

Maternidad subrogada: lagunas dentro del ordenamiento jurídico en Colombia y legislación en el derecho comparado

Sharon Valeria Rodríguez Villa¹

Hanna Sofía Escallón Eraso²

Resumen

Dada la falta de marcos jurídicos y legales en Colombia, diferentes factores se han visto altamente versados en riesgo para las partes involucradas en la práctica de la maternidad subrogada, puesto que, al momento de su aplicabilidad a un caso específico, se genera situaciones que resultan perjudiciales de manera objetiva y subjetiva a toda la población; por lo anterior, este texto pretende tomar como ejemplo, el derecho comparado de las repúblicas de India y Francia, como referente de la situación de distintos Estados a la aplicabilidad en Colombia, de manera que contribuya a solventar los vacíos jurídicos existentes y permitir así, obtener una posible solución. El análisis es guiado a través de un paradigma naturalista y un enfoque histórico hermenéutico, dado que se busca interpretar y comprender los motivos que dan inicio a la práctica de este método de concepción asistido, considerado desde un contexto cultural y social. En conclusión, lo importante es destacar las similitudes de las posturas a favor y en contra de esta práctica, puesto que un descontrol en la misma conllevaría la instrumentalización del cuerpo de la mujer e incluso, vulnerar los derechos de la gestante y del menor nacido o por nacer.

Palabras clave: maternidad subrogada; República de Colombia; República India; República francesa; derecho comparado.

Surrogacy motherhood: gaps within the legal system in Colombia and legislation in comparative law

Abstract

Given the lack of legal frameworks in Colombia, different factors have been highly versed in risk for the parties involved in the practice of surrogacy motherhood, since, at the time of its applicability to a specific case, there are situations that are detrimental objectively and subjectively to the entire population. This text intends to take as an example, the comparative law of the republics of India and France, as references of the situation of different States to the applicability in Colombia, so that it contributes to solve the existing legal gaps and thus obtain a possible solution. The analysis is guided through a naturalistic paradigm and a hermeneutical historical approach since it seeks to interpret and understand the reasons that start the practice of this assisted conception method, considered from a cultural and social context. In conclusion, the important thing is to highlight the similarities of the positions in favor and against this practice, since a lack of control in it would lead to the instrumentalization of the woman's body and even violate the rights of the pregnant woman and the minor born or to be born.

Keywords: surrogate motherhood; Republic of Colombia; Indian Republic; French Republic; comparative law.

¹Estudiante de Derecho, Universidad Mariana. Correo electrónico: shrodriguez@umariana.edu.co

²Estudiante de Derecho, Universidad Mariana. Correo electrónico: hescallon@umariana.edu.co

Maternidade substituta: lacunas no sistema jurídico na Colômbia e legislação em direito comparado

Resumo

Dada a falta de marcos legais na Colômbia, diversos fatores têm sido altamente versados em risco para as partes envolvidas na prática de maternidade substituta, pois, no momento de sua aplicabilidade a um caso específico, existem situações que prejudicam objetiva e subjetivamente a toda a população. Este texto pretende tomar como exemplo, o direito comparado das repúblicas da Índia e da França, como referências da situação de diferentes Estados à aplicabilidade na Colômbia, de modo que contribua para solucionar as lacunas jurídicas existentes e assim obter uma possível solução. A análise é pautada por um paradigma naturalístico e por uma abordagem histórica hermenêutica, uma vez que busca interpretar e compreender os motivos que deram início à prática desse método de concepção assistida, considerado a partir de um contexto cultural e social. Concluindo, o importante é destacar as semelhanças de posições a favor e contra essa prática, pois o descontrole nela levaria à instrumentalização do corpo da mulher e até violaria os direitos da gestante e do menor nascido ou por nascer.

Palavras-chave: maternidade substituta; República da Colômbia; República da Índia; República Francesa; lei comparativa.

1. Introducción

A partir de los avances tecnológicos en los diferentes campos sociales, se ha venido desarrollando nuevas técnicas y procedimientos que contribuyen a facilitar la concepción de seres humanos; entre estos, los llamados ‘métodos de reproducción asistida’, como la programación del ciclo femenino, inseminación artificial, fecundación in vitro, la maternidad subrogada o, comúnmente, llamada ‘alquiler de vientres’. Ésta última, como tema de investigación, ha sido definida por la doctrina como

El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. (Gómez, 1994, p. 136).

A pesar de la falta de marcos jurídicos y legales en Colombia,

Para la Corte, la maternidad substituta es un “mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas”, poniendo de manifiesto la necesidad de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes, la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido y los conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre los involucrados. (El Espectador, 2016, p. 1)

En la actualidad, existen diversas legislaciones dentro del derecho comparado, que permiten y prohíben la maternidad o gestación subrogada. Dentro de los países que permiten este tipo de práctica se encuentra Canadá, Australia, Ucrania, Rusia, Estados Unidos (California, Oregon), India, entre otros. En contraposición a estos, países como China, Camboya, Francia, entre otros, prohíben su realización. Sin embargo, dentro de la legislación colombiana no se ha tomado en cuenta las diferentes regulaciones a lo largo del mundo; además, por parte del Estado colombiano se ha querido polarizar y desestimar que estas prácticas son comunes y palpables en la realidad social. A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los diversos intentos regulatorios que ha habido, esto es, los proyectos de Ley N° 46 de 2003 – Senado y N° 196 de 2008 – Cámara de Representantes, recuérdese que en Colombia no existe una regulación especial vigente sobre los contratos de maternidad subrogada, a pesar de que la Corte Constitucional ha reconocido la necesidad de tenerla y la ocurrencia de varios intentos legislativos fallidos (Rodríguez y Martínez, 2012).

Si el alquiler de vientres se deja en el plano de un negocio, es factible que se pueda compartir la postura de que todas/os las/os implicadas/os deban obtener ganancia de él; es la lógica del capitalismo. Se tiene una mercancía: el vientre de la mujer; se compra si se tiene

el poder adquisitivo para ello (Sánchez, 2017). No obstante, los participantes en este tipo de pactos involucran sus derechos fundamentales como a fundar una familia (Constitución Nacional, Artículo 42), la asistencia por parte del Estado colombiano a una mujer que se encuentre en estado de embarazo (Constitución Nacional, Artículo 43), igualdad ante la ley (Constitución Nacional, Artículo 13) e incluso, su integridad física y mental. De este modo, resulta vital analizar las situaciones y perspectivas con relación a la maternidad subrogada, a fin de percibir e identificar las problemáticas que se pueda ir presentando dentro del país, así como permitir, fomentar e impulsar el desarrollo de la sociedad para, de alguna manera, instruir a la practicidad y beneficio de toda la comunidad. Asimismo, debe velarse por la estabilidad, partiendo desde el núcleo familiar y social para gozar de protección e igualdad. Por lo anterior, se busca estudiar la normatividad de la República Francesa y la República India, gracias al derecho comparado, con el fin de establecer las posibles posturas y contribuciones que puedan ser acogidas en el ordenamiento jurídico colombiano.

Entonces, resulta necesario desvelar los derechos involucrados y las consecuencias que podría generarse si este tipo de práctica se comercializa:

“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad” (Constitución Nacional, Artículo 5). A través de este artículo, el Estado reconoce los derechos que son inherentes al ser humano e, implícitamente, consagra a la familia como una base importante dentro de la sociedad, sin discriminar la manera como son constituidos los vínculos de una familia.

“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” (Constitución Nacional, Artículo 42, N° 6). El Estado reconoce igualdad de derechos a todos los hijos que sean concebidos por una pareja, en razón de garantizar la protección de los niños; además, busca salvaguardar directamente la seguridad de la familia misma.

La maternidad subrogada debe analizarse desde la perspectiva que apoya a aquellas personas impedidas para concebir, pero, que desean constituir una familia gracias a la ayuda de otro, en virtud de elegir la manera por la cual desea convertirse en padre o madre responsable de sus hijos, además de contar con la asistencia que debe brindar el Estado en el respaldo del método a utilizar, para generar condiciones de igualdad a aquellos que se limitan biológicamente, como se menciona dentro de la Constitución Nacional (1991):

La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste, subsidio alimentario si entonces estuviese desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. (Artículo 43)

Figura 1

Maternidad subrogada



Fuente: Bolívar (2018).

Dentro del estudio de la maternidad subrogada a nivel internacional, si bien las legislaciones internas son discordes con la legislación colombiana, debe puntualizarse que comparten aspectos en común al hablar acerca de la protección de derechos a nivel mundial a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, Organización de las Naciones Unidas, ONU, 1948), llevada a cabo en París, donde, de los 58 Estados miembro, 48 votaron a favor; entre estos, Francia, India y Colombia, para proteger derechos de carácter político, civil, social, cultural y económico; de allí que la maternidad subrogada, al ser una manera de conformación de familia, se encuentra igualmente protegida, como se menciona en la DUDH

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y, en caso de disolución del matrimonio.
2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (Artículo 16)

Ahora bien, a falta de normatividad para el Estado colombiano, se tendrá en cuenta las diversas posturas que se ha tomado en otros Estados y así, aportar alternativas para una regulación en Colombia. Dentro del espectro internacional también se ha evidenciado la protección que se brinda a la familia y la salud reproductiva. Así lo evidenciamos en el Bloque de Constitucionalidad conforme a los tratados y convenios internacionales, en su Artículo 16.1: “Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (Center for reproductive rights, s.f., p. 21)

La República de Francia no aprueba la práctica y comportamiento de la maternidad subrogada: “*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*” (Cualquier convención relacionada con la procreación o el embarazo en nombre de otros es nula) (Código Civil Francés, s.f., Título I, Capítulo II, artículo 16, literal 7), ya que este método de reproducción asistida se considera una forma de comercialización del cuerpo de la mujer, además de ser una ruptura completa a los lazos de filiación que son constituidos por el embarazo.

El presidente del Instituto Bioético Europeo, Ethienne Montero Redondo, señaló en una conferencia impartida en la Universidad de Navarra que, si se legalizara los vientres de alquiler, sería una contradicción para el término de la filiación; se produciría una filiación fragmentada. No obstante, recordó que no es que los derechos de los vástagos de las parejas infértiles se queden en el aire, pero que, si se produjera este hecho, supondría la cosificación del niño y la eliminación del vínculo con la madre.

El experto explicaba que, si se legalizaba los vientres de alquiler, se reconocía entonces el derecho al abandono de esa criatura por parte de la madre cuando naciera, y se le autorizaría a deshacerse de sus derechos y deberes en su progenitura. (La Información, 2014, párr. 5-6)

El Código Penal Francés establece que se “penaliza a aquella persona por el hecho de intermediar, con fines lucrativos, entre una persona deseosa de adoptar un niño y un padre deseoso de abandonar a su hijo nacido o por nacer” (Code Pénal, 1994, Artículo 227, literal 12; Ley Nº 94-653 de 29 de julio de 1994, art. 4).

En contraposición a esta teoría francesa, encontramos lineamientos jurídicos que aceptan la práctica de la maternidad subrogada, como es el caso de la República India la cual, después de haber sido considerada “el útero del mundo” (Rollano, 2017, párr. 1), ha tenido diferentes momentos en la historia y en la actualidad se pronuncia expresamente la aceptación de esta práctica, con ciertas limitaciones impuestas por el Estado. En el año 2015, a la gestación asistida en la República India le fueron incorporadas ciertas limitaciones para esta práctica, las cuales determinaban que solo ciudadanos de origen indio, parejas heterosexuales que fueran extranjeras y llevaran casadas por, al menos dos años y, que su país de origen permitiera dicha práctica. Sin embargo, en el año 2016 a través de la ley bajo el

nombre de Surrogacy (Regulation), le son incorporadas nuevas disposiciones, para constituir la Junta Nacional de Subrogación, las Juntas de Subrogación del Estado y el nombramiento de autoridades apropiadas para la regulación de la práctica y el proceso de subrogación y, para asuntos relacionados con eso o incidentales a esto; además, la madre sustituta, quien será la gestante -y deberá ser un familiar cercano a la pareja-, lo hará sin remuneración económica; es decir, de manera altruista.

La prohibición y limitación generaron polémica; incluso, protestas por parte de las mujeres que se dedicaban a la subrogación, pero expuso algunos de los grandes problemas con esta industria: la explotación de los cuerpos de las mujeres, el abuso hacia las mujeres pobres que dependían del alquiler de vientres, el incumplimiento de los contratos, así como la propia estipulación de estos contratos y el poder de decisión de las mujeres en ellos. (Bolívar, 2018, párr. 5)

El objetivo es terminar con los escándalos acontecidos en la India en torno a la gestación subrogada, el ‘negocio de los vientres de alquiler’, las llamadas ‘granjas de mujeres’ y, en definitiva, la mala praxis en relación a esta técnica (Álvarez, 2019), evitando que la maternidad subrogada se convierta en un negocio lucrativo y de explotación a la mujer.

La doctora Nalini Mahajan, directora del Hospital Mother and Child (Madre e hijo) de Nueva Delhi, con 40 años de experiencia en el ámbito de la infertilidad, argumenta con rudeza: «Creo que el motivo es que ha habido parejas de hombres homosexuales que contrataban a cinco subrogadas a la vez para después vender a los niños en Bangkok y otras ciudades. ¿Por qué una pareja normal, de hombre y mujer, querría hacer algo así?»

De esta forma, el Gobierno indio encuentra la excusa perfecta para seguir condenando lo que contradice la moral del país y que, en sus libros de derecho, bajo la sección 377, se define como “sexo en contra del orden natural” (Rollano, 2017, párr. 8-9)

El primer avistamiento jurisprudencial en Colombia sobre la maternidad subrogada lo encontramos en la Sentencia T-968 de 2009, donde se relata el caso de una pareja de nombres Salomón y Raquel, quienes tenían problemas de infertilidad que impedían la concepción de un hijo, por lo cual realizaron un contrato de maternidad subrogada con una joven de escasos recursos llamada Saraí, con el fin de que el semen del hombre contratante fecundara el óvulo de Raquel, y este óvulo ya fecundado fuera gestado por la mujer contratada; sin embargo, este proceso no pudo llevarse a cabo como fue previsto, ya que los óvulos de Raquel no pudieron ser utilizados; consecuentemente, correspondió a Saraí aportar los suyos. Posteriormente, Salomón se encargaba de pagar la EPS de Saraí y cubrir sus gastos de manutención; del embarazo asistido nacieron dos hermosos mellizos, los cuales Saraí ya no deseaba entregar a la pareja contratante, razón por la cual decidió huir, ocultando el nacimiento y, a su vez, omitiendo los registros al padre.

Más adelante, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) interfirió, revocando la custodia de los mellizos a Saraí, momento en el cual Salomón decidió iniciar un proceso de privación de custodia y patria potestad e interponer una demanda en la cual se solicitó el permiso para sacar a los niños del país y llevarlos a Estados Unidos, permiso que después de un análisis profundo fue conferido por el Juzgado décimo de familia de Cali. La decisión de la sentencia se basó en el contrato de maternidad subrogada celebrado entre las partes involucradas, dando a entender que la madre biológica renunció a sus derechos sobre los menores; sin embargo, se le otorgó a Saraí el beneficio de mantener contacto con los niños, por lo cual se le dio a conocer la dirección de residencia, el número de teléfono y se le concedió el permiso para ir a visitarlos a EE.UU. cuando ella deseara.

La Corte Constitucional abordó el caso estableciendo la protección y materialización de los derechos de los niños, recalando que estos gozan de prevalencia constitucional. Esclareció también que los padres debían asumir la custodia de manera solidaria; además, solo serían separados de Saraí si ésta faltase a sus deberes como madre. Cabe mencionar que Saraí incluso cambió su domicilio en condiciones precarias a uno capaz de ofrecer un ambiente saludable a sus hijos, y aún si Salomón tuviere mejores condiciones de vida, esto no significaba que podría separar a los menores de su madre biológica, teniendo en cuenta, además, que el estado económico de Saraí le impedía viajar a Estados Unidos.

La honorable Corte también expresó que, basándose en la doctrina, no hubo realmente lugar a un contrato de maternidad subrogada puesto que para ello no debe existir un vínculo biológico entre la madre gestante y los menores; esto quiere decir que, el material genético debe ser solo de la pareja contratante, y tal como se demuestra en este caso, se rompió con los requisitos de dicho contrato.

Este suceso es fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano ya que la sentencia dictaminó criterios respecto a la gestación por sustitución y puso en evidencia la necesidad de regular la práctica para no generar incumplimientos ni vulneración de derechos.

La maternidad subrogada como método de gestación asistida ha tenido un impacto no solo dentro del ordenamiento colombiano sino a lo largo del mundo. A partir de la historia podrá evidenciarse los primeros indicios o antecedentes de esta práctica, los cuales pueden ser más antiguos de lo pensado; sin embargo, el análisis se realizará universalmente puesto que, dada la falta de atención brindada por el Estado colombiano, la práctica de este método de reproducción asistida no se ha documentado de una manera eficiente, dada la reserva que las altas Cortes e incluso el gobierno colombiano han decidido mantener; por esto, resulta de vital importancia ejemplificar el nacimiento de la práctica a partir de sus raíces históricas; hay que saber que, aunque sea relativamente reciente el auge mediático sobre la maternidad subrogada, la misma no es una práctica nueva; de hecho, tuvo sus orígenes en la época de Saray y Abraham; al menos, de eso da cuenta una historia hallada en el antiguo testamento donde Saray, la esposa de Abraham, quien no le había podido dar hijos, recurre a su esclava egipcia llamada Agar: “El Señor me ha hecho estéril. Por lo tanto, ve y acuéstate con mi esclava Agar. Tal vez por medio de ella podré tener hijos” (Génesis 16, 1-16).

Así, en el año 1910 A.C. Agar dio a luz un niño de nombre Ismael, al cual Saray le trató como hijo propio. Éste fue el primer niño nacido por medio de la gestión subrogada tradicional. Encontramos también diferentes hitos históricos que han contribuido a lo que hoy conocemos como la ‘maternidad gestacional’, la cual es el estigma social del siglo XXI. Países como Estados Unidos (en particular el Estado de California) han sido pioneros en el sector de la gestación subrogada; “en 1980 se firmó el primer acuerdo comercial de gestación subrogada que permitió a la gestante Elizabeth Kane recibir 10.000 dólares por dar a luz al bebé de otra pareja” (Pérez, 2018, párr. 1).

Otro famoso caso fue el conocido como ‘Baby M’, uno de los más controversiales con relación a los contratos de gestación subrogada ocurrido en Estados Unidos; éste sucedió en el año de 1986 cuando el matrimonio Stern celebró un contrato de maternidad subrogada con la señora Mary Beth Whitehead para que gestara un hijo concebido con el esperma del padre contratante y, en contraprestación, se le otorgaría un pago de 10.000 dólares; del contrato celebrado nació una bebé el 27 de mayo de 1986, la cual fue entregada a los padres contratantes tres días después de su nacimiento, como se había pactado; sin embargo, la señora Whitehead se arrepiente de haberla entregado, por lo cual, al cuarto día decide recuperarla y huir con ella hacia el Estado de Florida, incumpliendo así el acuerdo al que había llegado con los padres de intención. En 1987, el caso llegó a manos de la justicia, donde el juez que lo instruyó dictaminó que su prioridad se basaba en velar por la seguridad y estabilidad de la niña, por lo cual sentenció que la misma debía ser criada por los padres legales William Stem, un biólogo, y su mujer, Elizabeth, pediatra, ya que ellos eran los más capacitados para su buena crianza, toda vez que la señora Whitehead, además de padecer algunos trastornos que podían afectar su rol de madre, no era una persona apta para el cuidado de la niña.

Figura 2*'Baby M' and Mary Beth Whitehead*

Fuente: Staff (2021).

De igual manera, existen casos donde mujeres mayores adultas han realizado este tipo de práctica. En 2007, Ann Stolper, una mujer de 58 años dio a luz a sus propios nietos, gemelos, puesto que su hija Caryn Chomsky, debido al diagnóstico de un cáncer cervical, no podía concebir por sí misma; de allí que nació la idea de implantar los óvulos de su hija con el esperma de su esposo.

En 2008, Jaci Dalenberg de Ohio accedió gestar para su hija Kim Coseno y su esposo, el señor Joe Coseno. Kim Coseno tenía dos hijos producto de un matrimonio anterior, pero, por razones de salud, tuvo que realizarse una histerectomía, intervención quirúrgica en la que se extirpa el útero de la mujer (órgano encargado de la gestación), por lo cual era incapaz de concebir nuevamente; no obstante, aún producía óvulos, de manera que sus óvulos fueron fecundados con los espermatozoides del señor Joe Coseno y posteriormente implantados en la madre de la mujer; como resultado, nacieron trillizas el 11 de octubre, con un adelanto de dos meses.

En Nagano al norte de Japón, una mujer queda en embarazo mediante donación de óvulos y un proceso de fertilización a los 60 años de edad, todo para actuar como madre gestante de su nieta, puesto que su hija era estéril y no lo podía lograr por sí misma. Esta mujer dio a luz a los 61 años, batiendo un record debido a su edad; cabe recalcar que el Ministerio de Salud japonés, la Asociación japonesa obstétrica y el Consejo de ginecología y ciencia de Japón, se oponen a los embarazos de alquiler de vientres.

Un caso polémico fue el de Kyle Casson, un hombre gay de origen inglés que, a los 27 años fue el primero en tener un bebé mediante una maternidad subrogada. Su caso consistió en que el óvulo fecundado de una donante anónima y su esperma fueron implantados en el vientre de su madre, una mujer de 46 años de edad, a pesar de que la ley proponía que el bebé podría ser su hermano, ya que es un hijo nacido de su madre; al final, consiguió que se le reconociera como hijo y pudo adoptarlo.

Figura 3*Kyle Casson y su hijo*

Fuente: Fuentes (2015).

En el año de 2019 la justicia francesa, después de 15 años de lucha judicial mediante la Corte de Casación, falló a favor de que Sylvie Mennesson Digure apareciera en el registro civil como la 'madre de intención' de las dos gemelas -Valentina y Fiorella- nacidas en el año 2000 de un alquiler de vientre en Estados Unidos, arguyendo que la vía de adopción era la que más se acogía a las exigencias legales. Cabe aclarar que no por ello la práctica es aceptada en ese país; aun así, por peculiaridades del caso, le fue otorgado este reconocimiento. Por otra parte, debe resaltarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha intentado propagar a nivel internacional la importancia de regulación a este tipo de prácticas, debido a que focaliza la protección de los menores y aspectos numerosos que pueden influir de manera negativa al derecho a la vida privada del menor.

Figura 4

Sylvie y Dominique Mennesson, padres de gemelos nacidos en 2000



Fuente: AFP (2019).

2. Conclusiones

Una vez estudiadas estas posturas, podemos concluir que si bien en Francia no se permite ni se reconoce esta práctica, en India sí lo hacen; lo importante aquí es destacar las similitudes de estas dos posturas, puesto que, como se pudo evidenciar, el descontrol en esta práctica instrumentaliza el cuerpo de la mujer y lo visualiza como una manera más de comercialización; tanto así, que vulnera los derechos de la gestante y del menor; de ahí que los distintos sucesos en India han provocado la promulgación de límites para el acceso de esta práctica; entre ellos, que la madre gestante lo haga de manera altruista, sin contraprestación alguna; escasamente las vitales y necesarias para sobrellevar de buena manera todas las necesidades producto del embarazo.

Dentro de la maternidad subrogada, son diversos los factores tanto positivos como negativos que deben ser analizados, los cuales podrían generar un gran impacto en la vida y en la sociedad involucrada; de allí que, la aceptación total o parcial o, la prohibición de la misma, debe versar sobre factores culturales, sociales, económicos y políticos que puedan resultar influyentes, con el fin de minimizar los riesgos o desencadenantes de tragedia en estas intervenciones. Un ejemplo de ello lo encontramos en los siguientes casos:

En Tabasco-México se presentó en 2017 el caso de una pareja homosexual que abandonó al bebé cuando se enteraron de que nació con problemas de salud; después regresaron y secuestraron al niño, aun cuando la madre ya lo había registrado como suyo. Algo similar sucedió en 2015 en Australia, cuando una pareja abandonó a uno de los gemelos que tuvieron a través de alquiler de vientre en Tailandia, cuando se enteraron que el niño tenía Síndrome de Down. A la niña, que nació sin complicaciones, sí se la llevaron. Entonces, no sólo hay una cosificación de los cuerpos de las mujeres, sino también de las niñas y los niños. Se eligen como si fueran fruta en un mercado, la que no está «bien», simplemente se desecha. (Bolívar, 2018, párr. 16)

Desde una perspectiva legal, la práctica de la maternidad subrogada debería gozar de una seguridad y protección de derechos real y material; esto es, a través de una normatividad

regulada que evite abusos con relación a la clandestinidad o el comercio desmedido que pueda devenir de la misma. No se debe olvidar, de igual manera, que en este contrato están involucradas diversas esferas que ponen en tela de juicio la reglamentación de aspectos como el registro civil, la filiación, la impugnación de la maternidad, la normatividad penal, la permisión de salida del país y las demandas judiciales, así como también, aquellos temas que prioritariamente deben ser materia de estudio en el camino hacia la adaptación del ordenamiento jurídico colombiano frente a este método de gestación asistida.

Colombia, por su parte, no debe ser indiferente a estas prácticas; los niveles de pobreza son muy altos y, ya está visto que la necesidad puede llevar a actuar irracionalmente a cualquier persona; no se está lejos de que el coloquialmente llamado ‘alquiler de vientres’ sea una práctica frecuente en nuestro país; debe aceptarse que ésta es una realidad y, si bien se plantea una aceptación de la misma, ésta deberá limitarse; de ahí que dependerá de un minucioso estudio por parte del Congreso de la República, establecer cuáles deben ser dichos límites; lo que sí se puede esclarecer es que de ninguna manera se debe mercantilizar esta práctica, puesto que el fin debe ser la promoción y protección de la familia; no el crecimiento de índices económicos a nivel nacional; no por ello debe descartarse el hecho de que un embarazo es un camino lleno de complejidades y que si los padres que acceden a este tipo de método de alguna forma quieren compensar a la madre gestante, deberían tener libertad de hacerlo. Decimos entonces, que la necesidad de regulación aparece cuando el contrato de maternidad subrogada en Colombia se guía con normas de derecho privado, prevaleciendo la autonomía de la voluntad, sin una legislación que estructure los modos de aplicación, dejando en libertad a las partes para pactar como les plazca el contrato, arguyendo que éste es existente y válido, dado que lo avala el artículo 1502 del Código Civil Colombiano.

Referencias

- AFP. (2019). GPA: La Cour de cassation valide le concept de «mère d'intention» pour la famille Mennesson. <https://www.20minutes.fr/justice/2620275-20191004-gpa-cour-cassation-valide-concept-mere-intention-famille-menesson>
- Álvarez, N. (2019). Gestación subrogada en la India – ¿Qué dice la nueva ley? <https://babygest.com/es/india/#que-supone-este-cambio-en-la-legislacion>
- Assemblée Nationale. (1994). Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. <https://wipo.int/wipolex/esp/text/492950>
- Bolívar, A. (2018). ¿Por qué India decidió prohibir el alquiler de vientres? <https://www.la-critica.org/por-que-india-decidio-prohibir-el-alquiler-de-vientres/>
- Center for reproductive rights. (s.f.). Los derechos reproductivos son derechos humanos. http://www.reproductiverights.org/sites/default/files/documents/RRHR_span_0906_quinta.pdf
- Code Pénal. (1994). https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/2020-11-07
- Código Civil Francés. (s.f.). *Código Civil Francés* (Trad. Álvaro Núñez Iglesias). https://www.academia.edu/35741110/C%C3%B3digo_civil_franc%C3%A9s_Edici%C3%B3n_biling%C3%BCe?auto=download
- Congreso de la República de Colombia. (2003). Proyecto de Ley N° 46 “por la cual se regula el contrato de técnicas de reproducción humana asistida y se dicta otras disposiciones”. <https://vlex.com.co/vid/proyecto-ley-senado-451267014>
- Congreso de la República de Colombia. (2008). Proyecto de Ley N° 196 de 2008 – Cámara de Representantes “por medio de la cual se reglamenta en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida”. <https://vlex.com.co/vid/proyecto-ley-ca-mara-451348914>

- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Corte Constitucional. República de Colombia. (2009). Sentencia T-968 [MP María Victoria Calle Correa]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- El Espectador. (4 de noviembre de 2016). Alquiler de vientre en Colombia: una práctica ni regulada ni prohibida. <https://www.elespectador.com/noticias/politica/alquiler-de-ventre-en-colombia-una-practica-ni-regulada-ni-prohibida/>
- Fuentes, P. (2015). La mujer que gestó el hijo de su hijo. <http://ovejarosa.com/la-mujer-que-gesto-el-hijo-de-su-hijo/>
- Gómez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons.
- La Información. (2014). Francia no quiere que los hijos de vientres de alquiler tengan la nacionalidad. https://www.lainformacion.com/asuntos-sociales/francia-no-quiere-que-los-hijos-de-vientres-de-alquiler-tengan-la-nacionalidad_u6thk6nulumqk4k8flxsy1
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1948). La Declaración Universal de Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Pérez, A. (2018). Historia de la gestación subrogada en Estados Unidos. <http://derechocivilandreaperez.blogspot.com/2019/03/historia-de-la-gestacion-subrogada-en.html>
- Rodríguez, C. y Martínez, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200003#n7
- Rollano, L. (2017). India pretende cerrar la puerta a la maternidad subrogada a gays y extranjeros. <https://www.latino-news.com/india-pretende-cerrar-la-puerta-a-la-maternidad-subrogada-a-gais-y-extranjeros/>
- Sánchez, A. (2017). ¿Maternidad subrogada o alquiler de vientres? <https://desarrollo.lasillavacia.com/silla-llena/red-de-las-mujeres/historia/maternidad-subrogada-o-alquiler-de-vientres-62266>
- Staff, P. (2021). How are they now? “Baby M”. <https://www.drphil.com/slideshows/how-are-they-now-baby-m/>