

**FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.**

LICENCIA CREATIVE COMMONS: Atribución-No comercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5 CO).

AÑO DE ELABORACIÓN: 2016

TÍTULO: Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos

AUTOR: Arévalo Villareal, Ingrid.

ASESOR:

Laverde Mateus, María Inés.

MODALIDAD:

Trabajo de investigación.

PÁGINAS: **TABLAS:** **CUADROS:** **FIGURAS:** **ANEXOS:**

CONTENIDO:

INTRODUCCIÓN

1. TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA
2. ARGUMENTOS SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA
3. MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO
4. APLICACIÓN EN COLOMBIA
5. DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

DESCRIPCIÓN: Este artículo aborda el debate que se ha presentado sobre el tema de la maternidad subrogada desde la perspectiva de la legislación existente sobre el tema en los países de Estados Unidos, España y Colombia, evidenciando la necesidad que tiene nuestro país de emitir leyes jurídicas frente a la reproducción asistida, para que de esta manera exista una seguridad jurídica que blinde este tipo de prácticas científicas.

METODOLOGÍA: Este documento realiza un análisis desde las tendencias académicas que existen actualmente acerca de maternidad subrogada y hace una comparación de la regulación existente en diferentes países, para demostrar la necesidad de regulación existente en Colombia.

PALABRAS CLAVE:

REPRODUCCIÓN ASISTIDA, CONTRATOS, MATERNIDAD SUBROGADA, OBLIGACIONES, DERECHOS, LEGISLACIÓN.

CONCLUSIONES: Es difícil ir en contra de los avances de la ciencia, ya que como vimos anteriormente en España la legislación ha prohibido de manera específica la práctica de maternidad por subrogación, pero después de debates jurídicos se ha logrado que se acepte que los hijos de ciudadanos españoles nacidos en otro país mediante esta práctica puedan ser registrados de manera libre en el país vasco.

En Estados Unidos la práctica es legal, debe configurarse un contrato y las diferencias que surjan sobre el mismo son decididas en estrados judiciales de acuerdo a las normas existentes en materia de derecho de familia. Además, ya existe jurisprudencia que permite al operador judicial tener un sustento legal al momento de tomar una decisión sobre la controversia que va a dirimir.

Las normas jurídicas deben avanzar al mismo paso de la ciencia; de lo contrario nos veremos en una situación donde la legislación regulará temas obsoletos y no se ajustará a la realidad científica y a los avances que surjan. La práctica de la maternidad subrogada en Colombia está amparada en el artículo 42 de la carta política.

En mi concepto sería viable presentar un proyecto de ley sustentado en los fundamentos constitucionales que se presentaron en el artículo, y regular de manera integral la procedencia de los contratos de maternidad subrogada, que deben contener ciertos elementos particulares y específicos de este tipo de

relación. La Corte Constitucional le dio una luz al legislador en cuanto los requisitos que deberían exigirse para que sea viable dicho contrato, estos requisitos fueron dados en la Sentencia T-968/09.

La maternidad subrogada es un contrato especial que lleva intrínsecos unos elementos esenciales propios y característicos del mismo, a continuación planteo una propuesta de estos para dar un contexto más cierto y específico a este tipo de contratos.

Condiciones óptimas de salud:

Esta es la característica esencial de este tipo de contrato y supone que la madre sustituta arrendará su vientre para la gestación del concebido hasta el parto, con anterioridad a la ejecución del contrato la madre de alquiler deberá realizarse una serie de exámenes médicos que permitan evaluar el riesgo del embarazo y los cuidados óptimos que ésta debe tener para llevar a término el mismo.

Contraprestación:

Es necesario establecer en el contrato de maternidad subrogada cuáles serán las obligaciones de las partes y a que se encuentra comprometida cada una, además se debe establecer el monto de la contraprestación que recibirá la madre de alquiler.

Condiciones durante la ejecución del contrato:

Dentro del contrato se debe acordar las condiciones en las cuales debe estar la madre de alquiler, y puntos específicos como alimentación, controles

médicos entre otros, además debe aclararse la incidencia que tendrán los padres contratantes en el periodo de gestación. De esta forma se dejarán de manera específica las condiciones sobre la cual se llevará el embarazo.

No retractación:

En el contrato debe existir una cláusula que indique que la madre de alquiler no podrá retractarse después de que se haya formalizado el contrato de maternidad subrogada, esto con el fin de dejar claras las obligaciones de las partes, y poder concluir con el objeto del contrato.

Es claro que debe haber un debate donde se puedan exponer todos los argumentos tanto a favor como en contra, y se pueda explorar cuál es la mejor manera de regular la maternidad por subrogación sin afectar los derechos del que está por nacer. Es así como se deben establecer normas que permitan que sean garantizados todos los derechos de los niños y las niñas aun cuando surja un conflicto respecto al contrato realizado.

Este análisis permite inferir la necesidad de una legislación en materia de maternidad subrogada, toda vez, que aunque existe un pronunciamiento por parte de la corte constitucional manifestando que no existe una prohibición expresa para esta práctica, ésta se viene realizando anteponiendo intereses económicos, incluso haciendo uso de las redes sociales para su publicidad lo que puede desencadenar en explotación de las madres gestantes, desconociendo los derechos y obligaciones de los contratantes sin ninguna reglamentación expresa y concreta por parte del legislador.

La ley que regule esta materia debe establecer bajo qué criterios será viable realizar el contrato de maternidad subrogada y establecer cuáles serán las contraprestaciones en el mismo, de manera que el tema no gire en un entorno específicamente económico. Es preciso establecer a que órgano jurisdiccional correspondería dirimir los conflictos que puedan surgir en virtud de un contrato de maternidad subrogada.

FUENTES:

Álvarez, D. & Burbano, C. (2012). Maternidad Subrogada y Filiación a la Luz del Ordenamiento Jurídico Colombiano (Pregrado). Universidad de San Buenaventura. Recuperado de [http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/1147/3/Maternidad Luz Ordenamiento Alvarez 2012.pdf](http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/1147/3/Maternidad%20Luz%20Ordenamiento%20Alvarez%202012.pdf)

Arrubla Paucar, J. (2004). Contratos Atípicos (pp. 21-22). Bogotá: Tomo II.

Arteta Acosta, C. (2011). MATERNIDAD SUBROGADA. Revista Ciencias Biomédicas, 92. Recuperado de [http://www.revista.spotmediav.com/pdf/2-1/12_MATERNIDAD SUBROGADA.pdf](http://www.revista.spotmediav.com/pdf/2-1/12_MATERNIDAD_SUBROGADA.pdf)

Barón, N. (2010). Régimen jurídico de la gestación por sustitución o maternidad subrogada (Pregrado). Universidad de Almería. Recuperado de http://repositorio.ual.es:8080/jspui/bitstream/10835/3477/1/757_REGIMEN%20JURIDICO%20MATERNIDAD%20SUBROGADA%20O%20GESTACION%20POR%20SUSUTITUCION.pdf

Bataller, E. (2015). Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (2), 777 - 789. Recuperado de <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/43211/777-788.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Bazaco Puerta, T. (2014). Reproducción humana asistida. Donación y recepción de gametos y embriones. *Cuidados de enfermería (Pregrado)*. Universidad de Valladolid.

Beorlegui, A. (2016). La maternidad subrogada en España (Maestría). Universidad de Navarra, España. Recuperado de <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1>

Casado Blanco, M. & Ibañez Bernaldez, M. (2014). Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada. *Revista Española De Medicina Legal*, 40(2). <http://dx.doi.org/10.1016/j.reml.2013.06.008>

Cruz, J. & Castro, L. (2014). La omisión legislativa en materia de contrato de alquiler de vientre materno en Colombia y consecuencias jurídicas.

Criterio Jurídico Garantista, 6(11), 110 - 125. Recuperado de <http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/view/443/427>

Gaviria, C. (2001). La consensualidad en el contrato de seguros. (Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de <http://hermes.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis23.pdf>

González, M. (2012). Los derechos del niño en la reproducción asistida. Instituto De Investigaciones Jurídicas UNAM, 99 - 125. Recuperado de <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/8.pdf>

Guerrero, F. & Mesa, M. (2015). La incidencia del incumplimiento del contrato de arrendamiento de vientre en algunos derechos fundamentales de los menores (pregrado). Universidad EAFIT. Recuperado de <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8258/FidelGustavoGuerreroAriasMariaAdelaidaMesaSepulveda2015.pdf?sequence=2>

Kushner-Dávalos, L. (2010). La fertilización in vitro: beneficios, riesgos y futuro. *Rev Cient Cienc Med*, 13(2), 77-80. Recuperado de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1817-74332010000200006

León, C. & Millán, J. (2016). El futuro de la maternidad subrogada en Colombia una perspectiva desde las experiencias de España y México (Especialización). Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de

<http://repository.javeriana.edu.co/bitstream/10554/15354/1/LeonVelezCatherine2013.pdf>

Marín Vélez, G. (2005). *El arrendamiento de vientre en Colombia*. Medellín: Sello Editorial, Universidad de Medellín.

Naranjo, G. (1997). La ley colombiana ante la reproducción asistida. *Revista Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, 98. Recuperado de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/6637/6119>

Ortega, V. (2012). PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA EN EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO 1 COLOMBIANO. *Revista Jurídica – Mario Alario D'filippo*, 4(1), 111 - 131. Recuperado de <http://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/315>

Pérez, G. & Cantoral, K. (2013). La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia. *Rev. Boliv. De Derecho*, 17, 230-251. Recuperado de <http://roderic.uv.es/handle/10550/41853>

Pérez Contreras, M. (2012). *El debate* (1st ed.). México. Recuperado de <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/9.pdf>

Pérez Peña, E. (2011). Transferencia intratubaria de gametos. *Vida*, (11).
Recuperado de <http://www.institutovida.com/articulos/gift.asp?ID=39>

Pinzón, I. (2015). *Filiación y contratos de gestación de vida humana por sustitución de vientre: un análisis ético-jurídico* (Maestría). PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA. Recuperado de <http://repository.javeriana.edu.co/bitstream/10554/16003/1/PinzonMarinInesYohanna2015.pdf>

Rodríguez-Yong, C. & Martínez-Muñoz, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista De Derecho (Valdivia)*, 25(2), 59-81. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-09502012000200003>

Sentencia T-968/09, M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. (Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. 2009).

Sentencia T-075/13. Diana Milena Pardo Hernández en representación de su hija María Fernanda López Pardo, menor de edad VS Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF., Acción de Revisión Sentencia de tutela (Corte Constitucional de Colombia 2014).