



## De la maternidad subrogada o alquiler de vientre en Colombia

..... Alba Magaly Vásquez Aguirre y Gloria María Ortiz Gómez<sup>12</sup>

El establecimiento de una ley tiene por objeto regular un hecho de la vida relevante para la comunidad con el fin específico de generar confianza, seguridad y tranquilidad para los miembros de la misma; pero la norma, necesariamente, debe readecuarse a las realidades cambiantes que se presentan hoy en día, es decir, no puede quedarse inmutable con el pasar de los años regulando un hecho que, tal vez, hoy ya no sea relevante o sus connotaciones e implicaciones jurídicas sean diferentes a las de otrora, pues esto conlleva a que se formen vacíos legales que culminan con injusticias y que generan incertidumbre para todos los sectores de la sociedad. En este entendido es menester reevaluar el concepto de familia y de filiación en Colombia a la luz de los avances científicos, tecnológicos y genéticos que se encuadran en nuevas situaciones que, perentoriamente, deben ser contempladas por una estructuración jurídico-legal; tal es el caso de la maternidad subrogada<sup>13</sup> o mejor conocida como alquiler de vientre.

---

12 Estudiantes de la Especialización en derecho de familia, Cohorte II – 2012. Universidad Autónoma Latinoamericana

13 Por maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro y para otro, se alude a la posibilidad (el convenio) en la cual el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer (distinta a la que aporta el óvulo), que lo gesta y lo procrea en beneficio de la pareja. Adviértase que la mujer portadora y gestadora de la criatura no es la madre genética o biológica; la mujer que procrea cesará de ser la madre –concepto jurídico distinto a progenitora– si entrega el hijo, renunciando a los derechos filiatorios.

El concepto de familia se encuentra definido en el artículo 42 de la Constitución Política colombiana, de la siguiente manera:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla [...] y [...] Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

Del articulado anterior se colige que el constituyente en 1991 de algún modo previó que la conformación familiar futura, posiblemente, estuviese inmersa en cuestiones científico-genéticas y, por lo tanto, le delegó a la ley su regulación cuando fuese necesario. No se entiende entonces por qué hoy en día, temas cada vez más recurrentes como: la reproducción asistida; la donación de óvulos o esperma; la fecundación in vitro; la maternidad subrogada o alquiler de vientre, entre otros; no se contemplen expresamente en una ley, generando situaciones irregulares y confusión debido al vacío legal o zona gris que se presenta a falta de regulación de estas figuras.

En Colombia, la maternidad subrogada es un tema tabú, toda vez que “prestar” el útero para incubar al hijo de otra madre supone la desnaturalización de un acto elevado a la categoría de sublime, único, natural y especial que genera un vínculo entre la madre y el hijo que está por nacer; pero esta situación, influenciada por posiciones éticas y religiosas, se contrapone a las tasas de infertilidad que se presentan y han ido en aumento en los últimos años en el mundo. Se sabe que entre 60 y 80 millones de parejas sufren de infertilidad con la consiguiente imposibilidad de procrear (Rodríguez, Ortiz, Santana, Domínguez, & Nurquez, 2013).

Es entendible que la demanda de parejas que desean tener un hijo propio, bien sea con el esperma o el ovulo de alguno de los dos<sup>14</sup>, también vaya en aumento. En el caso específico de Colombia cerca del 11% de las mujeres en edad de reproducción tienen algún problema de fertilidad según el DANE

---

14 Estas técnicas son conocidas como fertilización in vitro que consisten en: a) el óvulo que ha sido extraído de una mujer se fertiliza in vitro o in vivo; el embrión es trasplantado al útero de una mujer distinta a la donante del óvulo, que lo gesta y procrea una criatura; al nacer la criatura, se entrega a la (mujer) donante el óvulo, y b) el óvulo de una mujer es fertilizado in vitro o in vivo después de su obtención mediante lavado; es trasplantado [implantado] en el útero de otra mujer, y nacido el niño es entregado a terceras persona(s), tales como el donante del semen y su cónyuge.

(Noguera, 2011); por lo cual, buscan a mujeres sanas y jóvenes para alquilar su vientre y gestar allí a su hijo, a cambio, en la mayoría de los casos, de una retribución económica, situación ésta que para un sector de la doctrina colombiana, se encuentra amparada bajo lo establecido en el artículo 42 inciso 6 de la Carta Política<sup>15</sup>.

Ahora bien, la falta de una ley regulatoria de la maternidad subrogada que conlleve a posibles situaciones abusivas de explotación anatómica comercial, aunada a los grandes problemas de desempleo, criminalidad, pobreza, discriminación de género, entre otros, que aquejan al país, incentiva el ofrecimiento de vientres en alquiler por parte de mujeres de estratos bajos con el objetivo exclusivo de lucrarse de ello, lo que traduce que esta práctica se convierta en un negocio como por ejemplo: el mercado negro de venta de bebés.

Como consecuencia de lo anterior, se plantea la necesidad de exigir a los legisladores colombianos tramitar una ley íntegra que regule toda la materia, so pena de que en Colombia se continúe con prácticas como la enunciada, sin ningún tipo de parámetros o convenciones legales, que aparentemente conlleva a serios inconvenientes para los sujetos que se puedan ver involucrados en esta realidad, tales como el personal médico, el padre y/o madre de crianza, la madre sustituta y el niño o niña que está por nacer.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-968 del 2009, se refiere a una situación de maternidad subrogada, con la aclaración de que es el único pronunciamiento sobre este tema que ha realizado esa corporación, de la siguiente manera:

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas. 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

15 En el artículo 42 se define la familia y su conformación y en el inciso sexto se establece que los hijos, incluso los nacidos por medio de la asistencia científica, tendrán igualdad de derechos.

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 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.

Es claro y tajante el llamado de la Corte Constitucional para la regulación de la materia, lamentablemente aún no encuentra eco en el Congreso de la República y la incertidumbre legal continúa.

En el apartado de la sentencia T-968 de 2009, la Corte sólo menciona algunas de las situaciones sobre las que se debe legislar<sup>16</sup>. Sin embargo, se genera gran inquietud con relación al enfrentamiento entre las leyes actuales sobre filiación y las que hacen referencia a la maternidad subrogada. Prueba de lo anterior es que en Colombia cuando una mujer da a luz, el niño o niña nacido debe quedar registrado por la madre biológica, toda vez que la madre sustituta no es la verdadera madre<sup>17</sup>. También hay que destacar que esta alta corporación se ha quedado corta en su pronunciamiento, pues éste ha sido el único llamado que se le ha hecho al legislativo para que reglamente la materia dejando de lado un tema con tantas implicaciones de todo tipo, asumiendo entonces una posición casi pasiva ante esta realidad (Cardona & Parra, 2013).

---

16 La mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

17 En Colombia, y según el artículo 90 del Código Civil y el artículo 48 y 49 del decreto 1260 de 1970, se inscribe sólo a quien nazca vivo y de la madre que lo tuvo, entendiéndose que para poder registrar a una persona, ésta debe encontrarse separada completamente de su madre, por cuanto si no ha sobrevivido un momento siquiera a la separación materna, se reputa no haber existido jamás y en este caso no se puede registrar.

En países como Ucrania, Canadá, Francia y Rusia; y en algunas partes de Estados Unidos como California, Maryland y New Jersey, esta práctica se encuentra en un marco legal. En el caso específico de Rusia, el alquiler de vientre se encuentra plenamente identificado e individualizado en el Código de familia en los artículos 51 y siguientes, la Ley 5487-1 y la Ley Federal 149-FZ, artículo 16 y la Orden N°. 67 del Ministerio de Salud en el cual se delimita el marco de acción del alquiler de vientres, sus características, requisitos, efectos, consecuencias y todo lo relacionado con esta situación. (Vita Nova Clinica de Reproduccion -Rusia-, 2007-2013)

En Colombia, a falta de regulación en la materia, y la no prohibición de la misma, se encuentran varios centros científicos que ofrecen estos servicios a parejas infértiles, tanto nacionales como extranjeras. En la ciudad de Medellín esta práctica es realizada por varios centros, uno de ellos es el Centro de Fertilidad de Medellín (CEFES). Allí, se establecen una serie de requisitos y parámetros que recrean un ambiente de legalidad y que deben cumplir los padres que alquilan el vientre y la madre gestante. Entre esos requisitos se encuentran: que la madre sustituta tenga hijos propios; que sea una mujer sana y que además se someta a una serie de exámenes físicos, orgánicos y psicológicos; y que al momento del nacimiento se inicie un proceso de adopción entre el niño o niña y la madre de crianza, siempre y cuando quien donó el semen figure como el padre biológico (Noguera, 2011).

A pesar de los esfuerzos que realizan los centros de reproducción en Colombia para darle la oportunidad a parejas o personas que no pueden ser padres, resulta apenas obvio que del ejercicio de una práctica permitida por falta de prohibición o regulación, a una situación irregular e incluso ilegal haya un paso, y que esta pueda llegar a comprometer la responsabilidad profesional, ética, civil y penal de los que intervienen en este acto y poner en peligro la vida y la integridad física del que está por nacer y de la mujer gestante.

Es evidente entonces que se hace necesaria la intervención del Estado colombiano ante una situación como esta; es apremiante que el contrato de alquiler de vientre sea delimitado como lo es el contrato de arrendamiento, el de compraventa o el contrato de trabajo; y cuando ello ocurra, es de esperar que se encuentren argumentos a favor o en contra, máxime en un país como Colombia polarizado y segregado en temas tan delicados como este, pero aún así, se tiene que pensar de manera objetiva esta realidad que tímidamente está aflorando en el país, pero que con pasos de gigante avanza rápidamente en el desarrollo de la misma, con implicaciones sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas.

En aras de reforzar la urgencia legislativa sobre el asunto, se hace obligatorio examinar el tema de la salud, tanto física como mental, de los intervinientes en el asunto en cuestión; esto plantea la necesidad de dar a conocer plenamente a las partes involucradas: madre gestante y padres de crianza, el consentimiento informado, los riesgos, las consecuencias y las implicaciones que se puedan presentar derivadas de este procedimiento. El médico tiene la responsabilidad de suministrar a sus pacientes, de manera comprensible para ellos, suficiente información sobre el propósito, métodos, riesgos, inconvenientes y los posibles fracasos del procedimiento y debe obtener de ellos el consentimiento informado (Ramos, Morales, Valdes, & Gonzalez, 2008).

Toda intervención médica siempre lleva un riesgo implícito para la persona que se somete a ella; tratándose de la manipulación genética y la reproducción asistida, los riesgos recaen tanto para la madre como para el niño o niña por nacer; las probabilidades de que se originen enfermedades para la madre derivadas del embarazo o fallezca por él, son latentes, de la misma manera que se presenten enfermedades o malformaciones en el feto (Programa de Genética Humana, Instituto de Ciencias Biomédicas (ICBM), Facultad de Medicina, Universidad de Chile. Santiago de Chile., 2005) ¿Qué ocurre entonces en estas situaciones?, ¿Habrà lugar a algún tipo de indemnización?, ¿Pago por daños?, ¿Quién responde y por qué responde?

De otro lado, hay que hacer énfasis también en cómo proceder, qué trámite implementar, ante quién acudir, cómo reclamar, si por el contrario es la madre gestante quien incurre en incumplimiento, es decir, si, a título de ejemplo, se rehúsa a entregar al niño o niña, cambia de lugar de residencia sin consultar generando serios inconvenientes para el desarrollo del embarazo y su vigilancia, consume alcohol, sustancias psicotrópicas o drogas, no sigue las recomendaciones médicas, no asiste a los controles, no se practica los exámenes requeridos, etc. (Marín, 2008)

En el mismo sentido, cómo proceder si son los padres de crianza quienes no cumplen con su parte del trato, es decir, no reciben al niño o niña cuando nace, no entregan a la madre gestante el pago pactado, no sufragan los gastos en los que se pueda incurrir en ocasión del embarazo y su posterior parto.

Si la vida es un don preciado, la conformación de la familia es libre y voluntaria y se constituye en la base de toda sociedad, si los avances de la medicina, la ciencia y la tecnología mejoran la calidad de vida de los seres humanos, si los niños y niñas gozan de especial protección en todo sentido y aspecto por parte del Estado, si la finalidad de la norma es regular la vida en comunidad para asegurar los derechos de todos y si el único objetivo del

derecho es servir al hombre, ¿por qué el Estado colombiano y los honorables legisladores no han vislumbrado la dimensión de la maternidad subrogada, sus implicaciones jurídico-legales, sus consecuencias y el impacto social que genera? ¿Por qué no han regulado la materia, a pesar del urgente llamado que les hizo la Corte en 2009? Estos y otros interrogantes que se puedan suscitar solo podrán encontrar respuesta cuando el Congreso realice su función legislativa y cumpla con el objetivo de la ley: regular un hecho de la vida relevante para la sociedad, trayendo consigo seguridad y confianza a los miembros de la misma.

## Referencias

---

Cardona, P., & Parra, A. (2013). *Red sociojurídica*. Obtenido de INCIDENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y BIOÉTICAS DE LA MATERNIDAD: <http://www.redsociojuridica.org/escenarios/edicion-6/Incidencias-sociales-juridicas-y-bioeticas-de-la-maternidad-subrogada.pdf>

Marín, G. A. (2008). *El arrendamiento de vientre en Colombia*. Medellín: Sello Editorial.

Noguera, N. (28 de abril de 2011). Alquiler de vientres: nueva forma de maternidad. *El Tiempo*.

Programa de Genética Humana, Instituto de Ciencias Biomédicas (ICBM), Facultad de Medicina, Universidad de Chile. Santiago de Chile. (2005). El riesgo de malformaciones congénitas y defectos de la programación genómica, en relación con las técnicas de reproducción asistida y la clonación. *Revista médica de Chile*, 1075-1080. obtenido de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-98872005000900012&lng=en&nrm=iso&ignore=.html](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872005000900012&lng=en&nrm=iso&ignore=.html)

Ramos, A., Morales, A., Valdes, R., & Gonzalez, C. (2008). Consentimiento bajo información y reproducción asistida. *Conamed*, 29-34.

Rodriguez, V., Ortiz, C., Santana, F., Dominguez, E., & Nurquez, B. (2013). Mico-plasma hominis, Ureaplasma urealyticum y bacterias aeróbicas en el semen de hombres que consultan por infertilidad. *Revista Cubana de Endocrinología*, 1-4. Obtenido de [http://www.bvs.sld.cu/revistas/end/vol24\\_1\\_13/end05113.htm](http://www.bvs.sld.cu/revistas/end/vol24_1_13/end05113.htm)

Vita Nova Clinica de Reproduccion -Rusia-. (09 de junio de 2007-2013). <http://vitanovaclinic.ru/>. Obtenido de <http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>

