

MATERNIDAD SUBROGADA. UNA REALIDAD EN AUGE

CLAUDIA CAROLINA LEIVA GONZÁLEZ*



SURROGATE MOTHERHOOD. A REALITY ON THE RISE

RESUMEN

Los avances de la ciencia son mucho más rápidos que los jurídicos, pues estos últimos deben regular los efectos que los primeros originan. La reproducción asistida, en particular cuando se realiza por medio de alquiler de vientres, es un ejemplo de ello, pues más que “una figura extravagante”^{***} es una práctica que se ha vuelto recurrente desde hace dos décadas en el mundo. El presente artículo hace un breve recuento de los países donde la figura de subrogación ha sido prohibitiva, permisiva, semipermisiva, la situación jurídica en Colombia, los argumentos y contra argumentos para su regulación, los problemas que presenta y la propuesta legal como necesidad de reglamentación.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada; Alquiler de vientres; Reproducción asistida; Regulación.

ABSTRACT

The advances of science are much faster than the legal ones, because the latter must regulate the effects that the first ones originate. Assisted reproduction, in particular when it is done by

* Abogada de la Universidad de la Amazonia, Colombia, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Católica de Colombia, estudiante de los cursos regulares válidos para el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, actualmente Comisaria de Familia de Puerto Leguizamó, Putumayo; *e-mail*: [s-karolina@hotmail.com].

** FRANCESCO DONATO BUSNELLI. “¿Se nace por contrato?”, OLENKA WOOLKOTT (trad.), *Revista de Derecho Privado*, n.º 8, 2005, pp. 31 a 43, disponible en [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/605/570>], p. 34.

renting wombs, is an example of this, because more than “an extravagant figure” is a practice that has become recurrent for two decades in the world. This article gives a brief account of the countries where the figure of subrogation has been prohibitive, permissive, semipermissive, the legal situation in Colombia, the arguments and counter arguments against its regulation, the problems it presents and the legal proposal as a need for regulation.

KEYWORDS: Surrogate motherhood; Wombs for rent; Assisted reproduction; Regulation.

Fecha de presentación: 15 de agosto de 2017. Revisión: 4 de septiembre de 2017. Fecha de aceptación: 19 de septiembre de 2017.



I. REGULACIÓN A NIVEL MUNDIAL

En Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía, países firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹, la gestación por sustitución se encuentra prohibida de manera expresa.

En Andorra, Bosnia-Herzegovina, Bélgica, Chequia, Luxemburgo, Polonia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y San Marino, no hay ninguna reglamentación sobre la materia, ya sea porque se encuentra prohibida en virtud de disposiciones generales, porque no se encuentra tolerada, o por las dudas acerca de su legalidad.

La gestación por sustitución se encuentra autorizada en forma é esta es “altruista” (la madre gestante sólo puede obtener el reembolso de los gastos concernientes al embarazo, pero se rechaza cualquier forma de remuneración).

En otros Estados se encuentra tolerada aunque no exista una reglamentación expresa. Es el caso de Bélgica, Chequia y, eventualmente, Luxemburgo y Polonia².

1 Roma, 4 de noviembre de 1950, disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf].

2 JESÚS FLORES RODRÍGUEZ. “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 27, 2014, pp. 71 a 89, disponible en [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3885/4327>], p. 89.

II. SITUACIÓN EN COLOMBIA

La historia mundial de la maternidad subrogada se divide en dos momentos: en el primero, se utilizó con el propósito de ayudar a las parejas estériles, en un segundo se empezó a hacer referencia a “alquiler de vientres”³, Colombia a nivel legal se quedó en ese primer momento.

Sin embargo, para el caso colombiano la ausencia de regulación en la materia, genera y generará muchos conflictos de índole legal que en la práctica versan sobre un dilema entre lo ético y lo socio-económico, situación que la incipiente jurisprudencia sobre el tema (solo una sentencia) ha dejado al descubierto.

Es el caso de la Sentencia T-968 de 18 de noviembre de 2009⁴ de la Tutela instaurada por SARAI, contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali.

A. Contexto

Los hechos a continuación sintetizados dieron inicio en la ciudad de Cali, donde a través del Centro de Reproducción Asistida Fecundar, una pareja de esposos contacta a una mujer humilde para que su vientre sirva como lugar de gestación de su hijo biológico.

Pero luego de múltiples intentos fallidos para lograr el embarazo con los óvulos de la mujer de la pareja, se decide que la madre biológica debía ser la propia subrogante, fue así que ella tiene mellizos y decide quedarse con ellos.

Los nombres reales fueron cambiados dentro de la propia providencia en aras de proteger el derecho a la intimidad de los niños y familiares involucrados.

3 “El primer acuerdo de maternidad subrogada documentado, con empleo de la inseminación artificial, se llevó a cabo en 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado NOEL KEANE, el cual creó en Michigan la *Surrogate Family Service Inc.* Su finalidad declarada fue ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitándoles el acceso a madres sustitutas y gestionando los trámites jurídicos”. JOSÉ LÓPEZ GUZMÁN y Ángela Aparisi Miralles. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, xxiii, 2012, pp. 253 a 267, disponible en [<http://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>], p. 257.

4 M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>].

B. Hechos

1.º Los esposos RAQUEL y SALOMÓN, colombianos residentes en Massachusetts, acudieron al Centro Biomedicina Reproductiva del Valle, Fecundar, con el fin de alquilar un vientre y poder tener un hijo propio, ya que RAQUEL *padecía anovulación crónica por un síndrome de ovario poliquístico y una obstrucción de trompas uterinas*, lo que le había producido infertilidad.

2.º En el centro médico recomendaron a SARAI, mujer humilde de profesión mercaderista, de 22 años de edad, madre soltera y residente en el municipio de Vijes, quien se había ofrecido para alquilar su vientre y era –entre varias candidatas– la más apta desde el punto médico y psicológico, para que se le implantasen los óvulos fecundados de RAQUEL.

3.º Después de varios intentos fallidos para que SARAI quedara embarazada, SALOMÓN contacta a SARAI (esta vez sin la mediación del centro médico) e inician una relación donde acuerdan tener el hijo con los gametos de ella y él.

4.º Es así como SALOMÓN y SARAI asisten a la Sociedad Unidad de Medicina Reproductiva Centro Médico Imbanaco de Cali, y haciéndose pasar por esposos, inician un proceso de técnica de reproducción asistida. Pues en ese centro de salud no se realiza procedimiento de fertilidad con útero subrogado.

5.º SARAI queda en embarazo y da a luz a dos mellizos varones a quienes registra con sus apellidos y más adelante, son registrados con el apellido del papá.

6.º SALOMÓN le envió a SARAI durante 18 meses, (nueve de gestación, más nueve meses de edad de los niños) un total de \$ 18.019.000, en 40 giros.

7.º Cuando los niños tenían nueve meses, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– de Yumbo, retiró a la madre la custodia y cuidado personal de los niños, asignándosela provisionalmente a la tía paterna, bajo el argumento de que los niños presentaban problemas respiratorios por habitar en una casa ubicada al lado de un horno de cal.

8.º SALOMÓN inició tres procesos judiciales, uno de cuidado y custodia personal, otro de privación de la patria potestad y el último una demanda de permiso para sacar a los niños del país.

9.º El propósito de este tercer proceso era lograr la residencia de los niños en Estados Unidos, que fue fallado por un juez de familia a favor del actor, con la advertencia de permitir el contacto de los menores con su madre, suministrándole a ella la dirección de residencia, teléfono y permitiéndole las visitas.

10.º La decisión del juez se basó en las siguientes consideraciones: i. Entre SARAI y SALOMÓN existió un contrato verbal cuyo objetivo era el alquiler de vientre, donde ella permitía la fecundación de su propio óvulo con el semen del contratante para luego entregar el producto de ese embarazo; ii. Hubo un incumplimiento del contrato por parte de la demandada pues ésta decidió quedarse con los niños; iii. Desconoció el derecho del padre al registrar inicialmente los niños con los apellidos maternos; iv. El ICBF retiró la custodia de la madre por las condiciones de salud en las que estaban viviendo los niños; v. Teniendo en cuenta las condiciones económicas de madre y el subdesarrollo e inseguridad de Cali, los niños estarían mejor con su padre en Estados Unidos; y vi. El padre de los menores tiene un mejor derecho porque él fue quien buscó su concepción.

11. SARAI interpuso una tutela contra la sentencia, argumentando que el juez no tuvo en cuenta que ella había cambiado de lugar de domicilio para poderles brindar a los niños un hogar en mejores condiciones y que se limitó a transcribir lo que el papá de los niños expuso en la demanda.

12. El Tribunal Superior de Cali, Sala de Familia, falló la tutela a favor de la madre por considerar principalmente que el permiso para sacar de los niños del país era –en la práctica– una asignación de custodia, proceso que aún no se había definido, y le ordenó al juez dictar una nueva sentencia dentro de los 15 días siguientes a la notificación del fallo.

13. El Señor SALOMÓN impugnó la decisión por considerar que se desconocieron las circunstancias por las cuales el ICBF retiró a los niños de la custodia de la madre y los múltiples obstáculos que ella puso para el contacto paterno de los niños.

14. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, confirmó el fallo del Tribunal por vulneración al debido proceso, debido a que se autorizó la salida de los niños de forma indefinida y no de manera temporal, como corresponde a la naturaleza del permiso solicitado. Citó además una sentencia donde se expuso:

no es aceptable privar a la menor (nombre bajo reserva) de la posibilidad de desarrollarse en el seno de su familia, pues si bien sus progenitores no demostraron que puedan atender por sí solos sus necesidades básicas, no debe olvidarse que, en estos casos, el Estado tiene obligación de tomar las medidas de protección que sean necesarias para la atención integral de los niños, pero, por supuesto, sin que por el mero hecho de las penurias económicas de sus padres, les pueda ser arrebatada⁵.

15. La señora SARAI inicia un proceso de desacato contra el juez, por no dictar un nuevo fallo en el proceso de autorización de permiso para sacar a los niños del país.

16. El Tribunal Superior, Sala Familia, sanciona al juez con dos días de arresto y multa de tres salarios mínimos, ordenándole de nuevo proferir sentencia en un término perentorio.

17. El juez, cumpliendo lo ordenado por su superior, profiere una nueva sentencia donde niega el permiso de sacar a los niños del país.

18. El señor SALOMÓN interpone esta vez acción de tutela contra la nueva decisión, por la prevalencia de los derechos de los niños.

19. El Tribunal Superior, Sala de Familia, le da la razón al accionante manifestando que el juez, en su afán de proferir un fallo “sugerido”, no tomó ni evaluó todo el acervo probatorio suministrado en el expediente.

20. La señora SARAI impugnó la decisión del Tribunal, bajo el argumento que no era procedente una tutela contra providencia que decide un incidente de desacato. Sin embargo, antes de que se decidiera la impugnación por la Corte Suprema de Justicia, el juez profirió una nueva sentencia donde niega de nuevo las pretensiones del actor al considerar que en el permiso se debió estipular el tiempo de los menores fuera del país.

21. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia da la razón al juez y manifiesta que éste no vulneró el debido proceso y que además la acción de tutela no constituye un recurso más para controvertir una decisión judicial.

5 Sentencia de 28 de julio de 2005, exp. n.º 00049-01.

C. Revisión por parte de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional al hacer la revisión de los fallos objeto de tutelas dentro del proceso de permiso de salida del país de los niños, realizó un recorrido jurisprudencial sobre los menores como sujetos de protección y los criterios jurídicos para determinarlo, los cuales son: 1. Garantía del desarrollo integral del menor, garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales; 2. Protección del menor frente a riesgos prohibidos; 3. Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base que prevalecen los derechos del menor; 4. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; y 5. Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno-filiales.

En este último criterio enfatizó, que las condiciones económicas no justifican en sí mismas una razón para separar a los niños de sus padres.

D. Frente al alquiler de vientres

Sobre el particular, la Corte cita a YOLANDA GÓMEZ Sánchez, quien en su libro *El derecho a la Reproducción humana*, conceptúa que el alquiler de vientres es

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 figura como madre de éste⁶.

Pero agrega además que la mujer sobre la cual recae el embarazo y el alumbramiento, no aporta sus óvulos, porque en este evento si se compromete a entregar hijos biológicos a cambio de una suma de dinero, se configuraría una trata de seres humanos.

6 YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ. *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 136.

De ahí que el caso objeto de revisión no se trató de un alquiler de vientre, razón por la cual la solución frente al proceso de permiso para la salida del país de los niños, no debió versar bajo el argumento de incumplimientos contractuales porque los reclamantes son los padres biológicos y según el artículo 42-6 de la Constitución Política, “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”⁷.

Sin embargo, con este proceso se evidenció la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones”, que según AITZIBERT EMALDI CIRIÓN⁸, la Corte planteó las siguientes reglas cuando se trata de alquiler de vientre:

Para los padres solicitantes: 1. La mujer debe tener problemas fisiológicos para concebir; 2. No pueden rechazar al hijo por ninguna circunstancia; y 3. La muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no puede dejar desprotegido al niño.

Para la madre gestante: 1. No puede aportar sus gametos; 2. No puede tener un propósito lucrativo sino filantrópico; 3. Debe ser mayor de edad, tener buena salud física y mental; 4. Tener hijos; 5. Está en la obligación de someterse a exámenes médicos y psicológicos, antes, durante y después del parto; 6. No puede retractarse de entregar al menor; y 7. Sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica.

Por otro lado, señala la Corte que las decisiones tomadas por el juez de familia en el presente caso fueron motivadas por un “prejuicio” sobre la madre, al partir de la ineptitud moral, afectiva y económica de ésta para con sus niños.

En este sentido, no se la puede privar de tener contacto con sus niños pues ello causaría un daño irremediable en los menores al debilitar el vínculo afectivo a través de la separación, situación inevitable con el hecho de que ellos residan en los Estados Unidos y la madre en Cali.

7 CORTE CONSTITUCIONAL *et ál.* *Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

8 *El Consejo Genético y sus implicaciones jurídicas*, Madrid, Comares, 2001.

E. Decisión

La Corte, si bien autorizó el permiso para que los niños salieran del país bajo el cuidado de su padre, exhortó a éste para que trajera los niños a Colombia como mínimo tres veces al año con el propósito de que estos estuviesen con su madre. Hasta que los procesos de custodia y pérdida de *patria potestad* fueran fallados por la autoridad competente.

F. Análisis de la sentencia

La sentencia objeto de estudio plantea desde la doctrina una problemática que asegura la falta de regulación del tema de la maternidad subrogada.

Apartándonos del análisis de la Corte y de la jurisprudencia, consideramos que el tema de los recursos económicos sí debería ser un motivo para que se decretara la custodia a favor del padre con mejores condiciones sociales, pues si partimos del principio del interés superior del menor, no se necesita un razonamiento profundo para advertir que éstos tendrán mejor calidad de vida con el progenitor que goza de mejor *status*. Pues una cuota alimentaria no garantiza que un menor vaya a tener un nivel de vida acorde a las condiciones económicas del proveedor.

Volviendo al tema objeto de este análisis, la sentencia, aunque señala con claridad que en este caso no hubo maternidad subrogada, en una definición más extensa que la que encontramos en la Sentencia 826 de 23 de noviembre de 2011 de la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia⁹, sí se podría hablar de ello, pues la sentencia establece que

la gestación por sustitución consiste en un contrato oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante

9 Rollo n.º 949/2011, Presidente: JOSÉ ENRIQUE DE MOTTA GARCÍA ESPAÑA, Magistrados: MARÍA DEL PILAR MANZANA LAGUARDA y CARLOS ESPARZA OLCINA, disponible en [<https://blogs.ua.es/espanyadoxa/files/2012/05/Sentencia-audiencia-de-Valencia-inscripción-hijo-maternidad-subrogada.pdf>].

técnicas de reproducción asistida, *aportando o no también su óvulo*, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos¹⁰. (Resaltado fuera del texto).

Y aunque el motivo que originó la Sentencia T-968 de 2009 citada fue la posibilidad o no de sacar dos niños del país, dentro de las decisiones que debieron ser adoptadas con los dos procesos que de manera paralela fueron también interpuestos por el padre de los menores, siguiendo la tesis planteada por ADRIANA KRASNOW, es el interés superior del niño y la voluntad procreacional como elementos que deben servir de guía al momento de definir la determinación de vínculos¹¹.

III. ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS DE SU REGULACIÓN

1.º Contrato inmoral: “¿Hasta qué punto puede ser admisible ética y legalmente que el contenido del contrato verse sobre el cuerpo de la mujer?”¹². El cuerpo humano está fuera del comercio y los contratos que dispongan su uso son nulos de pleno derecho.

– Contra argumento: Es inexistente la inmoralidad aducida, pues la moralidad convencional debe abstenerse a limitar la libertad de las personas de participar en actividades consensuadas cuando éstas sean inofensivas hacia otros y el Estado debe permanecer neutral hacia ello¹³.

2.º Explotación de la mujer, principalmente de las pobres: esta situación genera turismo reproductivo¹⁴.

10 SILVIA VILAR GONZÁLEZ. “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 14, 2014, pp. 897 a 931, disponible en [<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/13293/12164>], p. 901.

11 ADRIANA N. KRASNOW. “El nuevo modelo del matrimonio civil en el derecho argentino”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 22, enero junio de 2012, pp. 5 a 39, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n22/n22a01.pdf>], p. 30.

12 LÓPEZ GUZMÁN y APARISI MIRALLES. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, cit., p. 260.

13 ELEONORA LAMM. “Gestación por sustitución”, en *InDret. Revista para el análisis del derecho*, n.º 3, 2012, disponible en [http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf], p. 8.

14 *Ibíd.*, pp. 21 y ss.

– Contra argumento: por situaciones económicas difíciles, las mujeres se emplean en trabajos en condiciones laborales paupérrimas (presentándose el fenómeno de la explotación) e incluso se prostituyen. Pero tales situaciones reprochables e indignas no se solucionaron con prohibiciones legales, así como tampoco pasará con la maternidad subrogada como práctica que en países como la India es utilizada por muchas mujeres como fuente principal de recursos económicos.

3.º Cosificación del cuerpo femenino: su cuerpo que se constituye exclusivamente en un ambiente de incubación para el hijo de otro, obviando las consecuencias físicas y psicológicas de la gestante¹⁵.

– Contra argumento: Un embarazo es un proceso natural en la vida de cualquier mujer, por cuanto sus riesgos son los previsibles para este tipo de situación. En la maternidad subrogada se es mucho más consciente de ello porque el embarazo es asumido en forma voluntaria, es decir, la mujer es consciente de los cambios que va a presentar su organismo y los asume.

4.º Quiebre del vínculo materno filial: por su gestación en un vientre diferente al de su madre y la dificultad en la aceptación social de más de una figura materna¹⁶.

– Contra argumento: Los estudios sobre los niños y las familias que tienen hijos mediante la modalidad de la maternidad subrogada, muestran que no aparecen ni las complicaciones ni los problemas psicológicos vaticinados por los críticos, por eso a los prejuicios es importante oponerles datos concretos de estudios científicos¹⁷.

5.º Cosificación del niño: porque se le trata como a un objeto, producto de una relación contractual, de allí se derivan diferentes problemas que pueden configurar tipos penales como aborto, secuestro, tráfico de menores¹⁸.

15 *Ibíd.*, p. 5.

16 *Ibíd.*, p. 6.

17 JAVIER MARTÍN CAMACHO. "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", en *Foro*, 2009, pp. 1 a 18, disponible en [<http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>], pp. 13 a 16.

18 LAMM. "Gestación por sustitución", *cit.*, p. 7.

– Contra argumento: Los contratos (verbales o escritos) deben tener un objeto y una causa lícita para su validez, de allí la importancia de regular la figura de la subrogación. En cuanto a la cosificación del niño, no habría lugar dado que las “cosas” carecen del elemento sustancial de dignidad humana, elemento relevante cuando un niño es producto de una subrogación, porque su nacimiento es resultado de al menos una persona y en general dos que desearon con mucha fuerza a ese hijo mucho antes de que fuera concebido, durante la gestación y casi con seguridad después del alumbramiento le brindarán amor y cuidados suficientes para que se desarrolle como una persona psicosocialmente sana, con buenos vínculos de apego y una adecuada autoestima.

6.º Mercantilización de la filiación, pues ésta dependerá de una transacción económica¹⁹.

– Contra argumento: Partiendo de los principios de igualdad y no discriminación, la maternidad subrogada se presenta como la única opción que tiene, por ejemplo, una pareja de dos varones de tener un hijo genéticamente propio. Del mismo modo, a la mercantilización no se le puede endilgar en sí misma un carácter negativo e inmoral por el hecho de que se cobre un precio por un servicio (la gestación), pues es lógico que el valor que se le pague a la mujer es el de los gastos propios que conlleva el embarazo, así como el lucro cesante por el tiempo que la mujer pasa dedicada al cuidado de su salud, sin el ejercicio de otras actividades remuneradas.

7.º La adopción dejará de ser una alternativa para las personas que quieren tener hijos y biológicamente no pueden. Por ende, se reducirá la posibilidad que niños ya nacidos y desamparados cuenten con un hogar.

– Contra argumento: ¿Acaso la adopción debe ser solo una opción para las personas que tiene dificultades reproductivas? No, la adopción debe ser una decisión libre y no debe ser entendida como un castigo implícito para aquellas que no pueden tener bebés²⁰. Del mis-

19 LÓPEZ GUZMÁN y APARISI MIRALLES. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, cit., p. 235.

20 CAMACHO. “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, cit., p. 14.

mo modo, la gestación por sustitución no debe ser exclusiva de una élite minoritaria como MICHAEL JACKSON, SHARON STONE, ELIZABETH BANKS, SARA JESSICA PARKER, ANGELA EVELYN BASSETT, ROBERT DE NIRO, ELTON JOHN, RICKY MARTIN, MIGUEL BOSÉ y CRISTIANO RONALDO²¹ –quienes han empleado este método de reproducción asistida–, sino que también a personas anónimas se les debe garantizar el derecho a procrear un hijo biológico.

IV. LOS PROBLEMAS QUE SE GENERAN

Las formas de entender los vínculos filiales están mutando en una especie de “metamorfosis del parentesco”²² y como es lógico, la figura de la maternidad subrogada plantea múltiples problemas que ADRIANA KRASNOW identificó como los siguientes:

¿Cómo se determina la maternidad y la paternidad de los hijos provenientes de parejas homosexuales?

¿Cómo se determina la filiación en el caso de un matrimonio entre mujeres que recurrió a material genético masculino de tercero dado conocido o desconocido? en este caso, ¿el dador de material genético adquiere o puede reclamar algún derecho respecto al hijo?

¿Cómo se determina la filiación en el caso de un matrimonio entre hombres que acuerda con una mujer para que asuma el rol de madre genética y gestacional mediante el aporte de material genético de uno de los miembros del matrimonio?

En el caso de un embrión crio-conservado fecundado con material genético de quienes integran un matrimonio y que tras el fallecimiento de ambos o el divorcio se implanta en el útero de una mujer unida en matrimonio homosexual, ¿cómo se determina la filiación?; en el caso anterior, si la dación del embrión crio-conservado beneficia a un matrimonio de hombres que acuerda con una mujer que asumirá el lugar de madre gestante.

21 LÓPEZ GUZMÁN y APARISI MIRALLES. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, cit., p. 257.

22 MAURICE GODELIER. *Métamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard, 2004.

¿Cómo resguardamos en todos estos supuestos y en otros el interés superior del hijo o la hija?²³.

Por su parte, JAVIER MARTÍN CAMACHO advierte los siguientes casos

¿Qué sucede pasa si la madre sustituta o los padres contratantes cambian de parecer y se arrepienten?

¿Qué sucede si el niño nace con una grave discapacidad o enfermedad? ¿es aceptable el pago o la recompensa económica?, ¿cuáles son los derechos del niño o niña en estas situaciones?

Estas preguntas son pertinentes y es importante atenderlas, por eso creemos que el Estado debe legislar y controlar la maternidad subrogada para evitar abusos y prevenir los potenciales problemas que pudieran surgir en el proceso y, así mismo, brindar acompañamiento a las partes involucradas incluso luego del nacimiento²⁴.

V. PROPUESTA NORMATIVA

Según LORENA SALES PALLARÉS, la prohibición legal de la maternidad subrogada en España no ha incidido para que los españoles dejen de recurrir a ella en ese país o en otros. Por ello, plantea la posibilidad de su legalización y reivindica la figura del notario como autoridad contractual en la material, pues con su intervención se cumpliría un doble propósito: primero, no aumentar las cargas del sistema judicial, segundo, garantizar los derechos de todas las partes²⁵ a lo que nosotros agregaríamos que los trámites serían mucho más expeditos, como tercer propósito.

También propone la creación de un Registro Nacional de Gestación por Subrogación, adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales

23 KRASNOW. "El nuevo modelo del matrimonio civil en el derecho argentino", cit., p. 26.

24 CAMACHO. "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", cit., p. 17.

25 LORENA SALES PALLARÉS. "La iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España: un estudio desde la función del notario en el contrato de gestación por sustitución", *Revista de Derecho Privado*, n.º 31, julio-diciembre de 2016, pp. 89 a 108, 2016, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n31/n31a04.pdf>], p. 101.

e Igualdad, en donde se registren las mujeres que desearan ser gestantes y los contratos que se celebren en todo el territorio para tener un control de esta actividad²⁶.

En Colombia el notario también podría asumir este rol y el Registro Nacional de Gestación por Subrogación podría estar a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidad cuya naturaleza tiene más relación afín con esta actividad.

VI. CONCLUSIÓN

Los ciudadanos de los países donde la maternidad subrogada es ilegal, recurren a otros territorios con ese propósito, es decir, la prohibición legal de los países incrementa el “turismo reproductivo” en otros Estados donde esta actividad es permitida o no está regulada, en este último caso y al no tener control por parte del Estado, las mujeres subrogantes son las más afectadas pues no cuentan con una garantía clara de sus derechos.

Existen diversas modalidades de maternidad subrogada, así como motivos para dicha práctica, unos moralmente aceptables otros socialmente reprochables²⁷. Sin embargo en la realidad los casos “altruistas” son muy pocos, por lo que se hace necesario reglamentar el contrato oneroso.

De lo anterior se deriva que aunque la subrogación puede ser cuestionable cuando sus fines son estéticos o de confort, este hecho no tiene por qué deslegitimar ni limitar su práctica, pues éste no puede ser un derecho exclusivo de las élites o celebridades.

26 *Ibíd.*, p. 102.

27 En el transcurso de la investigación pudimos identificar tres tipos de casos que presenta la maternidad subrogada: 1. Caso altruista, según el cual una mujer heterosexual quien por problemas orgánicos no puede concebir, pero junto con sus óvulos y el espermatozoides de su esposo gestan su bebé en el vientre de su hermana; 2. Caso común, donde una pareja heterosexual contacta a una mujer pobre para que gesticione su hijo a cambio de una suma de dinero; 3. Caso polémico: donde una pareja homosexual alquila un vientre para la gestación de su hijo biológico y es donde se presentan más conflictos debido a la multiplicidad de variantes que se pueden desplegar frente a los aportantes de material genético y la filiación.

Gestar y criar son dos actividades distintas, Sin embargo, el régimen de filiación no tiene en consideración la voluntad procreacional lo que agudiza los “conflictos de rol”²⁸ de las familias conformadas por parejas homosexuales.

La gestación por sustitución genera cuestionamientos morales y jurídicos que quedan desmoronados si se estudian bajo los principios de igualdad, libertad, no discriminación, autodeterminación y, sobre todo, el interés superior del niño.

La gestación por sustitución debe estar pactada mediante contrato y en él se deben depositar las cláusulas que regulen las diferentes situaciones que se puedan presentar entre las partes, todo ello previo al acto de engendramiento.

El notario es la persona más idónea para que ejerza control de legalidad en los contratos de subrogación y se debe crear un ente adscrito al ICBF para que tenga un registro de los contratos de subrogación que se estipulen

Por último, traemos una reflexión de SALES PALLARÉS, quien manifestó

Las leyes nacen a golpes de realidad, o al menos, la mayor parte de las veces; el derecho surge de la necesidad de regular una situación social que o bien nunca se había tenido que regular o bien se había regulado de un modo muy distinto. Tal vez estamos en un momento justo, tratando de crear un punto de inflexión para llevar al legislador a dotar de trascendencia jurídica la realidad social como la maternidad gestacional subrogada o gestación de sustitución²⁹.

28 GERMÁN SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2011, p. 100.

29 SALES PALLARÉS. “La iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España: un estudio desde la función del notario en el contrato de gestación por sustitución”, cit., p. 90.

BIBLIOGRAFÍA

- AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SECCIÓN 10.ª Sentencia 826 de 23 de noviembre de 2011, Rollo n.º 949/2011, Presidente: JOSÉ ENRIQUE DE MOTTA GARCÍA ESPAÑA, Magistrados: MARÍA DEL PILAR MANZANA LAGUARDA y CARLOS ESPARZA OLCINA, disponible en [<https://blogs.ua.es/espanyadoxa/files/2012/05/Sentencia-audiencia-de-Valencia-inscripción-hijo-maternidad-subrogada.pdf>].
- BUSNELLI, FRANCESCO DONATO. “¿Se nace por contrato?”, OLENKA WOOLKOTT (trad.), *Revista de Derecho Privado*, n.º 8, 2005, pp. 31 a 43, disponible en [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/605/570>].
- CAMACHO, JAVIER MARTÍN. “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, en *Foro*, 2009, pp. 1 a 18, disponible en [<http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>].
- Convenio Europeo de Derechos Humanos, Roma, 4 de noviembre de 1950, disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf].
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-968 de 18 de noviembre de 2009, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>].
- CORTE CONSTITUCIONAL *et ál.* *Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 28 de julio de 2005, exp. n.º 00049-01.
- EMALDI CIRIÓN, AITZIBERT. *El Consejo Genético y sus implicaciones jurídicas*, Madrid, Comares, 2001.
- FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS. “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 27, 2014, pp. 71 a 89, disponible en [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3885/4327>].
- GODELIER, MAURICE. *Métamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard, 2004.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA. *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- KRASNOW, ADRIANA N. “El nuevo modelo del matrimonio civil en el derecho argentino”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 22, enero junio de 2012, pp. 5 a 39, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n22/n22a01.pdf>].
- LAMM, ELEONORA. “Gestación por sustitución”, en *Indret. Revista para el análisis del derecho*, n.º 3, 2012, disponible en [http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf].

LÓPEZ GUZMÁN, JOSÉ y Ángela Aparisi Miralles. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, xxiii, 2012, pp. 253 a 267, disponible en [<http://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>].

SALES PALLARÉS, LORENA. “La iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España: un estudio desde la función del notario en el contrato de gestación por sustitución”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 31, julio-diciembre de 2016, pp. 89 a 108, 2016, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n31/n31a04.pdf>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2011.

VILAR GONZÁLEZ, SILVIA. “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 14, 2014, pp. 897 a 931, disponible en [<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/13293/12164>].