



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

This is a human-readable summary of (and not a substitute for) the [license](#).

[Advertencia](#)

### Usted es libre para:



**Compartir** — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

**Adaptar** — remezclar, transformar y crear a partir del material

El licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

### Bajo los siguientes términos:



**Atribución** — Usted debe darle crédito a esta obra de manera adecuada, proporcionando un enlace a la licencia, e indicando si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo del licenciante.



**NoComercial** — Usted no puede hacer uso del material con finés comerciales.

**No hay restricciones adicionales** — Usted no puede aplicar términos legales ni medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros hacer cualquier uso permitido por la licencia.

### Aviso:

Usted no tiene que cumplir con la licencia para los materiales en el dominio público o cuando su uso esté permitido por una excepción o limitación aplicable.

No se entregan garantías. La licencia podría no entregarle todos los permisos que necesita para el uso que tenga previsto. Por ejemplo, otros derechos como relativos a publicidad, privacidad, o derechos morales pueden limitar la forma en que utilice el material.

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

Ingrid Arévalo Villarreal.<sup>1</sup>

Universidad Católica de Colombia  
Facultad de Derecho  
Bogotá, Colombia  
Septiembre 2016.

---

<sup>1</sup> Estudiante de pregrado Derecho Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia. Cursó y aprobó diplomado El Sistema Acusatorio Penal desde una Perspectiva Comparada, Florida International University, Miami Florida, 2013. Diplomado en Conciliación, Universidad Católica de Colombia, Bogotá Colombia, 2014.

## **Resumen**

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.

## **Palabras Clave**

Reproducción asistida, Contratos, Maternidad Subrogada, Obligaciones, Derechos, Legislación.

## **Abstract**

This paper addresses the debate, which has exposed about subrogated maternity, from the current legal perspective of different countries such as the United States, Spain and Colombia. The evidences have shown it is necessary that Colombia takes actions in the Assisted Reproduction through laws by the legal body. This way, scientific practices mentioned before will be supported in its legal frame, respectively.

## **Keywords**

Assisted reproduction, Contracts, Surrogate Motherhood, obligations, rights, Legislation.

## Tabla de Contenidos

1. Tecnicas de reproduccion asistida .....	7
1.1 Fertilizacion in vitro .....	7
1.2 Transferencia de gametos .....	8
1.3 Inseminación artificial .....	8
1.4 Donacion de gametos. ....	9
2. Argumentos sobre maternidad subrogada .....	9
2.1 Tesis a favor .....	9
2.2 Tesis en contra .....	12
3. Maternidad subrogada en el derecho comparado .....	13
3.1 Estados unidos .....	15
3.2 España. ....	17
3.3 Colombia. ....	19
4. Aplicación en colombia .....	23
4.1 Modalidad Contractual .....	26
4.2 Caracteristicas del contrato .....	26
4.2.1 Atipico .....	27
4.2.2 Consensual. ....	28
4.2.3 Bilateral. ....	29
4.2.4 Oneroso .....	30
4.2.5 Conmutativo. ....	30
4.3 Efectos juridicos .....	32
5. Derechos constitucionales de los niños y las niñas .....	33
5.1 Derecho a una familia .....	34
5.2 Interes superior del menor .....	35
Conclusiones .....	38
Referencias .....	41

## Introducción

Los avances de la ciencia en el campo de la medicina sin duda influyen en la calidad de vida del ser humano y le permiten ver ciertas soluciones a problemas de salud que pueden surgir, sin embargo, existen muchos puntos de discusión ya que la legislación colombiana no se ha ocupado de reglamentar debidamente el uso de este tipo de avances en materia de reproducción asistida, más específicamente en materia de maternidad subrogada.

El análisis que se presenta en este artículo pretende responder al interrogante ¿Es válido el contrato de alquiler de vientre en Colombia?, revisando como a través de la legislación se ha regulado esta práctica bien sea a favor como en el caso de Estados Unidos o en contra como lo ha hecho España, esto con el fin de presentar una serie de opciones regulatorias que puedan ser aplicadas en Colombia tomando la experiencia internacional de dichos países en el uso de esta técnica de reproducción asistida.

La metodología utilizada para realizar el siguiente artículo de reflexión evidencia las tendencias legislativas existentes en los países de Estados Unidos y España y busca plantear un análisis crítico que permita establecer alternativas para reglamentar en Colombia el tema desde la experiencia internacional.

La importancia de este análisis radica precisamente en que hoy en día existe una inseguridad jurídica respecto al tema ya que en la actualidad no se permite que estos métodos de reproducción asistida puedan ser utilizados de forma libre, sino por el contrario muchas personas deben abstenerse de realizar este tipo de procedimientos médicos ya que no tienen claro a que se enfrentan en materia legislativa, y si en cierto modo, puede ser considerada una práctica contraria a la ley el contrato para alquilar un vientre y lograr tener la familia que biológicamente no ha sido posible.

La Corte Constitucional de Colombia avanzó cuando mediante la revisión de la sentencia de tutela T 968/2009 se pronunció y exhortó al poder legislativo para que regulara el tema buscando que hubiera certeza para las partes que intervienen en un contrato de esta naturaleza, de modo que se pudiera establecer que aspectos están dentro del marco legal y cuales en definitiva no pueden ser aceptados por ser contrarios a la constitución y a las buenas costumbres.

En el congreso se ha presentado proyectos de ley, unos en favor del tema de la reproducción asistida y la maternidad, otros que en definitiva van en contra del tema por considerarlo como una forma de explotación hacia la madre que realiza el alquiler del vientre y una negociación del niño o niña que esta por fuera de la ley, sin embargo, en ningún sentido se ha tenido en suficiente apoyo para sacar estas iniciativas adelante.

Este artículo de reflexión concluirá con la necesidad que de acuerdo a la Constitución Política de 1991, el estado debería ocuparse de regular integralmente el contrato de maternidad por subrogación de manera que permita su realización de una forma segura y blinde jurídicamente el mismo, para esto es necesario que se discuta un proyecto de ley que permite este avance en materia legislativa. Así entonces se sugiere un contrato privado que regule las obligaciones y derechos de las partes, para el objeto de alquiler de vientre.

## **1. Técnicas de reproducción asistida.**

Los avances que ha tenido la medicina en los últimos años han permitido que actualmente existan varias técnicas de reproducción asistida que buscan brindar una solución a las personas que presentan problemas de fertilidad. Las alternativas que han logrado tener una gran importancia debido a su efectividad son las siguientes:

### **1.1 Fecundación in vitro**

Consiste en la fertilización de óvulos con espermatozoides que pueden ser de la pareja o de un donante. Luego de obtener el embrión es implantado en el útero donde continúa su desarrollo.

El Medico Kushner-Dávalos (2010) en su publicación define este proceso de la siguiente manera:

El proceso de la FIV consiste en la estimulación exógena de los ovarios mediante gonadotrofinas humanas o recombinantes (sintéticas); extracción de los óvulos mediante un procedimiento quirúrgico mínimamente invasivo (aspiración folicular eco-guiada); fertilización in vitro en el laboratorio de embriología previa selección y clasificación de la calidad ovocitaria y capacitación espermática; cultivo embrionario sistemático; y transferencia de embriones en la cavidad uterina, a la espera de una implantación satisfactoria.(p.01).

El éxito de esta técnica ha venido en aumento ya que se han establecido protocolos que hacen que las probabilidades de desarrollo del embrión sean mucho más altas.

## **1.2 Transferencia de gametos**

La transferencia de gametos consiste básicamente en la implantación del ovulo fecundado en el tubo de la trompa de Falopio, lo que permite que este método sea muy semejante a la fecundación natural. El acceso a este método no es tan frecuente ya que representa un costo muy alto.

El profesional Pérez Peña (2011), explica el proceso de transferencia de gametos (TIG) de esta forma:

La transferencia intratubaria de gametos es un procedimiento de reproducción asistida en donde la fertilización se realiza in vivo, es decir dentro de las trompas u oviductos, por eso es intratubaria. En esencia con una pequeña operación (laparoscopia) que se efectúa a través del ombligo y un par de pequeñas incisiones adicionales en la parte baja del abdomen se coloca en el interior de una de las trompas óvulos y espermatozoides (gametos) para lograr que se realice la fecundación en condiciones naturales y se logre el anhelado embarazo. (p.01)

Esta técnica implica varios pasos más, luego de que se realiza la Fecundación In Vitro, lo que la convierte en una opción no tan utilizada ya que es más costosa y la inversión de tiempo es mayor.

## **1.3 Inseminación artificial:**

Es un método utilizado en un mayor porcentaje ya que arroja un alto porcentaje de éxito y el método no presenta tantas complicaciones.

Como lo define el autor Marín Vélez (2005), se trata de un procedimiento en el cual el semen se pone en el interior del útero para que se logre la fecundación. En este proceso se utilizan medicamentos que permiten que los ovarios liberen



los óvulos, para que el semen seleccionado del hombre ya sometido a un proceso de mejora pueda fecundar el ovulo.

#### **1.4 Donación de gametos:**

Bazaco Puerta (2014), define de manera muy clara y precisa este procedimiento explicándolo de la siguiente manera:

Es el proceso mediante el cual una mujer cede a otra mujer o pareja sus óvulos para que se puedan utilizar. La donación de ovocitos proporciona el único modelo en el cual, la contribución a la gestación del útero y el ovocito pueden ser separados. Esta técnica ha ido creciendo y mejorando cada vez más desde su primer éxito hace aproximadamente unos 20 años, ya que hace posible la gestación en la mujer a pesar de la edad, de la ausencia de varios o de su funcionamiento.” (p.08).

De manera general estos son los métodos de utilización más frecuente en cuanto a técnicas de reproducción asistida se trata, con los conceptos definidos se podrán analizar más claramente los siguientes aspectos que se tendrán en cuenta acerca de la maternidad subrogada.

## **2. Argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada**

### **2.1 Tesis a favor:**

La maternidad subrogada es una forma de reproducción asistida que contribuye a que las personas que están imposibilitadas para llevar de forma natural un proceso de procreación, encuentren una opción que permita solucionar su problema médico, así no se encuentra una razón por la cual se prohíban estos métodos que son del ámbito personal y pertenecen a la vida privada de las parejas que buscan ejercer un libre desarrollo y formar una familia.

Así como lo establece la Doctora Pérez Contreras, (2012) en su libro El Debate en el cual manifiesta:

La maternidad subrogada plantea entonces la posibilidad de que una mujer que no está en posibilidades de tener y llevar a término un embarazo pueda tener descendencia. En este sentido cobra importancia entre los argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada, señalar las bases sobre las que descansa el derecho a la salud sexual y reproductiva, este incluye el acceso a las técnicas de reproducción asistida y los mecanismos para hacerlas efectivas como es el caso de la maternidad subrogada. (p.133).

El autor anteriormente citado plantea que la maternidad por subrogación es una solución y garantiza el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas que se encuentran en imposibilidad de procrear hijos por sus propios medios, por esto se debe analizar desde la óptica científica y dejar de lado la mayoría de perjuicios morales que surgen para considerarla un practica poco ética.

Uno de los argumentos más asertivos a favor de la maternidad subrogada indica que avances científicos deben contribuir a solucionar las condiciones médicas de las personas para lograr que estas puedan desarrollarse en un entorno adecuado a sus necesidades. Por esta razón es importante que la reproducción asistida se mire desde el punto de vista de una solución médica y también psicológica para las personas que padecen enfermedades reproductivas inusuales que no le permiten lograr procrear de manera natural, el método de la maternidad subrogada debe considerarse como una solución más a los problemas de fertilidad.

El tema en Colombia se encuentra permitido mediante mandato constitucional, sin embargo, no cuenta con una regulación específica que permita desarrollar el contrato de maternidad subrogada; es entonces como la maternidad subrogada es una forma de sustituir la procreación de forma natural. En su tesis las autoras Álvarez & Burbano, (2012) mencionan lo siguiente respecto al tema:

La reproducción asistida es aquella que logra los mismos resultados que la reproducción natural (fecundación, embarazo, nacimiento) pero sin el concurso de la copula o unión sexual entre el hombre y la mujer, sino mediante el empleo de diversas técnicas médicas y científicas que son empleadas cuando la unión sexual o no es posible o no conduce a los resultados necesarios para lograr el nacimiento de un nuevo ser vivo. Es decir, la reproducción asistida es un sustituto científico, artificial, para cuando falla el proceso natural de lograr la reproducción humana. Esta incapacidad para lograr la reproducción humana de manera natural es lo que se conoce como infertilidad (o esterilidad). (p.15).

La reproducción asistida está orientada a solucionar problemas médicos y es un tratamiento como cualquier otro que es aplicado a algún tipo de enfermedad, en este caso es la solución para la infertilidad en algunas parejas, que con esto simplemente ejercen sus derechos constitucionales.

De igual manera debe ser reconocida la autonomía de la voluntad de las personas que en plena capacidad legal deciden hacer parte de un contrato de maternidad subrogada, es así como el autor Pinzón, I. (2015) indica:

Gracias a la autonomía, le es permitido a las personas el establecimiento de relaciones de muy distinta índole con los demás, pudiendo de esta manera establecer relaciones jurídicas vinculantes con otros sujetos igualmente autónomos, a través de negocios jurídicos, en los que, gracias

al concierto de las voluntades privadas, se crean reglas por las que se establecen sus propias relaciones. (p.78).

Podemos encontrar como los argumentos que existen a favor de la maternidad subrogada están fundamentados en bases fuertes como los derechos fundamentales de los individuos y la aplicación libre de los avances científicos que mejoran la calidad de vida del ser humano.

Sin duda alguna todos los avances de la ciencia que permitan mejorar significativamente la calidad de vida de los individuos y solucionar las condiciones médicas adversas que impidan desarrollar y ejercer libremente su sexualidad, deben aplicarse de una forma que no vaya en contra de la moral y las buenas costumbres y corresponde al Estado dar los parámetros de dichas aplicaciones.

## **2.2 Tesis en contra:**

Los argumentos que se presentan en contra de la maternidad subrogada atacan en si la mercantilización del ser humano y el desconocimiento de los derechos de la madre sustituta, mediante formalidades legales que pueden ir en contravía de las normas éticas y morales de la sociedad.

Así lo han definido los autores Casado Blanco & Ibáñez Bernáldez, (2014) cuando analizan los factores que pueden representar obstáculos en la aplicación de la técnica de maternidad por subrogación.

La maternidad subrogada es rechazada actualmente en casi la totalidad de los países del mundo, por considerarse moralmente inaceptable, entre otras cuestiones por la fuerte carga utilitarista que conlleva, por el ánimo de lucro que puede motivarla y porque sería como una especie de compra-

venta oculta de recién nacidos o una incitación a su tráfico comercial, lo cual consideramos como algo totalmente inadmisibile. (p.23).

Es claro que estos argumentos se fundamentan en el bienestar del niño o niña y de igual manera en la integridad del ser humano que no puede ser visto como una mercancía con la cual se pueda negociar. Existe el rechazo de muchos países a consentir esta práctica y regularla de manera integral, ya que, si bien con ella se aplican unos derechos del ser humano como el de formar una familia, también puede llevar a menoscabarse el derecho a su integridad física y moral.

Siempre, cuando la medicina genera nuevos avances que presuponen cambios en la naturaleza del ser humano se presentan dilemas éticos y morales; la mirada conservadora hacia la ciencia es algo innegable, esto siempre llevara a que se generen debates sobre la conveniencia y las consecuencias en la sociedad de la aplicación de dichos avances.

Una visión muy clara de los detractores ha sido interpretada por la autora Arteta Acosta, 2011 de la siguiente manera:

Este componente de comercialización le añade un ingrediente negativo, moralmente desfavorable a la gestación sustituta. La Organización Panamericana de la Salud (OPS) afirma que “la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia, no establece una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado, obviado y su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz. Así, este tipo de situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre” (p.94).

Al realizar el análisis de los argumentos anteriormente expuestos se puede establecer que cada uno está fundamentado y no pueden descartarse las hipótesis que son propuestas por los diferentes autores, y los argumentos en los que se basan para apoyar o declinar la utilización de la maternidad subrogada como método de reproducción asistida.

Sin embargo, por esto se propone una legislación que permita contrarrestar la ilegalidad que puede surgir alrededor del alquiler de vientre, es necesario una regulación que permita que se garanticen los derechos de las partes y mucho más importante de los niños y niñas que están vinculados también en este tema.

### **3. Maternidad subrogada en el derecho comparado.**

Es importante ver un panorama completo sobre la maternidad subrogada desde el punto de vista de varios países y la concepción que tienen los mismos sobre los temas de reproducción asistida, realizar un análisis en derecho comparado permite tener un conocimiento amplio sobre la regulación existente y las prohibiciones que han surgido en torno al tema.

Las experiencias que han tenido los países en materia de maternidad subrogada, permiten realizar un acercamiento a los casos reales, los cuales arrojan resultados que permiten evaluar importantes aspectos que surgen de la relación entre las partes del contrato. El estudio de estas situaciones permitiría realizar una regulación integra del caso en Colombia de una manera responsable.

#### **3.1. Estados Unidos**

La postura norteamericana frente a la maternidad subrogada es diversa, sin embargo, es en este país donde se han dado las discusiones más interesantes. De hecho, Esta técnica tuvo aplicación por primera vez en Estados Unidos en el año 1976.

Noel Keane, un abogado que en Derborn Michigan, Estados Unidos, creó la Subrogate Family Service Inc, con el fin de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación.” (Arteta Acosta, 2011).

Posteriormente se presentó una controversia en estrados judiciales por el caso conocido como Baby M por un incumplimiento de contrato por parte de la madre sustituta. La legislación existente a nivel mundial realmente es muy poca. En el caso de Colombia la materia no ha sido objeto de estudio por parte de la rama legislativa y en los casos que se han presentado, es la corte constitucional quien ha emitido pronunciamientos al respecto, exhortando al legislador a regular de manera integral el tema.

De esta manera se han destacado varios puntos en común que son relevantes en la postura de estados Unidos frente a la maternidad por subrogación. En su investigación los autores Rodríguez-Yong & Martínez-Muñoz, (2012) definen así la visión estadounidense:

Bajo este contexto, los rasgos distintivos que han sido identificados como característicos de la postura estadounidense son los siguientes: a) existe una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia, b) no hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato, c) se acude a la noción de orden público y a las normas del

derecho de familia para aceptar o rechazar su validez, y d) la regulación del contrato está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan del fenómeno de maternidad subrogada. (p.10).

De acuerdo a lo que indica el autor anteriormente citado podemos concluir que en Estados Unidos se ha realizado una regulación de las relaciones de maternidad subrogada a partir del precedente jurisprudencial y la regulación estatal cada estado desarrolle de acuerdo a sus políticas internas, la ley federal permite que los Estados sean autónomos al tomar partido en este tipo de discusiones.

Es importante aclarar que la posición de todos los estados frente al tema de la maternidad subrogada no es la misma, ya que algunos reconocen el contrato que surge de esta y su validez; mientras que otros consideran que este carece de validez jurídica y rechaza plenamente la celebración de contratos de este tipo.

Algunos estados han promulgado leyes para su regulación, sin embargo, otros la han dejado en manos de la jurisprudencia. No en todos los estados es aceptada y vista con buenos ojos la práctica de maternidad por subrogación al respecto el autor Bataller, (2015) manifiesta

En EE. UU hay diversidad de situaciones, puesto que diez de los estados la prohíben completamente, mientras que otros la admiten en diversos grados, bien a través de leyes o jurisprudencialmente. California concentra el mayor número de centros privados que ofrecen servicios de maternidad subrogada. Desde la década de 1990, los tribunales californianos han dado carácter vinculante a los acuerdos de maternidad subrogada y, si hay conflicto de intereses, han declarado la filiación del



nacido a favor de los miembros de la pareja comitente frente a la madre subrogada. (p. 782).

La independencia de la legislación de cada estado permite su propia regulación de acuerdo a sus experiencias culturales, sociales y científicas es por esto que convergen diversas posiciones en este país. El avance que presenta los estados donde esta práctica es permitida sin duda es resultado de un largo camino de debate y discusiones sobre los beneficios y consecuencias de la maternidad subrogada, sin embargo la inclinación se ha dado en favor de los derechos sexuales y reproductivos de los individuos.

### **3.2 España**

En España el tema de la maternidad subrogada se encuentra prohibido y ha sido acogida la postura de la dignidad del ser humano, la cual no permite que el mismo sea tratado como un bien mercantil. Dicha técnica se encuentra expresamente prohibida por mandato legal ya que es considerada como una violación a los derechos de menor. Barón, (2010) en su tesis identifica de manera clara la postura del país vasco en torno al tema:

Jurídicamente, y concretamente en España, la maternidad subrogada es una figura que se niega y se prohíbe en nuestro país. Así se establece en el Artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en lo sucesivo LTRHA). En España se considera nulo de pleno derecho cualquier contrato donde se convenga la gestación y la filiación de un menor. Así pues, el Código Civil español es claro en determinar que la madre de un bebe es la que lo da a luz y no la que aporta el óvulo. (p.17).

Como lo indica el autor la anterior ley determina que no tendrá ningún tipo de efecto jurídico el contrato celebrado por maternidad subrogada y aclara explícitamente que la madre gestante no tiene ningún tipo de obligación de entregar al niño o niña; y de haberlo hecho se encuentra en la facultad de solicitar que sea retornado a su hogar. En la teoría general de contratos puede considerarse como un contrato nulo por tener un objeto ilícito.

En España, es común que las parejas que pretenden realizar un contrato de reproducción asistida deban viajar a otros países donde esta figura se encuentre permitida y regulada, ésta situación la representa en su tesis la autora Beorlegui, (2016) así:

En España es que no se ha optado por la legalización de esta técnica, el camino seguido ha sido otro: las medidas adoptadas por la reciente Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DRGN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Pues, aunque la legislación prohíba la gestación por sustitución y sea nulo todo acuerdo, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, de 5 de octubre de 2010, permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en los países cuya normativa la permita y siempre que al menos uno de los progenitores sea español. Es decir, permite el acceso al registro de los casos “extranjeros. (p.20).

Las discusiones en estrados judiciales fueron bastantes, debido a que en un principio no se quería aceptar el registro de los menores nacidos fuera del país mediante la técnica de maternidad subrogada; aun siendo hijos de ciudadano españoles. Luego de fallos judiciales se procedió a aceptar dicho registro.

España por su parte ha tomado una postura que ve la maternidad subrogada como una forma de trata de personas, por lo cual no ha permitido su práctica, como observamos anteriormente fue necesario que se pronunciara un ente judicial para que los nacionales de este país pudieran registrar a sus hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida.

Para concluir es preciso indicar que las creencias de tipo moral y social no pueden ser una excusa para violar los derechos de los individuos como en este caso el registro de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada, ya que aunque en España esta práctica no se considere legal, no puede negarse el derecho que tienen los niños y niñas a acceder a la inscripción en el registro civil, ya que a todas luces se estaría violando un derecho fundamental.

### **3.3 Colombia**

Se debe precisar que no hay un criterio unánime en Colombia en lo que a reproducción asistida se trata, hay muchos sectores con diferentes opiniones del tema, es importante entonces buscar el fundamento jurídico vigente en Colombia para temas de reproducción asistida más específicamente para el tema de maternidad subrogada.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones alrededor del tema de la maternidad subrogada, aun así, siguen existiendo vacíos normativos, que no permiten que haya claridad de cómo se deben llevar a cabo estos procesos en Colombia.

La Corte Constitucional se pronunció en su Sentencia T-968/09, (2009) al respecto de la validez de la maternidad subrogada en Colombia:

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.

Así entonces, en nuestro país nos encontramos frente a un vacío jurídico ya que no hay claridad sobre cuáles son los términos en los que se debe tramitar un contrato de maternidad subrogada, inequívocamente esto puede permitir que se presenten casos donde sea aprovechada la vulnerabilidad de la madre sustituta y sus condiciones económicas. Por esto es necesario que el tema pueda ser regulado de manera integral. Más adelante analizaremos según la legislación colombiana cómo sería posible realizar un contrato en materia de maternidad subrogada.

Además, en Colombia, esta práctica se realiza hace algún tiempo, y la deficiente regulación en el tema solo permite que los precios de estos contratos en nuestro país sean mucho más bajos en comparación con el resto del mundo donde la técnica de maternidad por subrogación está plenamente regulada, así bien los autores León & Millán, (2013), explican el mercado de la maternidad subrogada en Colombia en la tesis que desarrollaron sobre el tema y la cual indica que:

Como consecuencia de estas características de la sociedad colombiana, se presenta una gran oferta la cual conlleva a que los precios del mercado sean bajos en contraposición a otros países, puesto que mientras en Colombia el precio del alquiler puede oscilar entre los 10 y los 15 millones de pesos, en Estados Unidos el alquiler de un vientre oscila entre los

\$45.000 dólares en los estados en que la subrogación comercial es lícita. (p.11).

Indudablemente existe una posición variada en el derecho comparado acerca de la maternidad subrogada, cada estado tiene una posición y argumentos válidos con los que defienden su tesis. Es importante ahora centrarnos en el caso colombiano para definir la validez del contrato de maternidad subrogada entorno al ordenamiento jurídico colombiano.

Abordando la legislación existente se puede establecer que los principios constitucionales permitieran que esta práctica fuera viable en Colombia, en este sentido los autores Guerrero & Mesa, (2015) se refieren al tema:

La Maternidad Sustituta guarda estrecha relación con el derecho a salud consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991 y demás normas pertenecientes al ordenamiento jurídico colombiano, ya que mediante este acto reproductor se puede trasladar la calidad de madre, lo cual va a permitir a la parte contratante gozar de un completo estado de bienestar, físico, mental y social en relación a la procreación dentro de la familia. (p.72).

La regulación es totalmente necesaria ya que previene un desgaste judicial en el caso de que el contrato se llegue a dar y el mismo tenga que ser discutido en estrados judiciales. Por lo que se hace absolutamente necesario que se analice la posición jurídica que se tomara al respecto.

Lo que busca realmente la maternidad subrogada es brindar una alternativa a parejas que no pueden procrear. El contrato debe prever riesgos para las partes, ya que este puede no cumplir con la finalidad, la autora Naranjo, (1997) explica el tema de la siguiente, manera:

Mediante la procreación asistida se pretende ayudar a las parejas o personas infértiles para que puedan llegar a ser padres. Pero esto no significa que el médico se obligue a que el embarazo llegue a un feliz término porque éste es un proceso que no depende de la voluntad del hombre y la obligación del médico' es de medio, es decir, se compromete a utilizar todos los conocimientos y técnicas científicas existentes para obtener dicho resultado, siempre y cuando se respeten las condiciones morales, culturales y sociales de la pareja, pero no se compromete a obtener el resultado mismo. (p.115).

No están entonces todas las obligaciones configuradas para que dependan de la voluntad de las partes respecto a su cumplimiento, ya que hay factores aleatorios que deben ser tenidos en cuenta para la realización del contrato.

En el caso específico de Colombia podría establecerse un contrato que cumpla con todas las formalidades exigidas pero que además cuente con una supervisión en su ejecución por parte de alguna autoridad competente, podría considerarse si es viable un defensor de familia que constate que los derechos de las partes se están respetando y las obligaciones derivadas del contrato están siendo cumplidas a cabalidad.

La importancia de crear una regulación específica acerca del tema radica en que estas prácticas salgan de la clandestinidad y se pueda garantizar los derechos de los niños y niñas , además de ejercer controles de tipo legal por las autoridades competentes en materia de derecho de familia.

#### 4. Aplicación en Colombia

Como ya lo hemos mencionado anteriormente, en Colombia no existe una regulación específica respecto a maternidad subrogada, en una ocasión mediante Proyecto de Ley 037 DE 2009 se buscó que el congreso le diera trámite, sin que se lograra un consenso que permitiera que dicha ley fuera aprobada.

Así las cosas, en Colombia solamente se ha pronunciado la Corte Constitucional quien reconoció que al no existir una norma específica que prohíba dicho contrato, éste es plenamente válido.

La necesidad de regulación es inminente, pero como en muchos otros temas el poder legislativo no se pronuncia ante el debate moral que generaría dicha regulación, el derecho debe avanzar para no quedarse obsoleto ante la realidad humana, tal como lo expresa la autora Ortega, (2012) en su artículo sobre la dignidad humana y el arrendamiento de vientre

Los tabúes en cuanto a la disposición del cuerpo humano y el impacto que genera la posibilidad de su disponibilidad, a través de la ciencia y la biotecnología, obligan al derecho a ocuparse pronto de dichas realidades, en aras a encontrar soluciones a las diversas situaciones jurídicas que de allí se derivan, teniendo como punto de partida la bioética y como punto de llegada la regulación de dichas situaciones, no desde el punto de vista médico, sino, desde una perspectiva jurídica que no sea contraria al ya decantado principio de la dignidad humana. (p. 128).

La regulación entonces debe integrar todos los principios constitucionales para hacer de la maternidad subrogada una práctica legal y constitucional. Deben ser

ponderados los derechos de las partes intervinientes en el contrato y en todo caso velar por el interés superior del concebido.

Es preciso aclarar que la gestación subrogada tiene un fundamento constitucional que permite su aplicación en Colombia, éste se encuentra desarrollado en los siguientes artículos de la Carta Política Colombiana:

El derecho a la igualdad resaltado en el artículo 13 de la carta política, soportaría también éste tipo de contratos si se tiene en cuenta que el estado debe garantizar la igualdad de sus asociados, en la medida que las personas que deben acudir a las técnicas de reproducción asistida se encuentran en un tipo de desigualdad reproductiva que conlleva a la imposibilidad de que puedan conformar una familia.

***ARTICULO 13.*** *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*

*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

Es así como el estado debe realizar acciones encaminadas a velar por la igualdad entre los ciudadanos que permita un desarrollo social óptimo; para esto debe tomar medidas que permitan superar la condición de desigualdad que se está presentando.



Así mismo el artículo 16 de la Carta Política propende el libre desarrollo de la personalidad en los siguientes términos:

**ARTICULO 16.** *Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.*

Pueden entenderse estos mandatos constitucionales como un piso jurídico y legal para la viabilidad de la maternidad subrogada en Colombia, ya que mediante este contrato se ejercen las libertades que consagra la constitución, sin faltar en ningún momento a alguno de sus preceptos.

De igual manera y siendo altamente representativo para el tema de la gestación subrogada encontramos el artículo 42 que dispone:

**ARTICULO 42.** *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

*El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.*

*La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.*

*Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.*

*Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.*

*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con **asistencia científica**, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable.*

*La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.*

*Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.*

*Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.*

*Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.*

*También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.*

*La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.*

Podemos notar como en el inciso 6 de este artículo considera la procreación de hijos con asistencia científica, por lo que se puede deducir que en Colombia está permitida las técnicas de reproducción asistida, lo que definitivamente abre la puerta a que las parejas con condiciones adversas para la procreación natural, puedan acceder a otros métodos que le permitan conformar una familia.

#### **4.1 Modalidad Contractual:**

Inicialmente es claro que el contrato de maternidad subrogada no está prohibido en la legislación colombiana, al no existir una regulación jurídica precisa, se debe en primer lugar analizar la doctrina del código civil en materia de contratos, y tal como lo expresa el artículo 1602 del Código Civil Colombiano que nos dice “los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Así las cosas, podemos anotar que si hay un acuerdo de voluntades entre las partes se estaría ante un contrato que produce efectos jurídicos, tal como lo

indica la autora Higuera Cardozo (2011), en su artículo dedicado al contrato atípico de maternidad subrogada:

El contrato propuesto de gestación subrogada encuentra su objeto lícito en la medida en que éste al tratarse de la capacidad biológica para gestar que la madre portadora ha ofrecido altruistamente, al permitir y cooperar para que el gameto de otra pareja sea incorporado en su útero, no puede concebirse como un acto que contravenga las normas de carácter público de la Nación, ya que estos procedimientos no son en ningún momento algún tipo de comercialización de órganos o personas ni mucho menos, por el contrario es un acto que obedece a la voluntad libre y consciente de particulares capaces en ejercicio de su libertad contractual legal y constitucionalmente otorgada. (p.446).

En este caso, dicho contrato no podría invalidarse ya que cumpliría con los requisitos legales necesarios para que se convalide su realización, aunque es importante que se abra un espacio para la regulación específica de este tipo de contratos con el fin de evitar desventajas entre los contratantes.

Ahora bien, las partes contratantes deberán contar con todos los atributos necesarios para que se presuma su capacidad al momento de la celebración del contrato, así como lo precisan la autora Bernal (2009):

Es evidente la importancia que tiene el buscar reglamentar lo concerniente a las TRHA<sup>2</sup>, y en el caso del sistema jurídico colombiano resulta desolador el panorama que queda frente al archivo continuo de Proyectos de ley en relación con el tema, lo que pone de manifiesto que se hace necesario retomar el debate frente a este tema como quiera que no se

---

<sup>2</sup> Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

puede permanecer ajenos ante esta realidad que cada vez se torna más importante dentro de los procedimientos médicos tanto a escala internacional como local. (p.23).

A pesar de haberse presentado varios proyectos de ley encaminados a desarrollar de manera integral la regulación de las técnicas de reproducción asistida, no ha sido posible contar con el apoyo suficiente por parte del legislador para sacar adelante estas iniciativas, no es fácil que en países como el nuestro con principios conservadores tan arraigados sea promovida dicha regulación, aun cuando esto no permita el avance óptimo de métodos científicos.

#### **4.2 Características del contrato:**

Entraremos a analizar cuáles son las características del contrato de gestación subrogada, para determinar la forma de aplicación que debería darse en Colombia, y cuáles son los elementos jurídicos esenciales sobre los cuales este se debe constituir a fin de que se pueda predicar su validez. Los autores Cruz & Castro, (2014) explican las características de este tipo de contratos de la siguiente manera.

Del concepto de contrato de alquiler de vientre expuesto supra, se desprenden elementos que se deben resaltar de manera breve: i) es bilateral, ii) es de ejecución sucesiva, iii) es conmutativo, iv) aunque no aparece expresamente en el enunciado es, en la mayor parte del mundo, por esencia oneroso, v) es principal, vi) es innominado —hasta el punto que no está regulado expresamente por una ley—, vii) es de libre discusión por regla general y, viii) presenta otras características no

enunciadas como la de ser una obligación para la madre subrogante de hacer, jamás la de dar. (p.113).

En la doctrina que existe sobre el tema, encontramos unas características comunes y otras que difieren; las que se deben aclarar para darle contexto al mismo, así que procederé a explicar los puntos que se ajustan al contrato.

#### **4.2.1 Atípico:**

El contrato de maternidad subrogada no está regulado por la ley, nacería específicamente de la necesidad de las partes, esto hace que no tenga un carácter típico. Aunque este contrato podría en cierta manera asemejarse al de arrendamiento de bienes, no se puede equiparar en todas sus características por lo que no podría determinarse que la materia se encuentra regulada.

Como bien nos dice la autora Camacho, (2005), en su artículo en el que define los contratos atípicos y define cada una de sus características:

Con ello se quiere advertir que en ocasiones existen figuras contractuales que aparentemente se encuentran reguladas, pero en realidad no lo están, pues dicha regulación se refiere a otros aspectos relacionados con la misma, e incluso puede suceder que por medio de esas disposiciones se otorgue un nombre a esa figura contractual, aun así y teniendo en cuenta lo dicho sobre la diferencia entre la nominación y la tipicidad, se podrá considerar éste contrato, como de la naturaleza de los atípicos. (p.08)

Se debe considerar entonces que los contratos se desarrollan de acuerdo a la necesidad social que exista de los mismos, como lo indica el autor (Arrubla Paucar, 2004):

Son los miembros de la sociedad quienes en ejercicio de su autonomía privada y pretendiendo regular sus propios intereses utilizan instrumentos clásicos o descubren otros más acordes a las necesidades y a la complejidad del mundo moderno para colmar sus propósitos de autorregulación. (p.22).

Es así, como el mundo jurídico debe avanzar al ritmo de la ciencia y las necesidades que surjan en la sociedad. El contrato de gestación es un claro ejemplo donde confluye la voluntad de particulares ejerciendo su autonomía personal, éste será válido siempre y cuando no vaya en contra de la constitución y la ley.

#### **4.2.2 Consensual:**

En este punto se basa en la autonomía de la voluntad de las partes la cual está perfectamente expresada por la autora Gaviria (2001) en su tesis que aborda el tema de la consensualidad en los contratos:

La autodeterminación de intereses particulares se materializa en la facultad de las partes para celebrar entre si actos que tengan como fin último la modificación en su condición jurídica, patrimonial y personal. El instrumento jurídico por excelencia que permite el cumplimiento de ese objetivo es el contrato. Entonces gracias a la autonomía de la voluntad privada, las personas no solo pueden establecer el contenido y finalidad de sus obligaciones y derechos, sino que, además, pueden determinar los medios o formas a través de las cuales entenderán que se ha formalizado su relación, sean estas complejas y formales o libres. (p.13).

En este caso concreto debe existir una autonomía de la voluntad de las partes del contrato, es decir los padres y la madre que alquilara su vientre, bajo las

condiciones que estos consideren pertinentes siempre y cuando estas se encuentren enmarcadas bajo la ley.

#### **4.2.3 Bilateral:**

Del acuerdo de voluntades de las partes nacen derechos y obligaciones para cada una, estas deben ser claras y estar plenamente estipuladas dentro del contrato. Para este caso el autor Marín Vélez (2005) indica sobre este concepto

En efecto, la principal obligación asumida por el arrendador consiste en permitir el goce y disfrute del bien arrendado por parte de su arrendatario y, por su parte, el arrendatario adquiere como principal obligación la cancelación del canon de arrendamiento. Desde luego, durante toda la vigencia del contrato ambas partes tendrán obligaciones que cumplir, diferentes de las dos principales ya enunciadas. (p. 135).

El acuerdo de voluntades, es entonces uno de los principales elementos para que pueda nacer a la vida jurídica un contrato de maternidad subrogada, donde conste que las partes asumen los derechos y obligaciones consignados en el mismo.

#### **4.2.4 Oneroso:**

El contrato de maternidad subrogada supondrá una compensación económica para la madre de alquiler, por esto la importancia de que se considere regular de una manera íntegra este contrato ya que así disminuye notablemente una posición dominante de algunas de las partes sobre la otra.

La Corte Constitucional en su sentencia T-968/09 indico la importancia de la regulación de esta materia de la siguiente manera:

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas. (Sarai VS Juzgado Décimo de Familia de Cali, 2009)

#### **4.2.5 Conmutativo:**

Claramente el contrato de maternidad subrogada contempla unas prestaciones recíprocas, por lo que se predica que el contrato es conmutativo, nacen obligaciones para ambas partes y estas deben ser cumplidas a cabalidad por las mismas, ya que de lo contrario habría un incumplimiento.

#### **4.3 Efectos Jurídicos:**

El contrato de maternidad subrogada como se ha visto anteriormente, es válido ante el ordenamiento jurídico colombiano; sin embargo, hay ciertos argumentos que podrían cuestionar los efectos de mismo ante las instituciones jurisdiccionales, y estos deben ser tenidos en cuenta al momento de su celebración. Tal como lo indican las autoras Álvarez & Carmona, (2012) en su tesis sobre el tema de maternidad subrogada:



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

Mientras no exista una regulación integral del tema, siempre se correrá el riesgo de que este contrato al ser controvertido ante la jurisdicción ordinaria pueda ser considerado como invalido, ya que las opiniones son diversas y cada argumento sin duda puede encontrar una fundamentación jurídica que lo sustente.

El contrato es ley para las partes, por esto debería suponerse que éstas al momento de obligarse están dispuestas a cumplir con lo pactado. Sin embargo, podría eventualmente haber un incumplimiento que al tener que discutirse judicialmente estaría supeditado a la hermenéutica jurídica del juez ya que sobre este tema hay varias posiciones, A pesar que la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera general no contempla las variables que se pueden presentar en cada caso, lo que deberá ser una decisión del juez.

## **5. Derechos Constitucionales de los niños y las niñas**

Los derechos de los niños son un tema ampliamente reconocido alrededor del mundo. La Asamblea General de las Naciones Unidas estableció la Convención sobre los Derechos de los Niños el 2 de noviembre de 1989, dicha convención fue ratificada por el Congreso de la Republica de Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

De igual manera en la Constitución Política de Colombia están consignados una serie de derechos que buscan la protección integral de los niños y niñas, analizaremos en los párrafos siguientes algunos de estos derechos y como de cierta manera tendrían relación directa con el tema.

### **5.1 Derecho de los niños y niñas a tener una familia:**

Es derecho de todo menor de edad tener un núcleo familiar que vele por sus derechos y su protección permanente, la Corte Constitucional de Colombia expresa este derecho de la siguiente manera:

Dentro de las garantías que se deben brindar a los niños está la de asegurar un desarrollo integral, el cual consiste en un crecimiento sano, normal y armónico desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella ha sido reconocido igualmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la cual se dispuso como uno de sus derechos, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, así como no ser separado de los mismos en contra de su voluntad, salvo que autoridades judiciales lo determinen en pro del interés superior del menor. (Ángela Reyes moreno VS Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC-, 2012)

Los niños deben ser objeto de protección especial del Estado, y este debe velar por su óptimo desarrollo, en Colombia hay falencias en ese sentido ya que dicha protección no llega aun a todos los lugares del país.

La maternidad subrogada puede suponer un conflicto de derechos y obligaciones de la madre gestante y la madre biológica, que mientras no se prevean en un contrato bajo una regulación específica, las diferencias que se presenten bajo este tipo de contratos siempre serán fallados por los jueces bajo

los criterios de interés superior de los niños y niñas, podría entrar a desconocer entonces la validez del contrato ya que no existe legislación sobre este.

Los derechos de los niños y niñas también se ven involucrados de cierta manera cuando hay de por medio un contrato de maternidad subrogada como lo expresa la autora González, (2012) en su análisis sobre los derechos de los niños y frente al tema de la maternidad subrogada:

El verdadero problema es que no solo los derechos de las personas adultas están en el escenario, sino que el eventual producto de la fecundación será también titular de algunos derechos a los que, de antemano, se ha renunciado sin capacidad para ello, por lo menos desde un punto de vista ético y jurídico, de acuerdo con los derechos reconocidos en la actualidad a niñas y niños. (p.104).

En el caso de la maternidad, más allá del contrato en sí mismo la dificultad existe en que se involucran los derechos del concebido, esto crea un escenario completamente diferente para su aplicación.

## **5.2 Interés superior de los niños o niñas:**

El estado debe proporcionar una protección especial a los niños y niñas, es decir deben prevalecer sus derechos en todo momento, por este motivo se deben garantizar de una forma sistemática y eficaz el disfrute de los mismos.

La Corte Constitucional de Colombia ha definido esta protección especial de la siguiente manera:

“Los derechos de los menores de edad priman sobre los de los demás, por lo cual se ofrecen mayores garantías y beneficios, para proteger su

formación y desarrollo. Igualmente, al ser los niños sujetos de protección constitucional reforzada, atraen de manera prioritaria las actuaciones oficiales y particulares que les concierna. Así, en todas las situaciones en que entren en conflicto los derechos e intereses de los niños y los de las demás personas, deberá dárseles prelación a aquéllos. Las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares, cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, al aplicar la preceptiva atinente y ante las circunstancias fácticas de los menores de edad involucrados, la solución que mejor satisfaga dicho interés.” (*Diana Milena Pardo Hernández en representación de su hija María Fernanda López Pardo, menor de edad VS Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF.*, 2014).

Esta prevalencia de los derechos de los niños y niñas tiene que ser tenida en cuenta al momento de realizar un contrato de maternidad subrogada, ya que es importante que no sean tratados exclusivamente como un objeto mercantil, ya que sin duda se estarían violando sus derechos. Es por esto que el más indicado para realizar esta ponderación de derechos, es el poder legislativo de cada estado, quien sin duda logra representar los intereses de la mayoría de ciudadanos.

Una manera sencilla de expresar la importancia de los derechos de los niños y niñas es la de las autoras Pérez & Cantoral, (2013) quienes realizan un análisis importante del tema de la maternidad subrogada desde el punto de vista de los Derechos Humanos concedidos a los niños y niñas:

El derecho del menor es un derecho singular, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con

la mayoría de edad. El derecho del menor se conforma por un conjunto de normas organizadas en función del principio que prioriza el interés de éste. (p.234).

No es fácil de este modo regular un tema que involucra a un niño o niña y el conjunto de derechos que lo rodean, es por esto que se debe acompañar de estudios psicosociales que eviten que se involucren en eventos de maternidad subrogada intereses exclusivamente económicos para que siempre en el contrato este implícito la protección de los derechos de los niños y las niñas.

De igual manera la Corte Constitucional cuando se pronunció explicó la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas de la siguiente manera:

Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres, pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. En este contexto, los derechos e intereses de los padres solo podrán ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga el interés prevalente del menor. La forma en que se deben armonizar los derechos y resolver los conflictos entre los intereses de los padres y los intereses del menor, no se puede establecer en abstracto, sino en función de las circunstancias de cada caso particular y sin que pueda, en ningún caso, poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, so pena de que el Estado intervenga para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo.” (Sarai VS Juzgado Décimo de Familia de Cali, 2009).

En definitiva, es menester buscar dicho equilibrio en la regulación de la maternidad subrogada para que no haya una afectación a los derechos de los niños y niñas, y se conserven todas las garantías para cada una de las partes que intervienen en el contrato.

### **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.



## Referencias

- 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_Luz_Ordenamiento_Alvarez_2012.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](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](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/PinzonMarinI nesYohanna2015.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).