, como la incapacidad de una mujer para gestar; una imposibilidad biológica, cuando la pareja carece de un útero (fundamentalmente parejas de varones), o cuando es un varón solo quien desea ser padre; o una razón profesional, social o personal (por ejemplo, cuando la mujer no quiere gestar por los inconvenientes que tendría para su vida profesional, o porque tiene miedo o disgusto por la gestación).
- La localización geográfica de los comitentes y la gestante. Pueden ser del mismo país, e incluso estar próximos y tener un contacto continuado durante la gestación y después del parto. Pero también pueden ser de países distintos, de modo que la gestante lleva a término su embarazo y da a luz en un país que no es el de los comitentes. En estos casos, cabe presumir que no existía relación previa entre ambas partes y que tampoco se mantendrá una vez se haya producido la entrega del niño.
- El nivel de conocimiento y libertad de la gestante. Aunque se suele dar por supuesto que la gestante es una mujer que consiente con plena libertad y conocimiento a la realización de ese servicio, no siempre es así. Más bien hay que aceptar que circunstancias de todo tipo, entre las que indudablemente ocupan un lugar preminente las escasas garantías jurídicas que pueden rodear a la gestación subrogada, determinan el nivel de conocimiento y libertad de la gestante en ese proceso.
- Las características de la relación jurídica entre comitentes y gestante. También aquí encontramos muy diversas variables. Pueden existir contratos minuciosos o genéricos. Lo

más frecuente, sobre todo cuando la maternidad subrogada es de carácter comercial, es que la relación entre gestante y comitente se lleve a cabo a través de un agente, que bien puede ser una empresa que ofrece el servicio reproductivo completo a los comitentes, un mediador que pone en contacto a los comitentes con la gestante o una agencia pública que realiza la intermediación o vela por el buen desarrollo de todo el proceso.

- La existencia o no de un marco legal que garantice la seguridad jurídica. Hay países que no han regulado específicamente esta materia, países que la han regulado pero que no son capaces de garantizar su cumplimiento con carácter general, y países en los que existe una normativa clara y que se cumple. Pero cuando se trata de subrogaciones internacionales, entran en juego regulaciones de dos países distintos, que no siempre están debidamente coordinadas y, en ese caso, generan graves situaciones de incertidumbre y desprotección jurídica para todas las partes implicadas, especialmente para los niños nacidos mediante esta práctica. (España, 2010)

1.3 ¿Subrogación altruista? Aspectos económicos y jurídicos.

1.3.1 Situación económica que rodea a la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada tiene varias causas por parte de las mujeres que van a llevar el niño en su vientre, entre las motivaciones más probables están el altruismo, el interés económico, o la reparación. Es muy importante conocer las razones que sustenta que una mujer participe en un proceso de subrogación ya que éstas afectaran a la seguridad del niño, a los padres que alquilan el útero, a la portadora e incluso, a la propia sociedad. “El punto de vista de la madre sustituta de su embarazo también constituye una interpretación de ella (social y moral) y de su relación con el feto y el niño” (López, 2017), con claras consecuencias en todo el proceso.

Anteriormente se trató el tema de la motivación de la mujer para afrontar este proceso sin desear tener hijos, así se tocó el tema del altruismo que se define como el deseo de ayudar a los demás desinteresadamente. Ciertos autores indican que para el altruismo se requiere de empatía. En este ámbito hay que plantear si el hecho de que haya una transacción económica en la subrogación relega al proceso de su carácter altruista.

Independientemente de ello, es llamativo observar cómo se ha ido afianzando la marca “altruista” en todo lo que respecta a la maternidad subrogada, obviando el hecho de la mediación económica. Se trata, sin duda, de una estrategia de mercado por parte de unos y un elemento para calmar conciencias por parte de otros. Por ejemplo, en un estudio realizado por Rudrappa y Collins (Citado por Lopez Guzmán, 2017), basado en entrevista a las partes implicadas en subrogación en la India, se evidencia que muchos de los entrevistados creen sinceramente que se han comportado de una manera altruista y que el dinero recibido no desvirtúa la motivación. No obstante, está claro que, en la mayoría de los casos, la pretendida “solidaridad gestacional” sirve para enmascarar un frío contrato de subrogación

Sin embargo, es importante analizar el interés económico que yace en esta práctica o ya tomada como un trabajo. Como en la mayoría de los trabajos se identifica la desesperación económica como la causa que motiva que una mujer sea portadora del hijo de otra pareja. Por ejemplo, el primer caso documentado de maternidad subrogada en la India fue el de una mujer que necesitaba el dinero para un tratamiento médico para su marido, a la mujer le pagaron \square 50.000. Goleman indica, en el año 1987, que los estudios habían encontrado que el factor económico era significativo para 9 de cada 10 mujeres que se ofrecían a portar un hijo de otra pareja. No obstante, como ya se hará referencia más adelante, en muchos casos se evita hacer alusión a cualquier aspecto económico relacionado con la maternidad subrogada. Desde distintos

sectores se intenta quitar la dureza del poder de la transacción económica enfocando a una realidad distinta. En concreto, el proceso es mostrado desde la perspectiva de que madres de alquiler y madres receptoras establecen una relación similar a la entrega de regalos entre personas de distintos países (López, 2017). Es decir, las madres de alquiler realizan su trabajo reproductivo como un regalo a las mujeres infértiles de Occidente con el fin de cumplir sus deseos de ser madres. Por su parte, los futuros padres describen sus transacciones económicas como una misión de rescate debido a que sus pagos, a las madres de alquiler, proporcionan el dinero en efectivo necesario para mejorar las escuelas, hogares y artículos de lujo. (López, 2017)

Otro factor que se señala como determinante para que algunas mujeres se ofrezcan a la maternidad subrogada es el de reparación por algún acontecimiento en su vida: el sentimiento de culpa por pérdida en embarazo, divorcio, muerte de un familiar, un aborto anterior, haber sido adoptada, algún vacío vital, etc. Sin embargo, no se encuentran estudios que ofrezcan una auténtica evidencia de que la reparación sea la causa principal, o al menos de suficiente importancia como para ser tenida en consideración, que sustente la decisión de una mujer para ceder su útero con el fin de permitir el desarrollo del hijo de otra mujer. En este sentido, se ha señalado que la propuesta del factor reparativo es más bien una estrategia de los sectores implicados económica o técnicamente para ofrecer una visión del proceso más aceptable moralmente. Por ejemplo, Baker indica, en referencia al informe de la Comisión Real de Canadá sobre Nuevas Tecnologías que condenó la transacción económica, que el altruismo y la reparación son admitidos porque pueden ser vistos como procesos que otorgan un beneficio o servicio a otra persona. Esas dos motivaciones se presentarían como manifestación de benevolencia que propicia una relación entre los sustitutos y los futuros padres “sociales”, favoreciendo la comprensión mutua y la recíproca interacción personal entre ellos. (López, 2017)

Un hecho que puede avalar que el argumento altruista o reparador ha sido sobrevalorado, con la intención de evitar la oposición a la maternidad subrogada por motivos morales, es que en la bibliografía se observa que ese razonamiento fue esgrimido en los años ochenta y noventa del pasado siglo, momento en el que se estaba abriendo paso la opción de contar madres de alquiler para las técnicas de reproducción artificial. El proceso comentado, y que tenía el objetivo de evitar la resistencia a la implantación de la maternidad subrogada, es equivalente al seguido en la década de 1940 con la inseminación artificial o en la de 1970 con la fecundación in vitro. (López, 2017)

En la actualidad no queda ninguna duda de que la maternidad por subrogación es un proceso comercial, que está respaldado por las leyes en algunos países. También se ha comentado que esta maternidad por subrogación es parte de la reproducción artificial que, cada vez con más intensidad, se está convirtiendo en un negocio con fines de ganancia, “un mercado lucrativo en el que las parejas ricas recorren el mundo en busca de una descendencia producto de la alta tecnología” (López, 2017).

Johnston señala que la utilización de madres de alquiler, en países en vías de desarrollo, se ha incrementado por ser un buen negocio donde las dos partes implicadas salen ganando (“a win-win arrangement”). Por una parte, las parejas occidentales pueden llegar a tener un hijo relacionado genéticamente con ellos y, por otra, las mujeres que alquilan sus úteros obtienen unos sustanciosos beneficios económicos. Por ejemplo, en el año 2008, una mujer de la India podía recibir unos 6.000 dólares (que equivale a su salario de varios años) y, en el año 2016, la cifra ya ascendía a 8.000 dólares. Mientras tanto, en los Estados Unidos de América, en 1987, una madre de alquiler podría cobrar unos 10.000 dólares más todos los gastos, mientras que, en el año 2016, la cifra ya había ascendido a los 20.000 dólares. Majumdar ofrece una visión más

negativa de ese “win-win arrangement” manteniendo que se trata de una explotación de las mujeres indias pobres por parejas-clientes extranjeras ricas, clínicas de fecundación in vitro, agentes sin escrúpulos, y un Estado indiferente al drama humano (que convierte a las mujeres en un objeto de consumo y al niño en una mercancía) y permisivo para favorecer los beneficios económicos. (López, 2017)

No obstante, la maternidad por subrogación no es un proceso tan beneficioso económicamente como se suele presentar en los medios de comunicación. En muchas ocasiones las madres reciben menos dinero del que se indica. Rudrappa y Collins mantienen que la mayoría de las 70 madres de alquiler que entrevistaron en Bangalore habían ganado 4.000 dólares y no los 7.000 a 8.000 que se indicaban en los medios de comunicación. El dinero no es tan efectivo para las madres como se publicitaba ya que al tener que vivir separadas de la familia se generan gastos extras si tienen personas a su atención (menores, ancianos, etc.) Hay una desatención de los hijos (principalmente, si son menores) ya que no pueden estar en contacto con ellos por vivir aisladas. Esta situación puede generar nuevos gastos posteriores. (López, 2017)

Cuando se hace referencia a los aspectos económicos de la maternidad subrogada hay que considerar no sólo lo que se paga a la mujer portadora, sino también la cuantía de cada una de las técnicas que pueden llevarse a cabo para culminar el proceso de gestación. Es decir, el estudio no puede quedar focalizado únicamente en lo que se paga a la madre receptora, hay toda una serie de procesos que conllevan unas transacciones económicas: donación de espermatozoides, donación de óvulos, atención clínica, diagnóstico preimplantatorio, etc. Por ejemplo, la transferencia de espermatozoides es relativamente fácil y económica si no se es muy exigente con la “calidad” del espermatozoides. Sin embargo, el almacenamiento y el lavado de espermatozoides es más complejo y, por lo tanto, más caro. En este sentido, si se tienen en consideración las regulaciones federales de

Estados Unidos, todos los espermatozoides deben ser almacenados durante al menos seis meses, y el donante tiene que ser sometido a la prueba del VIH, la hepatitis y otras enfermedades. Como indica Smerdon, el mercado mundial de los espermatozoides es un negocio floreciente. Uno de los líderes en el mercado mundial de los espermatozoides es Cryos International Sperm Bank, banco con sede en Dinamarca que en el año 2002 exportaba semen a más de cincuenta países y en 2014 a más de 70. Cryos inauguró, en el año 2008, un banco de semen en la India y en su página web ofrecía la oferta de “semen de donante de calidad de una amplia selección de grupos étnicos y razas. (López, 2017)

Esto nos lleva a establecer claramente que la maternidad por subrogación es un negocio, un convenio económico que conlleva algunas consecuencias no deseables, entre ellas la contribución a la pervivencia de desigualdades económicas, en el ámbito sanitario, se ofrece también en otros supuestos distintos al de la maternidad por subrogación, por ejemplo en el de los trasplantes, donde grupos de población pobres y vulnerables están dispuestos a poner su salud personal en peligro si con ello reciben una pequeña recompensa económica. El estatus socioeconómico del receptor del órgano o de la pareja destinataria del niño es muy superior al del donante o al de las madres portadoras. (López, 2017)

Desde ciertos sectores, entre ellos los feministas, se llamó la atención sobre el riesgo de abusos que puede generar la subrogación sobre la mujer. De hecho, ya en el año 1987 se suscribió un comunicado en este sentido con el argumento de que la comercialización de la paternidad sustituta violaba la Constitución y la dignidad de las mujeres al dar lugar a su explotación, especialmente las más pobres, por las parejas más ricas. “A medida que se desarrolla la tecnología, la ‘sustituta’ se convierte en una especie de laboratorio de tecnología reproductiva”. En resumen, se ha deshumanizado y se ha reducido a un simple “mercancía” en

el “mercado reproductivo”. Las firmantes también aportaron el argumento de que la subrogación viola la relación entre una madre y su hijo, reconocido por las constituciones federales y estatales, así como política de estado y las leyes ‘’que prohíben la trata de personas, en particular la compra y venta de bebés y niños’’. En esta misma línea, Raymond mantiene que esta técnica habría que denominarla «tráfico reproductivo», ya que crea un tráfico, nacional e internacional, de mujeres en las que éstas se convierten en objetos de intercambio reproductivo, a través de la mediación de intermediarios que sirven, principalmente, al comprador. Además de la cuestión de género aquí se abre también la de discriminación racial por el hecho de que las mujeres de color pueden ser más fáciles de mercantilizar. (López, 2017)

Collen introduce el término reproducción estratificada para indicar las estructuras, mantenidas y afianzadas por fuerzas sociales, económicas y políticas que llevan a cabo las tareas reproductivas de forma diferente según las desigualdades basadas en las jerarquías de clase, raza, etnia, género, lugar en una economía global. En conclusión, algunos autores han representado la maternidad por subrogación como una nueva forma de explotación⁵⁹ y acumulación dentro de la globalización neoliberal que, no obstante, deja traslucir un trasfondo neocolonialista. Los sustitutos en la gestación y otras personas, cuya productividad se obtiene principalmente a través de procesos biológicos y afectivos, son convertidos en sujetos de la fuerza de trabajo capitalista. No obstante, esta visión no es la mantenida por sectores implicados en el proceso de subrogación, como pueden ser las propias clínicas de infertilidad, que se postulan a sí mismas como empresas sociales. Es decir, se presentan como adalides de un capitalismo ético que mejora las desigualdades resultantes de la infertilidad del primer mundo y la pobreza del tercer mundo. (López, 2017)

Otra de las situaciones es la relacionada con la cuestión del hijo y la economía es que, en la maternidad por subrogación, se aplica a éste la mentalidad de la producción industrial. Como señala Rudrappa, en un proceso de subrogación en la India, los óvulos pueden obtenerse de las mujeres blancas en la República de Georgia o de Sudáfrica si los padres desean tener hijos racialmente blancos, los espermatozoides pueden ser enviados desde los Estados Unidos, y los embriones producidos se implantan en las madres de alquiler de la India que representan los más bajos costos para futuros padres en cualquier lugar en el mundo. (López, 2017)

También la subrogación tiene como consecuencia un cambio en la forma de entender la familia, dado que esta practica construye familias a través del mercado, lo que podría llevar a considerar que las familias son construcciones sociales: pueden existir varias madres (genética, portadora, social), se quiebra el proyecto natural de relación materno-filial, etc. En este marco, hay que contemplar las distintas corrientes feministas que mantienen que la maternidad subrogada supone una forma de liberar a la mujer de la biología, de abrir posibilidades a nuevas formas de familia y, en última instancia, a abrazar mayores cotas de libertad. Otra cuestión a considerar es la situación en la que queda la premisa, ampliamente aceptada en los países occidentales, que sostiene que los padres tienen unos deberes con sus hijos, que tienen la obligación moral de cuidar de su descendencia. (López, 2017)

Cabría preguntar hasta qué punto somos conscientes de que con la maternidad subrogada se establecen ciertas relaciones familiares como irrelevantes moralmente, abriendo paso a la primacía de acuerdos mutuos establecidos y conferidos por consenso social. Van Zyl y col. llaman la atención de que si se acepta la separación de la paternidad (como una relación enraizada en la biología) y los derechos y obligaciones parentales (como una relación basada en acuerdos voluntarios), ya no se podría exigir a un padre que asumiera sus obligaciones si él

nunca dio su consentimiento para serlo. En este marco también hay que considerar lo que puede suponer a una familia con hijos la situación de un embarazo de la madre que, en principio, puede ser contemplado como la llegada de un nuevo integrante a la familia (“un nuevo hermano”) que, más tarde, pasa a convertirse en un alguien (“ajeno al entorno familiar”) donado a otra familia. Ese conocimiento y seguimiento o desarraigo posterior puede tener una gran influencia en la estabilidad familiar. (López, 2017)

Partiendo de que la realidad que se impone es la de la aceptación de la maternidad subrogada y que su práctica no solo se ha impuesto, sino que se ve incrementada, al menos habría que establecer algunas premisas que favorezcan la protección de los más vulnerables en el proceso. Esto es importante tenerlo en consideración ya que cuando se ha establecido un modelo comercial centrado en los beneficios obtenidos por el resultado, es lógico que el modelo centre todos sus esfuerzos en la obtención de un niño sano, dejando en un segundo o tercer término los otros elementos implicados en el proceso como, por ejemplo, el equilibrio emocional de la madre sustituta. (López, 2017)

1.3.2 Generalidades legales con relación a un acuerdo que viabilice la subrogación.

Un informe preliminar elaborado por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2012), parece surgir que, en lo que respecta a la gestación por sustitución, no existe una tendencia regulativa clara común en el derecho comparado. A su vez, se evidencia que un número significativo de países prohíbe – o, por lo menos, no admite– la práctica, en cualquiera de sus modalidades. (Borrajo, 2015)

Del Informe Preliminar de la Haya de marzo de 2012 (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2012) - confirmado por el Documento Preliminar de marzo de 2014 (CONFERENCIA DE LA

HAYA, 2014) -, se desprende que las posturas adoptadas por las jurisdicciones frente a la práctica, son variadas y pueden clasificarse en cuatro grandes grupos: (Borrajo, 2015)

- Prohibición: en este caso, los contratos que se formalicen en contravención a las normas que establecen la prohibición de la práctica, son nulos y no exigibles. Además, en la mayoría de estas jurisdicciones se aplicarán sanciones penales para las partes involucradas o los terceros intermediarios que hayan facilitado el acuerdo. Como consecuencia, la filiación de los niños nacidos de la práctica se determinará considerando las reglas generales del ordenamiento jurídico del que se trate. (Borrajo, 2015)

- Falta de regulación: la característica saliente de estos casos es que, a pesar de no existir prohibición expresa, los acuerdos de maternidad subrogada son “ya sea expresamente o por aplicación de reglas generales, nulos y no ejecutables en términos de la cláusula principal (la obligación de la madre gestante de entregar al niño/s a los padres intencionales luego del nacimiento)”. “En estos Estados, al igual que en los Estados en que la maternidad subrogada se encuentra expresamente prohibida, el estado legal de los niños nacidos como resultado de cualquier acuerdo se determinará por las reglas generales sobre la filiación”. (Borrajo, 2015)

- Admisión restrictiva: estos Estados solamente permiten la gestación por sustitución de tipo “altruista”, en que la gestante no recibe dinero a cambio del compromiso (independientemente de que reciba compensación por los gastos necesarios en que incurre durante el embarazo). En general, también requieren que al menos uno de los comitentes aporte el material genético, y rechazan la posibilidad de que la gestante sea la que aporte el ovulo fecundado, es decir, no admiten la “maternidad subrogada”⁶ (en el sentido estricto del término). (Borrajo, 2015)

- Admisión amplia: una cantidad reducida de jurisdicciones admite, además del contrato de tipo “altruista”, el “comercial”, por el cual la gestante recibe compensación económica a cambio de cumplir con la obligación estipulada en el acuerdo. A su vez, esta postura suele verse acompañada de legislación que prescinde de conectores del tipo “nacionalidad” o “domicilio”, que limiten la admisión de la práctica a los nacionales o residentes en el país. Por lo tanto, suelen ser polos del “turismo reproductivo”, atrayendo a padres intencionales de todo el mundo. (Borrajo, 2015)

Este tratamiento dispar que le otorgan las legislaciones a la gestación por sustitución, permite confirmar que no existe una tendencia regulativa común. De entre las diversas aproximaciones, una se encuentra representada por la no-admisión de la práctica en el ordenamiento jurídico interno, que abarca tanto la “prohibición” como la “no-regulación”. (Borrajo, 2015)

2. Capítulo 2. Análisis de los elementos que enmarcan la maternidad subrogada como negocio jurídico desde la norma, la jurisprudencia y el derecho comparado

La maternidad subrogada es una práctica de reproducción asistida donde una mujer está embarazada y posteriormente va a dar a luz, no obstante, el bebe pertenece tanto genéticamente como de forma legal a otros padres. Actualmente, existen diversas técnicas para alcanzar el estado de gestación en la madre subrogada; es así que los procedimientos más comunes son la fecundación in vitro o la inseminación artificial, la elección de una técnica u otra dependerá del caso particular (AEGES, 2017).

En este orden de ideas, la maternidad subrogada es un acuerdo entre una pareja heterosexual u homosexual, un hombre o una mujer sola y una mujer que se compromete a gestar el feto y entregarlo al momento de alumbramiento. En este procedimiento puede influir diversas variables como:

- El negocio se puede dar por razones biológicas, es decir que la pareja contratante presenta ausencia de útero por patología congénita, una anomalía congénita grave y/o útero que impide a la mujer quedarse embarazada. Por otro lado, puede darse el caso de que la pareja si tenga presencia de útero, pero fisiológicamente no es apto para la gestación por patologías como la oncológica o inmunológica o por problemas de fertilidad.
- La procedencia de los gametos masculinos y femeninos puede tener como origen los futuros padres u otro individuo que lo haya donado, incluso el óvulo puede proceder

de la madre gestante. Por lo tanto, la ascendencia genética del bebe quedara definida según la combinación elegida por los contratantes.

- En el procedimiento de la maternidad subrogada se pacta un contrato en el cual se establece las diferentes exigencias de los implicados. El contrato y la relación entre la madre gestante y los futuros padres es llevado por un mediador que puede trabajar para una empresa que proporcione todo el servicio o que se dedique solo a poner en contacto a los dos participantes (Lopez, 2016).

Esta práctica tiene sus inicios en el Estado de California en el año de 1975 cuando una pareja publica en la prensa su necesidad de alquilar un vientre ofreciendo una importante suma de dinero como contraprestación. Es en los Estados Unidos donde comienza su debate puesto que en el año de 1986 se presenta un caso de incumplimiento del negocio contractual (caso Baby M) en donde una pareja contrato a una mujer para el periodo de gestación debido a los problemas de fertilidad de los contratantes; de esta manera, se celebra un contrato en donde se pacta un compromiso de la mujer a gestar y entregar al recién nacido cuando este dé a luz. No obstante, la mujer decide rehusar de su compromiso adquirido, situación que conlleva a los contratantes a acudir a los estrados judiciales para que se ordene el cumplimiento del contrato. (Cano)

En el análisis realizado por el tribunal, se decide que la custodia del menor debía estar a cargo de los contratantes porque estos tenían mayor capacidad económica, no empero, se reconoce a la gestante como la madre quien tenía el derecho de visitar a la niña cada fin de semana. Con el paso del tiempo, la niña cumple la mayoría de edad, renunciando a la gestante como madre y permitiendo la adopción de los padres contratantes.

Este fallo adquiere una relevancia histórica importante porque se configura como la primera sentencia que acepta como válido el contrato de alquiler de vientre (Kadavid & Barrera, 2015).

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, la maternidad subrogada se erige como un contrato que tiene unos elementos esenciales para su existencia, los cuales son:

1. Las partes
2. Consentimiento
3. Entrega del recién nacido

En primer lugar, para formalizar el contrato es necesaria como mínimo la presencia de dos personas. Por un lado, es indispensable una madre sustituta que es la mujer que gestará, llevará a cabo el embarazo y dará luz al bebé; por el otro se tiene a la pareja o a la persona que quiera convertirse en padre o madre, que será quien posiblemente aporte el material genético y quien o quienes dado el caso pagarán por los gastos acordados.

En segundo lugar, se encuentra el consentimiento que es un presupuesto imprescindible al acuerdo que llegan las partes en el contrato. En este ítem, las partes han considerado previamente una serie de condiciones y llegan a un acuerdo para voluntariamente aceptarlas y cumplirlas. En este punto es importante resaltar, que muchas personas pueden alegar que el mero interés económico, o las necesidades monetarias de la madre sustituta podrían afectar su voluntad y por ello su consentimiento estaría viciado. En consecuencia, muchas legislaciones han argumentado la prohibición a una remuneración económica a cambio del alquiler de vientres (Kadavid & Barrera, 2015).

En resumen es de vital importancia que los acuerdos y el consentimiento se realicen de manera previa al primer paso para iniciar la gestación, es decir, a la fecundación e implantación

del gameto (López, Mondéjar, & Pérez, Nuevos materiales para el estudio transversal y en abierto de los nuevos desafíos jurídicos del derecho de familia, 2015).

Por último, se encuentra la entrega del recién nacido, este elemento es el principal elemento del contrato puesto que se ha considerado que él bebe recién nacido es el producto que se negoció. En otras palabras, el fin u objeto de este contrato es precisamente la entrega del recién nacido, para que los contratantes finalmente puedan ejercer el derecho a la paternidad que anhelan (Kadavid & Barrera, 2015).

2.1. Maternidad subrogada en Colombia

Frente a la maternidad subrogada en Colombia, es importante destacar que esta temática no se ha regulado hasta el momento, es así que existe un vacío legal en el país. Concretamente, la nación presenta actualmente un debate sobre la validez jurídica de los contratos de alquiler de vientre. A pesar de esta omisión legislativa, la práctica de la maternidad subrogada es amplia en Colombia. Aunado a lo anterior, se debe precisar que la falta de regulación de esta actividad se ha generado un creencia generalizada de que esta práctica no es ilegal y por lo tanto el país se ha constituido como un destino favorable para que parejas de otros países puedan cumplir con su deseo de ser padres (Jimenez, Romero, Londoño, & Vasquez, 2016).

Frente a la ausencia de normas que regulan la maternidad subrogada Cárdenas (2017) realiza un análisis de esta práctica desde el Código Civil Colombiano.

En primer lugar, la autora menciona que esta actividad genera una fuente de obligaciones para la madre gestante y esa fuente de obligaciones se entiende que nace del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (Art. 1494 C.C). Es así, que cuando se configura ese contrato de alquiler de vientre o maternidad subrogada, se entiende

el contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (Art. 1495 C.C). Además, al ser un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, con capacidad, que puede ser verbal o escrito, en donde las partes que los configuran se obligan en virtud del mismo, regulando sus efectos para lograr un fin específico.

Dentro de las obligaciones de las partes, generalmente se llega a pactar que la madre gestante se abstenga de tener relaciones sexuales, someterse a rigurosos tratamientos médicos en el transcurso del tiempo que dure el contrato y su obligación más importante es la entrega del menor. Por otro lado, las obligaciones de los comitentes son cancelar la suma acordada y recibir al niño en el momento de su nacimiento (Gonzales, 2013).

Frente a este contrato atípico es importante resaltar que cuando las estipulaciones no encajan en ninguno de los contratos normados por la ley, estos compromisos contractuales reflejan un mayor alcance del postulado de la autonomía de la voluntad privada, pues en estos casos las partes acuerdan las cláusulas de acuerdo a su conveniencia, determinan los efectos que han de producir, su alcance, sus condiciones o modalidades, aunque las respectivas estipulaciones no se amolden a los contratos patrones reglamentados por la ley civil (Mojica, 2010).

De acuerdo a Cárdenas (2017) otra característica relevante de este tipo de contratos es su naturaleza de bilateralidad, en el cual las partes contratantes se obligan recíprocamente (Art. 1496 C.C). Igualmente, el contrato es oneroso puesto que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro (Art. 1497 C.C) y por ser un contrato oneroso es por ende conmutativo, ya que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (Art. 1498 C.C).

En el mismo orden de ideas, el contrato de maternidad subrogada es un contrato principal ya que subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención (Art. 1499 C.C) y por último cabe

mencionar que es un contrato consensual, porque se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, que en este caso lo constituyen, el consentimiento de la madre gestante y el consentimiento de los comitentes.

Teniendo en cuenta el análisis de Cárdenas (2017) se puede afirmar que al no existir una norma específica que regule este tipo de contrato se puede utilizar como ley subsidiaria el Código Civil. Más aún este análisis se puede complementar con el realizado por Aguilar (2010) quien interpreta este fenómeno a la luz de la Constitución Política de 1991.

En primer lugar, se encuentra que el artículo 42 Superior propende por la protección del núcleo familiar, es por ello que la Carta Política establece que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” y además establece que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”. Si se tiene en cuenta la especificación del artículo 42, Aguilar (2010) argumenta que la implementación de un contrato de arrendamiento de vientre de la mujer para gestar un hijo de terceros es posible en Colombia, sin que exista impedimentos morales o religiosos, aplicando los preceptos constitucionales desarrollados en figuras legales, así se observa la inexistencia de una prohibición tacita de este contrato.

Por consiguiente, se debe mencionar que el ordenamiento jurídico colombiano no ha generado una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada, la doctrina considera que está legitimada jurídicamente, en virtud del artículo 42, inciso sexto constitucional (Cárdenas, 2017).

Adicionalmente, se puede mencionar que en Colombia existe un respaldo constitucional que justifica la aplicación del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer como una institución

jurídicamente aceptada, denominado “principio de libertad reproductiva” y se encuentra amparado en la Constitución Nacional y en distintos tratados internacionales.

Frente al vacío legal de esta práctica el Congreso de la República presentó en el año 2018 un proyecto de ley estatutaria por medio de la cual se prohibía la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta otros casos. De acuerdo a este proyecto de ley la maternidad subrogada con fines lucrativos puede ocasionar una explotación al cuerpo de la mujer y de los menores.

Dentro de la argumentación presentada por el Congreso se expone que aceptar esta práctica transforma el cuerpo de las mujeres pues las convertía en “máquinas para hacer bebés” y paralelamente convertía a los niños en “objetos de consumo” o “productos comerciales” que se encargan, se compran, se venden e incluso se devuelven o se cambian si no satisface al cliente.

Antes de finalizar el análisis normativo, es importante destacar que esta modalidad de contrato atípico genera efectos jurídicos. En primer lugar, se debe resaltar que el contrato de maternidad subrogada es válido ante el ordenamiento normativo colombiano, no obstante, existen ciertos argumentos que podrían cuestionar los efectos del mismo ante las instituciones jurisdiccionales y estos deben ser tenidos en cuenta al momento de su celebración. En este orden de ideas, Álvarez y Carmona (2012) exponen que:

Quienes se oponen a la aceptación de esta práctica en nuestro país pueden considerar que recurrir a la práctica de “alquilar un vientre o útero” y posteriormente entregar el hijo que se ha dado a luz, ambas cosas a cambio de una contraprestación económica, son actos que parecen revelarse como moralmente imposibles, que atentan contra las buenas costumbres y el orden público. Pero que, además, son “contratos” cuyos objetos son cosas que no están en el comercio, como son el útero de la mujer y la criatura que nace (p.18).

Es por ello, que mientras no exista una regulación integral sobre el tema, siempre se puede correr el riesgo de que este contrato sea controvertido ante la jurisdicción ordinaria y ser considerado como inválido, ya que las opiniones son diversas y cada argumento sin duda puede encontrar una fundamentación jurídica que lo sustente.

En consecuencia, a pesar de que el contrato es ley para las partes y se debería suponer que estas al momento de obligarse están dispuestas a cumplir con lo pactado. En el presente caso, se necesita una argumentación y estudio más profundo porque este negocio está supeditado por la hermenéutica jurídica del juez ya que sobre este tema hay varias posiciones y la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera general, sin contemplar las variables que se pueden presentar en cada caso, con lo cual la decisión se deja a la libertad del juez (Arévalo, 2016).

2.2. Análisis jurisprudencial de la maternidad subrogada

Frente al tema de la maternidad subrogada es importante destacar que en Colombia la Corte Constitucional solamente se ha pronunciado en una ocasión mediante la sentencia T-968 de 2009. En esta ocasión el Tribunal Constitucional se enfrenta a un proceso de tutela en donde una pareja estadounidense alquila un vientre en Colombia, pero al momento de nacer los menores, ellos no pudieron sacar a los niños del país y por ende instauran un proceso de tutela ante el Tribunal de Cali.

En primera instancia el Tribunal de la ciudad de Cali permite la salida del país de los menores, no obstante, este fallo fue impugnado por la madre gestante y como resultado de la sentencia de segunda instancia se niega la salida de los menores.

Este dilema llega a estudio por parte de la Corte Constitucional quien estudia el caso y argumenta lo siguiente.

En primer lugar, la Corporación establece que la maternidad subrogada se puede definir de la siguiente manera: “Es el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre del mismo” (Sentencia T-968, 2009).

En este orden de ideas, la Corte considera que las técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro, combinadas con la maternidad subrogada, permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su óvulo y semen de su marido, compañero o donante. La Corte argumenta que, de manera general, las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios óvulos y espermatozoides, respecto de 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 o parto.

En palabras de la Corte: “La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción es que el niño que nace es biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el espermatozoides del padre” (Sentencia T-968, 2009).

Por otro lado, La Corte sostiene que el ordenamiento jurídico colombiano no contempla una prohibición expresa para realizar este tipo de acuerdos o contratos, no obstante, es importante resaltar que las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se puede ubicar la maternidad subrogada o sustituta, es legitimada por la doctrina en virtud del artículo 42 de la Constitución Política de 1991 debido a que este artículo sostiene que “los hijos habidos en el

matrimonio o fuera de él, adoptado o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos o deberes”.

En consecuencia, la Corte Constitucional afirma que la falta de regulación de la materia no es un impedimento para la práctica de este tipo de contratos o convenios. Es más, el Tribunal reconoce que la falta de legislación sobre el tema ha permitido la proliferación de anuncios por parte de mujeres de diferentes edades que están dispuestas a realizar este contrato. Adicional a ello, los centros médicos que realizan estos procedimientos de fecundación reconocen la inexistencia de normas que regulan este tipo de relaciones y por ende las realizan sin restricción alguna. En este orden de ideas, la Corte acota que este vacío normativo ha permitido el desencadenamiento de hechos y decisiones lesivas irremediables para los derechos fundamentales de los menores que se ven involucrados en este fenómeno.

En efecto, la Corte sostiene que la doctrina ha llegado a considerar la maternidad subrogada o sustituta como un mecanismo positivo para resolver problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido, los actos de disposición propios del cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos en las partes involucradas (Sentencia T-968, 2009).

Frente a estos motivos, el Tribunal Constitucional evidencia la necesidad de promulgar normas que regulen este tipo de prácticas. Frente a este vacío normativo, la Corte argumenta que es necesario establecer una serie de requisitos que deben ser cumplidos a fin de garantizar los derechos de todos los que se encuentran involucrados en este tipo de acuerdos en especial los menores involucrados.

De acuerdo a lo anterior, la Corte sostiene que en este tipo de contratos se debe presentar los siguientes requisitos mínimos:

1. Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir
2. Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante
3. Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino altruista
4. Que la mujer gestante cumpla con una serie de requisitos tales como la mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, entre otros.
5. Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como el acceso a valoraciones psicológicas.
6. Que se preserve la identidad de las partes
7. 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.
8. Que los padres biológicos no puedan rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
9. Que la muerte de los padres biológicos no desproteja al menor bajo ninguna circunstancia.
10. Que la mujer gestante solo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.

Teniendo en cuenta los argumentos y requisitos presentados por la Corte, el Tribunal asegura que en el presente caso no existe un contrato de alquiler de vientre por cuanto los gametos aportados en el procedimiento son de la mujer gestante, razón por la cual se reconoce a la mujer gestante como la madre biológica de los menores y en consecuencia la Corporación intento

preservar los derechos fundamentales tanto de la madre como el de los menores implicados en el caso.

2.3. Análisis desde el derecho comparado

Como se ha podido vislumbrar en general en Colombia no existen gran cantidad de elementos que le den preponderancia a la maternidad subrogada como una forma de negocio jurídico que se establece en el país, de hecho si se analiza la temática esta puede considerarse relativamente nueva, sin que esto implique el hecho de que la práctica no se esté llevando a cabo de manera ilegal, o poco demarcada, en ese sentido, y dada la necesidad de especificación que requiere el problema de investigación a continuación se analizaran algunas legislaciones en donde la práctica se encuentra o bien permitida y amparada por la ley o bien prohibida.

2.3.1. Países en contra

2.3.1.1 Suiza y Francia

Analizando inicialmente los países que presentan una subrogación materna no establecida, se encuentra a Suiza, este país a través de su ley Federal sobre la procreación medicamente asistida de 1998, que fue reformada para el año de 2006 establece que en el país no está permitido de ninguna manera la maternidad de este tipo ni de tipo altruista así como tampoco bajo la recompensación monetaria, empero, es necesario aclarar que en el caso en el que se presentase una subrogación si bien la ley no ampara como tal el procedimiento, no existe ningún tipo de sanción contra el contratante o contratista, y la ley define que la madre legal del menor es precisamente la madre biológica o subrogada. Es necesario considerar además que en este país,

dado el artículo 4 de la Constitución Federal, se prohíbe también de manera expresa la donación de embriones, considerando este procedimiento como una forma adicional de maternidad por sustitución. (Lamm, E, 2012, pág. 3)

Seguidamente otro país que tampoco acepta la maternidad subrogada es Francia, país en el cual de manera extraoficial se presentaron diferentes casos de madres en alquiler, situación que motivo la regulación de este procedimiento a partir del artículo 16.7 del Código Civil en el cual se establece que “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”, es así que para mayo del año 2010 el Comité Nacional Consultivo de Ética para las ciencias de la vida y la salud, emitía el aviso número 110 en el cual se denota que este tipo de maternidad estaba en contra de la dignidad humana y puede ser la causante de grandes secuelas emocionales en los hijos; en un análisis histórico se denota que para el año 2012 el tribunal de Apelación de Rennes perteneciente a Bretaña permite la inscripción en el registro civil francés el nacimiento de dos niños gemelos nacidos en el año 2010 de padres franceses pero de madre de gestación india, este fallo que se produce puede considerarse la primera sentencia que da pie a una instancia previa que puede denotar la posibilidad de una subrogación, otro aporte que se puede considerar como relevante al momento de identificar como se ha denotado la maternidad subrogada es el hecho de que para el código civil francés si existe un acto de registro civil de franceses en el extranjero y este está conforme a la legislación del país, para Francia debe considerarse autentico, este simple paso denota el hecho de que si bien no se permite al interior de la legislación del país la maternidad de este tipo, este puede aceptarse si viene de una localidad extranjera (Ruiz, 2016)

Analizando concretamente el caso de Francia es necesario establecer teniendo en cuenta las consideraciones de Flores (2014) que la prohibición definitiva de la subrogación materna para el

año de 1989 dado este fallo por la Corte de Casación en donde se declara ilícita la práctica, del mismo modo, es necesario considerar que para el año de 1991 se declara la realización como una desviación ilegal de la institución de la adopción, ante esta perspectiva el Comité Consultate National dedique de Francia adopta una posición negativa por considerar que esta acción puede servir para intereses comerciales por medio del cual se puede expresar una explotación material y psicológica de las mujeres involucradas, ante esta posición y contrastado con la especificación de Ruiz (2016) que se presenta entonces un daño colateral tanto para las mujeres como para el menor implicado en el proceso. Concretamente es necesario concebir que la prohibición definitiva se produce para el año de 1994 en donde se considera que los procedimientos están en contra de la dignidad de la persona, en contraste con los hallazgos anteriores se evidencia que a partir de este año el hecho de provocarse un caso de maternidad subrogada en el territorio francés se puede tipificar penalmente a través del artículo 227-12 cp. en donde se especifica un abandono a menores, y una mediación de interesados, si además se encuentran implícitos delitos como la simulación o engaño en donde se cause una infracción a la filiación del menor entonces se procede a tipificar el delito a través del mismo artículo en su numeral 13.

Se encuentra entonces que la normativa expuesta con anterioridad declara nulidad en el contrato o pacto que sea realizado con el fin de concebir un bebe por el medio de la subrogación, de este modo el artículo 16-7 del Código Civil expone una sanción penal, esta es la razón por la cual las personas optan por realizar la acción en países extranjeros y después establecer la nacionalidad en Francia, en ese sentido la Corte de manera vehemente ha rechazado este tipo de prácticas por considerarlas como contrarias al orden público internacional francés, esto ha causado en muchos casos una imposibilidad en la consecución de la nacionalidad, en estos casos ha sido necesario denotar la paternidad y el valor de la pareja a partir de lo cual se involucra el

interés superior del menor, y por tanto se otorga la posibilidad de nacionalidad. En cuanto al único caso recordado que existe sobre la maternidad subrogada de un niño proveniente de un útero indio, que se había citado con anticipación, es necesario considerar que para el estado francés el acta de nacimiento proviene de la India y por tanto no puede transcribirse al Registro Civil Francés, en este caso y dada la imposibilidad de denotar un fraude resulta inútil invocar al interés superior del niño que se garantiza en el artículo 3-1 CIDN, así como tampoco es válido apelar al respeto por la vida privada y familiar, que se encuentra establecido en el artículo 8 de la Convención de los Derechos Humanos y de sus libertades fundamentales, de este modo el motivo de reclamación es denegado teniendo en cuenta que no es fundamentado en el Derecho.

Dada esta pugna que se gesta al interior del país se acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual en sentencia de junio de 2014, Asuntos Mennesson y Labassee ha ratificado en sentido contrario la doctrina sentada por la Corte de Casación francesa hasta el momento, obligando de esta manera a inscribir la filiación a favor de los padres, en donde se reconoce que existió un contrato de prestación de vientre en el extranjero, esta posición se encuentra en contra al orden público que se había establecido con anterioridad, de esta manera con el apoyo del artículo 8 que expresa el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, se apoya el concepto de vida familiar, en donde se puede dar la posibilidad de que una pareja se ocupe de los hijos que no pertenecen al núcleo familiar, dando la posibilidad de una convivencia saludable en familia, adicional a ello se encuentra que la nación forma parte de la vida privada de una persona, y es además un elemento esencial de la misma, en así que los niños a pesar de que

ocurra una gestación por sustitución merecen una filiación jurídica, esto evidentemente se denota como la necesidad de una modificación legal de la Legislación Francesa¹ (Flores, 2014).

2.3.1.2. Alemania

Siguiendo con el análisis internacional es necesario tener en cuenta a Alemania, en este país existe consecuentemente una prohibición ante la maternidad subrogada, según la normativa 745/90 del 13 de diciembre de 1990 se establece de manera expresa la protección del embrión por tanto no se puede presentar bajo ningún título, la utilización abusiva de técnicas de reproducción, dado a que esto puede traer penas punitivas de hasta 3 años además de cuantiosas multas, según Gomajoa (2010) esta norma tiene la intención de perseguir a aquellos profesionales en el área de salud que recurran a conductas como la transferencia de óvulos de una mujer a otra, así mismo la acción de fecundar de manera artificial el ovulo de una mujer con fines distintos a que se lleve un embarazo, y el mismo hecho de transferir a una mujer más de tres embriones en el mismo ciclo, de la misma manera se persiguen prácticas como la fecundación artificial de un ovulo y la transferencia de este a otra mujer, que esté dispuesta a entregar a un tercero el menor fruto de ese procedimiento después del nacimiento, y el hecho de fecundar más óvulos de los que se puede transferir en el mismo ciclo, a estos profesionales también se les imposibilita la oportunidad de retirar un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto al de la protección.

A pesar de que como se ha identificado existe un incentivo para los estados europeos de ingresar al campo de la maternidad subrogada con la intención de mejorar consecuentemente la

¹ Este se puede considerar uno de los principales motivantes que existe en la legislación de los países europeos que modifica la actuación jurisprudencial actual en donde se prohíbe la maternidad subrogada y transforma la forma en la que se realizan este tipo de procesos.

posibilidad de concepción, es necesario considerar que el estado Alemán permanece en su posición de establecer esta práctica como ilegal y además aceptarla como una forma de comercio ilegal de humano, de hecho se plantea que el incremento de los casos que se presentan de manera ilegal, impulsa con mayor razón la necesidad de expedir una ley en donde se contemplen las penas privativas de la libertad a las mujeres que presten su vientre para la gestación sustitutiva.

2.3.1.3. España

Ahora bien cuando se trata de analizar el contexto europeo en el ámbito internacional de la maternidad subrogada se hace necesario recurrir al análisis de la normatividad española, en este país se encuentra como particularidad nulos de pleno derecho los contratos en materia de maternidad o gestación subrogada, pero adicionalmente le permite a los padres biológicos adelantar procesos legales para el reconocimiento de la paternidad, en ese sentido la Ley 14 del 26 de mayo de 2006 que data las técnicas de reproducción humana asistida, afirma según Calvo y Carrascosa (2015) en el capítulo II artículo 10 que refiere a la gestación por sustitución que será nulo de pleno derecho el contrato en el que se convenga la gestación si existe o no un precio pactado, la mujer implicada renunciara a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, en el mismo sentido el acápite dos denota que la filiación de los hijos que son nacidos por gestación de sustitución será determinada en el parto, además en el acápite tercero se denomina que queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico y conforme con las reglas generales.

En España se denota que si bien existe esta legislación que ampara de alguna manera la maternidad subrogada en un caso controversial en el que se pretendía realizar un registro de un mejor que había sido producto de una gestación por sustitución internacional, que había sido expedida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la Instrucción del 5 de

octubre de 2005 que hace alusión al régimen registral acerca de la filiación de los nacidos mediante el método referido, define la posibilidad de registro y por cuanto permite el registro a favor de los padres, ante la perspectiva normativa se considera que el hecho es considerado una extralimitación dado a que se encuentra en contradicción con la ley que ampara las técnicas de reproducción asistida, por cuanto esta acción fue declarada por un Juez de Primera Instancia en Valencia, España, apoyada por el Tribunal Supremo en el año 2014 considera que esta es una práctica que si bien se presenta en el extranjero, se considera una huida, de la normatividad española y por cuanto se considera indebido y tiende a traer problemas a los padres y al cuerpo de salud en general. (Calvo & Carrascosa, 2015)

2.3.1.4 Holanda

Analizando Holanda es necesario considerar que sus normas se establecen en el mismo sentido que la legislación española, en esta se tiene de manera vehemente la prohibición de la maternidad por subrogación, en este país la normatividad contempla este tipo de contratos como nulos precisamente porque parten del principio que tiene una causa ilícita dada la contraprestación económica que en ellos se expresa, para la mujer que presta el vientre, adicionalmente la práctica se considera contraria a la legislación nacional y moral. Cabe acotar que ante los componentes de la maternidad es necesario considerar que la filiación, método en el cual la práctica de subrogación se presenta en otros países y se opta por una filiación paternal optando por un reconocimiento filial, es así que si bien la práctica no se gesta en el país como tal la legislación la permite.

2.3.1.5. Australia

En cuanto a otros países que es necesario referir que han erradicado de manera concreta la maternidad subrogada es necesario traer a colación a Australia, en este país en particular según expresa Gamboa (2010) tiene restringidas las técnicas de reproducción asistida a partir del informe Walker en 1984, definida como la base para la Ley de Infertilidad y procedimientos médicos del mismo año, esta se ve reformada en el año de 1987 y define que se prohíbe la creación de embriones ocupando la técnica in vitro para un uso distinto de la experimentación terapéutica, adicional a ello se exige una autorización previa administrativa para realizar programas de investigación con el material en cuestión, de esta manera se proscribe la práctica de la clonación y la creación de híbridos. Si bien esta es una prohibición tácita y bien asentada en la normativa es necesario reconocer que el Estado de Victoria en Australia permite la implantación de un ovulo fertilizado en la misma mujer o en otra siempre y cuando no este por medio una remuneración económica, con ello se denota que existe entonces una maternidad subrogada altruista, siendo este el primer paso para una definición legal de la subrogación total.

De la misma manera que el estado de Victoria, el Estado de Nuevo Gales del Sur, tiene una legislación particular con respecto a la maternidad subrogada, en este caso se contempla la imposición de una sanción penal a los padres que tengan la intención de realizar, o hallan gestado un contrato de gestación por sustitución en cualquier país en donde se permita la técnica. Si bien se encuentra que esta técnica se encuentra suspendida es necesario considerar que medios extraoficiales y páginas a favor de los tipos de maternidad, como un apoyo a la feminidad, han establecido que hace poco en el año de 2018, se hace absolutamente necesario aceptar la necesidad legislativa de implementar una reproducción asistida, acaeciendo el caso en donde no existe una legislación que prohíba de manera tácita este tipo de maternidad, puede establecerse una que la regula, adicionalmente porque en algunos estados se presenta la posibilidad de multar

con 110.000 euros a la persona que opte por este tipo de acciones. Como condición final es necesario considerar que solo las parejas heterosexuales que tienen desde hace mucho tiempo la intención de concebir y que no lo han logrado puede optar por esta posibilidad, haciendo caso omiso la intención de las personas del mismo sexo que tienen la misma intención.

2.3.2 Países a favor de la práctica

2.3.2.1 Estados Unidos de América

Anteriormente se especificó los países que no han aceptado en su normatividad la maternidad subrogada, sin embargo existen muchos países que la han aceptado en su normatividad después de una amplia punja, en este caso y especificando los principales avances aparece Estados Unidos, en donde en la actualidad no existe una norma nacional al respecto pero se encuentra que California, Illinois, Maryland, Pensilvania, Oregon, Carolina del Sur, Missouri y Minnesota cuentan con una reglamentación en la materia en donde la ley establece las pautas para la realización del contrato de subrogación, entendiendo que este tiene plena validez, según la Organización Mundial de la Salud (2016) el estado de California fue el primero en establecer la legislación que al día de hoy denota la totalidad de garantías legales en donde se otorga pleno respaldo al sistema judicial de los Estados Unidos, seguidamente Illinois es el único estado que tiene leyes específicas que regulan y permiten la maternidad.

Consecuentemente en el estado de Luisiana, Indiana, Nebraska y Kansas tiene convenios que son declarados nulos y no gozan de validez, en Arizona, Michigan y Nueva York denotan que la participación en este tipo de procedimientos se puede constituir como un delito penal, además de que ser merecedor de elevadas multas a los padres que tienen la intención de realizar el procedimiento o que faciliten el proceso, ante esta perspectiva Rodríguez, y Karol (2012) consideran que en Estados Unidos existen diferentes rasgos distintivos que son esenciales para

optar por la maternidad subrogada, en principio existe una regulación de contrato a partir de la ley y la jurisprudencia, además de que no existe una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato, además de que se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para aceptar o rechazar su validez y adicionalmente la regulación del centrado debe estar encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se deriven de un fenómeno de maternidad poco convencional como es la maternidad subrogada.

Tal es la diversificación que acepta la legislación estadounidense que en la actualidad muchos de los estados permiten la maternidad subrogada por personas heterosexuales e inclusive personas del mismo sexo y parejas monoparentales, se considera de este país, que es el más incluyente en la actualidad.

2.3.2.2. Grecia

Seguidamente se hace necesario considerar la maternidad subrogada en Grecia, país en el cual con la Ley 3089 de 2002 reglamento la reproducción humana haciendo inclusión a la maternidad subrogada y estableciendo las reglas específicas para la práctica de la misma, en principio se establece que esta tenía como requisito *sine qua non* la adopción por parejas heterosexuales, o mujeres solteras que residan en el país, sin embargo para el año 2014 se elimina este requisito, el que evidencia la residencia, y permite la práctica a extranjeros, cabe acotar que otra ley que se establece en el año de 2005 es la 3305 en donde los requisitos que se dan para que la subrogación sea legal son 24:

- La fecundación no se puede dar con el ovulo de la madre gestante.
- No debe haber beneficios económicos por el “alquiler del útero” pero puede existir recompensaciones económicas por los gastos hospitalarios o médicos.

- La madre contratante debe probar que no puede llevar el embarazo a término y debe tener menos de 50 años.
- La madre gestante debe estar sana en todos los ámbitos, psicológico y físico. Si tiene esposo, tanto él como ella deben estar de acuerdo en realizar el procedimiento por escrito.
- Solo se permite el uso de esta técnica a ciudadanos griegos. Sin embargo, Grecia ha permitido en 2015 a dos familias españolas contratar una madre gestante (30).
- No se la permite a la madre gestante retractarse, renunciando antes de la implantación a los derechos sobre los padres contratantes.
- Los varones solteros o parejas homosexuales no se les permite realizar esta práctica. Las mujeres solteras y parejas heterosexuales pueden elegir este proceso sin inconvenientes (Lopez, 2016)

2.3.2.3 Reino Unido

Consecuentemente en el análisis del Reino Unido se encuentra que la práctica tiene un trasfondo histórico bastante relevante, esta inicia en el año de 1985, pero tiene un marco regulatorio bastante estricto en donde se encuentra prohibido publicar un aviso publicitario ofreciendo o buscando una madre de alquiler, es decir que se encuentra prohibido establecer alguna forma de publicidad que anide la temática, en ese sentido se proponen los fines altruistas, en donde una vez se haya presentado el nacimiento del menor los padres deben adelantar un proceso para la transferencia de la paternidad de manera legal, en el mismo sentido los futuros padres pueden tener una pareja formalmente establecida, en donde se excluye a parejas de un mismo sexo y al menos uno de los padres debe tener residencia en Reino Unido, adicional a ello el embarazo debe ser el resultado de una de las técnicas de reproducción asistida y también el

menor debe contener material genético de alguno de los padres que tienen la intención de establecer la paternidad.

2.3.2.4. Brasil

Un país ya en el entorno latinoamericano que denota un desarrollo consistente con respecto a la maternidad subrogada es Brasil el cual aplica solo esta posibilidad a partir de los fines altruistas, es decir que en la actualidad no se permite ningún tipo de intercambio comercial con los embriones denotando que este se podría consolidar como un negocio que está en contra de la dignidad humana y de la preservación de las costumbres del país, cabe acotar que como condición propia de la maternidad subrogada se requiere que el Consejo Federal de Medicina avale el procedimiento pero adicionalmente la mujer debe ser familiar de la madre que tiene la intención, en ese sentido Gomajoa (2010) denota que la Resolución 1.358 de 1992 del CFM establece en la Sección VII que establece los lineamientos de la gestación de sustitución o donación temporaria de útero, como una acción que solo debe realizarse en las clínicas, centros o servicios de reproducción humana, pues estos son los únicos que están capacitados para realizar una gestación por sustitución, exclusivamente en la situación en donde se presente un problema médico en donde la salud se vea afectada por la condición de embarazo, entendiendo esto como un problema de salud y específicamente que alude a la genética, además se especifica que la madre en estos casos, sustituta, deberá poseer una relación de parentesco hasta de segundo grado con la madre putativa, el hecho de que se abale el procedimiento debe realizarse desde el Consejo Regional de Medicina, de la misma manera se prohíbe de cualquier manera el carácter lucrativo de la práctica.

Evidentemente para optar por una madre biológica sustituta, la madre de intención deberá demostrar a través de un documento médico la imposibilidad que tiene para concebir, Gamboa

(2010) considera que la madre de intención bien puede ser soltera y emplear semen para la fecundación de un donante, por su parte se aclara que el Código Civil del Brasil no contempla el nacimiento por este método, lo que para la madre implica la necesidad de establecer un proceso judicial a partir del cual se obtenga una sentencia que declare la posibilidad de declarar al menor como suyo.

En cuanto a la jurisprudencia del Brasil es necesario denotar que la sentencia M.A.A c W.A.A. del 29 de enero de 2012 es la primera de su clase que especifica la muestra de la primera niña inscrita como hija de dos padres varones, la gestante fue prima de uno de ellos, quienes ocuparon un ovulo donado y el semen de uno de los dos padres, en este caso el Juez Cliserie Bezar de la Primera Sala de Familia, de Recife, autoriza la inscripción, se reconoce que Brasil es uno de los pocos países que reconoce la paternidad legal de dos hombres surgida de una base de gestación por sustitución, entendiéndose que el semen debe provenir de uno de los dos padres comitentes, es necesario considerar en base a este caso que se considera un avance significativo para la maternidad subrogada en Latinoamérica, sin embargo, este se establece a través de una legislación que tiene lagunas normativas. (Caso por proceso de indicación de paternidad. Requerentes M.A.A. c W.A.A., 2012)

2.3.2.5 Canadá

Ahora bien en el Caso de Canadá este país permite una gestación por subrogación siempre y cuando los fines sean netamente altruistas sin importar el modelo de familia que se esté presentando, es así que una pareja heterosexual, y homosexual, además de monoparental, en la totalidad del país exceptuando a Quebec en donde este tipo de contratos se establecen como nulos, ahora bien es necesario considerar que la legislación que ampara este tipo de procedimientos tiene diferentes consideraciones por considerarse una de las más completas, es

así que en principio la filiación es otorgada a través de una sentencia judicial a favor de los padres de intención, esto les otorga el acceso directo no solo a la nacionalidad canadiense y a aquellas que se establezcan en la intervención, en cuanto a la normativa como tal, se propone como un requisito que este procedimiento se avale a través de la Ley de Reproducción Humana Asistida que fue aprobada en el 2004, en donde una Gestante Sustitutiva solo podrá tener un pago por los gastos en los que incurra al interior del embarazo, consolidando la legislación altruista.

Ahora bien, la Ley de Reproducción Humana Asistida como tal prohíbe varias actividades que tiene la Gestación Subrogada como tal, pues especifica montos permitidos y que se consideran de bolsillo para con las necesidades de la madre subrogada, de ahí que en la actualidad se estén planteando lineamientos tácitos en donde se limite y regule los tipos de gastos, empero, hasta el momento la totalidad pueden ser reembolsados, según la Agencia de Gestación Asistida Reproductiva, (AGAR) los gastos más comunes son vitaminas, algunas compresas y en general ropa y calzado, además de una manutención dada la imposibilidad de trabajar durante el tiempo de gestación. Adicional a ello se tiene en cuenta los gastos psicológicos que se consideren necesarios y el proceso jurídico del tratamiento. (Gamboa, 2010)

Consecuentemente con esta legislación se evidencia que en general las clínicas oficiales para establecer una transferencia de embriones en primera medida debe concebir a través de un contrato en el que las dos partes estén de acuerdo, evidenciando la necesidad de un preacuerdo notariado, cabe resaltar a este momento que dado el trabajo del reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo en la actualidad Ontario tiene un índice bastante significativo de subrogación convirtiendo el proceso en habitual y hasta común, por su parte las parejas de homosexuales mujeres en general recurren a la donación de esperma cuando tienen la intención

de procrear, en estos casos también existen acuerdos de los donantes en donde no pueden ser exigibles las condiciones de custodia, todos los derechos de los padres pueden ser negociados y documentados antes del procedimiento y en presencia de un abogado.

Con respecto a las gestantes sustitutas un agente realmente importante en la maternidad subrogada se puede entender que estas mujeres no pueden ser menores de 21 años, en los cuales se establece su mayoría de edad, además no pueden ser madres con anterioridad y tampoco pueden recibir, como se ha expresado con anterioridad, compensación económica mayor a la de los gastos ocasionados por el embarazo.

Entendiendo que la maternidad puede constituirse como un negocio bastante lucrativo es necesario traer la normatividad presente en los países que la avalan bajo esta modalidad, de esta manera es necesario remitirse a Ucrania país en donde se adoptó una regulación de la práctica que esta normativizada a través de la técnica de reproducción asistida, esta se genera a través de un contrato que es suscrito por los padres de intención, los cuales deben reunir unos requisitos, entre los cuales se especifica la necesidad de que sean una pareja heterosexual, y la madre debe denotar una causa médica en donde se denote la imposibilidad de concebir de manera natural, y por consiguiente uno de los dos padres, o en algunos casos ambos deben aportar material genético para el futuro embrión.

En este país una vez nace él bebe la madre portadora firma un documento en el cual renuncia a la maternidad y a todos los derechos que pudiese tener él bebe que los padres de intención tienen la intención de registrar como suyo, si la madre no quisiera entregar el menor, se opta por traer a colación el contrato celebrado con anterioridad que en estos casos goza de total validez, dado a que en este existe a la vez un carácter monetario.

2.3.2.6 Rusia

Por su parte en Rusia la maternidad subrogada es regida por el Código de Familia, datado en el artículo 51 y 52 y por la Ley de los actos del Estado Civil en el artículo 16 y la Ley número 5487-1 que define la protección de la salud de los ciudadanos, esta se encuentra contenida en el artículo 35, con ella se permite la práctica de la maternidad, de igual manera que en Ucrania a parejas heterosexuales, que no necesariamente deben tener un vínculo legal como el matrimonio, o a mujeres que sean solteras, en cuanto a la reglamentación se especifica que las madres por sustitución deben tener entre 20 a 35 años y acreditar exámenes médicos en donde se demuestre su buen estado físico y psicológico, y tener como mínimo un hijo propio y sano, adicional a ello se establece que si tienen un vínculo marital el esposo debe otorgar el consentimiento para este procedimiento. Cuando se requiere realizar el registro del menor, una vez producido el parto, se debe tener constancia de la renuncia que otorga la madre gestante, según Gamboa (2010) este hecho ha provocado que se reconozca el país como un trativo para el turismo reproductivo.

2.3.2.7 India

Un país que es necesario recordar es la India el cual tiene una gran cantidad de pruebas de establecerse como un país industrial en la maternidad subrogada, denotando que la principal labor del mismo es prestar madres que dada su situación económica se exponen a este procedimiento, en este sentido la normatividad del país permite la actividad con fines comerciales desde el 2002, aunque para el 2013 se prohíbe la práctica si esta se efectúa con la intención de beneficiar a parejas homosexuales, solteros extranjeros, y parejas que al interior de su legislación tienen la práctica expresamente prohibida (Jimenez M. , 2010).

Dado al auge que han tenido este tipo de procedimientos en la India se estima que en la actualidad se presente una totalidad de 200.000 clínicas privadas y centros médicos que ofrecen este tipo de servicios, en donde se generan beneficios por más de 2.3 billones de dólares anuales. Evidentemente esta acción ha atraído la atención de las autoridades indias, optando por interponer una mayor cantidad de controles, con lo cual se ha restringido la actividad para algunos extranjeros que frecuentemente tramitan la visa médica, también se impone con esta preocupación una declaración en donde se denote que los padres se harán cargo del bebe procreado de la sustitución, adicional a ello se debe presentar el contrato entre los padres y la madre, y una carta médica en donde se denote el pago de los servicios médicos, y el pago a la gestante conforme a lo pactado, algunas de las personas que se oponen a este tipo de tratado han propuesto que se prohíba de manera vehemente la participación de los extranjeros para frenar el negocio.

2.3.2.8 México

Con esta información se encuentra que el contraste es bastante significativo entre latitudes, en ese sentido es necesario considera a México, como un aporte final, en este se encuentra que al igual que en Estados Unidos no existe una precisión concreta acerca del manejo de la maternidad subrogada por el contrario son los estados los cuales de manera independiente establecen la normatividad acerca de las consideraciones alrededor de la maternidad por sustitución, en este caso Tabasco y Sinaloa consideran que esta se encuentra completamente permitida, Coahuila y Querétaro la consideran prohibida, y los demás estados no han tenido un pronunciamiento oficial. Según Urquiza en el estado de Tabasco se encuentra regulada la maternidad exclusivamente para parejas heterosexuales que estén legalmente establecidas, en donde se presenten problemas de salud para procrear, y únicamente con fines altruistas, en los casos en

donde la gestante aporte material genético esta deberá renunciar a la maternidad y la pareja iniciar con un procesos de adopción, en donde solo se lleve el proceso de embarazo se reconocen como padres la pareja de intención, actualmente la práctica solo se puede realizar para connacionales.

Sinaloa como un estado perteneciente a México, establece unos requisitos que son similares a los que expone Tabasco, sin embargo, además la gestante debe tener entre 25 y 35 años, y tener como mínimo un hijo sano, adicional a ello presentar un certificado médico de buena salud física y mental y emitir un consentimiento por escrito, adicional a ello no puede participar en más de dos ocasiones en este tipo de tratados y puede realizarse la práctica de manera altruista o a la espera de una contraprestación.

3. Capítulo 3. Efectos jurídicos de la subrogación en la maternidad en el marco de la teoría del negocio jurídico.

3.1. Marco General

Revisada la historia que enmarca a la maternidad subrogada como un comportamiento social, que no es ajeno a los avances de la ciencia, se reconstruyen los conceptos básicos que ha llevado a que la misma se convierta en una constante; en igual sentido el apoyo biológico y médico determinan desde su rama del saber los requisitos sin los cuales no se puede efectuar la subrogación en la maternidad y finalmente el planteamiento de la postura jurídica.

Sobre este último punto, es prudente considerar que la viabilidad de la práctica, tiene un fuerte componente en la libertad de derechos, como lo expone Camacho J. (2009) “En función del estado de la reflexión y del debate ético en el que estamos en relación al tema de la maternidad sustituta todavía es necesario argumentar a favor de la misma, ya que los críticos aún siguen esgrimiendo ciertas objeciones. Sería bueno no tener que defender la libertad de las personas de elegir, pero todavía debemos hacerlo, en realidad nuestra idea no es alentar ni estimular la práctica, sino liberarla de las críticas morales, las objeciones pseudocientíficas y los prejuicios en que la quieren envolver. (...) La maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados

necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda.(...) La maternidad subrogada debería estar controlada y regulada por el estado, como otras formas de acceso a la maternidad y la paternidad. Como ya señalamos, en este punto coincidimos plenamente con la opinión de Robertson para quien la maternidad sustituta es una modalidad más para acceder a la paternidad y la equipara a las otras formas de acceder a la misma sin transmisión de linaje genético” (p.15,16).

Lo anterior permite establecer que para que la práctica de la subrogación en la maternidad sea considerada viable en Colombia, es necesario legitimar los elementos constitutivos del negocio jurídico desde la teoría y el derecho de familia, identificando plenamente cual es el objetivo de la práctica, cómo se llega a ella y su posterior desarrollo. Clarificados estos tres momentos, podremos entonces determinar y explicar que elemento es necesario para que dicha práctica social sea viable cuestión que es fundamental para efectos de reconocer la permisón o prohibición de la misma; en ese sentido esta investigación debe responder a la necesidad que tienen todos aquellos que intervienen en la práctica, de contar con la seguridad que la misma, además de existir es jurídicamente viable, y determinar la postura de las partes intervinientes frente a la subrogación como negocio jurídico de familia.

En este sentido la viabilidad de la maternidad subrogada en Colombia vista desde la teoría del negocio jurídico debe corresponder precisamente con la definición de los elementos de existencia y validez, que desde la doctrina se han establecido como necesarios para que su práctica se dé en correlación con el marco jurídico existente en nuestro país. Esto es, que la realización de la subrogación, se enmarque con la constitución y el derecho de familia. Ospina, G. & Ospina, E. (2015) establecen que “La eficacia general de los actos jurídicos respecto de las partes está

determinada por las proyecciones de ciertos postulados que presiden el desarrollo y ejecución de dichos actos, a saber: el postulado de la normatividad de los actos jurídicos que precisa su valor obligatorio, el postulado de la buena fe y el de la diligencia que atañen a la ejecución de ellos. Importa también, a propósito de la eficacia general de los actos jurídicos respecto de las partes, averiguar la incidencia que en dicha eficacia alcanza la institución de la representación.” (p.305).

Es necesario entonces que, en paralelo con la importancia y relevancia de la autonomía de la voluntad, se pondere como efecto, dichas manifestaciones y la obligatoriedad de las mismas, las cuales se puedan interpretar de manera lógica y sistemática ya que la práctica no está alejada de la realidad social. Tal como se observa, la viabilidad de este tipo de negocios familiares, implica varias cosas, a. que se nacen como respuesta a los avances de la ciencia, b. son utilizados como mecanismos para cumplir un deseo personal o familiar que en primera medida está en marcado en la ley y la constitución, y c. debe fundarse en la idea responsable y coherente de conformar una familia.

Por tal razón se puede entrever que la subrogación en la maternidad cuenta con todos los elementos para ser jurídicamente viable, y su práctica debe entonces plantearse no como un mero contrato sino como un negocio de familia que como lo establecen Valencia, A. & Ortiz, A. (2011), “las principales instituciones de familia obedecen al querer, a las declaraciones o manifestaciones que una persona hace, con el fin de realizar su proyecto de vida en procura de afecto, protección, ayuda y en general su felicidad y la de los demás con quienes deben relacionarse; así el matrimonio es el resultado del libre desarrollo de la personalidad, de la libertad, del querer de dos personas que expresan sus voluntades frente a un funcionario civil o religiosos revestido de competencia especial para decepcionarlas; el fundamento de la unión marital es igual; también la adopción, que se hace para prohijar a un menor en una familia, es el

resultado del querer del adoptante o de los adoptantes; el reconocimiento de un hijo extramatrimonial también lo es y qué no decir del acuerdo de voluntades para establecer el régimen de bienes del matrimonio.” (p.564) Vemos pues como los anteriores autores, hacen énfasis en que los negocios jurídicos familiares tienen íntima relación con el emprendimiento de un proyecto de vida, y la subrogación en la maternidad también lo es.

Como se ha mencionado con anterioridad, la maternidad subrogada se constituye como un vacío legal en el ordenamiento jurídico colombiano. En este orden de ideas, Colombia solamente tiene el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009 en la cual se realizó una permisón de la técnica de reproducción asistida, no obstante, no se realiza un análisis exhaustivo que permita comprender esta temática de manera integral.

Teniendo en cuenta el contexto normativo vigente en Colombia, el presente capítulo tiene como objetivo analizar la maternidad subrogada desde la teoría del negocio jurídico. De acuerdo a lo anterior, es importante establecer que, desde el aspecto académico, existen dos teorías: la teoría del negocio jurídico como manifestación de voluntad encaminada a producir un efecto jurídico y la teoría del negocio jurídico como autorregulación de intereses (Blhiazzi, Breccia, Busnelly y Natoli, 1995).

De acuerdo a los objetivos propuestos en el presente proyecto investigativo, la vertiente del negocio jurídico de interés para el estudio es la que se centra en la manifestación de voluntad que produce un efecto jurídico. Es así, que la expresión de dicha voluntad es el elemento estructural necesario para el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas, es decir, que el ordenamiento normativo reconoce y tutela.

De acuerdo a Ospina G. & Ospina E (2015) el negocio jurídico como manifestación de dicha voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos, tiene presente dos elementos

básicos: la manifestación de voluntad y el objetivo específico a que dicha voluntad se endereza, que consiste en la producción de efectos jurídicos.

De la misma manera, los tratadistas mencionados previamente, señalan que es importante diferenciar los conceptos entre negocio jurídico y contrato. En este orden de ideas, el negocio jurídico es el género mientras que el contrato es una de sus especies. En el primer concepto caben todas las manifestaciones de autonomía privada encaminadas a producir efectos jurídicos, sean los sujetos singulares o plurales, con o sin contenido patrimonial, en tanto que el contrato siempre implica pluralidad de sujetos participantes y contenido económico o patrimonial de la relación jurídica (Ospina G. & Ospina E (2015), 2000: p 56.).

En otras palabras, la teoría del negocio jurídico comprende todos los problemas y principios comunes a la totalidad del campo de la autonomía privada, ocupándose de la doctrina general del derecho civil, en tanto que la teoría general del contrato, que constituye una figura general y abstracta respecto de los varios tipos contractuales, se centra en el campo de la obligaciones y en la forma de planteamiento de problemas y búsqueda de soluciones propias de esa materia en específica (Scognamiglio, 1996).

3.1.1. Características de la maternidad subrogada

Según Marín G (2005) las principales características de los acuerdos y/o contratos de maternidad subrogada son:

- Consensual: Los contratos consensuales son aquellos que se forman válidamente y se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes, sin necesidad de formalidad alguna, puesto que basta el acuerdo de voluntades.

- Solemne: Se exige para su perfeccionamiento y eficacia (además del acuerdo de voluntades) una formalidad o solemnidad especial. Esta solemnidad consiste generalmente en un escrito, bien sea público o privado. Se debe resaltar que en el caso colombiano no existe ninguna solemnidad para la formalidad de la celebración del contrato de maternidad subrogada, en consecuencia, el contrato se perfecciona cuando las partes acuerden las cláusulas que regirán el mismo.

- Bilateral: Es bilateral porque las partes contratantes se obligan recíprocamente, es decir, que es aquel que crea obligaciones a cargo de ambas partes contratantes. Cada una de ellas es acreedora y deudora al mismo tiempo. Cada uno de los involucrados asume obligaciones frente al otro, razón por la cual existe reciprocidad de obligaciones.

- Gratuito-oneroso: Los negocios de maternidad subrogada se caracterizan por su gratuidad ya que una de las partes procura a la otra una nueva ventaja patrimonial o un servicio, sin recibir nada a cambio. Cuando se presente una situación contraria, el contrato se convierte en oneroso, es decir, que el contrato tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro. En este apartado se debe resaltar que la Corte Constitucional en sentencia T-950/06 establece como uno de los requisitos de los contratos de arrendamiento de vientre la gratuidad de los mismos.

- Principal: Se dicen que los contratos son principales cuando subsisten por sí mismos sin necesidad de otra convención y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella.

- Atípico: Se considera un negocio atípico puesto que este no se encuentra regulado mediante una ley al interior del ordenamiento jurídico, tal y como ocurre con los contratos de maternidad subrogada en el contexto nacional.

- De tracto sucesivo: Son aquellos contratos que por su naturaleza imponen una serie de prestaciones repetidas y sucesivas que no se cumplen en un solo instante, sino que requieren para su ejecución de un cierto periodo. En concreto, en los contratos de arrendamiento de vientre las partes deben diferir el cumplimiento de algunas de sus obligaciones en un cierto periodo de tiempo, la característica aludida es predicable para ambas partes puesto que existen obligaciones que no pueden cumplirse en un solo momento. Por ejemplo, la obligación correspondiente a la parte no gestante de cumplir con el acompañamiento a la mujer embarazada y las obligaciones de la mujer gestante de cuidar su salud y la salud del feto, mantener el anonimato en relación al contrato y permitir que la parte no gestante realice las visitas programadas requieren de un periodo de tiempo.

3.1.2. Efectos de la maternidad subrogada desde la teoría del negocio jurídico

La maternidad subrogada tiene como objetivo primordial otorgar la posibilidad a una pareja y/o individuo la facultad de tener un hijo. Si bien es cierto que este tipo de negocio jurídico no está estipulado en el ordenamiento colombiano, la determinación de sus efectos se puede analizar teniendo en cuenta los lineamientos establecidos en el Código Civil Colombiano. Se debe destacar que los efectos que produce la maternidad subrogada nacen de la manifestación de la voluntad de las partes involucradas. De acuerdo a lo manifestado previamente, los efectos jurídicos de la maternidad subrogada se pueden analizar de acuerdo a los alineamientos presentados en los artículos 1494 y ss. del Código Civil Colombiano y la sentencia T-958/09.

En primera instancia, se debe resaltar que el acto, compromiso o contrato genera una fuente de obligaciones para la madre gestante, las cuales provienen por el concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (Art. 1494). De esta

manera, cuando se genera un contrato de alquiler de vientre o maternidad subrogada, se entiende como un acto en donde una parte está obligada para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (Art. 1495). Asimismo, es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, con capacidad, que puede ser verbal o escrito, en donde las partes que lo configuran se obligan en virtud del mismo, a regular sus efectos para lograr un fin específico (Cárdenas, 2017).

Teniendo en cuenta que la maternidad subrogada nace del acuerdo de voluntades y que el contrato de arrendamiento de vientre tiene unas características específicas, se puede afirmar que uno de los primeros efectos que genera este acuerdo es la generación de obligaciones por parte de los involucrados. En este orden de ideas, es importante señalar que los compromisos a los cuales se adhieren las personas en la maternidad subrogada son variados. Para comprender este acápite a profundidad, es conveniente separar las obligaciones que nacen del negocio jurídico de alquiler de vientres en tres momentos: etapa previa a la gestación, periodo de gestación y etapa del nacimiento, entrega del nacido y registro.

En la etapa previa a la gestación, la parte no gestante se compromete a aportar o facilitar todos los recursos, ya sean médicos y/o económicos, que permitan realizar un estudio sobre la viabilidad de la gestación en la mujer seleccionada. Una vez costeados estos recursos, la parte no gestante deberá sufragar los gastos que se requieran para lograr la procreación mediante la introducción del material genético en el útero de la madre sustituta quién, en contraposición, deberá permitir la intervención quirúrgica adecuada (Guerrero & Mesa, 2015).

Durante la etapa de la gestación, la mujer gestante deberá cuidar de su salud y de igual manera, la salud del feto. Frente a esta obligación, la parte no gestante debe asistir a la mujer en las necesidades que surjan como resultado del acuerdo tales como transporte, alimentación y medicamentos. En el mismo orden de ideas, la parte no gestante está en la obligación de brindar

el acompañamiento a la madre subrogada durante la gestación y está, en contraposición, debe permitir dicho acompañamiento.

Por último, en la etapa del nacimiento, entrega y registro se presentan las obligaciones y derechos determinantes del acuerdo de maternidad subrogada. Por un lado, la mujer gestante tendrá como obligación primordial entregar al recién nacido y por otro lado, la contraparte deberá recibirlo y efectuar el correspondiente registro para establecer la filiación entre la parte no gestante y el recién nacido (Guerrero & Mesa, 2015).

De acuerdo a lo estipulado previamente, este negocio jurídico genera ciertas obligaciones entre las partes involucradas que se deben cumplir puesto que nacen de la expresión de la voluntad de las mismas. A pesar de la obligatoriedad de estas responsabilidades, puede existir la posibilidad de que alguna de las partes no cumpla con los compromisos impuestos al momento de realizar el convenio, de esta manera, el incumplimiento de sus responsabilidades también genera efectos jurídicos, que se detallan a continuación.

En primer lugar, se puede dar la posibilidad de que la madre subrogada se rehúse a practicarse el procedimiento que dará como resultado el embarazo, a pesar de haber pactado su compromiso de realizarse el procedimiento, en este escenario, es plausible preguntarse ¿si los contratantes pueden hacer exigible lo pactado?

Frente a esta problemática es necesario recordar que de acuerdo al ordenamiento nacional toda mujer tiene la facultad de decidir si desea tener hijos o no, el número de hijos y el intervalo de los nacimientos; esta protección encuentra sustento constitucional en los artículos 1, 16 y 42 Superior, adicionalmente existen normas dentro del bloque de constitucionalidad que reafirman esta posición como es la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 16. De acuerdo a lo establecido previamente, se puede afirmar que

la parte no gestante no puede obligar a la mujer a cumplir con su pacto puesto que se generaría una violación a los preceptos constitucionales y a su dignidad porque se viola la libertad de elegir su proyecto de vida y las condiciones en que quiere desarrollarlo.

Es así, que a pesar de que el artículo 1602 del C.C afirma que un contrato es ley entre las partes, este no debe interpretarse en sentido absoluto, más aún si existe una colisión entre esa norma contemplada en el Código Civil y la Constitución Política. Sin embargo, ante la pugna de las disposiciones constitucionales entre las legales, el artículo 4 de la Carta Política otorga su solución, ya que se deben aplicar las disposiciones constitucionales. Por consiguiente, si antes de que le sea implantado el material genético la mujer se opone rotundamente a cumplir con la obligación de quedar embarazada como lo estipula el contrato, aun así exista el consentimiento informado firmado por ella, podrá retractarse de celebrar el negocio jurídico, sin perjuicio de las acciones judiciales que pretendan el pago de los daños ocasionados a los contratantes (Jimenez & Vera, 2016).

En segunda instancia, el incumplimiento de las obligaciones por parte de los involucrados en el negocio jurídico se puede presentar después de implementar el material genético en la madre subrogada. Bajo este escenario se pueden generar dos posibilidades.

Por un lado, puede darse la posibilidad de que la madre subrogada estando embarazada quiera retractarse de su decisión, es decir, practicar un aborto. En este escenario, existe un incumplimiento en la ejecución del negocio jurídico porque el objeto del mismo era gestar la criatura en su vientre y no se llevó a cabo, por lo tanto la parte no gestante tendrá como posibilidad iniciar las acciones judiciales como el cobro de perjuicios ocasionados a los subrogatarios, sin excluir las acciones penales a las que haya lugar, como lo es la conducta típica de aborto contemplada en el Código Penal (Jimenez & Vera, 2016).

Por otro lado, el incumplimiento del contrato se puede dar por parte de los padres subrogatarios, donde ya no quieren que nazca él bebe o que no les sea entregado. Ante esta hipótesis, la vía judicial que debe seguir la madre subrogada es la de iniciar un proceso de impugnación de la maternidad para que un juez declare el parentesco de consanguinidad con los padres que incumplieron el contrato. De ahí que también pueda demandar a quienes la contrataron por los perjuicios derivados del daño ocasionado al no querer recibir el bebé (Jimenez & Vera, 2016).

3.2. La autonomía de la voluntad en la subrogación de la maternidad

Es conveniente indicar que sobre la maternidad subrogada, en torno al análisis jurídico, es de advertir que los efectos jurídicos que la hagan viable, deben analizarse sobre una dimensión triplista como lo exponen Zabblaza G. & Schiro M. (2005) “el fenómeno jurídico posee tres elementos, conducta, norma y justicia, ya que “a diferencia de la metodología kelseniana, construida con miras a la meta de purificar el objeto de la ciencia del Derecho, el planteo goldschmidtiano procura su integración con realidad social, normas y valor” . Por tal razón, es fundamental acercarnos al hombre, con su sentir y vivir, porque el derecho no es una ciencia aislada que solo tiene como objeto de estudio normas, sino que por el contrario es un orden de repartos, captado lógicamente y neutralmente por un tercero, y orden y ordenamientos valorados por el valor justicia. Por ende, “lo relevante a tener como meta del conocimiento jurídico es la vida humana, cuyo concepto puede discutirse, pero constituye una realidad que vale reconocer en todos los despliegues a nuestro alcance”. Pues, como dijimos, el hombre es un fin en sí mismo, y no un medio.”

Queda ampliamente establecido que la maternidad subrogada o subrogación en la gestación, además de corresponder con los avances de la ciencia, se encuentra enmarcado en la esfera del derecho de familia, y sus elementos de existencia y validez, deben corresponder a la teoría del negocio jurídico, con lo cual se da respuesta a su viabilidad dentro de un contexto ordenado y sistemático que propenda por la seguridad jurídica de los actores que en ella intervienen. De manera semejante Fama, M. (2011) manifiesta “Los avances biomédicos ligados a los cambios sociales y culturales de las últimas décadas han potencializado el acceso a estas técnicas, generando en el campo jurídico la necesidad de reformular los principios tradicionales; en consecuencia, es imperiosa la necesidad de que el discurso jurídico se ocupe de regularlas, pues el silencio legal conlleva a interpretaciones discordantes que provocarán resoluciones disímiles por parte de nuestros magistrados, sumergiendo a los justiciables en la inseguridad jurídica”.

(p.1208)

Adicional a la autonomía de la voluntad, debe encuadrarse la maternidad subrogada en la construcción de una relación jurídica, esto es; según Valencia, A. & Ortiz, A. (2011) “aquel hecho jurídico que contiene una o varias declaraciones de voluntad, reconocidas como idóneas por el sistema jurídico, que persiguen directa y reflexivamente, construir, modificar, o extinguir una relación jurídica patrimonial o familiar.” (p. 545); lo cual coincide con el pensamiento de Ospina G. & Ospina E. (2015), se definen así “Determinación. (...) manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos. (...) La voluntad en el acto jurídico. Por definición (...) constituye la sustancia misma del acto. (...) El objeto de los actos jurídicos. (...) consiste en que la manifestación de voluntad, que es la sustancia de dicho acto, debe encaminarse directa o reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, vale decir, a crear, modificar o extinguir relaciones de esta índole.” (pp. 28,30); conforme a lo dicho, dentro

de la práctica podemos encontrar las siguientes variables, la cuales encuadran que tipo de relación se construye frente a la subrogación:

- a. Cuando la pareja aporta todo el material genético y se implanta en la madre gestante,
- b. Cuando sólo se aporta el espermatozoide y la madre gestante además de procurar el vientre, aporta sus óvulos.
- c. Cuando los óvulos son aportado por una tercera persona.

En el primer caso encontramos que la relación jurídica frente a la madre gestante se restringe a que lleve en su vientre el material genético para que se desarrolle el embarazo. Zannoni E. (1987) “(...) la maternidad biológica está determinada, genéticamente, por el aporte de los óvulos fecundados, y, en consecuencia, no es la madre la que, a pesar de haber recibido el embrión, sobrellevando el embarazo y dando a luz al niño, no concibió a éste con su aporte genético. (...) y (...) aunque la maternidad está determinada legalmente por el parto, genéticamente de determina por la concepción del óvulo propio. (p. 94).

En el segundo y tercer escenario, en donde la madre gestante, además, aporta sus óvulos, o son aportados por una tercera persona, vemos que los mismos, pueden ser cedidos de manera voluntaria bajo el principio de la autonomía de la voluntad, ante lo cual nos enfrentamos a posiciones feministas en donde la mujer tiene el libre albedrío sobre su cuerpo y su material genético; sin embargo, los efectos jurídicos en este caso serán distintos, puesto que si no hay un consentimiento en la donación de los óvulos, la gestante será la madre biológica de la criatura y la viabilidad de la maternidad subrogada entra verse cuestionada y para tal fin la enmarcamos en las siguientes posturas: a. Zannoni E. (1987) “Tanto el semen como los óvulos una vez extraídos son, jurídicamente cosas. Esto no puede ofrecer dudas pues si bien – como los órganos del cuerpo humano- antes de su extracción constituyen parte de la persona y son, por lo tanto,

inescindibles de la consideración personal y existencial del sujeto, cuando se los ha separado del cuerpo, dejan de formar parte del él y son susceptibles de constituir el objeto de relaciones jurídicas. (...) La manipulación genética exige de lado, como dijimos, el consentimiento de la persona a quien se le extrae el semen o los óvulos con el fin de su utilización en la inseminación artificial o fecundación extra corporal. Además, presupone un negocio acuerdo relativo a la utilización posterior del material genético obtenido.” (p. 62,63). b. Candal L. “Madre sustituta: La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, por lo que debe buscar una mujer que cumpla con ambas funciones. En este caso, esta otra mujer madre ha de aportar óvulos y útero, y el marido los espermatozoides. (...) c.- Embriodonación: hay infertilidad en la pareja: la mujer no genera óvulos ni puede gestar, y el hombre es infértil. Se recurre a un donante de espermia y a una mujer que permita ser fecundada (artificialmente) y termine el proceso de gestación. Puede darse el caso, de la intervención de tres personas en el proceso de gestación: los óvulos de una mujer, el útero de otra y los espermias de un tercero.” (p.124)

Ante estas tres posturas, nos enfrentaremos a los efectos como por ejemplo, frente a las parejas que acuden a la práctica, la posibilidad y el derecho de conformar una familia, sobre la madre gestante, el derecho a la libertad y autodeterminación de su cuerpo, y frente al menor, los derechos relativos a la filiación y la identidad, ante esto, Zannoni E. (1998) expone “(a) desde la perspectiva de las madres sustitutas, se trata lisa y llanamente de la explotación de la mujer y su utilización como objeto de la prestación, existiendo todavía bastante incertidumbre respecto de las proyecciones psicológicas y emocionales que a mediano y largo plazo provocan estas prácticas en las mujeres que se someten a ellas; (b) desde la perspectiva del niño, dichos acuerdos vulneran su derecho a la identidad al despojarlo arbitrariamente de su primer entorno natural y propio, el medio ambiente uterino; (c) los contratos de maternidad subrogada provocan,

al menos inicialmente, una situación de incertidumbre acerca de la determinación de la maternidad, ya que nos colocan ante la existencia de una madre biológica y una madre portadora o gestante; (d) la dicotomía entre una madre biológica y una gestante provocará, posiblemente, una dicotomía de intereses; y (e) en este tipo de contratos, el hijo sería objeto de la relación jurídica contractual establecida entre la madre portadora y los padres con intenciones de procrear. Al igual que la madre portadora, recibe el tratamiento de cosa. En efecto, el contrato vincula a la portadora con obligaciones de hacer (no interrumpir voluntariamente el embarazo y facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos y realizar los tratamientos que se le indiquen para llevar el embarazo a buen término) y de dar (entregar al niño, una vez nacido, a los dueños del embrión). El hijo se convierte, entonces, en la cosa debida.” (p. 533).

Sobre lo anteriormente dicho, se puede también ver que los efectos jurídicos de la práctica pueden acompañarse de posturas médicas y éticas, tal y como lo visualiza Casado M. (1997) “Tanto desde el punto de vista jurídico, como del ético, del médico o del sociológico la libre elección del sexo de los hijos genera problemas que pueden ser resueltos de distinta forma si se considera la cuestión como una decisión individual, simplemente, o como algo que repercute en la comunidad misma. Esto nos lleva al dilema fundamental entre los derechos del individuo y los del grupo: ¿hasta dónde puede pedirse al individuo que renuncie a sus mejores intereses en nombre de una colectividad genérica? La propia concepción del mundo y de la sociedad serán determinantes a la hora de identificar los intereses en juego y de establecer cuáles deben ser los valores a proteger y su jerarquización. Las conclusiones a que se llegue deben ser cotejadas con las del conjunto de la sociedad en una discusión libre e informada. La existencia de una determinada regulación legal no cierra el asunto de manera definitiva: las interrelaciones entre

las normas jurídicas y la sociedad son mutuas, y de esta influencia se deriva en gran medida la evolución y la vida de ambos.” (p. 44)

En consecuencia de lo anteriormente dicho, la conceptualización de la viabilidad de la maternidad subrogada en Colombia desde la teoría del negocio jurídico, debe estar apoyada no sólo en los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales los cuales son determinantes para apoyar la hipótesis, sino también experiencia internacional como fuente inspiradora para la resolución de la cuestión problemática; por tal razón, dichos elementos de existencia y validez, deben conducirse en torno a la determinación, voluntad y objeto del acto jurídico en sí mismo, el cual en definitiva no debe sobrepasarse en los límites de su ejecución, para no caer en el abuso de derechos en la celebración del negocio jurídico, lo cual implicará como tal perjuicios no sólo jurídicos sino psicológicos y económicos, Tamayo A. (1998) “el titular de un derecho no abusa de él sino cuando lo ejerce con la intención de perjudicar a otro. (p. 87)

En conclusión, los elementos de existencia y validez de la práctica en el marco de la teoría del negocio jurídico, tienen un componente histórico y biológico, que se analizaran en conjunto con las obligaciones inter-partes en el marco de la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado que como en Estados Unidos de América y en México se han resuelto; tal es el caso del Estado de Tabasco en donde se ha establecido la maternidad por cuenta ajena, a partir de la Ley General de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y así lo plantea Rodríguez D. (2005) “De lo anterior se deduce que la Ley General de Técnicas de Reproducción Humana Asistida debe contener un apartado expreso para fijar la posición normativa mexicana en materia de maternidad sustituta, el cual debe estar íntimamente relacionado con la legislación civil respecto a la filiación, los derechos y obligaciones derivados de la misma. Con relación a la maternidad sustituta, consideramos que esta ley debe ser puntual en los siguientes aspectos:

1. La maternidad sustituta nunca debe contemplarse como un contrato en nuestro sistema jurídico mexicano, en virtud de que un convenio de esta índole es ilegal, contrario a la moral y a las buenas costumbres que imperan en nuestra sociedad.

2. No se debe permitir la subrogación comercial que se da cuando una mujer acepta embarazarse para entregar al bebé así gestado a otra mujer, como si se tratase de un servicio por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, cantidad a la cual se le da el nombre generalmente de "compensación económica", por todas las molestias y riesgos a las que se expone la madre sustituta, lo que significa en términos lisos y llanos un verdadero acto lucrativo, lo cual en nuestro país de ninguna manera puede permitirse y, por ende, debe prohibirse expresamente en la ley que se propone.

3. Respecto a la maternidad sustituta total, la cual significa que la madre sustituta es la madre biológica del niño, toda vez que ha aportado su propio material genético para la concepción de ese nuevo ser, no debe permitirse puesto que este hecho en realidad implica, el que una mujer entregue a otra a su hijo biológico y renuncie a todos los derechos parentales que tiene sobre él.

4. De lo anteriormente manifestado, proponemos que en el cuerpo normativo de la materia se permita la maternidad sustituta parcial y altruista, toda vez que, al excluirse sus formas antónimas, es decir la maternidad sustituta total y comercial, por las razones ya expresadas, queda como propuesta de nuestro trabajo de investigación que ésta última modalidad de maternidad por cuenta ajena, sea la que se aplique en nuestro país de manera legal.

5. La maternidad sustituta en nuestro país sólo podrá realizarse en el supuesto de que la mujer miembro de la pareja comitente también sea la madre biológica del bebé de esta

manera gestado, es decir, que sea ella la que aporte el material genético femenino para su concepción, y que junto con el gameto masculino propicien mediante la fecundación in vitro la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista gestar al nuevo ser.

6. Esta ley debe limitar a tres intentos la fecundación in vitro, y con igual número la implantación de embriones, en virtud de la problemática que encierra el congelamiento de embriones con la intención de posteriores intentos. Si una pareja no logra la viabilidad de estos tres embriones fecundados in vitro, estará imposibilitada para seguir intentando dicha técnica, en virtud del desgaste emocional, físico y económico que la misma representa, por lo cual se les proporcionará en todo momento asesoría psicológica.

7. La maternidad sustituta parcial y altruista sólo debe permitirse en el único supuesto en que la mujer miembro de la pareja comitente tenga la imposibilidad real para gestar, es decir que tenga un problema uterino, ya sea por malformación o tamaño, lo que impida la gestación, pues esta técnica fue creada, en estricto sentido, para solucionar este tipo de problemas, y no para las tergiversaciones con que ha sido empleada; por ejemplo, cuando una mujer recurre a ella para no padecer las molestias y riesgos propios del embarazo; por no detener el ejercicio de una lucrativa carrera, o bien por el sentimiento egoísta de procurarse una compañía, al haber decidido vivir sola y prescindir de la necesaria conjunción de un hombre para procrear un hijo.

8. Además de las circunstancias particulares por las que muchas veces algunas mujeres han desvirtuado el fin original de la maternidad por cuenta ajena, debe prohibirse tajantemente el hecho de que recurran a esta práctica parejas de homosexuales varones, los cuales, al evidentemente estar imposibilitados para la concepción y la gestación por su

naturaleza masculina, deciden recurrir a los "servicios" de una mujer, que acepte ser inseminada artificialmente con el semen de uno de ellos, gestar a este bebé y entregárselos al momento de nacer, circunstancia que por supuesto no debe permitirse en nuestro país.

9. En términos médicos, una mujer que sólo gesta el hijo de otra tiene la función de propiciar el medio necesario para el desarrollo de ese embrión hasta su total formación y que culminará con el momento del parto, pero no será la madre del niño.

10. Al no ser la madre gestante la madre biológica del pequeño, la mujer miembro de la pareja comitente podrá reclamar la maternidad del niño, demostrando con la prueba genética pertinente que el bebé así nacido es su hijo biológico, con lo cual esta técnica cumpliría con la finalidad original para la cual fue creada y el derecho no se volvería cómplice de conductas que van en contra de la moral y las buenas costumbres, en relación a que el resultado de la aplicación de esta técnica de reproducción humana asistida tiene sin duda repercusión en la vida de varios seres humanos, pero sobre todo en la del menor que nació por medio de ella: el interés del bebé debe estar por encima de los propios de los demás involucrados.

A partir de los elementos encontrados anteriormente se reafirma que la definición de la maternidad subrogada en nuestro país, debe darse desde de la teoría del negocio jurídico, definiendo cuáles son los elementos de existencia y validez para que en Colombia sea viable, explicada desde aspectos históricos, biológicos y jurídicos que dan origen a la práctica, y su desarrollo debe corresponder a un negocio jurídico visto desde la norma, la jurisprudencia y el derecho comparado para que tenga los efectos jurídicos en el marco de la teoría del negocio jurídico familiar.

3.3. Análisis de los efectos jurídicos de la maternidad subrogada desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En el siguiente apartado se realiza un análisis de los efectos que puede generarse al interior del negocio jurídico de la maternidad subrogada teniendo en cuenta las condiciones exigidas por parte de la Corte Constitucional en la sentencia T-968/09.

(i) Problemas fisiológicos de la mujer para concebir: De acuerdo al Tribunal Constitucional las nuevas técnicas de reproducción asistida tienen como objetivo ayudar a las parejas y/o individuos que han tenido problemas en los procesos de gestación y por ende no pueden ser padres. De esta manera, la madre subrogada se somete en centros especializados a tratamientos para gestar el bebé en su vientre, ya que quien la contrata, de manera general, tiene problemas fisiológicos para concebir; no obstante, fácticamente en algunos casos no ocurre así. Es así que la presencia de problemas fisiológicos de la madre ¿es un requisito *sine qua non* para que surja esta figura jurídica?

En un primer momento, se puede afirmar que, si porque la pareja o individuo que acude a esta figura debería tener alguna patología que le impida realizar su deseo de concebir, sin embargo, no existe un impedimento jurídico para que una persona sin problemas fisiológicos acuda a este método de procreación.

Con el objetivo de resolver este interrogante, es necesario remitirse al artículo 42 Superior en donde se acepta la concepción con asistencia científica y que además no está sujeta a condición en el sentido de que sea solamente la persona con problemas fisiológicos la que pueda acudir a esta técnica de reproducción. Por lo tanto, una persona puede pactar con otra para le geste un hijo sin tener una condición física que le impida procrear.

Por otro lado, la Corte en su argumentación expone solamente el caso de la mujer con problemas fisiológicos para concebir, es así que puede generarse el caso en donde sea un hombre sin pareja femenina que desee acudir a esta práctica. En este caso, es necesario tener en cuenta el artículo 18 constitucional en donde se expone la igualdad de los individuos en el territorio nacional y por ende, es factible que individuos del género masculino accedan a esta técnica de reproducción asistida cuando consigan un óvulo donado, el cual es fecundado con su esperma y gestado el feto por una madre subrogada (Jimenez & Vera, 2016).

(ii) Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante: Esta condición es un requisito *sine qua non* para que se lleva a cabo el contrato de maternidad subrogada, debido a que si es la mujer que facilita su vientre al mismo tiempo es la donante del óvulo, se convierte en madre biológica del menor, por lo cual se produce un vínculo jurídico por existir un parentesco de consanguinidad, en consecuencia, hay una imposibilidad de quien la contrato para que obligue a la mujer a entregar a su hijo y se desnaturaliza por completo el negocio jurídico pactado (Aguilar, 2013).

(iii) Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas: De acuerdo a la argumentación del Tribunal Constitucional, uno de los requisitos indispensables para que se genere un contrato de maternidad subrogada es su gratuidad. Es así, que cuando los interesados lleguen a pactar una remuneración económica a la madre subrogada por concepto de “prestación del servicio” de gestar el bebe, las consecuencia jurídica sería la inexistencia del contrato, toda vez que dentro de los elementos de existencia se encuentran el consentimiento, objeto y causa; por lo tanto, si dentro del objeto del contrato se afirma que alguien gesta un bebe para otro individuos y que en contraprestación se da una remuneración por la gestación, el contrato será inexistente por objeto ilícito (Aguilar, 2013)

(iv-v) Requisitos de la mujer gestante y obligación de la mujer gestante a someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como valoraciones psicológicas.

Con el objetivo de minimizar los riesgos en el proceso de gestación, la Corte Constitucional estableció como requisitos que la madre gestante se realice los exámenes médicos y psicológicos pertinentes para optimizar el negocio jurídico. De acuerdo a los requisitos del Tribunal Constitucional, los centros especializados deben realizar una serie de estudios tanto físicos como psicológicos para examinar las condiciones de la madre que se postula para gestar, bien sea para evitar posibles complicaciones en el transcurso del embarazo o algún tipo de trastorno que se pueda generar al momento de gestar un hijo que no es suyo.

De acuerdo a lo anterior, la madre que firma el contrato de maternidad subrogado se obliga a realizarse estos tipos de exámenes durante el proceso de gestación. No obstante, se puede dar el caso de que la madre subrogada se niegue a hacerse los chequeos médicos o no siga las recomendaciones otorgadas por el profesional de salud; en este caso, en razón del negocio jurídico, el contratante podrá acudir a los estrados judiciales para hacer valer dicha cláusula, mediante acciones judiciales como la contemplada en el artículo 426 del Código General del Proceso, de la ejecución de dar o hacer (Jimenez & Vera, 2016).

(vi) Que se preserve la identidad de las partes: En la maternidad subrogada se supone que no debe existir variación de las partes, es decir, que desde la celebración del contrato las partes deben saber de forma inequívoca con quien contratan con la finalidad de que no haya confusiones de ninguna índole para efectos de ejecutar el contrato.

En este orden de ideas, si la madre subrogada se quiere retractar y desea ceder el contrato a otra mujer en estado de embarazo, no será posible que se efectúe tal cesión toda vez que en ella reposa el material genético de los padres subrogatarios, de ahí resulta una relación de *intuitio*

personae, por la condición única que porta la madre subrogada a causa de la implantación del material genético. En consecuencia, si los padres contratantes pretenden ceder a otros el contrato, esta acción no tendrá efectos jurídicos porque a su vez estaría cediendo los derechos y obligaciones que tienen sobre el bebé que está por nacer, contrariando normas de orden público como las estipuladas en el artículo 42 de la Constitución, en donde se impone a los padres una progenitura responsable. En el mismo orden de ideas, se estaría vulnerando los derechos fundamentales de los menores, tales como la dignidad humana, el derecho a la familia, a su integridad personal, los derechos de protección como el abandono físico, emocional y psicoafectivo, al cuidado personal que debe ser de manera integral y el derecho a la identidad establecidos en la Ley 1098/06 (Vaca M. C., 2018).

En resumen, la cesión del contrato será anulable, toda vez que hay una nulidad absoluta por contrariar normas de orden público, de tal manera, que, si se inicia un proceso, siempre serán las mismas partes las que acudirán y por ende tendrán la calidad de litis consortes necesarios.

(vii) Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado e implantando el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor: Dentro de las estipulaciones contempladas por la Corte Constitucional, es imprescindible que en un contrato de maternidad subrogada exista un consentimiento por parte de la madre gestante, ya que tiene varias implicaciones jurídicas, por cuanto debe saber con exactitud qué tipo de procedimientos le practicarán, las consecuencias y lo que acarreará a corto, medio y largo plazo. Así mismo, es necesario determinar como la madre entrega al hijo luego de dar a luz al bebé.

En el caso de que la madre subrogada se niegue a entregar el bebé, sobre quien no tiene algún derecho ya que no existe parentesco de consanguinidad, la parte contratante podrá acudir a los estrados judiciales, aportando las pruebas que consideren pertinentes: tales como la prueba de

ADN y el contrato. Es por ello la importancia de que se plasme en el mismo la no retractación para facilitar el proceso judicial en caso de que haya una renuencia por parte de la madre subrogada a entregar el bebé. En este caso, los padres biológicos pueden iniciar un proceso de impugnación de la maternidad, el cual puede tener una duración considerable que puede violar los derechos fundamentales del menor a estar con su núcleo familiar, en este caso, se debe destacar que los interesados pueden iniciar una acción de tutela para preservar estos derechos que son vulnerados al menor (Vaca M. C., 2018).

(viii) Que los padres biológicos no puedan rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia: Este precepto tienen su sustento constitucional en el artículo 42 inciso séptimo en donde se establece que “La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”. En el mismo orden de ideas, la Ley 1098 de 2006 en su artículo 14 estipula de manera imperativa el deber los padres respecto del cuidado, sostenimiento, manutención y educación de los menores.

De esta manera, el ordenamiento jurídico colombiano establece la imposibilidad de que los padres biológicos no acepten a sus hijos, sin embargo, se puede presentar el escenario en el cual, estos se niegan rotundamente a aceptarlo. Para dar solución a esta problemática la madre subrogada puede generar un proceso de impugnación de la maternidad o también puede iniciar una acción de tutela para restablecer los derechos vulnerados del menor (Jimenez & Vera, 2016).

(ix) Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor: Este requisito tiene sustento en la protección especial que tiene el menor en la Constitución, los tratados internacionales y el Código de Infancia y Adolescencia en sus artículos 8 y 10 que desarrolla lo enunciado en la Carta Política en lo que se refiere a la prevalencia de los derechos de los niños, articulado con el deber de corresponsabilidad que es el que permite que se

materialicen y se hagan exigibles los derechos a quienes tienen el deber de protección de los menores, en materia de protección, cuidados y atención.

(x) Que la mujer gestante sólo podrá interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros: A pesar de que en el contrato de maternidad subrogada no exista una cláusula sobre el aborto, se debe destacar que los derechos fundamentales de la madre subrogada se deben respetar. Es así que cuando se pone en peligro la integridad de la madre, esta podrá acudir al aborto; en este apartado es procedente recordar las tres causales de aborto aprobadas por el Tribunal constitucional las cuales son: (a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; (b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; (c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se puede establecer que la madre subrogada está facultada a practicar el aborto tanto en una situación en donde la continuación del embarazo genera un grave riesgo para su vida o cuando el proceso de inseminación artificial no se ha llevado a cabo con el consentimiento de la madre. Además, el contrato será anulable, toda vez que haya un vicio del consentimiento, lo cual acarreará nulidad absoluta insubsanable (Jimenez & Vera, 2016).

Por otro lado, si la interrupción del embarazo se genera sin tener en cuenta los requisitos establecidos por la Corte, la padres biológicos pueden iniciar un procesos judicial en donde la madre subrogada deberá asumir la responsabilidad civil que ello acarree, sin perjuicio de las

acciones penales que puedan iniciarse por el delito de aborto consagrado en el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 (Jimenez & Vera, 2016).

4. Capítulo 4. Conclusiones

La maternidad subrogada si bien se comporta como un término relativamente extraño, se evidencia como una práctica milenaria realizada por gran cantidad de civilizaciones, evidenciando los problemas biológicos que les impiden a las mujeres tener hijos, y que se suscita cuando la familia siente que su núcleo debe complementarse con la llegada de un bebe, de hecho desde el constructo religioso de las religiones más preponderantes del mundo la práctica se estructura como una forma normal de tener hijos en madres ajenas sin que ello implique una violación del núcleo familiar.

Desde el ámbito biomédico y bioético la procreación del ser humano es una práctica que no involucra únicamente un hombre y a una mujer, en el proceso de procreación asistida se identifica como necesaria la decisión de la persona de convertirse en padre o madre, la decisión de la madre que presta su vientre de realizar la acción y la sanidad del útero en la cual se realiza el procedimiento, dado a ello el concepto de maternidad subrogada se presenta por primera vez en el año de 1967, año en el cual se crea la primera agencia de alquiler de vientres, desde ese momento se encuentra que la agencia mencionada ha contribuido con el nacimiento de más de 500 menores.

Como tal se encuentra que el proceso, en cuestiones médicas implica una variedad bastante importante de procedimientos, entre los cuales se identifica la obtención de gametos, haciendo referencia a óvulos y espermatozoides, así como también a la producción de embriones mediante tecnología de punta, y de hecho se habla de la transferencia de estos embriones desde un espacio creado hacia el útero alquilado.

Es preciso comprender que la maternidad subrogada es un proceso claramente atípico, en el cual el embarazo se lleva a cabo en un útero diferente al útero de la madre, evidentemente aunque parece poco preciso se argumenta que los hallazgos evidenciados en múltiples documentos científicos ratifican que a pesar de que la madre sustituta presta el vientre, la paternidad refiere de manera directa a los padres biológicos, en este caso es preciso argumentar que la intención es develar la filiación que tiene el menor que se encuentra en el vientre de una madre subrogada. Ante esta situación subsiste una contraposición latente pues si bien los padres tienen una preponderancia significativamente importante en el momento de la subrogación, no es preciso dejar de lado ni la madre sustituta ni el menor, quienes, como parte sustancial del contrato comercial, sufren las consecuencias si ocurriese un desacuerdo, disputa o ruptura entre las partes implicadas.

Es imperante concluir que existe también un factor que si bien desde la genética y la biomedicina es tocado someramente, requiere de un interés preponderante, y se trata de la relación afectiva que el menor gesta al interior del vientre de la madre con esta misma, ante esta situación es preciso traer a colación los casos de Joyce y Grammy, casos citados en el cuerpo de trabajo, quienes a pesar hijos de un proceso de maternidad subrogadas, dado a un descontento de las partes, se han quedado a potestad de la madre gestante, lo cual hace que el niño pierda completamente su calidad de producto comercial y se distinga como un miembro importante de la familia, esto implica entonces que se gesten alrededor de los años lazos considerablemente más estables, que los que se pensaba instaurar en el inicio de la transacción.

Para traer a colación algunos de los problemas que se han evidenciado al interior del proceso de maternidad subrogada es precisamente la tipificación que en muchos casos se realiza del

menor, y la madre sustituta evidenciándolos como objetos comerciales, lo cual evidentemente trasgrede la integralidad del ser humano.

Concluyentemente es preciso argumentar que la maternidad subrogada cumple con una necesidad que tiene el ser humano, por un lado afectiva, y por el otro lucrativa, esta última siendo expresada en algunos casos, ante esta situación es primordial reconocer que existe una finalidad propia con la que actúa el gestante, esta como se ha mencionado con anticipación puede ser altruista o lucrativa, en el primer caso es preciso argumentar que la mujer debe estar completamente dispuesta a cumplir la voluntad que ha expresado desde un primer momento y por la acción de engendrar a un hijo ajeno no recibe ningún tipo de compensación por los gastos que hacen parte del parto y del pauperio, en este caso depende de la voluntad del padre que ha requerido los servicios de la madre sustituta, si reconoce algún tipo de remuneración o no, en el segundo caso que es bastante popular se identifica que la madre sustituta percibe un pago por parte de los padres biológicos del menor, y que la cantidad de dinero se pacta desde un primer momento.

Otro aspecto que es importante tener en cuenta del mismo modo al momento de establecer los parámetros de la maternidad subrogada es precisamente el hecho de la filiación que tiene el menor para con la madre que alquila su vientre, en el caso de que esta sea familiar de los comitentes, este tendrá una doble filiación, de lo contrario la filiación existe solo desde el ámbito biológico, considerando lo anterior es preciso argumentar que algunos autores representativos en el tema han argumentado que se requiere que el trabajo de gestación subrogada sea llevado a cabo única y exclusivamente por personas dedicadas a esta labor, evitando conflictos de este tipo.

En el contrato comercial que se genera como un pacto entre la madre gestante y los comitentes o padres biológicos, se precisa de manera generalizada que no existe la posibilidad de que la madre gestante abandone el contrato, y se haga al bebe en cuestión, siendo esta una posibilidad con la que cuentan las madres que prestan su vientre de manera informal, o que lo hacen sin retribución alguna, de hecho es prudente afirmar que la mayoría de los bebes que son tenidos desde la maternidad subrogada terminan en los brazos de sus padres momentos después del parto, situación por la cual el menor no comparte ningún momento con la madre gestante. Es preciso establecer ante este proceso que la causa de la gestación subrogada puede ser cualquiera, ya sea esta una razón médica, física, social, o psicológica que influya en la necesidad de incluir a un menor al interior de la vida de una persona, con ello es preciso afirmar que no existe una restricción en el ámbito causaciones de la maternidad subrogada.

Para tratar de manera somera los aspectos técnicos que se definen en la maternidad subrogada es conveniente afirmar que las combinaciones genéticas pueden ser variadas y tener un gran número de posibilidades, desde este punto de vista el hijo puede tener diferentes padres genéticos sin que ello influya de manera considerable al interior del proceso de gestación subrogada, en cuanto al ámbito legal es preciso inferir que los tipos de padres legales tampoco tienen restricciones, de hecho se evidencia que estos pueden ser más de dos personas e incluso una persona jurídica.

Concordantemente es preciso afirmar que no existen restricciones que sean considerablemente importantes al momento de establecer la maternidad subrogada, precisamente porque la localización geográfica y el nivel económico de las partes no es relevante en esta transacción, sin embargo, es preciso considerar que la libertad con la que cuenta la gestante es un factor de vital importancia al momento de establecer este tipo de transacción comercial, *per se*, se entiende que

la mujer cuenta con el conocimiento y la libertad plena para la realización del procedimiento, sí que ello implique que esta condición se presenta en la totalidad de los procesos de maternidad subrogada, de hecho en el análisis histórico y desde el derecho comparado se especifica que en muchas ocasiones las mujeres han sido obligadas a cumplir con una maternidad subrogada.

En el mundo se identifica que la maternidad subrogada puede contar o no con un marco legal que garantice una seguridad jurídica lo que implica que existen vacíos legales que pueden evocar problemas considerablemente importantes en el cuidado del tráfico de menores, es preciso afirmar que en el caso de que se presente una subrogación materna desde un país ajeno al que reside la madre sustituta se reconoce la necesidad de una especificación de acuerdos bilaterales entre dos países, evidenciando de esta manera la necesidad de prestar una atención adecuada al tema.

Se precisa que al interior de las motivaciones que deben señalarse al interior de la maternidad subrogada y de la decisión que toma la madre sustituta de portar un hijo ajeno a la actualidad no se encuentran completamente estudiadas situación por la cual persisten vacíos propios de la transacción comercial, según estudios empíricos se logra inferir que las tres razones principales por las cuales una mujer puede convertirse en una madre sustituta o gestante son: altruismo, interés económico o la reparación, es preciso considerar que estas tres motivación están fuertemente influenciadas desde el contexto social y económico que rodean a la madre.

En este caso es conveniente tratar el tema del altruismo de una manera particularmente comercial, según estudios realizados por López Guzmán (2017) se logra especificar que el altruismo es una forma de subsanar la moral que se trasgrede en el proceso comercial, y además es una estrategia de mercado, evidentemente el cubrir con el manto del altruismo la transacción

comercial que se realiza tácitamente sobre un menor es pues una forma de eliminar de alguna manera las implicaciones legales que rodean el hecho, de hecho se puede afirmar que la solidaridad gestacional sirve como una máscara para el contrato de subrogación.

Es preciso considerar que la motivación altruista ya se encuentra tocada con la cuestión pecuniaria que envuelve el proceso de subrogación, sin embargo en la motivación económica, el interés de la madre y sus condiciones económicas son parte fundamental del trato que se gesta entre madre y comitentes, un ejemplo de ello es el primer caso documentado de maternidad subrogada en la India en el cual la mujer debía conseguir dinero dado a que su esposo se encontraba sufriendo de una enfermedad, de hecho después de este caso particular se ha evidenciado que 9 de cada 10 mujeres consideran que el portar el hijo de otra pareja debe traer una compensación monetaria, la cual sería la única razón que ameritaría este hecho.

En la búsqueda de establecer una mayor cantidad de tratos que envuelven la subrogación, y la transacción comercial como tal, se ha buscado formas de dulcificar la realidad mostrando la posibilidad que tienen las madres sustitutas de otorgar, prácticamente, un regalo a aquellas que, a pesar de tener la intención de concebir una familia, por problemas de diversa índole no logran concebir. Dada a esta razón es conveniente afirmar que muchos países que se definen como pobres han buscado la forma de establecer la maternidad subrogada como una actividad generosa, tapando entonces el beneficio económico que esperan recibir de la misma, de hecho se puede concebir que en algunos casos se trata de una explotación de clases sociales preponderantes sobre clases sociales humildes, que dadas las condiciones sociales requieren de esta transacción para encontrar un sustento que les permita mantenerse vivos.

En cuanto a la reparación se evidencia que no existe una prueba empírica que denote que la subrogación de madres se realiza desde esta visión, es decir, si bien esta es tomada como una motivación no se ha comprobado de manera científica que esta sea una motivación, se reconoce que esta es otra forma de calar en el mercado, sin que se vean implicadas las condiciones morales y valores que son fundamentalmente importantes en la maternidad normal.

Se evidencia que dadas a las condiciones de la transacción económica y las implicaciones económicas y morales que trae la maternidad como un negocio, algunos países como es el caso de Canadá, no ha admitido de ninguna manera una transacción de maternidad sustituta que implique de manera necesaria la transacción económica, en este caso la única motivación que se encuentra es la benevolencia, en donde se denotan como únicas motivaciones el altruismo y la reparación.

En la actualidad no queda ninguna duda de que la maternidad por subrogación es un proceso comercial, también legal en algunos países. Ya se ha comentado que esta maternidad por subrogación es parte de la reproducción artificial que, cada vez con más intensidad, se está convirtiendo en un negocio con fines de ganancia, convirtiéndose entonces en un mercado lucrativo en el que las parejas que tienen una posición económica importante busca una descendencia que sea fruto de una acción de alta tecnología.

Para concluir es necesario considerar que el término que en mayor medida envuelve la transacción económica en la subrogación es el win win arrangement, en la cual se considera que las dos partes salen ganando, sin embargo, ante esta conceptualización existe una queja bastante concisa pues se denota que la transacción lo único que hace es otorgarle poder las personas que son acomodadas monetariamente, y que posibilita incrementar la explotación a las clases pobres,

el evocar en cualquier estado este patrón define como una posición bastante permisiva que está a favor única y exclusivamente de los beneficios económicos.

El boom de la maternidad subrogada ha venido a calarse a los medios de comunicación, quienes se han dedica, en algunos países, a otorgarle una preponderancia temática, evocando con ello condiciones que en la vida real no se cumplen, en este caso es preciso afirmar que en muchas ocasiones se denota que la cantidad de dinero que ha sido pactada en los convenios comerciales no es la cantidad de dinero entregada a la madre, precisamente porque ella debe cubrir la cantidad de gastos que aluden a la transacción de gametos, esto implica entonces que se produzca una explotación todavía más preocupante.

De acuerdo a lo evidenciado la maternidad por subrogación es un negocio, un convenio económico que conlleva algunas consecuencias no deseables, entre ellas la contribución a la pervivencia de desigualdades económicas, en el ámbito sanitario, se ofrece también en otros supuestos distintos al de la maternidad por subrogación, por ejemplo en el de los trasplantes, donde grupos de población pobres y vulnerables están dispuestos a poner su salud personal en peligro si con ello reciben una pequeña recompensa económica. El estatus socioeconómico del receptor del órgano o de la pareja destinataria del niño es muy superior al del donante o al de las madres portadoras

Es preciso afirmar que por las vicisitudes que envuelven el proceso, algunos sectores, entre ellos referidos los feministas, que existe un abuso sobre la mujer dada la subrogación, dada a esta condición ya existen diferentes comunicados en donde se ha demostrado la tipificación de la madre sustituta y el menor como una mercancía que entra en un proceso comercial, conveniente únicamente para la madre que cuenta con las condiciones económicas para el alquiler de un

vientre. Dados a estos comunicados se ha verificado que el hecho de que se genere la explotación de una clase sobre otra, en un aspecto tan complejo como es el caso de la maternidad, abre un abanico completo de problemáticas adyacentes en donde se identifica que existe la posibilidad de incurrir en el tráfico reproductivo en donde las mujeres se convierten en objetos de intercambio reproductivo a través de la mediación de intermediarios que buscan lucrarse con el sacrificio de las mujeres.

En conclusión, algunos autores han representado la maternidad por subrogación como una nueva forma de explotación y acumulación dentro de la globalización neoliberal que, no obstante, deja traslucir un trasfondo neocolonialista. Los sustitutos en la gestación y otras personas, cuya productividad se obtiene principalmente a través de procesos biológicos y afectivos, son convertidos en sujetos de la fuerza de trabajo capitalista. No obstante, esta visión no es la mantenida por sectores implicados en el proceso de subrogación, como pueden ser las propias clínicas de infertilidad, que se postulan a sí mismas como empresas sociales, las cuales tienen como intención no lucrarse como tal, sino establecer un proceso benéfico tanto para la madre sustituta como para los padres interesados en la concepción de un bebé. Es decir, se presentan como adalides de un capitalismo ético que mejora las desigualdades resultantes de la infertilidad del primer mundo y la pobreza del tercer mundo.

Una condición que es importante analizar en el caso del marco jurídico que actúa a favor o en contra de la maternidad subrogada es precisamente el pronunciamiento de la Haya (2012) el cual define una prohibición ante este tipo de contratos, de hecho se especifica la necesidad de formalizar las controversias y especificar que se aplicaran sanciones de tipo penal en el caso de que exista este proceso, evocando el cuidado de la filiación de los menores como un factor fundamental en la vida de los mismos, e infiriendo que existe una trasgresión a los menores

cuando se trata de convertir en exigibles este tipo de contratos. Concordantemente se expresa que no existe una falta de regulación que modifique sobre manera la actuación de los estados con respecto a los pronunciamientos definidos, de hecho la totalidad de los estados deben regular la totalidad de los procesos que se generan alrededor de esta transacción, en la búsqueda de eliminación de vacíos; cuando se trata de especificar las motivaciones que envuelven el proceso La Haya (2012) denota que solo se acepta la transferencia de embriones en una actividad altruista otorgando de esta manera una admisión restrictiva.

En el análisis de los elementos que enmarcan a la maternidad subrogada como negocio jurídico desde la norma, se hace preciso traer a colación la jurisprudencia internacional y el análisis comparado, en este entorno el primer caso de maternidad subrogada que ha sido solucionado desde la jurisprudencia se remite al año de 1975 en el Estado de California, el cual le otorga el fallo a la familia contratante, evidenciando la legitimidad que tiene el contrato de subrogación para este estado. En este caso se hace preponderante las condiciones económicas que tienen los padres en la búsqueda de las mejores condiciones para el menor, es conveniente afirmar que esta se reconoce como la primera sentencia y que los factores a tener en cuenta son: las partes implicadas en donde se incluyen tanto los madres contratantes como la madre sustituta, el consentimiento que tienen las dos partes, y la entrega del recién nacido, en este caso se denota que la entrega del recién nacido debe realizarse

Un concepto *sine qua non* que se debe tener en cuenta al momento de realizar la transacción de la maternidad subrogada es establecer los acuerdos y el consentimiento de manera previa al primer paso para iniciar la gestación, es decir, a la fecundación e implantación del gameto, dado a que una vez se genere este proceso no existe una reversión, por tratarse de una vida que se encuentra en juego.

Se evidencia que en el ámbito colombiano no existe una regulación tácita expresada por la legislación colombiana, esto se evidencia como un vacío procedimental que modifica en buena manera los procesos comerciales, es preciso considerar que dada esta situación no se tipifican las responsabilidades de las partes de manera adecuada de hecho de forma tácita se identifica que los padres contratantes exigen que la madre gestante se abstenga de tener relaciones sexuales, y es obligada a someterse a rigurosos tratamientos médicos en el transcurso del tiempo que dure el contrato y su obligación más importante es la entrega del menor al momento del nacimiento, esta parte es fundamental precisamente porque es el producto del acuerdo, en este momento el proceso transaccional se da por cumplido. Por otro lado, las obligaciones de los comitentes son cancelar la suma acordada y recibir al niño en el momento de su nacimiento, esta se considera la principal obligación que tienen los concomitantes.

Ante la falta de rigurosidad del contrato comercial los compromisos contractuales reflejan un mayor alcance del postulado de la autonomía de la voluntad privada, en este caso bogando por la voluntad tanto de la madre sustituta de entregar al menor, como de los contratantes de pagar la cantidad de dinero suficiente, que refiere al contrato, pues en estos casos las partes acuerdan las cláusulas de acuerdo a su conveniencia, determinan los efectos que han de producir, su alcance, sus condiciones o modalidades, aunque las respectivas estipulaciones no se amolden a los contratos patrones reglamentados por la ley civil, lo cual se representa como un vacío trascendental en el proceso.

Desacuerdo con los análisis que se encuentran al interior de la investigación es preciso considerar que en Colombia se pueden gestar este tipo de contratos sin que exista impedimentos morales o religiosos, aplicando los preceptos constitucionales desarrollados en figuras legales, así se observa la inexistencia de una prohibición tácita de este contrato, entre las figuras referidas

se encuentra la protección al núcleo en la Carta Política de Colombia, específicamente en el artículo 42 Superior, desde esta condición el ordenamiento jurídico colombiano puede contener si bien vacíos, avalar de manera indirecta la transacción de la maternidad subrogada.

Adicionalmente, se puede aludir que en Colombia existe un respaldo constitucional que justifica la aplicación del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer como una institución jurídicamente aceptada, denominado “principio de libertad reproductiva” y se encuentra amparado en la Constitución Nacional y en distintos tratados internacionales, concordantemente y dada la gran cantidad de contratos de este tipo que se han estado generando la primera propuesta sobre la tipificación adecuada de la maternidad es llevada a cabo por el congreso de la Republica en el año 2018. Dentro de la argumentación presentada por el Congreso se expone que aceptar esta práctica transforma el cuerpo de las mujeres pues las convertía en “máquinas para hacer bebés” y paralelamente convertía a los niños en “objetos de consumo” o “productos comerciales” que se encargan, se compran, se venden e incluso se devuelven o se cambian si no satisface al cliente.

En contraste con lo expuesto por muchos otros países se logra concretar que en Colombia existen desde hace algún tiempo una preocupación por la mercantilización de los vientres y de los bebés que son frutos de ellos, ante esta situación es preciso argumentar que mientras no se presente una regulación integral sobre la temática y el negocio de la maternidad subrogada, se sigue corriendo el riesgo de que el contrato sea controvertido ante la jurisdicción ordinaria del país y ser considerado como inválido, argumentando un fallo que puede poner en tela de juicio la legitimidad del contrato, pero traer condiciones monetarias negativas para ambas partes, ya que las opiniones son diversas y cada argumento sin duda puede encontrar una fundamentación

jurídica que lo sustente, esta situación también se presenta precisamente porque las leyes colombianas son bastante completas y presentan entonces avales jurídicos en área diferenciadas.

Concluyendo el análisis jurisprudencial de la maternidad subrogada, es preciso traer a colación la primer sentencia que se relata del país de esta condición en la cual la Corte considera que las técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro, combinadas con la maternidad subrogada, permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su óvulo y semen de su marido, compañero o donante, con ello se especifica que no existe una trasgresión a la madre, eliminando los supuestos de mercantilización. La Corte argumenta que, de manera general, las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios óvulos y espermatozoides, respecto de 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 o parto, estos lineamientos como se puede especificar hacen parte de una forma sustancial de contrato, otorgando entonces la posibilidad de generar este tipo de procesos en tiempos futuros.

El ordenamiento jurídico colombiano no contempla una prohibición expresa para realizar este tipo de acuerdos o contratos, no obstante, es importante resaltar que las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se puede ubicar la maternidad subrogada o sustituta, es legitimada por la doctrina en virtud del artículo 42 de la Constitución Política de 1991 debido a que este artículo sostiene que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptado o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos o deberes”, especificando de esta manera que los menores deben contar con el mismo seguimiento estatal que tienen los menores que han sido concebidos de manera natural.

En el análisis del Tribunal constitucional se especifica la necesidad de promulgar reformas que regulen este tipo de transacciones, de acuerdo a ello se establecen unos requisitos mínimos que son bastante similares a los que son expuestos por otros países que tienen la misma preocupación, en ellos se evidencia la necesidad de que la madre genética tenga problemas fisiológicos para concebir, además de que los gametos que se requieren no sean aportados por la madre sustituta, que la madre no tenga unos fines lucrativos, aludiendo la motivación netamente altruista, y que cumpla con requisitos tales como el cumplimiento de la mayoría de edad, una salud psicofísica importante, el haber tenido hijos, entre otros, así mismo, la madre gestante debe someterse a exámenes que de manera pertinente establezcan la calidad de la salud física de la gestante, además de establecer como relevante las valoraciones psicológicas como esenciales en el proceso, adicional a ello es preciso que se preserve la identidad de las partes y que una vez se ha informado e implementado el material reproductor o gameto no se pueda retractar de la entrega del menor, que puede ser una actividad recurrente en la creación de lazos filiales, adicional a ello los padres no podrán rechazar al menor a pesar de que este cuenta con alguna malformación congénita, esta actividad busca que se preserve la calidad de vida del menor, y que la mujer no puede interrumpir el embarazo por prescripción médica sin una consulta a los padres congénitos.

En el análisis de los países que se encuentran en contra de la maternidad subrogada o que no tienen como tal una legitimación desde la normativa nacional es preciso nombrar a Suiza y Francia. En Suiza se establece como no permitido de ninguna manera la maternidad de este tipo ni de tipo altruista así como tampoco bajo la recompensación monetaria, sin embargo, es necesario aclarar que en el caso en el que se presentase una subrogación si bien la ley no ampara como tal el procedimiento, no existe ningún tipo de sanción contra el contratante o contratista, y

la ley define que la madre legal del menor es precisamente la madre biológica o subrogada, concordantemente se evidencia que la no prohibición se evidencia como la posibilidad de una subrogación no amparada. Francia del mismo modo afirma que todo convenio de procreación o por la gestación por cuenta de otro será completamente nulo, esto especificado en el año de 1994.

Se precisa que los países europeos en muchos casos han expuesto la necesidad de legitimar la maternidad subrogada pero no todos cuentan con la normativa necesaria, este es el caso de Alemania que establece esta práctica como ilegal y además aceptada como una forma de comercio ilegal de humano, de hecho se plantea que el incremento de los casos que se presentan de manera ilegal, impulsa con mayor razón la necesidad de expedir una ley en donde se contemplen las penas privativas de la libertad a las mujeres que presten su vientre para la gestación sustitutiva, a la par de este país, se encuentran también afianzando la posición en contra de la gestación sustituta o subrogada Holanda, el cual define la transacción como ilícita y Australia el cual, avanzando en la prohibición de manera tajante, define que se prohíbe la creación de embriones ocupando la técnica in vitro para un uso distinto de la experimentación terapéutica, adicional a ello se exige una autorización previa administrativa para realizar programas de investigación con el material en cuestión, de esta manera se proscriben la práctica de la clonación y la creación de híbridos

En cuanto a los países que están a favor de la práctica es preciso considerar a Estados Unidos el cual cuenta con una gran cantidad de países que además de establecer la práctica como legal, y necesaria, han optado por tipificarla al interior de sus normas y otorgarle legitimidad, estas normas son avaladas en la misma medida por países como Reino Unido, Brasil y Grecia, siendo este último el que se encuentra mucho más afianzado en el proceso de legitimación, así mismo

Canadá y Rusia, generan unas condiciones específicas de la maternidad subrogada especificando la legitimidad del proceso.

En este sentido la viabilidad de la maternidad subrogada en Colombia vista desde la teoría del negocio jurídico debe corresponder precisamente con la definición de los elementos de existencia y validez, que desde la doctrina se han establecido como necesarios para que su práctica se dé en correlación con el marco jurídico existente en nuestro país; el negocio jurídico de esta manera es el género mientras que el contrato es una de sus especies. En el primer concepto caben todas las manifestaciones de autonomía privada encaminadas a producir efectos jurídicos, sean los sujetos singulares o plurales, con o sin contenido patrimonial, en tanto que el contrato siempre implica pluralidad de sujetos participantes y contenido económico o patrimonial de la relación jurídica

Teniendo en cuenta que la maternidad subrogada nace del acuerdo de voluntades y que el contrato de arrendamiento de vientre tiene unas características específicas, se puede afirmar que uno de los primeros efectos que genera este acuerdo es la generación de obligaciones por parte de los involucrados. En este orden de ideas, es importante señalar que los compromisos a los cuales se adhieren las personas en la maternidad subrogada son variados. Para comprender este acápite a profundidad, es conveniente separar las obligaciones que nacen del negocio jurídico de alquiler de vientres en tres momentos: etapa previa a la gestación, periodo de gestación y etapa del nacimiento, entrega del nacido y registro.

Concluyentemente se especifica que este se comporta como un negocio jurídico dados los condicionantes contractuales que se presentan en Colombia, entre los cuales se especifican los problemas fisiológicos de la mujer para concebir, que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante, además de que no exista un fin lucrativo

sino el de ayudar a otras personas, que se cuente con los requisitos de la mujer gestante y obligación de la mujer gestante de someterse a los exámenes pertinentes, antes durante y después del embarazo así como las valoraciones psicológicas, preservar la identidad de las partes, que una vez firmado el consentimiento informado e implantado el material reproductor o gametos, no puede retractarse de la entrega del menor, y que los padres biológicos no puedan rechazar al hijo bajo ninguna circunstancias, los padres no pueden dejar desprotegido al menor antes del nacimiento, y la madre solo puede interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.

Bibliografía

- AEGES. (12 de 04 de 2017). *¿Qué es la maternidad subrogada?* Recuperado el 10 de 02 de 2019, de *¿Qué es la maternidad subrogada?*: <http://aeges.es/maternidad-subrogada/>
- Aguilar, E. (2010). *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: una mirada de la norma constitucional colombiana*. Cartagena: Universidad Libre de Colombia.
- Álvarez, D., & Carroza, C. (2012). *Maternidad Subrogada y filiación a la luz del ordenamiento jurídico colombiano*. Bogota D.C: Universidad San Buenaventura.
- Arambura, A. (2008). *Maternidad Subrogada*. México D.F.: Centro de Documentación; información y análisis. Cámara de Diputados, LX Legislatura. .
- Arévalo, I. (2016). *Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos*. Bogotá D.C: Universidad Católica de Colombia.
- Arrubla, A. (2008). *Maternidad Subrogada*. Centro de Documentación, información y análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior. Mexico .
- Arteta, C. (2011). *Maternidad Subrogada*. . Cartagena.: Revista Ciencias Biomédicas. Facultad de Medicina Universidad de Cartagena. .
- Barcia, R. (2006). *La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile*. Obtenido de http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/autonomia_privada_aplicacion_RodrigoBarcia.pdf
- Bernal, D. (2009). Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia . *Revista Republicana*, 6, 15-30.
- Borrajó, M. (2015). La maternidad subrogada ¿una técnica de reproducción asistida más? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones*, 23-49.
- Brodsky, J. (2013). *Actualidad y proyecciones de la maternidad subrogada en el derecho internacional privado argentino*. . Buenos Aires.: Lecciones y Ensayos Nro. 91. .
- Calvo, A., & Carrascosa, J. (2015). *Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Mas allá del tribunal supremo y del tribunal europeo de Derechos Humanos*. España: Revista Cuadernos de Derecho Transnacional.

- Camacho, J. (2001). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores.* . Consultado en <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>.
- Cano, M. (s.f.). *Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada.* Obtenido de <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>
- Cárdenas, L. V. (2017). *Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano.* Tunja: Universidad Santo Tomas.
- Cardoso, F., & Rodriguez, N. (s.f.). *Obstetria.* Biblioteca de género.
- Casado, M. (1997). *Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho.* Revista Papers. Universidad de Barcelona. Barcelona.
- Caso por proceso de indicación de paternidad. Requerentes M.A.A. c W.A.A. (Juízo de Direito de la vara de familia e Registro Civil da Comarca do Recife 28 de febrero de 2012).
- Código de Hammurabi. (s.f.). *Ley 144, 146, 147.*
- DeLa-Barreda, N. J. (2017). *PERSPECTIVAS BIOMÉDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.*
- Eleonora Lamm. (2002). *Gestación por sustitución.* Barcelona: Indret. Revista para el análisis del derecho, julio.
- Escobar, F. (2007). *Derecho a la reproducción humana (Inseminación y Fecundación In vitro).* México: Revista Cuestiones Constitucionales No. 16.
- España, C. d. (2010). *INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.*
- Famá, M. (2011). *Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación.* Buenos Aires: Ed. La Ley.
- Flores, J. (2014). *Gestación por Sustitución; más cerca de un estatuto jurídico común europeo.* Bogotá, Colombia: Revista Universidad Externado de Colombia. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3885/4327>
- Gamboa, C. (2010). *Maternidad Subrogada Estudio Teórico Conceptual y de Derecho Comparado.* . Mexico D.F. : Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. .
- Gargallo, F. (1993). *Nuevas técnicas reproductivas: el debate de las italianas.* Obtenido de http://www.debatefeminista.pueg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/008_07.pdf
- Gonzales, E. (2013). *Sustitución de vientres. En el V congreso de Derecho Procesal.* Boyaca.

- Guerrero, F., & Mesa, M. (2015). *La incidencia del incumplimiento del contrato de arrendamiento de vientre en algunos derechos fundamentales de los menores*. Medellín: Universidad EAFIT.
- Héritier, F. (1996). *Masculino Femenino: el pensamiento de la diferencia*. Paris: Odile Jacob.
- Jimenez, C., Romero, A., Londoño, I., & Vasquez, J. D. (2016). *Análisis de la maternidad subrogada en la legislación colombiana 2009-2015*. Bogotá D.C: Universidad Libre.
- Jimenez, K., & Vera, M. (2016). *Efectos jurídicos derivados del incumplimiento de las obligaciones en el contrato de maternidad subrogada*. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana .
- Jimenez, M. (2010). *Biopolíticas y biotecnologías: Reflexión sobre la maternidad subrogada en India*. Universidad Jawaharlal.
- Jouve, N. (2017). *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/html/875/87551223002/>
- Kadavid, C., & Barrera, A. (2015). *Maternidad subrogada en el sistema colombiano y principales aportes internacionales al tema*. Medellín: Universidad CES.
- Lamm, E. (2012). *Gestación por sustitución*. Revista de Análisis del Derecho.
- Leonseguí, R. (1994). *La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo*. Boletín de la facultad de derecho.
- Lopez, I. (2016). *Maternidad subrogada ¿una práctica moralmente aceptable?* Cantabria: Universidad de Cantabria.
- López, J. (2017). *Dimensión económica de la maternidad subrogada*. Obtenido de <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/199.pdf>
- López, J., Mondéjar, M., & Pérez, M. (2015). *Nuevos materiales para el estudio transversal y en abierto de los nuevos desafíos jurídicos del derecho de familia*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Medina, G. (. (1997). *Maternidad por sustitución – Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana*. . Buenos Aires. : Ed. La Ley.
- Medina, H. (24 de Enero de 2014). *HATSHEPSUT. La que abraza a Amón, la primera de las mujeres*. Obtenido de <https://losojosdehipatia.com.es/cultura/historia/hatshepsut-la-que-abraza-a-amon-la-primera-de-las-mujeres/>
- Mir, L. (2010). *La reproducción en la mujer*. UNESCO.
- Mojica, J. (2010). *Teoría del negocio jurídico y las obligaciones*. Bogotá D.C.
- Morelli, M. (s.f.). *Derecho, Historia, Lengua y Cultura en el pensamiento de Savigny*. Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía jurídica y filosofía social .

- Rodríguez, D. (2005). *Nuevas Técnicas de reproducción humana, el útero como objeto de contrato*. Revista de Derecho Privado.
- Rodríguez, D. (2005). *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. El útero como objeto de Contrato*. Mexico D.F.: Revista de Derecho Privado .
- Rodríguez-Yong, C., & K.X., M.-M. (2012). *El contrato de maternidad subrogada: La Experiencia estadounidense*. . Revista de Derecho. Valdivia.
- Ruiz, A. (2016). *Tratamiento de la maternidad subrogada en el derecho comparado* .
- Sagrada Biblia. (s.f.). Génesis 16.
- Sagrada Biblia. (s.f.). Génesis 30.
- Sánchez, R. (2010). *La gestación por sustitución: Dilemas éticos y jurídicos*. Revista Humanitas – humanidades médicas. .
- Scognamiglio, R. (1996). *Teoría General del Contrato. Trad. Fernando Hinestrosa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia T-968, Expediente T-2220700 (Corte Constitucional 18 de 12 de 2009).
- Souto, B. (2005). *Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho*. . Madrid.: Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. .
- Tamayo, L. (1998). *Manual de Obligaciones*. . Bogotá.: Ed. Temis.
- Vaca, M. (2018). *Maternidad Subrogada para parejas del mismo sexo en Colombia bajo una perspectiva del derecho comparado*. Universidad Católica de Colombia.
- Vaca, M. C. (2018). *Maternidad Subrogada para parejas del mismo sexo en Colombia bajo una perspectiva del derecho comparado*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia .
- Valencia, A., & Ortiz, A. (2011). *Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas*. Bogotá. : Ed. Temis.
- Vilar, S. (2014). *Situación actual de la gestación por sustitución*. . Revista de Derecho UNED Núm. 14.
- Zabalza, M., & Schiro, G. (2005). *La maternidad subrogada y la meditación del ser humano*. Revista del Centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social. Facultad de Derecho Universidad de Rosario. Rosario.
- Zannoni, E. (1987). *Comunicación presentada al Congreso hispanoamericano de Derecho de Familia*. Cáceres.
- Zannoni, E. (1998). *Derecho civil. Derecho de familia*. . Buenos Aires.: Ed. Astres.