

Falta de regulación de la maternidad subrogada en Colombia

Alan David Delgado Fajardo

CC 1192744840

Código estudiantil: 20192117225

Correo institucional: Alan.delgado@unisimon.edu.co

Laura Daniela Escobar Quintero

CC 1007327079

Código estudiantil: 20201125244

Correo institucional: laura.escobar1@unisimon.edu.co

Carolina Andrea García Padilla

CC 1046872743

Código estudiantil: 200922217528

Correo institucional: cgarcia36@unisimon.edu.co

Martha Liliana Roa Julio

CC 1045237930

Código estudiantil: 20192119023

Correo institucional: Martha.roa@unisimon.edu.co

Cristian Javier Ojeda Romero

CC 1001920056

Código estudiantil: 201911100102

Correo institucional: Cristian.ojeda@unisimon.edu.co

Trabajo de Investigación del Programa de Derecho

Tutor:

Claudia del Carmen Llinás Torres

Resumen

Este artículo aborda las referencias científicas de la tecnología de reproducción asistida, las otras contestaciones legales a la ley, el concepto de gestación subrogada y gestación subrogada, y la relación entre sus diversas variables y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En Colombia, la única referencia legal a esta práctica es el avance de un proyecto de ley basado en una licencia reglamentada, y la sentencia T-968, emitida por la Corte Constitucional en 2009, define la gestación subrogada como: Dar cabida a que otra mujer sea madre, debe renunciar a todos los derechos sobre el infante.

Palabras Clave: maternidad subrogada, marco jurídico, Colombia, bioética.

Abstract

This article addresses the scientific background of assisted reproductive technology, the different legal responses to the law, the concept of surrogacy and surrogacy, and the relationship between its various variables and the jurisprudence of the Supreme Court of Justice. In Colombia, the only legal reference to this practice is the advancement of a bill based on a regulated license, and judgment T-968, issued by the Constitutional Court in 2009, defines surrogacy as: Making room for another woman to be a mother, he must renounce all rights over the infant.

Keywords: surrogacy, legal framework, Colombia, bioethics.

1. INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada hoy en día es una verdad indiscutible (Chiapero, 2012), en los últimos años se ha convertido en una oportunidad para que determinadas personas ejerzan sus derechos de paternidad.

En sí no contiene una idea desfavorable, si se le suman intereses económicos, experimentos científicos, intereses personales, la intervención del Estado es necesaria por las consecuencias del funcionamiento ilimitado del poder. En los años de 1970, los Estados del primer mundo han promulgado normas, reglamentos y ordenanzas que permitan organizar el matrimonio. mientras que los países tercermundistas no son nada especial en este sentido y en el caso de Colombia las leyes propuestas son pronto retiradas por falta de conocimiento y preocupación.

Sin duda esto es algo que perjudica de forma directa los derechos humanos y por supuesto la dignidad humana, o al menos así se afirma en varios países donde esta práctica ya está aceptada y legalizada. Por tanto, si se quiere dar una respuesta adecuada a esta interrogante y buscar la aplicabilidad constitucional en los marcos legítimos de COLOMBIA, es importante considerar cómo esta práctica perjudica tanto los derechos de los afectados, así como la dignidad en si misma de las víctimas, en especial de la madre. mujer embarazada y cómo partimos de este nuevo ideal para imaginar la aplicabilidad de esta práctica en la región sin colocar su novedad en lo ya sustentado en los libros que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

1.1 Metodología

Este artículo se enmarca en un enfoque socio - jurídico, ya que estudia un ordenamiento legal con vacíos normativos, como por ejemplo la problemática de la maternidad, la cual conviene profundizar para entender por qué, aun cuando en otros países, en particular el contexto latinoamericano, Se han producido avances significativos en la legislación y la jurisprudencia en esta materia. En Colombia no se ha avanzado, aunque los casos son evidentes y con base en la información recibida por la Corte Constitucional hacia el Congreso de la República.

El alcance de esta investigación también es ilustrativo, pues es posible plantear soluciones para considerar la problemática de la gestación subrogada en Colombia a partir del entendimiento de la ley y en especial del derecho comparado. un marco que en gran medida les conviene a todos los que participan en este ejercicio, es decir, la madre sustituta, la pareja interesada y el pequeño producto del contrato.

Este trabajo cuenta únicamente con fuentes de segunda, las cuales consisten principalmente en legislación tanto de nuestro país, así como de otros países, jurisprudencia local y exterior y artículos científicos divulgados en el contenido de revistas profesionales. Principalmente se utilizó como herramienta la inspección documental y el estudio de fuentes secundarias antes mencionado.

1.2 Falta de regulación en Colombia de la maternidad subrogada

La maternidad subrogada es un ejercicio basado en la libre decisión de los adultos en el ejercicio de sus derechos, sin causar daño a sí mismos ni a terceros, a las personas que la practican ni a la práctica misma, no puede ser enfatizada o cuestionada.

Todos los participantes y en general los interesados se benefician de que el niño nacido del mencionado congreso no nació, no se hizo el ejercicio y encontró quien lo acepta con gran amor; los padres aceptan la paternidad y tienen el derecho y de dar a su hijo todo lo que necesiten, y finalmente la madre sustituta la satisface para ayudar a los demás y recibir beneficios económicos por esta ayuda.

La falta de regulación es una característica del mundo real, actualmente pocos países regulan específicamente este

problema, lo que permite negarlo. Lo anterior es un ejemplo de mayor dificultad para la posibilidad que tienen para contestar en el momento necesario frente a las novedades que se presenten por consiguiente al surgimiento de las nuevas tecnologías (Marchant, 2011), debido a las limitaciones que tienen los creadores de la ley al momento de percibir los riesgos asociados a estas nuevas (Romero, 2009).

Como señala Millán Puelles;

“El valor humano es el mismo hecho radical que su alcance absoluto. Y relativamente, el respeto a ese factor personal es lo que intrínseca y objetivamente merece la acción real, que como tal no depende de su humanidad individual o histórica”. (Millán Puelles, op. cit. 98-99).

La subrogación es un tema muy complicado en estos días. Para algunos, esta es una práctica legal legalmente aceptable. Por tanto, los ordenamientos jurídicos tradicionales han entendido que los individuos, incluido el cuerpo humano y sus principales funciones orgánicas, es imposible que sean comercializadas en condiciones de objetos. Es así, que la autodeterminación que tienen las personas al momento de celebrar convenios mutuamente beneficiosos tiene sus límites. Legalizar la subrogación es comercializar un parentesco que en última instancia depende de una transacción financiera.

El avance tecnológico y científico han tenido un impacto claro y profundo en los aspectos más notables de la vida y la sociedad. Desde luego, los inventos y descubrimientos modernos han llevado a la gente a vivir hoy en día de forma muy diferente a como lo hacía hace veinte años. En el área de la salud, el avance de la ciencia fue particularmente importante y significativo. Allí la sociedad ha visto año tras año nuevas vacunas, métodos científicos o herramientas que pretenden tratar o curar afecciones biológicas o mentales. El fervor por hallar alivios médicos a los problemas de no fertilidad en ambos géneros es una de las áreas que ha tenido grandes avances, uno de los cuales es el tratamiento de la fertilidad. De este contexto surgió la gestación subrogada, que se puede dividir en tradicional y gestación. La primera ocurre cuando una mujer accede a estar encinta con el semen de un hombre casado, y cuando nace un bebé como resultado de este tratamiento, se piensa que los papás del neonato son un hombre y su esposa. La subrogación gestacional, por otro lado, existe cuando el espermatozoides de un hombre casado se fusiona con el óvulo o los óvulos de una mujer, y el embrión resultante del procedimiento antes mencionado se implanta luego en el útero de otra mujer. Estos métodos también se denominan desplazamiento parcial y desplazamiento total. (Rodríguez-Yong, C.A. & Martínez-Muñoz, K.X. 2012).

López Moratalla, mantiene que,

“En el ámbito de la reproducción artificial, creó una nueva expresión. Por ejemplo, el término "huésped" ha sido utilizado por la palabra "reproducción" para describir a un ser humano. López-Moratalla., N., “El cigoto de nuestra especie es el organismo humano”, Persona y Bioética, n°14, 2010, 122.

Así, según Morata, la transformación del lenguaje no es sólo un cambio superficial, sino más bien una premisa y una determinación para producir cambios profundos en nuestra comprensión de la realidad. Como es conocido, las modificaciones o métodos que existen actualmente en el campo de la reproducción humana son diversas.

Muchos de ellos corresponden a deseos e intereses que han podido adquirir legitimidad social y jurídica.

Por otro lado, este tipo de la maternidad ya ha dejado de ser una opción excepcional de las parejas que no pueden concebir, porque es una opción para todo aquel que quiere un hijo y no puede concebir de otra manera, por ejemplo, con los homosexuales. A pesar de que la técnica es muy costosa, ha recibido especial atención debido a que es la elección de muchos personajes famosos, aspectos importantes que deben ser reconsiderados al momento de legalizar esta práctica en nuestro país.

Por otro lado, hasta ahora, este tipo de maternidad ha dejado de ser una oportunidad excepcional, donde las parejas incapaces de concebir han aprovechado la oportunidad que se ofrece a todas aquellas que quieren un hijo, pero que no pueden darlo a luz. Se aplica, por ejemplo, a los homosexuales. A pesar de que la técnica es muy costosa, ha recibido especial atención debido a que es la elección de muchos personajes famosos, aspectos importantes que deben ser reconsiderados al momento de legalizar esta práctica en nuestro país.

(...) Lo cierto es que las expresiones de uso frecuente "mejorar la maternidad", "mejorar la maternidad" e incluso "mejorar el parto" adolecen de cierta transparencia en relación a lo que refieren. En primer lugar, no se trata de una gestante subrogada, sino de una "madre reparadora" porque implica contratar a una persona entera, no sólo su útero, para llevar a cabo el embarazo, cosa que no hace la empleada. no quieren o no pueden implementar. Tampoco me parece correcto hablar de “maternidad subrogada”, porque desde un punto de vista biológico y genético, la maternidad no es sustituible, ya sea que exista la maternidad genética (madre productora de óvulos) o la maternidad fisiológica (madre reparadora). Jouve de la Barrera, N. (2017). Aspectos biomédicos de la gestación subrogada. Cuadernos de Bioética, 28 (2), 153-162.

En cierto sentido, como induce Jouve, estamos llamados en los marcos legales a reconocer la racionalidad del lenguaje para que podamos llamar a las prácticas de gestión tal como son sin desvirtuar y tratar de contradecir la condición genética ya dada. en su entorno, incluidas las clínicas reproductivas.

Con base en lo publicado en esta sección, podemos considerar la gestación subrogada desinteresada en Colombia como una propuesta legislativa porque el ordenamiento jurídico colombiano ha entendido que las personas no pueden ser traficadas o tratadas como mercancías. según el punto de partida aceptado por muchos documentos internacionales entre ellos el Convenio Europeo Sobre Derechos Humanos (CEDH) y en la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano – por todo el Cuerpo Legislativo que modificó y la Orden Ejecutiva 2493 de 2004, relativa a la regulación de la

anatomía humana, ratificada por la legislación reciente en la ley 1806 de 2015.

Considerando que la figura de la gestante subrogada en Colombia no tiene un marco legal propio sin que esté explícitamente prohibida, también debemos mirar el tema desde el punto de vista del derecho penal nacional y al mismo tiempo constatar si la gestación subrogada está prohibida o no en nuestro país.

Rincón, decía;

"El uso de tecnologías de reproducción asistida no está prohibido en el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en el caso de la gestación subrogada"... Rincón, X. (2012). Bioética y derecho, ¿para y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia. Derecho PUCP, 69, 99-112.

Y en efecto, coincidimos en que la práctica central de nuestra investigación está permitida en Colombia por negligencia legislativa, considerando el contenido del artículo 42 de la Constitución Política, según el cual "los hijos nacidos fuera del matrimonio o fuera del matrimonio, adoptados o concebidos naturalmente o con ayuda científica es igualdad de derechos y deberes.

Es oportuno agregar que la Constitución Política de Colombia presenta una serie de ventajas y principios implícitos que incentivan la firma de alternativas, comenzando por la forma, fines y fines del Estado colombiano basados en el principio de El uso del estado, el principio de responsabilidad, la libertad desarrolla la personalidad.

En este caso, se expresa por la libertad de uno para dedicar desinteresadamente su energía y la suya con el único propósito de ayudar a su familia.

Un plan de vida para parejas con problemas de embarazo o infertilidad que quieren tener hijos respetando los derechos de los demás. En este sentido, los contratos de gestación subrogada no pueden considerarse ilegales porque no están expresamente prohibidos por la ley.

Según Surveillance,

"Existen alrededor de 25 centros especializados en el país que ofrecen tratamiento a parejas con problemas de salud reproductiva, incluida la aplicación de la subrogación en el marco de la tecnología reproductiva humana (TRHA). Sin embargo, este tema carece de un marco legal claro que establezca reglas claras sobre el alcance y contenido de los seguros civiles y en los casos penales, en los que necesariamente intervienen". IFFS Surveillance. (2016). Global Reproductive Health.

Dado que existen muchos centros que realizan análisis conducentes a procedimientos de gestación subrogada, es justo y necesario que el seguimiento se haga desde una perspectiva jurídica interdisciplinaria y que se genere una normativa para el eje de la práctica, pero antes de comparar experiencias internacionales, es necesario determinar qué regulación puede ser más adecuada a la realidad jurídica colombiana, de lo contrario se vulneraría la dignidad humana de la mujer y, por otro lado, se vulneraría la libertad de donar el propio cuerpo, el principio de solidaridad y el derecho de establecimiento . familia para aquellas parejas colombianas que no pueden reproducirse por razones médicas.

Estos descubrimientos tecnológicos en los campos de la genética y la biología han obligado a los legisladores a adoptar determinadas soluciones jurídicas basadas en determinadas normas éticas, en ocasiones contrarias a la ética personal o personal. Bueno, una de esas interpelaciones es el llamado "embarazo por desplazamiento". En la doctrina se han utilizado diferentes expresiones para describir esta realidad, siendo las más comunes gestación subrogada, gestación subrogada, alquiler de útero o gestación subrogada. Aunque la mayoría de los autores han elegido el término gestación subrogada, este término no está exento de críticas. Algunos autores argumentan que esto no es suficiente para incluir el supuesto de que la madre tiene un aporte genético, mientras que otros argumentan que la maternidad abarca una realidad mucho más amplia que lo que se denomina embarazo. (Souto, B. 2005).

Entonces, surgen ciertas dudas, ¿es la madre quien da a luz? ¿O es la madre la que proporciona el material genético, el cuerpo y el metabolismo para sustentarla a ella y al bebé en desarrollo, la que la acuna y alimenta mientras duerme y se ocupa de sus necesidades, o la que se hace cargo del recién nacido? lugar como ciudadano en la sociedad? ¿Todo lo anterior o solo algunos? Definir la maternidad y la paternidad como fenómenos complejos y dinámicos y sus diferentes enfoques y principios; vamos a tratar esta vez. Lo anterior esboza en detalle las razones que dan lugar a la gestación subrogada y su tipología. Otro aspecto preocupante que se abordó está relacionado con el Nasciturus y su estatus legal, el producto de la fertilización in vitro, que aún no es una persona en el sentido legal estricto de la palabra. (Richard, M.P. 2008, septiembre).

De acuerdo con Delgado Calva, Ana Soledad, en su escrito sobre "La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano" dice que:

La maternidad ha tomado nuevas formas a medida que avanza la ciencia, la subrogación involucra a dos mujeres que se cree que son las madres del niño, para determinar si eres madre o solo una, es necesario definir claramente qué es la maternidad. Maternidad se deriva de la lengua materna y significa "condición o cualidad de la madre". Hace referencia a la relación entre la madre y los hijos, porque una madre se define como "una mujer que se ocupa de los hijos, de su cuidado y educación, que es responsable para encontrarles una escuela, para vestirlos, lavarlos, alimentarlos, alimentarlos, etc. De esta manera, la gestación subrogada es un niño con dos madres, porque la madre no solo da a luz al niño, sino que también lo cría, lo cuida y lo alimenta.

Uno la dará a luz y el otro la protegerá por el resto de su vida. Pero ¿Cuál es más difícil de las dos? Así, la maternidad

se puede definir de cuatro maneras. La primera forma se debe a la etimología latina de la que procede, la segunda al sentido gramatical, la tercera y finalmente jurídica. Tanto la ley como la doctrina.

El 29 de julio de 2006, el diario El País publicó un artículo con el título "Diez mujeres ofrecen gestación subrogada en España". El subtítulo es aún más revelador: "La mayoría son extranjeros, se anuncian en Internet y regalan sus cuerpos por 15.000 euros". Sin embargo, esta no es una noticia sobre un tema obsoleto. A mediados de la década de 1970, comenzó a practicarse una técnica reproductiva comúnmente conocida como alquiler de úteros, y se usa con relativa frecuencia a pesar de la desaprobación legal generalizada. El conflicto ético-jurídico derivado de esta práctica no ha sido resuelto definitivamente en el ámbito estrictamente ético o jurídico, por lo que el problema resultante continúa con plena vigencia, sea realmente necesario formar un núcleo familiar o una empresa donde se trate a un menor. como una mercancía que tiene valor. (Souto, B. 2006).

Numerosas veces se pospone la protección del niño, prevaleciendo los beneficios de los padres y de intermediarios, olvidando que es el niño quien más necesita protección, porque él solo no puede proteger sus derechos. Finalmente, surgen conflictos entre los participantes de ART (tecnología de reproducción asistida), se les debe ofrecer soluciones de acuerdo al principio del interés superior del niño. (Turner, S., Molina M., Momberg, R. 2000).

Los reemplazos pueden variar. Por lo tanto, cuando se trata del material genético del bebé, una mujer embarazada puede agregar su propio óvulo fertilizado por el esperma de la pareja embarazada. (subrogación genética o tradicional) (Brandel, 1995; Perdue, 2011; Saito & Matsuo, 2009), o el material genético del tercer hombre pertenece a la gestante ya su pareja, por lo que el papel de la gestante se limita al útero (subrogación gestacional) (Ohs, 2002), o que el material genético implantado en la madre descienda de un tercero distinto de la pareja a la que está destinado. (Álvarez y Carrizo, 2014).

La gestación subrogada se clasifica en altruista y comercial en función de si la gestante la recibe o no. La primera ocurre cuando la madre no recibe pago o remuneración, o si lo es, se limita a cubrir los costos asociados al embarazo (Mclachlan y Swales, 2009). Comercial, en cambio, es cuando la embarazada recibe una compensación por sus servicios (Arneson, 1992), que puede ser en efectivo o en especie. Premiar la gestación subrogada ha sido rechazado en algunas doctrinas porque promueve la explotación de mujeres de escasos recursos y el turismo reproductivo (Espada, 2017). Así, para muchos, el reemplazo es aceptable solo si se realiza de forma gratuita o altruista (Valdés, 2017).

Sin embargo, en Colombia, la Corte Suprema reconoce este criterio al analizar el linaje en el tratamiento de la fecundación in vitro, por lo que parece que la teoría de la voluntad reproductiva también puede aplicarse a la gestación subrogada. Por lo tanto, en su sentencia de 2017 (SC6359-2017), la Sala de Casación Civil señaló:

En el caso de la inseminación artificial heteróloga, el niño no nace del apareamiento de los cónyuges, por lo que las decisiones de paternidad se toman sobre la base del consentimiento y no del hecho biológico, lo que requiere voluntad de entusiasmo, responsabilidad por la reproducción y crianza de los hijos, es decir, cuidar el papel de padre con todas las responsabilidades y derechos que conlleva.

Esta declaración deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil, es decir, debe provenir de una persona legalmente competente; estar de acuerdo con tal acción o declaración; que su consentimiento no sufra perjuicio y que sea para fines y motivos lícitos.

La presente declaración de intenciones tiene por objeto posibilitar que la mujer quede embarazada y que el hombre acepte la paternidad del hijo nacido como resultado de este procedimiento. El principal objetivo del consentimiento no es sólo que la mujer pueda quedar embarazada, sino que, una vez realizada la inseminación artificial, los padres tienen que asumir las consecuencias legales de su nuevo estado civil.

Como se puede apreciar, el desarrollo de las nuevas tecnologías en el campo de la inseminación artificial supuso el fortalecimiento del principio de la autonomía privada en el ámbito jurídico, que se caracteriza por el hecho de que sus disposiciones son principalmente disposiciones políticas públicas y por tanto más allá de lo humano. mando (Monroy)., 2012). También representa un mayor desarrollo del principio de autonomía de voluntad clara en el sentido de que no existen limitaciones a los ámbitos contractuales, sino que se extiende a otras áreas del derecho, como el derecho de familia (Torres, 2016).

2. CONCLUSIONES

Como bien se observó anteriormente, se muestra que la región no está exenta de sustitución. Por el contrario, en su práctica se descubre un evidente fin de tomar posición frente al personaje. Sin embargo, considerando las contradicciones y problemas éticos, morales, políticos y legales, el parlamento no implementó esta voluntad con la mayoría y la fuerza. Por lo tanto, aunque se han realizado varias propuestas, muy pocos países cuentan con normativa vigente en esta materia.

Si bien las características identificadas en este sencillo relevamiento pueden considerarse acordes o incondicionales, están marcadas por estilos o acercamientos que, son de origen legislativo jurisdiccional, y de cierta forma muestran la visión latinoamericana del fenómeno de otros, constituyen una buena entrada a la cual se puede identificar las buenas experiencias la futura cimentación de una política o norma nacional sobre gestación subrogada.

Asimismo, permiten a los países encontrar líneas partícipes, que puedan facilitar su acción común en la implementación de instrumentos internacionales o el establecimiento de una posición uniforme y en tribunales de esta naturaleza.

3. REFERENCIAS

- Rodríguez-Yong, C.A. & Martínez-Muñoz, K.X. (2012). Subrogación: la experiencia americana*. Revista de Derecho (Valdivia), 25 (2), 59-81.
- Souto, B. (2005). Una aproximación a la investigación de la gestación subrogada desde la perspectiva de las leyes biológicas. Foro: Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas, 1, 275-292.
- Congreso Richard (septiembre de 2008). Subrogación. Presentación en reunión virtual de consorcio. Principales problemas del país.
- DELGADO CALVA, Ana Soledad. "Gestión subrogada: derechos humanos reproductivos en la legislación mexicana".
- Macho, B. (en 2006). El dilema ético de la crianza subrogada humana. Subrogación. Feminismo: Revista del Centro de Estudios de la Mujer, Universidad de Alicante, 8, 181-195. • Turner, S., Molina M., Momberg, R. (2000). Apoyo a la ingeniería reproductiva humana. vista del interés superior del niño. Revista de Derecho (Valdivia), 11, 13-26.
- Sentencia T 968/2009
- ISAGS: Instituto Gubernamental de Salud de Suramérica. Sistemas de Salud Suramericanos: Desafíos para la Universalidad, Inclusión y Equidad. mayo de 2012. Disponible de Giovanella L, Feo O, Faria M, Tobar S. (orgs.)