

**ANÁLISIS JURÍDICO Y COMPARATIVO LA FORMA COMO SE HA  
LEGISLADO EN TORNO AL ALQUILER DE VIENTRE EN OTROS SISTEMAS  
JURÍDICOS RESPECTO AL CASO COLOMBIANO**

*Kelly Tatiana Reyes Montalvo*



**UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR SEDE CUCUTA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS SOCIALES  
PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO  
SAN JOSE DE CUCUTA  
2019-1**

**ANÁLISIS JURÍDICO Y COMPARATIVO LA FORMA COMO SE HA  
LEGISLADO EN TORNO AL ALQUILER DE VIENTRE EN OTROS SISTEMAS  
JURÍDICOS RESPECTO AL CASO COLOMBIANO**

*Kelly Tatiana Reyes Montalvo*

*Producto de Trabajo de investigación presentado como prerrequisito para optar título de  
Abogado*

Docente:  
**Dra. Andrea Aguilar**

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR SEDE CUCUTA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS SOCIALES  
PROGRAMA ACADEMICO DE DERECHO  
SAN JOSE DE CUCUTA  
2019-1**

## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
<b><u>TITULO</u></b>	<b><u>4</u></b>
<b><u>RESUMEN</u></b>	<b><u>5</u></b>
<b>1. <u>PROBLEMA</u></b>	<b><u>7</u></b>
1.1 <u>Planteamiento y Formulación del Problema</u>	<u>7</u>
1.2 <u>Justificación</u>	<u>9</u>
<b>2. <u>MARCO REFERENCIAL</u></b>	<b><u>10</u></b>
2.1. <u>Marco Teórico</u>	<u>13</u>
<b>3. <u>OBJETIVOS</u></b>	<b><u>16</u></b>
3.1. <u>Objetivo General</u>	<u>16</u>
3.2. <u>Objetivos Específicos</u>	<u>17</u>
<b>4. <u>METODOLOGIA</u></b>	<b><u>17</u></b>
<b>5. <u>RESULTADOS DE LA INVESTIGACION</u></b>	<b><u>18</u></b>
<b><u>CONCLUSIONES</u></b>	<b><u>31</u></b>
<b><u>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS</u></b>	<b><u>34</u></b>

**ANÁLISIS JURÍDICO Y COMPARATIVO LA FORMA COMO SE HA  
LEGISLADO EN TORNO AL ALQUILER DE VIENTRE EN OTROS SISTEMAS  
JURÍDICOS RESPECTO AL CASO COLOMBIANO**

## RESUMEN

Al observar el desarrollo de la maternidad subrogada en Colombia, se encuentra que este negocio jurídico está en auge. En internet se encuentran avisos en que mujeres ofrecen este servicio, al igual que de parejas o personas que lo solicitan. Además, los medios han hecho artículos sobre este fenómeno en país, lo que evidencia que es usual esta práctica. La anterior situación se justifica en la existencia de una demanda por parte de las personas que quieren tener un hijo y no lo puede concebir, junto con la fuerte oferta de alquiler de vientres, que ofrecen mujeres que necesitan encontrar una forma de trabajo en el contexto de pobreza y desempleo colombiano.

Sin embargo, pese a su popularidad, este contrato no se encuentra reglamentado en Colombia. Método de la presente investigación será de carácter cualitativo porque se detallará todo lo relacionado con el marco normativo frente a la realidad objeto de estudio. Entre los resultados se destaca, la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada plantea un problema de incertidumbre sobre cómo solucionar los conflictos entre los derechos de las partes del contrato y los derechos del menor, en caso que exista un incumplimiento entre las partes del contrato.

Este problema se origina en el hecho que el régimen general de las obligaciones y las normas de filiación contenidas en el Código Civil no pueden dar solución de forma eficiente a un incumplimiento contractual, puesto que su aplicación podría lesionar otros derechos de las partes y del menor subrogado.

# ANÁLISIS JURÍDICO Y COMPARATIVO LA FORMA COMO SE HA LEGISLADO EN TORNO AL ALQUILER DE VIENTRE EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS RESPECTO AL CASO COLOMBIANO

Autor: *Kelly Tatiana Reyes Montalvo*

Fecha: 17 de junio de 2019

## Resumen

En el presente artículo se buscó hacer un análisis sobre la maternidad subrogada, y la incidencia que tiene en el país, sobre si es permitida o no, y en lo concerniente con el supuesto contrato entre las partes, pues no se puede hablar de contrato, porque no hay norma que lo regule como tal en el país.

De igual forma se busca hacer un comparativo con aquellos países que si permiten la subrogación de forma tácita y normativa, y de aquellos donde no hay una reglamentación exacta, pero tampoco es prohibida su práctica, solo debe contener unos limitantes que se estudiaran a fondo en el desarrollo del tema, su significado y postura más relevantes.

Del mismo modo, se realizó una investigación de tipo documental con un enfoque hermenéutico con el fin de identificar las normas a nivel mundial y nacional que regulan su práctica y como las partes debe cumplir la misma sin que afecten a ninguno de los dos, en particular a la mujer como vehículo entre la pareja como futuros padres y el hijo.

**Palabras Claves:** Alquiler de vientre, derechos humanos, incumplimiento, negocio jurídico.

## 1. PROBLEMA

El problema del presente artículo se centrará en como las parejas que desean tener un hijo lo pueden hacer de la madre subrogada y todo lo que ello conlleva en el país, ha sabiendo que no existe norma que los regule y tenga unos parámetros definidos para todos aquellos que desean realizar este procedimiento que en los últimos años ha tenido gran aceptación en el país y donde las mujeres se ven con la necesidad de recibir un dinero extra y alquilan su vientre.

Con la idea de ver cómo funciona la maternidad subrogada se dio a la tarea de investigar si existe en Colombia algún contrato que permita este vínculo entre las partes y ver si existe estipulado algún contrato, por si alguno llega a incumplirlo y que afectación pueda tener por su incumpliendo y ante qué entidad jurídica pertinente debe hacer el respectivo reclamo.

Para eso se base en un análisis hermenéutico en lo concerniente con el tema, tanto de la jurisprudencia como información en página oficiales que le brindaran apoyo al tema investigativo.

### 1.3 Planteamiento y Formulación del Problema

La presente investigación se relaciona de manera general con la subrogación uterina o alquiler de vientres que se busca la explicación de este tratamiento médico que de cierta forma es novedoso en Colombia y lamentablemente cuenta con muy escasa normatividad y a su vez información de accesibilidad para las personas que consiguen en este tratamiento la solución integral a su deseo de engendrar y realizarse como padres, es por esto que vamos a exponer un análisis legal comparativo.

Se desarrollará una temática jurídica como se ha planteado en las diferentes naciones en donde se ha constituido el tema de la madre subrogada como un método legítimo y legal de procreación, es de evidenciar que al igual que otros Estado se castiga penalmente este proceso artificial.

Cuando se habla de Subrogación uterina podríamos decir que es un fenómeno que a lo largo de la historia ha venido en aumento pero que lastimosamente en la actualidad no le damos la importancia suficiente ya que parece no tener relevancia para muchas personas, atreverse a decir que algunos motivos por los cuales se presenta este fenómeno de desconocimiento se pueden presentar porque no se puede acceder de forma rápida y espontáneamente a este tratamiento.

Para Parra (2016) enuncia a Bellver Capella;

*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 (Pág.4).*

Este se debe a la fácil accesibilidad a los documentos expuestos en el internet sin ninguna restricción sobre la información no verídica y necesaria, la carga que sufren las parejas al querer experimentar ser padres y el no contar con los recursos necesarios para acceder a los distintos tratamientos, por lo costosos o lo tedioso del tratamiento los llevan a buscar nuevas alternitas de llegar a concebir un hijo, por medio de otras técnicas o medios, idóneo más no ilegales en el país los puede llevar a enfrentarse a futuro un problema jurídico, donde no hay ninguna norma que permita efectuar un contrato veraz y valido entre las partes.

Al observar cómo se desempeña la maternidad subrogada en el país, se encuentra que este tipo de negocio jurídico está en auge, con un enorme crecimiento. En internet se encuentran avisos en que mujeres ofrecen este servicio, al igual que de parejas o personas que lo solicitan. también los medios han hecho artículos sobre este fenómeno en país, lo que evidencia que es usual esta práctica, más no permitida legalmente.

La anterior situación se justifica con la existencia de una demanda por parte de las personas que buscan por medio de esta práctica tener un hijo en su hogar y como las mujeres que ofrecen su cuerpo para dicho fin necesitan encontrar una forma de trabajo en el contexto de pobreza y desempleo colombiano.

Sin embargo, pese a su popularidad, esta forma de supuesto contrato no se encuentra reglamentado en Colombia, presentándose un vacío normativo en donde cualquiera de las

partes puede llegar a incumplirlo, aduciendo que se retractan de seguir con el mismo, bien sea la madre, que encariñarse con la criatura que esta por nacer como igualmente el que está pagando, por cualquier situación adversa que se le pueda presentar.

Es fundamental que en el proceso dos galenos juegan un papel supremamente importante y fundamental en la formación de las parejas en futuros padres, como destaca Moreno (2013) Los padres que solicitan el servicio de una madre sustituta deben demostrar médicamente que tienen un problema de fertilidad y que cuentan con la capacidad económica para asumir los gastos de la madre gestora y se les deja claro que el tratamiento puede fallar en los primeros intentos (Pág. 5). por medio de esta técnica, que es necesaria cuando se tiene complicaciones en la matriz de la gestante. La falta de compromiso de los mismos a la hora de revisar las posibilidades de engendrar antes de someterse a este tratamiento presentados por sus médicos no es el mejor Y no bastando con esto y aún más preocupante es la inoperancia de leyes encargadas de regular el presente tema.

según Hardee, Newman, Bakamjian, Kumar, Harris, Rodríguez y Wilson afirman que;

*En los últimos años, han evolucionado dos enfoques distintos pero que se complementan. El primero es un enfoque legal. Aplica los estándares de los derechos humanos, el sistema formal de la legislación internacional de derechos humanos para resaltar las obligaciones legales de respetar, proteger y cumplir con los derechos. El segundo es un enfoque centrado en el desarrollo más amplio. Se basa en los estándares y los principios de los derechos humanos y exige el cumplimiento de las “buenas prácticas de desarrollo” tales como la participación y la inclusión (pág. 21).*

La falta de regulación del supuesto contrato de maternidad subrogada plantea un problema mayor de incertidumbre sobre cómo solucionar los conflictos que se puedan presentar entre los ellos debido a la falta de reglamentación donde se obligue a los mismo a cumplir de forma cabal con lo pactado inicialmente. Este problema se origina en el hecho que el régimen general de las obligaciones y las normas de filiación contenidas en el Código Civil no pueden dar solución de forma eficiente a un incumplimiento contractual, puesto que su aplicación podría lesionar otros derechos de las partes y del menor subrogado.

#### 1.4 Justificación

La maternidad subrogada es un asunto que ha ido en aumento durante los últimos años, es así como algunos países del hemisferio tienen un sistema normativo, donde lo regula y por ende lo permite si ninguna para su práctica, en el entendido que por esta práctica no se puede recibir ninguna contraprestación a cambio, pues se considera quien la solicita este servicio es por necesidad.

Para ello se busca analizar la regulación normativa en países como Brasil, España, Israel, que a pesar de ser un país musulmán puede llegar a ser más abierto que otros del hemisferio, lo que se busca es identificar como funciona su sistema jurídico al permitirlo y que incidencia ha tenido en sus países,

Por lo tanto en Colombia no hay de antemano ninguna restricción con su práctica, ni existe alguna que la reglamente o condiciones su práctica, es por ello que puede en ocasiones que se presente discordia entre la pareja como contratante y la mujer como contratista en el evento que alguna de las partes no quiera continuar con el proceso, es decir tanto la mujer al momento de entregarlo, pues normativamente sigue siendo la madre del nacido y por otro lado la pareja que no desista de la pretensión del nacido.

Son situaciones que pueden presentar un vacío normativo debido a que las partes no tienen un contrato válido normativamente, ni tampoco que delito pudo haber cometido con la ruptura del vínculo realizado con anterioridad, el objetivo del artículo es identificar que está haciendo el Congreso por regular sobre el tema de la maternidad subrogada.

## **2. MARCO REFERENCIAL**

### **¿Y TÚ DE QUIÉN ERES?: Problemas actuales del Derecho de familia**

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES

Las recientes transformaciones de la familia, generalmente, se contemplan como una promoción de la vida privada. Una privatización de la existencia, marcada por una fuerte tendencia a la individualización de las relaciones y de las aspiraciones. La búsqueda del bienestar propio habría cobrado una importancia creciente, enfocado desde los valores de la libertad, la autonomía, el desarrollo personal y el derecho de cada uno a concebir su

intimidad familiar como le plazca. La privatización de la familia, por tanto, iría de la mano de su declive como institución. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, resulta ilusorio pensar que la vida familiar es hoy en día menos institucional que en el pasado. La diversificación de la relación y de las aspiraciones de las personas acarrea problemas inéditos y obliga a la necesaria actuación de los poderes públicos bajo nuevos enfoques.

Así las cosas, el jurista no encuentra en la aproximación terminológica a los diversos sentidos de la palabra familia las directrices que marcan las tendencias de la evolución actual del Derecho de familia: la igualdad y la libertad. La igualdad aún se enfrenta a grandes tareas pendientes, tanto en lo que respecta a la igualdad de género como a la igualdad de la filiación. La igualdad sustantiva entre hombre y mujer se confina en los roles indefectiblemente diferentes del padre y de la madre en la procreación. La igualdad de la filiación está condicionada por la diversidad de situaciones parentales. Aunque todos los hijos, formalmente, son iguales ante la ley, de hecho, su situación será muy diferente en atención a la relación entre los padres (casados, divorciados, solteros ...) En cuanto a la libertad, la de las parejas es plena, al menos, en tanto no tienen hijos. El Derecho vigila estrechamente la procreación y la educación de las generaciones futuras. Que ello no siempre se realice de manera satisfactoria e incluso que no se haya interiorizado que nuestro modelo postconstitucional responde a un modelo de autoridad, no significa que no existan los condicionantes y que estos no se revelen, a veces, como insoportables. En particular cuando se oponen a las concepciones de los padres. Para las opciones de la vida en pareja la libertad se amplía, mientras que se estrecha el imperativo social respecto del cumplimiento de las obligaciones y deberes para con los hijos. Al margen de cualquier otra consideración, cada uno tiene una experiencia de la familia: la de su propia familia. En todo tiempo y lugar la familia es vínculo, vínculo de parentesco. Ninguno de los grandes cambios de nuestra época supone una modificación de esta percepción, permanente y universal, de la familia, elemento durable y fundamental de la sociedad.

### **Maternidad subrogada Una mirada a su regulación en México**

Verónica Lidia Martínez-Martínez

El presente trabajo aborda el tema de la maternidad subrogada en México, a partir de sus antecedentes, marco conceptual y modalidades, pues estos constituyen las herramientas que nos permitirán comprender la heterogénea regulación expedida para legislar esta técnica de reproducción asistida, cuya problemática se expone en estas líneas.

A pesar de los innumerables ataques de los que ha sido presa la denominada maternidad subrogada, actualmente es uno de los métodos de reproducción asistida que se practica no solo en países en los que se encuentra legalizado su ejercicio, sino en los que se ha satanizado, al considerar que atenta contra la dignidad del ser humano y favorece el abandono, el tráfico y la venta de menores. El denominado alquiler de útero ha evidenciado el retraso que existe en el ámbito jurídico respecto a la regulación de su práctica y de sus efectos que impactan no solo en la esfera íntima de las personas que recurren a ella, sino trastocan el terreno público, derrumbándose la infranqueable dicotomía entre lo público y lo privado, de la cual diera cuenta Bobbio en su magistral obra *Estado, gobierno y sociedad*.

A partir de los antecedentes de la maternidad subrogada y de su aparato conceptual, que nos auxilian para entender esta revolucionaria forma de “crear vida”, la presente obra siguiendo el principio de jerarquía normativa consagrada en el artículo 133 constitucional analiza la forma en que México ha regulado el comúnmente denominado alquiler de vientre y los problemas jurídicos que enfrenta ante la disimilitud y deficiencia de sus ordenamientos jurídicos.

### **El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense**

*Camilo A. Rodríguez-Yong*

*Karoll Ximena Martínez-Muñoz*

*El artículo tiene como propósito identificar y presentar la experiencia de los Estados Unidos frente al contrato de maternidad subrogada. Esta experiencia tiene como características principales las siguientes: a) existe una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia, b) no hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica*

*del contrato, c) se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para determinar su validez, y d) la regulación del contrato de maternidad subrogada está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan del contrato. Igualmente, el artículo busca identificar los puntos comunes que existen entre esta visión y la postura colombiana en la materia.*

El desarrollo de la ciencia y la tecnología ha impactado de manera clara y profunda en todos los aspectos de la vida en sociedad. Sin duda alguna, los nuevos descubrimientos e inventos han traído como consecuencia que los seres humanos vivamos hoy en una forma muy distinta a la que lo hacíamos hace algunas décadas. En el campo médico, los avances científicos han sido particularmente importantes y significativos. Allí, año tras año, la sociedad ha sido testigo de la aparición de nuevas vacunas, procedimientos o instrumentos científicos encaminados a la cura o tratamiento de enfermedades físicas o psicológicas. La búsqueda de soluciones médicas al problema de la infertilidad de hombres y mujeres representa uno de los campos en donde se han presentado grandes avances, siendo uno de ellos los tratamientos de reproducción asistida. Desde este contexto, emergió la figura de la subrogación, la cual puede dividirse en tradicional y gestacional.

La primera se presenta cuando una mujer acepta quedar embarazada con la esperma de un hombre casado, y luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé fruto de ese procedimiento, se entiende que los padres del recién nacido son el hombre y su esposa. Por su parte, la subrogación gestacional existe cuando la esperma de un hombre casado se integra con el ovocito o huevo de su esposa, y el embrión que resulta de dicho procedimiento se implanta posteriormente en el útero de otra mujer. Estas modalidades también se conocen con el nombre de subrogación parcial y subrogación total.

## 2.1 Marco Teórico

Todas estas iniciativas internacionales se ubican dentro de los enfoques de la programación de salud pública y tratan de cumplir y de proteger a las personas basados en la norma, ya que las personas son autónomas e independiente de actuar como mejor consideren para coordinar su vida y la forma de cómo quieren conformar una familia y de concebir hijos dentro del hogar. con ello se busca garantizar de manera integral el respeto,

la protección y que se dé cumplimiento los derechos en los programas de planificación familiar.

Disecar el tema de la maternidad subrogada ha de ser relevante si se tiene en presente que en el país normativamente no existe unas reglas jurídicas que la permitan o las prohíba, para ello se han ideado un supuesto contrato, referirse a un supuesto contrato se debe a que no hay una norma superior como aducía Kelsen que obligue a ella o viva en subordinación sobre otras.

Dicho esto, se generó un vínculo entre las partes, donde la mujer que ofrecerá su vientre para la gestación, será denominada como contratista, con la labor de alimentarse bien, descansar bien, realizarse los respectivos chequeos médicos en pro del bienestar tanto de ella como del que esta por nacer, en fin, debe cumplir a cabalidad con una serie de momento durante todo el embarazo y postparto.

Pero así mismo en este vínculo se tiene la contraparte, quien será quien contrata el servicio de la madre sustituta o gestante, a cuál deberá entregar al recién nacido a sus futuros padres, quien efectuaron una contraprestación salarias por dicho servicio, con el agravante de que la madre biológica está en la obligación, (plasmada en el supuesto contrato) de no hacer ninguna clase de reclamo, del hijo. Esta forma de reproducción asistida la deja claro López y Amado (2014) cuando destacan a Álvarez y Burbano al afirmar que es

*aquella que logra los mismos resultados que la reproducción natural (fecundación, embarazo, nacimiento) pero sin la intervención de la cópula o unión sexual entre un hombre y una mujer, sino mediante el uso de técnicas médicas y científicas que son empleadas cuando la unión sexual o no es posible o no conduce a los resultados necesarios para lograr el nacimiento de un ser vivo (p. 8).*

La maternidad por subrogación uterina, según Rojas, Medina y Torres (2011) la consideran como un método ampliamente utilizado a fin de suplir los casos de infertilidad de pareja con el fin de permitir el desarrollo y la integración de la familia como derecho fundamental en la mayoría de los estatutos constitucionales internacionales (Pág. 8). A nivel nacional se toman los estatutos normativos y el derecho de familia como base teórica del presente desarrollo investigativo.

Según, Cárdenas (2014) señala la maternidad subrogada o alquiler de vientre, definida como una forma de permitirle a las parejas que por algún motivo no pueden procrear, realizarlo por medio de avances tecnológicos y genéticos (Pág. 5). Debido a que algunos de los dos presentaron problemas genéticos o de salud que alteraron de alguna manera el condicionamiento normal del ciclo reproductivo y tanto el hombre como la mujer se ven afectado y por consiguiente en su hogar no podrán llegar a engendrar un hijo de la forma tradicional, viéndose por lo tanto obligados a buscar nuevos métodos o alternativas donde puedan tener un miembro (hijo) en su familia

En el entendido que la familia es la esencia de la sociedad como lo ratifica la constitución Nacional, buscando propender que dentro del mismo exista armonía comprensión, respeto, e igualdad. Por eso un tema como el alquiler de vientres puede ser particular para algunos, pero un tabú para otros miembros de la sociedad, que saben poco o nada del tema.

Según Parra (2016) al enunciar a 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 (Pág. 14)*

Es por ello que técnicas como el alquiler de vientre, toman cada vez más fuerza a nivel mundial, el problema radica cuando se desboca de la idea inicial de hacerlo con el objetivo de que la mujer que no pueda tener hijos los consiga por medio de este fenómeno cada vez más aceptado a nivel global. De conformidad con la historia, se dice que todo parte Estados Unidos cuando una pareja de esposos eran estéril y en su afán frenético por ser padres, lo anuncian en el periódico y por el cual ofrecían una prestación a cambio.

Es precisamente esa prestación salarial la que no se quiere permitir en el país, si bien en el 2009 la iniciativa fue hundida en el Congreso, lo que se busca es que se realice sin ninguna contraprestación económica a cambio de ella sino que sea de forma

gratuita, se evidencia según informe de Alejandro Valencia, se está llegando a cobrar por el alquiler de vientre entre 4.000 y 10.000 dólares, para las mujeres que quieran hacer parte de este contrato inverosímil.

Por eso, en la presente investigación se busca identificar todo lo concerniente si se están violando los derechos tanto de la madre gestora que es la persona que alquila el vientre y el recién nacido para que no se convierta el Estado colombiano en un comercio ilegal de seres humanos, pero hasta la fecha no existe consenso jurídico claro en este tema.

El problema de la maternidad subrogada, es precisamente su contexto para ello Banda (1998) expresa que

*La mujer, siendo incapaz de desarrollar el embarazo, alquila a otra para que la sustituya en dicha función, situación que, sin embargo, podría ocurrir no solo en el caso que haya una verdadera incapacidad por parte de la mujer que desea procrear, sino que, estando capacitada para ello, no desea que el proceso de la gestación del nuevo ser se desarrolle en su propio cuerpo. (Pág. 5)*

En Colombia para que se pueda dar dicho fenómeno la mujer debe tener problemas fisiológicos que comprometan sus células sexuales del embarazo, es decir que sea estéril e imposibilitada de poder tener un hijo.

### 3. OBJETIVOS

#### 3.1 Objetivo General

Evaluar la política colombiana actual frente a la subrogación uterina a fin de determinar la viabilidad de su aplicación en comparación con los países donde ya se implementa de manera legal

### 3.2 Objetivos Específicos

1. identificar la legislación vigente de la subrogación uterina en los países legalmente constituida.
2. Comparar la política internacional de la subrogación.
3. Evaluar la aplicabilidad de la subrogación uterina en el marco legal vigente en Colombia.

## 4. METODOLOGIA

La presente investigación gira en torno a la maternidad subrogada por parte del Estado colombiano., será estudiada desde un enfoque hermenéutico como lo expresa Ángel (2011) al enunciar a Stake,

*hay elementos que la acercan a los postulados hermenéuticos, puesto que el interés se centra en el caso, que la explicación de este no se remite a una teoría con pretensiones de universalidad y*

*asume una ética de la interpretación como la forma de aproximarse a los hechos (Pág. 14)*

porque se buscará interpretar de manera clara la normatividad existente y relacionada con el objeto de estudio, aun sabiendo que el dilema puede tener una connotación muy subjetiva en la sociedad debido a que no todo el mundo está abierto a esta práctica de la subrogación materna, cuando hay en juego no solo la vida la madre, sino también del que está por nacer.

Método de la presente investigación será de carácter cualitativo porque se detallará todo lo relacionado con el marco normativo frente a la realidad objeto de estudio, es decir;

se analizó desde la jurisprudencia sobre que se dice del tema en particular, también se indagó en páginas que brindaran apoyo histórico y normativo de este fenómeno a nivel mundial y la incidencia que tiene socialmente.

La población y muestra de la presente investigación serán las leyes y jurisprudencia a nivel nacional e internacional, con el fin de analizar de manera documental todo lo relacionado con la maternidad subrogada.

También se debe a los diferentes artículos científicos relacionados con las madres subrogadas tanto a nivel internacional como nacional se puede tener una idea clara de la aceptación o no en naciones donde el vacío normativo persiste como en Colombia, con el objetivo de identificar si hay un pronunciamiento claro del mismo.

De acuerdo al análisis documental realizado en el campo internacional donde algunos Estado si acepta el tema de las madres subrogadas bajo unas condiciones normativas en relación al cuidado tanto de la madre sustituta como del que esta por nacer, velando de ante mano la protección de los derechos humanos.

El análisis documental se realizó con las principales leyes y normas de cada nación donde se establecen los aspectos generales del tema objeto de estudio para tener una idea más clara y precisa de la aceptación, de las limitaciones o no de esta práctica comercial de alquileres de vientres.

En algunas naciones árabes el factor religioso prima por encima de las leyes generales y se han establecidos algunos parámetros normativos de orden científico para permitir el alquiler de vientre, sí que afecte de antemano la religión y sus principios morales, todo por estar abierto al mundo sin mirar tan siquiera aquellos aspectos que pueden albergar la identidad de una religión y de un país.

## **5. RESULTADOS DE LA INVESTIGACION**

El crecimiento de la sociedad ha traído con sigo un fenómeno muy inquietante en la sociedad en particular para aquellos que no han podido ser padres por diversas situaciones

biológicas o fisiológicos que han visto en su organismo alterado y por ende cohibidos a ser padres, y aun teniendo la posibilidad de adoptar un niño, no desean recurrir a esta práctica, legal y permitida de forma tajante por la norma.

Es por ello la figura de la maternidad subrogada para alguno, madre gestante sustituta para otra, alquiler del vientre, en fin tiene una variedad de connotaciones y definiciones para referirse al tema que las miradas se han volcado desde todos sectores sociales, ya sean religiosos, políticos, conservadores, con la idea de poner un alto por un lado y una normatividad por el otro, países como Alemania, Brasil, Israel, entre otro con una mente más racional y predispuesta al cambio al decidido legislar por este tema y tienen una reglamentación permitida, con el fin de que esta práctica no se vuelva ilegal y que se genere tráfico de niños a futuro.

Pero, así como existen países que tienen definido su futuro a las madres subrogadas, también existen otros como lo es Estados Unidos, donde el mismo es permitido y prohibido al tiempo, al ser una Estado confederado, es por ello que legislar abiertamente sobre el tema tiene su condicionante.

Por otro lado se debe tener en cuenta la esencia de todo, la vulnerabilidad de la mujer en este aspecto, es decir, muchas de ellas pueden realizar esta práctica desde el aspecto económico, que pueden llegar a recibir por las personas que los contratan para ejercer dicha práctica, sin embargo hace falta la mediación de una mujer, es decir con una condiciones de salud excelentes para llevar el embarazo en buen término, que hará posible el nacimiento de un nuevo ser en una condiciones de salud adecuadas, según los estereotipos de sus padres, no se puede prescindir que en evento la madre sufra alguna enfermedad y se vea comprometida la vida del que esta por nacer.

Si bien los avances de la a medicina pueden lograr detectar alguna anomalía en el embarazo, también es cierto que se pueden llegar a prevenir con una adecuado control prenatal, a llevar a cabo este medio materno por el intercambio económico, estará condicionando a la madre gestante a que no pueda ejercer ningún reclamo posterior, pues se considera en Colombia que la mujer subrogada sigue siendo la madre del nacido, vacío jurídico que se intentará desarrollar a continuación

Es por ello que Bernal (2013) enuncia a Castillo;

La aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en el mundo se está desarrollando una situación en particular, como lo es el alquiler de vientre o maternidad subrogada, que se concibe como la sustitución del estado o calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer de quien procede el óvulo o mujer gestante (Pág. 10)

### ***Legislación vigente de la subrogación uterina en los países legalmente constituida***

***Colombia.*** De acuerdo al marco normativo en torno al Código Civil la maternidad subrogada es considerada algo ilícito, aunque no haya una ley específica se juega de forma directa con entrar a vulnerar los derechos de la mujer que presta el vientre y al mismo del nuevo ser que viene en camino.

Es evidente la cantidad de publicidad que viene creciendo de mujeres que puede prestar su vientre para esta clase de maternidad subrogada, aunque se hace de manera ilegal ya sean presentado algunos inconvenientes por el no pago o por problema de salud que deba enfrentar la mujer que se encuentra en estado de embarazo, la mayoría lo hacen más por necesidad que por solidaridad, como lo permite la ley.

Para la Corte Constitucional en sentencia T-968 de 2009 deja claro que si bien esta práctica no se encuentra del todo reglamentada la misma no está prohibida en el paso, y para ello destaca el artículo 42 de la Constitución sobre la familia y el artículo 1602 del Código Civil, teniendo en cuenta el consentimiento libre, capacidad, objeto lícito y causa lícita.

Dejando perfectamente claro que la madre del niño sigue siendo la progenitora y no la madre que lo ira adquirir, este fenómeno en el país se puede dar siempre y cuando la mujer tenga al problema fisiológico, que la madre que va a ser la gestante no reciba ninguna remuneración a cambio, es decir; algún tipo de lucro, sino que lo hace por ayudar a otra persona, reservación de identidad de quienes van a realizar esta práctica y de ante mano que la madre gestante no se llegue a retractar de la entrega del menor y por ende que los padres biológicos lo acepte

***España.*** con la Ley 35 de 1988, regulaba lo concerniente a la práctica in vitro y, junto con el Código Penal dieron vía y el trámite necesarios y aceptados al tema de las madres

subrogadas, con el fin de regular penalmente los encuentros ilegales que no sean en centros de salud donde existe personal con experiencia y calificado sobre este tema y demás formas asistidas. El Código Penal de España prohíbe tajantemente los comerciales clandestinos de la alquiler de vientre, para lo cual las mujeres deben asistir a un centro de salud para realizarse los exámenes correspondiente y así llena un formato para estar en lista de espera con la pareja o mujer que desea tener un bebe con el alquiler de este servicio asistido por profesionales.

La mujer que se presta recibirá un porcentaje del costo total del contrato y no podrá exceder a más de tres (3) partos en menos de diez años. Las solicitantes no deben tener ninguna enfermedad hereditaria como diabetes, tuberculosis, del hígado, de los riñones y no ser mayores de cuarenta (40) años. Desde el 2006 la Ley 14 permite la Técnicas de Reproducción Humana Asistida,

**Brasil.** Si se acepta, de conformidad con la Resolución CFM N° 1.358 de 1992 y puesta en marcha por el Consejo Federal de Medicina, regulando la gestación sustituta y los sitios donde se podrían practicar dichos procedimientos sin poner en riesgo la vida humana y sobre todo la de la mujer que va alquilar el vientre, junto con un salario pactado con la pareja que la contrate y queda como garante del contrato mercantil de la madre subrogada el centro de salud, esto se hace para que no hayan inconvenientes a futuro.

Uno de los requisitos que exige la ley es que entre la madre gestante y la madre biológica debe existir un vínculo de consanguinidad hasta el segundo grado de parentesco, los demás casos estarán sometidos a previa autorización del Consejo Regional de Medicina.

**Alemania.** La ley 745/90 sobre protección del embrión sanciona con una pena privativa de la libertad, al que fecundara por medio artificial o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego su nacimiento. Aunque existen excepciones cuando una mujer no puedo conceder dar a luz y una hermana o de consanguinidad hasta tercera se ofrece porque es familia cercana de la quiere dar a luz por primera vez. Pero deben someterse a muchos estudios de salud para evitar algún inconveniente en el feto o nuevo ser.

**República de Suiza.** En Suiza la madre subrogada está prohibida por el art. 119.2 de la Constitución Federal porque consideran que la práctica se convierte en mercantilismo de nuevos seres, al igual que las mujeres que se preste este servicio puede recibir una pena de diez (10) a quince (15) años de cárcel.

**Portugal.** En Portugal, por medio del decreto ley N.º 496 de 25 noviembre de 1977 dice que el marido que consiente la inseminación artificial no puede negar la paternidad. Más adelante, el 23 de agosto de 1982 el art. 214 del C.P. plantea que quienes practiquen inseminación artificial a una mujer sin su consentimiento serán castigados con prisión. Pero si se acepta la maternidad subrogada siempre y cuando se realicen los exámenes de salud correspondientes a la mujer que va alquilar el vientre y que debe ser cercana de consanguinidad a uno de la pareja, la cual debe llenar formato de que lo hace de manera libre y autónoma.

**Australia.** En Australia de acuerdo a los Comités de investigación el rotundo rechazo en las distintas jurisdicciones, donde se expresan de manera general con graves reservas el impedimento de estas prácticas en torno a la alquiler de vientres porque lo ven más como un acto comercial, vulnerando los derechos del nuevo ser y la altruista, castigando la primera con prisión y permitiendo la segunda, no se acepta ninguna clase de publicidad en relación a este tema.

**Grecia.** En Grecia si se acepta, gracias a dos leyes como son: la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005. De igual manera, existen centros de salud privado que ofrecen este servicio junto con mujeres dispuestas al alquilar su vientre. Cuando la pareja son extranjeros debe de pagar un seguro que garantiza llevar a cabo todo el servicio hasta su nacimiento.

**Israel.** No hay una ley que regule este servicio, aunque tampoco una que la castigue por eso han existido a la alquiler de vientre entre familiares cercano a la pareja.

### *No existe un marco regulatorio claro sobre la maternidad subrogada*

**República de Colombia.** En Colombia solo se encuentra dos sentencias que son la T – 641 de 2001 y la T 986 de 2009 que se ha manifestado de la práctica sin que exista una

aceptación clara, ni de una prohibición expresa de penalizarla, aunque el Código Civil expresa que existen otros procedimientos científicos donde puede entrar a operar, pero deja claro que no se pueden hacer ninguna clase de experimentos con ellos mismo, mucho menos comercializarlo como si fuera un servicio de salud.

*Argentina.* En Argentina, también no existe una normatividad relacionada con la madre subrogada, en la práctica ésta se realiza, según destaca Blanco (2011) aunque mediante varios subterfugios como la impugnación de la maternidad o el reconocimiento por parte del marido que brinda sus gametos y, por lo tanto, esta persona no incurriría en un reconocimiento complaciente al ser, efectivamente, el padre biológico y procediendo después su esposa a solicitar la adopción de integración. (Pág. 10).

Pero además Carbajal (2014) destaca Vélez Sarsfield cuando afirma al redactar el código civil argentino que

*La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstetra que haya atendido el parte de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo (Pág. 18)*

Por lo tanto, habiendo un vacío normativo con los avances de la ciencia y de la misma sociedad para esta clase de asuntos

Países como Canadá donde no existe una reglamentación explícita, si deja claro que la misma debe ser debatida y legislada con el propósito de que a futuro como lo pudo expresar en el informe Ontario haya tropiezos entre las partes por el supuesto contrato puesto en marcha entre las partes y la intolerancia de alguno de ellos por no quererlo cumplir a cabalidad.

De Estados Unidos, se puede decir que la legislación sobre este tema es más compleja por que como estado federado, algunos la permiten, pero otros la prohíben rotundamente, porque ven en ella una práctica ilegal como negocio mercantil donde la dignidad de la mujer

está en juego. Rodríguez y Martínez (2012), destacan uno del aparte del contrato de Luisiana;

*Contract for surrogate motherhood means any agreement whereby a person not married to the contributor of the sperm agrees for valuable consideration to be inseminated, to carry any resulting fetus to birth, and then to relinquish to the contributor of the sperm the custody and all rights and obligations to the child. Un contrato de maternidad subrogada significa un acuerdo por medio del cual una persona no casada con el contribuyente de la esperma acuerda por una contraprestación de valor ser inseminada, llevar el feto resultante hasta el nacimiento, y luego entregar al contribuyente de la esperma custodia y todos los derechos y obligaciones del recién nacido (Pág. 5)*

Siendo este un asunto sumamente delicado lo consideran que debe el mismo ser visto de las entrañas de la jurisprudencia con el fin de obtener datos exactos y verídicos para reglamentar su práctica de forma general en el país.

Se ha puesto en marcha una discusión no previendo algo sumamente importante ¿Qué es la maternidad subrogada? Ruiz (2013) destaca a Camacho

La complejidad del proceso, la novedad del mismo, todas las implicaciones éticas, morales, sociales, legales y la controversia, que se suele desprender de esta práctica, explica en parte la dificultad de encontrar un solo nombre. Los intentos por unificar la nomenclatura no parecen dejar contentos a todos y se sigue postulando maneras de nombrar esta nueva o para algunos no tan nueva forma, de traer niños al mundo, de hecho, se han llegado a revelar 17 nombres diferentes en español para referirse a la maternidad subrogada (Pág. 4)

Por otro lado, Amador (2010) afirma que la India es definida como

*an arrangement in which a woman agrees to carry a pregnancy that is genetically unrelated to her and her husband, with the intention to carry it to term and hand over the child to the genetic parents with whom she enters into a contract for surrogacy (Pag 8).*

Este fenómeno social, puede ocasionar entre los que desean ansiosamente se padres encontrar con otra situación adversa como lo puede ser el turismo reproductivo como asegura Cruz (2012) considerándose definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a los diversos tratamientos de reproducción. Este turismo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio (Pág. 17). En el que se ven expuestos aspectos íntimos del donante como lo deja ver Turner, Molina y Moberg (2000)

*La protección de la intimidad de estas personas dice relación con la prohibición a la publicidad y conocimiento por cualquiera de su participación en la reproducción asistida; pero respecto del hijo, este derecho debe quedar en segundo plano, ya que, como todo derecho, no es absoluto y debe ceder ante otro preferente, como es el que tiene toda persona a conocer su propia identidad biológica (Pág. 6)*

No se puede dejar de lado la preocupación que expresa morales (2010) sobre esta práctica, muy objetivo por unos, pero aberrante por otros. Para Cadavid y Barrera (2017), señalan como la Corte define la maternidad enunciando a Gómez 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” (Pág. 5).

El fenómeno de gestación por sustitución en el extranjero no es excepcional y hay previsiones de que aumente en el futuro. Hoy en día, es relativamente fácil que se contraten este tipo de servicios con múltiples empresas que, a través de Internet, ofrecen legalmente *madres sustitutivas* en el extranjero. Es más, los servicios de algunas de estas empresas están dirigidos expresamente a potenciales clientes con ciudadanía española. En este sentido, la *contratación de servicios de gestación por sustitución*, está llamada a aumentar en el futuro (Pág. 18)

Para Cardenas (2013) al destacar a Albornoz y Diaz sobre la subrogación aducen

Así la reproducción resulta siendo una necesidad que busca el hombre satisfacer por cualquier medio, y cuando se ve imposibilitado de hacerlo, es cuando vienen a efectivizarse las técnicas de reproducción asistida desarrolladas por la ciencia y la genética, y viene a concretarse un concepto claro de maternidad subrogada o alquiler de vientre, que es la *propia maternidad por sustitución, que será la concepción de un ser humano por una madre la cual ha llegado a cierto contrato el que se le otorga a terceros la custodia y todos los derechos que tenía sobre el menor* (Pág. 2)

Es decir, sensatamente, la subrogación puede ser una solución a futuro para aquellos padres que buscan como llegue un nuevo miembro a su familia, pero por situaciones biológicas no puede, permitiendo en primera una segunda alternativa como puede ser este método eficaz, pero lleno de vacíos normativos en el país.

Para Hernández y Santiago (2011) destacan como Antoinette Zedillo López expone argumentos;

A favor: La regulación o intervención del Estado viola el derecho de libre procreación y la privacidad. Noción de la libertad contractual. En contra: Degrada la paternidad por reducirla a una especie de cultivo. Las mujeres son reducidas a ser simples reproductoras. Se genera un lazo de unión entre la gestante y el feto, y obligar a entregarlo, apenas nace, podría traer consecuencias psicológicas negativas para el bebé (pág. 8)

Es importante tener en cuenta que la mujeres que realicen esta práctica debieran estar condicionados y que no se vuelve un negocio lucrativo por parte de estas mujeres que buscar por todos los medios dineros para subsistir ella y su núcleo familiar, es decir; la línea que se está pisando es tan frágil que la mujer puede llegar a tener una tranquilidad económica si ve que esta práctica de mujer subrogada la puede llevar a mejorar, su estabilidad emocional y economía con solo el deseo de querer engendrar una y otra vez sin ningún control por parte de las autoridades y del mismo Estado.

Es importante hacer un estudio de cuantos hijos puede llegar a tener una mujer en condiciones donde no afecte su vida y su integridad por estar constantemente en esta condición, es decir cada 2 o 3 años pueda llegar a realizar dicha práctica, porque es uno de los vacíos jurídicos que se puede llegar a contemplar.

En los tiempos de los abuelos, era normal y muy normal que una mujer llegara a parir 10 o 12 hijos durante su época de actividad hormonal con respecto a la tenencia de hijos, ellos sin ninguna remuneración a cambio, era el tipo de familia ideal, engendrar un gran número de hijos dentro de su hogar; en la actualidad existen mujeres con 6-8 hijos, más sigue siendo un número elevado de hijos y todo por brindar amor a su parejas o porque la misma deseaba tener una gran familia sin importar su condición económica.

El asunto tiene que ver cómo, se puede asegurar que la mujer tenga un control de no tener tantos hijos por medio de esta práctica no ilegal en el país, pero con un vacío no tenido en cuenta, se preocupa que la mujer pueda llegar a recibir una remuneración por dicha práctica.

Dicho esto, surgen los siguientes interrogantes ¿la mujer que realiza el embarazo subrogado está cometiendo un delito? ¿es prohibido en Colombia que una mujer tenga más de X hijos?, cuando se hace alusión de X hijos tiene que ver que no hay norma que prohíba que la mujer no puede tener sino 1 o 2 hijos con Y hombre, pero resulta que Y se fue o murió y la mujer consigue a Z como marido, comprendiendo que Z era soltero y nunca había tenido hijos, el caso hipotético lleva a que con X tenía 3 hijos de Y, pero como mujer Z este desea los suyos como amo y señor del hogar y la mujer sumisa y todo le da otros 3 hijos en el lapso de su unión.

Se puede pensar que la mujer no debiera tener más hijos y si Z consigue otra mujer y se va y la mujer lo que mejor sabe hacer es ser madre y se presenta una pareja con deseos de engendrar un hijo y no pueden y que dicha mujer es un fierro para parir y como accede a las pretensiones de los futuros padres, de aquí surge el otro interrogante ¿la mujer que tenga tantos números de hijos (no definidos normativamente) está cometiendo un delito? ¿Qué tipo de mujer es la más adecuada para realizar dicha práctica? ¿existe un contrato alterno con la mujer embarazada subrogada? ¿el mismo es

inviolable o intachables? ¿Se protegen los derechos tanto de la madre como del menor que esta por nacer?

Lo seguro y cierto es que ellas, no pueden llegar a ser vista como objetos no sexuales, pero como afirma se podrían convertir en madres reproductoras y no estarían cometiendo un delito, y teniendo ninguna alteración psicológica como se puede llegar a suponer, porque todos los seres humanos son diferentes, cuantas madres no abandonan a sus hijos o los dejan al cuidado de su madre y no vuelven y si lo hacen, es como si no los fueran parido y la apatía con ellos es total, viven preocupadas por aspectos más inverosímiles de la vida y preocupadas por si futura pareja, le es infiel.

El propósito es determinar como la madre subrogada no pueda llegar a encariñarse de la criatura que tiene en su vientre, si bien efectuó un pacto o vinculo contractual con los futuros padres, el organismo de la mujer cuando dentro en estado de embarazo, es muy susceptible y se debe estar presto a cualquier cambio hormonal o inicial que lleguen a poner en riesgo ese supuesto contrato, el cual en el país no se encuentra reglamentado ni redactado bajo unos parámetros normativos donde las partes deban respetarlo de forma cabal.

Según Bernal (2013) enunciando a Sanz las técnicas de reproducción asistida se puede producir una disociación entre sexualidad y procreación, entre procrear y la paternidad o maternidad, lo que pone en entredicho los conceptos clásicos de maternidad y paternidad desde el punto de vista biológico y jurídico (Pág. 4), es decir la línea de frontera están ínfima que se puede llegar a traspasar.

Pero así mismo Monroy (2013) enunciando a

Es una técnica que exige que una de las trompas de Falopio esté en condiciones adecuadas... la técnica consiste en la transferencia de los gametos masculinos y femeninos a las fimbrias de las trompas de Falopio por medio de un catéter, que en la forma clásica, contiene 25 microlitros de líquido folicular, unos cien mil espermatozoides por ovocito, una burbuja de aire para separar los gametos masculinos y femeninos, y 2 o 3 ovocitos para asegurar que al menos uno esté maduro para la fecundación... el contenido del catéter se deposita a través de las fimbrias de la trompa, a una distancia de 1,5 cm del tercio distal, para que se produzca

la fecundación in situ dentro de la trompa y el embrión formado se implante en el útero (Pág. 5).

### ***Mercado y contrato subrogado***

La implementación de estos sistemas, como métodos terapéuticos, en vista de solucionar un aspecto preponderante como lo puede ser el conformar una familia y que en la misma dentro de su núcleo familiar existan hijos, llevan a que en ocasiones los futuros padres busques alternativas como la in vitro o la maternidad subrogada con el propósito de amilantar esa pérdida que tienen en el hogar, teniendo en cuenta aspectos como la salud de la madre gestante, la forma como se va a realizar la inseminación artificial, en fin una cantidad de variables que los futuros padres deben tener presente para aminorarla los riesgos de posibles eventos deplorables a futuro.

Para León y Millán (2013)

El contrato de maternidad subrogada se practica en Colombia en consecuencia a algunos factores sociales que estimulan el desarrollo de la actividad. Por un lado, fenómenos como la pobreza, el desempleo, la falta de inclusión social de las clases oprimidas y la violencia que golpea a las mujeres colombianas hacen que este país sea un lugar propicio para la oferta de vientres, por el hecho que es una opción lucrativa y poco riesgosa para las mujeres marginadas en contraposición a la prostitución, el narcotráfico, las ventas ambulantes, el servicio doméstico entre otras actividades a las que habitualmente estas (Pág. 16)

La acogida que ha tenido en el país de la maternidad subrogada ha sido interesante, en el entendido que cada vez más las familias que no podrían tener un hijo en su hogar lo buscan por métodos diferentes, legales y que no se ponga en riesgo la vida del futuro ser. Lo primero que debe tener presente quien desee buscar esta práctica es si esta vulnerado el derecho o no de las personas, en este caso en particular de la madre gestante y seguidamente del nasciturus.

Debido a que se pueden presentar muchas ofertas en internet que se ofrecen mujer como madre subrogada, que se alquila el útero, en fin una variedad de sintomatologías, donde las mujeres madres cabeza de hogar son las que más prestan este servicio, no existen estadísticas del número de mujeres que el país puedan estar realizando esta práctica y con qué frecuencia lo pueden hacer, el motivo de su causa etc., lo realmente cierto es que la mujer está alquilando su vientre por una remuneración salarial, muchas se encuentran en condiciones económicas deplorables y sus hijos están pasando necesidad igual que ellas, llevándolas a realizar dicho procedimiento.

Otra peculiaridad que se debe tener en cuenta es si no existen mafias que buscan controlar el mercado de la maternidad o el embarazo subrogado, con el fin de lucrarse a costas de las mujeres que más necesidad tienen, ya que algunas de ellas no saben ni manejar redes sociales, por ende estos sujetos las ofrecen y le pagan un valor menor al contratado, se dice y se recalca nuevamente porque no hay datos exactos por parte de ninguna autoridad nacional que los extranjeros están buscando en el país madres sustitutas con el propósito de ellos ser padres, debido a los bajos costos que pueden llegar a conseguir y la facilidad del mismo, además previendo que en el país no existe una reglamentación estricta como tal.

Las autoridades nacionales solo han efectuado un pronunciamiento fugaz, en donde afirman que esta práctica no es ilegal siempre y cuando la mujer la realice sin ninguna contraprestación a cambio, es ilógico que alguna de ellas vaya a decir que sí, que efectivamente ella está actuando como madre subrogada, que la contrataron con X cantidad de plata, a una pareja extranjera, debido a su condición económica aceptó.

Pero es que además de no haber norma expresa para realizar dicha práctica, solo se presume de la buena fe de las partes, de igual manera no hay una reglamentación basada en cómo deben actuar las partes, es decir; la mujer hace contacto con la pareja que desea ser padres en un futuro y llegan a un acuerdo económico por dicho alquiler del vientre y ellos se podrán llevar al niño en los primeros días de nacido, se estipulará dentro del primer mes como tal.

Este vínculo contractual realizado entre las partes no tiene ninguna anomalía están actuando las partes de buena fe, en el entendido que la mujer presta su servicio a cambio de un contraprestación, durante el trascurso del embarazo, se puede aducir que la madre se fue encariñando de la gestación y por ende su hijo no nacido, y este nace sin ninguna complicación, fuerte y vigoroso como dicen los abuelos, y no entrega el nacido a la pareja que la contrato para su servicio, pero tampoco devuelve dinero alguno por dicho evento. Surge nuevos interrogantes ¿a qué autoridad nacional debe recurrir la pareja que contrato la madre subrogada para que le devuelva el hijo, pues ellos tienen dinero y no les interesa su devolución? ¿el vínculo contractual realizado fue violando en uno de sus acápite? ¿se puede entra a demandar legalmente a la mujer por incumplimiento de lo pactado? ¿tanto la pareja que contrato como la mujer cometieron un delito, pues la ley dice que se puede realizar si ninguna contraprestación a cambio?

Dicho esto, es de aclarar que tanto el uno como el otro pueden llegar a cometer incumplimiento en el vínculo o supuesto contrato que realizaron, la mujer debía entregarlo como se aduce por la ley, pero igualmente no tiene una camisa de fuerza que la obligara, y por otro lado la pareja incumplió igualmente por pagar por un servicio que debe ser gratuita y en necesidad de la pareja que busca su apoyo, pero igualmente para ellos no hay pena alguna por haber pagado a la mujer.

Las partes incumplieron totalmente, resulta que en el país hay son proyectos que buscan castigar quien pague y cobre por dichos procedimientos, que los mismo deben estar reglamentados, más no existe un borrador tácito que diga que la práctica de maternidad subrogada se debe realizar en estas u otras condiciones, que tanto a la madre como al hijo se le deben respetar sus derechos fundamentales, de integridad, intimidad, libertad, igualdad, vida digna, en fin no hay por el momento una idea clara de lo que busca el proyecto como tal y de como pretenden que sea su aplicación a futuro en la sociedad colombiana.

## CONCLUSIONES

De acuerdo a la presente investigación se pudo evidenciar que existe evidencia que, si se tiene algo de conocimiento sobre el tema, especialmente como alternativa más económica por cuestiones de pobreza, de marginalidad, de poca oferta laboral. También porque en internet existen anuncios de comercializar este tema y que las ganancias por hacerlo supera en algunas ocasiones las expectativas salariales, especialmente lo hace los extranjeros, puesto que el cambio del dólar a muchos de ellos les favorece.

Por eso, no es posible desconocer el contexto social colombiano a la hora de regular la maternidad subrogada, puesto que de allí se preverán los resultados de la eficacia de la regulación normativa. De allí que para optar por la prohibición o por la regulación en este tema, será necesario y recomendable contraponer estas posibilidades frente a la realidad de Colombia. Porque aquí, se utilizaría más como comercial que por causas de infertilidad, u otro inconveniente a la hora de gestar a una nueva criatura.

Al mismo tiempo, si existiría una alta demanda de alquiler de vientres, por el hecho que los padres comitentes generalmente son personas de una clase social media o alta, acudirían a un país donde esta práctica si sea legal o no este regulada. Es decir que ocurriría el mismo fenómeno que en España en donde las personas que quieren tener un hijo viajan a otros países en busca de una mujer que alquile su vientre. De Acuerdo a Cadavid (2017) y Barrera al enunciar a Monroy argumenta que, a diferencia del caso español, en donde los padres comitentes deben viajar fuera de Europa para encontrar una madre subrogada, casi todos los países de la región no están prohibida esta práctica por lo que las personas no tienen que gastar tanto dinero para ir a un país que ofrezca estos servicios (Pág. 41).

No obstante, Ruiz (2013) enuncia a Monroy manifiesta que la prohibición de la maternidad subrogada lesiona económicamente a las mujeres que actualmente ofrecen estos servicios, las cuales se verán obligadas a buscar otras formas de subsistencia en un contexto de violencia y subempleo. Así, las madres subrogadas podrían terminar ejerciendo la prostitución o participando en delitos, puesto que al estar marginada en la sociedad tiene pocas oportunidades de ejercer un empleo digno (Pág. 27).

Cabe destacar que en la presente investigación se pudo verificar que el alquiler de vientre en Colombia se está dando como actividad económica, más que por cuestiones de salud. De ahí que en internet se encuentran un gran número de sitios en los que mujeres ofrecen su vientre para concebir su hijo, al igual que parejas que buscan contactarse con madres sustitutas para hacer realidad sus deseos de tener hijos. Al mismo según Moreno (2013) tiempo existen diferentes clínicas o centros de maternidad entre otros tipos de organizaciones que brindan un servicio de intermediación entre las madres sustitutas y las parejas que desean tener un hijo, al igual que la asistencia técnico científica para la inseminación artificial o la fecundación in vitro.

Se evidencia que Colombia se presta ilegalmente para esta práctica, y eso se debe porque no existe una regulación o control amparado en una ley, decreto que estipule la forma de prácticas y bajo qué medida se establecerá en Colombia, con el fin de ir controlando todos estos aspectos comerciales, normativo, éticos, morales y religioso. Aspecto que muchos están aprovechando debido a la falta de reglamentación, solo se puede decir que normativamente la sentencia T-968 de 2009 rescato como la familia es núcleo fundamental de la sociedad, y las capacidades de los individuos ante cualquier situación de ejercer libremente su derecho de contratar.

Por lo tanto no hay prohibición reglamentada en Colombia que prohíba su práctica y su futura práctica, el arbitrio depende de las partes que estén en juego para dicho fenómeno social que día a día toma más fuerza en el país y que como tal las mujeres más vulnerables se encuentran en el dilema de alquilar o de seguir alquilando su vientre, debido a que no hay evidencias clara y veraces que digan que una mujer, alquilo su vientre en más de una ocasión, debido a que no reglamento que se los prohíba es decir, uno de los puntos a tener en cuenta en que si la mujer realiza dicho procedimiento una tan solo una vez quede, totalmente vetada para que lo pueda seguir ejerciendo a no ser que sea un vínculo directo y familiar.

Considerando que la ley permite y no dije a quién ni en qué condiciones son vacío permeables en la sociedad, que se esperan puedan ser resueltos en un tiempo no muy lejano, porque está en riesgo la vida de las mujeres colombiano por permitir lo que no debiera ser

permitido por doquier, sino que por el contrario deba ser reglamentado con bases sólidas y fuertes en el país.

No se puede dejar de comentar el vínculo entre las partes el cual tiene un capítulo aparte por su connotación y sabor porque tanto contratante como contratista pueden verse afectados y ninguno de ambos puede llegar hacer una reclamación directa, ni bajo que modalidad fueron afectados, solo se espera que haya un consenso viable donde la igualdad, equidad y respeto sobre la mujer prevalezcan.

### REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Banda Vergara, A. (1998). DIGNIDAD DE LA PERSONA Y REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. *Revista De Derecho*, 9(1), 7-42. Consultado de

Bernal Crespo, Julia Sandra. (2013). Reproducción asistida y filiación. Tres casos. Abogada de la Universidad de los Andes, Doctora en Derecho de la UNED (Madrid)

Blanco Morales Limones, Pilar. (2011). ¿Y tú de quién eres?, Lección inaugural de la Universidad de Extremadura, curso académico.

Cardenas, Rodrigo. (2013). Debate de la maternidad Subrogada. *Revista clínica del Rosario*. N° 12 Volumen 5.

Cárdenas, L. (2014). Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano. Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas de Aquino, seccional Tunja.

Corte Constitucional Sentencia T-641 de 2001 M.P Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional Sentencia T-968 de 2009 M.P María Victoria Calle Corre

Hardee, K., K. Newman, L. Bakamjian, J. Kumar, S. Harris, M. Rodríguez, y K. Willson (traducido por Doris Sepliarsky). (2014). *Programas de Planificación Familiar Voluntaria que Respetan, Protegen y Cumplen con los Derechos Humanos: Un Marco Conceptual*. Washington, DC: FuturesGroup.

- Hernández Ramírez, Adriana y Santiago Figueroa, José Luis. (2011). Ley de Maternidad subrogada del Distrito Federal. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 132, Sección de Estudios Legislativos. P1344 Disponible en:
- León Velez, Katherine y Millán Forero, John Wilson. (2013). El futuro de la maternidad subrogada en Colombia: una perspectiva desde las experiencias de España y México. Especialización en derecho de familia. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.
- Moreno Castañeda, Richard. (2013). Alquiler de Vientre, una opción para dar bienestar y alegría a otros. En: Revista aló. Disponible en: <http://alo.co/belleza-y-bienestar/alquiler-de-vientres-en-colombia>
- Rojas, P., Medina D., Torres L. (2011). Infertilidad. Hospital General Universitario "Dr. Gustavo Alder Eguía Lima", Cienfuegos, Cienfuegos, Cuba.
- Parra, C (2016). Implicaciones en materia penal de la maternidad subrogada en Colombia. Universidad Militar Nueva Granada, 1-40
- Ángel D (2011). La hermenéutica y los métodos de investigación en ciencias sociales. Universidad Autónoma de Manizales, 1-29
- López, K., Amado, C. (2014). Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada. Revista de Derecho Privado, núm. 52, julio-diciembre, 2014, pp. 1-18
- Carbajal, R. (2014). Análisis de la maternidad subrogada en Argentina. Una mirada extensiva a países de América Latina. Universidad de San Andrés, 1-82
- Rodríguez, C., Martínez, K (2012). El contrato de la maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. Revista de Derecho Vol. XXV - N.º 2 - Diciembre Páginas 59-81
- Ruiz, Rocío, (2013). Maternidad subrogada. Revisión bibliográfica. Universidad de Cantabria, 1-36
- Amador, Mónica. Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. Universidad Jawaharlal Nehru, India. CS No. 6, pp. 193-217,
- Cruz, J. (2012). Maternidad subrogada. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988-X, vol. XXX, 641-653

Turner, S., Molina., Moberg R. (2000) TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA. Una perspectiva desde los intereses del hijo. REVISTA DE DERECHO VOLUMEN XI, 1-14

Morales, Pilar (2010). ¿Y TÚ DE QUIÉN ERES?: Problemas actuales del Derecho de familia. Universidad de Extremadura, 1-32

Cadavid, k. Barrera, A (2017). Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema, 1-28

Monroy, J. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. Verba Iuris 30 • p. 135-150 • Julio - diciembre ISSN: 0121-3474