

**MECANISMOS PROCESALES QUE GARANTIZAN LA PRACTICA DE LA
MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA**

AUTOR:

INGRID ESMITH CAMPOS PIZO

ASESOR:

DR. BERENICE CRUZ RODRIGUEZ

TRABAJO DE GRADO EN INVESTIGACIÓN



**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.**

2023

Dedicatoria

“A Dios, a mis padres, hermanos y a mi amado hijo, quienes han sido la fuente inspiración para lograr este importante logro en mi vida profesional.”

ACEPTACIÓN:

Valoración: _____

Calificación (A o I): _____

Dr. (a)

Jurado (o Asesor)

Dr. (a)

Jurado

Dr. (a)

Jurado

Tabla de Contenido

Dedicatoria.....	2
Introducción	7
Abstract	9
Planteamiento del problema.....	10
Justificación	12
Objetivos	15
Objetivo general.....	15
Objetivos Específicos.....	15
Hipótesis	16
Diseño Metodológico.....	16
Capítulo I Generalidades.....	18
De la maternidad subrogada.....	18
La maternidad subrogada desde el punto de vista contractual	22
Alquiler de Vientre - Definición y finalidad.....	28
Capitulo II	30
Antecedentes jurídicos de la maternidad subrogada en Colombia en la última década.....	30
Maternidad subrogada en Ucrania	31
Maternidad subrogada en Georgia	34
Maternidad subrogada en Rusia.....	36
Maternidad subrogada en California EEUU	37
Maternidad subrogada en Países Bajos	39
Maternidad subrogada en México.....	40
Maternidad subrogada en la India.....	42
Capitulo III.....	43
Mecanismos Procesales Que Garantizan La Practica De La Maternidad Subrogada En Colombia.....	43
Mecanismo procesal para las personas que cuenten con la capacidad económica de sufragar la subrogación uterina en Colombia	46
Mecanismo procesal para las personas que no cuenten con la capacidad económica de sufragar la subrogación uterina en Colombia	48

Conclusiones.....	51
Referencias.....	53
Anexos	57

Tabla de Anexos

Anexo A <i>Entrevistado No. 1</i>	57
Anexo B <i>Entrevistado No. 2</i>	60
Anexo C <i>Entrevistado No. 3</i>	63
Anexo D <i>Entrevistado No. 4</i>	66
Anexo E <i>Entrevistado No. 5</i>	69
Anexo F <i>Entrevistado No. 6</i>	71

Introducción

En el siguiente documento, de manera amplia se dará a conocer sobre la maternidad subrogada y su adelanto jurídico en nuestro país, siendo esta una posible solución a los problemas de infertilidad de las parejas colombianas que no pueden procrear de manera natural o asistida.

En el presente trabajo de grado, tenemos como necesidad, la falta normatividad jurídica de la Maternidad Subrogada en Colombia y el cómo afecta a las partes que realizan un contrato de maternidad subrogada la falta de regulación de la misma, en donde se estableció como pregunta de investigación, ¿De qué manera la falta de regulación normativa de la maternidad subrogada en Colombia afecta a las personas que hagan uso de esta práctica y cuál debería ser el trámite correspondiente a seguir?, es así como inicia el proceso de investigación con el fin de justificar sociojurídicamente la necesidad de crear un marco normativo que proteja a las personas que quieren ser padres haciendo uso de la maternidad subrogada sin discriminación alguna por parte de la sociedad debido a la falta de reglamentación jurídica, la cual resulta siendo una práctica clandestina y lucrativa para quienes hace uso indiscriminado de la misma, abusando de la necesidad de mujeres que desconocen el alcance jurídico que este conlleva debido a que desconocen su posición y derechos que le asisten, de esta forma se desarrollara el objetivo general en el cual se lograra “Describir cómo afecta a las partes que realizan un contrato de maternidad subrogada, la falta de regulación normativa en la actualidad y proponer un mecanismo procesal para los casos que se lleguen a presentar en Colombia”, estableciendo como población objeto de estudio las personas que quieran hacer uso de la maternidad subrogada, como instrumento se hizo uso de la entrevista, en donde se identificara que no existe un conocimiento claro de la maternidad subrogada en Colombia, por lo que es necesario la

implementación de un mecanismo procesal que soporte la actuación de las partes intervinientes en esta práctica.

Esta investigación es hecha respetando a todas las partes intervinientes en el proceso de gestación subrogada en procura de brindar un aporte jurídico significativo a nuestro país, más específicamente a las personas que no pueden procrear de manera natural cumpliendo de esta manera en dejar una mejor sociedad para nuestros hijos.

Encontramos que en muchos países se habla de la maternidad subrogada reglada o definitivamente prohibida como una solución al problema anteriormente expuesto e inclusive nuestro ordenamiento jurídico interno ha venido dando pequeños pasos para regular de manera definida esta práctica la cual es poco conocida pero que ha tenido bastante desarrollo por parte de las instituciones educativas de nuestro país en aras de encontrar una posible solución jurídica a este vacío legal al que se han afrontado las personas que han hecho uso de esta.

Logrando de esta forma brindar una solución jurídica a personas que desean procrear hijos biológicos, pero debido a su imposibilidad de hacerlo de manera natural, podrán acudir de manera segura al uso de las nuevas tecnologías de concepción y creación de vida que brindan distintas posibilidades de procreación a quienes no pueden gestar naturalmente.

Palabras clave: maternidad subrogada, investigación, procesal, normatividad.

Abstract

In this degree work, we have as a need, the lack of legal regulation of surrogacy in Colombia and how the lack of regulation affects the parties that make a surrogacy contract, where it was established as a research question, how does the lack of regulation of surrogacy in Colombia affects people who make use of this practice and what should be the corresponding procedure to follow? This is how the research process begins in order to justify socio-legally the need to create a regulatory framework that protects people who want to be parents using surrogate motherhood without any discrimination by society due to the lack of legal regulation, which turns out to be a clandestine and lucrative practice for those who make indiscriminate use of it, abusing the need of women who are unaware of the legal scope that this entails because they are unaware of their position and rights that assist them, Thus, the general objective will be developed in which it will be achieved "To describe how it affects the parties that make a surrogacy contract, the lack of normative regulation at present and to propose a procedural mechanism for the cases that may arise in Colombia", Establishing as the study population the people who want to make use of surrogate motherhood, as an instrument the interview was used, where it was identified that there is no clear knowledge of surrogate motherhood in Colombia, so it is necessary the implementation of a procedural mechanism that supports the performance of the parties involved in this practice.

Keywords: Surrogate motherhood, investigation, procedural, normativity.

Planteamiento del problema

En Colombia, hacer referencia a la maternidad subrogada, conlleva a realizar un estudio profundo del origen de la misma, su finalidad y las consecuencias de su práctica, en donde tenemos en concreto que esta se desarrolla mediante una serie de normas que regulan total o parcialmente su debida aplicación, en donde gracias a la normatividad vigente, jurisprudencia y derecho comparado se ha logrado suplir parcialmente, los conflictos jurídicos que han suscitado como consecuencia de esta práctica, en donde se busca de manera definitiva crear un mecanismo procesal idóneo para dar solución de fondo a esta problemática.

La falta de regulación y seguimiento a los casos de maternidad subrogada que se han presentado en nuestro país han creado un vacío socio jurídico, toda vez que no existe un contrato en donde se establezcan las partes procesales, derechos y obligaciones que le asisten, esto desde el punto de vista civil o mercantil. Respecto a las sanciones de tipo penal el Senado de la República ha tenido bastantes iniciativas legislativas para erradicar y castigar este delito entre estos tenemos uno de los últimos proyectos de ley el cual buscaba crear un tipo penal que castigara a quien obligara a una mujer a llevar a cabo la práctica de la maternidad subrogada en busca de fines económicos y así mismo con este se buscaba limitar la cosificación de los menores inmersos en esta practica (Guerra et al. 2021)

Demostrando de esta manera que se han venido dando grandes pasos para brindar una posible solución a esta problemática, sin antes indicar que para poder aplicar estas sanciones se debe establecer el alcance civil o mercantil para lograr establecer la aplicación de la sancione de tipo penal.

Al encontrarse inmersos derechos personalísimos de los posibles contratantes en donde se involucran de igual forma los derechos fundamentales de los menores concebidos mediante esta modalidad, en procura de que prevalezcan los derechos de estos a quienes desde el momento de su concepción hasta el día de su nacimiento se les debe brindar todas las garantías mínimas vitales, de igual forma a las madres gestantes y que a estos quienes son los directamente implicados no los afecte la falta regulación el resultado de esta práctica.

La maternidad subrogada en nuestro país al contar con vacíos jurídicos se convierte en un verdadero tabú socialmente hablando, tanto para las personas que deciden realizar esta práctica ya sea para obtener un beneficio económico o como para quienes lo hacen voluntariamente para ayudar a la procreación de alguien cercano, esta práctica se realiza sin que exista reglamentación alguna que garantice a las partes el cumplimiento de este tipo de acuerdo; siendo por consiguiente este un tema novedoso con el cual se busca dar solución a este vacío jurídico para brindar garantías a las partes intervinientes.

Por consiguiente, la presente investigación se centra a dar respuesta al siguiente problema jurídico; ¿De qué manera la falta de regulación normativa de la maternidad subrogada en Colombia afecta a las personas que hagan uso de esta práctica y cuál debería ser el trámite que legalmente se debe seguir?

Justificación

La maternidad subrogada, puede considerarse como una solución que se le brinda a las parejas heterosexuales que por alguna imposibilidad fisiológica no puedan gestar un hijo y para las familias formadas por parejas del mismo sexo; por lo tanto su regulación es urgente, dado que asegura su propósito familiar y protege el derecho fundamental a formar una familia, además de brindar un apoyo económico a la gestante el cual deber ser un reconocimiento o estímulo por gestar al menor y haber llevado todo el proceso del embarazo de una buena manera.

Sin embargo son pocos los países que han regulado esta práctica, razón por la cual no existe un enfoque jurídico para determinar cuál sería la mejor opción, si permitirla o prohibirla, a pesar de ello resulta urgente y necesario su regulación, no hay que desconocer que el derecho evoluciona con la sociedad y el ignorar esta situación podría llevarnos a una posible omisión legislativa, por ello este trabajo permitiría abarcar una posible y correcta regulación de la maternidad subrogada mediante la cual se aclare cuál debe ser el trámite a seguir, la entidad encargada de llevar el control de esta práctica, un posible proceso judicial en caso de presentarse conflictos entre las partes, facilitando de esta forma a los Jueces la toma de decisiones y no se encuentren ante una vacío jurídico al no tener una norma aplicable a la cual regirse.

Por consiguiente, los operadores judiciales de nuestro país deben contar con las herramientas necesarias para dar trámite a las necesidades que se surgen en el desarrollo constante de nuestra sociedad y no generar una incertidumbre jurídica a las personas que requieren de su aprobación para hacer efectivos sus proyectos de vida; siendo la maternidad subrogada una solución puesta en práctica en algunos países generando de esta manera estabilidad y seguridad jurídica a las partes intervinientes en este proceso.

En razón a lo anteriormente expuesto, con este estudio de igual forma se buscará brindar a los usuarios de la administración de justicia una figura jurídica con un posible trámite definido el cual generará estabilidad jurídica a los operadores judiciales, logrando de esta manera garantizar el respeto de los derechos esenciales de quienes quieren ejercer la paternidad y maternidad, sin ninguna clase de discriminación y limitación por motivos de sexo, raza, religión, idioma, color etc.

Es importante aclarar, que la concepción abarca un conjunto de fenómenos que se desarrollan en la mujer, gestación que no es solo el hecho de que biológicamente ocurra el prodigio de dar vida, sino que es indispensable la coalición de otras dimensiones y el hecho de que la mujer se encuentre naturalmente preparada para ser gestante, no significa que deba serlo. Está en cada mujer la disposición de serlo o no, y en caso de que opte por no serlo, eso no la hace una mala mujer. De igual forma existen mujeres que experimentan la maternidad así no vivan el proceso biológico para serlo, como ejemplo de ello tenemos las mujeres que adopta a un niño; si bien no dan a luz, estas viven todos los cambios físicos, psicológicos y sociales, como cualquier otra mujer que si tuvo la oportunidad de procrear, cumpliendo con la trayectoria biológica que la lleva a serlo.

Ahora bien, la maternidad subrogada es cuando una mujer se compromete a llevar un embarazo y posteriormente una vez da a luz entrega el niño o niña a otra persona o pareja, renunciando a su derecho como madre y en la mayoría de los casos este acuerdo se realiza a cambio de una remuneración económica.

En Colombia no contamos con normas que regulen este tema, como referente tenemos la sentencia T-968/09, en donde la Corte Constitucional define la maternidad subrogada o alquiler de vientre o útero como el hecho del nacimiento del un niño o niña gestado por parte de una

madre sustituta, la cual al finalizar el embarazo cederá los derechos que le asisten sobre el recién nacido a favor de la futura madre intencional de este, ya que al ser una madre sustituta no aporta material genético propio como lo son sus óvulos al proceso de gestar vida. (Calle Correa , 2009).

Concluyendo finalmente que una vez terminado el embarazo la madre sustituta entregará el recién nacido a quienes asumieron tanto los gastos médicos y demás remuneraciones.

Al encontrarnos ante un vacío tan grande en nuestra normatividad, resulta necesario regular esta situación, dado que es una problemática que viene creciendo con el pasar de los años, la maternidad subrogada es un tema que actualmente genera una gran controversia en nuestro país, al ser este un procedimiento que se realiza sin que exista una regulación debidamente establecida, por lo que la falta de regulación de la maternidad subrogada lleva a establecer muchos interrogantes acerca de su legalidad como ¿Es lícito la celebración de contratos de venta de material genético o de arrendamiento de útero?, ¿es lícito el acto de entregar a un bebe a cambio de dinero?, ¿Qué requisitos debe cumplir una mujer para ser madre subrogada?, ¿Qué entidad regularía el cumplimiento de esta práctica?, si no se cumple con estos presupuestos se entraría a analizar si estos contratos presuponen un delito de tráfico de menores tipificado en el Código Penal Colombiano.

Consecuente a lo anterior, resulta necesario realizar estudio de cómo debe ser regulado este tema en nuestro sistema jurídico y sobre el posible procedimiento que se debe seguir cuando se presente esta práctica.

Objetivos

Objetivo general

“Describir cómo afecta a las partes que realizan un contrato de maternidad subrogada, la falta de regulación normativa en la actualidad y proponer un mecanismo procesal para los casos que se lleguen a presentar en Colombia”

Objetivos Específicos

1. Explorar como ha sido la historia y práctica de la maternidad subrogada en Colombia en la última década.
2. Comparar cómo está regulado la maternidad subrogada en algunos países que nieguen o acepten su práctica en la última década.
3. Analizar si la práctica de la maternidad subrogada puede convertirse en una situación comercial al considerarse contrato y como llegaría afectar los derechos fundamentales de los que lo realicen en Colombia en el 2023.
4. Evaluar cómo sería la implementación de la maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico, además de su posible procedimiento a seguir en la actualidad.

Hipótesis

En lo referente a la hipótesis, se busca establecer un mecanismo procesal que cuente con todas las bases jurídicas que garanticen los derechos a las partes que hagan uso de la maternidad subrogada, esto toda vez que no existe una reglamentación clara en donde se establezca las acciones pertinentes para proteger los derechos de los sujetos procesales, buscando proteger los derechos fundamentales a la vida, a la salud y la autonomía.

Diseño Metodológico

Se tomo como referente lo establecido por parte de Diaz Vasquez & Valencia Jiménez, (2020) en su texto una introducción a las investigaciones empíricas en derecho, en donde encontramos que este trabajo se ajusta a los criterios de una investigación empírica, de igual forma cuenta con un enfoque cualitativo, se hizo uso del método de investigación estudio de casos, así mismo como técnica de investigación se realizaron entrevistas y análisis documental, finalmente se tomo como instrumento de investigación el trabajo de campo en donde se recolectaron entrevistas de manera escrita.

Así las cosas, se realizó una investigación teórica con enfoque cualitativo, en la cual se efectuará un análisis socio jurídico respecto a la falta de regulación jurídica de la maternidad subrogada en Colombia; la responsabilidad de las partes intervinientes y del estado en la realización de esta práctica, así como la necesidad de crear un contrato y un mecanismo procesal que genere una posible solución a la indebida aplicación de la subrogación uterina en Colombia.

El método de análisis de casos de esta investigación nos ayudará a identificar de manera clara aspectos conceptuales de la maternidad subrogada, en donde de manera descriptiva y analítica se tomará como referente estudios previamente realizados del tema, esto con la

finalidad de identificar la naturaleza jurídica de nuestro problema de investigación, de igual forma se buscará encontrar una posible solución a la mala práctica de subrogación uterina en Colombia.

Como técnica de investigación se hará un análisis documental, en donde se analizará la aplicación jurídica que se le ha venido dando a nivel internacional a la práctica de la maternidad subrogada, tomando como referentes algunos países que aprueben o desapruében esta práctica, esto con la finalidad de encontrar una posible solución a la aplicación jurídica que se debe dar de la subrogación uterina en nuestro ordenamiento interno.

Así mismo, se realizará un análisis documental de la normatividad que rige la subrogación uterina en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo es nuestra jurisprudencia y proyectos de ley; así mismos se pondrá a consideración estudios, tesis y revistas de profesionales conocedores del tema tanto en área de derecho como en el área de la medicina, siendo este aporte de gran relevancia a esta investigación. De igual forma se hará uso de medios tecnológicos para la documentación y referencia de este trabajo.

Como técnica de investigación se realizaron entrevistas de carácter cualitativo a personas que cuentan con una amplia experiencia en entidades estatales como lo son el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Registraduría Nacional del estado Civil y Comisarias de Familia.

Finalmente tenemos que como instrumentode de investigacion se hizo uso del trabajo de campo, siendo las entrevista realizada recolectadas de manera escrita.

Capítulo I Generalidades

De la maternidad subrogada

La gestación subrogada es de vital importancia en nuestra sociedad debido a que es una solución para quienes quieren ejercer la maternidad, paternidad o conformar una familia, acudiendo a la ayuda de terceras personas a quienes en contra prestación se les garantizan unos derechos mínimos, los cuales deben estar debidamente regulados en un ordenamiento jurídico.

Tenemos inicialmente que maternidad el diccionario de la Real Academia Española lo define de la siguiente manera: “hecho jurídico relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones” (Real Academia Española, s.f.)

Así mismo el diccionario de La Real Academia Española señala que subrogar es “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa” (RAE, 2001)

Cadavid Pulgarin et al. (2016) , han investigaron que la maternidad subrogada es el suceso por el cual se genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un contrato o acuerdo mediante el cual trasfiere todos los derechos del el recién nacido a favor de otra familia.

Al respecto La Real Academia Española señala que el vientre de alquiler se da cuando una “mujer que, previo acuerdo o contrato, cede su capacidad gestante para que le sea implantado un embrión ajeno, engendrado mediante fecundación in vitro, y se compromete a entregar al nacido al término de su embarazo” (Real Academia Española, s.f.)

Cadavid Pulgarin et al. (2016) en su estudio realizado en lo referente a la Maternidad subrogada en Colombia, se indicaron una serie de subclasificaciones de la maternidad subrogada

según el acuerdo de las partes así: Subrogación tradicional: la cual se cumple cuando no se reemplaza el óvulos de la gestante siendo esta la madre genética del niño. La gestación se produce a través de un método de inseminación con el esperma del padre biológico o espermatozoides donados, de igual forma se produce al sostener relaciones sexuales con el futuro padre o un hombre distinto. Esta subrogación también se conoce de igual forma como subrogación parcial o de baja tecnología. Subrogación gestacional: en esta modalidad no se hace uso de los óvulos de la subrogada si no que otra mujer es la madre genética del niño. La concepción se produce a través de la FIV, ya sea utilizando los óvulos de la futura madre o donados por otra mujer. Esta práctica también se conoce como subrogación completa, es decir fecundación in vitro o de alta tecnología. Subrogación altruista: este tipo de subrogación es donde a la madre sustituta no se le reconoce ninguna remuneración económica, y en correspondencia se le sufragan los gastos médicos relacionados con el alquiler del vientre, el cual es realizado generalmente por los futuros padres biológicos. Subrogación comercial: en esta clasificación a la subrogada se le reconoce una remuneración económica como contraprestación a la subrogación realizada por esta, la cual es asumida por lo general por parte de los futuros padres biológicos del menor. Subrogación transfronteriza: esta última clasificación indica que la madre de alquiler y el o los futuros padres son de diferentes países. Para lo cual acuden a intermediarios para lograr su objetivo el cual finalmente es crear vida, en donde por lo general se encuentran involucrados más de dos países. Este método también suele ser llamado acuerdo de subrogación internacional.

Con esta conceptualización encontramos que la maternidad subrogada no es un tema nuevo para nuestra sociedad, por el contrario esta ha sido abarcada por entes tan importantes a nivel internacional como lo es la Real Academia Española, llegando a una conclusión que para

hacer uso de la maternidad subrogada deben existir dos extremos, por un lado, quienes desean procrear a sus propios hijos y por otro lado las mujeres que facilitan su útero para satisfacer dicha necesidad ya sea de manera altruista o remunerada, encontrando desde un principio que nuestro ordenamiento jurídico al no encontrarse debidamente regulada la maternidad subrogada no brinda ningún tipo de garantía a las partes que intervienen en esta práctica.

Por consiguiente, la metodología de esta investigación es socio jurídica, descriptiva y analítica en donde se analizará la normatividad vigente en los países donde está es puesta en práctica o donde ha sido totalmente prohibida con el fin de encontrar las posibles soluciones para nuestro ordenamiento jurídico, haciendo uso de las nuevas tecnologías para la documentación y referencia de esta.

Desde el año 1998 en Colombia se ha venido planteando una solución jurídica a la práctica de la maternidad subrogada, en donde el Congreso de la República de Colombia mediante proyectos de ley ha buscado una posible solución definitiva a esta problemática, pero a pesar de los esfuerzos estos han sido archivados en distintas ocasiones sin que a la fecha exista un referente normativo definitivo más que lo planteado por parte de la Corte Constitucional, en donde para el año 2009 y 2022 exhorta al legislador para que cumpla su función y de una solución definitiva a quienes quieran acceder a esta forma de procreación.

En los distintos proyectos de ley presentados ante el Congreso de la Republica en lo referente a la maternidad subrogada en Colombia, se evidencia que se ha buscado proteger a la gestante y al menor que esta por nacer, en gran medida busca la penalización del mal uso de esta práctica, dejando de lado la regulación civil y comercial, por consiguiente no se da a conocer legislativamente los requisitos para que esta práctica sea válida, más que los ya regulados por parte de la Corte Constitucional en 2009, tampoco se indica cuáles serán los entes estatales que

velaran para que se garanticen los derechos mínimos de las partes intervinientes, de igual forma tampoco se ha establecido quien vigilara y dará aval a los lugares que serán legalmente habilitados para la realización de esta práctica y un sin número de vacíos jurídicos que han venido siendo resueltos transitoriamente por el ente judicial el cual ha hecho claridad que no es su función ni su misionalidad pero con el fin de evitar un daño irremediable ha tomado la vocería en lo referente con el fin de proteger los derechos de las personas que no tienen más opción que acudir a esta jurisdicción.

Así las cosas, internacionalmente contamos con dos opciones que jurídicamente nos permiten obtener una posible solución a la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, una es la prohibición total de esta y la otra es que esta sea regulada, supervisada y acompañada por parte de los entes gubernamentales los cuales deben ser garantistas de las personas que hagan uso de este procedimiento.

Aquí la gran importancia de posición firme y definitiva que tome el legislador y el gobierno de turno en el sentido de prohibir la práctica de la maternidad subrogada totalmente o reglamentarla con las herramientas necesarias para que esta sea llevada a feliz término.

Quienes en un momento de nuestras vidas no logramos en un lapso determinado procrear de manera natural a nuestros hijos biológicos, pensamos indudablemente en acudir a otros métodos existentes para lograr nuestro objetivo, en donde resulta muy frustrante encontrar que nuestro ordenamiento jurídico no brinda garantías a las personas que no cuentan con los recursos económicos para acceder a ello, siendo un privilegio acceder a un alquiler de un útero y solo podrán disfrutar de este beneficio quienes cuenten con la capacidad económica para hacerlo, encontrándose las mujeres que naturalmente no pueden llevar un embarazo a feliz término en una

posición de desigualdad frente a quienes si pueden sufragar los gastos que conllevan una maternidad subrogada.

Encontrando que aquellas mujeres que no pueden gestar de manera natural se encuentran en una condición de inferioridad frente aquellas que si lo logran, condición que termina siendo ratificada debido a la falta de capacidad económica para sufragar una maternidad subrogada la cual a la realidad de su practica en nuestro país no es inferior a los 50 SMLV, por lo que es importante que se realice un estudio exhaustivo de la normatividad a aplicar y si se cuenta con las herramientas necesarias para que jurídica, social, económica y medicamente se pueda garantizar.

Aquí la importancia de tener claro el concepto de maternidad subrogada y el alcance que este conlleva toda vez que desde esté se habla de la voluntad de las partes para lograr la gestación de un hijo biológico el cual no puede ser procreado naturalmente y que a la luz de nuestra jurisprudencia se debe cumplir con unos requisitos y condiciones para que cuente con validez, pero nada se ha dicho en lo referente al trámite procesal que se debe surtir y el cual servirá de guía para las personas que quieran hacer uso de este procedimiento como para los centros médicos que se encargaran de llevar a feliz término esta gestación, esto toda vez que no es lo mismo enfrentarse a un contrato atípico a encontrarse con un contrato completamente reglado unas garantías mínimas para las partes intervinientes.

La maternidad subrogada desde el punto de vista contractual

Salta a la vista que el contrato de subrogación materna hace referencia a dos casos distintos que merecen análisis y críticas separadas. Esto es la subrogación desde el punto de vista de prestación del óvulo y vientre, o como el simple contrato de incubación, es decir cuando se

hace uso del vientre exclusivamente para concebir uno o varios embriones producidos con material genético ajeno. Y aquí donde surge el problema al momento de resolver jurídicamente cuál es la verdadera madre, ya que, junto a la dueña del óvulo fecundado, que sería la madre biológica, está la mujer que ha gestado y dado a luz al hijo, que vendría a ser la madre legal.

Así mismo tenemos que la maternidad subrogada no es un tema nuevo en nuestra sociedad, dado que se sostiene que se data desde la Antigüedad que el tener un hijo era algo muy necesario, en la antigua Mesopotamia, al hombre se le permitía contraer matrimonio con una segunda mujer cuando la primera no era capaz de tener hijos, y a mediados del siglo XVIII a. c. contratar vientres fue una práctica legal en el reino de los sumerios.

De igual forma en la antigua religión griega consideraban que, si el marido era estéril, un pariente de este debía copular con su esposa, el hijo producto de esa unión se consideraba como del marido.

Durante la historia de la humanidad, el hombre ha buscado la forma de procrear hijos a pesar de los diferentes problemas físicos que pueda tener una pareja, por ello en Japón y Estados Unidos fueron los primeros en crear bancos de semen, pero en Estados Unidos se realizaron los primeros embarazos con semen congelado, además en el Reino Unido se realizó una fecundación in vitro de gametos humanos.

La maternidad subrogada surge a raíz del marco abierto de las nuevas tecnologías reproductivas, la cual buscaba soluciones para las mujeres que padecían alguna una patología uterina, por lo que se originó la posibilidad de acceder al útero de otra mujer. Como primeros referentes encontramos que mediante de un anuncio publicado en un periódico de California para el año de 1975, una pareja solicita una mujer para que la inseminen artificialmente y esto

favoreció la creación de sociedades de préstamos de úteros, para el año 1976 se realizó el primer acuerdo de maternidad subrogada a través de una inseminación artificial, sufragado por el abogado Noel Keane, quien creó Surrogate Family Service Inc, la cual ayudaba a parejas con problemas para tener hijos, realizando los trámites para la subrogación.

Uno de los primeros casos de subrogación, fue cuando los embriones de una mujer sin útero fueron transferidos al de su amiga, la cual dio a luz a un bebé que no guardaba ningún tipo de relación genética con ella, en otro caso en el cual se celebró un contrato de maternidad subrogada, se privó de los derechos maternos de las mujeres gestantes al decretar la validez de dichos contratos. En Francia la Corte de Casación, para la fecha de 1991 declaró ilícito los contratos de maternidad subrogada.

Calle Correa (2009) en sentencia T-968 de 2009, nos expone uno de los casos más relevantes el cual es el conocido como “Baby M”, indicando que esta historia empieza con un anuncio publicitario de New Jersey (Estados Unidos), en donde se solicitaba una mujer que quiera ayudar a una pareja de infértiles a tener un hijo, la señora Mary Beth Whitehead accedió a esta solicitud y fue inseminada artificialmente con el material genético del señor de William Stern, quien junto a su esposa la señora Elizabeth no podían tener hijos toda vez que esta padecía de esclerosis múltiple lo cual la imposibilitaba procrear, toda vez que esto podría afectar gravemente al feto y a la madre.

Para el caso en particular se suscribió un contrato en donde la subrogada se comprometió en no crear ningún tipo de vínculo materno-filial con la criatura que llevaba en su vientre, así mismo debía cumplir con una serie de parámetros médicos y sociales para no poner en riesgo al nuevo ser, todo esto a cambio de una compensación económica la cual era sufragada por parte del señor William Stern y la señora Elizabeth. Es de anotar que una vez fecundada la señora

Mary el matrimonio Stern le asignó al menor concebido la calidad de heredero universal de sus bienes, los cuales heredaría si este llegase a nacer y estos hubiesen fallecido en ese lapso de gestación.

Para el 27 de marzo de 1986, a raíz de este contrato de maternidad subrogada nació una niña, la cual la señora Mary se negó a transferir su custodia a la familia Stern, por lo que se embarcó en una fuga por todo el país con la menor.

Este caso fue conocido en primera instancia por parte del Tribunal Superior de Nueva Jersey (juez Harvey R. Sorkow) el 05 de mayo de 1987, el cual declaró que el contrato realizado entre las partes era válido y legal, teniendo como fundamento lo establecido en la enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos (derecho fundamental a procrear) y el interés superior del menor, por lo que le concedió la custodia al matrimonio Stern, y suprimió los derechos de la señora Mary.

El fallo de primera instancia fue recurrido por parte de la señora Mary, ante el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey, el día 3 de febrero de 1988, quien al resolver el recurso de apelación propuesto por la gestante, revocó la sentencia de primera instancia, declarando la nulidad del contrato celebrado entre las partes, restituyendo a la señora Mary sus derechos como madre biológica y ratificando la custodia al padre biológico de la menor es decir al señor William Stern por encontrarse este en mejores condiciones para ejercer esta figura, así mismo el tribunal ordenó al juez de primera instancia que regulara las visitas de la señora Mary. Este caso finaliza para el año 2004 cuando Melissa cumplió su mayoría de edad, y fue adoptada por parte de la señora Elizabeth Stern al ya haber finalizado formalmente la patria potestad ejercida por parte de Mary Beth Whitehead.

Posterior a este caso, se han presentado muchos otros, entre ellos tenemos el de Penny Wadnais de Spokane, quien dio a luz a un niño producto de la inseminación artificial de esperma su cuñado para el día 04 de diciembre de 1987, el cual fue registrado como hijo biológico de estos, mientras su hermana termino los tramites de adopción; también podemos referenciar que para el 28 de noviembre de 1992 una mujer de 53 años dio a luz a su propio nieto en la localidad de Búfalo (Nueva York, EE.UU.), con material genético de su hijo y de su nuera.

Los casos históricos más recientes a nivel internacional son los siguientes:

Esplana Huamán (2021) nos ilustra, que para el año 2005, la señora Teresa Anderson a su edad de 54 años, tuvo quintillizos a raíz de gestación subrogada. Esta una vez conoció que estaba embarazada de cinco bebés no acepto la remuneración pactada la cual era de 15.000 dólares, para que estos fueran usados para la crianza de los menores. De igual forma Ann Stopler de 58 años, para el año 2007, dio a luz a gemelas las cuales eran sus propias nietas, esto toda vez que su hija no podía concebir a raíz de un cáncer cervical.

La señora Jaci Dalenberg de 56 años, para el año 2008 dio a luz a trillizos, convirtiéndose de esta manera en la mujer de mayor edad en tener 3 hijos mediante la modalidad de maternidad subrogada. De igual forma en Japón una mujer de 61 años dio a luz a un bebé. Estos dos últimos casos fueron mujeres gestantes de sus propios nietos, debido a la imposibilidad de poder tener hijos sus hijas. (pág. 41)

Hoy en día la maternidad subrogada sigue siendo un tema novedoso en el derecho, esto toda vez que no es clara su regulación y la forma en que debe ser practicada, por lo que resulta

necesario la continua realización de estudios socio jurídicos y medico científicos, dado que su práctica va en aumento.

Por lo que es importante que la gestación subrogada sea regulada definitivamente en nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de evitar el tráfico de menores y trata de personas, por parte de personas inescrupulosas que hagan mal uso de esta práctica.

Para que exista una maternidad subrogada deben existir dos extremos los cuales buscan un beneficio particular y común; en el caso que nos ocupa por un lado tenemos las personas que desean tener un hijo, pero que por algún motivo uno de los padres o ambos no puede procrear de manera natural los cuales acuden a una tercera persona quien iniciara y llevara a feliz término un embarazo asistido, generándose de esta manera un contrato bilateral entre quienes desean ser padres y quien les brinda la posibilidad de serlo alquilándoles su vientre.

Los derechos de los menores son de especial protección, por consiguiente, para la práctica de la maternidad subrogada es importante que se establezca dentro de la regulación a desarrollar garantías que minimice la posible vulneración cualquier tipo de derechos fundamentales de los menores que se encuentran inmersos en estos acuerdos contractuales.

Así mismo los derechos de las mujeres gestantes también ocupan un lugar importante en esta investigación debido a que a estas se les deben brindar unas garantías mínimas para que el acuerdo que ellas realizan cumpla con todos los requisitos que legalmente se establezcan y no sean utilizadas como objetos para que unos pocos se lucren con esta práctica que aún no se encuentra debidamente regulada por parte del Congreso de la Republica de nuestro país.

Aunado a anteriormente expuesto tenemos que nuestra Corte Constitucional Colombiana Calle Correa (2009) ha establecido una serie de requisitos y condiciones para que se pueda hacer

efectiva la maternidad subrogada entre los cuales se encuentran; que la madre intencional presente problemas fisiológicos que le impidan concebir, que los óvulos no sean aportados por parte de la madre sustituta la cual no debe tener ningún vínculo biológico con el menor, que la madre sustituta no tenga como finalidad el reconocimiento económico por la realización de esta práctica si no que su fin sea netamente altruista, la gestante de cumplir con la mayoría de edad, encontrarse en buena condición psicofísica, haber dado previamente a luz a un hijo, entre otros, la madre sustituta deberá someterse a los respectivos exámenes para corroborar que se encuentra en buenas condiciones médicas previo, durante y posterior al embarazo, siendo la salud mental primordial en el desarrollo de esta práctica, la identidad de las partes deberá ser preservada, la madre sustituta deberá firmar un consentimiento informado ya que al no ser el material biológico implantado en su vientre aportado por ella deberá hacer entrega del menor una vez nazca y no podrá retractarse de su entrega, los padres biológicos no podrán rechazar al nacido bajo ninguna circunstancia, la muerte de los padres biológicos previo al nacimiento del menor no lo deja desprotegido y que la madre sustituta podrá interrumpir el embarazo bajo previa prescripción médica.

De igual forma la corte constitucional mediante magistrada ponente Calle Correa (2009) en sentencia T-968 de 2009 nos ilustra la maternidad subrogada de la siguiente manera:

Alquiler de Vientre - Definición y finalidad

El alquiler de útero o vientre también conocida como maternidad de sustitución o maternidad subrogada, ha sido referida como el pacto que se genera desde la concepción y nacimiento de un niño gestado por una madre subrogada la cual se encuentra sujeta a un contrato el cual al finalizar debe transferir todos los derechos del recién nacido a favor de sus padres biológicos. En este caso en particular la gestante aporta solo su vientre mas no sus óvulos. Por lo

que madres sustitutas cumplen con su deber de llevar a feliz término la gestación y al finalizar la misma, hacen entrega del menor a sus padres, y tienen como contraprestación un reconocimiento económico el cual se ve reflejado en los gastos en el desarrollo del embarazo y el parto.

Por lo que resulta eminentemente necesario la reglamentación integral de la maternidad subrogada en nuestro país para poner fin a los vacíos jurídicos que ha generado esta práctica y los cuales han padecido las personas que han hecho uso de esta.

Parte de la solución de la indebida práctica de la maternidad subrogada es que esta deje de ser atípica y sea debidamente reglada por parte del Congreso de la República, en donde se establezca clara y mínimamente: I. los sujetos contractuales. II. Naturaleza y objeto del contrato. III. Finalidad del contrato. IV. Valor del contrato. V. forma de pago VI. Plazo de ejecución del contrato. VII. Supervisión estatal del contrato. VIII. Vigencia de dicho contrato. IX. Lugar de ejecución del contrato. X. Forma de Ejecución del contrato. XI. Derechos del contratista. XII. Obligaciones del contratista. XIII. Obligaciones del contratante. XIV. Derechos del contratante. XV. Reservas a que haya lugar. XVI. Mecanismos de cobertura del riesgo de la práctica de la maternidad subrogada. XVII. Sanciones. XVIII. Causales de terminación del contrato. XIX. Solución de conflictos. XX. Que el contrato cumpla con los requisitos y condiciones establecidas en la sentencia T-968/09.

En el trabajo de investigación se logró establecer que a las futuras mujeres gestantes no se les brindan las garantías mínimas que establece un contrato atípico en nuestro país, esto es que al indagar con entes que realizan esta práctica se logra establecer que existen intermediarios quienes son los que administran los recursos de las madres gestantes, quienes firman un contrato directamente con los padres biológicos del menor, sin que se le brinde a esta una garantía más

que un seguro de vida el cual oscila en los 70 SMLV pesos colombianos, por si el procedimiento llegase afectar la vida de estas.

Capítulo II

Antecedentes jurídicos de la maternidad subrogada en Colombia en la última década

Empezamos indicando que la maternidad subrogada en Colombia tiene su origen en nuestra Constitución Política en el artículo 42, en donde se hace referencia a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, siendo el estado y la sociedad colombiana quienes deben garantizar a las personas que de manera voluntaria y responsable desean conformar una familia y procrear hijos de manera natural o con asistencia científica este derecho que se encuentra taxativo en la carta política.

Desde el año 1998 el Congreso de la República de Colombia ha intentado dar trámite a la maternidad subrogada con aproximadamente dieciséis proyectos de ley los cuales todos fueron archivados y en donde en la última década tenemos el I. Proyecto de ley 26 de 2016 Cámara, 241 de 2017 Senado en el cual se buscaba prohibir el alquiler de vientres al considerar que esta practica se enmarca en la trata de personas, siendo las mujeres explotadas reproductivamente con fines lucrativos, II. Proyecto de ley 202 de 2016 Cámara, este tenia como finalidad de igual forma la prohibición del alquiler de vientres al considerar que esta práctica se enmarca en la trata de personas, siendo las mujeres explotadas reproductivamente con fines lucrativos. III. Proyecto de ley 88 de 2017 Senado, el cual tenia como finalidad la reglamentación de la reproducción humana, en lo referente a la maternidad subrogada o maternidad sustituta. IV. Proyecto de ley 186 de 2017 Cámara, esta tenía como propósito la prohibición de la maternidad subrogada con fines lucrativos y buscaba controlar su práctica, V. Proyecto de ley 019 de 2018

Senado, por el cual se buscaba reglamentar la reproducción humana en lo referente al alquiler de vientres, VI. Proyecto de ley 70 de 2018 Senado, se busco prohibir la maternidad subrogada con fines lucrativos practicados y se estableció la forma de practicarla. VII. Proyecto de ley 118 de 2019 Senado, esta busco prohibir la maternidad subrogada con fines lucrativos y se reglamenta su practica la cual deberá realizarse con fines altruistas. VIII. Proyecto de ley 162 de 2019 Senado, tenía como finalidad se reglamenta la reproducción humana asistida. IX. Proyecto de ley 263 de 2020 Senado, en el cual se busco crear un tipo penal el cual castigara a quien coaccionara a una mujer a la realizar la práctica de la maternidad subrogada con fines lucrativos, así mismo buscaba proteger los derechos de los menores inmersos en esta práctica. X. Proyecto de ley No. 113 de 2021 Cámara, de igual forma se buscaba crear un tipo penal el cual castigara a quien coaccionara a una mujer a la realizar la práctica de la maternidad subrogada con fines lucrativos, así mismo buscaba proteger los derechos de los menores inmersos en esta práctica XI. Proyecto de ley 2023, en el cual se esta en curso la regulación de la subrogación uterina en nuestro país dando cumplimiento a lo establecido en la sentencia T - 275/22. (Pardo Schlesinger , 2022)

Maternidad subrogada en Ucrania

En el año 2022, se generó una guerra entre los países de Rusia y Ucrania, en donde este último dejo entre ver al mundo la práctica de la maternidad subrogada, contando con unas clínicas de reproducción asistida las cuales a la luz de los medios de difusión de noticias internacionales han sido de especial protección, toda vez que busca brindar garantías a las madres gestantes y los menores ya nacidos.

Lo anterior para indicar que en Ucrania la maternidad subroga se encuentra debidamente regulada tanto para nacionales como para extranjeros siendo este uno de los destinos más

visitados en el continente europeo debido a su bajo costo, siendo esta práctica regulada por el código de familia ucraniano y el Ministerio de Salud Ucraniano.

Encontramos que la organización World Center of Baby, (s.f) en su página web oficial nos ilustra sobre la ley de gestación subrogada en Ucrania, la cual se encuentra regulada en el código de familia artículo 123, en donde las parejas tiene la libertad de elegir la gestación subrogada que se adapte a sus necesidades, esta puede ser la de donación de material genético o adopción de embriones, de igual forma nos indica que para la realización de esta practica no se requiere autorización de ninguna institución, basta con el consentimiento por escrito de las partes intervinientes el cual deberá estar plasmado en un contrato.

La maternidad o gestación subrogada de igual forma se encuentra regulada en la Orden 24 y la Orden 771 del ministerio de salud de Ucrania, las cuales hacen referencia al procedimiento medico de implantación de embriones e inseminación artificial, este permiso solo lo expiden las instituciones medicas acreditadas y aprobadas por parte del ministerio de Salud ucraniano, por lo que este debe contener una lista de chequeo médico la cual será aportada por parte de los futuros padres, así mismo debe contener el estado médico de la futura madre subrogada, así mismo estos deben conocer claramente las posibles consecuencias de la práctica de la maternidad subrogada. Para lo cual debe diligenciar obligatoriamente el respetivo consentimiento informado.

De igual forma la organización World Center of Baby, (s.f) en su página web oficial indica los articulados más relevantes que garantizan la maternidad subrogada son:

El Código civil de Ucrania, en su Artículo 281, hace referencia al Derecho a la Vida, en el cual un hombre o una mujer, podrán iniciar su proceso médico para procrear asistidamente

bajo las condiciones señaladas en su ordenamiento jurídico, en procura de garantizar este derecho fundamental.

Los fundamentos legislativos de asistencia sanitaria en ucrania en su artículo 48, hace referencia a implantación de embriones e inseminación artificial la cual se realiza de acuerdo con los parámetros establecidos por parte del cuerpo ejecutivo central, el cual garantiza la política de atención médica, en donde se estudia completamente las condiciones medicas de los futuros padres y las madres gestantes, así mismo garantizando el derecho a la privacidad médica.

Así mismo el código de familia ucraniano en su articulo 123, nos indica que la filiación del menor nacido en virtud de reproducción asistida se da cuando I. Una mujer da a luz a un menor haciendo uso de la tecnología con el material genético de su esposo quien será registrado como el padre del niño. II. Cuando el material genético es trasferido a una gestante, los cónyuges serán los padres del menor. III. Serán los padres del menor, nacido por la esposa cuando el embrión el cual es concebido por el esposo y otra mujer el cual es trasferido al útero de la esposa.

De igual forma, la gestación subrogada en la legislación ucraniana ha demostrado ser la mas avanzada comparada con los demás países europeos, siendo este uno de los pocos países que permiten la subrogación en el continente europeo y quien a diferencia de las demás naciones que prohíben o limitan esta práctica este le da gran importancia desde la concepción hasta el nacimiento del niño o niña, importancia y compromiso que se ratifica con el registro de nacimiento del menor en donde no interviene en ningún momento la madre subrogara.

Uno de los avances más significativos en la práctica de maternidad subrogada en Ucrania es que el niño o niña, pertenece legalmente a sus padres biológicos desde su nacimiento, sin que

a la fecha exista algún precedente legal en donde se dispute la custodia o acuerdo de maternidad subrogada, por lo que los acuerdos deben estar suscrito ante un notario y debe contener información indispensable como lo es: el estado de salud de la subrogada, sus condiciones médicas, institución donde se realizara el procedimiento médico, las contraprestaciones de la madre subrogada, otros gastos, forma y tiempo de pago, gastos en el desarrollo del embarazo, parto, posparto y registro del menor, en donde de igual forma se incluyen cualquier complicación de fuerza mayor que se pueda presentar dentro del desarrollo del embarazo y posterior al mismo.

Concluyendo que el país de Ucrania tiene uno desarrollo amplio de la maternidad subrogada en donde el cuerpo ejecutivo central garantiza de manera efectiva esta práctica, garantizando de esta forma el derecho a la vida y a una familia, haciendo uso de una figura distinta a la adopción, en donde los avances de la ciencia médica está creciendo de manera positiva para quienes no pueden procrear de manera natural, así mismo no hay dejar de un lado a las personas que hacen su aporte a este avance como los son los donantes de esperma, donantes de óvulos, quienes hacen transferencia de embriones y finalmente quienes acceden a la subrogación gestacional, el único inconveniente que han tenido quienes han querido acceder a esta práctica es que no está permitido para parejas homosexuales y personas solteras.

Maternidad subrogada en Georgia

La gestación subrogada de Georgia a igual que la de Ucrania es Legal donde pueden acceder los heterosexuales incluidos los extranjeros.

La asociación Gestlife (s.f) en su página oficial nos indica que la gestación subrogada en Georgia se encuentra debidamente regulada a igual que Ucrania, desde el año 1997 la legislación de Georgia garantiza los derechos de las parte intervinientes en esta práctica, quienes con ayuda

de técnicas de reproducción asistida, se trasfiere el material genético a una madre subrogada quien bajo su consentimiento el certificado de nacido se adjudicará a los padres biológicos del menor.

La gestación subrogada o maternidad subrogada en Georgia es permitida para aquellas mujeres que no tengan útero, por consiguiente, su óvulo junto con el espermatozoide de su pareja genera un embrión el cual es transferido al útero de una madre gestante. A pesar de que la legislación indica como única condición la ausencia de útero para poder acceder a la subrogación, también es válido todo impedimento físico o condición médica que le impida llevar a cabo este proceso. A igual que en Ucrania en Georgia se debe diligenciar un consentimiento informado por parte de los futuros padres y la gestante, el cual le dará vida jurídica a los padres biológicos del menor quienes deben ser parejas heterosexuales, esto toda vez que esta práctica se encuentra prohibida para personas del mismo sexo o personas solitarias.

En lo referente a los requisitos para que se pueda llevar a cabo la práctica de la gestación subrogada en Georgia, es importante indicar que esta debe darse, dentro de un matrimonio heterosexual el cual debe tener vigencia de mínimo un año, de igual forma es permitido para parejas acrediten convivencia de al menos un año, tener problemas de fertilidad por lo que se requiere la subrogación, la gestante debe haber dado a luz a un hijo y no tener más de 35 años, de igual forma debe contar con un buen nivel socioeconómico esto con el fin de evitar la trata de personas por la falta de recursos económicos.

En la página web newlife (s.f) encontramos que la filiación al momento del nacimiento del menor está en cabeza de los padres biológicos y no de la madre subrogada, de igual forma es importante indicar que no solo se reconoce como material genético el aportado por parte de la pareja si no también los donados por terceras personas y el cual es transferido al vientre de la

mujer subrogada, siendo considerados legalmente los padres del menor la pareja interesada en procrear un hijo, de igual forma la partida de nacimiento será expedida inmediatamente nazca el niño o niña, y la pareja dentro del día siguiente deberán registrarse como padres en la partida de nacimiento del bebe. Para realizar este trámite no se requiere el consentimiento de la subrogada pero si se requerirá el acuerdo o contrato de subrogación, certificado de transferencia de material genético a la mujer subrogada emitido por parte de clínica de fertilidad y el certificado de parto emitido por parte del hospital donde se dio a luz al menor, finalmente se deja en claro que para este trámite no se requiere el acompañamiento de un profesional en derecho y una vez los padres obtengan la partida de nacimiento podrán regresarse en cualquier momento a su país de origen con su bebe.

Maternidad subrogada en Rusia

La gestación subrogada en Rusia actualmente está permitida para nacionales y desde el 24 de mayo del 2022 se encuentra prohibida para extranjeros, solo podrán acceder a esta práctica los extranjeros que antes de la promulgación de la ley que lo prohíbe se encuentren en proceso de subrogación.

La asociación gestlife (s.f) en su página web oficial indica que la gestación subrogada en Rusia es legal desde el 2022 para nacionales, esta es permitida para personas heterosexuales casadas o no y para mujeres solteras, a pesar de que la legislación no establece que los hombres solteros puedan acceder a la maternidad subrogada en ese país, la jurisprudencia constitucional le otorgo derechos a los padres solteros para que inscriban a sus hijos a raíz de la subrogación.

De igual forma esta corporación indica que la maternidad subrogada en Rusia se encuentra regulada en el código de familia y la ley federal de salud, los aspectos médicos legales

son reglamentados por el ministerio de salud pública. En Rusia las mujeres gestantes pueden ser quienes lo hagan de manera voluntaria: adicional a ello deben tener una edad entre los 20 y 25 años, tener haber dado a luz un hijo sano, contar con una buena salud tanto somática como psíquica. Como precedente tenemos que la gestación subrogada en sus inicios solo era permitida para personas heterosexuales casadas, la cual con el pasar de los años se ha ido flexibilizando tanto para parejas no casadas y personas solas.

En el desarrollo de la gestación subrogada y una vez nacido el menor, son los padres intencionales los que deben inscribir al bebe en el registro civil ruso, y para que esto sea efectivo deberán aportar el certificado de nacimiento expedido por la clínica donde se dio a luz al niño o niña subrogado, el cual debe datar el nombre de los padres intencionales y ser excluida la madre subrogada, la cual debe renunciar de manera formal (es decir por escrito) a los derechos que le asisten sobre el menor, solo cuando se presentan casos de hombres solteros se inscribirá en la partida de nacimiento la madre subrogada pero esto no le genera ningún derecho sobre el menor.

La maternidad subrogada que se practica en Rusia es la gestacional total, esto toda vez que gestante no aporta ningún tipo de material genético, el cual es aportado por parte de los padres biológicos o un donante el cual puede ser anónimo o escogido. Así mismo se indica que los donantes suelen ser personas entre los 18 y 26 años que cuentan con una buena condición de salud.

Maternidad subrogada en California EEUU

En Estados Unidos la práctica de la maternidad subrogada se encuentra dividida, toda vez que este país está conformado por estados, los cuales son autónomos e independientes y su

legislación varía de acuerdo a cada estado, en algunos la gestación subrogada está totalmente prohibida, en otros parcialmente y en otros se puede acceder a ella abiertamente.

Por consiguiente, tomaremos para nuestro trabajo como referencia el estado de California en donde la maternidad subrogada tiene un amplio desarrollo tanto medico como legal.

Ximenez de Sandobal (2017) en su artículo publicado en El diario el País, indica que la maternidad subrogada fue incorporada en el estado de California mediante una sentencia judicial de 1993, y que a través de los años se han venido resolviendo litigios y generando presente cuando se presenta alguna irregularidad. Siendo una obligación legal llevar hasta el final el contrato de subrogación, y nadie puede desistir o retractarse del mismo, actualmente es un negocio jurídico más y el tema ético y moral esta eminente superado en este estado.

La firma de abogados contreras law firm (s.f.) público en su página web el paso a paso que se debe tener en cuenta para hacer efectiva la práctica de la maternidad subrogada en el estado de California, indicando que el proceso de maternidad subrogada empieza cuando una persona que quiere ser padre o madre reside en el estado de California o cuando estos quieren que su hijo nazca en ese estado, así las cosas las partes firman un contrato en mencionado estado así la inseminación se realice en otro lugar ya sea otro estado u otro país, esto con el fin de que el trámite legal de gestación subrogada sea adelantado y tramitado en este estado. Por lo que ambas partes tanto la madre subrogada como los futuros padres requieren del acompañamiento de un abogado el cual se encargara de verificar el cumplimiento del contrato, es decir que el abogado no puede ser el mismo para ambas partes. Esta firma indica que es de vital importancia contar con un contrato de maternidad subrogada bien elaborado toda vez que con este se garantiza que se lleve a feliz término un embarazo y de igual forma se le cumpla con la respectiva compensación a la madre sustituta, así mismo indican que el contrato de subrogación facilita que se puedan llevar en debida forma los

procesos judiciales que se llegasen a suscitar por el incumplimiento de los mismos. Afirman que este contrato se puede suscribir en el hospital en donde se llevara a cabo el parto, generando de esta manera una estabilidad y seguridad jurídica a las partes intervinientes, la cuales deberán estar debidamente identificadas dentro del contrato así como sus derechos, deberes y la responsabilidad que adquieren con la madre gestante la cual percibirá en debida forma su contraprestación durante el embarazo, en el parto y en el postparto, dando cumplimiento con las leyes establecidas en el estado de California.

La maternidad subrogada en California está debidamente regulada en el Código de Familia, tal como lo indica la página web Extraordinary Conceptions (s.f.), la cual nos ilustra que el código en mención protege a todas las partes intervinientes en la práctica de la gestación subrogada, es decir a las madres sustitutas, a los futuros padres y al no nacido. Este código de igual manera ha beneficiado y protegido la figura de la familia, siendo la maternidad subrogada un proceso expedito para quienes acceden a esta, por lo que no es necesario una orden judicial que reconozca una maternidad o paternidad, si no que esta se da previo al nacimiento del menor. Como ya se indicó tanto los futuros padres como la madre sustituta requieren del acompañamiento de un abogado quien se encargará de verificar el cumplimiento del contrato, el cual debe estar debidamente validado y certificado ante un notario previo a las prácticas médicas. Este contrato deberá contener la fecha de ejecución del contrato, identificación completa de las partes intervinientes, identificación de los futuros padres, el tipo de gestación y demás que se consideren necesarias dentro del mismo.

Maternidad subrogada en Países Bajos

En los países bajos la maternidad subrogada solo se permite de manera gratuita, es importante indicar que estos no cuentan con una legislación determinada.

Las modalidades permitidas en este país son la tradicional y la gestacional, la página web Law & More. (2020) nos indica que en la Subrogación tradicional, se utiliza el ovulo de la gestante y madre biológica del menor, la cual es inseminada con el espermatozoides de su pareja o de un donante y esta inseminación puede ser de manera natural o de manera asistida. Para la realización de esta práctica no se requiere el cumplimiento de requisitos legales, como tampoco se requiere de asistencia médica.

A diferencia del anterior la Subrogación gestacional requiere de asistencia médica, en donde el material genético tiene que ser propiedad de los futuros padres, a la madre subrogada solo se implanta en el útero el embrión debidamente fecundado. Al existir en este procedimiento asistencia médica se debe cumplir con una serie de requisitos en los que se incluye que los padres biológicos deben estar relacionados genéticamente con el menor, así mismo que exista una imposibilidad médica en la futura madre y que los padres encuentren una posible madre sustituta. Así mismo aclara que la donante del ovulo no debe superar los 43 años y la mujer subrogada no debe superar los 45 años.

En los países bajos se encuentra prohibida la maternidad subrogada con fines comerciales, esta solo puede ser practica de manera altruista, y se establece mediante un contrato de subrogación el cual es atípico, y requiere ser regulado de manera definitiva.

Maternidad subrogada en México

La gestación subrogada en el país de México se encuentra regulada en los estados de Tabasco y Sinaloa.

En el estado de Tabasco la práctica de la maternidad subrogada no genera compensación económica alguna y es para parejas heterosexuales, mientras para el estado de Sinaloa esta se

permite para parejas heterosexuales cuando exista una incapacidad médica para procrear de manera altruista o compensada.

Para hondar en el tema en la página web Babygest (2019) se indica que, en el estado de Tabasco, la maternidad subrogada se encuentra permitida únicamente de manera altruista para parejas heterosexuales casadas o en unión marital de hecho, asimismo define dos tipos de madres gestantes: la madre gestante sustituta que es a la que se le implanta el material genético (embrión) de otra pareja y esta no genera ningún vínculo genético con el menor, como también existe la madre gestante subrogada quien aportara su material genético en este caso sus óvulos para lograr la un embarazo.

Una vez claros estos conceptos, podemos entender de manera más sencilla la legislación de la maternidad subrogada en el estado de Tabasco, la cual es permitida y el resultado de esta se ve reflejado en la procreación de hijos eminentemente deseados y amados, todo esto gracias a la ayuda de madres sustitutas o subrogadas, en donde esta última deberá renunciar a su maternidad y dar cumplimiento a lo establecido contractualmente entregando en adopción el bebe a la madre intencional del mismo, en caso de no existir vinculación genética alguna la madre intencional será reconocida sin problema alguno como la madre del menor, de igual forma lo será así exista la intervención de una tercera persona la cual seria una donante de óvulos el reconocimiento filiar se le otorgara a la madre intencional.

Aunado a lo anterior, es necesario que los futuros padres sean ciudadanos mexicanos y que la madre intencional cuente con una incapacidad médica para poder procrear sus propios hijos, lo indicado se encuentra debidamente regulado en la ley sobre técnica de reproducción asistida en su artículo 283, dejando en claro que en el estado de Sinaloa la maternidad subrogada se realiza de manera asistida, en donde a la madre sustituta se le implanta el embrión de los

futuros padres quienes padece alguna condición médica o física que los imposibilita procrear de manera natural, y este contrato finaliza con el nacimiento y entrega del menor.

Maternidad subrogada en la India

La gestación subrogada en la India hace algunos años tenía una amplia acogida internacional debido a su bajo costo y recurrencia en los no nacionales. Desde el año 2016 se produjo un cambio en la ley en donde quedo regulada esta práctica únicamente para nacionales casados con problemas para procrear y de manera gratuitamente.

Así las cosas, encontramos en la página web Babygest (2019) que la gestación subrogada en la India una vez entro en vigor la nueva legislación se estableció una serie de condiciones para quienes quieran acceder esta práctica, entre ellas tenemos que se da solo para personas de origen indio, extranjeros radicados en la india o para extranjeros casados con un ciudadano o ciudadana de origen indio. Podrán postularse solo los matrimonios heterosexuales con más de 5 años de casados y con problemas para poder procrear. Esta práctica deberá ser realizada de manera altruista y la madre subrogada deberá ser una familiar cercana a los padres intencionales.

El Ejecutivo de Narendra Modi debido a las malas prácticas realizadas teniendo como referente la figura de la maternidad subrogada, se mostró contrario a esta ya que la misma se había convertido en todo un negocio en donde se explotaba económicamente a las mujeres, por lo que recurrió al Tribunal supremo para que estos conocieran acerca de esta nueva regulación, la cual era mal vista a nivel internacional, esto toda vez que se cosificaban a las mujeres aislándolas en las llamadas granjas, a la cuales estas accedían voluntariamente y sin regulación alguna debido a la necesidad económica a la cual se enfrentaban cotidianamente, por lo que se hizo necesario la modificación a esta ley.

Capítulo III.

Mecanismos Procesales Que Garantizan La Practica De La Maternidad Subrogada En Colombia

En este trabajo encontramos como población objeto de estudio, las personas que quieren hacer uso de la practica de la maternidad subrogada en Colombia, teniendo como resultado que estas se clasifican en dos grupos; I. las personas que cuentan con la capacidad económica para sufragar la subrogación uterina y II. Las personas que no cuentan con la capacidad económica para sufragar la subrogación uterina.

Según Osuna Patiño & Corcho Mejía, (2023), con el proyecto de ley de maternidad subrogada radicado ante el legislativo en el año 2023 se busca progerer los derechos fundamentales de las personas que quieren hacer uso de la subrogación uterina tales como: el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la dignidad humana, a tener una familia, a la salud reproductiva y el derecho de los niño, niñas y adolescentes, los cuales pueden ser vulnerados por la indebida aplicación de lo establecido en las sentencias T-968 de 2009 y T-275 de 2022.

Con lo anteriormente expuesto encontramos, que constitucionalmente se busca proteger la maternidad subrogada teniendo como referente derechos fundamentales como lo es el derecho a la igualdad, el cual no cumple con la misión funcional encomendada en la normatividad que actualmente rige esta práctica, esto toda vez, que quienes quieran hacer uso de la subrogación uterina en Colombia deberán contar con capacidad económica para poder sufragar los gastos que esta demanda, de igual forma nada se ha dicho en lo referente a las personas que no cuentan con

la capacidad económica y quieren procrear sus hijos asistidos medicamente con su material biológico ya que naturalmente se encuentra imposibilitados para hacerlo.

Es importante indicar que las mujeres sufren cambios fisiológicos considerables en el desarrollo de la gestación subrogada y el hecho de que exista como requisito previo a la subrogación uterina el haber llevado a feliz término un parto con un nacido vivo, esto no garantiza que se valla a lograr un embarazo satisfactorio, más aún cuando cada gestación se lleva de manera individual e independiente, generando de esta forma unas variantes que pueden alterar o no el resultado esperado por las partes intervinientes.

En estudio realizado por parte de Rico Muñoz, (2023) esta indica, que para el año 2023 el valor de la subrogación uterina en Colombia se encuentra entre los diecisiete y diecinueve millones de pesos, resaltando que este es un valor irrisorio comparado lo que cuesta un alquiler de vientre en Europa y Estados Unidos, el cual oscila entre cuatrocientos y seiscientos millones de pesos.

Esto para enfatizar, que a las madres sustitutas se les debe garantiza un reconocimiento económico significativo por la función tan importante que cumplen en nuestra sociedad como lo es gestar vidas, ya que, gracias a ello, se le brinda la posibilidad de formar una familia a quienes no lograron hacerlo de manera natural y por consiguiente tienen que acudir a terceras personas para hacer efectivo este derecho que constitucionalmente le asiste, situación que solo puede ser sufragada por parte de las personas que cuenten con la capacidad económica para hacerlo y quienes no cuenten con recursos económicos eminentemente se encuentran ante en una condición de vulnerabilidad.

Aunado a lo anterior Franco (2023), en su artículo el mercado de los vientres de alquiler en Colombia, nos indica que un bebe puede llegar a costar cuatro mil dólares, en donde es importante reafirmar lo indicado por parte de la actora, en lo referente a que al ingresar a la opción de búsqueda en redes sociales como lo es Facebook “alquiler de vientre” encontramos que se despliega una gran cantidad de oferentes e intermediarios, quienes ofrecen la subrogación uterina como cualquier otra prestación servicios, solicitando como contraprestación un valor aproximado de cuarenta millones de pesos, los cuales se distribuyen en el desarrollo de la gestación y la finalización de la misma, esto para quienes negocian directamente con la madre sustituta y quienes lo hacen a través de intermediarios el valor se eleva considerablemente, por lo que los extranjeros son los más demandantes debido a su bajo costo en comparación con otros países.

De igual manera resulta indispensable dejar de presente, que la normatividad que rige la práctica de la maternidad subrogada en Colombia pone en condición de vulnerabilidad a los hijos biológicos de las madres sustitutas; esto debido a que se tiene como requisito previo a la implantación de gametos que la mujer cuente con un parto con un nacido vivo, pero nada se ha dicho en lo referente a la protección de los derechos fundamentales de estos menores si a su madre le llegase a suceder algo adverso en el desarrollo del embarazo, esto toda vez, que al ser la subrogación uterina una práctica médica asistida, la mujer podría sufrir algunas consecuencias positivas, negativas y fatales como la muerte; por lo resulta eminentemente importante establecer unos lineamientos jurídicos que protejan los derechos que le asisten a los hijos biológicos de las madres sustitutas nacidos previo a la subrogación uterina.

Por lo anteriormente expuesto, resulta importante establecer unos mecanismos procesales que brinden unas garantías mínimas a los operadores judiciales y a las personas que quieran

hacer uso de la maternidad subrogada para que esta sea llevada a feliz término, por lo que en el desarrollo de esta investigación se lograron identificar dos posibles soluciones a esta problemática, una es un mecanismo procesal que protege a las personas que cuentan con la capacidad económica para sufragar la subrogación uterina y dos un mecanismo procesal que protege a las personas que no cuentan con la capacidad económica para sufragar la subrogación uterina.

Mecanismo procesal para las personas que cuenten con la capacidad económica de sufragar la subrogación uterina en Colombia

Encontramos que para poder acceder a la práctica de la maternidad subrogada se debe contar con la capacidad económica para poder sufragar el elevado costo que esta genera; esto toda vez que el procedimiento médico de implantación de gametos a las madres sustitutas requiere de varias intervenciones médicas, en donde las mujeres deben agotar unas etapas fisiológicas las cuales muchas veces no resultan siendo satisfactorias, esto debido a que los cuerpos asimilan los procedimientos médicos de diferente maneras.

Así las cosas, a las partes intervinientes se les deben brindar unas garantías mínimas para acceder en debida forma al procedimiento de gestación uterina, por lo que deberían existir unas pólizas que certifiquen el cumplimiento o incumplimiento de la misma; esto debido a que el procedimiento médico que se lleva a cabo genera unos cambios tanto físicos como psicológicos que ponen en riesgo la integridad de las madres sustitutas y la del menor que esta por nacer, es así que gestar vida es un acto de valentía en donde en el transcurso del mismo se pueden presentar algunos percances fisiológicos los cuales las partes no están obligadas a soportar y es ahí donde se deben proteger los intereses tanto de los padres intencionales, como de las madres sustitutas

con la expedición de una póliza que servirá como compensación a los daños que se puedan llegar a generar a causar de esta práctica.

Como referente procesal para poder acceder en debida forma a la práctica de la maternidad subrogada en Colombia encontramos la sentencia T-968 de 2009 y la sentencia T-275 de 2022.

Las ya mencionadas, brindan unas garantías mínimas a las personas que cuenten con la capacidad económica para poder sufragar la subrogación uterina en Colombia, por lo que, al llegar a existir alguna controversia en lo referente, las partes intervinientes y los operadores judiciales podrán acudir a estos precedentes jurisprudenciales y dirimir cualquier problemática que se llegase a presentar.

De igual forma, el proyecto de ley que se está adelantando ante el legislativo para el año 2023, y el cual tiene como objetivo regular la subrogación uterina para la gestación en Colombia, en caso de llegar a ser aprobado, garantizara en debida forma los derechos a las partes intervinientes que cuenten con la capacidad económica para acceder a la misma.

Por ende, en la actualidad, las personas que cuentan con la capacidad económica para acceder a la subrogación uterina en Colombia, se les garantiza esta práctica atendiendo los lineamientos establecidos en las sentencias T-968 de 2009 y T-275 de 2022, por lo que en caso de presentarse alguna controversia en la indebida aplicación de la maternidad subrogada, estos podrán ejercer los derechos de defensa y contradicción que le asisten, tomando como referente estos dos precedentes jurisprudenciales.

Mecanismo procesal para las personas que no cuenten con la capacidad económica de sufragar la subrogación uterina en Colombia

La normatividad que actualmente rige la práctica de la maternidad subrogada en Colombia ha establecido que podrán acceder a la misma quienes se encuentren afiliados al sistema de seguridad social dentro del régimen contributivo o el que haga sus veces, por lo que lo excluye a las personas se encuentran afiliadas en el sistema de salud en el régimen subsidiado, es decir las personas que no cuenten con capacidad de pago para acceder a los servicios de salud.

Por lo que las personas que no cuenten con la capacidad económica para acceder a la implantación de gametos y quieran tener hijos con su material biológico, se encuentran eminentemente en una posición de inferioridad frente a las personas que si cuentan con los recursos económicos para hacerlo.

Es necesario poner de presente que los órganos judiciales y el ente legislativo no se han pronunciado sobre una posible solución a esta problemática, dejando en condición de inferioridad a las personas que no cuentan con recursos económicos y quieran acceder a la práctica de la maternidad subrogada.

El cumplimiento a lo consagrado en el artículo 42 de nuestra constitución política, no debe limitarse exclusivamente a las personas que cuenten con la capacidad económica para poder conformar una familia con la ayuda asistida de las nuevas tecnologías, si no que por el contrario esta posibilidad debe brindarse a todas aquellas personas que no puedan procrear de manera natural, que quieran ser padres y cumplan los requisitos establecidos para tal fin, por lo que el no contar con recursos económicos no debe ser un impedimento o limitante para quienes quieran procrear sus hijos con su material genético, por el contrario el estado debe garantizar el derecho a

la igualdad tanto de las personas del régimen contributivo, como a las personas del régimen subsidiado.

Así las cosas, al existir un grado de insatisfacción por parte de las personas que no cuentan con los recursos económicos para acceder a la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, estos deberán acudir al mecanismo procesal establecido en el artículo 86 de nuestra constitución política; es decir a la acción de tutela, la cual tendrá como finalidad proteger los derechos fundamentales de las personas que desean procrear sus hijos de manera asistida y no cuentan con la capacidad económica para ello, lo cual los posiciona en una condición de inferioridad y desigualdad ante la sociedad.

En tal sentido, las personas que quieran acceder a practica maternidad subrogada en Colombia y no cuenten con la capacidad económica para hacerlo, podrán acudir a los organismos judiciales mediante la acción tutela, buscando proteger los derechos fundamentales establecidos en los artículos 13 y 42 de nuestra constitución política.

Es importante indicar, que la falta de capacidad económica debe encontrarse debidamente soportada en las bases de datos establecidas por parte del Gobierno Nacional, esto implica que quienes quieran hacer uso de la acción de tutela, deberán encontrarse afiliados al régimen subsidiado en salud en Colombia, esto con la finalidad de proteger el derecho a igualdad establecido en el artículo 13 la carta política colombiana.

Aunado a lo anterior, tenemos que la acción de tutela es un mecanismo procesal el cual le permite a cualquier persona en cualquier parte del país, acudir ante las autoridades judiciales para que estas le garanticen de manera efectiva la debida aplicación de un derecho fundamental.

Esta acción judicial se encuentra debidamente regulada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y en el Decreto Ley 2591 de 1991.

Así mismo, lo establecido en el artículo 13 de la constitución política colombiana se debe materializarse de manera real y efectiva en la práctica de la maternidad subrogada, ya que el derecho a la igualdad debe garantizar que la gestación uterina sea de fácil acceso para todas aquellas personas que se encuentren imposibilitadas para procrear de manera natural y quieran procrear hijos de manera asistida, sin ninguna clase distinción o discriminación.

Concluyendo, que las personas que no cuenten con los recursos económicos para acceder a la práctica de la subrogación uterina en Colombia podrán hacer uso de la acción de tutela como mecanismo procesal que garantice su derecho a la igualdad y a conformar una familia con su material genético.

Conclusiones

En el contexto normativo en torno a la maternidad subrogada en Colombia, se logra establecer que en el transcurso de los años se ha buscado establecer una regulación definitiva a esta práctica sin encontrar a la fecha una solución definitiva a esta problemática, sin embargo, el legislativo se encuentra trabajando para que esta sea una realidad, asumiendo de esta forma su función la cual por años ha sido suplida por parte de la Corte Constitucional.

Así mismo, es importante indicar que la maternidad subrogada en Colombia debe ser incorporada en nuestra normatividad como un contrato típico, en donde se establezcan claramente los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en esta práctica y de esta forma se puedan ejercer los derechos de defensa y contradicción ante el incumplimiento del mismo, así mismo se podrán identificar las malas prácticas y el estado podrá ejercer un control sobre estas y tomar medidas drásticas en contra de quienes no cumplan taxativamente con lo establecido en el contrato de maternidad subrogada.

De igual forma el estado está en la obligación de implementar un mecanismo procesal en donde los funcionarios en el ejercicio de sus funciones cuenten con las herramientas jurídicas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en un futuro contrato de maternidad subrogada.

Mientras se brinda una solución definitiva a la implementación de un mecanismo procesal que garantice la practica efectiva de la maternidad subrogada en Colombia, las personas que cuenten con la capacidad económica para acceder a esta, podrán acudir a lo establecido en las sentencias T-968 de 2009 y T-275 de 2022 y las personas que no cuenten con esta capacidad económica para poder gestar con ayuda científica, podrán acudir a la acción de tutela como

mecanismo de protección de su derecho fundamental a conformar una familia biológica en iguales condiciones de quienes si cuentan con capacidad económica para hacerlo, protegiendo de esta manera el derecho a la igualdad que a estos les asiste.

La maternidad subrogada a nivel mundial ha sido desarrollada desde una visión crítica toda vez que esta ha sido aprobada y desaprobada en distintos países, Colombia no ha sido la excepción porque lo que resulta necesario su regulación interna en donde se tenga como prioridad los derechos de los menores y las mujeres, las cuales actualmente se encuentran en condición de inferioridad frente a su condición de contratista ante un contrato atípico el cual no brinda garantías algunas.

Referencias

- Cadavid Pulgarin, K. M., & Barrera Correa, A. (2016). *Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema*. Obtenido de Universidad CES Medellin : https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/2221/Maternidad_subrogada.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Babygest. (29 de 08 de 2019). *Gestación subrogada en la India – ¿Qué dice la nueva ley?* Obtenido de <https://babygest.com/es/india/>
- Babygest. (30 de 08 de 2019). *La maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios*. Obtenido de <https://babygest.com/es/mexico/>
- Calle Correa , M. V. (18 de 12 de 2009). *Corte Constitucional* . Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- contreras law firm. (s.f.). *Jurisdicción de California en el proceso de subrogación*. Obtenido de <https://www.contreraslawfirm.com/en-espanol/maternidad-subrogada/>
- Diaz Vasquez , R. F., & Valencia Jiménez, W. G. (01 de 07 de 2020). *Una Introducción a las Investigaciones Empíricas en Derecho: Estudio de Casos*. Obtenido de Verbal Iuris: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/6877/6509>
- Esplana Huamán, S. (2021). *Afectación al derecho de identidad y al derecho alimentario del niño producto de la maternidad subrogada 2019*. Obtenido de Universidad Nacional de Huacavelica : <https://apirepositorio.unh.edu.pe/server/api/core/bitstreams/14c7eb17-1d4a-4d60-a10f-9118fd45362c/content>

Extraordinary Conceptions. (s.f.). *Subrogación en California: lo que necesita saber*. Obtenido de <https://www.extraconceptions.com/es/california-surrogacy-need-know/>

Franco, L. (02 de Enero de 2023). El mercado de los vientres de alquiler en Colombia: un bebé a 4.000 dólares. *El País*, págs. <https://elpais.com/america-colombia/2023-01-03/el-mercado-de-los-vientres-de-alquiler-en-colombia-un-bebe-a-4000-dolares.html>.

Gestlife . (s.f.). *Gestación subrogada en Georgia*. Obtenido de <https://smallseotools.com/es/plagiarism-checker/>

Gestlife . (s.f.). *Gestación subrogada en Rusia*. Obtenido de <https://www.gestlifesurrogacy.com/rusia-gestaci%C3%B3n-subrogada-maternidad-subrogada-en-rusia.php>

Guerra de la Espriella, M. d., Valencia Gonzalez , S., Uscátegui Pastrana, J. J., & Espinal Ramírez, J. F. (21 de julio de 2021). *Congreso de la Republica de Colombia* . Obtenido de <https://www.camara.gov.co/maternidad-subrogada-0>

Law & More. (12 de 17 de 2020). *Subrogación en Holanda*. Obtenido de <https://lawandmore.es/blog/subrogaci%C3%B3n-en-los-pa%C3%ADses-bajos/>

Newlife . (s.f.). *Legislación de Georgia vinculada a procedimientos de fecundación in vitro*. Obtenido de <https://www.newlifegeorgia.com/es/legislacion-de-georgia/#:~:text=Legislaci%C3%B3n%20de%20Georgia%20vinculada%20a,como%20los%20padres%20del%20beb%C3%A9>.

Ortiz Delgado, G. S. (12 de 11 de 2015). *Sentencia SU696/15*. Obtenido de Corte Constitucional : <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU696-15.htm>

Osuna Patiño, N. I., & Corcho Mejia , D. C. (Febrero de 2023). *Proyecto de ley estatutaria de 2023 "Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en*

Colombia". Obtenido de Camara de Representantes:

<https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2023-02/P.L.E.345->

[2023C%20%28SUBROGACION%20UTERINA%29.pdf](https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2023-02/P.L.E.345-2023C%20%28SUBROGACION%20UTERINA%29.pdf)

Pardo Schlesinger , C. (01 de 08 de 2022). *Sentencia T 275/22*. Obtenido de Corte Constitucional

: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-275-22.htm>

Real Academia Española . (2001). *Subrogar*. Obtenido de <https://www.rae.es/drae2001/subrogar>

Real Academia Española. (s.f.). *maternidad*. Recuperado el 23 de 06 de 2020, de

<https://dpej.rae.es/lema/maternidad#:~:text=1.,cual%20surgen%20derechos%20y%20obligaciones>.

Real Academia Española. (s.f.). *Ventre de Alquiler*. Obtenido de

<https://dpej.rae.es/lema/ventre-de-alquiler>

Rico Muñoz, A. (30 de Junio de 2023). *En Colombia el valor de la subrogación uterina oscila entre \$17 a \$19 millones en 2023*. Obtenido de Asuntos Legales :

<https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/en-colombia-el-valor-de-la-subrogacion-uterina-oscila-entre-17-a-19-millones-en-2023-3648153#:~:text=Legislaci%C3%B3n,En%20Colombia%20el%20valor%20de%20la%20subrogaci%C3%B3n%20uterina%20oscila,a%20%2419%20mill>

world center of baby. (s.f.). *La ley de gestación subrogada en Ucrania*. Obtenido de

<https://www.worldcenterofbaby.es/la-ley-de-gestacion-subrogada-en-ucrania/>

Ximenez de Sandobal, P. (23 de 02 de 2017). *Por qué California es la meca de la gestación subrogada*. Obtenido de El país :

https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html

Anexos

En los siguientes anexos encontraremos el conocimiento que se tiene sobre la maternidad subrogada en Colombia el cual es recolectado a través de las siguientes entrevistas.

Anexo A

Entrevistado No 1.

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

ENTREVISTA TESIS



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

1. ¿En el cargo que ejerce, ha tenido consultas o casos de maternidad subrogada?

Respuesta:

No se ha presentado consultas o casos de maternidad subrogada.

2. Desde su experiencia profesional ¿Por qué considera que se hace o no, uso de la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

Porque en Colombia no hay ley que legisle esta práctica, para poder que se forme un ser y entregarlo a una pareja.

3. ¿Qué derechos usted considera que se vulneran con la práctica de la maternidad subrogada?

Respuesta:

Se discutirían derechos a la custodia y cuidado personal del niño o niña, el derecho a la patria potestad, el derecho a tener una familia a no ser separado de ella y a una vida digna.

4. ¿Qué derechos usted considera que se protegen con la práctica de la maternidad subrogada?

Respuesta:

Derechos a tener una familia, derecho a la custodia, derecho a la identidad del niño o niña, posterior al desarrollo armónico del niño.

5. ¿De qué manera, usted considera que se pueden garantizar y proteger los derechos a las personas que quieran hacer uso de la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

Primero expidiendo la ley que legalice el proceso, a partir de ahí que requisito y condiciones se deben reunir, procedimiento (contrato) en donde se realice la entrega del bebe.

6. ¿Qué beneficios trae la práctica de la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

El que las parejas que quieren hacer uso de esta práctica puedan tener hijos y ampliar su familia.

7. Desde su experiencia profesional ¿A qué consecuencias jurídicas se pueden estar enfrentado las personas que quieran hacer uso de la maternidad subrogada en Colombia, sin cumplir con lo establecido en la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional?

Respuesta:

El simple hecho de hacer uso de la maternidad subrogada, si bien no está prohibida en Colombia al no está legislada probablemente se puede generar un conflicto, en donde se ponderará el derecho a la familia y las condiciones para conformar una familia, así mismo se desconoce el control que ejercen las registradurías para evitar la trata de personas.

8. ¿Qué referente jurídico internacional usted considera que debería tenerse en cuenta en Colombia para establecer un ordenamiento definitivo de la maternidad subrogada?

Respuesta:

Donde haya control y legislación por parte del estado, así las cosas, Ucrania cumple con estos parámetros al estar esta práctica regulada en ese país.

9. ¿Es suficiente la regulación establecida en la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional?

Respuesta:

No es suficiente.

10. ¿Es necesario regular definitivamente la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

Si es necesario. Toda vez que al no estar regulada se pueden cometer muchos errores.

Fecha de realización: 03 de junio de 2022.

Nota: La anterior encuesta es de elaboración y diseño propio.

Anexo B*Entrevistado No. 2***UNIVERSIDAD
LIBRE®**

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

ENTREVISTA TESIS

1. ¿En el cargo que ejerce, ha tenido consultas o casos de maternidad subrogada?

Respuesta:

No se han presentado casos o consultas de maternidad subrogada en los 5 años que llevo ejerciendo como comisario de familia en el municipio de El Agrado Huila.

2. Desde su experiencia profesional ¿Por qué considera que se hace o no, uso de la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

Considero que no se reciben dichas solicitudes, primero que todo porque es una situación que genera costos económicos, y al ser las condiciones económicas tan precarias se dificulta acceder a las clínicas avaladas para realizar ese tipo de procedimiento, otro aspecto muy importante es el tema ético y moral, donde la sociedad aun en esta vigencia 2022 no ve con buenos ojos ese tipo de procedimientos clínicos y como punto tercero que existe mucho desconocimiento del tema se puede llevar a cabo este tipo de procedimiento en Colombia.

3. ¿Qué derechos usted considera que se vulneran con la práctica de la maternidad subrogada?

Respuesta:

Los derechos personalísimos de la mujer, debe existir una regulación de la situación contractual. Derecho a la dignidad humana, toda vez que se ve a la mujer como a un objeto material lucrativo para poder llevar a cabo este tipo de procedimiento. Derecho a la salud, respecto a la aptitud psicológica de las personas para llevar a cabo la gestación subrogada.

4. ¿Qué derechos usted considera que se protegen con la práctica de la maternidad subrogada?

Respuesta:

Derecho a la familia a las parejas del mismo sexo, a las mujeres que no pueden ser madres gestantes y los niños.

5. ¿De qué manera, usted considera que se pueden garantizar y proteger los derechos a las personas que quieran hacer uso de la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

Se debe establecer un negocio jurídico con todas las estipulaciones y garantías de ley que sea factible y beneficioso para las partes y para el niño o niña que va a nacer.

6. ¿Qué beneficios trae la práctica de la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

Es un mecanismo alternativo que se debe aplicar más en Colombia para el bienestar de la familia y en especial para las mujeres o parejas que no pueden procrear de manera natural.

7. Desde su experiencia profesional ¿A qué consecuencias jurídicas se pueden estar enfrentado las personas que quieran hacer uso de la maternidad subrogada en Colombia, sin cumplir con lo establecido en la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional?

Respuesta:

Al no encontrarse legalmente establecido un delito por la indebida practica de la maternidad subrogada en Colombia, se puede estar atentando contra otros derechos tales como explotación del cuerpo de la mujer y comercialización de los menores, es decir el derecho a la vida, a la dignidad humana, derechos fundamentales de los niños, derecho a la salud y el derecho a la familia.

8. ¿Qué referente jurídico internacional usted considera que debería tenerse en cuenta en Colombia para establecer un ordenamiento definitivo de la maternidad subrogada?

Respuesta:

EEUU california

9. ¿Es suficiente la regulación establecida en la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional?

Respuesta:

No es suficiente necesitamos mayor regulación para que exista garantías de derechos, donde se profundice en el tema de la filiación para evitar inconvenientes, que la gestante cuente con la capacidad psicológica y más garantías para la madre gestante.

10. ¿Es necesario regular definitivamente la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

Si es necesario una mayor regulación de la maternidad subrogada.

Fecha de realización: 02 de junio de 2022.

Nota: La anterior encuesta es de elaboración y diseño propio.

Anexo C

Entrevistado No. 3



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

ENTREVISTA TESIS

1. ¿En el cargo que ejerce, ha tenido consultas o casos de maternidad subrogada?

Respuesta.

No ha tenido casos

2. Desde su experiencia profesional ¿Por qué considera que se hace o no, uso de la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta,

Por intereses particulares de parejas que no pueden concebir hijos.

3. ¿Qué derechos usted considera que se vulneran con la práctica de la maternidad subrogada?

Respuesta:

En el caso de los adultos no se vulnera derechos, porque es un acuerdo que se realiza entre las partes por intereses particulares ya sean económicos para quien alquila su vientre o interés de tener un hijo por las dificultades para concebir de las parejas, en el caso del menor tampoco se presentaría vulneración de derechos mientras no se entere de que fue concebido por este método Si el menor se entera que fue concebida por esta manera y quiere conocer de los orígenes de la madre progenitora ahí se estaría presentando vulneración de derechos.

4. ¿Qué derechos usted considera que se protegen con la práctica de la maternidad subrogada?

Respuesta:

Derecho a la educación, salud, vivienda padre y madre, buen trato y todos los derechos de los menores y adolescentes se van a proteger con una paternidad responsable.

5. ¿De qué manera, usted considera que se pueden garantizar y proteger los derechos a las personas que quieran hacer uso de la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

A través del contrato que se firme o se pacte entre las partes, avalado jurídicamente ante notaria o registro.

6. ¿Qué beneficios trae la práctica de la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

Para la persona que alquila el vientre los beneficios son económicos en la mayoría de los casos y para las parejas tener un hijo y una familia.

7. Desde su experiencia profesional ¿A qué consecuencias jurídicas se pueden estar enfrentado las personas que quieran hacer uso de la maternidad subrogada en Colombia, sin cumplir con lo establecido en la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional?

Respuesta:

Se pueden estar enfrentando a muchas consecuencias legales toda vez que en este momento no es legal esta práctica en Colombia.

8. ¿Qué referente jurídico internacional usted considera que debería tenerse en cuenta en Colombia para establecer un ordenamiento definitivo de la maternidad subrogada?

Respuesta:

California – EEUU, Rusia y Ucrania

9. ¿Es suficiente la regulación establecida en la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional?

Respuesta:

Hace falta profundizar acerca de las consecuencias que acarrea los compromisos establecidos en la sentencia T-968 de 2009.

10. ¿Es necesario regular definitivamente la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

Es muy necesario regular esta maternidad ya que es una práctica que se viene ejerciendo desde hace muchos años de manera clandestina de manera ilegal, debe ser regulada definitivamente para poder garantizar todos los derechos tanto del menor, de la madre y de los padres solicitantes.

Fecha de realización: 14 de julio de 2022.

Nota: La anterior encuesta es de elaboración y diseño propio.

Anexo D

Entrevistado No. 4



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

ENTREVISTA TESIS

1. ¿En el cargo que ejerce, ha tenido consultas o casos de maternidad subrogada?

Respuesta.

No ha tenido casos

2. Desde su experiencia profesional ¿Por qué considera que se hace o no, uso de la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta,

Porque existen varios motivos que llevan a que las personas a esta práctica, entre ellos la dificultad de procrear, el difícil acceso a los procesos de adopción para las familias que pertenecen a una comunidad diversa (LGTB), a nivel estético quieren conservar sus genes, pero no quieren involucrarse en el proceso.

3. ¿Qué derechos usted considera que se vulneran con la práctica de la maternidad subrogada?

Respuesta:

Derecho a la integridad por la misma explotación de cuerpo y el vientre de la mujer, a los bebés derechos a la identidad a que conozcan la raíz quienes son sus padres y el derecho que tiene el menor a conocer a la gestante.

4. ¿Qué derechos usted considera que se protegen con la práctica de la maternidad subrogada?

Respuesta:

Derecho a la identidad, a una familia, todos los derechos fundamentales en el niño.

5. ¿De qué manera, usted considera que se pueden garantizar y proteger los derechos a las personas que quieran hacer uso de la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

Desde el establecimiento de normas que legalicen la práctica, para que no sean clandestinas con todos medios de seguridad.

6. ¿Qué beneficios trae la práctica de la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

El hecho de que las personas que no tengan hijos lo puedan tener, debido a la dificultad de los procesos de adopción y a si puedan cumplir el sueño de ser padres.

7. Desde su experiencia profesional ¿A qué consecuencias jurídicas se pueden estar enfrentado las personas que quieran hacer uso de la maternidad subrogada en Colombia, sin cumplir con lo establecido en la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional?

Respuesta:

La sentencia no cumple con los requisitos, derecho a la integridad personal, derecho a la salud integral, integridad sexual, dignidad humana, gametos.

8. ¿Qué referente jurídico internacional usted considera que debería tenerse en cuenta en Colombia para establecer un ordenamiento definitivo de la maternidad subrogada?

Respuesta:

California - EEUU

9. ¿Es suficiente la regulación establecida en la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional?

Respuesta:

Es suficiente respecto a los requisitos de la madre gestante, requiere una regulación de tipo contractual mucha más amplia, cumplimiento de requisitos de quienes quieren al niño.

10. ¿Es necesario regular definitivamente la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta:

Si, para que no existan más sitios clandestinos

Fecha de realización: 07 de junio de 2022.

Nota: La anterior encuesta es de elaboración y diseño propio.

Anexo E

Entrevistado No. 5



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

ENTREVISTA TESIS

1. ¿En el cargo que ejerce, ha tenido que realizar el registro de menores concebidos a través de la maternidad subrogada?

Respuesta.

No, he tenido que realizar el registro de menores concebidos a través de la maternidad subrogada.

2. Desde su experiencia profesional ¿ha conocido casos de registro de menores concebidos a través la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta,

En consulta telefónica con su jefe a nivel departamental constata que en el Huila no se han presentado casos de registro de menores concebidos a través de la maternidad subrogada.

3. ¿Usted considera que se vulneran derechos con el no registro en debida forma de menores concebidos a través de la maternidad subrogada?

Respuesta:

Si se vulneran los derechos de los menores toda vez que mientras un niño no sea registrado no tiene vida jurídica.

4. ¿Qué derechos usted considera que se protegen con el registro de menores concebidos a través de la maternidad subrogada?

Respuesta:

Todos los derechos fundamentales porque con el registro nace a la vida jurídica.

5. ¿Cuáles son los parámetros y exigencias para registrar a un menor concebido a través de la maternidad subrogada?

Respuesta:

Los desconozco.

6. ¿En la Registraduría dónde usted labora se cumple con lo ordenado en la sentencia SU696/15?

“implemente un nuevo formato de Registro Civil de Nacimiento en el que claramente se señale que en las casillas destinadas a identificar al “padre” y “madre” del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o dos mujeres, en el orden que

voluntariamente señale la pareja para efectos de los apellidos legales de su hijo, si los mismos cumplen con los requisitos generales de ley para ser reconocidos como los padres o madres del niño.” (Ortiz Delgado, 2015)

Respuesta:

En esta registraduría en este año 2022 se presentó por primera vez el caso del registro de un bebe, de una pareja del mismo sexo.

En el año 2018 en esta registraduría se implementó este nuevo formato. (datos de la madre o padre).

7. ¿Qué características debe contener el contrato de maternidad subrogada para que se pueda hacer efectivo el Registro Civil de Nacimiento de un menor en Colombia?

Respuesta:

Las desconozco.

Fecha de realización: 27 de julio de 2022.

Nota: La anterior encuesta es de elaboración y diseño propio.

Anexo F

Entrevistado No. 6



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

1. ¿En el cargo que ejerce, ha tenido que realizar el registro de menores concebidos a través de la maternidad subrogada?

Respuesta.

No, he tenido que realizar el registro de menores concebidos a través de la maternidad subrogada.

2. Desde su experiencia profesional ¿ha conocido casos de registro de menores concebidos a través la maternidad subrogada en Colombia?

Respuesta,

No, he conocido casos de registro de menores concebidos a través la maternidad subrogada en Colombia

3. ¿Usted considera que se vulneran derechos con el no registro en debida forma de menores concebidos a través de la maternidad subrogada?

Respuesta:

Si se vulneran los derechos fundamentales de los menores.

4. ¿Qué derechos usted considera que se protegen con el registro de menores concebidos a través de la maternidad subrogada?

Respuesta:

Es un derecho fundamental el registro de todo menor.

5. *¿Cuáles son los parámetros y exigencias para registrar a un menor concebido a través de la maternidad subrogada?*

Respuesta:

No han tenido casos.

6. *¿En la Registraduría dónde usted labora se cumple con lo ordenado en la sentencia SU696/15?*

Respuesta:

Si se implementó.

7. *¿Qué características debe contener el contrato de maternidad subrogada para que se pueda hacer efectivo el Registro Civil de Nacimiento de un menor en Colombia?*

Respuesta:

Que cumpla con los parámetros del Certificado de nacido vivo.

Fecha de realización: 27 de julio de 2022.

Nota: La anterior encuesta es de elaboración y diseño propio.