

Maternidad Subrogada en Colombia: Explorando Desafíos y preguntas sin Resolver

DOI: <https://doi.org/10.26852/28059107.734>

Ana Isabel Gómez Córdoba¹; Diana Borda Restrepo²; María Camila Luna Benítez³

Resumen

La maternidad subrogada comprende para la actualidad variedad de situaciones, que reflejan la complejidad desde el aspecto ético, legal y social. En Colombia la maternidad subrogada no está expresamente prohibida, pero el país enfrenta una notable falta de regulación específica sobre el tema, y un esfuerzo reciente para cerrar tal vacío, fue la radicación de un proyecto de ley estatutaria para el 2023, “por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia”, sin embargo, para la actualidad archivado por vencimiento de términos. Finalmente, a partir del planteamiento de algunos casos se exponen argumentos y contra argumentos, con posturas relacionadas y que permiten proyectar los matices de la maternidad subrogada.

Palabras clave: *maternidad subrogada, reproducción asistida, reproducción humana asistida, maternidad legal, dilemas bioéticos, marco legal.*

Abstract

Surrogacy encompasses a variety of situations today, that reflect its complexity from ethical, legal, and social perspectives. In Colombia, surrogacy is not expressly prohibited, and the country faces a lack of regulation. A recent attempt to address this gap was the introduction in 2023 of a law “through which uterine surrogacy for gestation in Colombia is regulated”, however, as of now, it has been archived due to the expiration of its processing deadlines. Finally, based on the analysis of several cases, arguments, and counterarguments are presented, with postures that allow an exploration of nuances of surrogacy.

Keywords: *surrogacy, assisted reproduction, assisted human reproduction, legal motherhood, bioethical dilemmas, legal framework.*

¹ Ana Isabel Gómez Córdoba

Médica Pediatra, especialista en Gerencia en Salud Pública y en Derecho Médico-Sanitario, de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia; magister en Bioética, de la Universidad del Bosque, Bogotá, Colombia; doctora en Ciencias Jurídicas, de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Profesor titular EMCS, Rectora Universidad del Rosario. Correo electrónico: anai.gomez@urosario.edu.co
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6328-917X>

² Diana Borda Restrepo

Médica especialista en Medicina de Dolor y Cuidado Paliativo, de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia; magister en Bioética, de la Universidad del Bosque, Bogotá, Colombia. Coordinadora del programa de Medicina de Dolor y Cuidado Paliativo, Unisanitas, Bogotá, Colombia. Unidad de Cuidado Paliativo, Clínica Universitaria Colombia. Correo electrónico: dcbordare@unisanitas.edu.co
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9627-1678>

³ María Camila Luna Benítez

Médica general Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia; Residente en Medicina de Dolor y Cuidado Paliativo, Unisanitas, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: mc.lunabe@unisanitas.edu.co
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1053-9731>

Introducción

La maternidad subrogada en los últimos años ha sido un tema recurrente en el cine y los medios de comunicación. A través de estos, la sociedad se ha aproximado a los diversos tipos de familia que surgen de esta práctica, volviéndose parte de la realidad cotidiana. Sin embargo, detrás de esta exposición mediática, subyacen complejas problemáticas éticas, legales y sociales, que requieren de una profunda reflexión para generar los marcos jurídicos requeridos.

Esta modalidad de reproducción asistida presenta una variedad de situaciones que reflejan la complejidad de este fenómeno: mujeres donantes de vientre que deciden quedarse con el recién nacido al término de la gestación, la toma de decisiones de cuidado de la salud del neonato en ausencia de los padres comitentes cuando surgen complicaciones médicas, la solicitud de licencias de maternidad solo por el padre, la formalización del registro de nacimiento, entre muchas otras. Estos escenarios plantean múltiples interrogantes para los que no existen respuestas sencillas, como son entre otros: ¿La maternidad subrogada es una práctica lícita en Colombia?, ¿Cómo se protegen los derechos del menor, la persona gestante y la parte comitente?, ¿Cuáles son los riesgos asociados a esta práctica y como pueden modularse?, ¿Se puede cobrar por el proceso de maternidad subrogada? y ¿Qué cláusulas se deben incluir en el pacto o acuerdo de subrogación?

Este artículo utilizara los casos que se exponen a continuación para ilustrar los dilemas éticos, legales y sociales en torno a la maternidad subrogada, para reflexionar sobre el tema. Estos revelan con mayor profundidad las numerosas aristas y problemáticas que surgen asociadas a la maternidad subrogada (Gómez Al, 2023):

1. Un hombre y una mujer realiza un acuerdo con una mujer para que complete la gestación de un embrión concebido con el espermatozoides del hombre y el óvulo donado por la mujer

gestante. Al final del embarazo la mujer gestante decide quedarse con el bebé.

2. Una pareja de hombres extranjeros pacta con una mujer la gestación de su hijo, se utiliza el semen de uno de los padres y un óvulo donado. El parto se complica y el recién nacido nace de forma prematura con 27 semanas de edad gestacional requiriendo unidad de Cuidado intensivo neonatal, los padres no pueden desplazarse a Colombia. Los médicos se preguntan quién debe tomar las decisiones (Como por ejemplo una decisión de adecuación de esfuerzo terapéutico con el neonato)
3. El feto producto de una maternidad subrogada presenta una grave malformación, la pareja comitente, solicitan a la mujer gestante la interrupción voluntaria del embarazo a las 30 semanas de edad gestacional, la mujer se niega y el bebé nace con la afección previamente diagnosticada y los padres no aceptan al recién nacido.
4. Hombre soltero mediante maternidad subrogada y reclama para sí la licencia de maternidad.
5. Una mujer casada con dos hijos quien se encuentra embarazada producto de un proceso de maternidad subrogada presenta un accidente cerebrovascular con 20 semanas de edad gestacional. Presenta posteriormente muerte encefálica, la pareja comitente solicita que se mantenga el soporte vital hasta que se complete la edad gestacional que permite la viabilidad del feto (gestación cadavérica)
6. Una mujer de 68 años quien perdió a su hijo por una enfermedad oncológica pacta una maternidad subrogada con un óvulo inseminado con el semen congelado de su hijo fallecido
7. Una institución dedicada a la oferta de servicios de técnicas de reproducción humana asistida considera que es una oportunidad de negocio el incluir en su portafolio de servicios la maternidad subrogada y se pregunta ¿qué elementos debe considerar para actuar acorde con la ley?
8. Producto de un proceso de gestación subrogada en la que la madre gestante aporta el óvulo, nace un bebé el cual es registrado como hijo de la madre gestante en ausencia del

padre comitente

9. Durante el proceso de gestación subrogada a una mujer queda con una enfermedad grave que le produce discapacidad permanente, posteriormente solicita a la pareja comitente que la indemnice por el hecho.

10. Fallecen los padres cercanos al nacimiento producto de la gestación. La madre gestante señala que al nacimiento ella ya no se hace responsable del niño

11. Una mujer de 32 años desea quedar embarazada, no obstante, no desea interrumpir su vida laboral ni afectar su salud y cuerpo y considera que la maternidad subrogada es una alternativa para ella.

Actualidad de la maternidad subrogada en Colombia

Aunque la maternidad subrogada no está formalmente regulada por una ley específica en Colombia, se permite dentro del marco de la autonomía reproductiva, si existen algunos fallos judiciales que la han avalado bajo ciertas condiciones. No obstante, la Corte Constitucional ha señalado que es necesario garantizar el respeto de los derechos tanto de la gestante como del niño nacido mediante esta técnica, especialmente en lo referente a la dignidad humana y la validez del consentimiento informado. Se han presentado diversas iniciativas reglamentarias, recientemente, el 27 de febrero de 2023, la Cámara de Representantes de Colombia presentó la iniciativa 345/23C "Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia" (Proyecto de ley estatutaria de 2023. «Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia», 2023). Este proyecto de ley estatutaria buscaba regular el proceso de maternidad subrogada en el país. Entre los aspectos tratados se incluyen las prohibiciones, la modalidad contractual, la capacidad negocial de las partes involucradas, y el consentimiento informado en los procedimientos médicos relacionados (Proyecto de ley estatutaria de

2023. «Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia», 2023).

Definiciones de maternidad subrogada

Existen diferentes definiciones de maternidad subrogada, algunas de ellas son:

1. "Una mujer gesta un bebé previo pacto compromiso mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a la persona o personas que asumirán la paternidad sobre el mismo" (Beetar Bechara, 2019).
2. "Procedimiento mediante el cual una persona o pareja encarga de una mujer la gestación de un niño el cual será entregado a la pareja o persona que solicitó después de su nacimiento" (Brena I, s. f.).
3. "Contrato oneroso o gratuito por el cual una mujer aporta únicamente la gestación o su óvulo comprometiéndose entregar el recién nacido a los comités que pueden ser una persona, pareja casada o no que podrán aportar o no sus gametos" (Souto B, 2005).

En el contexto colombiano, la maternidad subrogada se define, según la sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional, como "el acto reproductivo que resulta en el nacimiento de un niño gestado por una mujer que, mediante un acuerdo o pacto, se compromete a ceder todos los derechos sobre el recién nacido a otra mujer, quien será reconocida como la madre del niño". Esta definición plantea importantes interrogantes sobre su naturaleza: ¿se trata de un contrato un negocio jurídico o simplemente un acuerdo? La complejidad de la naturaleza legal de la maternidad subrogada ha suscitado un intenso debate, ya que abarca aspectos éticos, jurídicos y sociales que demandan un marco normativo claro y específico para garantizar la protección de los derechos de todas las partes involucradas (Beetar Bechara,

2019).

Por otro lado, la maternidad subrogada incluye diversas interpretaciones sobre el concepto de maternidad. Estas definiciones pueden variar en función de aspectos legales, sociales y culturales, lo que genera un amplio espectro de entendimiento sobre qué significa ser madre en el contexto de la subrogación (Figura 1).



Figura 1. Conceptos de maternidad (Beetar Bechara, 2019).

Dentro de este marco, se reconocen dos modalidades de maternidad subrogada: la maternidad tradicional y la maternidad parcial. En la maternidad tradicional, la madre subrogada es también la madre genética, ya que proporciona el óvulo y puede ser inseminada con el semen del comitente o de un donante. Por otro lado, en la maternidad parcial, la concepción se lleva a cabo utilizando el óvulo de una mujer diferente, generalmente la madre comitente, mientras que la madre subrogada solo se encarga de llevar a término el embarazo (Figura 2).

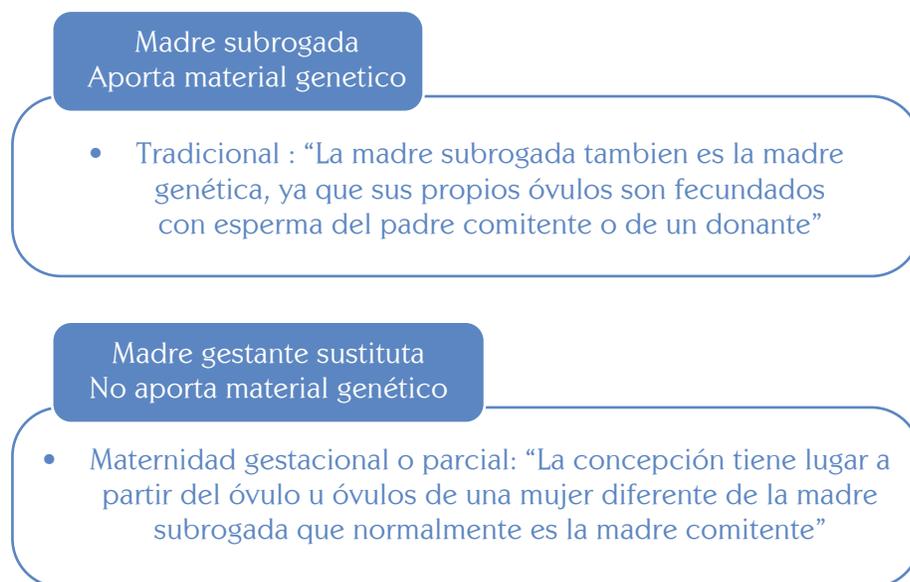


Figura 2. Modalidad de maternidad subrogada (Beetar Bechara, 2019)

Estas dos modalidades plantean distintos desafíos jurídicos en relación con la afiliación. En el caso de la maternidad tradicional, resulta complicado demostrar la filiación genética, mientras que en la maternidad parcial es posible establecer dicha filiación de manera más clara.

Por otro lado, el desarrollo de la tecno-medicina ha transformado el campo de la reproducción asistida permitiendo nuevos escenarios en la maternidad subrogada. La fertilización in vitro y otras técnicas avanzadas de reproducción han permitido separar la concepción biológica del proceso gestacional. De esta manera, en la maternidad subrogada se pueden presentar los siguientes escenarios.

1. Óvulo de la madre comitente + espermia del padre comitente + útero subrogado.
2. Óvulo de la madre comitente + espermia de un donante + útero subrogado.
3. Óvulo de la madre gestante + espermia del padre + útero subrogado.
4. Óvulo de un donante + espermia del padre o de un donante + útero subrogado.

Cuestionamientos de la reproducción humana asistida

Tradicionalmente, los fines de la medicina se han centrado en la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y cuidado paliativo. Sin embargo, la llegada de nuevas tecnologías ha ampliado este horizonte, dando lugar a lo que se conoce como "medicina del deseo". Esta nueva perspectiva, impulsada por la biotecnología, permite explorar finalidades adicionales que buscan perfeccionar y mejorar la condición humana.

Dentro de este contexto, las técnicas de reproducción humana asistida han fragmentado los componentes esenciales de la procreación, subordinado el proceso de gestación a las capacidades técnicas y dinámicas del mercado. Esta transformación plantea la necesidad de

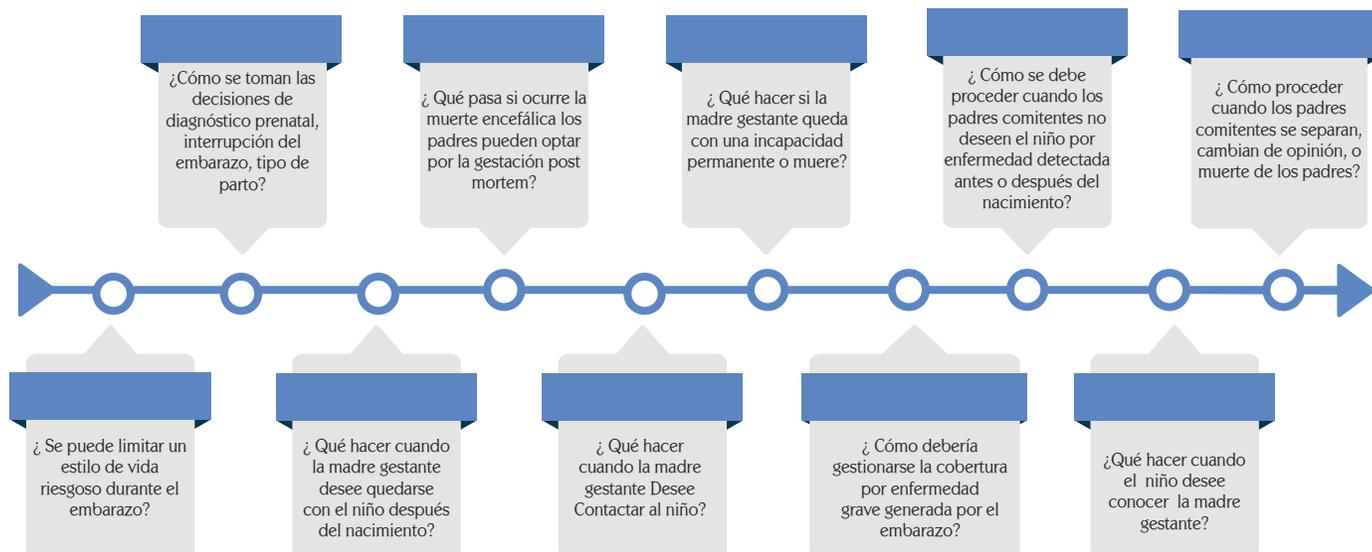
contextualizar estas prácticas en el marco de los derechos protegidos constitucionalmente, reconociendo la importancia de proteger tanto la dignidad de los individuos involucrados como los derechos del concebido en un entorno donde la procreación se convierte en un bien comercial. Esta situación plantea importantes problemas jurídicos, especialmente en relación con las motivaciones lícitas de aquellas personas con capacidad biológica para quedar embarazadas y gestar, que no se identifican como mujeres, como es el caso de hombres trans, personas no binarias y otras identidades de género. Esto genera interrogantes sociales sobre el uso del término "maternidad" y cómo debemos conceptualizar la gestación en un mundo que busca ser más inclusivo, reconociendo las diversas identidades de género y su capacidad para concebir y gestar.

Por otra parte, las motivaciones que influyen en la decisión de concebir pueden ir desde problemas biológicos, como la imposibilidad física de tener hijos biológicos, riesgos para la salud hasta factores como la edad, el miedo a la maternidad, el deseo de no interrumpir una carrera profesional exitosa, consideraciones estéticas y la diversidad de estructuras familiares (dos hombres, dos mujeres entre otros).

En este sentido, surge la pregunta: ¿cuál será el enfoque jurídico desde el cual se evaluará la licitud: desde la medicina del deseo o desde el problema de la infertilidad? Este cuestionamiento se entrelaza directamente con la complejidad de los derechos reproductivos, los derechos de los niños y los derechos de las mujeres gestantes, además de las diversas ideologías sobre la maternidad y de estructuras familiares. En este contexto, la maternidad subrogada aparece como un escenario en el que confluyen diferentes motivaciones y derechos, generando dilemas que deben ser analizados no solo desde el punto de vista jurídico sino también ético.

Problemáticas asociadas a la maternidad subrogada

Son múltiples los problemas asociados a la práctica de la maternidad subrogada los cuales se resumen en el cuadro que se presenta a continuación (Figura 3)



Argumentos y contrargumentos de la maternidad subrogada: Análisis de casos

Los casos presentados a continuación escenifican diferentes modelos de subrogación. A través de estos casos, se busca ilustrar las complejidades que rodean esta práctica desde los aspectos médicos, éticos y legales, dando apertura a un espacio de reflexión sobre los argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada.

Caso 1

“Nancy Hauck, de 56 años, ha actuado como madre sustituta para su hijo. La nieta de Nancy nació en noviembre del 2022. Nancy comenzó su tratamiento hormonal, y posteriormente el embrión fertilizado se transfirió a su útero un mes después. Cambria, de 30 años, y Jeff de 32 años, ya tenía dos hijos, pero Cambria necesitó una histerectomía tras el nacimiento de Diseal y Luka. El hijo de Nancy, Jeff, dijo “me sentí agradecido de tener una madre tan desinteresada y cariñosa (...)” (El universal (México), 2022).

En primer lugar, este caso plantea una problemática frente a los riesgos inherentes que asume Nancy, una mujer de 56 años, al quedar embarazada. La cesárea de emergencia refuerza este punto, destacando la vulnerabilidad tanto de la madre

gestante como de los neonatos, quienes requirieron cuidados intensivos. Además, introduce un dilema sobre la posible confusión de roles y funciones dentro de la estructura familiar. El hecho de que la madre gestante sea también la abuela biológica podría tener implicaciones psicológicas para los menores lo que plantea interrogantes sobre el impacto a largo plazo en el desarrollo emocional de la niña y las dinámicas familiares. Estos aspectos subrayan la necesidad de un análisis profundo de las consecuencias psicológicas y sociales de la subrogación, especialmente en situaciones donde los lazos biológicos se cruzan de manera tan estrecha.

A Continuación, los argumentos a favor y en contra:

Argumentos a favor:

- Nancy actuó con amor y generosidad hacia su hija ayudándola a satisfacer su más anhelado deseo. Estos actos de solidaridad pueden ayudar a fortalecer lazos familiares.
- Nancy tomó una decisión libre e informada asumiendo los riesgos asociados con su elección y ejerciendo plenamente su autonomía reproductiva
- Permite la materialización de diversas concepciones de familia, paternidad y maternidad.
- Al tratarse de una gestante dentro del círculo familiar, se eliminan muchas de las preocupaciones éticas y legales asociadas a la subrogación con personas externas, como la explotación o la mercantilización del cuerpo.

Argumentos en contra:

- ¿Cómo se explica a los niños que su madre biológica también es su abuela? Esto podría generar un impacto psicológico y dificultades dentro de la dinámica familiar, confusión en los roles y potenciales tensiones en la relación entre los padres, abuelos y niños.
- La edad de Nancy plantea serios cuestionamientos éticos respecto a si es adecuado permitir que una mujer de esa edad asuma los riesgos de una gestación, no sólo para su salud, sino también para la del bebé.

- El hecho de que los niños hayan nacido prematuramente y requeridos cuidados intensivos, expone que la decisión de llevar a cabo un embarazo de trillizos fue una decisión extremadamente riesgosa que además genera gastos adicionales para el sistema de salud.
- El derecho a la autonomía no es un derecho absoluto, tiene límites.
- Se alteran las líneas de parentesco cuando la persona que presta su útero es por ejemplo la abuela o la tía del menor.

Caso 2

“Una mujer había acordado con Crystal Kelley, de 29 años, alquilar su vientre por la suma de 2.222 dólares al mes. Todo iba normal hasta que, a los 5 meses de embarazo, una ecografía del feto demostró que la beba sufría anomalías graves y que era poco probable que tuviera en el futuro una vida normal (hablaron de un 25% de probabilidades de supervivencia). Con esos datos sobre la mesa, la madre biológica ofreció a Kelley dinero para que interrumpiera el embarazo. El contrato entre ambas partes incluía una cláusula de interrupción del embarazo en caso de malformaciones graves, y pese a que la mujer le ofreció 10 mil dólares extra, Kelley se negó a interrumpir el embarazo aduciendo razones religiosas y morales. Sin embargo, un par de semanas después Kelley cambió de idea y pidió 15 mil dólares para abortar, pero la familia se negó a pagarlo y el embarazo llegó a término. La niña nació con graves malformaciones físicas, pero conquistó a Kelley” (Clarín, 2019).

El caso de Crystal plantea varios debates sobre el interés superior del niño, el derecho a la vida y la calidad de vida futura, dada la presencia de graves malformaciones. A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el principio del interés superior del niño no debe utilizarse para intentar justificar decisiones discriminatorias. Esto implica que las determinaciones basadas en presunciones infundadas o estereotipadas sobre la idoneidad parental no garantizan de manera adecuada la protección del interés superior del niño (Vaca

MC, 2018). En este contexto, el desarrollo de tecnologías de reproducción asistida y los cambios en las dinámicas de natalidad han generado nuevos desafíos. En 2022 organizaciones como la UNICEF emitió una nota informativa advirtiendo que los derechos de los niños y niñas nacidos por gestación subrogada están en riesgo, y subrayó que estos niños debe gozar de los mismo derechos que cualquier otro, proporcionando recomendaciones para protegerlos (UNICEF, Child Identity protection, 2022).

Por otro lado, el caso de Crystal expone el riesgo de cosificación tanto del niño como de la madre, al tratar al niño como un “producto” del deseo de los padres comitentes, quienes, al no ver satisfechas sus expectativas, optan por el aborto. Además, la autonomía de Crystal se ve comprometida por las obligaciones contractuales que incluyen la posibilidad de interrumpir el embarazo en caso de malformaciones.

Finalmente, la diferencia de valores entre la gestante y los padres comitentes genera conflictos sobre quién debe tomar la decisión respecto al aborto en situaciones de malformaciones.

Argumentos a favor:

- Crystal en ejercicio de su derecho a la autonomía sobre su cuerpo puede tomar la decisión de seguir con el embarazo aun cuando el contrato incluyera una cláusula sobre interrupción del embarazo en caso de malformaciones.
- La decisión de Crystal de continuar con el embarazo puede ser reconocida como un acto de respeto a la vida.
- El hecho de que Crystal se haya quedado con el bebe refuerza que la vida del menor tiene un valor intrínseco por sí mismo, sin importar las posibilidades de supervivencia o calidad de vida futura.
- Crystal actual según sus valores respetando la vida del menor así este viniera con graves malformaciones.
- El bebé pudo disfrutar del amor y cariño de Crystal. Confirmando que no todas las decisiones pueden estar completamente predeterminadas por un contrato y que más allá de este,

existe un vínculo humano.

Argumentos en contra:

- El deseo de tener un hijo no es garantía plena de protección del interés superior del niño. Los padres responsables son quienes logran el desarrollo pleno de sus hijos (Anitua MG, 2019).
- No se puede subestimar la capacidad de consentir de la madre gestante y no se puede permitir la manipulación del cuerpo femenino al usarlo solo como un instrumento.
- Los padres comitentes consideraron el aborto como una alternativa para evitar sufrimiento innecesario al menor con malformaciones, sin embargo, también puede ser considerado como un acto de discriminación.
- Si bien el contrato de maternidad subrogada puede incluir cláusulas relativas al aborto, se cuestiona si la vida puede iniciarse o terminarse en el momento que un tercero lo decida.
- Se cosifica y mercantiliza al menor subordinado a los deseos de los adultos según lo acordado en un contrato. Su situación depende de cláusulas establecidas en dicho contrato, sin asegurar la protección de sus intereses y derechos.

Caso 3

“Carole Horlock, de 42 años, ha entregado 12 bebés en 13 años - incluyendo trillizos, estableciendo el récord mundial como la madre de alquiler más prolífica. Ella le dijo al programa ABD News “20/20”: “Cuando empecé a ser una madre sustituta esperaba hacerlos solo una vez. Pero lo disfruté mucho y quería hacerlo de nuevo. Los sustitutos reciben un promedio de \$25,000 a \$30,000 por sus servicios, dijo a “20/20”. Las desventajas incluyen la fertilización in vitro, las náuseas del embarazo, reposo en cama, las cesáreas y las estrías. Pero sus experiencias de subrogación no han sido totalmente positivas. Su padre rara vez habla con ella, angustiado por dónde están sus nietos (La vanguardia, 2022)”

Desde la década de los 80, la gestación subrogada se ha convertido en una “industria” que genera ganancias anuales de hasta 2,3 mil millones de dólares, beneficiando principalmente a las “agencias de gestación por sustitución” que actúan como intermediarias. Estas agencias suelen operar en países en vías de desarrollo, donde las gestantes habitualmente son mujeres en condición de vulnerabilidad social o económica (Szygendowska, 2021). Desde esta perspectiva, la gestación subrogada ha sido vista como una forma de mercantilización del cuerpo femenino, en la que el cuerpo de la gestante con todas sus implicaciones físicas, psíquicas, racionales y emocionales, se convierte en un objetivo de transacción económica ((Szygendowska, 2021),(Aparisi A, 2017)).

Algunos autores argumentan que la subrogación se convierte en una necesidad adaptativa impuesta por las circunstancias y no en una decisión plenamente autónoma, lo que plantea debates respecto al ejercicio de la autonomía, la mercantilización y cosificación del cuerpo femenino (Szygendowska, 2021).

Argumentos a favor:

- Carole Horlock es libre de hacer lo que deseen con su cuerpo, y puede tomar deci-

siones entendiendo las consecuencias de sus actos.

- Los padres comitentes tienen una relación de cuidado con la mujer.
- No se explota la madre, ni es inválido el consentimiento dado que se está pagando por asumir el riesgo. Es por eso que ganan más dinero aquellas mujeres con mayor riesgo.
- Se sostiene que no agrede la dignidad de Carole Horlock porque ella accede libremente, y además le permite obtener los medios para sobrevivir o suplir otro tipo de necesidades, es decir la dignifica.
- Esta es la única posibilidad de algunas parejas para tener un hijo cuando no pueden engendrar.

Argumentos en contra:

- Las partes del cuerpo no pueden ser objeto de acuerdo de voluntades de tipo patrimonial.
- ¿Es libre la voluntad de una persona motivada por una difícil situación económica o culpa? ¿Es un consentimiento válido?. Se considera que la relación comercial que existe entre las partes del contrato de subrogación se desarrolla en un contexto de asimetría económica, social y de educación: Las personas comitentes suelen ser adineradas y las gestantes provienen de países en vía de desarrollo (Szygendowska, 2021).
- Quien ofrece su cuerpo para ganar dinero está en posición de vulnerabilidad, por lo tanto, se crea una relación asimétrica entre la madre subrogada y los padres comitentes.
- No hay un balance del riesgo vs el beneficio recibido, por lo que hay una disparidad de intercambio de valor.
- El reconocimiento de la dignidad implica que una persona no sea reconocida como un objeto de contrato.

Situación en Colombia y perspectivas futuras

En Colombia la maternidad subrogada no está expresamente prohibida, pero el país enfrenta una notable falta de regulación específica sobre el

tema. A pesar de la creciente demanda y normalización de esta práctica, la ausencia de un marco legal claro ha dejado a la maternidad subrogada en un escenario de omisión legislativa. Se estima que se han presentado más de 16 proyectos de ley sobre el tema, pero ninguno ha sido aprobado, lo que ha generado un vacío legal importante. Como consecuencia, esto puede exponer a las mujeres gestantes, la mayoría en situación de vulnerabilidad, a potenciales abusos y explotación, y deje a los niños en una situación jurídica incierta.

La constitución política de Colombia, en su artículo 42, reconoce que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.” Sin embargo, a pesar de que este principio protege los niños concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, no aborda específicamente la problemática de la maternidad subrogada.

La Corte constitucional se ha pronunciado sobre el tema en las sentencias Sentencia T-968 de 2009, Sentencia T-275 de 2022. Algunas decisiones judiciales han intentado suplir esa omisión legislativa. Por ejemplo, a través de la Sentencia T-968 del 2009 en la que anota que a pesar de no existir una normatividad que habilite la maternidad subrogada, en nuestro país “no existe un código o una ley que lo prohíba”. Más recientemente, la Sentencia T-275 de 2022 ordenó al Congreso legislar sobre la gestación subrogada, estableciendo un plazo de 6 meses para regularla en respuesta al caso de un hombre que se convirtió en padre a través de un contrato de maternidad subrogada y reclamó para sí la licencia de paternidad extendida por ser el único progenitor responsable del recién nacido.

En cumplimiento de esta orden judicial, en febrero de 2023 se radicó un proyecto de ley estatutaria titulado “por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia”. Esta propuesta legislativa incluía aspectos como la modalidad contractual, compensaciones, principios y prohibiciones, así como los derechos de los niños incluyendo el derecho a la identidad, nombre, nacionalidad, relación familiar y el derecho a no ser objeto de venta. A pesar de su importancia, este proyecto de ley fue archivado por

vencimiento de términos perpetuando el vacío legal y dejando sin resolver muchas de las problemáticas relacionadas con esta práctica.

Colombia enfrenta una necesidad imperiosa de establecer una regulación clara y efectiva en torno a la gestación subrogada. Es fundamental que se establezcan los marcos legales que protejan los derechos de todas las partes involucradas para asegurar que estos procesos se realicen de manera ética, justa y conforme a los derechos humanos.

Conclusiones

- La interacción entre la vida y la tecnología genera problemáticas éticas y jurídicas que requieren que la sociedad, con la participación de las partes involucradas, determine cómo serán empleadas, estableciendo límites e incluso prohibiciones específicas. Cuando estas regulaciones no se establecen antes de utilizar las tecnologías, se corre el riesgo de comprometer los derechos y las libertades humanas.
- En relación con la maternidad subrogada existen argumentos y contra argumentos, que deben ser analizados cuidadosamente. En el mundo existen países que la han prohibido, otros que la han regulado y otros como Colombia en que no se encuentra ni prohibida ni regulada, lo que representa un riesgo.
- En el caso de la maternidad subrogada es necesario garantizar que no se explote a la mujer gestante y se proteja al recién nacido, quienes son los actores más vulnerables en este proceso.
- Los derechos que deben garantizarse en el contexto del uso de esta tecnología reproductiva incluyen la dignidad, autonomía, libertad, intimidad, igualdad, derechos sexuales y reproductivos, a conformar una familia, la libertad reproductiva, derecho a la salud, a la vida, el interés superior y la prevalencia de derechos de los niños.
- Es necesario contar con un marco normativo que proteja la dignidad de las personas, que evite su explotación y cosificación.

Conflictos de interés

Los autores manifiestan que no poseen conflictos de interés, ya sean de carácter económico, político, institucional o personal, que pudieran haber influido en la realización, análisis o presentación de este trabajo.

Referencias bibliográficas

- Anitua MG. (2019). La Gestación Subrogada: El Interés superior del niño [Derecho Constitucional]. Universidad Pontificia. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/28703/TFG-%20Anitua%20Galdoln%2c%20Marila%20Gabriela.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Aparisi A. (2017). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. Cuadernos de bioética. <https://ae-bioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf>
- Beetar Bechara, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: Hacia un marco jurídico integral e incluyente. Estudios Socio-Jurídicos, 21(2). DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>
- Brena I. (s. f.). Maternidad subrogada. Enciclopedia de bioderecho y bioética. <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/203>
- Clarín. (2019, septiembre 3). Madre subrogante se niega a abortar a un bebé al que le encontraron una malformación durante el embarazo. https://www.clarin.com/hijos/alquilo-vientre-quiso-encontraron-malformacion_0_rJhPNTKPme.html?srsltid=AfmBOopy2GGQV3MyLomIW14EGVjhj8yWfHLBSamkELmRp3l64yr_BLF
- El universal (México), E. tiempo. (2022, septiembre 24). La mujer que tendrá a bebé de su propio hijo tras ofrecer su vientre de alquiler. <https://www.eltiempo.com/mundo/eeuu-y-canada/mujer-tendra-el-bebe-de-su-hijo-al-ofrecerse-como-madre-sustituta-704918>
- Gomez AI. (2023, noviembre 17). Maternidad subrogada. X jornada de ética: Bioética global. <https://vimeo.com/886002555?share=copy>
- La vanguardia. (2022, febrero 17). “No dejo de pensar en él”: Dio a luz a 13 bebés por alquiler de vientre, pero entregó a uno gestado con su propio esposo. <https://www.lavanguardia.com/mamas-y-papas/20220217/8060373/-gestacion-subrogada-vientre-alquiler-maternidad-nbs.html>
- Proyecto de ley estatutaria de 2023. «Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia» (2023). <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2023-02/P.L.E.345-2023C%20%28SUBROGACION%20UTERINA%29.pdf>
- Souto B. (2005). Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho (1) [Investigación de género, Universidad de Alicante]. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55038/1/2005_Souto_Foro.PDF
- Szygendowska, M. (2021). La gestación por sustitución como una forma de mercantilización del cuerpo femenino. Revista de Derecho (Valdivia), 34(1), 89-109. DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-09502021000100089>
- UNICEF, Child Identity protection. (2022, febrero). Consideraciones clave: Derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada: Nota informativa. <https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf>
- Vaca MC. (2018). Maternidad Subrogada para parejas del mismo sexo en Colombia bajo una perspectiva del derecho comparado. Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/d06cfc74-a965-4b3e-814b-076c50687432/content>