



**IMPLICACIONES EN MATERIA PENAL DE LA «MATERNIDAD SUBROGADA»
EN COLOMBIA**

Autor

CAROLINA PARRA MARTÍNEZ

Código 7001031

Tutor

Doctor **RICARDO CITA TRIANA**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL, CONSTITUCIONAL Y
JUSTICIA MILITAR**

Bogotá D.C., Diciembre de 2016

IMPLICACIONES EN MATERIA PENAL DE LA «MATERNIDAD SUBROGADA» EN COLOMBIA¹

Carolina Parra Martínez²

Resumen: la «Maternidad Subrogada» o «Vientres en alquiler» se está convirtiendo en una práctica frecuente a nivel mundial, que consiste en que una mujer lleve durante el período de gestación un bebé con material genético de otra pareja, e inclusive en algunas ocasiones con sus propios gametos, las posiciones frente al tema son diversas, algunos países han optado por regular esta práctica con fines altruistas o en ocasiones con ánimo de lucro y otros por prohibirla expresamente, Por su parte en Colombia no existe una regulación frente al tema, generando inseguridad jurídica a las personas que recurren a esta práctica y la falta de herramientas normativas para dirimir las controversias que se puedan presentar. A partir de la revisión de las experiencias de otros países, se contrasta la propuesta de reglamentación que en la actualidad curso en el Congreso de la República y se realizan otras reflexiones.

Palabras clave: Reproducción Humana Asistida, Maternidad Subrogada, Vientre de alquiler, madre portadora, maternidad sustituta, contratos de gestación.

Abstract: Surrogacy is becoming a frequent practice worldwide, it consists on a woman carrying during the gestation period a baby with genetic material from another couple, and sometimes even with their gametes. The points of view about this topic vary; there are some countries that have chosen to regulate this practice for altruistic purposes or sometimes for commercial reasons and others for prohibiting it. In Colombia, there is no regulation on the subject, generating legal insecurity to the people who draw on this practice and the lack of normative tools to resolve disputes that may arise. From the review of the experiences of other countries, it is contrasted the proposal of regulation that is currently underway in the Congress of the Republic and other reflections are made.

Keywords: Surrogacy contract, Surrogate motherhood, Assisted Human Reproduction.

¹ Artículo de reflexión, resultado del proceso de investigación para optar al título de Especialista en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Militar, de la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, D.C., Colombia.

² Abogada, Especialista en Derecho de Familia, Administradora de Empresas, Especialista en Sistemas de Gestión, Administrador Policial, Técnico en Policía Judicial. Oficial (p) de la Policía Nacional de Colombia. Correo electrónico: karo31077@gmail.com.

1. INTRODUCCIÓN

El acelerado mundo en que nos desenvolvemos hacen que cada día hombres y mujeres decidan aplazar su etapa reproductiva, lo que en consecuencia conlleva a que la mujer a una edad más madura intente lograr un embarazo, y cuando deciden asumir la maternidad o paternidad enfrenten problemas en su salud reproductiva, la Organización Mundial de la Salud (Organización Mundial de la Salud-OMS, 2010) ha definido la infertilidad como la incapacidad de lograr un embarazo después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas.

Existen muchas patologías que en hombres y mujeres se interponen en el deseo de ser padres, para lo cual la ciencia ha desarrollado diferentes técnicas para intentar brindar una solución, es como hoy surge una práctica que ha recibido muchos nombres como “maternidad subrogada”, gestación por sustitución, subrogación uterina, madres o vientres de alquiler, que es la combinación de varias técnicas de reproducción asistida (TRA) que permiten que una mujer albergue durante el período de gestación un bebé que no tiene necesariamente su material genético y lo entregue al culminar el proceso a la pareja acordada con anterioridad.

Esta práctica cada vez más frecuente a nivel mundial, ha generado diversas reacciones algunos países han optado por regular esta práctica y otros por prohibirla expresamente, en Colombia no existe una regulación frente al tema, generando inseguridad jurídica a las personas que recurren a esta práctica y la falta de herramientas normativas para dirimir las controversias que se puedan presentar.

El legislador en Colombia ha elaborado propuestas normativas a favor y en contra, como el Proyecto de Ley 037 de 2009 que buscaba regular su práctica y el Proyecto de Ley 202 de 2016 orientado a prohibir su realización y la equipara al delito de trata de personas.

La práctica de la maternidad subrogada enfrenta los derechos reproductivos de las parejas que por diferentes circunstancias no pueden procrear por sus propios medios y la dignidad de la mujer que acepta llevar en su vientre por nueve meses un bebé, con las implicaciones a su salud, su cuerpo, su círculo familiar y su vida en general, así como la vulneración a los derechos del menor a conocer a su “madre” y desprenderse de la mujer que lo está dando a luz.

Es así como seis adultos podrían reclamar sus derechos sobre un bebé nacido por subrogación, como lo afirman los profesionales por la ética (pág. 8):

La madre genética o biológica (donante de óvulos), la madre gestante (el vientre de alquiler), la mujer que ha encargado el bebé, el padre genético (el donante de esperma), el marido o pareja de la madre gestante (que tiene la presunción de paternidad), y el hombre que ha encargado el bebé.

Estas circunstancias, nos acercan a una reflexión que planteaba (Bellver Capellaa, 2015, pág. 27):

Ante la diversidad de formas de llevar a cabo la maternidad subrogada no resulta nada sencillo dar con una regulación jurídica que sea a la vez segura y justa, es decir, que nos permita anticipar qué va a suceder y que lo que suceda sea correcto.

En consecuencia, en Colombia, en el evento de regularse su práctica debe también penalizarse los excesos y en el caso de prohibirla, ¿a quién se castigaría por ejecutarla?, y ¿en caso de que exista, qué pasaría con el bebé en camino?, son muchos los interrogantes que pueden surgir ante un bien jurídico tan protegido por el derecho interno como internacional como son la vida y la dignidad de la persona.

Es así, como el presente artículo tiene como objetivo principal analizar las implicaciones de penalizar la práctica de la maternidad subrogada en Colombia,

describir las implicaciones que puede enfrentar una mujer que ejecute esta actividad, describir brevemente la experiencia internacional en donde ha sido regulada y los países donde se encuentra expresamente prohibida esta práctica y finalmente presentar unas conclusiones de algunos aspectos importantes a reflexionar a la luz de la realidad nacional.

2. METODOLOGÍA

Para facilitar la comprensión de los aspectos técnicos de esta práctica se busca clarificar conceptos básicos de las técnicas de reproducción asistida-TRA, los diferentes métodos de fecundación y otros propios del manejo de material genético, para lo cual se contó fundamentalmente por las definiciones adoptadas por la Organización Mundial de la Salud.

A continuación se realizó una revisión documental de las experiencias internacionales en relación con la práctica de maternidad subrogada, para lo cual se examinó las dos principales posiciones, inicialmente los países que han optado por prohibirla en forma expresa dentro de su ordenamiento jurídico y a continuación los que la han regulado y permiten su realización.

3. RESULTADOS

3.1. Técnicas de Reproducción Asistida

En la Biblia se encuentran pasajes que dejan de presente la incesante lucha del hombre por buscar alternativas a los problemas de fertilidad, y como las parejas que no podían procrear eran estigmatizadas y rechazadas. (Bellver Capellaa, 2015) Cita dos casos que puede relacionarse con la práctica de la maternidad subrogada, Saraí la mujer de Abraham, no podía tener hijos, así que le

ofreció su esclava Agar para que tuviera descendencia por medio de ella (Génesis, 16: 1-16). Un caso similar ocurrió con Raquel, la esposa de Jacob que no pudiendo tener hijos recurrió a su esclava Bilhá, para que concibiera un hijo con su esposo (Génesis 30: 1-5).

A mediados del año 1765 se experimentó inicialmente con animales, las técnicas de reproducción asistida, hasta el año 1799, se llevó a cabo la primera experimentación formal y científica en humanos en Gran Bretaña (Suarez Parada, 2015).

El primer caso exitoso de gestación a través de la inseminación artificial se registra en 1884 en los Estados Unidos, y se le atribuye al Doctor William Pancoast, y en 1953, se logró el embarazo utilizando semen crioconservado. Posteriormente en el año 1978, nació Louise Brown, el primer bebé probeta en el Hospital de Manchester, por inseminación in vitro (Suarez Parada, 2015).

Estos adelantos científicos son la base para la continua experimentación en el campo de la fertilización en lo que hoy conocemos como Técnicas de Reproducción Humana Asistida – TRHA, así pasamos a la inducción de la ovulación, la microcirugía tubárica, la inseminación artificial, la fecundación in vitro y transferencia de embriones, la congelación de óvulos o embriones, entre otras.

De los primeros casos de “vientres en alquiler” que han salido a la luz pública, se registra en el año 1976 en los Estados Unidos, donde el abogado Noel Keane, concreto mediante un acuerdo escrito en un contrato formal, la maternidad entre una madre sustituta y una pareja, a través de inseminación artificial, ante el éxito, creó el *Surrogate Family Service Inc.* (Perez & Cantoral, 2014). Se reseña que el señor Keane ayudó con el nacimiento de más de 600 niños a través de este método.

En 1985, en los Estados Unidos fue muy controvertido el caso *Babt M.* en el cual la señora Mary Beth Whitehead en el Estado de New Jersey, firmó contrato a través de un centro de fertilidad, para llevar a cabo la gestación de un bebé con el semen del varón de la pareja. Una vez nació la niña, la señora Whitehead y su

esposo se negaron a entregarla al matrimonio contratante, dando origen a un sonado litigio que después de muchas apelaciones otorgaron la custodia al padre biológico y a la señora Whitehead le permitieron visitarla (Perez & Cantoral, 2014).

En el año 1987 en Londres, Kim Cotton, acordó ser madre sustituta a través de la inseminación artificial con el semen del hombre del matrimonio contratante, por lo cual recibiría el pago de 14.000 libras, un funcionario del servicio social del Gobierno se enteró y denunció el caso, por lo cual la menor fue puesta en custodia mientras se tomaba una decisión, al cabo del juicio se dispuso que el matrimonio debía adelantar los trámites establecidos para la adopción de la menor (Candal, 2010).

En los últimos 30 años, los avances en el campo de las técnicas de reproducción asistida han llevado un ritmo acelerado, es así, como la maternidad subrogada parece ser una película³, pero la realidad supera la ficción y son muchos los nacimientos a través de este método en el mundo.

3.1.1. Conceptos Básicos en materia de Reproducción Asistida

Con el propósito de facilitar la comprensión del tema, es necesario definir algunos términos médicos, y nuestro primer referente son las definiciones adoptadas en el Decreto 1546 de 1998⁴ que reglamenta el funcionamiento y control de los Centros de Reproducción y similares, además del manejo de componentes anatómicos:

³ Película titulada en inglés "Baby Mama" (titulada Mamá de alquiler en Español), estreno en el año 2008, es una película de comedia-drama, escrita y dirigida por Michael McCullers, y protagonizada por Tina Fey, Amy Poehler, Sigourney Weaver, Greg Kinnear, y Dax Shepard.

⁴ Decreto 1546 de 1998⁴, "Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares".

Donante de gametos o preembriones: Es la persona que por voluntad propia dona sus gametos o preembriones para que sean utilizados con fines terapéuticos o investigativos.

Donante homólogo: Es la persona que aporta su gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción.”

Donante heterólogo: Es la persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizados en personas diferentes a su pareja con fines de reproducción.”

Receptora de gametos o preembriones: Es la mujer que recibe los gametos de un donante masculino o femenino, el ovulo no fecundado, o un preembrion, con fines reproductivos.

Unidades de biomedicina reproductiva: Son todas aquellas que presten servicios de estudio, asistencia, tratamiento e investigación en salud reproductiva con especial énfasis en la infertilidad de la pareja, incluyendo actos quirúrgicos, de diagnóstico y tratamiento, con técnicas de reproducción asistida que contemplan la obtención de preembriones, que vayan en beneficio de la recuperación de la fertilidad tanto de la mujer como el varón, la obtención del material biológico con el mismo fin y la posibilidad de logro de un embarazo. (Candal, 2010)

Así mismo es necesario mencionar algunas definiciones adoptadas por la Organización Mundial de la Salud y que serán empleadas a lo largo del presente artículo:

Técnicas de Reproducción Asistida (TRA): todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y

el útero subrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante (Organización Mundial de la Salud-OMS, 2010).

Embrión: producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario (8 semanas después de la fecundación). (Esta definición no incluye partenotes –generados a través de partenogénesis- ni productos de la transferencia de núcleos de células somáticas.)

Feto: producto de la fecundación desde el fin del desarrollo embrionario, a las 8 semanas después de la fecundación, hasta el aborto o el nacimiento.

Fecundación in vitro (FIV): Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que involucra fecundación extracorpórea.

Fecundación: penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos, lo que resulta en la formación de un cigoto.

Inseminación artificial: conjunto de técnicas que tienen como propósito la fecundación por medios distintos a las relaciones sexuales (Suarez Parada, 2015)

3.1.2. Maternidad Subrogada

La Corte Constitucional en la Sentencia T-968 de 2009, define la maternidad subrogada 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.

Este acto reproductor, como lo ha señalado la Corte, puede involucrar varias técnicas de reproducción asistida a la vez, como inseminación artificial, la

fecundación in vitro, la implantación de embrión en el útero, e incluso la manipulación embrionaria para corregir errores congénitos o para simplemente seleccionar el sexo dependiendo la modalidad que se emplee (Domínguez Guillén, 2012), como se explican el siguiente aparte.

Tipos de maternidad subrogada

En la revisión de la literatura existente sobre el tema, encontramos distintos términos para referirse a esta práctica, algunos de ellos son: madres sustitutas, madres de alquiler, gestación contratada, gestación por cuenta ajena, alquiler de útero, alquiler de vientre, madre por encargo, madre suplente, madre portadora, maternidad de sustitución, entre otros.

En (Candal, 2010) enuncia los tres tipos de maternidad subrogada, los cuales son claramente definidos y explicados en un reciente informe de la UNESCO Uruguay. Estos son:

Madre portadora: La mujer es la que genera los óvulos, pero por una deficiencia uterina o física le es imposible gestar, por lo cual busca ayuda en otra mujer. Habría un préstamo de útero, ambos progenitores aportan espermatozoides y óvulos, y la madre gestante sólo el útero.

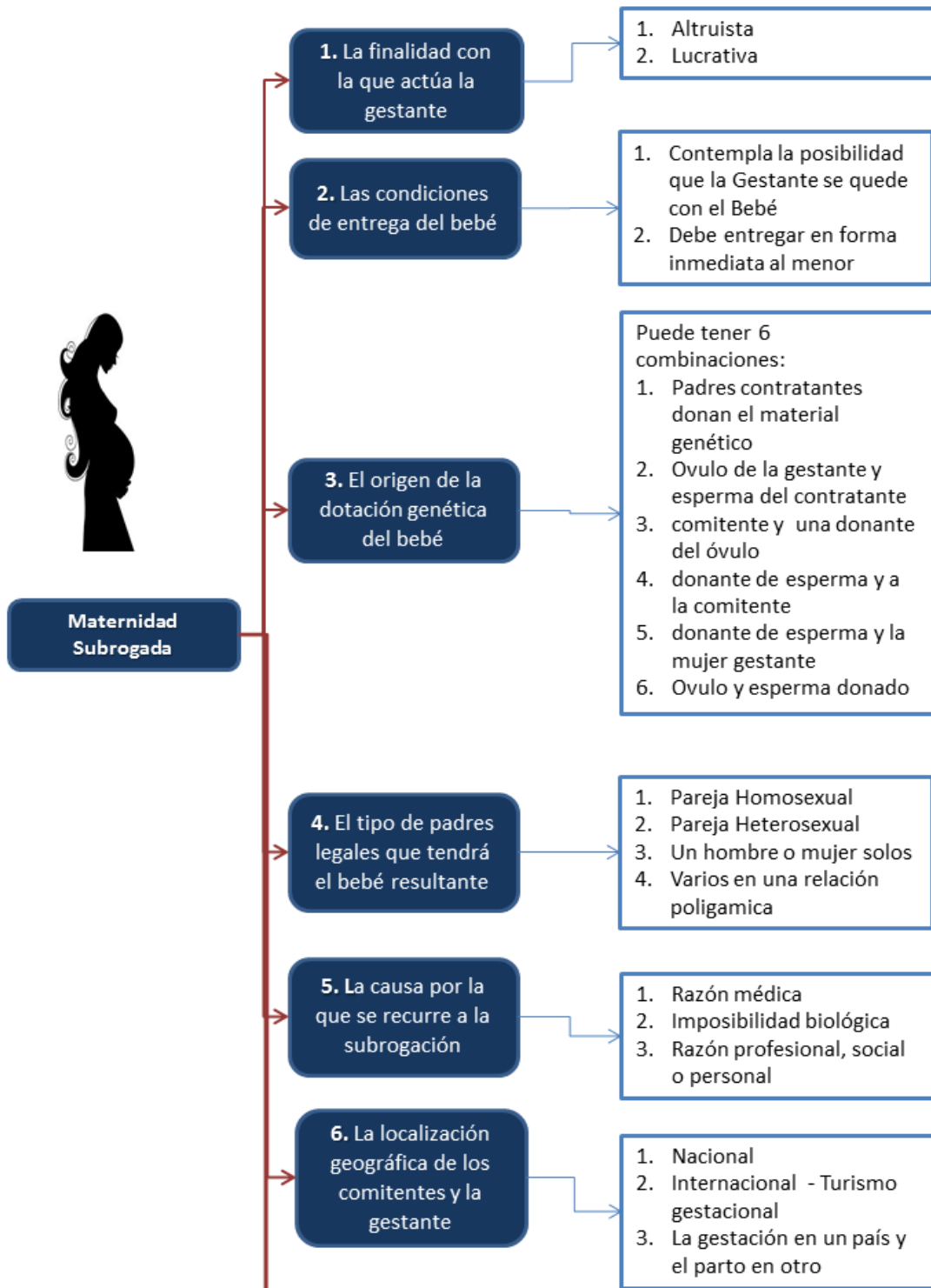
Madre sustituta: La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, por lo que debe buscar una mujer que cumpla con ambas funciones. En este caso, esta otra mujer madre ha de aportar óvulos y útero, y el marido los espermatozoides.

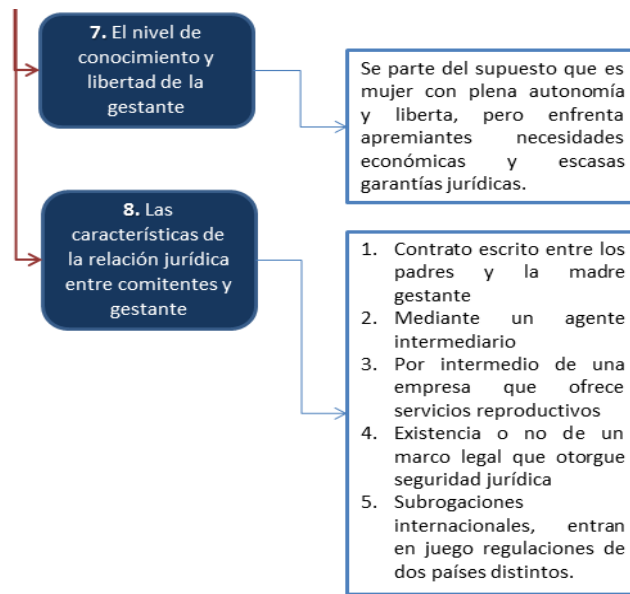
Embriodonación: hay infertilidad en la pareja: la mujer no genera óvulos ni puede gestar, y el hombre es infértil. Se recurre a un donante de esperma y a una mujer que permita ser fecundada (artificialmente) y termine el proceso de gestación.

En la Guía de estudio 2016 de la Organización Mundial de la Salud, denominan a esta práctica como “Maternidad Fragmentada” toda vez que en el proceso pueden intervenir hasta cuatro personas en el proceso de gestación: los óvulos de una mujer, el útero de otra y los espermias de un tercero y una cuarta que se encarga de la crianza del menor.

El Profesor Vicente Bellever Capella en su artículo *¿Nuevas Tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional* de 2015, explora las distintas clasificaciones que se pueden presentar en esta práctica, definiendo ocho categorías que resumo en la siguiente gráfica:

Ilustración 1 Modalidades de la Maternidad Subrogada



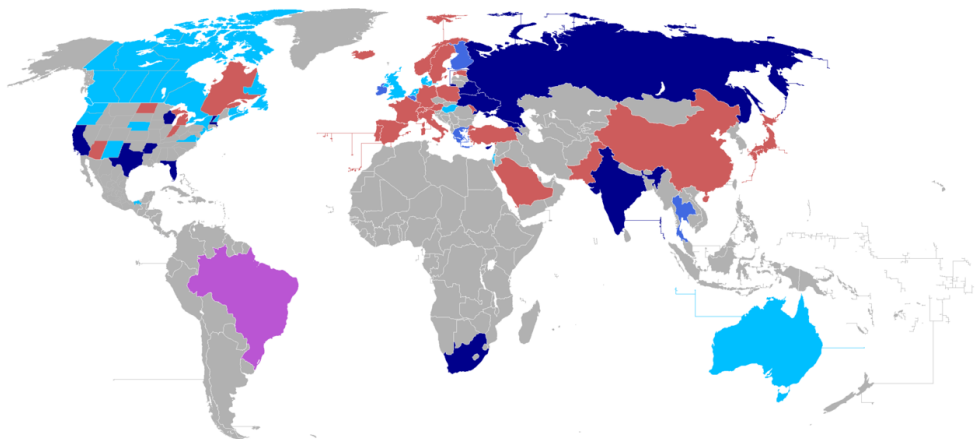


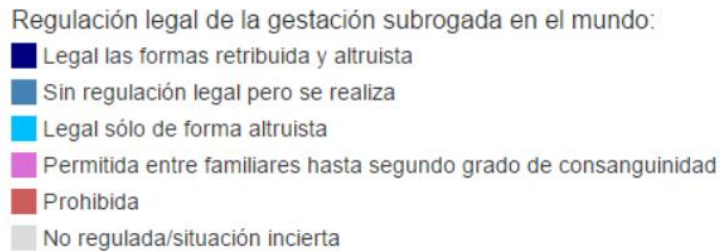
Fuente: Elaboración propia, a partir de Capellaa (2015)

3.2. Posiciones entorno a la Maternidad Subrogada

Las Organización Mundial de la Salud-OMS en su Guía de Estudio presenta una representación gráfica de las diferentes regulaciones adoptadas en el mundo, donde las posiciones son muy variadas, algunos países han optado por prohibirla, otros por regularla y la permiten incluso con fines comerciales y otros como el nuestro no han legislado al respecto.

Ilustración 2 Regulación legal en el Mundo





Fuente: Guía de Estudio de la Organización Mundial de la Salud 2016, TEMA A: Maternidad subrogada (pág. 7)

3.2.1. Bioética

La Bioética surge a medidas de los años 70, como un ejercicio de reflexión del hombre ante los sorprendentes avances de la ciencia, especialmente la medicina, (Gerson, 2014) es una nueva disciplina que encierra una ambigüedad fundamental: ella es, al mismo tiempo, antigua y moderna, pues decir «Ética» es evocar la genealogía del pensamiento occidental y por otro lado es post-moderna, pues su objeto de saber son las nuevas tecnologías que a través de investigaciones y experiencias prometen traer grandes beneficios al género humano.

(Gerson, 2014, pág. 18) Para intentar entender este enigma, Habermas nos recuerda que todos los avances en las técnicas e investigaciones constituyen una nueva especie de desafío, pues ellos modifican aquello que «somos por naturaleza» y, citando a Kant, Habermas afirma: «Lo que Kant todavía consideraba el “reino de la necesidad” se ha transformado desde la óptica de la teoría de la evolución en un “reino de la casualidad”. Y ahora la técnica genética desplaza las fronteras entre esta base natural indisponible y el “reino de la libertad”» (2002, p. 44)¹

Es así como los avances en la investigación científica nos presentan nuevos escenarios y abren un abanico de posibilidades para superar las barreras biológicas que puedan afectar el proceso de reproducción, es así como se agrega

un nuevo descubrimiento que permitió el nacimiento de un bebé con material genético de tres padres, ya que en el laboratorio reemplazaron en el ovulo de la madre la parte que generaba problemas y la sustituyeron por partes de un ovulo sano, que fecundaron y posteriormente implantaron (Mesa, 2016).

Todas estas prácticas nos trasladan a la deliberación moral donde se deben apreciar los diferentes puntos de vista, los aspectos técnicos meramente del científico, médico o genetista, por ejemplo, la necesidad del paciente o interesado y su familia y en última instancia del legislador y/o el juez.

(Gerson, 2014, pág. 24) Plantea que una intervención genética debe tener por principio el asentimiento potencial de la persona que está por nacer. Pero nos ubica en un escenario de difícil cumplimiento, puesto que no está en la capacidad de auto-determinarse, y que padre con la posibilidad de corregir un defecto grave que puede afectar la supervivencia de su hijo o su normal desarrollo, se negaría a la intervención del experto científico.

Por su parte, (Bellver Capellaa, 2015, pág. 22) resume las posiciones frecuentes ante los avances biotecnológicos la “tecno-entusiasta”, que destaca las nuevas posibilidades de satisfacer la maternidad/paternidad que ofrece esta biotecnología y aboga por la liberalización y la autorregulación; la “prudente”, que alerta acerca de los problemas y riesgos que entraña pero confía en la posibilidad de establecer una adecuada regulación para garantizar su buen uso, y la “tecno-desconfiada”, que entiende que estas intervenciones suponen atentados directos contra bienes fundamentales de las personas o de la sociedad y que, en consecuencia, deberían ser prohibidas con carácter general.

Para el caso específico de la maternidad subrogada se presentan diferentes etapas donde se puede presentar la intervención de la biotecnología, enunciadas por (Amador Jiménez, 2010, pág. 205):

1. la producción y acopio de los gametos –insumos–;
2. la producción del embrión in vitro; y,
3. la implantación, gestación y parto.

Todas ellas impactadas por la religión, la ética, los intereses económicos, la cultura, la curiosidad científica, las leyes, las políticas de Estado.

3.2.2. Países que han prohibido la maternidad por subrogación

3.2.2.1. Suiza

En Suiza la gestación por sustitución está prohibida por el artículo 119.2 letra d) de la Constitución Federal: *“La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas”*. (Santander, 2012) En el mismo sentido el artículo 4 de la ley federal sobre procreación medicamente asistida de 1998 (reformada en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito).

La prohibición de la gestación por sustitución busca prevenir o eliminar su práctica, lo que no garantiza que realmente no ocurra o que muchas parejas decidan viajar a otro país donde se encuentre permitida.

3.2.2.2. Francia

En Francia inicialmente se presentaron diferentes casos de madres de alquiler, no obstante la Corte de Casación declaró ilícita esta práctica en 1989, en el año 1991 declaró que su realización era una desviación ilegal de la institución de la adopción, en el mismo sentido el Comité Consultatif National d'Ethique de Francia, adoptó una posición negativa por considerar que puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas.

(Flores Rodríguez, 2014) La prohibición definitiva tuvo lugar en 1994, al considerar dichos pactos como contrarios a la dignidad de la persona. No hay que olvidar que, en el derecho francés, a la prohibición civil se acompaña una tipificación penal, que castiga como atentado a la filiación tanto la incitación al

abandono del niño y el hecho de intermediar entre los interesados (art. 227-12 cp) como la simulación o engaño que cause infracción a la filiación de aquel (art. 227-13 cp). Y ello sin perjuicio de la imposibilidad civil de establecer la filiación en relación con los padres de intención.

Esta normativa declara nulo el contrato o pacto que realicen con el fin de concebir un bebé por este medio, artículo 16-7 del Código Civil, además de la sanción penal, por lo cual algunos han intentado su práctica en otros países y después intentan la inscripción en su país, donde la Corte ha rechazado este registro por considerarlo contrario al orden público internacional francés, dificultando obtener la nacionalidad, cuando el varón de la pareja ha donado su esperma logra demostrar la filiación e invocando el interés superior del menor, registrarse como padre, otorgarle la nacionalidad e ingresarlo al territorio francés.

(Flores Rodríguez, 2014) Enuncia un caso ocurrido el 13 de septiembre de 2013, en que la Corte de casación, emite sentencia "El acta de nacimiento del niño proveniente de las autoridades indias no puede transcribirse en los libros del Registro civil francés. En presencia de fraude resulta inútil invocar el interés superior del niño que garantiza el artículo 3-1 CIDN, ni el respeto de la vida privada y familiar conforme al artículo 8 de la Convención de los Derechos Humanos y de sus libertades fundamentales, de modo que el motivo de reclamación no resulta fundado conforme a Derecho".

No obstante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia del 26 de junio de 2014, asuntos *Menesson y Labassee C.Francia*, han rectificado en sentido contrario la doctrina sentada hasta la fecha por la Corte de casación francesa, obligando a inscribir la filiación en favor de los padres de intención de un menor nacido en el extranjero proveniente de un contrato de gestación por sustitución, pese a la prohibición de orden público que sobre tal contrato subsiste en ese país. Así, con apoyo en el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, ha considerado aplicable el concepto de "vida familiar"

pues la pareja se ocupaba de los hijos "como padres tras el nacimiento, viviendo los cuatro juntos, de modo que en nada cabría distinguirla de la vida familiar en su acepción habitual". El derecho a la identidad personal "forma parte integral de la noción de vida privada, existiendo una relación directa entre la vida privada de los niños provenientes de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación". Ello obligará a Francia a revisar su legislación.

3.2.2.3. Alemania

El autor (Gamboa Montejano, 2010, pág. 21) hace un análisis de la prohibición de esta práctica en Alemania y la evolución de la normativa en materia de protección al embrión 745/90 del 13/12/90, en las cuales se prohíbe en forma expresa bajo el título de "Utilización abusiva de las técnicas de reproducción", lo que consideran excesos en esta materia que consagra penas privativas de hasta 3 años y multas.

Esta normativa persigue principalmente a los profesionales de la salud que incurran en conductas como (i) transferir el óvulo de una mujer a otra, (ii) fecundar artificialmente el óvulo de una mujer con fines distintos a que esta lleve un embarazo, (iii) transferir a una mujer más de tres embriones en el mismo ciclo, (iv) fecundar artificialmente un óvulo y transferirlo a otra mujer que esté dispuesta a entregar a un tercero el menor después de su nacimiento, (v) Fecundar más óvulos de los que puede transferir en un mismo ciclo, (vi) Retirar a un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección.

El gobierno Alemán se encuentra en contra de esta práctica por considerarla un comercio ilegal de humanos, y ante el incremento de casos estudia la posibilidad de expedir una nueva ley que contemple penas privativas de la libertad a las mujeres que se presten para la gestación sustitutiva.

3.2.2.4. España

España considera nulos de pleno derecho los contratos en materia de gestación subrogada, pero permite que los padres biológicos adelanten los procesos legales para su reconocimiento:

La Ley 14 del 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida dice en su: CAPITULO II. Artículo 10. Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. (Calvo Caravaca & Carrascosa Gonzalez, 2015)

No obstante ante un caso controversial en que se pretendía el registro de un menor producto de una gestación por sustitución internacional, fue expedida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la Instrucción del 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (Organización Mundial de la Salud-OMS, 2016), lo que permitió el registro a favor de los padres de intención.

Este hecho fue considerado extralimitación ya que se encuentra en contradicción con la ley sobre técnicas de reproducción asistida y en este sentido fue declarada por un Juez de Primera Instancia en Valencia, España, ese mismo año, y ratificada por el Tribunal Supremo en el año 2014, quien consideró que esta práctica en el extranjero es fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español, la falta de normativa al respecto y la expresa prohibición a los profesionales de la salud, deja un alto riesgo a los padres que intenten esta práctica.

3.2.2.5. Australia

Australia tiene restringida la práctica de técnicas de reproducción asistida, a partir de un Informe “Waller” en 1984, que fue la base para la Ley de infertilidad y procedimientos médicos de ese mismo año, reformada en 1987, en ella menciona (Gamboa Montejano, 2010, pág. 23):

Se prohíbe la creación de embriones in vitro para uso distinto a la experimentación terapéutica; se exige previa autorización administrativa para la realización de programas de investigación con dicho material, y se proscribire la práctica de la clonación y creación de híbridos.

No obstante, el Estado de Victoria en Australia, permite la implantación de un óvulo fertilizado en la misma mujer o en otra siempre que no este de por medio una remuneración económica.

Por su parte el Estado de Nuevo Gales del Sur, contempla sanción penal a los padres de intención que realicen un contrato de gestación por sustitución en cualquier otro país donde esta técnica está permitida.

3.2.2.6. Holanda

Holanda en el mismo sentido que España, tiene expresamente prohibida la maternidad de subrogación y tiene contemplado dentro de su ordenamiento normativo que este tipo de contratos se consideran nulos, ya que parten del principio que tiene una causa ilícita por la contraprestación económica que recibe la mujer que presta su vientre. Esta práctica es considerada contraria a la legislación nacional y la moral.

3.2.3. Países que han regulado la maternidad subrogada

3.2.3.1. Estados Unidos:

En los Estados Unidos no existe una norma nacional al respecto, los estados como California, Illinois, Maryland, Pensilvania, South Carolina, Oregon, Minnesota, Missouri cuentan con reglamentación sobre la materia, la ley establece pautas para su realización y el contrato de subrogación tiene plena validez, como claramente lo explica (Organización Mundial de la Salud-OMS, 2016, pág. 7):

El Estado de California, en EEUU, fue pionero en la regulación de este proceso que a día de hoy cuenta con todas las garantías legales y pleno respaldo del sistema judicial de los EEUU. Illinois es el único estado que tiene leyes específicas que regulan y permiten la maternidad subrogada. En Florida, Nuevo Hampshire, Nevada, Texas, Utah, Virginia y Washington, esta técnica se permite en tanto se cumplan requisitos específicos. En otros estados, como Arkansas, Connecticut, Iowa, Dakota del Norte, Nuevo México, Tennessee y Virginia Occidental, se practica pero las leyes no son muy detalladas y existen diferencias entre los tipos de maternidad subrogada.

Por el contrario en los estado de Luisiana, Indiana, Kansas y Nebraska este tipo de convenios son declarados nulos y no gozan de validez; para los estados de Arizona, Michigan y Nueva York la participación en este tipo de procedimientos constituye un delito penal y adicional consagra elevadas multas a los padres de intención y todos los que faciliten el proceso.

(Rodríguez Yong & Karol, 2012, pág. 62) Adelantaron en detalle el estudio de casos de maternidad subrogada en los Estados Unidos, lo que les permitió identificar los siguientes rasgos distintivos:

- a) Existe una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia,
- b) no hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato,
- c) se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para aceptar o rechazar su validez, y

d) la regulación del contrato está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan del fenómeno de maternidad subrogada.

Los requisitos a las personas que acuden a esta práctica en los Estados Unidos, no son uniformes pero existen estados que lo permiten a parejas del mismo sexo o a personas solas.

3.2.3.2. Grecia

Con la Ley 3089 de 2002 se reglamentó la reproducción humana asistida en Grecia, incluyendo la maternidad subrogada y estableciendo reglas específicas para su práctica, la cual inicialmente estableció como requisito parejas heterosexuales o mujeres solteras que residieran en Grecia, con una reciente reforma en el año 2014 eliminó el requisito de residencia, permitiendo su práctica a extranjeros.

Los futuros padres deben certificar problemas de salud que les impiden procrear naturalmente, ser menores de 50 años. Los incumplimientos a la ley de gestación subrogada contemplan sanción de una pena mínima de dos años y multa.

3.2.3.3. Reino Unido

En el Reino Unido es una práctica permitida desde el año 1985, pero tiene un marco regulatorio muy estricto, se encuentra prohibido publicar aviso publicitario ofreciendo o buscando una madre de alquiler, está prohibida su realización con fines de lucro, únicamente se permite con fines altruistas, tras el nacimiento los padres de intención deben adelantar un proceso para la transferencia de paternidad.

Los futuros padres deben ser una pareja formalmente establecida, excluye a personas solas e incluye parejas de un mismo sexo, y al menos uno de los padres,

debe estar residenciado en el Reino Unido, el embarazo debe ser resultado de las técnicas de reproducción asistida y debe existir una relación genética de alguno de los padres de intención.

3.2.3.4. Brasil

Brasil ha regulado la práctica de la maternidad subrogada, restringiendo a los casos que persiguen un fin altruista, está prohibido su ejercicio con fines comerciales, para su realización el Consejo Federal de Medicina, exige un consentimiento de todas las partes intervinientes, y la mujer que facilita la gestación debe ser familiar de la madre de intención.

De acuerdo a (Gamboa Montejano, 2010, pág. 25), la Resolución 1.358 de 1992 del Consejo Federal de Medicina estableció:

Sección VII Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero) donde, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica.

La madre de intención debe presentar un certificado médico donde se evidencie su incapacidad para llevar el embarazo a término, según (Gamboa Montejano, 2010), la madre de intención puede ser soltera y emplear para la fecundación semen de un donante.

El Código Civil de Brasil, no contempla el nacimiento por este método, lo que obliga a la madre de intención adelantar un proceso judicial y obtener una sentencia que la declare como tal, para que el menor sea registrado como suyo.

3.2.3.5. Canadá

Canadá permite la gestación por subrogación con fines altruistas a cualquier modelo de familia, se una pareja heterosexual o homosexual, un hombre o una mujer solas, excepto en la provincia de Quebec, donde se establece nulo este tipo de contratos.

No obstante esta práctica está sometida a estrictas regulaciones, ejemplo la madre gestante debe recibir compensación por los gastos en que incurra debido al embarazo, pero estos no pueden superar los 22.000 dólares canadienses, se encuentra prohibido ofrecer públicamente compensación económica, o servir como intermediario en un acuerdo de maternidad de subrogación.

La edad mínima para la gestante es de 21 años, pero se prohíbe aconsejar o fomentar esta práctica a una mujer, cualquier infracción en materia de maternidad subrogada contempla penas de hasta 10 años de prisión y elevadas multas.

No obstante afirma (Gamboa Montejano, 2010) que la prohibición de publicidad o intermediación y la falta de compensación económica, hace que esta no sea una práctica muy frecuente.

3.2.4. Permitida con fines comerciales

3.2.4.1. Ucrania

Ucrania, en su legislación ya adopto la regulación de la práctica de la maternidad subrogada, tiene debidamente normado las técnicas de reproducción asistida, así como el contrato que suscriben los padres de intención, los cuales deben reunir unos requisitos como ser una pareja heterosexual, la madre debe demostrar la causa médica que le impide concebir naturalmente y mínimo uno de los padres o los dos deben aportar el material genético para el futuro bebé.

Una vez nace el menor la madre portadora firma un documento con el cual renuncia a la maternidad y todos los derechos sobre el bebé, con el cual los

padres de intención registran el menor como suyo. En caso de controversia, o que la gestante no quisiera entregar el menor, tienen como prueba el contrato celebrado el cual tiene plena validez.

3.2.4.2. Federación Rusa

En Rusia la maternidad subrogada se rige por el Código de Familia de ese país (artículos 51 y 52) y la Ley de actos del Estado Civil (artículo 16), La Ley N°. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” (artículo 35), que permite la práctica de la maternidad subrogada a parejas heterosexuales que no necesariamente tienen que estar casadas y mujeres solteras.

Las madres por sustitución deben estar entre los 20 y 35 años, acreditar exámenes médicos que demuestren su buen estado de salud física y psicológica, y tener mínimo un hijo propio sano. En el evento de estar casada el esposo debe otorgar el consentimiento.

Para el registro a favor de la pareja de intención deben contar con la renuncia de la madre gestante, por escrito. Esto ha hecho la Federación Rusa en un país atractivo para el “turismo reproductivo” (Gamboa Montejano, 2010).

3.2.4.3. India

Sobre India existen abundantes reseñas sobre la industrialización de la maternidad subrogada, teniendo como principal ingredientes un elevado número de mujeres que por su situación económica acceden a llevar a cabo el proceso de gestación.

La normativa india permite la práctica con fines comerciales desde el año 2002, no obstante en el año 2013 prohibió su práctica en beneficio de parejas homosexuales, solteros extranjeros y parejas de países que la tienen expresamente prohibida (Amador Jiménez, 2010).

Sin embargo, la proliferación de clínicas privadas, estimada por (Amador Jiménez, 2010) se encuentra alrededor de 200.000 centros médicos que ofrecen este tipo de servicios, que genera más de 2.3 billones de dólares anuales.

Ese desenfreno ha generado que se generen nuevos controles por parte de las autoridades de la India, hoy si un extranjero desea viajar para esta práctica debe tramitar una visa médica, adicionalmente allegar una declaración jurada en la cual manifiesta que se va hacer cargo del bebé procreado mediante sustitución, el contrato entre los futuros padres y la gestante, una carta de la clínica confirmando el pago de los gastos médicos y de la gestante, conforme al contrato.

En algunas notas reseñan que han surgido algunos proyectos de ley con la intención de prohibir la maternidad por sustitución a padres extranjeros, con el propósito de frenar el “turismo reproductivo”.

3.2.4.4. México

México al igual que en los Estados Unidos no cuentan con una ley nacional sino que por el contrario el tema ha sido regulado en los diferentes Estados en forma distinta, es así como en el estado de Tabasco y Sinaloa se encuentra permitida la maternidad por subrogación, mientras en los estados de Coahuila y Querétaro se encuentra prohibida, los otros estados no se han pronunciado en ningún sentido (Urquiza F. , Carretero, Marcela, Canciarte, & Pasquialini, 2014).

En el estado de Tabasco, se encuentra regulada la maternidad por sustitución para parejas heterosexuales legalmente constituidas, que demuestran ante la secretaria de salud, que tienen problemas de salud para procrear naturalmente, y únicamente con fines altruistas; en los casos en que la gestante aporte material genético, está deberá renunciar a la maternidad y la pareja interesada adelantar el proceso de adopción. En los eventos en que únicamente lleva a cabo el embarazo, se reconocerán como padres la pareja de intención.

El Estado de Tabasco recientemente modificó su código civil para restringir esta práctica únicamente a connacionales.

De otra parte, en el estado de Sinaloa, guarda requisitos similares, los padres de intención deben ser ciudadanos mexicanos, y demostrar la incapacidad médica para concebir, define unos requisitos para ser gestante como ser mujer entre 25 y 35 años, haber tenido mínimo un hijo sano, presentar certificado médico de buena salud física y mental y emitir su consentimiento por escrito. También contempla restricciones como no haber estado en embarazo durante el año anterior a la fecha prevista para la fecundación y solo pueden participar en dos ocasiones en este tipo de prácticas de reproducción asistida. El estado de Sinaloa si contempla el pago o compensación y la que se realiza con fines altruistas.

3.2.5. Países que no han regulado la Maternidad Subrogada

Si bien, existe una larga lista de países que no han regulado a favor o en contra la maternidad subrogada, en la mayoría de países se han presentado diferentes casos que han obligado a los jueces a emitir fallos fundados en sus propios principios y normativa existe. En la mayoría de los países estudiados existen antecedentes de proyectos de ley que buscaban definir un criterio normativo frente a esta práctica.

En Italia, existió un proyecto de ley que buscaba regular los métodos de reproducción asistida y entre ellos se encontraba la llamada maternidad subrogada, normativa que no fue aprobada. No obstante algunas páginas web reseñan un caso el cual fue llevado a las autoridades, las cuales declararon nulo el contrato y negaron la entrega del menor a los padres de intención.

Costa Rica introdujo mediante decreto en el año 1995, modificaciones al Código de Familia de 1972, en las cuales incluyen algunos aspectos en materia de reproducción asistida, (Gamboa Montejano, 2010) destaca algunos condicionamientos que se han establecido para la aplicación de TRA como la obligatoriedad de estar constituida por una pareja heterosexual unida en matrimonio, restringen esta práctica a profesionales de la salud debidamente certificados, se deja como último recurso acudir a donantes de gametos y a estos

le definen unos requisitos como ser mayores de edad, solteros, emitir consentimiento previo, por una sola vez, entre otras.

En Argentina al igual que en Colombia no está regulado el tema y de acuerdo con el Código Civil Argentino la mujer que da a luz, es considerada la madre, se han presentado cuatro proyectos de ley en ese país, que evidencian la inquietud de la sociedad y la necesidad de regulación, tres de ellos la admiten y procuran su regulación aunque con distintos requisitos (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)); y un cuarto la prohíbe y declara su nulidad, núm. de Expediente: 0138-D-2007 (Trámite Parlamentario: 002 (02/03/2007)).

No obstante, igual que en muchos países del mundo, se viene practicando la maternidad subrogada, (Urquiza, Carretero, Florencia, & Pasquali, 2014) reseña un caso que fue llevado ante las autoridades judiciales, en el cual una mujer con problemas médicos que le imposibilitaban llevar a término un embarazo, pero con óvulos viables, logra la inseminación invitro de tres embriones los cuales son implantados en una amiga de la pareja y logra el embarazo y nacimiento de una bebé, e inician el proceso jurídico para lograr el registro de los verdaderos padres y el reconocimiento de sus derechos.

Fundamentaron la acción judicial en un precepto de la Constitución Argentina que enuncia: *“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”* (Urquiza, Carretero, Florencia, & Pasquali, 2014). En lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 3°, artículo 7° inciso primero, artículo 8°, incisos 1 y 2, referidos a los derechos del niño a su identidad y la obligación de los Estados Partes a prestar la asistencia y protección apropiadas para restablecer rápidamente su identidad. También en el Pacto de San José de Costa Rica, artículo 17°, inciso 1° y 5°, y artículo 19 donde se señala que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”*, que *“la ley debe*

reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”, y que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, respectivamente.

Después de diversas consideraciones mediante fallo se permitió el registro de la menor a favor de los padres de intención, que en este caso donaron también su material genético, se tuvo en cuenta que la mujer gestante no recibió compensación económica y que esta no estaba reclamando su reconocimiento en el proceso, y ante el vacío normativo fallo en favor de los intereses de la menor.

3.3. El Caso Colombiano

Colombia presenta una realidad similar a la descrita en Argentina, Costa Rica y otros países de Suramérica, que no han regulado la práctica de la maternidad subrogada y la realidad ha obligado a las autoridades judiciales a tomar decisiones frente controversias que se han suscitado en este tema.

Es preciso señalar que de acuerdo al Código Civil existe una presunción a favor de la mujer que da a luz, como madre y del esposo o compañero permanente como padre; no obstante se contempla la oportunidad para impugnar la maternidad o paternidad dentro de los 140 días siguientes a que se tenga conocimiento que no es padre o madre biológica⁵. Luego el legislador en su momento previó los avances de la ciencia y contempló esta posibilidad.

No obstante el contrato que pueda existir entre los padres de intención y la madre sustituta es atípico, en la medida que no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual no quiere decir expresamente que sea inválido o que no exista, teniendo en cuenta que en materia contractual existe libertad para convenir entre las partes, pero está abierto a múltiples cuestionamientos en razón a la causa y objeto lícito.

⁵ Código Civil, artículo 216, Titularidad y oportunidad para impugnar

Pues sí para algunos tratadistas puede ser válido desde el punto de vista que se busca el ejercicio de los derechos reproductivos de las personas y un derecho fundamental a la familia, protegida por la Constitución Política artículo 42, para otro sector es reprochable pues se entrega un bebé a cambio de una recompensa económica, lo que configura la explotación de mujeres de escasos recursos y trata de menores.

En materia de jurisprudencia sólo existe un precedente en materia de maternidad subrogada Sentencia T-968 del 18 de diciembre de 2009, donde una madre interpuso la acción constitucional ante el Juzgado de Familia que autorizo al padre a sacar sus hijos menores del país, hijos que nacieron producto de un tratamiento de reproducción asistida, y cuya madre fue contactada por el padre y su esposa para el alquiler de su vientre y que al no lograr la gestación con los gametos de la pareja la madre sustituta entrego su material genético para llevar a cabo el procedimiento.

En la citada sentencia la Corte realiza especial relevancia en los siguientes aspectos:

a) Principio del interés superior del menor, y las reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales para ser aplicadas:

- (i) Garantía del desarrollo integral del menor
- (ii) La garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; y
- (iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos.
- (iv) El equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor.
- (v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor.
- (vi) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

b) 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”.

c) La maternidad subrogada es una práctica que si bien no está prohibida en Colombia requiere una “regulación exhaustiva y el cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones” como las siguientes:

- (i) Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir;
- (ii) Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre);
- (iii) Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas;
- (iv) Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.;
- (v) Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas;
- (vi) Que se preserve la identidad de las partes;
- (vii) Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor;
- (viii) Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia;
- (ix) Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y
- (x) Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.

En este caso específico al ser la mujer la donante de material genético la Corte Constitucional reconoce los derechos como madre y ordena medidas de protección orientadas al restablecimiento de los derechos de los menores y su madre.

De igual forma la Corte recuerda que los hijos procreados con asistencia científica tienen los mismos derechos y deberes, y es en materia de reproducción asistida que existe mayor jurisprudencia, pues muchas parejas han acudido a la acción de tutela como un mecanismo para proteger la aspiración de proyectarse genéticamente y tener un hijo con el cual tengan vínculo consanguíneo; pretendiendo que sea el sistema de salud que asuma los costos de estos tratamientos, se puede evidenciar en las sentencias T-009 del 17 de enero de 2014 y en materia de fertilización in vitro sentencias T-1104 del 2000, T-946 del 2002, T-752 del 2007 y T-760 del 2008, no obstante por los elevados costos que estos tratamientos implican, la Corte deja en cabeza del legislador incluir estos tratamientos en el plan obligatorio de salud (POS), y expone parámetros excepcionales que hace procedente la tutela:

- (i) Tratamiento de fertilidad iniciado y posteriormente suspendido por la EPS sin mediar concepto médico o científico que justifique tal proceder.
- (ii) Práctica de exámenes para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad.
- (iii) Infertilidad producto o consecuencia de otra enfermedad que ponga en riesgo la vida, integridad y salud. (Sentencia T-009, ene. 17/14, M. P. Nilson Pinilla)

Son varios los proyectos de ley que se han presentado en el Congreso de la República con el fin de definir una posición frente a la maternidad subrogada o “vientres de alquiler”, en el proyecto de ley 46 de 2003, se establecía como nulo el contrato de maternidad subrogada y buscaba sancionar *“cualquier contrato por el que se convenga la gestación, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*.

En el año 2008 con el proyecto 196, (Bernal Crespo, 2013) se pretendía autorizar y reglamentar los contratos de maternidad subrogada, en la cual se establecía como requisito la existencia de problemas reproductivos de la pareja interesada en el procedimiento.

En la actualidad en el Congreso se encuentra en trámite el proyecto de ley 026 de 2016 (Cámara) “*Por medio de la cual se prohíbe el alquiler de vientres con fines de lucro en Colombia y se reglamenta su práctica*”, aprobado en primer debate, busca en principio prohibir la realización de maternidad subrogada con fines de lucro y regularla cuando tenga fines altruistas con una mujer que otorgue libremente su consentimiento y tenga relación hasta cuarto grado de consanguinidad con alguno de los solicitantes, se efectuó entre connacionales y se demuestre la imposibilidad de concebir naturalmente mediante certificado médico.

La forma como se encuentra concebido el artículo aplicaría a todos los modelos de familia que actualmente conocemos, no habla que sea una pareja heterosexual o una persona sola, no establece nada en relación a la donación de material genético, ni al contrato que pueda existir, ni las contingencias que a lo largo del artículo se han planteado, como malformaciones en el feto, o problemas de salud de la madre, dispone que el Ministerio de Salud en un plazo no mayor a seis meses, reglamente esta práctica.

Por otra parte, en materia penal incorpora un nuevo artículo en el capítulo “De los delitos contra la autonomía personal”, así:

188E. De la maternidad subrogada con fines de lucro: “El que promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer a llevar a cabo un contrato de alquiler de vientres con fines de lucro incurrirá en prisión seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El tipo penal propuesto cuenta con cinco verbos rectores, en los cuales cualquiera que participe excepto la mujer que llevaría a cabo la gestación, pueden verse incursos en un proceso penal, que de acuerdo a la sanción penal contemplada puede ser objeto de beneficios o subrogados penales.

4. DISCUSIÓN

Las situaciones expuestas a lo largo del presente artículo, evidencian como se ha extendido la maternidad por sustitución a nivel mundial, ratificando la necesidad del legislador de abordar el tema y regularlo con el fin de evitar los excesos que se evidencian en los países que han industrializado esta práctica, y generar seguridad jurídica a las personas que recurren a esta práctica y entregar una herramienta normativa para dirimir las controversias que se puedan presentar.

Para lograr abordar el problema inicialmente establecimos unos conceptos básicos frente a las técnicas de reproducción humana asistida en forma general, para centrarnos en las distintas modalidades como en el mundo se practica la maternidad subrogada, para continuar analizando su incidencia desde la bioética, a continuación analizamos las diferentes posturas que a partir de las disposiciones normativas han adoptado diferentes países.

Inicialmente se abordaron aquellos países que han optado por prohibir la realización de la maternidad subrogada en todas sus formas como Suiza, Francia, Alemania, España, Australia y Holanda, luego se examinaron aquellos que han flexibilizado su posición y la admiten con regulaciones como el caso de Estados Unidos, Grecia, Reino Unido, Brasil y Canadá, y aquellos la han convertido en una práctica comercial como Ucrania, Rusia, India y México, finalmente los casos como Colombia, Italia, Costa Rica, y Argentina que no ha sentado una posición normativa al respecto, dejando a los estrados judiciales dirimir los conflictos que se han suscitado en casos específicos de “alquiler de vientres”.

Existen posiciones radicales que han optado por prohibirla como Suiza, Francia, Alemania, España, Australia y Holanda, que estipularon que son nulos de pleno derecho este tipo de contratos, sin importar que persiga fines lucrativos o altruistas, fundamentados en los derechos humanos, la no explotación de la mujer y su mercantilización por su capacidad reproductiva, no obstante muchos tratadistas enfatizan en el hecho que su prohibición explícita no implica que al

margen de la ley se realice, pero como toda operación ilegal la prohibición incrementa exponencialmente los riesgos y costos de su realización.

En los países que cuentan con una práctica condicionada la encuentran regulada para diferentes modelos de familia, en Estados Unidos algunos estados permiten esa práctica a parejas del mismo sexo, en Grecia se permite a mujeres solteras, en algunos se admite con fines de lucro que se considera a una compensación a toda la carga física y mental que asume la mujer gestante, en otros la admiten únicamente con fines altruistas como Reino Unido y Brasil y restringen cualquier tipo de publicidad frente al tema.

Aquellos países que permiten su práctica con fines comerciales, la han establecido algunas reglas, como la existencia de un vínculo genético con alguno de los padres de intención, el número de embarazos por subrogación, la edad y condiciones de salud, entre ellos se destaca Ucrania, Rusia, México e India, este último ante reclamos de la sociedad se encuentra promoviendo una ley que prohíbe su práctica a padres extranjeros.

De igual manera se revisó el caso de Costa Rica, Argentina y Colombia que no cuenta con una normativa específica frente al tema, no obstante se viene practicando con el material genético del padre, y el óvulo de la madre por sustitución, de una donante o la madre de intención y una vez se produce el parto es registrado el menor por la madre sustituta y el padre de intención, conforme a las disposiciones del Código Civil que considera madre “la que da a luz”, el padre de intención asume el cuidado del menor y posteriormente con su pareja inicial el proceso de adopción.

En consecuencia, es evidente la necesidad de establecer una normativa frente al tema, el proyecto de Ley 026 de 2016, busca abarcar lo mejor de los dos aspectos, permitirla únicamente con fines altruistas, para nacionales colombianos, evitando el “turismo reproductivo”, exigir un certificado médico que demuestre los problemas de gestación, se realice entre sujetos con plena capacidad, y se reducen las candidatas a ser madres por subrogación a aquellas que guarden

hasta el cuarto grado de consanguinidad con alguno de los padres, es decir, abuela, madre, hermana, tía, o prima.

No obstante, no se especifica que modelo de familia puede recurrir a esta práctica, parejas heterosexuales, homosexuales, o solteros, y que tipo de vínculo puede existir entre estos (matrimonio, unión libre, unión marital de hecho).

Es importante tener en cuenta los avances de los derechos reproductivos en la sociedad, y la necesidad del hombre de trascender permitiendo que le sobreviva un descendiente con relación genética.

En materia penal, el proyecto de ley busca penalizar a los intermediarios cuando se establece los verbos “promover, colaborar o constreñir” y a las parejas que requieran de estos servicios y no consigan dentro de las mujeres de su familia hasta cuarto grado de consanguinidad una voluntaria, en la expresión “financie, pague”.

No se está considerando un factor muy importante en esta práctica, que es la intervención de los especialistas en materia de reproducción humana asistida, la cual deberá ser regulada por el Ministerio de Salud.

En este largo debate existe una tensión de derechos, por un lado el derecho a la vida privada, a la autonomía reproductiva, a fundar una familia y a beneficiarse del progreso científico, de lo cual se deriva el acceso a las técnicas de reproducción asistida, declaradas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el otro la dignidad y derechos reproductivos de la mujer que es instrumentalizada para gestar y de quien llega a la vida por esta práctica.

5. REFERENCIAS

(s.f.).

1. Ley 1060 de 2006. *“Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad”*. Diario Oficial 46341 de julio 26 de 2006
2. Alarcón Rojas, F. (2009). Familia, Tecnología y Derecho. Maternidad por Sustitución. *Universidad Externado de Colombia*. Colombia.

3. Amador Jiménez, M. (2010). Biopolíticas y biotecnologías: Reflexión sobre maternidad subrogada en India. *Universidad Jawaharlal Nehru*, 193-218. Recuperado el 05 de Agosto de 2016, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2011-03242010000200008&lng=en&nrm=iso&tlng=es
4. Arrubla Paucar, J. A. (2004). *Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos Tomo II*. (Quinta ed.). Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
5. Bellver Capellaa, V. (Noviembre de 2015). ¿Nuevas tecnologías? Viejas Explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional. *SCIO. Revista de Filosofía*(11), 19-52. Recuperado el 05 de Agosto de 2016
6. Bernal Crespo, J. S. (2013). Reproducción asistida y filiación, Tres casos. *Revista Opinión Jurídica, Universidad de Medellín*, 12(24), 135-150. Recuperado el 15 de Septiembre de 2016, de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n24/>
7. Calvo Caravaca, A. L., & Carrascosa Gonzalez, J. (Octubre de 2015). Gestación por sustitución y derecho intrenacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Cuadernos de Derecho Trasnacional*, 7(2), 45-113. España. Recuperado el 12 de octubre de 2016, de <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/2780/1558>
8. Candal, L. M. (2010). La Maternidad Intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. *Revista Bioética - Unesco*, 1(1). Uruguay. Recuperado el 22 de Octubre de 2016, de <http://docplayer.es/5222251-Revista-redbioetica-unesco.html>
9. Corte Constitucional de Colombia. (18 de Diciembre de 2009). Sentencia T-968 de 2009. *MP. María Victoria Calle Correa*. Bogotá, D.C., Colombia: Sala Segunda de Revisión.
10. Decreto 1546 de . (4 de Agosto de 1998). Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante. *de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o Similares*. Bogotá, Colombia: D.O. 43357.
11. Domínguez Guillén, M. C. (23 de Noviembre de 2012). Gestación Subrogada, Universidad Central de Venezuela. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Caracas, Venezuela.
12. Flores Rodríguez, J. (8 de septiembre de 2014). Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo. *Revista Universidad Externado de Colombia*(24). Bogotá, Colombia. Recuperado el 20 de octubre de 2016, de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3885/4327>

13. Gamboa Montejano, C. (Octubre de 2010). Maternidad Subrogada Estudio Teórico Conceptual y de Derecho Comparado. *Dirección de Servicios de Investigación y Análisis*. México D.F., Estados Unidos Mexicanos. Recuperado el 15 de septiembre de 2016, de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>
14. Gerson, N. P. (13 de Marzo de 2014). Las Formas de Deliberación envueltas en la Bioética: La Deliberación Técnica y la Etico -Moral. *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores, Universidad Militar Nueva Granada*, 15-26. Bogotá, Colombia. Recuperado el 12 de Octubre de 2016
15. Guerra, M. d., & Valencia, S. (2016). Proyecto de Ley 202 de 2016, "Por medio de la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos". Bogotá, D.C. , Colombia.
16. Higuera Cardozo, M. C. (2011). Contrato Atípico de Gestación Subrogada. *Revista Iter ad Veritatem, Universidad Santo Tomas*, 9. Tunja, Colombia. Recuperado el 15 de agosto de 2016
17. Lamm, E. (Julio de 2012). Gestación por sustitución, Realidad y Derecho. *Revista para el Análisis del Derecho InDret*. Barcelona, España. Recuperado el 21 de Octubre de 2016, de http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf
18. Mesa, J. (26 de Septiembre de 2016). Nace bebé con ADN de tres padres. *El Espectador*, págs. <http://www.elespectador.com/noticias/ciencia/nace-bebe-adn-de-tres-padres-articulo-657248>.
19. Morales Gil, J. I. (2009). Proyecto de Ley 037 de 2009 "Por medio de la cual se reglamenta en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante técnicas de reproducción humana y se dictan otras disposiciones". *Camara de Representantes*. Obtenido de [ftp://ftp.camara.gov.co/debate1/P.L.037-2009C%20\(Gestacion%20Sustitutiva\).doc](ftp://ftp.camara.gov.co/debate1/P.L.037-2009C%20(Gestacion%20Sustitutiva).doc)
20. Natalia, B. R.-C. (s.f.). Régimen Jurídico de la Gestación por Sustitución o Maternidad Subrogada. *Universidad de Almería*. Recuperado el 11 de Octubre de 2016, de http://repositorio.ual.es:8080/jspui/bitstream/10835/3477/1/757_REGIMEN%20JURIDICO%20MATERNIDAD%20SUBROGADA%20O%20GESTACION%20POR%20SUSUTITUCION.pdf
21. Organización Mundial de la Salud-OMS. (2010). *WHO-Organización Mundial de la Salud – Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la OMS*. Obtenido de http://who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/

22. Organización Mundial de la Salud-OMS. (2016). *Guía de Estudio 2016. Tema A. Maternidad Subrogada*. Recuperado el Agosto de 2016, de UC3MUN, Madrid, España: <http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf>
23. Perez, G. M., & Cantoral, K. (2014). La Dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia. *Revista Boliviana de Derecho*(17), 230-250. Santa Cruz, Bolivia. Recuperado el 11 de Julio de 2016, de <http://www.redalyc.org/comocitar.aa?id=427539932012>
24. Pinzón Marín, I. Y., Rueda Barrera, E., & Mejía Patiño, O. (27 de julio de 2016). La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientres. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Universidad del Tolima y el Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Javeriana*.(43). Bogotá, Colombia. Recuperado el 21 de octubre de 2016, de http://www.javeriana.edu.co/documents/4578040/4715782/RevDerechoyGenomaH_83-122/dd919031-4548-4978-945a-d81b480f3cd9
25. Profesionales por la Ética. (2015). *Vientres en Alquiler-Maternidad Subrogada, Una nueva forma de explotación de la Mujer y de tráfico de personas*. Madrid, España. Recuperado el 20 de agosto de 2016, de <http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2015/06/V-aquiler-web.pdf>
26. Rodríguez Yong, C., & Karol, M. M. (2012). El Contrato de Maternidad Subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de Derecho, Valdivia, Universidad del Rosario*, XXV, 59-81. Recuperado el 05 de septiembre de 2016, de <http://www.redalyc.org/articulo.aa?id=173725189003>
27. Santander, C. (abril de 2012). El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? *Universidad Alberto Hurtado de Chile*. Santiago, Chile. Recuperado el 21 de octubre de 2016, de <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESIS%201.pdf?sequence=1>
28. Suarez Parada, A. L. (2015). Reproducción Humana Asistida y Filiación en el Derecho Colombiano. *Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicandi "Camino del Hallazgo y del Juicio"*. Recuperado el 20 de octubre de 2016, de <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/reproduccion-humana-asistidaok.pdf>
29. Urquiza, Carretero, Florencia, & Pasquali, P. y. (15 de Abril de 2014). Subrogación Uterina. Aspectos Médicos y Jurídicos del Primer Caso con sustento legal en la Argentina. *74. Buenos Aires, Argentina*. Recuperado el 15 de abril de 2016
30. Urquiza, F., Carretero, F., Marcela, Q., Canciarte, F., & Pasqualini, A. (2014). Subrogación Uterina. Aspectos Médicos y Jurídicos, Sustento legal en la Argentina. *Revista de Medicina*, 74(3), 233-238. Recuperado el 14 de marzo de

2016, de www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0025-76802014000300015