

**ELEMENTOS JURÍDICOS ESENCIALES DE LOS CONTRATOS DE
MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO**

VALENTINA QUIÑONES

Código 530131129

**UNIDAD CENTRAL DEL VALE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
DERECHO
TULUÁ
2018**

**ELEMENTOS JURÍDICOS ESENCIALES DE LOS CONTRATOS DE
MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO**

VALENTINA QUIÑONES

Código 530131129

Director de Trabajo de Grado:

Dr. HUGO NARANJO

**UNIDAD CENTRAL DEL VALE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
DERECHO
TULUÁ
2018**

CONTENIDO

1. ELEMENTOS JURÍDICOS ESENCIALES DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO	5
2. INTRODUCCIÓN	5
3. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	7
3.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
3.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	11
4. OBJETIVOS	12
4.1. OBJETIVO GENERAL.....	12
4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	12
5. MARCO REFERENCIAL	13
5.1. MARCO TEÓRICO	13
5.2.2. Diferentes técnicas de reproducción asistida en contraste con la Maternidad Subrogada.....	15
5.2.2. Las Técnicas de Reproducción Asistida y la Maternidad Subrogada	18
5.2.3. La Validez de los Contratos de Maternidad Subrogada, una seria problemática en Colombia:.....	19
5.3. MARCO CONCEPTUAL.....	28
5.3.1. Fecundación in Vitro:.....	28
5.3.2. Transferencia Intrafalopiana de Cigotos (ZIFT):	28
5.3.3. Microinyección de Espermatozoides (ICSI):	28
5.4. MARCO LEGAL.....	29
6. DISEÑO METODOLÓGICO.....	31
6.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	31
6.2. TIPO DE ESTUDIO	31

6.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	31
6.4. LAS FUENTES	32
6.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	32
7. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	33
7.1. CAPÍTULO I: DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS EN LA MATERNIDAD SUBROGADA	33
7.2. ELEMENTOS JURÍDICOS ESTRUCTURALES DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO	39
7.2.1. Estados Unidos	40
7.2.2. Argentina.....	42
7.2.3. España	44
7.2.4. México.....	45
7.3. ELEMENTOS JURÍDICOS ESTRUCTURALES DE UN CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA COLOMBIA A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS	50
7.3.1. Contrato de Maternidad Subrogada.....	51
7.3.2. Elementos de existencia.....	54
7.3.3. Partes intervinientes en el contrato de maternidad subrogada	56
7.3.4. Obligaciones de la madre gestante	58
7.3.5. Obligaciones de la pareja solicitante	59
8. CONCLUSIONES	61
9. BIBLIOGRAFÍA.....	63

1. ELEMENTOS JURÍDICOS ESENCIALES DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO

2. INTRODUCCIÓN

La sociedad está en constante evolución y cambio. Las ciencias obtienen cada vez más conocimientos acerca de la naturaleza humana y cómo poder manipularla. Una de esas evoluciones por demás revolucionarias, tiene que ver con las formas alternativas de la concepción. Asistimos a un mundo en el que es posible concebir o fecundar un vientre, sin la necesidad de relaciones sexuales tradicionales.

Acudimos a avances tecnológicos que permiten que la fecundación ocurra por fuera del vientre materno y bajo ciertas condiciones. Estamos ante la posibilidad que una mujer se embarace con el óvulo fecundado de otra mujer, cuestión sobre la que se centra esta monografía: la maternidad subrogada. Por medio de este avance de la técnica médica, muchas parejas pueden acceder a una alternativa a su imposibilidad de fecundar hijos dentro de sus familias. El alquiler de vientres se torna una alternativa contractual, que de ser regulada por el derecho, para que existan soluciones viables a las familias que no han podido tener hijos.

No obstante, ese avance en la técnica médica no ha sido regulado con suficiencia en Colombia, dejando vacíos enormes en la forma como ha de estructurarse un contrato de maternidad subrogada, cuáles son los derechos de las partes, cuáles son las cláusulas, cuáles son los acompañamientos que deben garantizarse, entre otras cuestiones. Esos cuestionamientos se hacen en esta investigación, la cual consta de tres capítulos. El primero de ellos, titulado Derechos fundamentales implicados en la maternidad subrogada, estudia cuáles son los posibles derechos involucrados de las partes contratantes.

El segundo capítulo, titulado Elementos jurídicos estructurales de los contratos de maternidad subrogada en el derecho comparado, ofrece una discusión acerca de los modelos de contratos de maternidad subrogada que existen en otros países y que pueden servir de ejemplo a Colombia. El tercer capítulo, denominado Elementos jurídicos estructurales de un contrato de maternidad subrogada para Colombia a la luz de los derechos fundamentales implicados, pone en discusión cuáles son los elementos contractuales que se deben tener en cuenta para desarrollar un contrato de maternidad subrogada en Colombia, con todos los elementos que ello implica y con las comparaciones de otras latitudes. Finalmente se exponen las conclusiones de esta investigación.

3. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

3.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde la perspectiva internacional, el concepto de familia ha venido evolucionando desde los marcos jurídicos y se ha permitido que, desde contextos médicos, se busquen soluciones a las problemáticas sobrevinientes a la imposibilidad de procrear, pues este es un derecho de la pareja que decide formar una familia. Sin embargo, muchas de esas soluciones traen como consecuencia, impactos desde lo normativo y lo jurídico, trayendo como corolario, que la ciencia del derecho evolucione con la firme intención de dar respuestas a las necesidades de la sociedad moderna.

Una de esas tantas problemáticas de la sociedad moderna en materia de salud, tiene que ver con la imposibilidad de procrear, bien sea por problemas de infertilidad o por condiciones de salud que impiden la culminación con éxito de un embarazo. Ante ello, los autores Camilo Rodríguez-Yong y Karol Ximena Martínez-Muñoz, afirman que parte de las soluciones médicas con respecto a ese tema, es la maternidad subrogada o el alquiler de vientres, como una forma de reproducción asistida que materializa el derecho a formar una familia, al respecto afirman:

En el campo médico, los avances científicos han sido particularmente importantes y significativos. Allí, año tras año, la sociedad ha sido testigo de la aparición de nuevas vacunas, procedimientos o instrumentos científicos encaminados a la cura o tratamiento de enfermedades físicas o psicológicas. La búsqueda de soluciones médicas al problema de la infertilidad de hombres y mujeres representa uno de los campos en donde se han presentado grandes avances, siendo uno de ellos los tratamientos de reproducción asistida. Desde este contexto, emergió la figura de la subrogación¹.

¹ RODRÍGUEZ-YONG, Camilo. MARTÍNEZ-MUÑOZ, Karol Ximena. *El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense*. Revista de Derecho Valdivia. VOLUMEN XXV - Nº 2. 2012, p. 60

Es así, como a nivel mundial se ha ido conociendo a la maternidad subrogada como un mecanismo de solución, no solo desde lo médico sino también desde lo jurídico, diverso de la adopción para que las parejas puedan ejercer el derecho a procrear con su propio material genético.

Colombia no ha sido ajena a esta tendencia de la maternidad, pero que, al realizar un exhaustivo estudio sobre esta materia, se evidencia una preocupante ausencia de normatividad que regule esta clase de actuaciones o contrataciones atípicas, que pueden llegar a vulnerar o contravenir los derechos fundamentales de las partes que intervienen en este tipo de contrato. Lo anterior es soportado por los precitados autores, quienes afirman: “Recuérdese que en Colombia no existe una regulación especial vigente sobre los contratos de maternidad subrogada, a pesar de que la Corte Constitucional ha reconocido la necesidad de tenerla y la ocurrencia de varios intentos legislativos fallidos”².

En Colombia se protege a la familia como núcleo fundamental de la sociedad (art.42 Constitución Nacional)³, así mismo protege el interés superior del niño, niña y adolescente (art.44)⁴, tal protección, según lo ha manifestado la propia Corte Constitucional, ha de extenderse al *nasciturus* (el que está por nacer). Sin embargo, se considera que pensar que la maternidad subrogada es violatoria de este tipo de derechos, es completamente salido de la verdad, pues lo que se está protegiendo es la prerrogativa de carácter fundamental de formar familia. Por tanto, el vacío legal ofrece enormes problemáticas en torno a la forma como se ha llevado a cabo la maternidad subrogada en Colombia, pues la normatividad implica que la filiación está dada por la madre biológica, cuestión que se enrarece cuando de maternidad subrogada se trata.

Algunos países como Australia, Canadá, Hong Kong, Grecia, Israel, Reino Unido, Estados Unidos (algunos de sus estados), Ucrania, Rusia, entre otros, han

² *Ibíd.* p. 62

³ Constitución Política de Colombia de 1991, Art. 42.

⁴ *Ibíd.*

regulado suficientemente la contratación de la maternidad subrogada bien sea con fines netamente altruistas o comerciales. Se hace necesario en este punto, conocer la forma como han determinado estos países la realización del contrato, el diseño de los términos legales, los efectos jurídicos que contempla y demás cuestiones que son fundamentales reconocer, desde el prisma de los aspectos culturales de cada legislación, con la firme intención de analizar su pertinencia dentro de la legislación colombiana para que pueda definirse y regularse la maternidad subrogada de manera holística.

En Colombia existe un enorme y problemático vacío jurídico en lo referente a la maternidad subrogada. Aquel radica en la imposibilidad que tienen los jueces para determinar, ante demandas por incumplimientos de este tipo “*contratos*”, a quién le pertenece efectivamente el derecho sobre el menor: a los padres genéticos, que son lo que aportan el embrión, o a la madre gestante, quien es la mujer encargada de gestar a término dicho embrión fecundado por otras personas. Los contratos de alquiler de vientre no tienen aparente validez jurídica, en la medida en que se pretende que la madre subrogada entregue el bebé después del parto, de manera que los padres subrogantes, que tienen una efectiva relación biológica y genética con el recién nacido, obtengan plenos derechos de paternidad y maternidad sobre aquel.

Todo lo anterior da cuenta de una problemática que se reviste, desde el punto de vista constitucional, de una importancia extrema en la medida que es la falta de legislación y conceptualización sobre la maternidad subrogada la que impide la determinación de la pertenencia del derecho, lo que dificulta enormemente la tarea del juez constitucional para fallar en los casos relacionados con la materia.

Sin embargo, debe reconocerse que la legislación colombiana existente en la actualidad, no determina una prohibición taxativa sobre la materia, pero tiene reglamentaciones específicas sobre la manera en la que se debe realizar el contrato de maternidad subrogada, en la medida que ante la negativa de la madre

gestante para la entrega del recién nacido a los padres genéticos y la existencia de una demanda posterior, el juez constitucional no tiene las herramientas jurídicas para dar luz sobre la solución a dicha problemática. Lo anterior se evidencia haciendo análisis del siguiente fragmento de la Sentencia T-968 del 2009:

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.” 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 involucradas⁵.

Es así como se evidencia, aún más, la problemática imperante en el país. Todo lo anterior, en virtud de las decisiones judiciales que se han conocido en el país, en las que se pondera con prevalencia los derechos de la madre gestante, dejando de lado los derechos de los padres subrogantes. Así las cosas, como se ha mencionado, la legislación no prohíbe la realización de este tipo de contratos, pero tampoco regula la manera como un juez debe ponderar los derechos de las partes ante las controversias jurídicas nacientes a partir de la maternidad subrogada.

⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-968 del 18 de diciembre de 2009. M.P.: Dra. María Victoria Calle Correa

3.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Dado todo lo anterior, resulta lícito preguntarse: ¿Cuáles son los elementos jurídicos estructurales que configuran el contrato de maternidad subrogada en el derecho comparado?

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL.

Describir los elementos jurídicos estructurales de los contratos de maternidad subrogada en el derecho comparado.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Identificar los derechos fundamentales implicados en la maternidad subrogada.
- Describir los elementos jurídicos estructurales de los contratos de maternidad subrogada en el derecho comparado.
- Proponer los elementos jurídicos estructurales de un contrato de maternidad subrogada para Colombia a la luz de los derechos fundamentales implicados.

5. MARCO REFERENCIAL

5.1. MARCO TEÓRICO

La Corte Constitucional define a la maternidad subrogada como:

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.” En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto⁶.

La maternidad subrogada se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que le pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. También se utilizan los términos madres de alquiler y vientres de alquiler para referirse a esta técnica de reproducción asistida. Para alcanzar el embarazo de la madre gestacional o portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso. Existen diferentes tipos de maternidad subrogada según el objetivo de la madre que aporta el vientre y el factor monetario de por medio. También puede categorizarse según la composición genética del bebé, es decir, quienes aporten el óvulo y el espermatozoide. Así las cosas, los tipos de maternidad subrogada son:

1. **Según la genética del bebé:** esta clasificación se puede dividir en dos subespecies: **Tradicional:** La madre gestacional aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El bebé es concebido por medio de inseminación artificial o fecundación in vitro. **Gestacional:** Cuando el óvulo y espermatozoide son

⁶ Ibídem

aportados por la pareja que solicita la subrogación. En estos casos, la mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el bebé, y se le conoce como madre portadora o madre gestacional. Este embarazo se alcanza mediante fecundación in vitro⁷.

- 2. Según los objetivos del contrato o los fines que persiga la madre subrogada:**
- Altruista:** Cuando la mujer que lleva el embarazo lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene remuneración o pago por sus servicios. Los padres biológicos se responsabilizan por todos los gastos médicos y legales, y es posible que se incluya compensación por otros aspectos que afectan el bienestar del embarazo y la madre portadora, como atención psicológica y alimentación, o son necesidades directamente relacionadas con el embarazo, como ropa maternal. **Lucrativa:** Cuando la madre gestacional ofrece llevar el embarazo a cambio de una suma de dinero. En este caso, las madres suelen trabajar por medio de una agencia especializada en maternidad subrogada. El monto a recibir varía según el contrato negociado, y suele contemplar pagos adicionales para embarazos múltiples y de alto riesgo⁸.

Por otro lado, la complicación de la maternidad subrogada radica en que implica y comprende una gran variedad de elementos e involucra a varias personas en el proceso. En primer lugar, se encuentra la pareja o la persona que desea procrear un hijo pero que por algún motivo la mujer no puede gestar al bebé y desea que alguien más lleve a término el embarazo. En este caso se habla de padres intencionales, pareja o persona contratante o pareja subrogante. En segundo lugar, se ubica a la mujer que está dispuesta a prestar su útero para llevar a cabo el embarazo, ya sea por motivos altruistas o a cambio de una compensación económica. A esta mujer se le llama gestante o madre sustituta. En tercer lugar,

⁷ PINZÓN MARÍN, Inés Yohanna. RUEDA BARRERA, Eduardo. MEJÍA PATIÑO, Omar. La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre. Revista de Derecho y Genóma Humano. Julio – diciembre 2015. Núm. 43.

⁸ Ibídem.

está el contrato de subrogación mediante el cual los padres intencionales y la gestante estipulan la causa, el objeto y la forma de cumplir con el acuerdo. Aunque los contratos varían, siempre incluyen disposiciones relativas a los derechos y las responsabilidades de todas las partes, antes y durante el embarazo y después del nacimiento del bebé. Por último, la posible aportación de donadores de gametos. Esta opción es empleada cuando los padres intencionales se sirven de óvulos y/o espermatozoides ajenos para realizar la fecundación.

Así pues, el bebé podría ser hijo biológico de la gestante sustituta (este tipo se denomina subrogación tradicional, y es más controvertido), o, más comúnmente, ser fruto del óvulo de otra mujer, como una donante anónima o la contratante, (denominado subrogación gestacional, este tipo está más aceptado), previamente fertilizado, implantado en el útero de la gestante mediante la técnica de transferencia de embriones, iniciada en la década de 1960, conocida como fecundación in vitro. En este segundo caso, la gestante no tiene ninguna conexión genética con el ser o seres que está gestando, pues esta conexión pertenece a la madre biológica o genética, o a la donante anónima de óvulos, o la contratante. En la primera forma, la criatura puede ser el fruto de la inseminación artificial con espermatozoides de uno de los miembros de la pareja que alquila o con el de un donante ajeno.

5.2.2. Diferentes técnicas de reproducción asistida en contraste con la Maternidad Subrogada

En este acápite, es necesario que se precisen las diferencias existentes entre las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, lo cual se reviste de vital importancia, en la medida que no todas las técnicas médicas para lograr la fecundación atentan contra los problemas de salud que impiden la gestación. Es decir, son cuestiones bien diferentes el usar técnicas para lograr la fecundación y usar técnicas para lograr la gestación. Bien podría pensarse que no es necesaria la regulación de la maternidad subrogada, si acudiendo al uso de las técnicas que a continuación se describen se puede llevar a cabo la fecundación y así lograr la

conformación de la familia que se desea. Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre la fecundación y la gestación⁹. La primera hace referencia a la fertilidad, a la capacidad de que un óvulo sea fertilizado por un espermatozoide, en palabras más sencillas, de la capacidad de una mujer de quedar en embarazo; mientras que la segunda de ellas, hace referencia a la capacidad de llevar a cabo con éxito un embarazo, es decir, a que la mujer fecundada, tenga todas las condiciones de salud necesarias para que su útero pueda albergar durante nueve meses una criatura y lleve a feliz término un embarazo. Así las cosas, las siguientes técnicas ayudan a combatir los problemas de fertilidad.

Por un lado, se encuentran las técnicas de reproducción intracorpóreas (in situ o in vivo), las cuales son realizadas dentro del cuerpo de la mujer, y de otro, las técnicas de reproducción extracorpóreas (in vitro), en las que la fecundación se realiza en un laboratorio especializado. Entre las intracorpóreas se encuentran:

1. Inseminación Artificial (IA): Consiste en inyectar espermatozoides en la mujer (en la vagina, el útero o el cérvix) y esperar que la fecundación se dé en forma natural. Se afirma que es artificial, porque la forma de implantar el espermatozoide es mediante el uso de una técnica médica, mientras que la fecundación sucede de manera natural: el espermatozoide inyectado asciende hasta las trompas de Falopio y allí realiza la fecundación. Esta técnica es útil cuando se presenta algún grado de infertilidad en el hombre, pero la calidad del mismo no es deficiente del todo, por tanto, puede ser usado el mismo espermatozoide de la pareja.
2. Transferencia Intra-Tubárica de Gametos (*GIFT*): Este proceso se realiza mediante la implantación de un óvulo y un espermatozoide en la mujer, por separado, directamente en las Trompas de Falopio, en donde la

⁹ CAMACHO, Javier Martín. Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. Disponible en internet: <http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>. Consultado el 20 de mayo de 2017

fecundación se produce de manera natural. Consiste en extraer óvulos de la mujer y espermatozoides del hombre e inyectarlos por separado en las trompas de Falopio, donde el proceso seguirá un curso natural para llegar a la fecundación. Se utiliza esta técnica cuando ambos miembros de la pareja presentan alguna forma de infertilidad, por lo que, de manera natural, ninguno de los dos, logra que se realice la fecundación¹⁰.

Entre las técnicas extracorpóreas se encuentran:

Fecundación *in Vitro*: Mediante esta técnica, se extraen espermatozoides y óvulos de la pareja, para luego juntarlos en el laboratorio bajo condiciones especiales, produciendo la fecundación en este medio artificial. A partir de este momento, cuando el embrión comienza su etapa de formación, puede ser implantado en el útero de la mujer, donde se espera que anide y se desarrolle el embarazo. Este procedimiento también se conoce como Fecundación in vitro con Transferencia de Embrión. Se recomienda, cuando existen factores médicos en la mujer que afectan de determinada manera la capacidad de esta de fecundar, de ser fértil, lo que se conoce como factores ovulatorios; también cuando concurren circunstancias que impiden el correcto desplazamiento de un óvulo fecundado hasta el útero, lo que se denomina también como factores útero-tubárico-peritoneales¹¹.

Transferencia Intrafalopiana de Cigotos (ZIFT): aunque tiene muchas similitudes con respecto al procedimiento anteriormente descrito, existe una diferencia sustancial: en este procedimiento lo que se transfiere no es un embrión en etapa de formación directamente al útero, sino que se transfiere un gameto, es decir, un óvulo fecundado a las Trompas de Falopio, en donde la anidación de

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

este en el útero ocurre de forma natural. Se espera que las trompas de Falopio cumplan con su función natural de transportar ese cigoto hasta el útero.

Microinyección de Espermatozoides (ICSI): Consiste en extraer óvulos e inyectarles directamente un espermatozoide, es decir, no se espera que la fecundación se dé al juntar óvulo y espermatozoide, sino que este último se lleva directamente hasta aquel. Esta técnica se utiliza cuando se presentan los problemas de infertilidad femenina de la fecundación *in vitro*, pero, de forma diferente, las condiciones del esperma no son buenas¹².

5.2.2. Las Técnicas de Reproducción Asistida y la Maternidad Subrogada

Como se mencionó con anterioridad, todas las técnicas mencionadas, son métodos científicos para contrarrestar los efectos de la infertilidad masculina o femenina, pues esta problemática puede ser presentada por cualquier persona, es decir, que son soluciones para la fecundación. Sin embargo, no existe método alguno conocido que sirva para solucionar problemas relacionados con la gestación, que es la capacidad de alojar a un óvulo fecundado en el útero e incubarlo durante los nueve meses requeridos para el alumbramiento. Así las cosas, aunque los problemas de fecundación parecieran resolverse mediante la aplicación de algunas de aquellas técnicas, no hay modo de solucionar lo ateniendo a la gestación.

Dado lo anterior, se debe afirmar que la única solución a los problemas de gestación, es recurrir a la maternidad subrogada o el alquiler de vientres, en virtud de la no existencia de técnicas que sirvan para que la madre pueda gestar a su bebé de manera saludable. Es así como la única manera en que actualmente una mujer que no puede llevar adelante el embarazo (porque carece de útero o porque presenta aborto recurrente) pueda llegar a ser madre.

¹² *Ibíd.*

Cabe aclararse, que la maternidad subrogada, como tal, no es una técnica científica ni médica, es más una problemática de contenido netamente jurídico, en la medida que no es una manera de solucionar un problema de salud o una alternativa ante una situación médica adversa. Lo que realmente sucede con la maternidad subrogada, es que, mediante el uso de alguna de las técnicas antes mencionadas, se fecunda un óvulo que se inyecta o transfiere al cuerpo de una mujer capaz de sobrellevar un embarazo y alojar en su útero al gameto, dado que la madre subrogante, no tiene la capacidad, por cuestiones médicas, de gestar. Desde esta perspectiva, se deja en claro que la maternidad subrogada no es una técnica científica que ayuda a que las personas puedan sortear sus problemas de fertilidad, más bien estamos ante una nascente institución jurídica, por medio de la cual se realiza un contrato entre dos partes¹³.

5.2.3. La Validez de los Contratos de Maternidad Subrogada, una seria problemática en Colombia:

Haciendo una breve revisión a la legislación colombiana, esta determina que para que exista un contrato, el cual genere obligaciones amparables por el derecho entre dos partes, deben existir ciertos presupuestos, en primer lugar, emanar de la libre voluntad de las partes, como lo dice la norma civil de este país: “Art. 1494: Fuentes de las Obligaciones. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga”¹⁴...

De igual forma, la misma legislación civil colombiana determina, en el artículo subsiguiente, la manera como debe entenderse el contrato, es decir, lo define

¹³ CAMACHO, Javier Martín. Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. Disponible en internet: <http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>. Consultado el 20 de mayo de 2017

¹⁴ Código Civil de la República de Colombia, Art. 1494

como: “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.¹⁵

Al menos desde esta perspectiva, un contrato de maternidad subrogada, no debería suponer mayores problemáticas a la hora de celebrarse, pero la falta de legislación en esta materia ocasiona que la problemática se avoque hacia el concepto de la filiación y resulte afectando la validez del contrato. Lo anterior, debido a que la legislación civil colombiana establece que el objeto del contrato, debe poseer ciertas características señaladas en el Código civilista, a saber:

C.C. Art. 1517. Cosas que pueden ser objeto de una declaración de voluntad. No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género...

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público¹⁶.

De este modo, la dificultad que aquí se evidencia es en la definición del objeto del contrato, en la medida que puede resultar, para algunos sectores sociales y para la legislación misma, moralmente imposible el importe de un ser humano recién nacido como objeto de un contrato, en virtud de la posible cosificación de la que pueda ser víctima aquel. De nuevo, en este punto se resalta la carente legislación que impera en Colombia sobre la materia, de modo que se logre definir a ciencia cierta cómo deben ser realizados estos contratos, la forma como se conceptualiza el objeto del contrato y las definiciones de los derechos de las partes contratantes, en la medida de evitar conflictos jurídicos.

Por otra parte, lo anterior se apoya en la misma ley, pues esta define claramente cuáles son los objetos ilícitos en los contratos, así:

¹⁵ *Ibidem*, Art. 1495

¹⁶ *Ibidem*, Art. 1517

C.C Art. 1519. Objeto ilícito. Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...

C.C. Art. 1521. Objeto ilícito en la enajenación. Hay objeto ilícito en la enajenación:

1. De las cosas que no están en el comercio;
2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona;
3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.

C.C. Art. 1523. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes¹⁷.

Así las cosas, estas disposiciones parecieran ubicar, fundadamente, al contrato de maternidad subrogada como ilícito, ya que pueden encontrarse voces que rechacen, como se ha venido diciendo, este tipo de prácticas por considerarlas moralmente imposibles, que atentan contra las buenas costumbres y el orden público, en la medida que el objetivo de este contrato es el alquiler de un vientre, por decirlo de alguna manera, de una mujer, para que surta un embarazo y que posterior al alumbramiento, tenga la obligación de entregar al hijo o hija que gestó en su útero, ambas cosas a cambio de una contraprestación económica. Además, a lo anterior, debe reconocerse que el objeto del contrato no es un bien que este dentro del comercio, pues se trata del útero de una mujer y de la posterior creatura nacida, por lo que pueden considerarse como contratos con objetos ilícitos.

De este modo, la discusión acerca de la pertinencia de la aceptación legal de la maternidad subrogada en Colombia gira en torno, justamente, a lo descrito anteriormente. La validez de los contratos, entonces pasa por una evaluación moral, ética y preponderantemente humanística, en la que la determinación del derecho sustancial sobre el menor recién nacido, debe ser el centro de atención de la legislación. Quienes se oponen a esta práctica suelen esgrimir que atenta contra la moral y las buenas costumbres, que va en detrimento de la dignidad humana tanto de la gestante como del niño que nace. Ponen en el plano de lo

¹⁷ Ibídem, Arts. 1519, 1521, 1523

ilógico al hecho que una mujer que gestó en su vientre a un hijo o una hija tenga la obligación de entregarlos y, desde el punto más moral posible, al que tiene que ver con alquilar algo tan íntimo como la propia humanidad. Por tanto, se está demostrando en este trabajo, la necesidad de una mayor y más amplia legislación en materia de la subrogación de la maternidad, pues además de que el país se queda en la retaguardia de los avances legislativos de otros países, la creciente práctica de la misma traerá enormes dificultades de tipo legal que, posiblemente congestionarán despachos judiciales poniendo en jaque a las autoridades jurisdiccionales, en la medida del vacío legal que impide una correcta toma de decisión.

Es así, como la tratadista, Nybia Galarza, afirma, en contra de la maternidad subrogada que:

Ahora bien, en general para el caso de la maternidad sustituta no existe un pronunciamiento en nuestra legislación a pesar que debido a tener un fin ilícito, y a atentar contra el orden público y las buenas costumbres, sea a todas luces un acto jurídico ilícito. Es por eso que a estos actos por los cuales la mujer que da a luz al nuevo ser renuncia a sus derechos de madre y entrega al fruto de su gestación a la pareja contratante a cambio de una contraprestación económica, no pueden considerados como lícitos y el Derecho debe ejercer el control sobre su aplicación¹⁸.

Luego es evidente la falta de reglamentación existente, al menos desde el Congreso de la República, que venga a ponerle límites a la práctica de la maternidad subrogada, que en Colombia ha ido acogiendo popularidad y cierta aceptación, hasta tal punto que existen fundaciones y organizaciones encargadas de prestar aquel servicio.

Sin embargo, es posible afirmarse que la maternidad subrogada en Colombia sí es una práctica posible, porque a pesar de las consideraciones en contra antes mencionadas, no son pocas las voces que apoyan tal alternativa a la reproducción, señalando que antes de perjudicar o violentar al orden público, la

¹⁸ GALARZA MARIÑO, Nybia. *Determinación de Filiación en los Casos de Maternidad Subrogada*

maternidad subrogada puede llegar a beneficiarlo, pues a modo de ver de quien escribe, es una forma completamente lícita o, al menos no transgresora de obtener ingresos económicos y, porque permite la realización personal y familiar de quienes aportan el material genético de la creatura. Siguiendo este orden de ideas, el tratadista Gustavo Marín Vélez afirma:

Respecto al objeto mismo del contrato, asumiendo esta prestación como la carga u obligación principal de la madre sustituta, expresada en su permisión a la implantación en su cuerpo del óvulo fecundado y su obligación de asumir los deberes físicos derivados del proceso gestacional, tampoco se observa causal o razón de ilicitud que pudiera eventualmente afectar la validez de dicho acto jurídico.

El objeto ilícito podría derivarse del hecho de que el vínculo contractual en sí mismo implique una contravención del orden público de la nación, de la enajenación ilícita de bienes o de la condición de ser un contrato prohibido por las leyes (artículos 1517, 1518, 1519, 1521 y 1523 del Código Civil [colombiano]).

Resulta evidente que la cusa de la maternidad subrogada revela por el contrario el interés legítimo de los padres biológicos [genéticos] en alcanzar propósitos atinente a su propia realización personal y de pareja... Si la salud es un estado de bienestar general de la persona y ésta considera necesario procrear hijos y conformar un núcleo familiar, lo que se sigue forzosamente es entender la maternidad subrogada está inscrita en esa misma dirección, de donde deviene su validez material y formal en el contexto del derecho colombiano¹⁹.

Así las cosas, que la maternidad subrogada no solamente se erige como una alternativa económica para la mujer gestante o madre sustituta, sino que es un modo de alcanzar la realización de deseos y perspectivas familiares, personales y de pareja de quienes acuden a estas prácticas. Por lo que no solamente es posible, sino que se puede llegar a constituir en una práctica deseable, en la medida que ayuda al desarrollo de ciertos derechos y principios de carácter fundamental y constitucional, como el derecho a la familia, el cual no se considera conculcado ni siquiera en sede del que está por nacer, dada la garantía de realización de dicho derecho por parte de la pareja subrogante.

¹⁹ MARÍN VÉLEZ, Gustavo A. *El Arrendamiento de Vientre en Colombia*, Universidad de Medellín, 2005, p 97

Pese a las argumentaciones a favor y en contra de reconocer efectos jurídicos a los contratos de maternidad subrogada en Colombia, es muy poco probable que un juez colombiano ante un dilema de este tipo vaya a fallar reconociéndoles validez, entre otras cosas porque no tiene las herramientas legales pertinentes y vigentes que le permitan tomar decisiones acorde con una legislación que responda a las nuevas necesidades de la evolucionada sociedad, lo que viene a significar que ante la no existencia de una normatividad clara, expresa y definitiva, un juez de la República se encuentra supeditado exclusivamente a sus percepciones morales, por lo que se le da la cabida a que existan diferentes tipos de decisiones no tomadas desde la objetividad evidente de la ley, sino de la subjetividad del administrador de justicia que tenga la obligación de conocer sobre un caso de maternidad subrogada²⁰.

Desde el punto de vista objeto de estudio y análisis en este trabajo de investigación, quienes escriben consideran que en la legislación colombiana existe un vacío sobre si el útero puede ser considerado como objeto lícito de un contrato o no. Teniendo como base la inexistente legislación existente y el marco constitucional imperante, cabe la posibilidad que ambas cosas puedan argumentarse; dado que lo único que se necesita para optar por alguno de los dos bandos, es ubicarse en la defensa de cualquiera de las dos posiciones apegándose a los principios constitucionales que los fundamentan: como primera medida si lo que se quiere es apoyar la idea de la validez de estos contratos y la práctica de la maternidad subrogada se tendrá que argumentar el derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad, pues uno de los ámbitos de desarrollo de este último tiene que ver con el derecho a formar una familia de manera libre si así se desea; por otro lado, *contrario sensu*, si lo que se pretende es el rechazo de los contratos de maternidad subrogada, negando la validez de los mismos, debe apoyarse el argumento de la protección del bienestar público, el orden público de la nación o la integridad de la persona humana, afirmando que

²⁰ *Ibíd.*

permitir la realización de este tipo de prácticas constituye la cosificación del ser humano, convirtiéndolo en objeto de mercadeo, tanto para la madre gestante como para la criatura que nace, la cual pareciera ser comprada²¹.

No obstante las posibles interpretaciones que puedan realizarse desde el derecho comparado y la doctrina, que fácilmente podían dar luces sobre la forma correcta de legislar y de resolver posibles conflictos en materia de maternidad subrogada, sigue siendo muy poco probable que en la actualidad un administrador de justicia colombiano se atreva a concederle efectos jurídicos a este tipo de contratos, en la resolución de un eventual litigio de maternidad subrogada, otorgándole, tal como lo diría el acuerdo entre las partes, la filiación a los padres subrogantes, en detrimento de la madre gestante. Lo más probable es que se atenga al principio de que la relación materno-filial emana del parto, tal como lo establece la legislación colombiana²².

Se confirma entonces, que la falta de legislación es la que sume en el retraso a Colombia, en una materia que otras legislaciones tienen solucionadas, reconociendo el derecho a los padres que aportan la genética más no a la madre que aporta la biología. En otras palabras, legislaciones que permiten abiertamente este tipo de prácticas, como las evaluadas anteriormente, han resuelto que los padres subrogantes o la persona, según el caso, es el que tiene la prelación en la determinación del derecho, obligando a la madre sustituta al cumplimiento cabal del contrato mediante la entrega de la criatura nacida, por lo que la problemática de la filiación, al menos en estos casos concretos, ya la resolvieron.

²¹ CADAVID PULGARIN, Karla Mariana. BARRERA CORREA, Amalia. Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema. Facultad de Derecho, Universidad CES. Medellín. 2016. Disponible en Internet: http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad_subrogada.pdf. Consultado el: 28 de mayo de 2017.

²² MARÍN VÉLEZ, Gustavo A. Óp. Cit.

En Colombia, la filiación se convierte en el mayor obstáculo para la resolución de los eventuales litigios sobre la maternidad subrogada, pues la misma es determinada por el parto, pero no por el material genético con el cual fue concebida la creatura. Dado todo lo anterior, no resulta lógico seguir en la búsqueda de algo inexistente, por lo que resulta mucho más productivo crearlo, en virtud que la legislación colombiana establece: que la filiación del menor se establece por el parto. Además, no existe, como se ha evidenciado, normatividad suficiente que dé cuenta de la manera como deben resolverse los casos problemáticos de maternidad subrogada²³. Así las cosas, lo que pretende este trabajo de grado, es que se le dé aceptación jurídica a este tipo de contratos, otorgándoseles efectos jurídicos, mediante la introducción de una legislación que los reglamente expresamente dentro de ciertas condiciones. De esta manera, se propone que sea posible el reconocimiento de los derechos de los contratantes que encargan el procedimiento de maternidad subrogada. En aras de lograr una adecuada defensa de esta posición, no se requiere emprender debates en contra de la Ley vigente en materia de filiación, o re-interpretarla, sino que es imperativo iniciar una discusión sobre los fundamentos de la misma, con el objetivo de ampliar su alcance de manera que se les dé cabida a nuevas situaciones, diferentes al parto, a partir de las cuales se pueda establecer la filiación²⁴.

Para terminar con este acápite, se concluye con unos apuntes que se extraen desde la teoría de la maternidad subrogada:

²³ BIGLIARDI, Karina, ESTIVARIZ, María Soledad, *Determinación de la Filiación en las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida*, Disponible en: <http://www.aaba.org/arbi170> p54htm.

²⁴ CADAVID PULGARIN, Karla Mariana. BARRERA CORREA, Amalia. Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema. Facultad de Derecho, Universidad CES. Medellín. 2016. Disponible en Internet: http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad_subrogada.pdf. Consultado el: 28 de mayo de 2017.

1. Los contratos de maternidad subrogada sólo pueden ser permitidos para parejas en las que se demuestre médicamente que la mujer presenta algún problema que le impida llevar adelante por sí misma la gestación.
2. Sólo se permitirán contratos de maternidad subrogada cuando al menos uno de los miembros de la pareja aporte un gameto (óvulo o espermatozoide) para la fecundación. No es lógico que se permitan los contratos de maternidad subrogada en los que la creatura no tenga vínculo alguno de tipo genético y biológico con alguno de los miembros de la pareja contratante.
3. La madre subrogada o gestante deberá haber consentido voluntariamente al tratamiento y, previo al tratamiento, deberá renunciar a sus derechos de filiación, a modo de impedirle incoar procesos ante la jurisdicción ulteriores.
4. La madre gestante deberá certificar mediante examen médico su idoneidad mental o psicológica para llevar adelante el tratamiento. Debe certificar que entiende a cabalidad, mediante valoraciones psicológicas, que comprende por completo las consecuencias que se devienen por la renuncia a los derechos parentales.
5. Es imposible que se celebren contratos de maternidad subrogada fundamentados en razones estéticas de la madre contratante.

La maternidad subrogada no debe confundirse nunca con una técnica de reproducción asistida, en la medida que no existe nada científico en su conformación formal, pues se trata de un tema netamente jurídico que debe ser legislado con la total diligencia del Congreso de la República, porque aunque algunas organizaciones en Colombia ya la están llevando a cabo, la actual normatividad no tiene como resolver problemáticas jurídicas en términos de la determinación de la filiación, cuestión que es necesaria en aras de lograr la justicia

material y la tutela judicial efectiva de los derechos de las partes concurrentes en un contrato de maternidad subrogada²⁵.

5.3. MARCO CONCEPTUAL.

En este acápite, se formularán conceptos básicos para esta monografía.

5.3.1. Fecundación in Vitro: Mediante esta técnica, se extraen espermatozoides y óvulos de la pareja, para luego juntarlos en el laboratorio bajo condiciones especiales, produciendo la fecundación en este medio artificial.

5.3.2. Transferencia Intrafalopiana de Cigotos (ZIFT): en este procedimiento lo que se transfiere no es un embrión en etapa de formación directamente al útero, sino que se transfiere un gameto, es decir, un óvulo fecundado a las Trompas de Falopio, en donde la anidación de este en el útero ocurre de forma natural. Se espera que las trompas de Falopio cumplan con su función natural de transportar ese cigoto hasta el útero.

5.3.3. Microinyección de Espermatozoides (ICSI): Consiste en extraer óvulos e inyectarles directamente un espermatozoide, es decir, no se espera que la fecundación se dé al juntar óvulo y espermatozoide, sino que este último se lleva directamente hasta aquel.

Existen diferentes clases o conceptos de subrogación, que dependen del tipo de contrato o acuerdo que se establezca entre las partes participantes:

Subrogación tradicional: Acuerdo de subrogación en el que se utiliza óvulos de la madre subrogada y ella es la madre genética del niño. El

²⁵ Ibídem.

embarazo se produce a través de un procedimiento de inseminación con el espermatozoides del padre futuro o espermatozoides donados, o por medio de relaciones sexuales con el padre futuro u otro hombre. La subrogación tradicional también se conoce como subrogación parcial o de baja tecnología.

Subrogación gestacional: Acuerdo de subrogación en el que no se utilizan óvulos de la madre subrogada y otra mujer es la madre genética del niño. El embarazo se produce a través de un procedimiento de FIV, ya sea utilizando los óvulos de la madre futura o donados. La subrogación gestacional también se conoce como subrogación completa, de fecundación in vitro o de alta tecnología

Subrogación altruista: Acuerdo de subrogación en el que a la madre sustituta no se le paga nada, o sólo se le remuneran aquellos gastos relacionados con el alquiler del vientre. Por lo general el padre o padres futuros pagan dichos gastos.

Subrogación comercial: acuerdo de subrogación en el que la remuneración se le ofrece a la madre sustituta es superior a los gastos asociados a la subrogación. A esto se le puede llamar cuota o compensación por el dolor y el sufrimiento. De nuevo, por lo general el padre o padres futuros cubren dicho pago.

Subrogación transfronteriza: Acuerdo de subrogación que implica a una madre de alquiler y un padre o padres futuros de diferentes países. Un intermediario puede contribuir a la dimensión transfronteriza. Con frecuencia más de dos países pueden estar involucrados. A veces se utiliza el término acuerdo de subrogación internacional²⁶.

5.4. MARCO LEGAL.

- **Constitución Política de Colombia de 1991:** En ella están consignados los derechos fundamentales de todos los asociados. La filiación, la maternidad y la familia, son derechos fundamentales protegidos y estructurados a partir de la Constitución. En particular, esta investigación se afincará en los Arts. 42, 43, 44 superiores.
- **Código Civil:** El estatuto civilista contiene las regulaciones para el establecimiento de los contratos en Colombia. Contiene los requisitos, las

²⁶ CADAVID PULGARIN, Karla Mariana. BARRERA CORREA, Amalia. Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema. Facultad de Derecho, Universidad CES. Medellín. 2016. Disponible en Internet: http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad_subrogada.pdf. Consultado el: 28 de mayo de 2017.

formalidades, las obligaciones que de ellos emanan, las formas de pago y, en fin, la legislación al respecto. Específicamente en: Libro Cuarto: de las obligaciones en general y de los contratos. Título I. Artículos 1494 y subsiguientes.

- **Corte Constitucional de Colombia:** Sentencia T-968 de 2008. Sentencia T-510 de 2013. Sentencia T-301 de 2004

6. DISEÑO METODOLÓGICO

6.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación es básica, pues se intenta ampliar el conocimiento ya existente sobre los elementos estructurales del contrato de maternidad subrogada en el derecho comparado. Por otro lado, se intenta establecer cuáles son esos elementos característicos de tipo jurídico que tiene un contrato de maternidad subrogada, para que tengan plena validez y produzcan efectos en derecho, por lo que la investigación se aplicará a realidades jurídico sociales actuales. De igual forma, es una investigación sociojurídica, pues pone su mirada en el derecho entendido como un fenómeno social que debe regular un aspecto que ya es una realidad desde la ciencia médica.

6.2. TIPO DE ESTUDIO

Es jurídico descriptivo, en la medida que pretende estudiar los elementos que caracterizan al contrato de maternidad subrogada en otros países, haciendo por supuesto, un paralelismo entre la forma como se conciben estas contrataciones en otras naciones desde la perspectiva de los elementos jurídicos que le otorgan validez completa, con respecto a la situación actual colombiana.

6.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

El método es deductivo por cuanto se parte del análisis de contextos generales toda vez que debe analizarse desde la teoría y desde la generalidad la situación

que enmarca la maternidad subrogada. Es decir, se parte de la teoría y de la forma como ella es concebida y entendida, para poder adentrarse en el estudio de los casos particulares de cada legislación a estudiarse.

6.4. LAS FUENTES

Se usarán fuentes primarias de información, pues se irá directamente a la fuente para obtenerla. Es decir, se usarán textos de autores determinados, jurisprudencia de la Corte Constitucional y de Tribunales Constitucionales de diferentes países.

6.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

La investigación sociojurídica documental utiliza técnicas de documentación aplicables a la información jurídica, caso de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, por lo que la técnica es de análisis documental, al estudiar, analizar y procesar la información encontrada en las sentencias provenientes del poder judicial sobre la materia en estudio.

El instrumento de recolección de información son las fichas bibliográficas, al permitir sistematizar la información que se va obteniendo, para ir procesando los datos de una manera ordenada e ir clasificando la información de acuerdo con los propios criterios que las altas cortes emplean para su labor interpretativa y analítica de la legislación.

7. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

7.1. CAPÍTULO I: DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

Todos los procesos médicos, las evoluciones sociales y científicas pueden tener un fuerte impacto en el mundo jurídico moderno, en la medida que se pueden ver afectados derechos fundamentales de los implicados. De esta forma, la maternidad subrogada, entendida como el famoso alquiler de vientres, contiene una serie de compromisos de derechos fundamentales de varias personas implicadas que bien pueden llamarse partes: por un lado, los padres subrogados, que son aquellos que contratan a una mujer para que ella albergue su hijo; la madre subrogante, quien es la que presta su vientre para que crezca un hijo que genéticamente no es suyo; y el que está por nacer como tal, pues se asisten el derecho a una familia y a la integridad.

Por tanto, la maternidad subrogada, como avance científico que permite que el fenómeno natural de la fecundación ocurra en un lugar distinto al cuerpo humano o, que si bien ocurre dentro del cuerpo humano no sea de manera natural por medio de una relación sexual tradicional, puede ocasionar que se violenten derechos fundamentales de las partes implicadas y ello ocurre en razón de la falta de regulación persistente en el país. Debe reconocerse que el legislador ha sido tímido en tocar temas de tan importante envergadura, lo que ha ocasionado que la práctica se materialice sin que exista una verdadera regulación de carácter normativo.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales inherentes a las personas, se puede establecer que los siguientes se pueden ver comprometidos cuando se materializa un contrato de maternidad subrogada²⁷:

- El derecho a la familia
- El interés superior del niño
- El derecho a la integridad
- El derecho a la autonomía de la voluntad
- El derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Frente al particular, tratadistas como López González, Mondéjar Peña y Pérez Álvarez han afirmado que frente a los derechos fundamentales:

La noción actual de derechos humanos se erige sobre la idea central de considerar que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Así, el reconocimiento jurídico de la dignidad humana, el respeto a los atributos y cualidades intrínsecas de todas las personas, es la base para también reconocer, en virtud del propio principio de igualdad, la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, ya sea porque en forma discriminatoria se les ha privado de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección, entre los cuales están los niños. Indudablemente, tratar como iguales a los desiguales sería a todas luces injusto, de modo que se impone la necesidad de advertir de qué modo los menores deben ser efectivamente protegidos en el goce de sus derechos. La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (C.I.D.N.) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX. El análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los

²⁷ LÓPEZ GONZÁLEZ, J. MONDÉJAR PEÑA, M. I. PÉREZ ÁLVAREZ, M. P. Nuevos materiales para el estudio transversal y en abierto de los nuevos desafíos jurídicos del derecho de familia. Madrid, España.: UAM. Departamento de Derecho Privado, Social y Económico; Facultad de Derecho. 2015

niños disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos²⁸.

Justamente uno de los factores más importantes en juego con la maternidad subrogada es el derecho a la familia. Ello es así porque lo que se está contratando, en últimas, es un vientre de una mujer para que otras personas puedan materializar ese derecho de formalizar una familia con hijos. La madre subrogada, puede desarrollar afectos enormes por el bebé que crece en su interior, de ahí que sea necesario que se regulen muy estrictamente las formas del contrato, las obligaciones que asumen las partes contratantes y los acompañamientos profesionales que se deben surtir durante toda la etapa contractual, la cual debe durar desde el momento de la concepción, hasta el momento en el que se produce la separación de la madre biológica y el bebé²⁹.

Por otra parte, se puede vislumbrar una vulneración al interés superior del niño, tanto del que está por nacer, como del recién nacido. Por este principio deben entenderse varias cosas:

1. Los niños y niñas tienen derecho a que su interés superior sea tomado y tenido en cuenta cuando se trate de resolver asuntos que le afectan directamente. Ese interés debe primar en los contenidos de las decisiones judiciales y administrativas que puedan afectar sus derechos o modificarlos.
2. Se erige como un principio constitucional, presente en los tratados internacionales de protección de los menores. Esto implica que cuando se trate de resolver una situación problemáticas por cualquiera de las vías posibles: judicial o administrativa, se debe tomar la decisión que menos afecte el interés superior del niño.

²⁸ LÓPEZ GONZÁLEZ, J. MONDÉJAR PEÑA, M. I. PÉREZ ÁLVAREZ, M. P. Nuevos materiales para el estudio transversal y en abierto de los nuevos desafíos jurídicos del derecho de familia. Madrid, España.: UAM. Departamento de Derecho Privado, Social y Económico; Facultad de Derecho. 2015

²⁹ *Ibíd.*

3. Es un derecho procesal que le asiste a los niños. Los administradores de justicia, cuando deban tomar decisiones que afecten intereses de los niños y niñas, están en la obligación de materializar ese derecho, escuchando las opiniones y razonamientos del niño, para conocer detalladamente sus intereses en este tipo de casos. Dentro de la sentencia, se debe argumentar y motivar cómo se materializó ese derecho procesal de los niños y niñas³⁰.

No obstante, existen opiniones diversas acerca de la forma como la maternidad subrogada afecta al interés superior del niño. Francesco D'agostino, un teórico italiano sobre bioética, afirma que la maternidad subrogada no afecta al interés superior del niño, cuestión que no comparte quien escribe esta monografía, toda vez que si no existen regulaciones claras frente a la materia, como ocurre en Colombia, pueden materializarse esas violaciones:

La gestación por sustitución no viola el interés superior del niño debido a que nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Por el contrario, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica, permitiendo que las personas que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente. El menor que nace mediante el uso de esta práctica, como se ha encargado de reiterar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene derecho al reconocimiento de su filiación materna y paterna, en su caso, en relación con aquellas personas que tienen la intención de convertirse en sus padres; si nació fuera del país de origen de sus padres, tiene derecho a que se le reconozca la ciudadanía que corresponde a los mismos y migrar de retorno a dicho país de origen; tiene derecho a que se respete su entorno familiar e íntimo; tiene derecho a su identidad, no solo en el sentido antes planteado, sino además en cuanto al conocimiento, cuando posea madurez suficiente para ello, de la forma en que fue concebido y de los orígenes biológicos que posee. Tiene, sobre todo, derecho a una infancia feliz, a una crianza con amor y a una educación que se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. El interés superior del niño exige tomarlo en consideración como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos

³⁰ *Ibidem*.

que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado³¹.

Una de las definiciones sobre interés superior del niño, la ofrece el Código de la Infancia y Adolescencia:

Interés superior del Menor: De acuerdo al artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, los derechos del niño prevalecen sobre los derechos de los demás; el instrumento Colombiano de carácter especial dirigido a velar por el interés superior del menor es el Código de Infancia y Adolescencia. Esta ley se encarga de definir el interés superior del menor como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes³².

Por su parte la Declaración de los Derechos del Niño establece en su segundo principio que:

...el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño³³.

De otro lado, la Corte Constitucional de Colombia ha hecho énfasis en su jurisprudencia que el interés superior del menor debe atender a cada caso particular, y para esto ha fijado unas reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que se pueden aplicar de acuerdo a las circunstancias particulares, las cuáles son:

Garantía del desarrollo integral del menor: atiende al desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños en los aspectos psicológicos, afectivo intelectual y ético y la plena evolución de su personalidad.

Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor: los derechos del menor deben interpretarse de acuerdo a los tratados internacionales en que Colombia es parte.

³¹ D'AGOSTINO, Francesco. Bioética y Derecho, conferencia pronunciada en el I Simposio Europeo de Bioética, Santiago de Compostela, V-1993. Traducción del italiano: F. León.

³² REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Infancia y Adolescencia.

³³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de los Derechos del Niño.

Protección del menor frente a riesgos prohibidos: proteger a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades; y de todas aquellas condiciones que amenacen su desarrollo armónico.

Equilibrio entre los derechos del niño y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor: en caso de un conflicto, se entenderá siempre que prevalece el derecho del menor.

Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor: disponer de una familia donde los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición.

Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno filiales: los motivos deben hacer temer por el bienestar y desarrollo armónico e integral del menor³⁴.

³⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-968, 2009

7.2. ELEMENTOS JURÍDICOS ESTRUCTURALES DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO

Alrededor del mundo existen diferentes legislaciones que han aprobado, con limitaciones o sin ellas, a la maternidad subrogada. Dentro de este selecto grupo de vanguardia, se pueden contar: Brasil, Chile, Grecia, India, Israel, Italia, Reino Unido, Rusia, Ucrania, entre otros³⁵. La tendencia jurídica en esta materia, está encaminada hacia la regulación de la maternidad subrogada y la flexibilización en la construcción de los contratos que soportan estas relaciones cada vez más frecuentes. De esta manera, es completamente lícito afirmar que existe una multiplicidad de Estados que están entendiendo la necesidad de regular este tipo de maternidad en la medida de su cada vez más frecuente uso, pues se está constituyendo como una petición constante de la población que hace uso de esta figura³⁶.

Por ejemplo, en la última década, han sido muchos los Estados que han regulado al contrato de maternidad subrogada:

- Australia en el año 2004
- Queensland en el año 2010
- New South Wales en el año 2010
- Canadá en el año 2010
- Grecia en el año 2002 y con modificaciones más libertarias en el año 2005
- Rusia en el año 2011

³⁵ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eli. Los Contratos Internacionales sobre Maternidad subrogada, Un vistazo rápido al Derecho Comparado. Revista México Derecho, revista n.4 (2005): 151-154. Citado por: ALFARO CASCO, Óscar Saturnino. LÓPEZ AYALA, Rosendo. VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Luis Enrique. Los elementos del contrato de maternidad subrogada y la necesidad de su regulación legal en El Salvador. Trabajo de grado para obtener el título de: Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Escuela de Ciencias Jurídicas. San Salvador. 2016

³⁶ *Ibidem*.

De esta manera, es lícito para quien escribe que la maternidad subrogada, debido a los adelantos en la ciencia médica que permite su implementación, y gracias a las crecientes evoluciones de las necesidades de la sociedad, en una de las materias con mayor proyección de evolución en el derecho en los últimos tiempos. No solamente plantea discusiones en términos éticos y morales, sino que trae a colación una verdadera ventana jurídica que requiere de atención de las legislaciones del mundo en aras de regular efectivamente una actividad que ya tiene aplicación en el mundo fenomenológico. La maternidad subrogada ofrece, además, amplias discusiones en cuanto a los derechos de los menores y del interés superior del niño, por lo que es necesario que el legislador establezca de manera clara los alcances y formas de contrataciones, los compromisos para las partes y las normas aplicables. A continuación, se hará una revisión amplia de la forma como cuatro Estados ya han regulado a la maternidad subrogada: Estado Unidos, Argentina, España y México.

7.2.1. Estados Unidos

Una de las características de este país, es su forma de gobierno: república federada, la cual se divide en diferentes estados que conforman la unión. Cada uno de ellos tiene autonomía legislativa y gubernamental, por lo que además de procurarse su propio gobierno autónomo, tiene la potestad de establecer su propio régimen legal y sus propias legislaciones, sin que las mismas controviertan la Constitución Nacional de ese país. Es por ello que, en términos de la maternidad subrogada, la regulación depende del estado en el que se encuentren las partes interesadas.

Existen estados en el país norteamericano, en los cuales la maternidad subrogada está tan regulada, que incluso en los certificados de nacidos vivos, incluso en los registros civiles de nacimiento que servirán para las identificaciones posteriores, es posible que se consigne que los padres biológicos son efectivamente aquellos

que aportaron la información genética, es decir, los subrogantes³⁷. De este modo, los padres que deciden establecer un contrato de maternidad subrogada, tienen la garantía y seguridad de que en los registros quedarán como los padres biológicos, así no hayan aportado la biología, sino la genética. Por el contrario, existen estados en Norteamérica, que no han regulado nada acerca de la maternidad subrogada y algunos han establecido prohibiciones, por lo que su perfeccionamiento resulta nulo de pleno derecho³⁸.

Con respecto a los principios que fundamentan la aplicación de la maternidad subrogada en los Estados Unidos y que sustentan su aplicación y regulación, tesisistas como Óscar Alfaro Casco, Rosendo López Ayala y Luis Vásquez Martínez, han coincidido en afirmar que: “En EE. UU, se puede decir que el fundamento de derecho que respalda la realización de esta técnica es la libertad de privacidad y el derecho a la procreación, y estos fundamentos se pueden llevar a cabo por medio de la reproducción asistida, para así conseguir la formación de una familia”³⁹.

Uno de los estados americanos que sin duda han otorgado mayores libertades en materia de maternidad subrogada es California, el cual, a la postre, es uno de los más libertarios en varias materias concernientes a los derechos reproductivos de los asociados. Allí, existen agencias que prestan el servicio de maternidad subrogada, a donde los padres subrogantes pueden llegar a escoger a la madre subrogada que prestará el servicio. De igual forma, la ley los faculta para realizarlo de manera personal, sin que medie institución alguna⁴⁰.

³⁷ ALFARO CASCO, Óscar Saturnino. LÓPEZ AYALA, Rosendo. VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Luis Enrique. Los elementos del contrato de maternidad subrogada y la necesidad de su regulación legal en El Salvador. Trabajo de grado para obtener el título de: Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Escuela de Ciencias Jurídicas. San Salvador. 2016. Disponible en: <http://ri.ues.edu.sv/12677/1/TESIS-ARRENDAMIENTO%20DE%20VIENTRE.pdf> Consultado el: 28 de Agosto de 2018

³⁸ *Ibíd*em

³⁹ *Ibíd*em, pág., 120

⁴⁰ *Ibíd*em.

Esta amplísima regulación en California, Estados Unidos, ha incentivado otra clase de turismo: el procreativo o reproductivo. Ello implica que las personas de diversas partes del mundo, deciden instalarse en California con el fin de establecer un contrato de maternidad subrogada, sin que exista ningún tipo de restricción como sí ocurre en sus respectivos países de origen. Los tesisistas anteriormente mencionados afirman lo siguiente en su investigación:

Muchas parejas de diversas partes del mundo, viajan hasta California para celebrar un pacto de subrogación de maternidad, cuando la legislación de su propio país se los prohíbe o bien no lo regulan. Esta situación se ha denominado “el turismo procreativo”, ya que en este Estado se brinda la seguridad jurídica necesaria para la celebración de un contrato de maternidad subrogada, al regularse los efectos del mismo, ya sea, respecto a la determinación de la filiación del hijo nacido mediante esta técnica de reproducción asistida o bien frente al incumplimiento del contrato, más allá de los efectos que el pacto tendrá en el país de origen de las partes que lo celebran⁴¹.

7.2.2. Argentina

Este país latinoamericano ha entendido que la regulación de la maternidad subrogada es una necesidad real de la sociedad argentina, por lo que se han presentado múltiples intentos para su regulación cuestión que, en definitiva, ya se ha ido implementando. Dentro de los diferentes proyectos de ley promulgados y que hablan directamente de la regulación de la maternidad subrogada, están los siguientes:

- núm. de Expediente: 4098-D-2011. Trámite Parlamentario: 112 (17/08/2011)
- núm. de Expediente: 5201-D-2011. Trámite Parlamentario: 159 (25/10/2011)
- núm. de Expediente: 5441-D-2011. Trámite Parlamentario: 169 (08/11/2011)

⁴¹ Ibídem., pág. 121

No obstante, antecedentes de las regulaciones en Argentina, está claro que la práctica del alquiler de vientres es una realidad, la cual se hace bajo medios no legales y poco ortodoxos: el padre que aporta sus gametos debe hacer un reconocimiento voluntario de los menores y su esposa, es decir, la madre subrogante pero que no aportó ningún tipo de material genético, deberá acceder a una adopción por integración⁴². Por otra parte, siempre está la posibilidad de impugnar la maternidad, lo cual resulta gravoso para los derechos de los padres subrogantes

En la actualidad, todo lo anteriormente dicho se expresa en el estudio de los tesisas anteriormente mencionadas: Oscar Alfaro Casco, Rosendo López Ayala y Luis Vásquez Martínez, cuando afirman que:

Si la gestante es soltera se la implanta o insemina con semen del comitente. Nacido el niño, el comitente lo reconoce. Tiempo más tarde, la esposa del comitente peticona la adopción de integración del hijo del cónyuge. Si la Gestante es casada, también se recurre a la adopción de integración, aunque previamente el marido de la gestante deberá iniciar una acción de impugnación de la paternidad (art. 259 CC. argentino), alegando no ser el padre genético del niño nacido de su esposa a los efectos de que el comitente, a quien le corresponde el material genético, reconozca al niño. Posteriormente, la esposa del reconociente, peticona la adopción de integración. Pero, además, puede suceder que los comitentes no aporten material genético. Nacido el niño, el matrimonio solicita la adopción conjunta después que el niño ya ha forjado con ellos un fuerte vínculo afectivo, en tanto quien lo gestó y parió se lo entregó en forma directa⁴³.

Una de las problemáticas que resultan de la falta de regulación completa de la maternidad subrogada en este país, es que no está clara la determinación del derecho de filiación. Por ello, los jueces han tenido que entrar a resolver las situaciones problemáticas en estos casos, determinando que el recién nacido, debe ser entregado a la madre comitente, es decir, a la madre que alquila el vientre y que aporta el óvulo que permite la fecundación, en otras palabras, el bebé es entregado a la madre que aporta la genética más no a la que aporta la

⁴² *Ibíd*em

⁴³ *Ibíd*em

biología. No obstante, no resulta tan fácil en los casos en los que la madre comitente, por sus diferentes problemas reproductivos, no aporta la genética sino que la madre subrogada es quien, además de aportar la biología (el vientre), también aporta la genética (el óvulo), caso en el cual, ante la no regulación del contrato, la madre subrogada termina teniendo derechos sobre el recién nacido.

7.2.3. España

Este país europeo decidió por regular todo lo concerniente con la maternidad subrogada a partir de la vía civil, tal como se propone más adelante en esta monografía para Colombia. No obstante, paradójicamente España, desde la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, es un país permisivo con la maternidad subrogada y los administradores de justicia, tienen claridades acerca de la forma como deben adoptar las decisiones frente a este tipo de casos y otorgar a los padres comitentes la custodia, el cuidado personal y la patria potestad; pero no tiene regulaciones claras desde lo legislativo.

Algunos tratadistas del país ibérico han coincidido en afirmar que los gametos, si bien no son elementos que estén dentro del mundo del comercio, si pueden ser sometidos a las regulaciones establecidas para la donación de órganos. Estos criterios legales deben dar respuesta clara y concisa a varias cuestiones: las necesidades de la comunidad, la realidad social y el espíritu de la ley vigente⁴⁴.

Investigadoras como Lorena Sofía Tello, de la Universidad Nacional de La Plata, han afirmado que:

El en caso particular de España cabe destacar que si bien se encuentra en vigor la Ley N° 14/2006 que prohíbe la maternidad subrogada, en el 2010 se regula el supuesto de inscripción en el Registro Civil Nacional sobre la filiación proveniente de “gestación subrogada”, realizada en países permisivos. Su particularidad radica en que involucra una toma de decisión referida a la calidad de inscripción a efectivizar en relación a

⁴⁴ *Ibidem*

hijos de españoles nacidos por maternidad subrogada, en favor del interés superior del niño, aun no siendo permitida en su territorio⁴⁵.

Es evidente que el legislador español debe empezar a comprender la realidad para la cual trabaja, pues es claro que el uso de la maternidad subrogada en esta sociedad es mucho más amplia de lo que se cree y han sido los jueces quienes, usando la principalística jurídica, el derecho comparado y la permisividad judicial predominante, los encargados de resolver de fondo las problemáticas de contenido jurídico que se presentan en ese país con respecto a la maternidad subrogada del modo en que se referenció anteriormente.

Lo anterior se ve soportado con lo manifestado por los tesis Oscar Alfaro Casco, Rosendo López Ayala y Luis Vásquez Martínez, quienes apoyándose en las investigaciones de Joan Cerda Subirachs, experto en materia de maternidad subrogada en España, han afirma que:

La realidad social es que parejas españolas contratan en el extranjero básicamente California maternidades subrogadas, lo hacen de acuerdo con las leyes de aquel territorio y según éstas sus autoridades expiden los correspondientes certificados de nacimiento, que de acuerdo con la citada última Instrucción de la DGRN pueden inscribirse en el Registro Civil español⁴⁶.

7.2.4. México

Esta es otra República Federada en la cual cada uno de sus estados miembros puede tener una legislación independiente, sujeta a la Constitución, pero autónoma, así como su propio gobierno. Dado lo anterior, la regulación de la

⁴⁵ TELLO, Lorena Sofia. Maternidad subrogada, su reconocimiento extraterritorial, un nuevo paradigma. Universidad Nacional de La Plata, 2015. http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/sem_SUBROGADA_SOFIA_TELLO_.pdf. Consultado el: 28 de Agosto de 2018. Citada por: ALFARO CASCO, Óscar Saturnino. LÓPEZ AYALA, Rosendo. VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Luis Enrique. Óp., cit.

⁴⁶ CERDÀ SUBIRACHS, Joan. La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. Revista N° 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY1-2. Disponible en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Lainsostenible%20legalizacion%20de%20facto%20de%20la%20maternidad%20subrogada%20en%20Espa%C3%B1a.pdf>. Consultado el: 25 de Agosto de 2018. Citado por: ALFARO CASCO, Óscar Saturnino. LÓPEZ AYALA, Rosendo. VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Luis Enrique. Óp., cit.

maternidad subrogada depende del estado, pero debe aclararse que no existe, en la actualidad, ninguna prohibición a nivel nacional para establecer este tipo de contratos, los cuales están regulados en la legislación civil y penal de ese país.

Adentrándose en la investigación sobre la materia objeto de discusión es esta monografía, se tiene que en México: “Las únicas entidades federativas de México en donde se puede encontrar información explícita sobre la práctica mencionada son el Distrito Federal, Tabasco y Chihuahua”⁴⁷. Por lo que a continuación, se analizarán tanto el Distrito Federal como el Estado de Tabasco, en aras de dar claridades acerca de la forma como se ha regulado la maternidad subrogada en un país que, a primera vista, resulta ser muy ortodoxo y de amplia tradición religiosa, cuestiones que terminan influyendo en la toma de decisiones frente a los derechos reproductivos.

Distrito Federal: tal como sucede en otras latitudes del mundo en los que la ciencia médica permite este tipo de prácticas, la maternidad subrogada tiene un uso habitual entre la comunidad del Distrito Federal. Alfaro, López y Vásquez han afirmado que:

En la ciudad de México todavía no existe una ley con respecto a la subrogación de maternidad. El 30 de noviembre de 2010, por primera vez se presentó una iniciativa de ley para regular tal procedimiento, la cual fue aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Para que esta ley entre en vigor, aún hace falta su promulgación y la publicación por parte del jefe de gobierno⁴⁸.

Desde esta orilla argumentativa, se tiene que en el Distrito Federal no existe regulación taxativa acerca de la sustitución de la maternidad, es decir, no se está regulada con claridad, pero tampoco se prohíbe de manera expresa. No obstante, en el Art. 162 del Código Civil se expresan las obligaciones y los derechos de los cónyuges los cuales se adquieren directamente como consecuencia del matrimonio:

⁴⁷ ALFARO CASCO, Óscar Saturnino. LÓPEZ AYALA, Rosendo. VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Luis Enrique. Óp., cit.

⁴⁸ Ibídem

Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges⁴⁹.

Del tenor literal del articulado precitado, se pueden concluir varias cuestiones:

- No existen límites claros acerca del tipo de pareja que se puede conformar en el Distrito Federal, por lo que es posible que se conformen familias entre personas homosexuales o heterosexuales.
- No existe una regulación frente a la forma como las familias decidan acerca de sus derechos reproductivos, por lo que la maternidad subrogada no está prohibida expresamente. Siguiendo el principio de lo que lo que no está prohibido está permitido, la maternidad subrogada está facultada según la ley.

A pesar de todo ello, la falta de una regulación expresa, tal como sucede en Colombia, ha ocasionado una grave problemática entre las partes contratantes, cuestiones que los administradores de justicia han tenido que dirimir siguiendo los principios constitucionales que animarían este tipo de contratación. De todos modos, en el Distrito Federal, a pesar de la existencia de los vacíos jurídicos mencionados, no se establecen prohibiciones taxativas lo que implica que sí se puedan establecer contratos de maternidad subrogada, tal como sucede en la actualidad. La forma en que han sido resultas estas problemáticas, está relacionada con la madre que aporta la genética y no con la que aporta la biología⁵⁰.

Tabasco: En la actualidad, es el único estado de este país que cuenta con una regulación expresa de la maternidad subrogada, constituyéndose como el de

⁴⁹ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. DISTRITO FEDERAL. Código Civil. Art. 162

⁵⁰ BAFFONE, Cristina. La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. vol.46 no.137 México may./ago. 2013. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000200001&lng=es&nrm=iso&tlng=es. Consultado el: 2 de septiembre de 2018

mayor avance jurídico de esa región. Desde la perspectiva legal, la madre gestante sustituta es aquella que proporciona su cuerpo para llevar el embarazo a término, prestando así la biología para la gestación, más no la genética del bebé. En Tabasco, se ha establecido una marcada diferencia en cuanto a la madre subrogada, pues esta además de aportar la parte biológica, también es la responsable de aportar el material genético para que exista la fecundación⁵¹.

Por otro lado, se considera que la madre contratante es aquella mujer que decide contratar los servicios de otra para que sea o bien madre gestante sustituta o madre subrogada. Ya desde lo judicial, cabe entender que la normatividad exige que cuando se trata de un contrato de madre gestante sustituta, el Registro Civil de Nacimiento debe afirmar que los padres son los contratantes⁵². Ello no ocurre igual para el caso de los contratos de madre subrogada, pues tendrá que sujetarse a la normatividad que tiene que ver con la adopción.

El estatuto civilista de Tabasco, ofrece una amplia regulación frente a la sustitución. El canon 92 de dicho compendio normativo hace referencia explícita frente al tema de la filiación en estos términos:

Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre si tienen el deber de reconocer a su hijo; en el caso de los hijos nacidos como resultados de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contrayente que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena⁵³.

A modo de corolario de este acápite, debe aclararse varias cuestiones fundamentales:

- Los contratos de maternidad subrogada están permitidos en todos los países presentados anteriormente, pues no existe una clara prohibición de los mismos.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*

⁵³ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. ESTADO DE TABASCO. Código Civil. Art. 92

- Sigue haciendo falta mucha más regulación por parte de las legislaciones del mundo. Si bien es cierto que muchos Estados ya han entendido que el uso de la maternidad subrogada es una práctica común entre las familias y por tanto han decidido regular de manera clara y suficiente, también lo es que la negligencia de varios cuerpos legislativos ha impedido una regulación holística sobre la materia.
- La falta de regulación la traslada el problema a los administradores de justicia que han tenido que recurrir a los principios generales del derecho, a los valores constitucionales, al derecho comparado y demás cuestiones que son fuente del derecho, para poder definir de manera concreta el tema de la filiación, el cual ofrece la mayor dificultad en los casos de la maternidad subrogada dados los derechos de las partes.

7.3. ELEMENTOS JURÍDICOS ESTRUCTURALES DE UN CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA COLOMBIA A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS

Existen diferentes tipologías de maternidad subrogada en términos generales. Ya se expuso que el México, por ejemplo, se hace una distinción entre madre gestante sustituta y madre subrogada, pero lo cierto es que la clasificación más común depende del tipo de contrato que se establezca al momento de perfeccionarse. de ahí que se tenga: subrogación altruista y subrogación pro precio:

1. **Subrogación Altruista:** como su nombre lo indica, se trata de la prestación del servicio de manera gratuita. Lo anima el noble sentido del amor, la familiaridad y la bondad humana, más no hay un interés monetario de por medio más allá de las implicaciones médicas y de cuidado que debe tener la madre subrogada. Lo ideal, es que el material genético sea aportado en su totalidad por los padres contratantes, para que la madre sustituta, simplemente se encargue de llevar a término el embarazo en las mejores condiciones posibles y, como parte de las obligaciones de los padres contratantes, deben encargarse del sostenimiento y de los tratamientos médicos, más no de pagar un precio final a la madre sustituta.
2. **Subrogación por precio:** En diferentes latitudes se permite que las madres sustitutas ofrezcan el servicio por medio de un contrato determinado, en el que las partes se comprometen con una serie de obligaciones que serán expuestas con posterioridad en esta monografía, pero que se caracterizan en algún momento con el pago de un precio convenido por la prestación del servicio y que se suma a los precios que se deben pagar por la manutención y los cuidados médicos. Así las cosas, una vez terminado el periodo del embarazo, la madre gestante debe entregar el bebé a los padres contratantes, a su vez, estos deben cancelar un precio

anteriormente convenido. Como es evidente, la contraprestación económica es pactada por las partes⁵⁴.

7.3.1. Contrato de Maternidad Subrogada

Como todo contrato, el de maternidad subrogada tiene su génesis en un acuerdo de voluntades, lo que pasa es que no es acerca de un tema común o fácil de discutir, pero al fin de cuentas, es una convención entre partes. Al ser un contrato, estos tienen unos requisitos y contenidos que deben ser cumplidos a cabalidad para que puedan perfeccionarse.

En un primer momento se hace necesario que se profundice acerca de qué es un contrato de maternidad subrogada, en aras de hacer claridades conceptuales y prácticas acerca de los contenidos de ese contrato y de las obligaciones que les son adjudicadas a cada una de las partes intervinientes. Cabe aclarar de una vez, que en el contrato de maternidad subrogada, uno de los extremos de las partes puede estar compuesto por varias personas: los padres comitentes o contratantes. Los requisitos del contrato de maternidad subrogada deben cumplirse en todas las tipologías de aquella, así sea que medie o no, una contraprestación económica⁵⁵.

El investigador colombiano de la Universidad Libre Emilio Aguilar Gómez, en su texto Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, una mirada de la norma Constitucional Colombiana, define con claridad al contrato de maternidad subrogada, planteamiento que se comparte desde esta orilla argumentativa:

El arrendamiento del vientre de la mujer, o maternidad subrogada, llamada así por la doctrina, consiste en el acuerdo al que llegan una pareja, interesados en procrear, y un tercero (que para el caso se requiere que tenga el aparato reproductor femenino) por medio del cual expresan su consentimiento encaminado a la gestación del ovulo ya fecundado en el vientre de esa mujer ajena a la relación de afinidad, y esta a su vez exige una remuneración por haber dado en arrendamiento

⁵⁴ HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Adriana. SANTIAGO FIGUEROA, José Luis. Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1335-1348. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n132/v44n132a11.pdf>. Consultado el: 15 de agosto de 2018

⁵⁵ *Ibíd.*

su vientre durante los nueve meses que dura la gestación del feto, de ahí nacen las obligaciones recíprocas, para la pareja solicitante de pagar el precio, y para la mujer gestante, gestar y entregar al niño⁵⁶.

Dada esa definición, es posible establecer, entonces, los elementos característicos del contrato de maternidad subrogada o de alquiler de vientre:

- **Bilateral:** este contrato implica una serie de obligaciones para las partes, las cuales son sinalagmáticas. La madre sustituta tiene la obligación de gestar al bebé y entregarlo al final del embarazo. Por su parte, la madre solicitante está en la obligación de cancelar todos los dineros acordados en caso de que se por precio y de financiar los tratamientos médicos que se surtan durante el embarazo y las alimentaciones. Así las cosas, el contrato puede ser a título gratuito, pero los padres solicitantes deben costear los gastos médicos que se surtan durante el embarazo. Además, el objeto del contrato reporta utilidades para ambas partes.
- **Oneroso:** cuando se trata de un contrato de maternidad subrogada por precio, este es convenido por las partes al inicio del contrato y debe ser pagado una vez se haya finalizado el embarazo y la madre gestante haya hecho entrega del bebé. De este modo, el beneficio que perciben los padres solicitantes es un bebé con su carga genética, mientras que el de la madre gestante será la remuneración económica. Esto se exceptúa en los casos de contrato gratuito.
- **No conmutativo:** no obstante que se hagan pagos con posterioridad al embarazo, nunca podrá compararse o considerarse equivalente lo que aporta la madre gestante con el precio que se paga al final de la relación contractual. No es posible tasar el valor del préstamo del útero en dinero, por más esfuerzos económicos que se hagan.

⁵⁶ AGUILAR GÓMEZ, Emilio José. Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, una mirada de la norma Constitucional Colombiana. Universidad Libre Sede Cartagena, Colombia. 2010, p. 28. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8D7215103DECD0A805257D49006C34CD/\\$FILE/Libro_Maternidad_Subrogada2.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8D7215103DECD0A805257D49006C34CD/$FILE/Libro_Maternidad_Subrogada2.pdf). Consultado el: 15 de agosto de 2018

- **Principal:** este contrato no depende de la realización de otro o del cumplimiento de una condición alguna. Su existencia no depende de nada aparte de la voluntad de las partes y de los cumplimientos de los requisitos. su existencia y validez son propias
- **Innominado:** cuestión que resulta obvia en esta investigación. El contrato de maternidad subrogada no está regulado en ninguna norma colombiana. La celebración de este contrato depende de la convencionalidad de las partes y no hay norma jurídica que, hasta el momento, la sustente.
- **Consensual:** como se ha venido argumentando en repetidas ocasiones, la voluntad de las partes intervinientes es fundamental para la materialización de este contrato. Alfaro, López y Vásquez han afirmado con respecto a este caso que:

El carácter consensual del contrato es fundamental para determinar si su celebración pertenece al ámbito de acción del derecho a procrear, en virtud de la voluntad pro creacional, o si éste constituye un grave atentado a la dignidad de la persona, afectando esta infracción tanto a la mujer que gesta como a la criatura producto de la gestación. De tal modo, y conforme a la clasificación antes expuesta, parece interesante agregar aquella propuesta por Lacruz Berdejo, al identificar tres contratos distintos y que definirían los distintos tipos de relaciones jurídicas en el contrato de maternidad subrogada, a saber: El primero calificado como un arrendamiento de obra o de servicio entre el facultativo, la pareja y la madre portadora. Un segundo calificado como atípico entre la madre gestacional y la pareja destinataria de la criatura y un tercero como un arrendamiento de servicio, entre el médico y el centro médico donde se realizará la técnica. Por lo que se ve la importancia de esta característica en este tipo de contrato, ya que a través de esta se establece si se hará uso de formalidades⁵⁷.

- **Contrato de familia:** uno de los aspectos más característicos de este tipo de contrato, es que su objeto no un aspecto patrimonial, sino que se establece un derecho: la filiación. Para los tesisistas Alfaro, López y Vásquez en el contrato de maternidad de subrogada: “No es un niño directamente lo que se contrata, sino que se trataría de una obligación de conducta

⁵⁷ ALFARO CASCO, Óscar Saturnino. LÓPEZ AYALA, Rosendo. VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Luis Enrique. Óp., cit.

expresada en la conducta gestacional, sin perjuicio que se entrega finalmente una criatura”⁵⁸.

- **De ejecución diferida:** si bien es cierto que las obligaciones se acuerdan entre las partes desde el principio, también lo es que las mismas pueden ir modificándose a medida que el embarazo sigue su curso. Los tesisistas precitados afirman que:

Las obligaciones van apareciendo y se modifican conforme avanza el embarazo. Aquellos que generan obligaciones de cumplimiento intermitente o continuo, cuya propia naturaleza impide que puedan ser satisfechas de manera instantánea; la obligación de la portadora de gestar cautelosamente el feto, se extiende en el tiempo que por naturaleza dura el embarazo, sin que exista la posibilidad de que se satisfaga de manera instantánea, sin embargo, aquella obligación se limita hasta el momento en que finaliza el embarazo y el niño es entregado a sus padres. Entonces en este contrato no se habla de resolución sino de terminación, el contrato se extinguirá, dejara de producir efectos para el futuro pero quedaran subsistentes los producidos anteriormente⁵⁹.

7.3.2. Elementos de existencia

Al igual que en todo contrato, el de maternidad subrogada necesita de unos elementos que garantizan la existencia del mismo. Estos elementos deben ser considerados por el legislador colombiano para la regulación que se necesita en la actualidad en el país, para poder diseñar un contrato de maternidad subrogada con todos los elementos que se describen a continuación y que el mismo tenga validez, para que así, cuando se presenten controversias, los administradores de justicia solamente tengan que remitirse al contrato para poder definir la solución del problema y no se vean enfrentados a las problemáticas que se ofrecen hoy en día. Por tanto, los elementos son: consentimiento, objeto, causa y en algunos casos la solemnidad:

Consentimiento: los contratos en general dependen de la voluntad de las partes con ciertas excepciones o modificaciones en los contratos de adhesión. Sin

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

embargo, para el caso de la maternidad subrogada, que nada tiene que ver con contratos de adhesión, el consentimiento entre las partes, el acuerdo entre ellas, es fundamental para la existencia y validez de un contrato de este tipo.

Para que se logre la perfección del contrato de maternidad subrogada, debe haber una manifestación de ese consentimiento, ya sea de manera tácita o expresa, pues de lo contrario el contrato estaría viciado de nulidad. Tesisistas como Alfaro, López y Vásquez afirman que:

Además, que en el consentimiento debe manifestarse una voluntad seria o sea con el propósito de producir efecto de Derecho, requisito que en el contrato de arrendamiento de vientre podemos ver reflejado al momento de perfeccionarse dicho acuerdo. También se expresó que la voluntad puede manifestarse de manera expresa o tácita, y que tanto una como la otra tiene idéntico valor, salvo que la ley o las partes exijan un modo especial; pero en el caso del arrendamiento de vientre por la naturaleza del contrato, se entenderá, que se ha consentido siempre y cuando se manifieste expresamente⁶⁰.

Objeto: los actos jurídicos en general tienen un objeto determinado, pues no es diferente con respecto a la maternidad subrogada, la cual tiene un objeto sobre el que recaen las obligaciones de las partes. Para este caso particular, las prestaciones de las partes son fácilmente identificables. Por un lado, la pareja contratante tiene la obligación de asumir los costos médicos y alimentarios de la madre gestante y cancelarle los dineros que corresponde a su contraprestación económica. Por el otro lado, la madre gestante debe, además de llevar bien el embarazo hasta su término y procurarse un buen cuidado, debe entregar al recién nacido a la pareja contratante renunciando a los derechos que le podrían asistir en determinado caso. Alfaro, López y Vásquez han concluido al respecto que:

Por otra parte, la prestación a que se obliga la madre gestora implica la prestación de un servicio concluido con la entrega material del hijo, acompañada de la renuncia de sus deberes como madre legal. Se ve que la prestación de la gestora implica a la vez tanto un hacer material como un hacer jurídico. Es así, que en el contrato de arrendamiento de

⁶⁰ *Ibíd.*

vientre, el objeto del contrato lo constituye el útero que se dará en alquiler, cuyo objeto directo está constituido por las obligaciones⁶¹.

Causa: la causa fundamental de este contrato es el deseo de conformar una familia con hijos por parte de las personas contratantes. En el caso de la madre gestante, es la recibir una prestación económica por ese servicio, el cual no está prohibido por la legislación colombiana. Alfaro, López y Vásquez han concluido al respecto que:

Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación; Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación; Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que geste para que dé a luz un bebé; Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio; y Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación in vitro. Resulta evidente que la causa de la maternidad subrogada revela por el contrario un interés legítimo de los padres biológicos en alcanzar propósitos atinentes a su propia realización personal y de pareja⁶².

Solemidad: Solemnidad En el caso de los contratos de arrendamiento de vientre no se encuentra en la legislación colombiana requisito alguno o regulación que mande que la voluntad que expresen las partes interesadas quede sujeta a algún tipo de formalidad. El legislador colombiano, no ha establecido que la obligación que se contrae de pagar una cantidad de dinero, de renunciar a un derecho o de hacer una entrega de un hijo cuales son las obligaciones que las partes contraen, requieran sujetarse a algún tipo de formalidad para producir efecto jurídico.

7.3.3. Partes intervinientes en el contrato de maternidad subrogada

Al igual que ocurre en los contratos nominados y debidamente regulados por el legislador colombiano, el contrato de maternidad subrogada tiene unas partes intervinientes que se exponen en el siguiente cuadro:

⁶¹ *Ibíd*em

⁶² *Ibíd*em.

Parte Interviniente	Definición
Madre solicitante o Subrogante	<p>Es una mujer con capacidad de goce y de ejercicio de sus derechos. Ella contrata a una mujer, generalmente por problemas reproductivos, para que esta gestee a su hijo durante el tiempo de embarazo. Dado el caso de que la madre solicitante aporte el material genético (óvulo), será considerada como madre portadora. Esta es entendida como aquella madre que contrata a otra mujer pero que aporta su material genético.</p> <p>Cuando la madre solicitante, por sus diferentes circunstancias no aporta el óvulo, será considerada como madre social</p>
Mujer Gestante o madre subrogada	<p>También debe tener capacidad de goce y ejercicio de sus derechos. Es una mujer que se compromete a llevar el embarazo de un bebé fecundado por otras personas. Ofrece este servicio a título oneroso o gratuito. Cuando esto sucede, la madre gestante no aporta material genético al bebé, solamente aporta la biología que lo ayudará a crecer. Su obligación termina cuando cesa el embarazo y entrega al bebé.</p>

Padre	Generalmente es la pareja permanente o cónyuge de la madre subrogante. Debe tener capacidad de goce y de ejercicio. También puede aportar su material genético para la fecundación o no. Asume todas las responsabilidades que trae consigo la paternidad biológica.
--------------	--

Fuente: Elaboración propia.

7.3.4. Obligaciones de la madre gestante

- Debe hacerse todos los estudios clínicos que los médicos requieran antes de quedar en embarazo. Estos exámenes corren por cuenta económica de la pareja solicitante. El VIH es un examen recurrente en este tipo de contratos y debe ser conocido por todas las partes.
- Debe aportar toda la información que tenga que ver con su estado de salud pasado y actual. Así las cosas, tanto los médicos tratantes como la pareja solicitante, están en el derecho y el deber de conocer qué enfermedades ha sufrido y cuáles procedimientos quirúrgicos se le han realizado. Debe ser completamente sincera con respecto a las enfermedades psíquicas, físicas y venéreas.
- En caso de estar casada, debe proporcionarle a la pareja solicitante el consentimiento expreso de su esposo. En aras de impedir que este pueda impugnar paternidades o impedir la entrega del bebé. Este debe estar anexo al contrato.
- La madre gestante tiene la responsabilidad de consignar el consentimiento y anexarlo al contrato.
- Se compromete a cumplir a cabalidad, a tiempo, con exactitud, todas las recomendaciones de los médicos tratantes y especialistas.

- Una vez en embarazo, se compromete a asistir con puntualidad a los controles determinados por el médico. Así mismo a seguir los tratamientos que este recomiende.
- Se compromete a llevar un régimen alimentario sano y adecuado, así como a seguir las recomendaciones nutricionales de los especialistas respectivos.
- Durante el periodo de embarazo, se compromete a no usar ningún tipo de sustancia peligrosa para el bebé (licor, estupefacientes, cigarrillos) y evitar todas las situaciones que le generen malestar y estrés.
- Debe estar de acuerdo con el parto sea realizado vía cesárea en caso de que esta sea necesaria y el médico lo haya decidido de esa manera.
- Debe comprometerse a no tener relaciones sexuales durante todo el embarazo, en aras de impedir el contagio de infecciones o enfermedades que puedan afectar al bebé.
- Debe comprometerse a notificar a la pareja contratante cualquier anomalía, novedad, molestia que sienta y que deba ser tenida en cuenta, por mínima que sea.
- Una vez ha nacido el bebé, la madre gestante se compromete a expedir su consentimiento escrito para registrar a la pareja solicitante como los padres del niño que alumbró

7.3.5. Obligaciones de la pareja solicitante

La regulación que el legislador haga sobre la maternidad subrogada y que puede surgir a partir de los análisis expuestos en este trabajo de grado, debe considerar las obligaciones sinalagmáticas que contraen las partes intervinientes. El otro extremo obligado es el que contiene a los padres solicitantes, quienes deberán procurar una estabilidad económica suficiente para poder brindarle a la madre gestante todas las garantías y recursos que requiera para que el embarazo sea a término y completamente sano. Las obligaciones son las siguientes:

- La pareja solicitante está obligada a sufragar todos los gastos que la madre gestante requiera en términos alimentarios y médicos, con todas las

implicaciones que ello amerita. Recuérdese, que cuando se habla de temas alimentarios, no solamente son cuestiones nutricionales, sino que también se habla de ropa y demás.

- Durante el periodo de embarazo, la pareja contratante está obligada a facilitar todos los medios necesarios, desde los económicos hasta los logísticos, para que la madre gestante tenga citas médicas recurrentes, cumpla con aquellas y demás. Deberán suministrar un dinero mensual, el cual solamente puede ser invertido por la madre gestante en cuestiones que estén estrictamente relacionadas con el objeto del contrato.
- La pareja solicitante debe comprometerse a pagar una compensación dado el caso de un aborto no inducido y que, por supuesto, no sea culpa de la madre gestante. Todas las intervenciones y procedimientos que requiera, de carácter terapéutico o médico, deberán ser sufragados por la pareja solicitante.
- Uno de los aspectos fundamentales de la maternidad subrogada y de las obligaciones a las que se ven sometidas las parejas solicitantes, tiene que ver con el pago de las compensaciones o contraprestaciones que se acordaron al inicio de la relación contractual. Deben destacarse varias cuestiones: se debe cancelar la contraprestación completa al finalizar el embarazo y una vez la madre gestante haya consignado el consentimiento de que los padres solicitantes sean registrados como los padres del menor recién nacido; la entrega del dinero no puede ser con posterioridad a la salida de la mujer gestante del centro médico en donde fue atendida; deben ser cancelados todos los gastos médicos y del centro de salud que se requieran; a la mujer gestante deben garantizarle el restablecimiento de su salud y cubrirle su pérdida laboral.

8. CONCLUSIONES

1. El mundo ha avanzado generosamente en la regulación holística de la maternidad subrogada y ha establecido con claridad, en algunas latitudes, las características, elementos, condiciones, obligaciones y demás requisitos de este tipo de contratos. No obstante, la falta de legislación sobre el particular vulnera los derechos de los asociados que desean recurrir a esta práctica médica para materializar su derecho a una familia con hijos.
2. Uno de los aspectos fundamentales del contrato de maternidad subrogada, es que no se está negociando con un elemento de carácter patrimonial, sino que el objeto de este contrato es un derecho: la filiación. Ello se traduce en la posibilidad que se le brinda a una familia de tener un hijo en el seno de su hogar y, en el otro extremo del contrato, a una persona que podrá percibir una ganancia dineraria por ese servicio prestado.
3. Uno de los aspectos que más llama la atención en materia de maternidad subrogada, es que este tipo de contratos, por más obligaciones que se le impongan a los padres solicitantes, por más requisitos que se les imponga a las personas que desean alquilar un vientre, jamás podrá compararse o equipararse económicamente el servicio que está prestando la madre gestante. Ella entrega su ser por completo a un contrato, del que solamente recibirá un dinero a cambio. Eso no es posible medirlo con dinero alguno.
4. El legislador colombiano se ha sustraído a pesar de las numerosas ocasiones que la maternidad subrogada se ha usado en el país y de las problemáticas que ello ha representado, de legislar, como es su deber, sobre las materias que hacen eco en la sociedad y que representan una necesidad social. El no legislar acerca de la materia, provoca problemas de carácter social y jurídico y se erige como una clara violación de los derechos de las personas que participan de este tipo de contratos.

5. Bien puede concluirse que el contrato de maternidad subrogada no se diferencia en gran medida de cualquier otro tipo de contrato, exceptuándose en el objeto y la compensación. Obviando ello, este contrato debe contener sin duda alguno, los elementos que todo contrato contiene en sí mismo, especificando de manera clara y taxativa, las obligaciones de las partes intervinientes. En Colombia, de acuerdo con el ordenamiento jurídico (constitucional y legal) actual es completamente viable la implementación de un contrato de arrendamiento de vientre, sin que exista impedimento de tipo moral o religioso. El principal argumento que sostiene esta tesis se basa en la inexistencia de una prohibición tácita a esta figura.

6. La maternidad subrogada tiene un elemento característico: hace parte de las evoluciones de la ciencia médica y de las necesidades de la sociedad. El derecho, ha de evolucionar con las necesidades sociales so pena de convertirse en una ciencia vacía e inútil, por lo que es necesario que evolucione y se regulen este tipo de cuestiones que tienen impacto en la vida jurídica nacional.

9. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GÓMEZ, Emilio José. Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, una mirada de la norma Constitucional Colombiana. Universidad Libre Sede Cartagena, Colombia. 2010, p. 28. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8D7215103DEC-D0A805257D49006C34CD/\\$FILE/Libro_Maternidad_Subrogada2.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8D7215103DEC-D0A805257D49006C34CD/$FILE/Libro_Maternidad_Subrogada2.pdf). Consultado el: 15 de agosto de 2018
- ALFARO CASCO, Óscar Saturnino. LÓPEZ AYALA, Rosendo. VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Luis Enrique. Los elementos del contrato de maternidad subrogada y la necesidad de su regulación legal en El Salvador. Trabajo de grado para obtener el título de: Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Escuela de Ciencias Jurídicas. San Salvador. 2016. Disponible en: <http://ri.ues.edu.sv/12677/1/TEISIS-ARRENDAMIENTO%20DE%20VIENTRE.pdf> Consultado el: 28 de Agosto de 2018
- BAFFONE, Cristina. La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. vol.46 no.137 México may./ago. 2013. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000200001&lng=es&nrm=iso&tlng=es. Consultado el: 2 de septiembre de 2018
- BIGLIARDI, Karina, ESTIVARIZ, María Soledad, *Determinación de la Filiación en las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida*, Disponible en: http://www.aaba.org/arbi170_p54htm.
- CADAVID PULGARIN, Karla Mariana. BARRERA CORREA, Amalia. Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema. Facultad de Derecho, Universidad CES. Medellín. 2016. Disponible en Internet:

http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad_subrogada.pdf. Consultado el: 28 de mayo de 2017.

- CAMACHO, Javier Martín. Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. Disponible en internet: <http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>. Consultado el 20 de mayo de 2017
- CERDÀ SUBIRACHS, Joan. La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. Revista Nº 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY1-2. Disponible en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Lainsostenible%20legalizacion%20de%20facto%20de%20la%20maternidad%20subrogada%20en%20Espa%C3%B1a.pdf>. Consultado el: 25 de Agosto de 2018. Citado por: ALFARO CASCO, Óscar Saturnino. LÓPEZ AYALA, Rosendo. VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Luis Enrique. Óp., cit.
- D'AGOSTINO, Francesco. Bioética y Derecho, conferencia pronunciada en el I Simposio Europeo de Bioética, Santiago de Compostela, V-1993. Traducción del italiano: F. León.
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. DISTRITO FEDERAL. Código Civil. Art. 162
- GALARZA MARIÑO, Nybia. *Determinación de Filiación en los Casos de Maternidad Subrogada*
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Adriana. SANTIAGO FIGUEROA, José Luis. Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1335-1348. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n132/v44n132a11.pdf>. Consultado el: 15 de agosto de 2018
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. MONDÉJAR PEÑA, M. I. PÉREZ ÁLVAREZ, M. P. Nuevos materiales para el estudio transversal y en abierto de los nuevos

desafíos jurídicos del derecho de familia. Madrid, España.: UAM. Departamento de Derecho Privado, Social y Económico; Facultad de Derecho. 2015

- MARÍN VÉLEZ, Gustavo A. *El Arrendamiento de Vientre en Colombia*, Universidad de Medellín, 2005.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de los Derechos del Niño
- PINZÓN MARÍN, Inés Yohanna. RUEDA BARRERA, Eduardo. MEJÍA PATIÑO, Omar. La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre. *Revista de Derecho y Genóma Humano*. Julio – diciembre 2015. Núm. 43.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-968 del 18 de diciembre de 2009. M.P.: Dra. María Victoria Calle Correa
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Civil de la República de Colombia.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Infancia y Adolescencia.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-968, 2009
- RODRÍGUEZ-YONG, Camilo. MARTÍNEZ-MUÑOZ, Karol Ximena. *El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense*. *Revista de Derecho Valdivia*. VOLUMEN XXV - Nº 2.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eli. Los Contratos Internacionales sobre Maternidad subrogada, Un vistazo rápido al Derecho Comparado. *Revista México Derecho*, revista n.4 (2005): 151-154. Citado por: ALFARO CASCO, Óscar Saturnino. LÓPEZ AYALA, Rosendo. VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Luis Enrique. Los elementos del contrato de maternidad subrogada y la necesidad de su regulación legal en El Salvador. Trabajo de grado para obtener el título de: Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El

Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Escuela de Ciencias Jurídicas. San Salvador. 2016

- TELLO, Lorena Sofía. Maternidad subrogada, su reconocimiento extraterritorial, un nuevo paradigma. Universidad Nacional de La Plata, 2015.

[http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/sem SUBROGADA SOFIA TELLO .pdf](http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/sem_SUBROGADA_SOFIA_TELLO.pdf). Consultado el: 28 de Agosto de 2018. Citada por: ALFARO CASCO, Óscar Saturnino. LÓPEZ AYALA, Rosendo. VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Luis Enrique. Óp., cit.