



Maternidad Subrogada: Aspectos desde el Derecho Contemporáneo, Ético y Social

AUTOR

Liseth Puerta Zabala

TUTOR

Martha Benítez Izquierdo

Cartagena de Indias Escuela de derecho 2024

ÍNDICE

1. Resumen
2. Introducción: justificación y objetivos.
3. Metodología y resultados.
 Capítulo I
 Capítulo II
 Capítulo III
 Conclusiones.
4. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

La maternidad subrogada presenta diferentes marcos jurídicos en todo el mundo, influidos por las características culturales y normativas de cada país. Este estudio utilizó métodos cualitativos, como la revisión de documentos, el análisis de la normativa y la jurisprudencia, y planteamientos éticos y sociales. El estudio identificó las lagunas normativas que afectan a las mujeres embarazadas, a los padres comitentes y a los niños nacidos como consecuencia de esta práctica. Las conclusiones sugieren la ausencia de un marco jurídico que garantice adecuadamente los derechos y obligaciones de todas las partes, lo que puede dar lugar a situaciones de explotación y conflicto legal en torno a la relación paterno-filial. La maternidad subrogada es un tema prácticamente incontestado en Colombia. Aunque la Corte Constitucional ha instado al Congreso a legislar sobre el tema, aún no existe una regulación específica. Aunque la maternidad subrogada no está prohibida, la falta de regulación crea inseguridad jurídica y vulnerabilidad, especialmente para las mujeres subrogadas. También se habló de principios éticos como el consentimiento informado y la dignidad, haciendo hincapié en la necesidad de un marco normativo que salvaguarde estos derechos y evite la explotación. En conclusión, es urgente regular la maternidad subrogada en Colombia para proteger los derechos de todos los implicados y promover prácticas éticas que respeten la dignidad humana.

Palabras clave: Subjetividad, educación, ciencia, embarazo, mujer, cuerpo, salud, ética, dignidad.

ABSTRACT

Surrogacy presents different legal frameworks around the world, influenced by the cultural and regulatory characteristics of each country. This study used qualitative methods, such

as document review, analysis of regulations and jurisprudence, and ethical and social approaches. The study identified regulatory gaps affecting pregnant women, commissioning parents and children born as a result of this practice. The findings suggest the absence of a legal framework that adequately guarantees the rights and obligations of all parties, which can lead to situations of exploitation and legal conflict surrounding the parent-child relationship. Surrogate motherhood is a practically uncontested issue in Colombia. Although the Constitutional Court has urged Congress to legislate on the subject, there is still no specific regulation. Although surrogacy is not prohibited, the lack of regulation creates legal insecurity and vulnerability, especially for surrogate women. Ethical principles such as informed consent and dignity were also discussed, emphasizing the need for a regulatory framework that safeguards these rights and prevents exploitation. In conclusion, it is urgent to regulate surrogacy in Colombia to protect the rights of all involved and promote ethical practices that respect human dignity.

Keywords: Subjectivity, education, science, pregnant, woman, body, health, ethical, dignity.

INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada en Colombia es un tema poco investigado. Aunque hay casos concretos y la Corte Constitucional ha pedido al Congreso que legisle sobre el tema, no se han producido avances significativos. Legalmente, se considera que no está prohibida, lo que se interpreta como permisible. Al analizar este tema, es importante considerar las cuestiones éticas contemporáneas desde una perspectiva jurídica, ya que el enfoque principal de este artículo es el ámbito legal. El debate actual sobre los derechos humanos y la filosofía jurídica ha renovado el interés por la dignidad humana y ha explorado su significado y su papel como base de los derechos. Es importante mencionar la ética asociada a estas prácticas, en las que la disposición del cuerpo no debe menoscabar la dignidad personal, siempre que no implique el arbitraje de uno mismo o de otros. Las decisiones personales pueden implicar riesgos para la salud o la vida y es importante que la mujer embarazada procure mantener su integridad corporal y se esfuerce por ser plenamente consciente de su vida interior.

En términos de dignidad, es importante tener en cuenta tanto la dimensión biológica como la emocional de la mujer embarazada. Ella es un ser completo que ofrece su cuerpo para llevar a cabo su embarazo. Por lo tanto, cualquier afirmación del valor de la dignidad debe incluir el derecho a tomar decisiones sobre su cuerpo, que está relacionado con su derecho a rechazar un tratamiento médico basado en sus creencias personales. En este artículo se examinarán todos los aspectos relacionados con esta práctica, evaluando los derechos desde las experiencias y creencias subjetivas del individuo, así como desde una perspectiva objetiva que garantice que las acciones no causen daño a sí mismo o a otros.

Dado que la maternidad subrogada en Colombia no tiene un marco legal específico y no está explícitamente prohibida, es necesario analizarla desde la perspectiva del derecho penal. El

Código Penal colombiano, específicamente en el capítulo de delitos contra la familia, sólo menciona conductas punibles relacionadas con la protección de la situación familiar. La investigación busca proteger la autonomía y garantizar el consentimiento informado, de acuerdo con los principios bioéticos que enfatizan la importancia del control personal sobre el cuerpo y la vida. También pretende evitar la explotación y proteger la dignidad humana, algo esencial para regular esta práctica.

OBJETIVOS

El objetivo principal de este estudio es explorar las lagunas normativas en la maternidad subrogada con el fin de identificar diferentes interpretaciones de la base ética y social de los derechos reproductivos de las madres de alquiler y los padres solicitantes.

Específicos

- Examinar los derechos reproductivos y las experiencias de las madres de alquiler y los padres solicitantes desde una perspectiva jurídica.
- Analizar los informes y documentos disponibles sobre el impacto de la maternidad subrogada en las madres solicitantes en Colombia.
- Identificar principios éticos y cambios en la legislación vigente sobre maternidad subrogada.

METODOLOGÍA

La gestación subrogada es un tema complejo que se expresa de distintas maneras en todo el mundo, así que, globalmente, dependiendo de las características culturales y jurídicas de cada país. Europa, por ejemplo, adopta un enfoque más altruista de la maternidad subrogada, mientras que en América Latina la atención se centra en la regulación de las técnicas de reproducción asistida y la protección de los derechos de los niños nacidos como resultado de este proceso. Esta diversidad de enfoques jurídicos plantea importantes retos, sobre todo cuando se trata de registrar a un niño subrogado en un país en el que la gestación subrogada es ilegal, lo que da lugar a conflictos y contradicciones jurídicas. Este análisis se ha realizado utilizando una metodología cualitativa que examina las lagunas normativas y las implicaciones éticas y sociales de la maternidad subrogada en Colombia desde una perspectiva jurídica. La investigación incluye revisión documental y análisis de fuentes secundarias como tesis académicas y documentos legales disponibles en línea. Este enfoque cualitativo facilita una exploración interpretativa, centrada en un análisis crítico y reflexivo de los argumentos normativos y éticos existentes que sustentan los derechos reproductivos. Este método es particularmente útil para comprender la situación actual de la maternidad subrogada en Colombia, que carece de un marco regulatorio específico, y para analizar cómo esta falta de regulación afecta a las partes involucradas, especialmente a las mujeres gestantes.

Procedimiento

Revisión Documental: Se realizó una búsqueda exhaustiva de tesis de grado, artículos académicos y estudios normativos en bases de datos jurídicas.

Análisis de Normas y Jurisprudencia: Para comprender el contexto legal de la maternidad subrogada en Colombia, se analizó el marco normativo vigente en el país, particularmente en el ámbito del Derecho Civil y Penal. Se revisaron sentencias y exhortaciones de la Corte Constitucional, con especial atención a aquellas que abordan el derecho al consentimiento informado, la autonomía corporal y la protección de la dignidad humana en prácticas de reproducción asistida.

Análisis Comparativo: Se realizó un análisis comparativo de la normativa sobre maternidad subrogada en otras jurisdicciones con regulaciones específicas. Este análisis permite identificar posibles modelos de regulación **que podrían servir de base para el desarrollo de un marco jurídico colombiano.**

Estudio Ético y Social: La investigación incluye un análisis de los principios éticos involucrados en la maternidad subrogada, como la autonomía, la no explotación y la dignidad humana. Este análisis se desarrolló a partir de una revisión de literatura en bioética y filosofía del derecho, con el fin de evaluar la compatibilidad de estos principios con las prácticas actuales y con los derechos reproductivos de las partes involucradas.

Técnicas de Análisis

Se utilizó el análisis de contenido para identificar temas recurrentes y patrones en los documentos seleccionados, centrándonos en los argumentos éticos, legales y sociales que sustentan o critican la práctica de la maternidad subrogada. El análisis fue estructurado en torno a categorías claves, tales como: derechos reproductivos, dignidad de la mujer gestante, autonomía y consentimiento informado, permitiendo organizar y sintetizar los hallazgos en función del objetivo general del estudio.

Limitaciones

Es importante señalar que, debido a la falta de un marco normativo específico sobre maternidad subrogada en Colombia, los resultados de este estudio se basan en análisis teóricos y comparativos y podrían no abarcar todos los aspectos prácticos que surgirían en una regulación concreta. Además, al tratarse de un estudio cualitativo, los resultados son interpretativos y no estadísticos, por lo que las conclusiones se centran en aspectos normativos y éticos, en lugar de ofrecer datos empíricos.

RESULTADOS

El derecho contemporáneo busca equilibrar los avances en reproducción asistida con la protección de los derechos de todas las partes involucradas, considerando aspectos éticos, jurídicos y médicos.

Los avances en otras áreas del derecho reproductivo y familiar en Colombia, la ausencia de regulación específica sobre maternidad subrogada, persisten. Inclusive, a pesar de numerosas solicitudes de la Corte Constitucional al Congreso en el tema. La falta de norma específica engendra un ambiente lleno de desafíos legales y éticos en lo que concierne a la maternidad subrogada. Concretamente, la ausencia de norma específica deja a la gestante y a la comitente en una posición de desventaja, con la excepción de su protección sobre los derechos y obligaciones reproductivos. La gestante enfrenta riesgos físicos, psicológicos y sociales, los cuales deberían ser protegidos por una normatividad que respete su autonomía, salud y dignidad. Sin embargo, sin regulación, la gestación subrogada puede llevar a la explotación y la instrumentalización del cuerpo de la mujer, ambos conceptos en violación de la bioética fundamental (Bautista, 2020).

Adicionalmente, la falta de una normativa específica en Colombia crea incertidumbre en lo concerniente a la filiación del menor y la posesión de estado. Tal incertidumbre podría resultar en problemas legales en relación con el reconocimiento de los derechos del niño y a la nacionalidad del mismo, y por consiguiente, sostener los derechos del niño y su desarrollo integral (Bautista, 2020). Desde una perspectiva ética, surgen cuestiones de dignidad humana y autonomía, hasta dónde se puede proceder con uno mismo sin comprometer la dignidad y cómo se puede garantizar el consentimiento informado sin la explotación de las mujeres en una posición vulnerable. Tales cuestiones resaltan la necesidad de un marco regulatorio en el que la maternidad subrogada ocurra éticamente y respete la dignidad del ser humano (Bautista, 2020).

Por ende, se vuelve importante investigar las lagunas normativas en Colombia y proponer ejemplos de regulación que protejan los derechos reproductivos y la dignidad de todos los actores involucrados. Esta normatividad podría prevenir la explotación y aplicar normas éticas claras para la autonomía, dignidad y consentimiento informado. El problema central de este estudio es la insuficiente regulación sobre la maternidad subrogada en Colombia y sus consecuencias legales, éticas y sociales (Bautista, 2020).

Desde la práctica profesional en el campo de la medicina de la reproducción, hay diversas opiniones sobre la maternidad subrogada. Algunos expertos apoyan la maternidad subrogada bajo la clínica adecuada y las condiciones éticas debido a la autonomía ejercida por las personas que requieren asistencia para la procreación y las mujeres que desean sostenerlas (Martínez, 2018). Otros argumentan que el uso de los medios técnicos disponibles implica un análisis bioético y social cuestionable que no siempre ocurre cuando se trata del útero subrogado

(González, 2017). Para los críticos de la subrogación uterina, la técnica puede conducir a resultados inaceptables, como la muerte de la gestante por complicaciones en el embarazo o disputas en la filiación del niño (Pérez, 2019). En otras palabras, no hay respuesta ético-jurídica que satisfaga a todas las partes. Por eso, el principio de la no maleficencia se invoca para argumentar contra la subrogación como un sensato sustituto para la gestación natural (Martínez, 2018).

Según Bautista (2020), la subrogación ha existido desde los años cincuenta del siglo pasado al ritmo del desarrollo científico. Por otro lado, este desarrollo lleva consigo no pocos dilemas morales, legales y sociales. En su revisión de estudios previos al suyo, Bautista ha identificado la ventaja para las familias que realmente quisieron un hijo y no uno biológico. Además, existen problemas morales y éticos inaceptables involucrados, debido a la falta de ley en Colombia.

Respecto a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 13991-2019 sobre el Derecho de Acción, se rechazó in límine una demanda radicada por una mujer que acudió a la acción de tutela alegando la violación de sus derechos fundamentales a la salud, vida y familia, y especialmente al goce de una vida digna. La demandante alegaba que las Direcciones de Sanidad General y Seccional en Santander de la Policía Nacional no habían autorizado la realización de los exámenes de fertilidad e inseminación artificial in vitro que ella deseaba practicar (Corte Suprema de Justicia, 2019). Sin embargo, el fallo fue en última instancia a favor de la entidad demandada, y la corte concluyó que “el que la accionante tenga óvulos congelados en espera de ser implantados no configura un incumplimiento al mandato constitucional” Corte Suprema de Justicia STP13991-2019.

Capítulo I

Derechos Reproductivos y Experiencias en la Maternidad Subrogada

La legislación colombiana en materia de filiación se rige por el artículo 42 de la constitución política y por las disposiciones del Código Civil y de legislaciones como el Decreto 1260 de 1970. Sin embargo, este no cuenta con una ley que determine la voluntad como parámetro para establecer la filiación en el ámbito de las TRHA. No obstante, con los avances de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se entiende que, la paternidad, en este caso, no está definida únicamente por los lazos entre ambos padres y el hijo concebido sino también por el consentimiento de llevar a cabo el procedimiento. Por consiguiente, los padres deben ser responsables de la procreación y ejercer sus derechos parentales. Por ejemplo, en un caso de impugnación de paternidad que involucraba a un padre de una niña nacida por inseminación heteróloga, se dictaminó que tan solo podría cuestionar su paternidad si demostraba que no dio su consentimiento para el procedimiento. Este caso demuestra que la filiación por las TRHA no está relacionada con la genética. Por lo tanto, en la medida de las TRHA en la madre subrogada, es vital que Colombia debata como las leyes argentinas, que definen la voluntad asistencial como una fuente de la filiación. Sin embargo, no es un cambio planeado respecto al Código Civil y el Decreto 1260 de 1970. Es esencial que, al dar fe del nacimiento del niño nacido por el acuerdo de la madre subrogada, la madre gestante sea la primaria, y los padres comitentes sean registrados como los padres genealógicos.

Concluyendo, al analizar las regulaciones internacionales sobre el tema, se puede distinguir entre tres grupos principales de soluciones: prohibición total, autorización amplia con poco o sin restricciones y marco medio para la regulación del fenómeno. Para el país en cuestión, la solución más adecuada sería aquella que permita la maternidad subrogada bajo reglas restringidas y limitadas. Una mirada general, corresponde a la corriente internacional.

Derechos y obligaciones de la madre portadora.

Las experiencias internacionales obtienen el derecho y el deber de la madre portadora. Es fundamental que se evalúe en un 100% que comprenden los riesgos médicos asociados según el procedimiento. Aunque sería inapropiado establecer completa multiplicidad de grupos participantes, por ejemplo, y en la cantidad de surgimiento de un embarazo sano.

Derechos y obligaciones del padre contrayente.

Los derechos del padre contrayente tendrán derecho a aceptarse, no estarán supeditados por condiciones civiles. No existe ninguna base para asumir que debería ser una orden de unión o dada la estructura de parentesco de la rama izquierda. Sin embargo, se debe hacer todo necesario no solo deberá someterse a un estudio psicosocial que muestre que toda la pareja puede afrontar los propios hijos propios resultantes de un acuerdo de este tipo hasta una edad determinada, sino también ciertas condiciones.

Derechos del niño por nacer.

Otro punto que considerar es el derecho del bebé por nacer, nacido por acuerdo de gestación subrogada. Dada la exposición de enjuiciados nacionales controvertidos, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos impone restricciones extremadamente bajas para los menores.

Capítulo II

Informes y documentos disponibles sobre el impacto de la maternidad subrogada en la madre gestante en Colombia

La legislación colombiana en materia de filiación se rige por el artículo 42 de la Constitución Política y por las disposiciones del Código Civil y de legislaciones como el Decreto 1260 de 1970. Sin embargo, no cuenta con una ley que determine la voluntad como parámetro para establecer la filiación en el ámbito de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). No obstante, con los avances de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se entiende que la paternidad, en este caso, no está definida únicamente por los lazos entre ambos padres y el hijo concebido, sino también por el consentimiento de llevar a cabo el procedimiento. Por consiguiente, los padres deben ser responsables de la procreación y ejercer sus derechos parentales.

Por ejemplo, en un caso de impugnación de paternidad que involucraba a un padre de una niña nacida por inseminación heteróloga, se dictaminó que tan solo podría cuestionar su paternidad si demostraba que no dio su consentimiento para el procedimiento. Este caso demuestra que la filiación por las TRHA no está relacionada únicamente con la genética. Por lo tanto, en la medida de las TRHA en la madre subrogada, es vital que Colombia debata, al igual que en las leyes argentinas, que definen la voluntad asistencial como una fuente de filiación. Sin embargo, no se prevé un cambio respecto al Código Civil y el Decreto 1260 de 1970. Es esencial

que, al dar fe del nacimiento del niño nacido por el acuerdo de la madre subrogada, la madre gestante sea la primaria y los padres comitentes sean registrados como los padres legales.

Al analizar las regulaciones internacionales sobre el tema, se pueden distinguir tres enfoques principales: prohibición total, autorización amplia con pocas o ninguna restricción y un marco intermedio de regulación. Para Colombia, la solución más adecuada sería aquella que permita la maternidad subrogada bajo reglas restringidas y limitadas, en concordancia con la tendencia internacional.

Derechos y Obligaciones de la Madre Portadora

Las experiencias internacionales establecen derechos y deberes para la madre portadora. Es fundamental que comprenda en su totalidad los riesgos médicos asociados con el procedimiento. Aunque sería inapropiado establecer una regulación demasiado amplia, es importante considerar los factores que contribuyen a un embarazo sano y seguro.

Derechos y Obligaciones del Padre Comitente

Los derechos del padre comitente no deben estar supeditados a condiciones civiles arbitrarias. No existe una base jurídica para asumir que debería ser una exigencia basada en la estructura de parentesco. Sin embargo, se deben establecer requisitos que garanticen la idoneidad de los comitentes, como la realización de un estudio psicosocial que demuestre que la pareja puede afrontar la crianza de los hijos resultantes del acuerdo hasta una edad determinada.

Derechos del Niño por Nacer

Otro aspecto crucial es la protección de los derechos del niño nacido a través de un acuerdo de gestación subrogada. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido restricciones mínimas para garantizar la protección de los menores en situaciones controvertidas. La normativa colombiana debe asegurar que los derechos del niño sean salvaguardados desde la gestación hasta su desarrollo integral.

Informes y Documentos Disponibles sobre el Impacto de la Maternidad Subrogada en la Madre Gestante en Colombia

La maternidad subrogada tampoco está regulada en Colombia en el marco legal actual. A pesar de varios intentos y proyectos de ley completados, hasta el momento, no se ha logrado establecer una normativa clara que garantice los derechos fundamentales de los niños. Como resultado, aunque la maternidad subrogada es aceptada internacionalmente en términos generales, existen múltiples casos de conflictos sobre la custodia y la paternidad.

La Corte Constitucional ha sido la única entidad oficial que ha hecho una declaración formal sobre el tema. Así, la Sentencia T-968 de 2009 establece que la madre biológica debe probar su incapacidad para concebir, la mujer que dará a luz debe aprobar los exámenes de idoneidad física y psicológica, tener más de 18 años y contar con hijos propios. Además, no puede ser la donante de los gametos necesarios para la concepción y su intención debe ser

altruista.

En cuanto a la investigación científica en estos asuntos, se puede concluir que la maternidad subrogada es una opción para parejas que de otra manera no tendrían la oportunidad de tener un hijo. Sin embargo, aunque es aceptada en algunos contextos, también presenta desafíos éticos, médicos, legales y sociales. La maternidad subrogada trasciende lo meramente médico y legal, abarcando aspectos culturales, sociales y religiosos. Entre las preocupaciones éticas, se encuentra la instrumentalización del cuerpo de la mujer para la reproducción y la libertad del niño nacido bajo este acuerdo, lo que recuerda en cierta medida el problema del "comercio de esclavos".

En las relaciones internacionales, tampoco existe un consenso claro sobre cómo debería regularse este fenómeno. Desde la perspectiva de la madre gestante, la maternidad subrogada plantea preocupaciones psicológicas, sociales y de salud. Se sabe que las madres subrogadas corren un riesgo mayor que una mujer embarazada común. Además de los problemas físicos relacionados con el embarazo, como embolias y diabetes gestacional, también están expuestas a riesgos derivados de procedimientos como la amniocentesis, utilizada para evaluar la salud genética del feto. En general, los embarazos subrogados son considerados de alto riesgo y pueden derivar en problemas graves tanto físicos como emocionales.

La falta de regulación afecta no solo a las madres gestantes sino también a los niños nacidos bajo estos acuerdos. Por estas razones, es fundamental implementar un marco legal que garantice que ningún niño resulte afectado negativamente por estos acuerdos, al tiempo que se protejan los derechos e intereses de las mujeres que participan en estos procesos bajo contrato.

Capítulo III

Principios éticos y los cambios en el Derecho Contemporáneo frente a la maternidad subrogada

El tema de la gestación subrogada implica diversos problemas éticos y legales que el sistema jurídico colombiano no logra abordar en su totalidad. En términos jurídicos, la gestación subrogada se refiere al siguiente fenómeno: “gestación subrogada es el proceso reproductivo que da lugar al nacimiento de un niño gestado por una mujer que ha acordado ceder todos los derechos sobre el recién nacido a otra mujer que será reconocida como madre” (Bautista, 2020, p. 45). En otras palabras, la mujer que lleva al niño durante los nueve meses no utiliza sus propios óvulos. La madre sustituta se compromete a llevar la gestación hasta el final y entregar al recién nacido a la parte comitente. En este contexto, las madres gestantes asumen todos los costos y riesgos del embarazo y el parto.

En abril de 2016, el Grupo de Ética y Buenas Prácticas de la Sociedad Española de Fertilidad elaboró un informe con dos objetivos principales: fomentar una reflexión multidisciplinaria sobre la gestación subrogada y proponer las bases para su posible regulación legal en España. Este informe incluyó la participación de especialistas en diversas áreas, como medicina, biología, psicología, enfermería, bioética y derecho sanitario. Aunque los expertos no llegaron a un consenso a favor o en contra de la práctica, sí establecieron lineamientos sobre las condiciones bajo las cuales la gestación subrogada podría regularse. Entre sus consideraciones, destacaron que la gestación subrogada debe ser una excepción y no una práctica reproductiva habitual, y que debe realizarse dentro de un marco médico adecuado. Además, se enfatizó la

necesidad de evitar la mercantilización de la mujer y del niño, así como de garantizar un consentimiento informado genuino.

En Colombia, la regulación de la gestación subrogada ha sido un tema recurrente en el Congreso. El 27 de febrero de 2023, el representante a la Cámara Alejandro Ocampo presentó el proyecto de ley No. 334/23C, titulado “Por la cual se regula la gestación subrogada”. Este proyecto de ley, compuesto por 28 artículos, establece desde las obligaciones contractuales hasta los organismos habilitados para supervisar dichos procedimientos, así como garantías para la salud y seguridad social de las madres subrogadas. Paralelamente, el Ministerio de Justicia presentó su propia iniciativa, el proyecto de ley No. 345, que busca regular los contratos de subrogación uterina voluntaria y establecer condiciones claras respecto al consentimiento informado en estos procedimientos.

Por otro lado, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-968 de 2009, reconoció la posibilidad de la gestación subrogada con el objetivo de ayudar a parejas infértiles o personas que no desean o no pueden llevar un embarazo. En esta sentencia, la Corte ordenó al Gobierno y al Congreso regular la materia, sin embargo, hasta la fecha, no se ha aprobado una legislación específica al respecto. De hecho, se han presentado al menos dieciséis proyectos de ley sobre el tema, pero ninguno ha prosperado.

DERECHO COMPARADO

El derecho comparado permite examinar la regulación de la gestación subrogada en distintos sistemas jurídicos, identificando tendencias, problemáticas y posibles soluciones aplicables al contexto colombiano. Actualmente, Colombia carece de una normativa específica sobre la materia, por lo que el análisis de modelos legislativos en otros países puede servir de base para una futura regulación.

2. Modelos de Regulación Internacional

A nivel global, se pueden identificar tres grandes enfoques en la regulación de la gestación subrogada:

- **Prohibición Total:** Algunos países penalizan cualquier forma de gestación subrogada, considerándola contraria a la dignidad humana y a los principios éticos del derecho. Ejemplo: Francia y Alemania prohíben la gestación subrogada bajo cualquier modalidad, con sanciones para quienes participen en estos acuerdos (Tribunal de Casación, Francia, 2014).
- **Regulación Restrictiva:** Se permite la gestación subrogada, pero bajo estrictas condiciones. Ejemplo: España permite la reproducción asistida, pero no reconoce los contratos de subrogación, lo que genera inseguridad jurídica para los padres comitentes (Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, España).
- **Regulación Amplia:** Se reconoce la validez de los contratos de gestación subrogada bajo regulaciones específicas. Ejemplo: En Estados Unidos, estados como California han desarrollado un marco legal claro que permite la gestación subrogada con protecciones tanto para los padres comitentes como para la madre gestante (California

Family Code, 2013).

3. Comparación de Modelos Específicos

A continuación, se comparan las legislaciones de tres países representativos:

País	Marco Legal	Requisitos para la Subrogación	Derechos de la Madre Gestante	Reconocimiento de la Filiación
Francia	Prohibición Total	No permitido	No aplica	No se reconoce
España	Regulación Restrictiva	No reconocido legalmente	No regulado	Padres biológicos deben solicitar filiación judicial
EE.UU. (California)	Regulación Amplia	Se requiere contrato judicialmente validado	Protección médica y legal	Reconocimiento inmediato de la filiación

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha manifestado sobre estos casos y ya ha condenado a Francia en varias ocasiones por negarse a inscribir a menores fruto de ‘vientres de alquiler’. El Tribunal argumenta que negarse a reconocer la filiación biológica de los hijos con sus padres por el hecho de haber recurrido a esta técnica iría en contra del derecho fundamental al respecto de la vida privada consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Además, y en cuanto a los derechos del niño, el Tribunal Supremo español también ha enriquecido el debate, centrándose en el hecho de que, a pesar de la nulidad de este tipo de contratos, la protección del menor no puede verse menoscabada por esta circunstancia. Así, se ha reconocido, por ejemplo, que el menor fruto de un proceso de maternidad debe gozar de los mismos derechos que cualquier niño, prevaleciendo el interés superior del menor como pilar. De ahí que sus progenitores puedan percibir ayudas –por ejemplo, la prestación por maternidad- que, en realidad, van destinadas al niño y no a sus padres.

De esta manera, el Alto Tribunal diferencia claramente dos planos: la nulidad legalmente establecida del contrato en sí, de un lado, y de otro la situación de indefensión en la que podría quedar el recién nacido si se le privara de sus derechos.

En cualquier caso, los niños fruto de gestación subrogada deben gozar de los mismos derechos que cualquier otro, tanto en cuanto a su filiación como en cualquier otro plano. El interés superior del menor prevalece sobre cualquier otra cuestión. Sin embargo, el debate en torno a la filiación amenaza la protección de este principio de protección al menor: existen posturas enfrentadas sobre si se vulneran o no los derechos del niño al negarle la filiación en base a una práctica ilegal en España.

CONCLUSIONES

El debate sobre la maternidad subrogada plantea importantes desafíos éticos y legales que el sistema colombiano ha evitado abordar de manera efectiva. Desde la perspectiva legal, la Corte Constitucional de Colombia define esta práctica como un "proceso reproductivo que resulta en el nacimiento de un niño gestado por una mujer que ha acordado ceder todos los derechos sobre el recién nacido a otra mujer, quien será reconocida como su madre". En este contexto, la mujer gestante no utiliza sus propios óvulos. Las madres sustitutas se comprometen a llevar a término el embarazo y, tras el parto, entregan al niño a quienes lo encargaron, quienes han asumido los costos asociados al embarazo y el nacimiento. En abril de 2016, el Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) elaboró un documento con dos objetivos: fomentar una reflexión multidisciplinaria sobre la gestación subrogada y proponer bases para una posible regulación legal en España. Este enfoque multidisciplinario incluye la participación de médicos, biólogos, psicólogos, enfermeros, expertos en bioética y abogados especializados en derecho sanitario. Es importante destacar que este grupo no emitió un pronunciamiento claro a favor o en contra de la gestación subrogada, ya que no había consenso entre sus miembros. En cambio, se limitaron a ofrecer una propuesta reflexiva sobre las condiciones generales que deberían considerarse si alguna vez se legaliza esta práctica en España. El trabajo se basa en dos premisas clave: primero, la gestación subrogada debe considerarse una excepción y no un tratamiento reproductivo común; segundo, debe desarrollarse en un entorno médico, aunque reconociendo también la necesidad de acceso para parejas del mismo sexo y personas solas que enfrentan esterilidad estructural. Además, se enfatiza la importancia de evitar el lucro y establecer controles judiciales para prevenir la explotación de mujeres y el comercio de niños. También es esencial considerar otros valores que influyen en

cada situación particular. No se deben adoptar posturas estrictamente teleológicas, donde la corrección de una acción se mide solo por sus consecuencias. La evaluación ética debe realizarse mediante un proceso deliberativo. En febrero de 2023, el congresista Alejandro Ocampo presentó ante la Cámara de Representantes el proyecto de ley 334/23C, que busca regular la gestación subrogada en Colombia. Este proyecto incluye 28 artículos que abordan desde las obligaciones contractuales hasta las entidades autorizadas para realizar estos procedimientos y las regulaciones sobre salud y seguridad social para las madres gestantes. Aunado a lo anterior, el Ministerio de Justicia también presentó su iniciativa (345/23C) sobre "subrogación uterina para la gestación", donde se definen prohibiciones, modalidades contractuales y aspectos del consentimiento informado en procedimientos médicos. La Corte Constitucional reconoció el embarazo subrogado en su Sentencia T-968 del 2009 como un método para ayudar a parejas infértiles o que no desean experimentar el proceso del embarazo. Aunque ordenó al Gobierno y al Congreso regular esta práctica, al menos 16 proyectos relacionados han sido archivados sin avance.

El contrato de maternidad subrogada es atípico y se rige por la autonomía de la voluntad privada de las partes: madre gestante y padres biológicos, quienes deciden y acuerdan cada una de las condiciones y efectos que tendrá el contrato. La manifestación de voluntad no requiere ser escrita, por tratarse de un contrato consensual, pero se recomienda que sea escrito, dado que, una vez otorgado el consentimiento, se iniciaría el tratamiento médico previo a la concepción y se practicarían los diferentes exámenes que llevarían a la fecundación y al posterior nacimiento del bebé.

Desde la perspectiva médica, según Luis Santamaría Solís, médico español y experto en

este tema, la maternidad subrogada es la técnica de reproducción humana asistida, TRHA, la cual se define como un conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar, o sustituir, los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana.

Desde el punto de vista jurídico en Colombia, la Corte Constitucional la define 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 parto.

En materia de filiación, esta técnica de reproducción asistida ha sido un gran desafío para el régimen legal colombiano que diferenciaba solo dos tipos de filiación, la natural y la civil. Entendiendo la natural como el hecho biológico de la concepción hasta el momento del nacimiento, que se comprueba con el certificado de nacido vivo expedido por el médico o enfermera que hubiese asistido el parto o con la declaración juramentada de dos testigos (D. 1260/70, art. 49). Y la civil como la adopción, entendida como “la medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza” (L. 1098/06, art. 61).

Si bien el contrato de maternidad subrogada no está regulado en nuestro país, las partes al momento de su celebración deben propender que los elementos propios del contrato no vayan en contravía de la Constitución ni de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

Es necesario que el Congreso de la República legisle sobre este tipo de contrato como técnica de reproducción asistida, para completar los vacíos que hoy existen, en especial en materia de filiación, y así evitar la vulneración de derechos de las partes y, sobre todo, de los niños y niñas como sujetos de especial protección.

BIBLIOGRAFIA

- AMBITO JURIDICO*. (2 de FEBRERO de 2023). Obtenido de AMBITO JURIDICO:
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/radican-proyecto-para-regular-la-maternidad-subrogada>
- AMBITO JURIDICO*. (10 de ENERO de 2024). Obtenido de AMBITO JURIDICO:
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/constitucional/en-que-esta-colombia-con-la-gestacion-subrogada>
- Beetar Bechara, B. (2019 de Revista Estudios Socio-Jurídicos de Revista Estudios Socio-Jurídicos). *La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente*. Obtenido de La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente:
<https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73360074007/html/index.html>
- BELLO, L. S. (BOGOTA de 2024). *UNIVERSIDAD DEL ROSARIO*. Obtenido de UNIVERSIDAD DEL ROSARIO:
<https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/e3b26352-3a51-49c4-9845-5e56010503e7/content>
- Calonge, R. N. (202). *ASPECTOS ÉTICOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA*. Obtenido de ASPECTOS ÉTICOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA:
<https://www.rocionunez.com/pdfs/ASPECTOS%20%C3%89TICOS%20DE%20LA%20GESTACI%C3%93N%20SUBROGADA%20V.1.pdf>
- Madariaga, E. C. (s.f.). *REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA*. Obtenido de REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COL

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/28076/REGULACI%C3%93N%20DE%20LA%20MATERNIDAD%20SUBROGADA%20EN%20COLOMBIA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Ortiz, S. (8 de FEBRERO de 2024). *UNIVERSIDAD DEL EXTERNADO*.

Obtenido de UNIVERSIDAD DEL EXTERNADO:

<https://geneticayderecho.uexternado.edu.co/manifiesto-contr-la-maternidad-subrogada-en-colombia/>

Paloma, I. Y. (13 de MAYO de 2022). *Análisis de la Maternidad Subrogada en la Legislación Colombiana años 2015-2020*. Obtenido de Análisis de la Maternidad Subrogada en la Legislación Colombiana años 2015-2020:

<https://repository.ugc.edu.co/server/api/core/bitstreams/bfd1d320-3df3-403d-8db8-eea85e411fbe/content>