

La maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano¹

Luisa Fernanda Quintero Betancur²

Jackson Alejandro Peláez Castañeda³

Juan Felipe Tovar Del Rio⁴

Resumen

El presente artículo de reflexión tiene como objeto realizar un análisis jurídico a la luz de la teoría contractual, con el fin de establecer que tipo de relación jurídica nace entre las partes involucradas en los contratos de gestación sustitutiva. Teniendo como punto de partida las brechas otorgadas en la Constitución Política de 1991, en sus artículos 13 y 42 numeral 6 y los parámetros definidos en la sentencia T 698 del 2009.

Palabras Clave

¹ Artículo como requisito de grado para Especialización en Derecho Administrativo y Constitucional, Fundación universitaria del Área Andina Seccional Pereira.

² correo electrónico lquinterobetancur@gmail.com, teléfono: 3105915051, Abogado Profesional.

³ correo electrónico jassonpelaez@hotmail.com, teléfono: 312 876 8152, Abogado Profesional.

⁴ correo electrónico juanfeipetovardelrio.jftdr@gmail.com, teléfono: 301 632 6313, Abogado Profesional.

Reproducción humana/ Esterilidad de la mujer/ Esterilidad en el hombre/ La inseminación artificial/familia.

Abstract

The present article reflection aims to carry out a legal analysis in the light of the contractual theory, in order to establish what kind of legal relationship arises between parties involved in alternative management contracts. Having granted gaps as a starting point in the 1991 political Constitution, in articles 13 and 42 paragraph 6 and the parameters defined by the Constitutional Court in judgement T 698 of 2009.

Keywords

Human reproduction / Sterility in man / Artificial insemination / family.

Introducción

La maternidad subrogada consiste en un contrato, en el cual las partes se obligan recíprocamente, a cumplir un acuerdo pactado: Una deseosa de ser padres, y la otra, que ofrece en alquiler su vientre y así, ser remunerada. Normalmente el neonato posee el código genético de los padres contratantes, pero puede suceder que solo cuente con el material genético del padre o de la madre.

La sociedad Colombia, actualmente afronta la difícil tarea de acomodarse a las nuevas tendencias que enfrentan a la tecnología con la cultura y la religión, rompiendo paradigmas establecidos, y es por ello que ocuparse de un tema como la maternidad subrogada, impone

una solución viable al vacío que, tanto a nivel a normativo, económico, cultural entre otros se presenta, en la Nación.

Los efectos jurídicos de esta figura, actualmente se encuentran incluidos en el ordenamiento colombiano, por vía jurisprudencial en la sentencia T-968 de 2009, pero la Corte se quedó corta, en el mecanismo de aplicación del contrato, si bien es cierto la Corte Constitucional, actuando bajo el principio de Colaboración Armónica, que trata el artículo 103 de la Carta Magna, son temas que por su complejidad sería mejor tratarlos en el legislativo como escenario democrático natural donde tienen la posibilidad de intervenir más ampliamente las distintas fuerzas políticas que representan a la Nación. Por la razón anterior, se hace imperioso, indagar sobre el mismo, en aras de proteger a las partes del contrato del cual se hace referencia, ya que este trasciende más allá del ámbito del derecho civil y de familia, evidenciando una clara mixtura, pues ocupa algo tan fundamental como el derecho a la vida, a una familia y otros derechos de nivel constitucional.

En Colombia, como se estableció previamente no existe una regulación específica por parte del legislador, esto quiere decir, que no es legal, pero tampoco ilegal y según lo planteado en la sentencia T- 968 de 2009, se evidencia un claro vacío en el ordenamiento jurídico en dos aspectos importantes: El primero tiene que ver con los derechos del Nasciturus y el segundo es la regulación contractual a la cual se deben someter las partes.

Se realizó un análisis de derecho comparado y se constató la legalidad de esta práctica en países como Estados Unidos, Francia y Reino Unido. En contra posición, en Naciones

como Australia y Canadá, solo es legal si no, se tiene un intercambio comercial, mientras que en España, Italia y Hungría es totalmente ilegal practicarla

A raíz de las problemáticas enunciadas con anterioridad y debido a la falta de regulación Normativa por parte del Legislativo Colombiano, aun cuando la Constitución Política permite ejecutar la práctica de alquiler de vientre, hecho que soporta en la jurisprudencia, surge la siguiente pregunta de investigación ¿Cómo está integrada en el ordenamiento jurídico colombiano la maternidad subrogada?

Con la finalidad de dar respuesta a esta pregunta de investigación se determina como objetivo general establecer cómo está integrada en el ordenamiento jurídico colombiano la maternidad subrogada. Al respecto, los objetivos específicos son los siguientes: (i) examinar los sustentos jurídicos de la maternidad subrogada; y (ii) identificar los orígenes y adelantos en el sistema jurídico colombiano.

Sobre el particular, el enfoque metodológico utilizado fue cualitativo y de carácter descriptivo, ya que consiste en la caracterización del tema abordado, llegando a conocer las actitudes y situaciones predominantes a través de la descripción de datos y el impacto de este en la comunidad a partir del uso de técnicas de recolección de información secundaria de tipo documental, en donde se obtuvieron y analizaron datos provenientes de documentos digitales e impresos así como otra serie de textos académicos con el fin de profundizar en la problemática planteada e intentar dar respuesta a la misma.

La maternidad subroganda en el ordenamiento jurídico colombiano

Norma	Descripción.
Art 13 C.P. <i>“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”</i>	Lo anterior quiere decir que todas las personas ante la ley son libres y gozan de igualdad de condiciones, lo que constituye el libre desarrollo de la personalidad y también al de la libertad de conciencia, y en este tema específico del artículo 333, que se refiere a la libertad en cuanto a la iniciativa privada de negocios en el ámbito jurídico
Art 42 No. 6 de la C.P, <i>“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados (...) o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”</i>	Del postulado anterior no se puede extraer la posición de la constitución respecto del contrato de gestación sustitutiva, aunque si la admisión de la práctica.
Del sustento constitucional anterior, se ha dado gran prevalencia a las normas internacionales que de una u otra manera incluyen el control de derecho interno, por dicho mandato de los artículos 93 que se refiere al bloque de constitucionalidad; y el artículo 94 de la aplicación de derechos, además de la obligación vinculante y la aplicación de tratados como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que investigan la no vulneración de los derechos del cuerpo en cuanto a la reproducción, como el amparo de los Derechos Humanos de los Colombianos, que trae consigo la aplicación del bloque de constitucionalidad.	

Marco jurídico vigente desde la analogía al Código Civil

En el código civil colombiano establece para que una persona que tenga un contrato y este se obligue por voluntad de ellas, es necesario cumplir unos requisitos que estén establecidos en el código civil en el artículo 1502:

1o.) Que sea legalmente capaz.

2o.) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) Que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) Que tenga una causa lícita.

Lo que más hace alusión o recalca en este artículo es la capacidad legal, tanto de la pareja buscar el alquiler del vientre, como de la persona que lo alquila. En el tema de la gestación sustitutivas, la pareja que desea alquilar el vientre debe gozar de una buena situación económica para cumplir con todos los requerimientos y necesidades que requiera la madre gestante en los 9 meses, y luego pagar lo pactado, por otro lado la madre gestante o persona que da en alquiler su vientre, debe ser apta de procrear, y después del embarazo, debe entregar él bebe desde el momento que nace.

Normas Concordantes

NORMA	DESCRIPCIÓN
Art.1494 Código civil colombiano	Concurrencia de voluntades
Art. 1495 Código civil colombiano	Un acto en que una persona se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer.
Art .1497 Código civil colombiano	A título oneroso, ambos se obligan y benefician
Art 1502 Código civil colombiano	Capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita.

Expuestos estos pilares se tiene en cuenta que, debe ser una pareja, mayores de edad, al igual que la madre sustituta, ambas partes deben de estar de acuerdo. Los padres se obligan a cubrir los gastos y pagar los perjuicios si fuera necesario. Por otra parte, la madre sustituta se obliga a dar el fruto de los gametos, a título oneroso porque como bien dice el código en el artículo 1497 una parte sufre el gravamen y la otra los beneficios por lo cual no sería justo, además de dejar en la ilegalidad los posibles eventos en que las madres

sustitutas lo hagan por necesidad, por lo tanto, es mejor regular este procedimiento y evitar la desprotección de esta población. Ambas partes deben ser mayores de edad, sin vicio en el consentimiento, el objeto del contrato será el fruto de los gametos, no él bebe y la causa será la ansiada paternidad de los padres contratantes de la gestación sustitutiva.

Teniendo como característica de la maternidad subrogada, se puede decir que es un contrato de arrendamiento de gestación sustitutiva. En analogía al contrato de arrendamiento, una de las partes es llamada arrendador, y tiene la obligación de entregar temporalmente el uso y goce de una cosa mueble o inmueble, para el caso en cuestión es el vientre de la madre, el que se arrienda temporalmente, por otra parte el llamado arrendatario, quien a su vez se obliga a dar por el uso un precio determinado, entre las partes.

Otra parte del concepto de la figura jurídica del contrato de arrendamiento de la gestación sustitutiva se debe definir que es un contrato de arrendamiento y sus características y elementos contractual

Características: bilateral, oneroso, principal, consensual y generalmente conmutativo.

Elementos: esenciales, naturaleza, accidentales.

CARACTERÍSTICA	DESCRIPCIÓN
Bilateral	Cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente; para la parte portadora surge la obligación de gestar el feto, tener el debido cuidado y diligencia, y entregar el niño; y para la pareja solicitante, surge la obligación de pagar un precio, equivalente en dinero, al aporte que la otra parte ha hecho.
Oneroso	Cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; la utilidad de los padres consiste en tener un hijo con su carga genética; y la utilidad de la portadora yace en la remuneración económica que esta recibe por haber dado su vientre en arrendamiento.

Principal	Subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; la carga obligacional para las partes nace de la convención en este contrato, sin que dependa de otro contrato para su existencia.
Solemne	Esta sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales; formalidades que su juicio deben ser provistas por una ley especial que rijan a lo largo y ancho del territorio nacional, principalmente en aspectos como la calidad de los centros donde se van a prestar los servicios y la cualidades de la mujer que va a dar su vientre en arrendamiento.
Conmutativo	Cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; tanto la pareja solicitante como la portadora, se obligan en acciones equivalentes, contrario sensu, no es aleatorio porque el ámbito de responsabilidad sobre la salud del nasciturus, no entra en la órbita obligacional de la portadora, no siendo esta parte de su equivalencia dentro del contrato.
Intuitu Personae	El contrato se llevara a cabo con determinada persona, en razón de ello, es decir, atendiendo a los resultados favorables que la ley en su momento exija como requisitos para el mérito de la contratación. De modo que, no se puede delegar en otra persona, o si se llegase a perder uno de esos requisitos, no será apta para contratar.
Es De Tracto Sucesivo	Aquellos que generan obligaciones de cumplimiento intermitente o continuo, cuya propia naturaleza impide que puedan ser satisfechas de manera instantánea; la obligación de la portadora de gestar cautelosamente el feto, se extiende en el tiempo que por naturaleza dura el embarazo, sin que exista la posibilidad de que se satisfaga de manera instantánea, sin embargo, aquella obligación se limita hasta el momento en que finaliza el embarazo y el niño es entregado a sus padres.
Elementos Esenciales de un Contrato	Son aquellos sin los cuales el contrato no tiene valor, o degenera en otro diferente, son los elementos necesarios para que el contrato sea válidos, eficaz Estos son: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa. En algunos ordenamientos jurídicos y para algunos contratos puede exigirse como validez también la forma. Este contrato cumple con dos requisitos para que sea esencial primero el objeto, el feto que viene en camino, y la causa el precio que se pagó por la gestación.
Naturaleza	Son aquellos que se entienden incorporados en el contrato, pero que las partes pueden libremente eliminar del mismo, sin que éste deje de ser válido. La naturaleza del contrato, el sometimiento a los procedimientos médicos.

Accidentales:	Son aquellos que las partes establecen por cláusulas especiales, que no sean contrarias a la ley, lo moral, las buenas costumbres o el orden público. Puede ser la condición que la pareja solicite, y la madre en alquiler requiera.
----------------------	---

Fundamentos jurisprudenciales

Jurisprudencia.	Aspectos relevantes.
Sentencia C-591 de 1995	<p>Como lo expresa la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 1995. Que por otra parte declara exequible los artículos siguientes del código civil.</p> <p>En los artículos 90,91 y 93 del código civil se expresa el principio de la existencia de las personas; dice que “la existencia principal y legal de toda persona al nacer, es el separarse completamente de su madre” asimismo expone que la ley protege la vida del que está por nacer, por lo tanto, el juez tomara las medidas necesarias para proteger al no nacido y por último dispone que los derechos conferidos al Nasciturus, y estarán suspendidos hasta que este nazca y si así no fuera, se entenderá, como que jamás existió. Este reconocimiento del código va encaminado a generar una protección de los derechos económicos que le sean atribuidos al Nasciturus como lo dice el aforismo romano: "<i>Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur</i>", que podríamos traducir como: El concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable.</p>
Sentencia T-968 de 2009	<p>La Corte Estableció en la parte motiva de la sentencia estableció, una serie de requisitos, y sobre ellos se puede establecer el reconocimiento de este contrato, los cuales son:</p> <p><i>“Dentro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones” como los siguientes: (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría</i></p>

	<p><i>de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.”</i></p>
--	--

Los orígenes y antecedentes de la maternidad subrogada.

Louise Joy Brown: La historia de la gestión sustitutiva comienza por Louise Joy Brown, el primer bebé probeta, que nació el 25 de julio de 1978 por la fecundación invitro. Se logró por primera vez en la historia en 1977, al obtener los óvulos de una mujer, y al mezclarlos en un recipiente de vidrio o caja de Petri con fluido seminal, mostrando que era posible bajo condiciones controladas la fecundación y la formación de embriones humanos fuera del cuerpo. Por si fuera poco, lograron la reimplantación del embrión en el útero materno y un embarazo normal, que culminó con el nacimiento de Louise.

“Bby M”

El caso que se encuentra, más relacionado con el tema de investigación, fue el de “bby m” que comienza en los Estados Unidos en 1985 ocurrió en el matrimonio Stren. Se trataba de una pareja que no podía tener bebés, entonces decidieron buscar a una persona que estuviera dispuesta a permitir que en su vientre se gestara el sueño de la pareja Stren encontrando a sí a Mary Whithead. El caso fue que el señor Stren dio su espermatozoide. Y Mary Whithead aportó su óvulo.

Para empezar el contrato se tuvieron en cuenta determinados compromisos.

1-Que Mary Whithead está celebrando un contrato comercial donde al alquilar su vientre recibiendo una remuneración no puede crear un vínculo materno-filial con neonato, también que se realice el test de amniocentesis, y en caso tal el de abortar si el feto presentaba alguna irregularidad.

2- La contraprestación estará dispuesto a pagar US \$10.000, y todos los cuidados que se requieran durante el embarazo.

El 27 de marzo de 1986 nació “bby m” pero la madre prestadora del vientre y además dueña del óvulo se negó a entregar él bebé a la pareja contratante en este caso a los Stren, además de eso le puso el apellido de su esposo Whithead el cual reconoció al bebé como su hijo, y por tal motivo la pareja contratante procedió a demandarla; ante un juez de New

jersey mediante la sentencia se le dio la custodia del bebe a los Stern y se determinó que el contrato era válido y que la pareja Strern le podía dar un mejor hogar al bebe con mejores condiciones socioeconómicas, y que por ellos debía cumplirse el contrato pero esta sentencia fue apelada por la madre que prestó su vientre y aporto el ovulo.

Con estas bases el Tribunal Supremo del Estado, procedió a la revocación del fallo declarando nulo el contrato y también reconociéndola como la mama biológica y después de 10 años le reconoció el derecho de visitas.

El abogado Noel Keane de Michigan, abrió en 1975 la primera agencia de alquiler de vientres, que brindaba programas de maternidad subrogada. En el cual logro que nacieran 302 niños con este método, en el que se utilizaba un ovulo de la madre de alquiler y se fecundaba con el espermatozoide del padre biológico.

La compañía Surrogate Parenting Associates Inc. Junto Louisville realizaron el primer programa que regula la maternidad subrogada tradicional en Estados Unidos y en el mundo en 1980, con el fin de dar un control a determinadas pruebas médicas y dar una buena coordinación a los documentos legales, la compañía llevo al cabo la investigación que se tardó nueve meses , y el embarazo fue conseguido en el primer intento y termino con el nacimiento de un niño sano. Desde entonces Surrogate Parenting Associates Inc. Han ayudado al nacimiento de más de 500 niños.

Conclusiones

Es un contrato válido, pero atípico, en virtud de que cumple con los requisitos del ordenamiento para serlo, teniendo en cuenta el Código Civil, expuestos estos pilares se establece, que la pareja que recurra a estos mecanismos, sea porque están en imposibilidad fisiológica para procrear, con lo anteriormente mencionado también considero que las partes deben de estar de acuerdo y pactar un contrato, para que no haya lugar a controversias, y como no se encuentra regulado, los Jueces de la Republica carecen de competencia para el conocimiento de dichas controversias, en virtud de lo establecido en la norma.

La discusión sobre el pro y el contra, de la gestación sustitutiva ha de ser regulado por una ley especial, en virtud de la sensibilidad del tema, y a fin de brindar una protección que esto amerita y necesita, con la finalidad que todas las personas, y, sin exclusión alguna puedan llegar a tener una familia.

Para culminar, se debe expresar que nuestro modo de ver, solo se debe permitir en los casos en que las parejas fecundan un vientre con sus propios gametos y que debe ser a título oneroso por los riesgos que demuestra la ginecología que hay en un embarazo.

Con el desarrollo del proyecto evidenciamos que surgen más preguntas que respuestas, sobre el tema, toda vez que es una práctica permitida pero no regulada, como por ejemplo:

¿Quién resuelve las controversias contractuales sobre el contrato?, ¿Qué garantías tiene una madre gestante, si los padres biológicos se niegan a recibir al bebé al momento de alumamiento? , ¿De qué manera hace en Colombia el registro de un menor, que fue concebido por esta práctica? ¿Por qué debe ser un contrato gratuito y solo motivado por el altruismo, si el embarazo, contrae consigo un gran desgaste físico para la mujer? ¿La madre biológica del menor tiene las mismas prerrogativas jurídicas a su favor, que una madre natural, por ejemplo; tiene derecho a la licencia de maternidad?

Las anteriores incógnitas son algunas de las que pueden surgir por la falta de regulación legislativa.

Referencias

Alomia H. (2009) *Consideraciones bioéticas sobre la maternidad subrogada. Bioética y Uni-verso libre.*

Anson, F, (1988), *Se Fabrican Hombres, España, Ediciones RIALP.*

Bohórquez, A (2004) *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano, Generalidades Contractuales*, Bogotá, Ediciones Doctrina y ley Ltda.

Candal L. (2010) *La “maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada.* Universidad de Buenos Aires.

Camacho J. Maternidad subrogada (2009): *una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores.* Bioethics.

Constitución Política de Colombia (4 de julio 1991) Artículo 13. (Título II). De los Derechos Las Garantías y Los Deberes (Capítulo I). De los derechos Fundamentales.

Constitución Política de Colombia (4 de julio 1991) Artículo 42. Numeral 6. (Título II). De los Derechos Las Garantías y Los Deberes. (Capítulo II). De los derechos sociales, económicos y culturales

Cook, R. (2003), *DICKENS, Bernard M., FATHALLA, Mahmoud, Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho. Oxford. Profamilia*, Bogotá D.C.

Cummings, M. (1995), *Herencia Humana, Principios y Conceptos, Tercera edición*, España, McGRAW.

Gómez, C. (1999) *De los Principales Contratos Civiles, tercera edición*, Bogotá, Editorial Temis.

González, E. (1995). *Los Retos Jurídicos de la Genética*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Marín, G. (2005). *El Arrendamiento del Vientre en Colombia, Medellín*, Sello Editorial Universidad de Medellín.

Meinke S. (2001), Surrogate motherhood: ethical and legal issues. National Reference Center for Bioethics Literature. Kennedy Institute of Ethics. Scope Note 6. Georgetown University.

Ortiz, Á. (2003), *Manual de las Obligaciones, tercera edición*, Bogotá.

Ospina, G. (2001), *Régimen General de las Obligaciones, séptima edición*, Bogotá, Editorial Temis.

Page E. (1991). Maternidad subrogada y racionalidad. Editado por Brenda Almond y Donald Hill. London/New York: Routledge.

Solomon, M. (2001) *Biología, Quinta Edición, McGraw-Hil Interamericana*.

Rodríguez, A, (2000), *La ceguera del legislador a la luz de la genética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Silva P. Programación humana asistida: La maternidad Subrogada, suplente o sustituta.
Ponencia presentada en las XIII jornadas Franco Latinoamericano de Derecho Comparado.

Tamayo, A. (2004), *Manual de obligaciones, Bogotá 2004*, Editorial Temis.