

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

FACULTAD DE DERECHO

LA FILIACIÓN MATERNA EN EL ALQUILER DE VIENTRE EN COLOMBIA

María Camila Bernal Caicedo

201014687

Trabajo de grado para optar por el título de: Abogada

Directora: Faridy Jiménez

Bogotá, junio 5 de 2015

TABLA DE CONTENIDO

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	3
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	5
1.1. El alquiler de vientre y las técnicas de reproducción asistida, aspecto biológico.....	5
1.2. Modalidades económicas del alquiler de vientre.....	8
1.3. Consideraciones legales del alquiler de vientre en otros países.....	10
1.3.1. Análisis legal y jurisprudencial.....	10
2. RÉGIMEN JURÍDICO COLOMBIANO.....	14
2.1. Fundamento legal.....	15
2.2. Fundamento jurisprudencial.....	17
2.3. Validez del contrato de alquiler de vientre.....	19
2.4. Problemas en la práctica.....	22
2.5. Parentesco y Filiación.....	24
2.5.1. Presunciones de filiación.....	25
2.5.2. Alternativas de la madre biológica.....	27
2.5.3. Relaciones de filiación según “roles”.....	29
2.5.3.1. Maternidad biológica-genética.....	30
2.5.3.2. Maternidad por voluntad responsable: Rol de decisión.....	32
2.5.4. Derechos sexuales y reproductivos. Salud materno-infantil.....	34
CONCLUSIONES.....	36
BIBLIOGRAFIA.....	40
ANEXOS.....	48
Anexo 1. Minuta de contrato de alquiler de vientre.....	48
Anexo 2. Ficha de la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional colombiana.	57
Anexo 3. Cuadro de normas relativas a la disposición de componentes anatómicos en Colombia.....	62

INTRODUCCIÓN

El alquiler de vientre es una práctica que ha causado revuelo en las últimas décadas. En muchas partes del mundo está prohibida, y en muy pocos países se cuenta con una regulación exhaustiva y específica sobre la materia, ya que en la mayoría de las ocasiones, el análisis se limita a las técnicas de reproducción asistida en general.

Aunque en Colombia el primer caso conocido data de 1987¹, estas prácticas no han sido reguladas, generando una gran inseguridad jurídica: las obligaciones y derechos de las partes y los alcances de la figura no son claros; por lo cual se puede incurrir en violaciones de derechos fundamentales. Además, en Colombia el menor se debe registrar con el nombre de la madre que da a luz, de lo contrario se incurre en el delito de falsedad en documento público. Pero en virtud del alquiler de vientre, enmarcado en las técnicas de reproducción asistida, la madre biológica es diferente a la madre gestante, por lo cual en estos casos, se cuestiona la filiación materna tal como la concibe nuestro ordenamiento.

El presente trabajo pretende analizar el hecho de la maternidad derivada del parto en los casos de alquiler de vientre en los cuales el embrión de la pareja es implantado en el útero de la madre gestante, para demostrar que el reconocimiento legal de este hecho vulnera los derechos de la madre gestante, y proponer algunas posibles soluciones para la problemática señalada. Para lo cual, el trabajo se dividirá en tres partes: la primera de ellas desarrollará las consideraciones generales del alquiler de vientre con el fin de comprender el aspecto científico y biológico y las problemáticas legales de la figura en otros países. La segunda hará una aproximación al régimen jurídico colombiano desde el ámbito constitucional y legal del alquiler de vientre para presentar la gran problemática objeto del presente: la filiación materna en el alquiler de vientre en Colombia. Esto con el fin de mostrar por qué

¹ VARGAS, Claudia Victoria. *Maternidad subrogada y legislación colombiana*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1989. p. 13.

² GARCÍA del RIO, María Stella. *La gestación subrogada*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 66.

³ CARRERAS y DEXESUS, En ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. *Maternidad subrogada y filiación a la luz del ordenamiento jurídico colombiano*. Cali, 2012, 47 p. Tesis de grado. Universidad de Sanbuenaventura. Facultad de

se debe hacer una excepción al hecho referido en virtud de los supuestos biológico y de voluntad procreacional; y por último, la tercera parte presentará las conclusiones generales y específicas para el caso colombiano en materia de filiación en los casos puntuales de alquiler de vientre o maternidad subrogada bajo análisis.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. El alquiler de vientre y las técnicas de reproducción asistida, aspecto biológico.

La reproducción humana puede ser natural o asistida. La reproducción natural inicia con la unión sexual entre un hombre y una mujer que hace que el espermatozoide (gameto masculino) se encuentre con el óvulo/ovocito (gameto femenino), dando lugar a la fecundación² y creando un huevo que se denomina cigoto y que inicia un proceso de multiplicación celular a partir del cual se va formando el individuo. Desde la fecundación hasta la sexta semana al cigoto se le denomina embrión y desde la séptima u octava semana se conoce como feto. Después de unas cuarenta semanas, tiene lugar el parto. Todo el período entre la fecundación y el parto se llama gestación³. Así, los dos grandes momentos de la reproducción natural que se dan en el útero de la mujer son la fecundación y la gestación.

Por su parte, la reproducción asistida es aquella que logra los mismos resultados que la reproducción natural pero sin la unión sexual entre hombre y mujer, sino a través del empleo de técnicas médicas y científicas con fines terapéuticos⁴. Con estas técnicas se adelanta la etapa de fecundación.

Desde tiempos remotos⁵ los avances científicos y tecnológicos han incursionado en la vida sexual y reproductiva de las personas, desarrollando nuevas alternativas de procreación para las personas que, por algún motivo, no pueden tener hijos de manera natural; dándose

² GARCÍA del RIO, María Stella. *La gestación subrogada*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 66.

³ CARRERAS y DEXESUS, En ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. *Maternidad subrogada y filiación a la luz del ordenamiento jurídico colombiano*. Cali, 2012, 47 p. Tesis de grado. Universidad de San Buenaventura. Facultad de derecho. [En línea] Disponible en: http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/1147/3/Maternidad_Luz_Ordenamiento_Alvarez_2012.pdf. [Consultado el 3 de marzo de 2014].

⁴ Bernardini, En GARCÍA del RIO, María Stella. Op. cit. p. 149.

⁵ Las primeras pruebas de inseminación artificial datan de la antigua Grecia y los árabes, quienes lograron preñar animales utilizando diversas técnicas. La primera fecundación in vitro fue lograda por el italiano Lázaro Spallanzani y se dio en batracios, luego se hizo en mamíferos y, con el mismo método, en 1776, John Hunter consiguió una inseminación artificial en humanos. Más adelante los estadounidenses perfeccionaron el método y lograron embarazos con gametos criopreservados. Para mayor detalle ver GARCÍA del RIO, María Stella. Op. cit. p. 21.

así la aparición de las denominadas técnicas de reproducción asistida⁶. Estas técnicas comprenden todos “los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción”⁷, en las dos grandes etapas mencionadas.

Las técnicas de reproducción asistida se clasifican en dos grupos⁸: i) fecundación intracorpórea (dentro del cuerpo de la mujer: in situ o in vivo), como la inseminación artificial y la transferencia intratubárica de gametos, y ii) fecundación extracorpórea (in vitro), como la fecundación in vitro, la microinyección de espermatozoides y la transferencia intrafalopiana de cigotos⁹.

Estas técnicas están diseñadas para parejas con problemas de esterilidad¹⁰ (en la fecundación¹¹), pero ninguna está específicamente diseñada para parejas con problemas de infertilidad, definida como “la incapacidad razonable de completar un embarazo luego de un tiempo razonable de relaciones sexuales sin tomar medidas anticonceptivas”¹²; es decir, mujeres que pueden quedar embarazadas pero por algún motivo no pueden gestar al bebé

⁶ Las primeras referencias al alquiler de vientre se encuentran en la Biblia con el caso de Abraham, cuya mujer tomó a su esclava egipcia e hizo que concibiera a Ismael, y el de Raquel, que no podía darle hijos a Jacob e hizo que su esclava tuviera hijos con él. En el siglo XX encontramos el primer caso de alquiler de vientre en Estados Unidos. “Hombre sin hijos con esposa estéril desea un niño ‘artificial’. Antecedentes ingleses o europeos, noroccidentales. Indicar horarios y edad. Se asegura reserva” decía un aviso publicado por el “San Francisco Chronicle” el 15 de abril de 1975. Una mujer aceptó, fue inseminada con semen del anunciante y dio a luz al bebé el 16 de septiembre. Un evento similar ocurrido en Inglaterra (mencionado por ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia*. 2ª Ed. Buenos Aires: Astrea, 1989) se relacionaba con la posibilidad de fecundar por fuera del útero un óvulo de la esposa para luego implantarlo en el útero de otra mujer; quien acepta la implantación para posibilitar su desarrollo hasta el nacimiento.

⁷ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José de Costa Rica: Editorama S.A., 2008. p. 11.

⁸ Para explicación detallada ver: SANZ, Jaime. *Fecundación asistida: Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Bogotá. 2002.

⁹ GAFO En: ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. Op. cit. p. 9.

¹⁰ La esterilidad es la incapacidad definitiva e irreversible de una persona, o de una pareja, para concebir hijos con la práctica de relaciones sexuales normales. SANZ, Jaime. Op. cit. p. 31.

¹¹ Bien dice BRADLEY, J.; Outcomes from assisted reproductive technology, New York, American College of Obstetricians and Gynecologists, 2006, pp.55. “Assisted reproductive technology includes all fertility treatments in which both eggs and sperm are huddled in order to get a successful conception”

¹² BURGO-OLMEDO, Santiago. Et. al. Definición y causas de la infertilidad. Artículo de revisión. [En línea] Disponible en: http://www.fecolsog.org/userfiles/file/revista/Revista_Vol54No4_Octubre_Diciembre_2003/v54n4a03.PDF. [Consultado el 18 de mayo de 2015]

en su propio útero¹³. En respuesta a esto apareció el alquiler de vientre, que se configura como una combinación de varias técnicas aplicadas.

Antes de proceder a dar una definición del alquiler de vientre, se señalarán algunas de las diversas maneras en las que biológicamente se puede dar la maternidad subrogada¹⁴:

1. Espermatozoides del padre de la pareja y óvulos de la madre gestante. En este caso la madre gestante es también la madre biológica que gesta su propio óvulo. Por lo que estaría gestando un bebé propio para entregar a otra pareja.

2. Espermatozoides de un tercero y óvulos de la madre gestante.

Este supuesto por lo general, no presenta mayores complicaciones puesto que se puede asimilar a un proceso de adopción en el que la madre gestante entrega al hijo bien a la pareja, o al padre que aportó el gameto, si es un hombre solo.

3. Gametos de padre y madre, que conforman una pareja, diferente a la gestante. La madre gestante recibe y gesta el embrión fecundado de la pareja. Este es el caso al que hace referencia la expresión “alquiler de vientre o maternidad subrogada” como tal¹⁵, que es el pacto o compromiso por el cual una mujer (madre gestante) recibe el embrión de una pareja (padres biológicos) para gestarlo en su vientre y entregarlo a la pareja después del nacimiento. Éste será el supuesto sobre el que se desarrollará la presente investigación¹⁶, considerando que se da una verdadera subrogación¹⁷ pues la madre gestante no es la que aporta el óvulo.

¹³ ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. Op. cit. p. 4.

¹⁴ Entre ellas también se encuentran los casos de parejas homosexuales en las que se utiliza el gameto de uno de los hombres con un óvulo de una tercera mujer, o el gameto de una de las mujeres con semen de un donante. En fin, las posibilidades son bastante numerosas. Pero para efectos del presente se descartan estos casos y todos los de gametos donados.

¹⁵ Tesis soportada por autores como Zannoni en CHIAPERIO, Silvana María. *Maternidad subrogada*. Astrea: Buenos Aires. 2012. p. 99 y 102.

¹⁶ De esta manera, se entiende que cada vez que se haga referencia al ‘alquiler de vientre’ se trata únicamente de este supuesto.

¹⁷ Ha de aclararse que se hace referencia a subrogación en términos biológicos, pues la subrogación legal, como se verá más adelante, tiene condiciones específicas.

Entonces, se entenderá que el contrato de alquiler de vientre¹⁸ es un convenio en el que una mujer reemplaza a otra en lo concerniente a la gestación de un hijo, bien porque no puede gestarlo o porque se busca evitar la transmisión al hijo de enfermedades graves de origen genético. Se trata entonces de una mezcla de técnicas de reproducción homólogas, pues se realizan con gametos de la pareja¹⁹.

En síntesis, el proceso biológico del alquiler de vientre se da en tres grandes etapas:

La primera de ellas es la fecundación in vitro²⁰ en la que se unen los gametos de los padres biológicos (aportantes) y se verifica la fecundación. La siguiente etapa es la gestación y comienza con la transferencia embrionaria²¹ al útero de la madre gestante. Es posible trabajar con embriones fertilizados hasta los catorce días²² después de producida la fertilización, porque este es el plazo máximo que puede vivir el embrión por fuera del vientre materno y, por consiguiente, vencido este término, el embrión se debe implantar en el útero materno porque, pasado este tiempo, se dan divisiones celulares y si no encuentra las condiciones y el lugar adecuado para desarrollarse, el embrión muere. Esta fase ha de tener lugar por un período de 36 semanas aproximadamente. Por último tenemos el parto, después del cual la madre gestante ha de entregar el bebé a los padres biológicos.

1.2. Modalidades económicas del alquiler de vientre

Ahora bien, el alquiler de vientre también se ha clasificado desde el punto de vista económico, pudiendo ser gratuito y remunerado.

Se entiende por alquiler de vientre gratuito aquel en el cual no existe una contraprestación económica a favor de la madre gestante. Por otra parte en el alquiler de vientre remunerado existe una contraprestación económica a favor de la madre gestante.

¹⁸ También llamado: subrogación materna, madres portantes, madres sustitutas, maternidad por encargo, arrendamiento de vientre, etc. Se denominará contrato de ahora en adelante porque los países que lo han reglamentado utilizan esta figura jurídica.

¹⁹ A diferencia de las técnicas heterólogas en las que se usan gametos de un donante.

²⁰ Cuyo procedimiento detallado puede verse en SANZ, Jaime. Op. cit. p.122 y ss., 144 y ss.

²¹ GARCÍA del RIO, Maria Stella. Op. Cit. p. 74-79

²² Pues "a partir de este momento el embrión tiene una formación hereditaria completa, un código genético distinto e individualizado –genoma- capaz de transmitirse a otras células". VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del derecho civil español*. Madrid: Editorial Civitas, 1998. p. 88.

Se ha de mencionar que como consecuencia de las alteraciones que sufre la madre gestante y de la generación de gastos médicos, los padres biológicos pueden asumir estos gastos como parte de las condiciones de desarrollo que le están dando a su hijo sin que esto tiña el contrato de onerosidad²³. Pero esto no puede degenerar en un mero interés comercial de las madres gestantes que pierdan el carácter altruista del alquiler de vientre y lo transformen en una institución monstruosa.

Como consecuencia de los avances tecnológicos, hoy en día es posible encontrar en internet miles de ofertas de madres gestantes que le ponen un precio al alquiler²⁴, como ha sido reconocido por la misma Corte Constitucional colombiana²⁵ y es así como en la práctica, los casos aumentan y la falta de regulación hace que algo tan bonito como querer ayudar a una pareja a tener hijos se vuelva un negocio en el que la vida del niño queda supeditada al factor pecuniario²⁶.

Adicionalmente, debe señalarse que en la práctica, las parejas que acuden a las técnicas de reproducción asistida son aquellas que cuentan con recursos económicos suficientes para costear estos elevados tratamientos²⁷. Así que, en virtud de los principios constitucionales, debería concederse a todos los asociados la posibilidad de tener acceso a estas técnicas bajo el sistema de salud, permitiéndoles materializar sus derechos independientemente de su condición económica. Si se da este acceso, la calidad lucrativa del alquiler de vientre va a disminuir, porque si el Estado proporciona estos tratamientos, va a dejar de ser un negocio para volverse una institución altruista y positiva para todos los implicados.

²³ Martínez Pereda en CHIAPERO, Silvana María. Op. cit. p.104.

²⁴ Como se puede ver por ejemplo en http://foro.enfemenino.com/forum/f91/___f17304_f91-Ventre-de-alquiler.html, <http://www.vientredealquiler.com/index.php/prensa/338-soy-madre-de-alquiler> y https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=149204088448104&id=154748207887743. [Consultados el 29 de mayo de 2015]

²⁵ En su Sentencia T-968 de 2009. A la que se hará referencia in extenso más adelante.

²⁶ En el que a cambio del niño se paga una suma de dinero. Ver: ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. Op. cit. p. 4.

²⁷ CASTRO de ARENAS, Rosa. *La reproducción humana asistida*. Bogotá: Ediciones Forum Pacis, 1995. p. 201.

1.3. Consideraciones legales del alquiler de vientre en otros países

El presente trabajo presenta una definición propia para efectos del análisis, según la cual el contrato de alquiler de vientres es un negocio jurídico de carácter especial, en virtud del cual una mujer se obliga para con una pareja infértil, a aceptar el implante de una inseminación del embrión de la pareja, desarrollar en su vientre la gestión correspondiente con las precauciones y cuidados del caso, y entregar el bebé a los padres biológicos después del parto. Por su parte, la pareja se obliga a costear los gastos médicos correspondientes al embarazo y parto y a recibir a la criatura. En este sentido, no estamos de acuerdo con la definición que señala que la madre gestante entrega al bebé y renuncia a los derechos sobre él “a cambio de un beneficio económico”²⁸, pues claramente éste no puede ser el móvil del acuerdo de alquiler de vientre/maternidad subrogada.

Con el fin de contextualizar el asunto, a continuación se realizará un análisis legal y jurisprudencial comparado sobre el alquiler de vientre.

1.3.1. Análisis legal y jurisprudencial

En el siguiente cuadro se presentará brevemente la problemática en algunos países con el fin de comprender su posición frente al alquiler de vientre, al contrato como tal, y a la filiación materna, que es el punto más relevante del presente trabajo. Además, el contenido es relevante porque en consideración a lo que se ha hecho en otros países en términos legales y jurisprudenciales, se puede realizar la regulación colombiana de la materia cuya problemática nos ocupa.

²⁸ LÓPEZ DE ARMAS, Karen y AMADO, Catalina. *Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada*. Revista de Derecho Privado, 52. Universidad de los Andes (Colombia). Diciembre, 2014. p. 8. [En línea] Disponible en <http://www.leyex.info/magazines/dprivadon52201423.pdf>. [Consultado el 28 de mayo de 2015]

Cuadro No. 1. Análisis del alquiler de vientre en algunos países.

PAÍS	POSICIÓN FRENTE AL ALQUILER DE VIENTRE	POSICIÓN FRENTE AL CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE	SOBRE FILIACIÓN MATERNA
España	La gestación por sustitución está prohibida. <u>Ley 14 del 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.</u>	“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. <u>Artículo 10.1, Ley 14 del 26 de mayo de 2006</u>	La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. <u>Artículo 10.2, Ley 14 del 26 de mayo de 2006.</u>
Inglaterra	Está Permitido. <u>Acta de 1985 "Surrogacy Arrangement" Chapter 49</u>	El acuerdo de subrogación no se sanciona ni se prohíbe siempre y cuando sea sin fines lucrativos. <u>Acta de 1985 "Surrogacy Arrangement" Chapter 49.2</u>	La mujer embarazada será considerada la madre del niño a título exclusivo. <u>Artículo 27, Ley sobre fertilización humana y embriología (1 de noviembre de 1990).</u>
Alemania	No está expresamente prohibido.	Se rechaza pero no sanciona la práctica ni a los implicados, <u>Art 1.2, Ley 745 del 13 de diciembre de 1990 sobre protección del embrión.</u>	
India	Está permitido. <u>Indian Council of Medical Research (ICMR). The Assisted Reproductive Technologies (regulation) New Delhi, India: Bill, 2010.</u>	Es válido. El contrato es un acuerdo en el cual la mujer está de acuerdo tener un embarazo que no la involucra genéticamente a ella o a su esposo, con el propósito de llevar un embarazo a término y entregarlo a los padres genéticos, con quienes ella establece una relación contractual. (ICMR)	La identidad, la ciudadanía y el lugar socialmente asignado para el feto subrogado dependen de la filiación genotípica que otorgan los gametos fecundados, así como de la continuidad del ADN que han proveído los padres biológicos. (ICMR)
Canadá	Permitido con condiciones	Válido únicamente si es altruista. <u>Assisted Human Reproduction Act. Apartado 6.</u>	

Brasil	Permitido con condiciones. <u>Resolución CFM 1358 de 1992 del consejo federal de medicina.</u>	Válido siempre que exista una relación de parentesco y no tenga carácter oneroso. <u>Artículo 199 numeral 4 de la Constitución.</u>	
Rusia	Está permitido. La parte médica del alquiler de vientres viene regulada por la <u>Orden N.º. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia.</u>	Válido. Los aspectos legales de la maternidad subrogada se rigen por el <u>Código de Familia de la Federación de Rusia y los Fundamentos de la legislación rusa sobre protección de la salud de la ciudadanía.</u>	Solo los padres genéticos son los padres legales del niño. <u>Código de familia 51 y 52 y ley de Actos del Estado Civil art. 16</u>
Francia	Deben primar los derechos de los niños. Hay posiciones encontradas.	Nuevamente hay posiciones encontradas al respecto, aunque recientemente se han reconocido algunos efectos del contrato ²⁹ .	Se niega el registro y la adopción a la madre biológica. Sentencia de la Corte de Apelaciones de París, plen 31 mai 1991, JCP, 1991-II21752
Argentina	No está expresamente permitido pero es rechazado de manera general	El contrato sería nulo por objeto ilícito. <u>Artículo 953 del Código Civil.</u>	La maternidad se presume por el parto. <u>Artículo 242 Código Civil</u>
Estados Unidos	Prohibido en algunos estados (New Jersey) y en otros esta permitido (California)	En algunos estados es nulo por que el bebé no puede ser objeto de un contrato y no se puede disponer de su filiación. Y en otros estados es válido por que tiene objeto lícito y no afecta el interés del niño. La aceptación ha derivado incluso en la creación y puesta a disposición de minutas de contrato de maternidad subrogada en internet que presentan parámetros y contemplan varias situaciones a las que puede haber lugar en el desarrollo de esta práctica. (Ver anexos)	Dos posiciones: 1. Maternidad biológica (Sentencia Jhonson vs. Calvert). 2. Maternidad derivada del parto (Sentencia Baby M.).

²⁹ Ver: <http://www.excelsior.com.mx/global/2015/05/15/1024306>

Ahora bien, sobre Estados Unidos, es importante hacer mención de los casos señalados: “*Baby M*”³⁰ y *Johnson vs. Calvert*³¹. En el primer caso una mujer fue inseminada con semen del marido de una pareja estable. Acordaron una contraprestación por la obligación de gestar la criatura, no abortar y no consumir sustancias potencialmente dañinas para el bebé. La madre gestante se negó a entregar a la niña después del parto. El Tribunal Supremo de New Jersey declaró la nulidad del contrato, negando la posibilidad de alterar la maternidad a través de un negocio, y restituyó los derechos como madre biológica de la madre gestante, aunque otorgó la custodia al padre biológico. Aunque este no es el caso bajo estudio de alquiler de vientre como tal, si nos da luces sobre la posición de algunos estados al respecto.

En el caso *Johnson vs. Calvert*, la pareja Calvert acordó un proceso de gestación subrogada con los Jhonson, quienes no entregaron al hijo. La Corte señaló que el contrato no es contrario al orden público, no afectan el interés de los niños porque éste coincide con el de los padres y que “la maternidad se establece no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención” o voluntad procreacional que además es la causa eficiente del contrato porque sin la implantación del embrión la madre gestante no hubiera podido adelantar su función. En este sentido se reconoce la filiación a los padres biológicos.

En adición a las consideraciones legales sobre el tema en dichos países, encontramos algunas posiciones doctrinales que califican los contratos de alquiler de vientre como nulos y sostienen que son contrarios al orden público, a la moral y a las buenas costumbres, que su objeto es ilícito y está fuera del comercio y que se cosifica al niño; entre estos encontramos autores argentinos³², españoles³³. Además, la práctica es considerada inmoral por doctrinantes³⁴ y por la Iglesia.

³⁰ New Jersey Supreme Court. *Matter of Baby M*. 09 N.J. 396 (1988)

³¹ Corte suprema del estado de California. *Johnson vs. Calvert*. Radicación S023721. 20 de mayo de 1993.

³² CANO, María Eleonora. *Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada*. [En línea] Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>. [Consultado el 4 de marzo de 2015]. CHIAPERIO, Silvana María. Op. cit., SCOTTI, Luciana. *El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas*. [En línea] Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>. [Consultado el 8 de febrero de 2015]. ADORNO en VARGAS, Claudia Victoria. Op. cit. p. 1.

2. RÉGIMEN JURÍDICO COLOMBIANO

En Colombia hay más de una decena de centros que desarrollan técnicas de reproducción asistida (Unidades de Biomedicina Reproductiva)³⁵, para 2012 se conocían oficialmente once centros³⁶. Entre ellos el Centro Colombiano de fertilidad y esterilidad (CECOLFES), que en 1979 logró el nacimiento del primer ser humano en Colombia producto de inseminación artificial con semen crioconservado³⁷ y, luego de nacimientos exitosos con diferentes técnicas³⁸, en el 2005 lograron el nacimiento de una bebé desde un óvulo congelado (vitrificado). También se encuentran: Profamilia, Inser, Biofertil, Concevidas, Fecundar, Reprotec, la Clínica de Marly y la Clínica de la Mujer³⁹, vinculados a la Asociación Colombiana de Fertilidad y Esterilidad⁴⁰, entre otros. Algunos de estos centros realizan el aspecto científico del procedimiento de alquiler de vientre, tales como el Centro de Fertilidad de Medellín (Cefes), que lo hace desde hace 12 años y que, para hoy, ya ha participado en 30 nacimientos⁴¹. Aunque existen ofertas de estos centros basadas en el altruismo y la voluntad de ayudar a las mujeres que no pueden gestar, el tema sigue tratándose de manera reservada, por los vacíos legales en nuestro ordenamiento.

En nuestro país la práctica de alquiler de vientre o maternidad subrogada no está permitida, pero tampoco está prohibida, lo que genera una gran inseguridad jurídica para las partes que participan en el alquiler de vientre, en términos de obligaciones, derechos, garantías y regulación en general.

³³ LOPEZ, José, y APARISI, Ángela. *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*. Vol. XXIII, No. 2. (2012). [En línea] Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/875/87524464001.pdf> [Consultado el 9 de febrero de 2015]

³⁴ Entre otros ZANNONI, Eduardo. Op. cit. p. 111; LOYARTE & ROTONDA y MATOZZO. En: GARCÍA del RIO, Maria Stella. Op. cit. p. 27 y 28.

³⁵ ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. Op. cit. p. 12.

³⁶ Para esta información y otras estadísticas importantes ver: ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando et al. *Assisted reproductive technologies (ART) in Latin America: The Latin American Registry, 2012*. [En línea] Disponible en: <http://www.jbra.com.br/media/html/JBRA1081.html>. [Consultado el 1 de mayo de 2015].

³⁷ SOTO. En: GARCÍA del RIO, Maria Stella. Op. cit. p. 21.

³⁸ Al respecto ver *Ibidem*. p. 24

³⁹ ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. Op. cit. p.12.

⁴⁰ GARCÍA del RIO, Maria Stella. Op. Cit. p. 85. Sobre la regulación a que están sujetos, ver *Ibidem* p. 112 y ss.

⁴¹ <http://www.abcdelbebe.com/antes-del-embarazo/como-alquilar-un-vientre-en-colombia>

2.1. Fundamento legal

La Constitución contempla la posibilidad de la procreación mediante técnicas de reproducción asistida, como se puede ver en el artículo 42.

Asimismo, el legislador ha reconocido la incursión de las técnicas de reproducción asistida en nuestro ordenamiento, pero los pocos intentos de regulación han fracasado. A continuación presentamos un cuadro con un breve análisis de los proyectos sobre reproducción asistida y las consideraciones que hacen con referencia al alquiler de vientre o maternidad subrogada, con el fin de ilustrar las posiciones que se han tratado de adoptar por vía legal y percibir así si existe una tendencia en nuestro ordenamiento y cuál podría ser:

Cuadro No. 2: Proyectos de Ley sobre técnicas de reproducción asistida en Colombia.

Proyecto de ley	Temas	Consideraciones generales	Consideraciones sobre alquiler de vientre y filiación materna
<p>Proyectos 45 de 2000: Senado. Autor: Miguel Pinedo Vidal. "Por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se dictan otras disposiciones". Publicado en Gaceta del Congreso No. 307 de 2000; y 151 de 2001(reproduce el texto del primero). Publicado en Gaceta del Congreso No. 558 de 2001.</p>	<p>Procreación humana asistida: aspectos éticos, manipulación genética de embriones (disposición, adopción). Genoma humano, diversidad étnica. Procreación póstuma, maternidad soltera.</p>	<p>Definiciones extensas de conceptos, distinción entre donante, aportante, etc. Proponía modificaciones al Código Penal y al Código Civil en materia de filiación.</p>	<p>Art. 32: la maternidad está determinada por el parto. Art. 46. h: prohibición expresa de la maternidad por encargo, alquiler o subrogación de vientres.</p>
<p>Proyecto 029 de 2003 Senado. Ponentes: Alonso Acosta Osio, Omar Flórez, Jesús Enrique Duval y Humberto Builes. "Por la cual se modifica el</p>	<p>Procreación humana asistida, inseminación artificial, fertilización in</p>	<p>Proponía reglas para la aplicación de los métodos científicos de reproducción asistida y presentaba definiciones de los</p>	<p>Art. 32: la maternidad depende del parto. Art. 46: se prohibía expresamente la maternidad por encargo, alquiler o</p>

<p>ordenamiento civil colombiano regulando lo referente a procedimientos y técnicas científicas de procreación humana asistida, se dictan otras disposiciones” Presentado el 22 de julio de 2003. Publicado: Gaceta del Congreso No. 354 de 2003.</p>	<p>vitro, aporte, depósito, donación y disposición de gametos</p>	<p>implicados. Proponía modificaciones al Código civil sobre parentesco en las técnicas de reproducción.</p>	<p>subrogación de vientres.</p>
<p>Proyecto 046 de 2003. Senado. Ponente: Leonor Serrano de Camargo. “Por la cual se regula el contrato de técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones” Presentado el 29 de julio de 2003. Publicado en Gaceta No. 380 de 2003.</p>	<p>Técnicas de reproducción humana asistida, principios, contrato. Régimen sancionatorio.</p>	<p>Proponía un contrato de técnicas de reproducción asistida y uno de donantes, con sus características (partes, objeto, cantidad de preembriones transferibles, entre otros).</p>	<p><u>Art. 16:</u> prohibía expresamente cualquier contrato por el que se convenga la gestación y la renuncia a la filiación materna, que está determinada por el parto o cesárea.</p>
<p>Proyecto 100 de 2003. Senado. Ponentes: Humberto Builes Correa, Omar Flórez y Jesús Enrique Doval. “Por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones”. Presentado el 8 de septiembre de 2003. Publicado en la Gaceta No. 465 de 2003. Acumulado con 029 de 2003.</p>	<p>Inseminación artificial, fecundación in vitro, donación, <u>arrendamiento de útero</u>, reproducción póstuma, protección y conservación de embriones.</p>	<p>Planteaba una distinción entre aporte, donación y depósito de gametos. Señalaba condiciones específicas de disposición de los gametos. No se contemplaban las parejas homosexuales como usuarias de las técnicas.</p>	<p><u>Art. 25:</u> la maternidad está determinada por el parto. Capítulo noveno: <u>Art. 35:</u> el útero de una mujer solo se puede arrendar cuando sea estéril. <u>Art. 36:</u> entre las mujeres (arrendadora y arrendataria) deberá existir un contrato que contenga las obligaciones. <u>Art. 37:</u> la arrendataria renunciará al hijo y la arrendadora lo aceptará como legítimo. <u>Art. 38:</u> condiciones de la mujer para arrendar su vientre.</p>

En este sentido, podemos ver que existe una tendencia prohibicionista frente al alquiler de vientre en Colombia. Sin embargo, uno de los proyectos (el más reciente) contemplaba la práctica como válida y buscaba reglamentar algunas situaciones relacionadas.

En consecuencia, se puede ver que la falta de unanimidad frente al tema seguramente ha impedido que los proyectos se vuelvan Ley de la República.

2.2. Fundamento jurisprudencial

Por otra parte, los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia se limitan a la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional⁴², en la cual se señalan los requisitos para llevar a cabo esta práctica, pero no se profundiza en el tema.

En este caso, una pareja acordó con una mujer que ella gestaría un embrión implantado, pero ante la imposibilidad de éxito en el tratamiento, decidieron fertilizar in vitro óvulos de la mujer con espermatozoides del padre. El proceso fue exitoso y del embarazo nacieron dos mellizos, que fueron registrados por la madre. El padre inició un proceso de custodia y luego de múltiples decisiones de Juzgados, Tribunales y Cortes, se decidió que los niños, que vivían en el exterior con el padre y su esposa, tenían derecho a ver a su madre biológica. Este no es un caso de alquiler de vientre como tal, pues no hubo subrogación (la mujer que dio a luz es la madre biológica de los niños), pero la Corte expuso unas consideraciones muy interesantes sobre la materia.

Al respecto, dijo la Corte que el alquiler de vientre es *“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.”*⁴³ En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos (pues si lo fuera ella sería la madre biológica).

Además señaló que las técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro, combinadas con la maternidad subrogada, permiten a las mujeres que no han podido llevar

⁴² Magistrada Ponente: María Victoria Calle.

⁴³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 136.

a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y semen de su marido, compañero o donante. Generalmente, las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios óvulo y esperma. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto”. Se puede ver cómo la Corte reconoce el desarrollo de esta figura y señala que no se da un pago con fines lucrativos sino una contraprestación por los gastos médicos de la madre gestante.

Adicionalmente, la Corte señaló que en Colombia no existe una prohibición expresa para la realización de los convenios o acuerdos de alquiler de vientre y que, doctrinalmente, se consideran jurídicamente legítimos, en virtud del artículo 42-6 de la Constitución. Asimismo, reconoció la frecuencia con que se realizan estas prácticas y la necesidad urgente de regular la materia para evitar situaciones como “la mediación lucrativa entre las partes, 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”.

Sobre la materia, la Corporación concluyó que, para llevar a cabo el alquiler de vientre, se requieren condiciones tales como: (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 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.

A pesar de estas breves aproximaciones de la Corte Constitucional al desarrollo de las prácticas de alquiler de vientre en Colombia, ni la Corporación ni la ley han sido claras en señalar la validez de una figura jurídica que permita garantizar tanto los derechos de los padres biológicos y la madre gestante como los del menor o menores involucrados.

2.3. Validez del contrato de alquiler de vientre

Una de las principales discusiones en torno a la figura de la maternidad subrogada⁴⁴ tiene que ver con la validez del contrato. En cuanto a la doctrina, encontramos diferentes posiciones, hay quienes aseguran que el contrato de alquiler de vientre ha de ser nulo⁴⁵, otra parte sostiene que es válido siempre y cuando sea gratuito⁴⁶, hay quienes dicen que un contrato de esta índole atenta contra la moral y las buenas costumbres⁴⁷, y algunos afirman que se permite porque no está prohibido⁴⁸ y no se debe caer en moralismos⁴⁹.

Es necesario señalar que se habla de un contrato porque en el ámbito contractual se pueden fijar derechos y obligaciones de las partes y todos los implicados, un marco de acción, responsabilidades, acciones legales y consecuencias en caso de incumplimiento, convirtiéndose el contrato en una buena manera de prever muchas situaciones y aminorar la inseguridad jurídica en la práctica de alquiler de vientre. Adicionalmente, se considera esta

⁴⁴ Sobre esto debemos señalar que no nos encontramos ante la figura de la subrogación como tal, pues en ella la transmisión de derechos se da por mandato legal, cosa que no aplica en el alquiler de vientre. El cual, de todas formas se denominará maternidad subrogada en el entendido que una mujer subroga/reemplaza a otra en su papel de madre gestante en el desarrollo del acuerdo.

⁴⁵ Como GAFO, Javier. *Nuevas técnicas de reproducción humana: Biomedicina, ética y derecho*. Dykinson: Madrid, 1994. Y SUÁREZ, Ana Lucía. *Reproducción humana asistida y filiación en el derecho de familia colombiano*. Revista virtual via *inveniendi et iudicandi*: Bogotá. [En línea] Disponible en: <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/reproduccion-humana-asistidaok.pdf> [Consultado el 8 de marzo de 2015]

⁴⁶ ARTETA, Cindy. *Maternidad subrogada*. En: Revista de ciencias biomédicas. Vol. 2 No. 1 (2011). [En línea] Disponible en: <http://www.revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revcienciabiomed/article/view/65/60> [Consultado el 12 de marzo de 2014]

⁴⁷ GALARZA, En ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. Op. cit. p. 19.

⁴⁸ AGUILAR, Emilio José. *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer. Una mirada de la norma constitucional colombiana*. Universidad Libre: Cartagena. [En línea] Disponible en: http://www.unilibrectg.edu.co/Descarga/PDF/ciencias_Derecho/Libro_Maternidad_Subrogada2.pdf [Consultado el 27 de febrero de 2015] y MARÍN, Gustavo. p. 145.

⁴⁹ BERNAL, Diana R. *Técnicas de reproducción asistida, maternidad subrogada y derecho de familia*. En: Revista Republicana. Vol. 6. [En línea] Disponible en: <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/06/1-TECNICAS-DE-DIANA.pdf> [Consultado el 2 de abril de 2015].

figura porque es la que se ha adoptado en los países que han entrado a regular las prácticas de maternidad subrogada, como se presentó en el cuadro No.1.

Para efectos del presente artículo, no se trata de determinar la naturaleza contractual⁵⁰ del alquiler de vientre ni las condiciones de validez del mismo⁵¹ en el ordenamiento colombiano, sino de entender el contrato (en el sentido de los artículos 1494 y 1495 del Código Civil) como una manifestación de la autonomía de la voluntad tanto de los padres biológicos como de la madre portadora o gestante tendiente a producir efectos jurídicos que contiene las prestaciones a cargo de cada parte y que “constituye una posibilidad de acceder a la maternidad o paternidad y para las mujeres portadoras una forma de ayudar a otros”⁵². En este contrato concurre la autonomía de los comitentes (pareja) y la de la mujer gestante que puede disponer sobre su propio cuerpo, entregando todos ellos un consentimiento libre e informado, obrando de buena fe y ejerciendo sus derechos, sin desconsiderar los de la futura criatura.

En este sentido, es importante realizar algunas precisiones sobre el alquiler de vientre remunerado en nuestro país. Al tenor de los artículos 1517 y 1518 del Código Civil las ‘cosas’ que pueden ser objeto de una declaración de voluntad (como el contrato) deben ser comerciales en el sentido de que pueden ser apropiadas por los particulares. Al respecto encontramos una prohibición global de comercio de partes del cuerpo (órganos) y relativas a la donación⁵³. En el tema de regulación de disposición de órganos y componentes anatómicos en Colombia encontramos vigente en la actualidad⁵⁴ el Decreto 2493 de 2004 (ver anexos), que define los componentes anatómicos como “los órganos, tejidos, células y en general todas las partes vivas que constituyen el organismo humano” (Art 2). Los espermatozoides y ovocitos, como células o embriones, son componentes anatómicos. Así,

⁵⁰ Pues se ha dicho que por sus características puede ser asimilado a un contrato de obra, de arrendamiento (Marín), de servicios (CHIAPERO, Silvana María. Op. cit. p. 125), contrato atípico, entre otros. VARGAS, Claudia Victoria. Op. cit. p. 60 y ss.

⁵¹ Caso que nos ocuparía otro trabajo de tesis, y cuyo análisis se puede ver, entre otros en GARCÍA del RIO, Maria Stella. Op. cit. p. 93.

⁵² CAMACHO, Javier Martín. *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable*. 2009. [En línea] Disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>. p. 16. (Consultado el 5 de abril de 2015)

⁵³ Por ejemplo, http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=21392&Itemid

⁵⁴ Entre otros, los Decretos que se han derogado: D.03 de 1982, D.1172 de 1989

se afirma que el cuerpo humano viviente no se considera como una cosa, por lo que las partes del cuerpo no pueden ser objeto de tráfico jurídico y más concretamente, en el alquiler de vientre ‘remunerado’, pues se estaría pagando por algo que por ley se encuentra fuera del comercio.

Siguiendo la ley al pie de la letra, tanto los embriones como el útero no podrían ser objeto de un contrato pues constituirían objeto ilícito según el artículo 1521 del Código Civil. Sin embargo, no estamos hablando del comercio de los componentes, sino de su manipulación e implantación con fines meramente reproductivos. Al respecto podemos entender que el Decreto 1546 de 1998 y demás regulaciones complementarias de la Ley 9 de 1979 (ver anexos), conceden una autorización implícita para la práctica de procedimientos médicos y científicos relacionados con tecnología reproductiva, comprendiendo la manipulación de componentes anatómicos. Además, una parte de la doctrina considera que “ciertos componentes, separables o que se separan del ser humano de modo natural, sin detrimento alguno para ese hombre, ni desviación perjudicial de su destino, constituyen un claro objeto posible de las relaciones jurídicas”⁵⁵.

En consecuencia, para el caso del alquiler de vientre o maternidad subrogada, ciertas partes del cuerpo como los gametos pueden entrar a ser parte de las relaciones jurídicas en el entendido que se haga con fines reproductivos, claro está, en el marco de un tráfico restringido que ha de ser determinado por vía legal, para evitar excesos en detrimento de la dignidad humana.

Por otra parte, hay quienes afirman que en el alquiler de vientre el objeto es el neonato, pero, más allá de entrar en discusiones sobre el objeto de los contratos en Colombia, debe tenerse entendido que el objeto del contrato de alquiler de vientre es la gestación de la criatura⁵⁶, no la criatura en sí. Y que, en todo caso, cuando existe una remuneración de por medio, ésta no se da a efectos de comparar el neonato, sino de costear gastos médicos de la

⁵⁵ Luis Zarraluoui. “La naturaleza jurídica de los elementos genéticos”. Revista General de Derecho, Valencia. No. 501.1986. p. 1347 y ss. En: VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Op. cit. p.73.

⁵⁶ El análisis detallado sobre la existencia, validez y eficacia del contrato de alquiler de vientre se puede ver en MARIN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. *El arrendamiento de vientre en Colombia*. Medellín: Universidad de Medellín, 2005. p. 147 y ss. Y GARCÍA del RIO, Maria Stella. Op. cit.

madre gestante, pues claramente no se puede tratar de un negocio dado que un bebé no es mercancía alguna.

Así pues, considerando que los contratos de alquiler de vientre en nuestro ordenamiento cumplen con los requisitos para tener validez y que no se trata del comercio de componentes anatómicos, se puede considerar, como lo señala un sector de la doctrina, que los contratos de alquiler de vientre o maternidad subrogada deben entenderse como negocios jurídicos solemnes “porque involucran partes corporales y, por tanto, debe tener un tratamiento semejante o análogo a las donaciones de esos elementos, y, por tanto, deben constar en documento público o en documento privado auténtico”⁵⁷

Hechas estas precisiones, se tiene que los fundamentos bajo los cuales la doctrina considera nulo el alquiler de vientre en Colombia pueden ser inequívocos e inexactos⁵⁸, lo cual pone en evidencia la necesidad de una interpretación normativa sistemática acorde con los adelantos científicos que permita otorgar mayor seguridad jurídica y reconocer la validez de prácticas como el alquiler de vientre, cada vez más frecuentes.

Se ha de reconocer además, que en Colombia el alquiler de vientre o maternidad subrogada no solo no está expresamente prohibido, pues no existe legislación alguna que censure esta práctica en nuestro país, sino que, aunque tímidamente, se ha reconocido, y de esta manera se puede poner de manifiesto la inminencia de la institución y propender por reglamentarla de tal manera que se puedan proteger los derechos de todos los implicados.

2.4. Problemas en la práctica

En el desarrollo de prácticas no reglamentadas de alquiler de vientre podemos enfrentarnos con un sin número de posibilidades que atentarían gravemente contra los derechos de las partes. A continuación se presentarán algunas de ellas.

⁵⁷ Lafont Pianetta En: HURTADO URIARTE, José Raúl. Cuestionamientos contractuales y efectos de filiación madre e hijo respecto del fenómeno de la subrogación gestacional. Bogotá, 2009, 54 p. Trabajo de investigación dirigida. Universidad de los Andes. Facultad de derecho. p. 26.

⁵⁸ GARCÍA del RIO, María Stella. Op. Cit. p. 95.

El primero de los casos es aquel en que los padres biológicos no reciben al niño cuando éste nace. La primera implicación es que a la madre gestante le correspondería quedarse con un hijo que biológicamente no es suyo, y entonces tendría que iniciar un proceso de paternidad y de alimentos contra el padre biológico, para que éste responda por su hijo.

Puede ocurrir también que el bebé que nace presente deformidades o defectos físicos y sea rechazado tanto por la pareja como por la madre gestante. En este caso ¿qué pasa con la tutela del bebé? ¿Quién la asume?, él queda totalmente desprotegido. La madre gestante podría defenderse afirmando que ella no aportó el componente biológico y por eso los padres tienen esta obligación con el hijo, y éstos podrían ampararse en el reconocimiento de la maternidad por el parto para afirmar que es la gestante quien debe responder.

Otras situaciones se dan cuando la madre gestante se rehúsa a hacerse los exámenes médicos de control, se traslada de ciudad y pierde contacto con los padres biológicos, se descuida en la toma de medicamentos o realiza ciertas actividades que pongan en peligro al bebé (consumo de bebidas embriagantes o sustancias psicotrópicas, deportes extremos, etc.). En estos casos las acciones tendrían impacto en el bebé, y, como no hay regulación, nada obligaría a los padres biológicos a hacerse cargo de la criatura, ni a la madre gestante a evitar estos ataques contra el bebé.

Incluso la madre gestante puede abortar, lo que se configuraría como causal de incumplimiento del contrato, trayendo consigo los consecuentes efectos penales. Pero sería tarea de los padres biológicos entrar a demostrar el aborto.

Puede suceder también que al dar a luz al hijo y no quiere entregarlo a los padres, ante lo cual tendría la ley a su favor por el reconocimiento de la maternidad derivada del parto y en este caso nada la obligaría a entregar la criatura. Estas situaciones, entre otras, generan una gran inseguridad jurídica para los padres biológicos como para la madre gestante. De conferir validez al contrato, muchas de estas situaciones se podrían solucionar.

Ahora bien, en el desarrollo de prácticas de alquiler de vientre, las partes se enfrentan a un problema que está íntimamente relacionado con todos los anteriores y que ocupará nuestra atención: la filiación materna. Situación que se analizará a continuación.

2.5. Parentesco y Filiación

En el alquiler de vientre o maternidad subrogada, no es claro si debe primar la titularidad del gen o la titularidad de la gestación⁵⁹, es decir, quien aportó el material genético o quien adelantó la gestación. Aunque esta última es la que goza de mayor reconocimiento y protección, pues hay quienes afirman que entre la criatura y la madre gestante se crea un vínculo biológico y psíquico muy fuerte⁶⁰.

El parentesco es el “vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a ésta”⁶¹. Según el artículo 35 del Código Civil, “el parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre”.

La filiación es el vínculo jurídico entre el hijo y su madre/padre derivado del parentesco de consanguinidad entre un ascendiente y descendiente de primer grado⁶². Es decir, es la relación derivada del nexo genético del hijo con el padre y la madre, “en concordancia con un grupo familiar paterno y materno, y un estado civil”⁶³. La Corte Constitucional⁶⁴ ha señalado que el derecho a tener una filiación verdadera es un derecho constitucional de carácter fundamental, y preferente⁶⁵ que tienen tanto los niños como toda persona. Este derecho se relaciona íntimamente con la vida, dignidad humana, reconocimiento a la personalidad jurídica, integridad personal, identidad genética y personal (artículo 7 de la Convención sobre los derechos del niño) y a la determinación de maternidad y paternidad tanto de los niños como de los padres.

Es reconocido que existen dos tipos de filiación: la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva o voluntaria⁶⁶. La primera de ellas deriva de la relación sexual entre un hombre y

⁵⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán. *La filiación en las técnicas de reproducción asistida*. Conferencia en Buenos Aires para el postgrado de Derecho de Familia de la Universidad Católica Argentina el 7 de septiembre de 1999. En Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta: Buenos Aires, 2000.

⁶⁰ Entre otros SAPENA, Josefina. *Fecundación artificial y derecho*. Editorial Intercontinental: Asunción, 1998. p. 142.

⁶¹ Diccionario de la lengua española (DRAE). 22ª Edición.

⁶² VARGAS, Claudia Victoria. Op. cit. p. 89.

⁶³ GARCÍA del RIO, María Stella. Op. Cit. p. 85.

⁶⁴ Sentencia C-109 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-1226 de 2004. M.P: Manuel José Cepeda.

⁶⁶ MIZRAHI, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Astrea, 2004. p. 25.

una mujer, su embarazo y posterior parto, y excepcionalmente cuando medie reproducción asistida sin que intervengan terceros⁶⁷. La segunda deriva precisamente del proceso de adopción. De manera paralela se ha afirmado que existe un tipo de filiación derivado de las técnicas de reproducción asistida⁶⁸ cuando intervienen terceros.

Estos tipos de filiación se pueden apreciar en el artículo 42 de la Constitución colombiana, que reza “(...) los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados **naturalmente o con asistencia científica**, tienen iguales deberes y derechos (...)” Negrilla fuera del texto. Esto significa que el Constituyente, como consecuencia de los avances científicos que estaban teniendo lugar, aceptó la posibilidad de la procreación con asistencia científica⁶⁹ y la igualdad de los derechos de los hijos nacidos con ayuda de las técnicas. Además, la decisión sobre la manera de tener los hijos (natural o asistida) es una elección que se encuentra dentro del derecho a la intimidad personal y familiar⁷⁰ y como tal debe ser protegida, y no debe afectar la honra⁷¹ de los padres que toman esta decisión responsablemente.

Más allá de los cuestionamientos que pueda haber sobre el estatus de persona y su aplicación al caso de alquiler de vientre⁷², queda claro que en la filiación, se está hablando de las relaciones entre la madre y el hijo/a que ha nacido, que para efectos del Código Civil, es considerado una persona (artículo 90).

2.5.1. Presunciones de filiación

El ordenamiento colombiano ha determinado que el hijo que nace durante un matrimonio se presume hijo de los cónyuges (estamos hablando de filiación matrimonial), así como el hijo concebido durante la unión marital de hecho se presume hijo de los compañeros

⁶⁷ ZANNONI, Eduardo. Op. cit. p. 283.

⁶⁸ MIZRAHI, Mauricio. Op. cit. p.24.

⁶⁹ Que se puede dar tanto en parejas casadas como en aquellas con Unión Marital de Hecho (Ley 54 de 1990), y en las que tengan la voluntad ‘libre y responsable’ de conformar una familia (art. 42 C. Pol.).

⁷⁰ Artículo 15 de la Constitución Política de Colombia. En concordancia con el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁷¹ CASTRO de ARENAS, Rosa. Op. cit. p. 132.

⁷² Pues la discusión se puede orientar hacia temas igualmente espinosos como desde qué momento somos persona en el vientre materno y situaciones como el aborto, entre otros.

permanentes (se trata de filiación extramatrimonial, según Ley 1060 de 2006, arts. 1 y 2), ambas admiten prueba en contrario. Igualmente estableció una presunción de la concepción (art. 92 Código Civil), paternidad y una de maternidad.

La maternidad es el vínculo jurídico entre un hijo/hija y su madre. Es la base de la filiación legítima. La maternidad es tangible y susceptible de prueba directa, supone que hay un parto y que en ese parto nació un hijo o hija que se separó completamente de su madre y por tanto es persona⁷³.

El ordenamiento colombiano defiende la unidad de identidad jurídica y biológica, lo que se ve con el Registro Civil de Nacimiento. Este caso de alquiler de vientre no presenta mayores dificultades para la filiación paterna⁷⁴, pues el padre que aportó su gameto será quien quedará registrado legalmente. Pero en Colombia, al igual que en otros países como Argentina (art. 242 Código Civil) y Chile (art. 193 Código Civil), como consecuencia de la máxima del derecho romano “Mater semper certa est”, se presume que la madre quien ha dado a luz al bebé, pues lo común es que la madre que da a luz es aquella que concibió, luego “la sola prueba del hecho del parto determina el lazo de sangre que hay entre la madre y el hijo”⁷⁵. El problema es que con las técnicas de reproducción asistida, la madre que da a luz no necesariamente es la misma que concibe y/o que aporta el material genético.

De todas formas, dado que el derecho colombiano no ha contemplado muchas situaciones relacionadas con la reproducción asistida, en casos como el alquiler de vientre, el parto importa más que la carga genética, lo que deja a la madre biológica fuera del cuadro. Este problema ya había sido puesto de presente por medios de comunicación⁷⁶ desde hace algunos años, pero a la fecha, la legislación no ha cambiado para solucionarlo.

⁷³ Sobre la discusión de la noción de “persona” ver supra: el análisis escapa al presente.

⁷⁴ No tendrá que aplicarse entonces la presunción de paternidad contenida en el artículo 92 del Código Civil, pues para todos en ese proceso de alquiler de vientre es claro quién fue el que aportó el gameto masculino.

⁷⁵ SUÁREZ, Ana Lucía. Op. cit. p. 87.

⁷⁶ Revista Cambio. Febrero 23 de 2003. En: Angélica Marín Valenzuela. Estudio de antecedentes: técnicas de procreación humana asistida. 13 de mayo de 2004. [En línea] Disponible en: <ftp://ftp.camara.gov.co/UATL/eal/018%20T%C3%83%C2%A9cnicas%20de%20Procreaci%C3%83%C2%B3n%20Humana%20Asistida.pdf>. [Consultado el 1 de mayo de 2015].

2.5.2. Alternativas de la madre biológica

Ahora bien, considerando que, por ejemplo, en los casos de donación, el donante renuncia a la filiación jurídica⁷⁷, se podría extender esta situación al contrato de alquiler de vientre, por el cual la madre gestante renuncie a ser la madre jurídica. Pero el hecho de la maternidad en Colombia es una norma de orden público, lo que indica que, al tenor del artículo 16 del Código Civil, son indisponibles y no pueden derogarse por convenios particulares. Por lo cual, dado que la filiación es un derecho indisponible⁷⁸, esa renuncia convencional a ser la madre jurídica no tendría efectos.

Esta situación deja a la madre biológica con dos alternativas para poder ser la madre legal del bebé: la adopción y la impugnación de la maternidad. Los artículos 335 y ss., del Código Civil hacen referencia a la impugnación de la maternidad, que pretende “la declaración de que un individuo cuyo estado se discute no nació de la mujer que señala como madre”⁷⁹ y se basa en dos supuestos: el falso parto o la suplantación del hijo pretendido. Entonces, mediante esta acción, la madre biológica que quiera impugnar la maternidad de la madre gestante tendría que demostrar suplantación del hijo (no corresponde con el que nació, hay otro diferente en su lugar) o falso parto. En el alquiler de vientre no se da ninguno de los supuestos, pues la criatura que nació es la misma que estaba gestando la mujer que la dio a luz, y el parto efectivamente tuvo lugar; por lo que la acción de impugnación de maternidad como opción para determinar la filiación, queda descartada.

Esto quiere decir que la única alternativa que en la práctica tiene la madre gestante para figurar legalmente como madre de su hijo, es la adopción. Esto dado que los padres biológicos podrían registrar al hijo como suyo, llevando la declaración de dos testigos para cumplir con lo señalado en el artículo 49 del Decreto 1260 de 1970, pero incurrirían en un ilícito tanto ellos como los médicos, al expedir certificados médicos que no estén acordes

⁷⁷ Pues mediante el ejercicio de su voluntad, deja una constancia escrita de su renuncia a los derechos en relación con los futuros hijos que puedan nacer con motivo de la donación de sus gametos. Esto porque la donación se configura como un acto de carácter altruista en el que no se busca procrear sino permitir a otros la procreación.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y de Familia. Sentencia de 28 de marzo de 1984.

con la verdad y que atribuyan el parto a la madre que no dio a luz⁸⁰. Por lo que si quiere que sus actos gocen de legalidad, a la madre biológica no le queda más que realizar este largo procedimiento.

Sin ánimo de entrar a analizar el proceso como tal, que de suyo es muy complejo, pues se deben cumplir requisitos (de índole civil, económica y social) enunciados en el Código de Infancia y Adolescencia, se ha de señalar que la adopción es una excepción a las reglas de filiación en Colombia, pues separó la maternidad y la paternidad biológicas (aportar los gametos) de las responsabilidades sobre esa tercera vida. El artículo 269 del Código Civil reza “La adopción es el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza”. Sin ánimo de ir más allá, esta ficción legal es un proceso por el cual el adoptado entra a formar parte de la familia del(os) adoptante(s).

Aunque hay autores que defienden esta alternativa como la consecuencia lógica del alquiler de vientre⁸¹, este proceso representa una serie de dificultades para los implicados. La primera de ellas es que según la legislación colombiana (artículo 66 del Código de Infancia y Adolescencia), invalida los acuerdos de adopción previos al nacimiento del niño, y en el caso de la maternidad subrogada, el juez podría negar la adopción porque el acuerdo se dio mucho antes del nacimiento. Por otra parte, el artículo 74 del Código de Infancia y Adolescencia considera inválida una adopción en la que se recompense a los padres “por la entrega de sus hijos”. Por lo cual habría que entrar a demostrar que el pago de los gastos médicos no implica una ganancia para la madre gestante. Adicionalmente, el proceso de adopción en Colombia se ha vuelto complejo tanto para los padres como para los menores⁸².

Todo esto configura una injusticia con la mujer que tiene toda la voluntad responsable de procrear y que cuenta con capacidad reproductiva pero que por algún motivo no puede llevar el proceso de gestación en su propio útero. Esto atenta contra los derechos de la

⁸⁰ ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. Op. cit. p. 32.

⁸¹ Como Marco Gerardo Monroy Cabra, en su libro Derecho de Familia y Menores. p. 123. Y CHIAPERO, Silvana María. Op. cit. p.172.

⁸² Al respecto ver http://www.elcolombiano.com/adopciones_en_el_pais_bajaron_de_2700_a_1400_en_un_ano-ADEC_223650

madre biológica y contra los derechos del niño relacionados con su identidad. Por lo cual es evidente la necesidad de regulación en la materia que permita garantizar los derechos de las partes en condiciones de equidad y constituya una excepción al reconocimiento de la maternidad gestacional que es consecuente con la reproducción natural pero no con las nuevas técnicas de reproducción asistida.

La maternidad y paternidad son conceptos biológicos englobados por el mundo jurídico en la filiación, prescribiendo normas “para que unos individuos adultos tengan deberes de cuidado, protección y autoridad sobre individuos no-adultos. De ahí que la ‘filiación’ se pueda establecer a partir de la condición biológica de padre y madre, o sin este vínculo biológico, a través de la adopción”⁸³. En este sentido no es lógico que una persona que tiene vínculo biológico directo con la criatura (madre que decidió aportar su material genético para tener un hijo propio), deba recurrir a la adopción para establecer la filiación, que debería estar determinada por la biología.

Ahora, de la adopción podría rescatarse el efecto que surte en la filiación: rompe el vínculo. Se debería buscar la manera legal de romper el vínculo en los casos de alquiler de vientre en que se da la implantación del embrión en la madre gestante, y hacer que la filiación fuera determinada por la genética y no por el hecho reconocido legalmente.

2.5.3. Relaciones de filiación según “roles”

De manera paralela al hecho de la maternidad, el legislador y la jurisprudencia⁸⁴, han permitido que se consoliden las relaciones de filiación “a partir de factores como la voluntad, la responsabilidad y el aporte genético”⁸⁵, lo que nos llevaría a admitir la posibilidad de validar la maternidad en el alquiler de vientre por medio de lo que llamaremos rol biológico y rol de decisión.

⁸³ ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. Op. cit. p. 39.

⁸⁴ Que abordó el tema de la voluntad y el trato afectivo en la Sentencia de 30 de noviembre de 2006 de la Corte Suprema de Justicia.

⁸⁵ GARCÍA del RIO, María Stella. Op. cit. p. 82.

2.5.3.1. Maternidad biológica-genética

La maternidad y paternidad biológicas están determinadas por quien fecundó, es decir, por quien aportó el material genético⁸⁶ que le dio vida al nuevo ser. El ser humano tiene 46 cromosomas. “Los 23 cromosomas femeninos son genes que agrega la madre biológica, la aportante del óvulo, quien transmite en esa forma su naturaleza a la criatura y participa, en forma más que evidente, en la formación de la identidad del nuevo ser”⁸⁷. En este sentido, como la que transfiere los caracteres genéticos es la madre biológica, se estaría cumpliendo con el vínculo biológico natural de la procreación humana y el niño tiene derecho a conocer esa carga genética (determinación de la maternidad) pues determina su identidad⁸⁸. Es decir, lo que le da la identidad biológica a una persona es la genética.

En la fecundación asistida extracorpórea con implantación del embrión en el útero de una mujer fértil, previo acuerdo de voluntades, el hecho del parto no podría atribuir la maternidad, como tampoco admitiría a los progenitores genéticos impugnar la maternidad/paternidad (por dicho acuerdo), pero sí la determinación de la maternidad/paternidad aplicando pruebas biológicas de ADN⁸⁹. Pero esa aplicación es irrelevante en los casos de alquiler de vientre, puesto que se tiene total certeza sobre quiénes son los padres del niño⁹⁰ y como “no se produce modificación alguna en el patrimonio genético del embrión”⁹¹, el producto de la gestación corresponde a sus padres biológicos⁹² quienes, aportaron sus cigotos para dar vida a un hijo propio que por algún motivo no podían gestar.

⁸⁶ MARIN VALENZUELA, Angélica. Estudio de antecedentes: técnicas de reproducción humana asistida. 13 de mayo de 2014. [En línea] Disponible en: <tp://ftp.camara.gov.co/UATL/eal/018%20T%C3%83%C2%A9cnicas%20de%20Procreaci%C3%83%C2%B3n%20Humana%20Asistida.pdf>

⁸⁷ SANZ, Jaime. Op. cit. p. 144.

⁸⁸ Código de Infancia y Adolescencia, artículo 25. En concordancia con el artículo 44 de la Constitución. Y artículo 7 de la Convención sobre los derechos del niño.

⁸⁹ GARCÍA del RIO, Maria Stella. Op. cit. p. 85. Sobre las mismas Ver la Ley 721 de 2001 y SAZA, John. *Apuntes sobre filiación: pruebas de A.D.N, pronunciamientos jurisprudenciales, nuevas tendencias*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

⁹⁰ Primero de los derechos que éste tiene. Corte Constitucional. Sentencia C-807 de 2002. M.P: Jaime Araujo Rentería.

⁹¹ GARCÍA del RIO, Maria Stella. Op. cit. p. 47.

⁹² CASTRO de ARENAS, Rosa. Op. cit. p.199.

Además, la Corte Constitucional reconoció que en el caso de alquiler de vientre o maternidad subrogada “el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el esperma del padre”⁹³.

En síntesis como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida y en particular del alquiler de vientre, siempre y cuando no se trate de donación sino de fecundación homóloga la condición de madre no la otorga el parto, sino la carga genética: esta es una verdad científica y médica que no puede desconocerse⁹⁴: la mujer gestante no es la madre biológica-genética.

Esta situación es una paradoja que se explica de la siguiente manera: la lógica de la biología llevó a la creación de la norma en virtud de la cual se presume que la madre es quien da a luz, pero gracias a los avances científicos por los que la carga genética se transfiere con independencia del parto, es la misma biología la que amerita hacer una excepción a la disposición en los casos de alquiler de vientre. Excepción que se puede hacer por vía legal o de aplicación de pruebas de ADN (menos recomendable por ser más dispendioso) de cuyo resultado derive la posibilidad de la madre biológica de figurar en el registro como madre del hijo que dio a luz la madre gestante.

En consecuencia, se deberían modificar las disposiciones legales permitiendo establecer una excepción a la norma en virtud de la biología. Pues, “Si ya vinculamos una vez un hecho biológico con un hecho jurídico, es posible volver a relacionar otros hechos biológicos (gametos donados, implantados, etc.) con ese mismo hecho jurídico”⁹⁵. Es decir, el parto (hecho biológico) nos llevó al hecho jurídico de la maternidad determinada por el parto, pero hay un hecho biológico oculto (los genes) que debe llevarnos a otro hecho jurídico: encontrar una excepción a ese hecho reconocido jurídicamente.

⁹³ Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009. Cit.

⁹⁴ CASTRO de ARENAS, Rosa. Op. cit. p. 179.

⁹⁵ ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. Op. cit. p. 40.

2.5.3.2. Maternidad por voluntad responsable: Rol de decisión

Algunos sectores de jurisprudencia y doctrina en el mundo han señalado que la filiación en el alquiler de vientre está determinada por la intención de traer un hijo al mundo⁹⁶ antes que por la biología o el parto.

En este sentido, la Constitución señala la importancia de la progenitura responsable y la voluntad de formar una familia. Los artículos 42 y 43 confieren a la pareja el derecho de decidir libre y responsablemente sobre la conformación de su familia, la procreación o no de sus hijos y la cantidad e intervalo de los mismos; además, dado que autorizan la procreación por medio de asistencia científica, se entiende que los padres son libres de decidir optar por estas alternativas para la conformación de su familia.

Por lo que el rol de decisión es fundamental a la hora de optar procrear mediante un alquiler de vientre, pues la madre biológica busca no solamente tener un hijo sino criarlo, educarlo y formarlo física y emocionalmente en el seno de su familia, y para ello dispone de todo para llevar a cabo ese complejo proceso. Dando cumplimiento así al referido articulado constitucional.

Ahora bien, es apenas lógico pensar que una mujer que desea fervientemente tener un hijo pero por algún motivo no puede llevar a cabo su gestación o que desea evitarle a su hijo la transmisión de enfermedades graves o incurables de origen hereditario, y por esto decide realizar un proceso de alquiler de vientre para garantizar el desarrollo óptimo de la criatura, ha tomado, junto a su pareja, una decisión responsable de traerla al mundo y ser su madre; por lo cual estaría desarrollando los presupuestos constitucionales y su decisión debe ser protegida legalmente.

Aunque tanto en la teoría como en la práctica el rol de la madre subrogante se limita a garantizar el bienestar de feto y la preservación del embarazo⁹⁷, es el rol con mayor protección porque se asegura que ella puso todas las condiciones para el adecuado desarrollo del embrión hasta el nacimiento.

⁹⁶ Corte suprema del estado de California. Johnson vs. Calvert. cit.

⁹⁷ AMADOR, Mónica. Op. cit. p.41.

Es así como esta protección legal que se le garantiza solamente a la madre gestante, deja sin protección alguna a quien puso su material genético para traer un bebé al mundo y a quien tomó la decisión de ser madre e hizo todo lo posible para tener un hijo biológico. Asimismo, es lógico pensar que el interés de los niños solo está protegido cuando son declarados como padres legales aquellos “que realmente desean serlo porque son los que efectivamente llevarán adelante su formación”⁹⁸ y su proceso de desarrollo.

No se pretende en alguna medida negar los derechos y el papel clave de la madre gestante, pues ella también podría tener un nexo filial⁹⁹, sino sacar de la oscuridad los derechos y rol determinante de la madre biológica por el aporte de la carga genética y la voluntad procreacional y de asunción de las responsabilidades derivadas de la maternidad. Además, se ha de considerar que la madre gestante carece de esa voluntad de tener un hijo y por eso renunció a su propia maternidad biológica¹⁰⁰ para gestar un hijo de otro y ser una especie de vehículo o instrumento facilitador del proceso reproductivo¹⁰¹, dejando esto por sentado en el acuerdo (contrato) de alquiler de vientre. Cabe traer a colación la exposición de motivos de la ley 35 de 1998 de España, que señaló “pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, es importante valorar cuál es la más humanizada y la más profunda con relación al hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que pueden darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan”.

En este sentido, se entiende que en el alquiler de vientre se puede acudir al presupuesto biológico-genético de la maternidad o a la voluntad responsable, en ambos casos se consideraría el papel de la madre biológica, que hasta ahora ha sido dejado a un lado.

⁹⁸ BIGLIARDI y ESTIVARIZ En: ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. Op. cit. p. 41.

⁹⁹ Derivado del lazo que se establece entre ella y la criatura a partir del proceso de gestación.

¹⁰⁰ CHIAPERO, Silvana Maria. Op cit. p.185.

¹⁰¹ MARIN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. Op. cit. p. 172.

En este análisis no se busca dejar de lado los derechos de los niños¹⁰² sino enfocarse en unos derechos que no son tenidos en cuenta por el ordenamiento colombiano a la hora de enfrentar situaciones de alquiler de vientre: los derechos de la madre biológica.

2.5.4. Derechos sexuales y reproductivos. Salud materno-infantil

La Organización Mundial de la Salud (1947) definió la salud humana como “un estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de sufrimiento o enfermedad”. Así, la salud está asociada a aspectos anatómicos, funcionales, sociales, anímicos y sexuales de hombres y mujeres. Recientemente la discusión en salud se ha analizado también desde la óptica de los derechos sexuales y reproductivos, en el entendido que “la sexualidad y la reproducción están íntimamente ligadas a la calidad de vida. La salud sexual y reproductiva se refiere a un estado general de bienestar físico, mental y social [...] y entraña la posibilidad de ejercer los derechos sexuales y reproductivos”¹⁰³.

Ahora bien, el derecho a la salud materno-infantil y su protección comprenden la infertilidad, que aunque no sea un riesgo inminente para la salud, sí puede ser una causa importante de mala salud mental, afectando la salud¹⁰⁴. En consecuencia, el Estado debe garantizar condiciones seguras y dignas relacionadas con la autonomía reproductiva para proteger la vida y la salud de las personas, lo cual comprende la protección de la infertilidad, pues no puede ignorarse el sufrimiento de las mujeres que desean concebir y gestar un bebé y no pueden¹⁰⁵ o que quieren evitar el riesgo de transmisión de una enfermedad hereditaria al hijo, y que deciden optar por la alternativa del alquiler de vientre para conformar su familia. Esta necesidad de protección estatal se hace evidente en un país como Colombia, en el que cada vez los casos de alquiler de vientre son más frecuentes.

¹⁰² Cuya primacía ha sido reconocida por la Constitución en su artículo 44, y para el caso de la filiación en artículo 7 numeral 1 de la Convención sobre los derechos del niño.

¹⁰³ Ministerio de la Protección Social. Colombia. Política Nacional de salud sexual y reproductiva. Febrero de 2003. [En línea] Disponible en: <http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/colombia.reprohealth.03.pdf>. [Consultado el 29 de mayo de 2015].

¹⁰⁴ Organización de las Naciones Unidas (04 de septiembre de 1995)

¹⁰⁵ GARCÍA del RIO, Maria Stella. Op. cit. p. 131.

Adicionalmente, este reconocimiento de la maternidad de la madre biológica iría en consonancia con los derechos del menor consagrados en los tratados internacionales y considerados prevalentes¹⁰⁶ en nuestro ordenamiento, pues él pertenecería desde el principio a su familia que es la que le dio la identidad biológica y además tuvo desde el principio la voluntad responsable de traer y formar a ese nuevo ser.

De todo lo expuesto anteriormente se colige entonces que, bien sea porque ella es la madre genética o porque es la que tiene la intención y voluntad de ser madre y se somete a un proceso tan complejo como el alquiler de vientre para poder tener el hijo que tanto desea, la madre biológica debería ver garantizados sus derechos, permitiéndole ser ella quien figure en el registro de su bebé.

¹⁰⁶ Artículo 44 de la Constitución Nacional y Corte Constitucional. Sentencia T-953 de 2006. M.P: Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

CONCLUSIONES

1. Las técnicas de reproducción asistida y, en particular, el alquiler de vientre, se presentan como una alternativa para las personas que desean procrear pero que no cuentan con las condiciones físicas para hacerlo, o que buscan evitar la transmisión de enfermedades graves a sus hijos, por lo cual acuden a una mujer que gestará el embrión fecundado y lo entregará a sus padres biológicos después del nacimiento.

2. El aumento de los casos de alquiler de vientre y la realidad social y los avances tecnológicos, hacen evidente la necesidad de regulación estatal de las prácticas y la declaración de validez del contrato, con el fin de trazar los lineamientos y establecer los límites al ejercicio de los derechos y deberes de todos los implicados. Esto porque además de reglamentar los parámetros contractuales, se deben garantizar los derechos de los niños y la protección de la autonomía, libre desarrollo de la personalidad, intimidad y libertad de concebir o engendrar un hijo de los padres biológicos y la madre gestante y las facultades de los grupos o centros científicos que desarrollan técnicas de reproducción asistida y en particular, el alquiler de vientre.

3. El ejercicio de las libertades en el alquiler de vientre encuentra su límite en los derechos de todos los implicados, para asegurar su reconocimiento y respeto. No se trata pues de un mero capricho sino de una herramienta que permite a las parejas poner en práctica su libertad para encontrar la manera de traer al mundo un hijo que es deseado, amado y al que buscarán darle todas las condiciones apropiadas para su buen desarrollo físico, emocional y social. Estas condiciones son proporcionadas por una mujer que, en ejercicio de sus libertades decide ayudar a esta pareja en su proyecto de vida y para ello renuncia a su propia maternidad.

4. El alquiler de vientre o maternidad subrogada como institución, es un acuerdo jurídico que se basa en los principios de solidaridad, responsabilidad y privacidad, con base en la autonomía de los implicados. Una institución de carácter altruista como ésta no puede degenerar en un mero negocio, en el rechazo de hijos por parte de sus padres o en la

negación de su derecho a tener una familia, por lo cual la regulación debe contemplar las formas contractuales que sean aplicables y que permitan reglamentar la materia lo más detalladamente posible, con el fin de evitar la desproporción de la práctica, la comercialización de la vida y la cosificación del niño, lo cual atenta gravemente contra todos los principios legales, éticos y morales de nuestra sociedad.

5. El derecho tampoco ha respondido al desarrollo científico y tecnológico en lo relacionado con sus concepciones sobre filiación, por lo que se ha quedado relegado ante todos estos desarrollos y descubrimientos relativos a la procreación. Esta situación pone en evidencia la falta de seguridad jurídica para los implicados en la práctica de alquiler de vientre, y en especial, como se demostró, para la madre biológica, que queda casi totalmente desprotegida en el ámbito legal. Aunque la Constitución colombiana reconoce los derechos de los niños procreados con asistencia científica, las categorías del derecho civil, de familia y contractual deben ser revisadas en el marco de estos nuevos conceptos, formas y tecnologías que se encuentran en disonancia con los cánones morales y legales tradicionales, con el fin de garantizar la efectiva protección de los derechos de los individuos.

6. Las modificaciones legales relativas a la filiación en el marco de la maternidad subrogada deben introducirse no solamente en el caso concreto que fue analizado sino deben tratar de contemplar todos los posibles casos de alquiler de vientre que pueden tener lugar en nuestra sociedad. Está claro que el derecho no puede comprender todas las situaciones, pues la realidad y las prácticas sociales va mucho más adelantada, pero es importante hacer un esfuerzo y legislar en la materia de la manera más completa posible.

7. Los avances científicos han hecho posible que el rol reproductivo femenino se divida (madre genética y madre gestante) pero los ordenamientos jurídicos no han contemplado esta posibilidad. Es por esto que se requiere con urgencia un cambio jurídico, una modificación en nuestras leyes que permita brindar a la madre biológica mayores garantías y algo tan básico como que pueda ser legalmente reconocida como la madre del hijo que, aunque no pudo gestar, es sangre de su propia sangre e hizo todo lo necesario para traerlo al

mundo en las mejores condiciones posibles. Así, al reconocer los acuerdos de gestación subrogada se deben proponer, acordar y aplicar los principios que fundamenten los criterios de juicio suficientes, para proporcionar una solución ética, jurídica y conforme con los avances científicos y la realidad social.

8. La maternidad en el alquiler de vientre está determinada por la biología, y además haya soporte en la voluntad de una progenitura responsable, supuestos que deben ser aplicables de manera excepcional a la disposición normativa que presume la maternidad por el parto. La creación de una excepción a la disposición normativa según la cual se presume madre del niño a quien da a luz, constituiría un gran avance en materia de protección de los derechos a la vida, dignidad, identidad del niño, entre otros que incluyen la posibilidad de ser heredero en caso de la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento¹⁰⁷ y el consecuente derecho a que su familia biológica se haga cargo de él. Asimismo, además de las modificaciones en materia sucesoral, se protegerían derechos como la intimidad, dignidad, libertad y a la familia que tiene la madre biológica y que hasta hoy han sido desconocidos en la práctica legal colombiana.

9. No es correcto entonces que se registre al bebé con dos madres, como se ha hecho en algunos países, puesto que se estaría validando una voluntad procreacional de la madre gestante que en realidad es inexistente.

10. En términos de filiación materna en el alquiler de vientre, y en caso de no legislar sobre la materia, es posible realizar una aplicación extensiva de las normas sobre adopción, las cuales rompen el vínculo entre el niño y la madre que lo dio a luz, para desvirtuar el hecho de la maternidad por el parto. Así, se constituiría una excepción legal a la regla. De todas formas, si no se desea realizar esta aplicación, afirmando que las instituciones son totalmente diferentes puesto que la madre que va a adoptar al niño es su madre biológica, se debe realizar una modificación por vía legal del hecho de la maternidad por el parto en la

¹⁰⁷ Esto pues si no se considera madre a la mujer que aportó el material biológico, el hijo no tendría derecho a ser heredero de quien biológica y científicamente era su madre y frente a la cual debería gozar de vocación sucesoral. Esta interesante situación puede dar lugar a nuevos trabajos de investigación en la materia, y pone de presente, una vez más, la necesidad de que el derecho contemple situaciones tecnológicas y científicas que son cada vez más comunes en nuestra sociedad.

que se determine que, en ciertos casos específicos y bajo determinadas circunstancias, la mujer que dio a luz al bebé no ha de presumirse como su madre, pues la biología, genética y voluntad procreacional señalan otra cosa.

BIBLIOGRAFIA

Legislación

Colombia. Congreso de la República. Ley 9 del 24 de enero de 1979. "Por la cual se dictan medidas sanitarias". Diario Oficial No. 35.308.

Colombia. Congreso de la República. Ley 919 del 22 de diciembre de 2004. "Por la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico". Diario Oficial No. 47.771

Colombia. Congreso de la República. Ley 1098 de 2006. "Por la cual se expide el Código de Infancia y la Adolescencia". 8 de noviembre de 2006. Diario Oficial No. 46.446.

Colombia. Constitución Política. Junio de 1991.

Colombia. Ley 57 de 1887. Código Civil.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 410 de 1971. "Por el cual se expide el Código de Comercio". 27 de marzo. Diario Oficial No. 33.339.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1546 del 4 de agosto de 1998. "Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares". Diario Oficial No. 43357.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2493 del 4 de agosto de 2004. "Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos" Diario Oficial No. 45.631.

Colombia. Senado de la República. Proyecto de Ley 151 de 2001. Gaceta No. 558 de 2001.

Colombia. Senado de la República. Proyecto de Ley 029 de 2003. “Por la cual se modifica el ordenamiento civil colombiano regulando lo referente a procedimientos y técnicas científicas de procreación humana asistida, se dictan otras disposiciones. Gaceta No. 254 de 2003.

Colombia. Senado de la República. Proyecto de Ley 046 de 2003. “Por la cual se regula el contrato de técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones” Gaceta No. 380 de 2003.

Colombia. Senado de la República. Proyecto de Ley 100 de 2003. “Por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones” Gaceta No. 465 de 2003.

Colombia. Senado de la República. Proyecto de Ley 45 de 2000. “Por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se dictan otras disposiciones”. Gaceta No. 307 de 2000.

Jurisprudencia internacional

Corte suprema del estado de California. Johnson vs. Calvert. Radicación S023721. 20 de mayo de 1993.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de París, plen 31 mai 1991, JCP, 1991-II21752.

New Jersey Supreme Court. Matter of Baby M. 09 N.J. 396 (1988)

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional. Sentencia C-109 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-807 de 2002. M.P: Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia T-1226 de 2004. M.P: Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional. Sentencia T-953 de 2006. M.P: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009. M.P: María Victoria Calle Correa.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y de Familia. Sentencia de 28 de marzo de 1984.

Doctrina

AGUILAR, Emilio José. *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: Una mirada constitucional de la norma*. Cartagena: Universidad Libre, 2010. [En línea] Disponible en: http://www.unilibrectg.edu.co/Descarga/PDF/ciencias_Derecho/Libro_Maternidad_Subrogada2.pdf

ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. *Maternidad subrogada y filiación a la luz del ordenamiento jurídico colombiano*. Cali, 2012, 47 p. Tesis de grado. Universidad de San Buenaventura. Facultad de derecho. [En línea] Disponible en: http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/1147/3/Maternidad_Luz_Ordenamiento_Alvarez_2012.pdf.

AMADOR, Mónica. *Sobre biopolíticas y biotecnologías: maternidad subrogada en India*. En: Revista Nomadías. No. 14 (2011). [En línea] Disponible en: 17395-54664-1-PB.pdf.

ARTETA, Cindy. *Maternidad subrogada*. En: Revista de ciencias biomédicas. Vol. 2 No. 1 (2011). [En línea] Disponible en: <http://www.revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revcienciomed/article/view/65/60>

AWAD, María Inés. y DE NARVAEZ, Mónica. *Aspectos jurídicos en las técnicas de reproducción asistida humana en Colombia*. Bogotá: Universidad Javeriana. 2001. [En línea] Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis02.pdf>

BERNAL, Diana R. *Técnicas de reproducción asistida, maternidad subrogada y derecho de familia*. En: Revista Republicana. Vol. 6. [En línea] Disponible en: <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/06/1-TECNICAS-DE-DIANA.pdf>

BRADLEY, J. *Outcomes from assisted reproductive technology*, New York, American College of Obstetricians and Gynecologists, 2006.

BURGO-OLMEDO, Santiago. Et. al. Definición y causas de la infertilidad. Artículo de revisión. [En línea] Disponible en: http://www.fecolsog.org/userfiles/file/revista/RevistaVol54No4_Octubre_Diciembre_2003/v54n4a03.PDF

CAMACHO, Javier Martin. *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de la argumentación de sus detractores*. 2009. [En línea] Disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

CANO, María E. *Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada*. [En línea] Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

CASTRO de ARENAS, ROSA. *La reproducción humana asistida*. Bogotá: Ediciones Forum Pacis, 1995.

CHIAPERO, Silvana María. *Maternidad subrogada*. Buenos Aires: Astrea, 2012.

CORRAL TALCIANI, Hernán. *La filiación en las técnicas de reproducción asistida*. Conferencia en Buenos Aires para el postgrado de Derecho de Familia de la Universidad Católica Argentina el 7 de septiembre de 1999. En Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta: Buenos Aires, 2000.

DIAZ, Tatiana. AGUILAR, Emilio. *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: Una Mirada de la norma constitucional en Colombia*. Universidad libre de Colombia. Cartagena: 2000.

GARCÍA DEL RIO, María. *La gestación subrogada: una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons, 1994.

HURTADO URIARTE, José Raúl. Cuestionamientos contractuales y efectos de filiación madre e hijo respecto del fenómeno de la subrogación gestacional. Bogotá, 2009, 54 p. Trabajo de investigación dirigida. Universidad de los Andes. Facultad de derecho.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José de Costa Rica: Editorama S.A., 2008.

LÓPEZ DE ARMAS, Karen y AMADO, Catalina. *Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada*. Revista de Derecho Privado, 52. Universidad de los Andes (Colombia). Diciembre, 2014. [En línea] Disponible en <http://www.leyex.info/magazines/dprivadon52201423.pdf>.

LOPEZ, José, y APARISI, Ángela. *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*. Vol. XXIII, No. 2. (2012). [En línea] Disponible en: <http://www.edalyc.org/pdf/875/87524464001.pdf>

MARIN VALENZUELA, Angélica. Estudio de antecedentes: técnicas de reproducción humana asistida. 13 de mayo de 2014. <En línea> Disponible en: <http://ftp.camara.gov.co/UATL/eal/018%20T%C3%83%C2%A9cnicas%20de%20Procreaci%C3%83%C2%B3n%20Humana%20Asistida.pdf>

MARIN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. *El arrendamiento de vientre en Colombia*. Medellín: Universidad de Medellín, 2005.

MIZRAHI, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

RODRÍGUEZ, Camilo, y MARTÍNEZ, Karol. *El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense*. En: Revista de derecho (Valdivia) Vol. XXV No. 2 (2012). [En línea] Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200003&lng=es&nrm=iso

SANTANDER, Cristóbal. *El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?* Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado. 2012. <En línea> Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESIS%201.pdf?sequence=1>

SANZ, Jaime. *Fecundación asistida: Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Bogotá. 2002.

SAPENA, Josefina. *Fecundación artificial y derecho*. Editorial Intercontinental: Asunción, 1998.

SAZA, John. *Apuntes sobre filiación: pruebas de A.D.N, pronunciamientos jurisprudenciales, nuevas tendencias*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

SUÁREZ, Ana. *Reproducción humana asistida y filiación en el derecho de familia colombiano*. Revista virtual via inveniendi et iudicandi: Bogotá. [En línea] Disponible en: <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/reproduccion-humana-asistidaok.pdf>

SCOTTI, Luciana. *El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas*. [En línea] Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>

SUÁREZ, Ana Lucía. *Reproducción humana asistida y filiación en el derecho de familia colombiano*. Revista virtual via inveniendi et iudicandi: Bogotá. [En línea] Disponible en: <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/reproduccion-humana-asistidaok.pdf>

VARGAS, Claudia Victoria. *Maternidad subrogada y legislación colombiana*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1989.

VIDAL MARTINEZ, Jaime. *Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del derecho civil español*. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia*. 2ª Ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

_____. *Inseminación artificial y fecundación extra-uterina*. Proyecciones Jurídicas, Astrea. 1978.

ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando et al. *Assisted reproductive technologies (ART) in Latin America: The Latin American Registry, 2012*. [En línea] Disponible en: <http://www.jbra.com.br/media/html/JBRA1081.html>.

Otros documentos en internet

Colombia. Ministerio de la Protección Social. Política Nacional de salud sexual y reproductiva. Febrero de 2003. [En línea] Disponible en: <http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/colombia.reprohealth.03.pdf>.

El alquiler de vientres aún no tiene reglas claras en Colombia. <En línea> Disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/el-alquiler-de-vientres-aun-no-tiene-reglas-claras-en-colombia/14495962>

Government to adress surrogacy law by end of year. [En línea] Disponible en: <http://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/courts/government-to-address-surrogacy-law-by-end-of-year-1.1992256>

http://www.elcolombiano.com/adopciones_en_el_pais_bajaron_de_2700_a_1400_en_un_a_no-ADEC_223650

<http://www.excelsior.com.mx/global/2015/05/15/1024306>

http://foro.enfemenino.com/forum/f91/___f17304_f91-Ventre-de-alquiler.html

<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/alquiler-de-vientres-en-colombia/14495962>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9237329>

https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=149204088448104&id=154748207887743

http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=21392&Itemid

http://www.surromomsonline.com/articles/ts_contract.htm

<http://www.vientredealquiler.com/index.php/prensa/338-soy-madre-de-alquiler>

Sample Gestational Surrogacy Agreement. [En línea] Disponible en: http://www.allaboutsurrogacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm

Sample Traditional Surrogacy Contract. [En línea] Disponible en: <http://www.abcdelbebe.com/antes-del-embarazo/como-alquilar-un-ventre-en-colombia>

ANEXOS

Anexo 1. Minuta de contrato de alquiler de vientre

Esta minuta se trae a colación porque de ella se pueden extraer elementos de gran utilidad para regular la materia en Colombia, pues se contemplan soluciones acordadas por las mismas partes a los problemas adicionales señalados en el acápite respectivo, y además se determina que luego del nacimiento el bebé será entregado a sus padres biológicos, quienes tendrán la custodia y derechos legales sobre el mismo. Esto podría dar luces a la experiencia colombiana y a la excepción a la norma que defiende este trabajo.

*En consideración a la extensión del documento, se presentarán algunos apartes de la minuta. Para verla completa: **Sample Gestational Surrogacy Agreement:** [En línea] en: http://www.allaboutsurrogacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm.*

Sample GS Contract

PLEASE NOTE: The following contract is for reference only and is simply an example of the way a surrogacy contract *might* be worded. We are providing this document to assist you in drafting your own agreement. This contract is not intended to replace the advice of your surrogacy attorney. Please consult an attorney who is familiar with the surrogacy laws in your state for assistance in drafting your surrogacy agreement.

(All About Surrogacy accepts no liability for providing this document.)

Agreement is made this _____ day of _____, _____ by and between _____ (hereinafter referred to as ASurrogate@), _____ (hereinafter referred to as Surrogate's Husband@), _____ hereinafter referred to as AGenetic Father@), and _____, (hereinafter referred to as AIntended Mother@).

The term ASurrogate@ refers to the woman who will undergo an embryo transfer procedure utilizing an embryo(s) created with the sperm of the Genetic Father and the egg(s) of a designated Egg Donor (not a party to this Agreement), and carry said embryos to term for birth and delivery to the Genetic Father and Intended Mother. The term AGenetic Father@ refers to the sperm donor whose sperm will be used to fertilize the eggs of a designated Egg Donor (not a party to this Agreement), to create embryos to be transferred to the Surrogate. The term AIntended Mother@ refers to the wife of the Genetic Father. The term AChild(ren)@ means each Child(ren) born to the Surrogate pursuant to the terms of this Agreement.

This Agreement is made with reference to the following facts:

1. The Genetic Father is a married individual over the age of eighteen (18) years who is desirous of entering into the following Agreement.
2. The Genetic Father desires to have a child who is biologically related to him.
3. The Intended Mother is incapable of conceiving or carrying a pregnancy to full term, or has been advised by a physician that a pregnancy would be dangerous to her health and/or the health of any child(ren) she may conceive.
4. The Surrogate is a married individual over the age of eighteen (18) years who is desirous

of entering into this Agreement.

5. The Surrogate and Surrogate's Husband are a married couple willing to relinquish custody of a child(ren) born to the Surrogate for the benefit of and upbringing by the Genetic Father and Intended Mother.

NOW THEREFORE, in consideration of the mutual promises contained herein and with the intention of being legally bound hereby, the Parties agree as follows:

SECTION I - PURPOSE AND INTENT

The sole purpose and intent of this Agreement is to enable the Genetic Father and Intended Mother to have a child(ren) by means of the Genetic Father fertilizing in vitro an ovum from a designated Egg Donor (not a party to this Agreement) and to transfer and implant said embryo(s) into Surrogate, who agrees to carry the embryo(s) to term and relinquish custody of the Child(ren) born pursuant to this Agreement to the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate intends to carry the Child(ren) of the Genetic Father to term and thereafter deliver the Child(ren) to the Genetic Father and Intended Mother, as legal, biological and natural parents, a Child(ren) to the fullest extent she is capable of doing so.

It is the Parties' intention to try up to *three (3)* embryo transfer attempts. Further, it is the Parties' intention to transfer a maximum of *three (3)* embryos per attempt, or the number of embryos recommended by a physician, over a period of one year. If the contemplated pregnancy has not occurred after the third transfer attempt, this Agreement may be terminated by any party giving written notice to all Parties, and the treating physician.

In the event of any claim or dispute between the Parties concerning the transactions contemplated by this Agreement, it is the desire of the Parties that their mutual intentions, as reflected in this Agreement, control the disposition of such dispute.

SECTION II- REPRESENTATIONS

[...] The Surrogate further represents that she has made an informed decision to enter into this Agreement. Said decision has been made after careful consideration and counseling with respect to all aspects of each issue involved in this Agreement. The Surrogate further represents that she enters into this Agreement voluntarily, and in the absence of economic or emotional duress of any kind, and that she enters into this Agreement of her own free will.

The Surrogate further believes that she is capable of conceiving and carrying normal healthy children to term, but agrees that neither she nor her husband is desirous of forming and will not form or attempt to form a parent-child relationship with any Child(ren) she may bear pursuant to the provisions of this Agreement, and that they shall freely and readily, in conformance with applicable statutory regulations, terminate all parental rights to said Child(ren) pursuant to this Agreement.

The objective of this Agreement is for the Surrogate to carry and deliver the biological Child(ren) of the Genetic Father. This objective will be accomplished through medical procedures using assisted reproductive technology. Specifically, these procedures included the retrieval of an ovum(s) from a designated Egg Donor (not a party to this Agreement), in vitro fertilization of the ovum(s) with Genetic Father's sperm, and future implantation of the embryo(s) into the Surrogate.

At birth, the Surrogate and Surrogate's Husband will relinquish the Child(ren) to the Genetic Father and Intended Mother, and the Genetic Father and Intended Mother will assume all parental rights and responsibilities for the Child(ren) from that time forward. Genetic Father acknowledges paternity of the Child(ren) to be conceived and agrees to have his name listed on the Child(>s)(rens) birth certificate(s). Surrogate will comply with all legal actions necessary to have the Intended Mother's name placed on the birth certificate.

Following, and to the extent requested before the birth of the Child(ren), the Parties will each sign documents and do whatever acts are necessary to fulfill the intent of the Parties, and to make the Genetic Father and Intended Mother the actual and legal parents of the Child(ren).

The Surrogate and Surrogate's Husband represent that they will freely, readily, and within a reasonable period of time after the execution of this Agreement and after the birth of the Child(ren) effectuate the intent of this Agreement, and take all necessary legal actions to permanently

terminate any parental rights to the Child(ren) pursuant to this Agreement, and to assist in effecting the objective and intent of this Agreement and ensure the custodial placement of the Child(ren) with the Genetic Father and Intended Mother. The Surrogate and Surrogate's Husband will enter into any Consent Agreements with respect to Genetic Father's and Intended Mother's custody and parentage of the Child(ren).

The Surrogate and Surrogate's Husband represent that they believe the Child(ren) conceived pursuant to this Agreement is morally and contractually that of the Genetic Father and Intended Mother, and should be raised by the Genetic Father and Intended Mother without any interference by the Surrogate and/or Surrogate's Husband and without any retention or assertion by them of any parental rights. The Surrogate and Surrogate's Husband agree that as soon as is medically possible, institute or participate in proceedings in the State of Ohio or other jurisdiction required to terminate their respective putative parental rights. Subsequent to the birth of the Child(ren), all Parties agree to voluntarily participate in any blood testing necessary to conclusively legally determine the paternity of the Child(ren), as ordered by a court or requested by either Party.

SECTION III -COMPLIANCE [...]

SECTION IV- DUTIES OF SURROGATE

The Surrogate agrees to comply to the best of her abilities with all medical instructions given to her by her physician and obstetrician, and any other medical professionals involved with the objective and intent of this Agreement.

The Surrogate agrees to follow a prenatal examination schedule as prescribed by her independent obstetrician, as well as to adhere to and follow all requirements of her treating obstetrician and physician, such as taking medication and vitamins. The Surrogate agrees to submit to any medical tests or procedures deemed necessary or advisable by her obstetrician and/or physician, including, but not limited to, amniocentesis. The Surrogate agrees to submit to amniocentesis at the request of the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate agrees not to participate in dangerous sports or hazardous activities, and not to knowingly allow herself to be exposed to radiation toxic chemicals or communicable diseases.

The Surrogate agrees not to smoke any type of cigarettes, drink alcoholic beverages or excessive caffeinated beverages, or to use any illegal drugs, prescription or non-prescription drugs without the written consent of her physician and/or obstetrician.

The Surrogate agrees not to travel outside of the United States of America after the second trimester of the pregnancy, with the exception of the event of an extreme illness or death in the Surrogate's family and only upon the written consent of her physician and/or obstetrician.

SECTION V -CUSTODY

Gender: Genetic Father and Intended Mother agree to accept custody of any and all Child(ren) born pursuant to this Agreement, regardless of gender, number, health, physical condition, psychological condition, premature or full term.

The Surrogate and Surrogate's Husband agree to relinquish all claims to parental rights and custody of the Child(ren) born pursuant to the terms of this Agreement immediately after the birth of said Child(ren), and enter into any Consent Entry or Judgment with respect to paternity, custody, and/or step-parent adoption of said Child(ren).

The Surrogate and Surrogate's Husband further agree that Genetic Father and Intended Mother shall select the name(s) of the Child(ren), and that any birth certificate(s) issued through the medical facility in which the Child(ren) is born shall reflect the name(s) chosen by the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate and Surrogate's Husband agree to make no attempt to contact or maintain communications with the Child(ren) born pursuant to this Agreement, or with any member of the stated Parties' families subsequent to the birth of the Child(ren) without the Genetic Father or Intended Mother's prior written approval. Further, Surrogate and Surrogate's Husband agree that they will not intervene or interfere with the upbringing of the Child(ren), or in the lives of the Genetic

Father, Intended Mother and Child(ren), unless otherwise agreed in writing and signed by all Parties.

In the event that custody of the Child(ren) is awarded to the Surrogate or her family, or any individual or organization not related to the Genetic Father, by any court decision or otherwise, the Genetic Father shall be indemnified by the Surrogate for any and all moneys he is required to pay for child support or medical procedure related expenses pursuant to any court order, and shall be entitled to immediate reimbursement from the Surrogate for all allowable reasonable and actual expenses paid by the Genetic Father and Intended Mother to the Surrogate pursuant to this Agreement or expended on behalf of the Surrogate.

In the event that the Genetic Father predeceases the birth of the Child(ren) or anticipated Consent Entry or Judgment with respect to paternity, custody and/or step-parent adoption of the Child(ren), said Child(ren) shall be placed in the custody of the Intended Mother with full intent to proceed with all legal avenues to ensure Intended Mother becomes the custodial parent of the Child(ren).

In the event that the Intended Mother predeceases the birth of the Child(ren) or anticipated Consent Entry or Judgment with respect to paternity, custody and/or step-parent adoption of the Child(ren), said Child(ren) shall be placed in the custody of the Genetic Father.

If both the Genetic Father and the Intended Mother are deceased or incapacitated, the Child(ren) shall be placed according to the provisions of the following paragraph.

_____ of (city), (State) shall be the guardian of the Child(ren) and take custody of the Child(ren) upon the birth of the Child(ren). In the event that both Genetic Father and Intended Mother predecease the birth of the Child(ren), the terms of this Agreement shall be carried out to the fullest extent possible, and all parties shall abide by the requests set forth in Genetic Father's and Intended Mother's wills.

In the event of the Genetic Father and Intended Mother's premature demise prior to the Child(>s)(rens) birth and the completion of the contemplated legal proceedings as herein set forth, _____ of (city), (State), shall be responsible for all of the arrangements for the Child(ren). Further, any Child(ren) born pursuant to this Agreement shall have all testamentary and inheritance rights from the Genetic Father and Intended Mother as a natural Child(ren), and shall have no testamentary or inheritance rights from the Surrogate.

SECTION VI -BIRTH, ABORTION, SELECTIVE TERMINATION AND DEATH OF THE FETUS(ES)

Birth

The Surrogate shall give birth at _____ Hospital in (city), (State).

Abortion

The Parties recognize that the Surrogate has the constitutional right to abort or not abort the pregnancy, however, the Parties intend to conform, to the best of their ability, to the following terms of this Agreement.

An abortion procedure shall not occur beyond the twentieth (20th) week of pregnancy, unless a medical doctor, the treating physician or Surrogate's obstetrician, or some other medical professional states that such action is necessary to avoid serious risk of harm and/or death to the Surrogate.

The Surrogate waives any rights she may have to abort the pregnancy, except for medical reasons verified by a physician chosen by the Genetic Father and Intended Mother, or some other independent physician or obstetrician, not already involved with the Surrogate's pregnancy, and/or if such action is necessary to avoid serious risk of harm and/or death to the Surrogate. If the fetus(es) has been determined by any designated physician to be physically or psychologically abnormal, the decision to abort the pregnancy or not to abort the pregnancy shall be the sole decision of the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate agrees to accept a clinical abortion under the circumstances stated in the foregoing paragraphs. However, in the event that the Surrogate refuses to proceed with a clinical abortion, Surrogate agrees to the termination of all expenses under *Section IX* of this Agreement. Further, Genetic Father and Intended Mother shall not be responsible for those medical expenses incurred

by the Surrogate due to unforeseen complications of which would have been avoided had an abortion occurred. Furthermore, in the event that the Surrogate refuses to proceed with a clinical abortion, all further performance required by the Genetic Father and Intended Mother under the terms of this Agreement is excused.

Genetic Father and Intended Mother agree that if a medical emergency occurs affecting the Child(ren) where **either** the Genetic Father or Intended Mother cannot be contacted, the decision with respect to the course of action to be taken shall be left to the treating physicians and/or obstetrician, with no liability to the Surrogate. All medical costs and expenses not covered by the Surrogate's health insurance policy will be the responsibility of the Genetic Father and Intended Mother for such procedures. However, all reasonable efforts shall be made to contact Genetic Father and Intended Mother prior to termination of the pregnancy.

The Surrogate agrees not to abort the fetus(es) upon her own discretion, or against the medical advice of a medical professional. If the Surrogate seeks a termination of the pregnancy without the consent of the Genetic Father and Intended Mother, or without the advice of a medical professional, the Surrogate agrees to reimburse the Genetic Father and Intended Mother a sum of money equal to all expenses already paid by the Genetic Father and Intended Mother, including but not limited to, all legal and medical expenses with respect to this Agreement.

If the Surrogate undergoes an abortion with medical consent and consent of the Parties, she will be entitled to the amount of expenses accrued corresponding to the length of the pregnancy.

Selective Termination

In the event that the embryo transfer results in three (3) or more fetuses, the Parties to this Agreement may agree to fetal reduction in order to reduce the number of fetuses. Surrogate's refusal to selective reduction, so long as, in the opinion of the Surrogate's obstetrician, said reduction will not endanger the health of the Surrogate or the remaining embryos, as provided herein, constitutes a breach of the Agreement by Surrogate.

Surrogate agrees that she will not undergo fetal reduction without the express written consent of the Genetic Father and Intended Mother, except where such procedure is necessary to prevent serious physical harm of the Surrogate. Consent of all Parties shall not be unreasonably withheld.

All Parties understand that in light of applicable controlling law regarding a woman's right to an abortion, the Courts may determine that any promise that purports to limit that right may be unenforceable.

Death of the Fetus(es)

The Parties agree that if the fetus(es) die prior to the 24th week of pregnancy, this Agreement shall terminate, with no further obligations or duties of performance by any party, except as provided for by way of terms of actual incurred expenses. Genetic Father and Intended Mother agree to remain liable for medical costs incurred to the date of such death pursuant to the terms of Section IX, and shall hold the Surrogate harmless from liability for said death, unless the death of the fetus(es) is caused by the Surrogate's own wanton recklessness, failure to comply with the terms of this Agreement, failure to reasonably follow all prescribed medical regimens, or other conduct intended to harm the fetus(es).

In the event of the death of the fetus(es) subsequent to the 24th week of pregnancy, Genetic Father and Intended Mother will continue to pay expenses pursuant to the terms of this Agreement for a six (6) week recovery period, and agree to hold the Surrogate harmless from liability for said death, provided the death of the fetus(es) is not caused by the Surrogate's own wanton recklessness, failure to comply with the terms of this Agreement, failure to reasonably follow all prescribed medical regimens, or other conduct intended to harm the fetus(es).

SECTION VII -ASSUMPTION OF THE RISK

Surrogate and Surrogate's Husband understand and agree to assume all risks involved in the anticipated medical procedures, and to hold Genetic Father and Intended Mother, and all other Parties involved in the execution of this Agreement (excluding medical professionals), harmless

against all risks. Surrogate and Surrogate's Husband represent that they have consulted with a physician or surgeon of their choice, and are aware of all medical risks, including, but not limited to, death, disability, the inability to have children, discomfort, lost wages, multiple births, Cesarean Section delivery and bed rest, which may result from the conduct contemplated by this Agreement. Genetic Father and Intended Mother have been advised of all possible risks of abnormalities and/or birth defects of children born to healthy women. Notwithstanding the language of Section VI, Genetic Father and Intended Mother agree to take custody of, and assume legal and parental responsibility for any Child(ren) immediately after the Child(ren)s birth, regardless of whether the Child(ren) suffers from any congenital or other abnormalities or defects. Surrogate and Surrogate's Husband shall be held harmless from delivering a Child(ren) with abnormalities or defects as long as the Surrogate has not breached the terms of this Agreement.

SECTION VIII- SELECTION OF PHYSICIANS AND COUNSELOR

SECTION IX-PAYMENT OF CERTAIN ACTUAL AND REASONABLE EXPENSES

This Agreement provides for certain actual and reasonable expenses to be paid on behalf of the Surrogate and Genetic Father and Intended Mother. Such payments are not in any way to be construed as payment for the Child(ren). Such actual and reasonable expenses are as follows:

Surrogate's Living and Medical Expenses B Responsibility of Genetic Father and Intended Mother

1. Surrogate's Living Expenses:

(a) Genetic Father and Intended Mother shall pay for certain Living Expenses of the Surrogate subsequent to the confirmation of pregnancy with a positive HCG TEST performed by a medical doctor and before the birth of the Child(ren) and for no more than four (4) weeks after the birth of the Child(ren). Examples include, but are not limited to, housing, automobile, related insurances for housing and automobile, real estate taxes and maternity clothing.

(i) Except for in the case of multiple births, the total Living Expenses under this Agreement shall not exceed (\$_____) or (\$_____) per any one month for ten (10) months or for each month the Surrogate remains pregnant, whichever period is shorter (except if otherwise provided for in Section VI). Furthermore, monthly total Living Expenses shall not exceed the following:

(a) \$0.X per mile for any/all surrogacy related expenses

(b) maternity clothing, meals and life insurance

First payment is due five (5) days following confirmation of pregnancy with a positive BETA TEST performed by a medical doctor. Subsequent payments are due on the monthly anniversary thereafter as long as the fetus(es) remains viable. (ii) In the case of a multiple birth, the total Living Expenses in (i) above shall be revised not to exceed (\$_____) or (\$_____) per any one month for ten (10) months or for each month the Surrogate remains pregnant, whichever period is shorter (except if otherwise provided for in Section VI). In the event of more than one multiple birth, the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased prorata in the aggregate up to an additional _____ (\$X) per multiple birth.

(iii) The sum of _____ Dollars (\$X) per IVF/embryo transfer attempt, including mock cycles, for travel, and \$X per hour for child care (if any) to be paid within five (5) days of embryo transfer.

(iv) In the event the Surrogate's Husband incurs lost wages as a result of the IVF, the total Living Expenses in (i) and (ii) shall be increased prorata at a rate of \$_____ per day.

(v) In the event the Surrogate's treating physician or obstetrician orders bed rest or other contingencies for Surrogate in connection with the pregnancy and birth of the Child(ren), the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased prorata in the aggregate up to an additional One Hundred Dollars (\$_____) per week of bed rest or other contingencies. Such amount are payable during each week of bed rest or other contingencies and shall not be assessed more than four (4) weeks after birth of the Child(ren) by vaginal delivery, and not more than six (6) weeks after cesarean section delivery.

(vi) In the event the Surrogate undergoes a Cesarean Section delivery, the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased prorata in the aggregate up to an additional _____ (\$X).

(vii) In the event the Surrogate undergoes an invasive procedure, including but not limited to, an amniocentesis, D&C, cerclage, or loss of reproductive organs, the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased an additional _____ (\$X) per invasive procedure.

(viii) Surrogate shall be reimbursed for childcare expenses at a rate of \$7 per hour for medical appointments related to the IVF procedure and any resulting pregnancy. Payment to be made with monthly payment.

2. Surrogate's Medical Expenses

(a) All medical, pharmaceutical, hospital, laboratory and therapy expenses incurred during, or resulting from complications arising from embryo transfer, that are not payable under Surrogate's health insurance policy shall be paid by Genetic Father and Intended Mother. Said expenses shall not be assessed more than four (4) weeks after birth of the Child(ren) by vaginal delivery, and not more than six (6) weeks after a cesarean section delivery.

(b) All medical, pharmaceutical, hospital, laboratory and therapy expenses associated with any testing done at the request of the treating physician or Surrogate's OB/GYN that are not payable under Surrogate's health insurance policy shall be paid by Genetic Father and Intended Mother. Said expenses shall not be assessed more than four (4) weeks after birth of the Child(ren) by vaginal delivery, and not more than six (6) weeks after a cesarean section delivery.

(c) The costs and fees of medical service providers for paternity testing pursuant to above referenced language in this Agreement shall be paid by Genetic Father and Intended Mother.

All of the Surrogate's Living Expenses and the Surrogate's Medical Expenses to be paid by the Genetic Father and Intended Mother must be supported by a receipt. The Parties agree that this Agreement takes into consideration all time to be spent, pain and suffering, personal discomfort and other personal inconveniences and costs to be incurred by Surrogate in performance of all the terms and obligations set forth in this Agreement.

SECTION X- INSURANCE

Health [...] Life

SECTION XI- EARLY TERMINATION OF AGREEMENT

Before the Surrogate becomes pregnant, this Agreement may be terminated under the following conditions:

1. By Genetic Father and Intended Mother if the Responsible Physician's opinion is that the Surrogate will not become pregnant within three (3) cycles.
2. By Genetic Father and Intended Mother if the Responsible Physician determines that the Surrogate is not a good candidate for carrying out this Agreement.
3. By Genetic Father and Intended Mother if the Surrogate has not become pregnant after three (3) cycles.
4. By the Surrogate if the Genetic Father and Intended Mother is found by a medical professional to not be good candidates for carrying out this Agreement.
5. At the discretion and with written approval of all Parties.

In the event of early termination of this Agreement, Genetic Father and Intended Mother shall be responsible for Surrogate's costs and expenses incurred to date, subject to the limitations of Section IX of this Agreement.

SECTION XII-BREACH

SECTION XIII-ATTORNEY FEES AND COSTS

SECTION XIV-INDEPENDENT LEGAL COUNSEL

SECTION V -MISCELLANEOUS

During the term of this Agreement, all Parties agree to immediately inform the other Parties, in writing, of any material change in their circumstances that may reasonably affect this Agreement. These changes include, but are not limited to, change of address, illness or death of a Party, loss of employment, change of employment, change in insurance coverage, change in marital status, and exposure to communicable diseases.

Any Party may withdraw their consent to this Agreement and may terminate this Agreement with written notice given to the other Party any time prior to the embryo transfer, subject to expenses under Section IX and any other relevant terms of this Agreement.

All Parties' obligations under this Agreement, with the exception of the sections relating to expenses, are conditioned upon the approval of the Parties' results of exams and tests.

All Parties voluntarily enter into this Agreement expecting to be bound by each of the terms and conditions as set forth above, notwithstanding any subsequently approved or enacted legislation to the contrary. Any party may attempt to enforce this Agreement in Court. However, all Parties understand that a court may refuse to enforce this Agreement, in whole or in part, as against public policy or otherwise. The Parties assume the risk of unenforceability in entering into this Agreement. Surrogate and Surrogate's Husband will be held harmless and reimbursed for any and all expenses under this Agreement relating to the enforceability of this Agreement in the event a court determines this Agreement is not valid, unless the Surrogate or Surrogate's husband were in breach of this Agreement.

Privacy/Confidentiality: The Parties, recognizing the potential of the performance of any controversial medical procedure to attract media attention, and agree that in the interest of privacy and preservation of family values, none of the Parties shall communicate with any media entity regarding the events which shall occur pursuant to this Agreement without the express written consent of all Parties named in this Agreement.

All Parties hereto agree that they will not provide nor allow themselves, nor their agents, to provide any information to the public, news media or any other individual or group which could lead to the disclosure of the identity of the Parties hereto or the Child(ren).

In anticipation of any necessity of an adoption, the Parties agree that upon the completion of an adoption of the Child(ren) conceived pursuant to this Agreement, to permanently close the adoption file pertaining to said Child(ren), except as otherwise provided by law.

Severability: In the event that any provision of this Agreement is deemed to be invalid or unenforceable, the same shall be deemed severable from the remainder of this Agreement and shall not cause the invalidity or unenforceability of the remainder of this Agreement. If such provision shall be deemed invalid due to its scope or breadth, such provision shall be deemed valid to the extent of the scope or breadth permitted by law.

Warranties: No warranties have been made as to the ultimate results, costs, liabilities and/or obligations of the Parties relative to each other which may result from any judicial process arising and resulting from the actions and/or conduct of the Parties to this Agreement. Further, the Parties understand that no person can warrant the conception of a Child(ren), the physical or mental health of any Child(ren) born pursuant to this Agreement, or the gender of any Child(ren) born pursuant to this Agreement.

Voluntary: Each party acknowledges that he or she fully understands the Agreement and its legal effect and that he or she is signing the same freely and voluntarily and that neither party has any reason to believe that the other did not freely and voluntarily execute said Agreement.

Any party may attempt to enforce this Agreement in court. However, all Parties understand that a court may refuse to enforce this Agreement, in whole or in part. The Parties assume the risk of unenforceability in entering into this Agreement.

Governing Law: This Agreement shall be governed by the laws of the State of (State).

Anexo 2. Ficha de la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional colombiana.

Formato de Jurisprudencia
Corporación, número de sentencia o radicación, fecha y magistrado ponente:
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Corporación: Corte Constitucional ▪ Número de sentencia o radicación: T-968 de 2009 ▪ Fecha: 18 de diciembre de 2009 ▪ Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa ▪ Gaceta Judicial o Base de datos: Relatoría
Tema General:
Derecho de los niños a tener contacto con su familia
Subtemas:
-Derechos fundamentales de los niños -Alquiler de vientre
Hechos de la sentencia:
<ol style="list-style-type: none"> 1. El señor Salomón y su esposa Raquel deseaban tener un hijo. Para esto contactaron a la señora Sarai telefónicamente a fin de hacer los tratamientos. 2. A Sarai le implantaron los óvulos de la señora Raquel, pero su cuerpo los rechazó. Así que el señor viajó a Colombia y le propuso a Sarai hacer una fertilización in vitro con sus espermatozoides y los óvulos de la joven. 3. Sarai quedó embarazada. Salomón le enviaba una suma mensual para sus gastos. En marzo de 2006 nacieron dos mellizos. Sarai registró a los menores con sus dos apellidos. Ellos estuvieron con Sarai por 9 meses. En diciembre de 2006 le retiraron la custodia para dársela a una tía. 4. El padre de los menores inició un proceso de custodia a través del cual, el Juzgado Décimo de Familia de Cali, en sentencia del 29 de agosto de 2008, autorizó la salida del país de los menores afirmando que Sarai había incumplido el contrato de alquiler de vientre y que ellos estarían mejor con su padre. 5. Sarai interpuso acción de tutela ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, el cual mediante fallo No. 74 del 15 de septiembre de 2008, la concedió. El padre impugnó la sentencia y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declaró la nulidad a partir del auto admisorio y ordenó reponer la actuación. Mediante sentencia del

10 de diciembre de 2008, El Tribunal dejó sin efectos la sentencia del Juzgado Décimo de Familia.

6. El 24 de febrero de 2009 se le ordenó al Juzgado dictar una nueva sentencia. El Juzgado dictó una nueva sentencia el 7 de julio de 2009 y una tercera el 8 de septiembre de 2009, negando las pretensiones de salida del país de los menores. El 9 de septiembre de 2009 el padre instauró acción de tutela contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali. El 24 de septiembre de 2009 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala de Familia, dejó sin efecto el fallo por vía de hecho. El 13 de noviembre de 2009, el Juzgado Décimo volvió a negar las pretensiones en una cuarta sentencia.

7. El 4 de noviembre de 2009, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia revocó la providencia del 24 de septiembre de 2009 proferida por el Tribunal Superior.

8. Los niños viven en el exterior con su padre y no tienen contacto con su madre.

Problema jurídico (s):

¿Cuándo la madre que da a luz es la que aportó el óvulo existe contrato de alquiler de vientre?

¿El hecho de darle la custodia al padre y retirársela a la madre viola los derechos fundamentales de los menores?

Consideraciones de la Corte:

-La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar los derechos fundamentales de los niños, quienes gozan de protección reforzada por su situación de fragilidad. Sus derechos son prevalentes.

-Las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos y las decisiones adoptadas por autoridades administrativas y judiciales que involucren menores de edad, deben orientarse al interés superior del menor, ponderando cuidadosamente las circunstancias particulares y siguiendo las reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales relacionadas.

- El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella se relaciona con su derecho a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse, a tener relaciones personales y contacto directo con sus progenitores. Esto pues la familia es una condición necesaria para la satisfacción de la mayoría de los derechos fundamentales de los menores. Por eso, para separar a los menores de su familia se necesitan situaciones graves que afecten su desarrollo, vida o integridad.

-La acción del Estado debe orientarse a poner en marcha medidas que faciliten a los padres el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales “y al mismo tiempo, suplir las necesidades económicas del núcleo familiar”. Por ende “las medidas estatales que impliquen la separación del niño de su familia, deben ser entendidas como excepcionales y su

aplicación exige el sometimiento a los principios de graduación y racionalidad”

-La restitución de la custodia de un menor al padre, “puede ser protegido por vía de tutela excepcionalmente cuando el menor se encuentra en riesgo o peligro físico o psicológico”

- Los niños se encuentran fuera del país y no han tenido contacto con su madre ni con su familia materna, lo que lesiona gravemente su desarrollo y sus derechos fundamentales.

-El alquiler de vientre o útero es un acuerdo por el cual un niño es gestado por una mujer sujeta a un compromiso mediante el cual ella cede los derechos a favor del bebé a una mujer que será la madre. En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos.

-El alquiler de vientre permite a las mujeres que no pueden llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo, generalmente mediante la fecundación de sus propios óvulos o espermia y con una madre sustituta que lleva a término el embarazo y al parto, entrega el hijo a los padres, quienes han asumido los gastos médicos del embarazo y parto.

El niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el espermia del padre.

-En Colombia no está prohibido el alquiler de vientre y por el contrario, la doctrina ha validado estas prácticas con fundamento en la Constitución. Es una práctica en auge.

-“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 [...]; 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”.

-Los requisitos que se deben cumplir para realizar el alquiler de vientre son: (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 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) la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no puede retractarse de la entrega del menor; (viii) 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.

-El proceso que culminó con el nacimiento de los menores Samuel y David, no constituye un arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, puesto que la señora Sarai es la madre biológica de los menores.

-Los menores deben tener contacto con su madre biológica.

Decisión

CONFIRMAR la providencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 24 de febrero de 2009, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia del 10 de diciembre de 2008 de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, por medio del cual se dejó sin efectos la sentencia 395h del 29 de agosto de 2008, proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali.

ORDENAR al Juzgado Décimo de Familia de Cali el cumplimiento, sin dilación alguna, de las medidas de protección ordenadas en el punto 8.4 de la presente sentencia, encaminadas a lograr el restablecimiento de los derechos de los menores y de la madre, hasta tanto se decidan definitivamente los procesos de pérdida de la custodia y cuidado personal que adelanta el Juzgado Promiscuo Municipal de Vijes y el de pérdida de la patria potestad adelantado por el Juzgado Décimo de Familia de Cali, juzgados que serán notificados de la presente providencia.

ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el acompañamiento del proceso de reencuentro de los menores con su madre, y adelantar todas las gestiones dentro del ámbito de su competencia para garantizar, a la mayor brevedad posible, el cumplimiento de las medidas de protección ordenadas en el punto 8.4 de la presente sentencia, sin perjuicio de las funciones de vigilancia superior, de prevención, control de gestión y de intervención ante las autoridades judiciales asignadas por la ley a la Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

Subregla

Si la madre que da a luz es la madre que aportó el óvulo, no se trata de un contrato de alquiler de vientre.

Si se da la custodia al padre y se le retira a la madre injustificadamente, se violan los derechos fundamentales de los menores a tener relaciones filiales con su madre biológica.

Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia:

-Arts. 13, 42 y 44 Constitución Política de Colombia

<p>-Declaración de los Derechos del Niño (1959)</p> <p>-Convención Sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de Naciones Unidas (1989)</p> <p>-Arts. 6,7,9,20,22,23 Código de Infancia y Adolescencia</p>
<p>Precedentes citados en la sentencia:</p>
<p>-Corte Constitucional. Sentencias:</p> <ul style="list-style-type: none"> -C-019 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón -T-029 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa -T-405 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes -C-1064 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis -T-503 de 2003. T- 510 de 2003 y T-397 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda -C-796 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil -T-914 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra -T-024 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil -T-572 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
<p>Aclaración o salvamento de voto:</p>
<p>Observaciones:</p> <p>-A pesar de que no desarrolla más a fondo el tema del alquiler de vientre, la Corte reconoce la práctica y la legítima cuando se cumplen ciertas características.</p>
<p>Otros conceptos doctrinales relevantes:</p> <p>-La definición de alquiler de vientre y su delimitación al caso en que los gametos son de los padres biológicos.</p>

Anexo 3. Cuadro de normas relativas a la disposición de componentes anatómicos en Colombia¹⁰⁸.

NORMA	TEMA	CONTENIDO
<p>Ley 9 del 24 de enero de 1979 Congreso de la República "Por la cual se dictan medidas sanitarias" Diario oficial No. 35.308.</p>	<p>Título IX: Defunciones, traslado de cadáveres. Inhumanación y exhumación, trasplante y control de especímenes.</p>	<p>Artículo 515, literal f: Reglamentar la donación o el traspaso y la recepción de órganos, tejidos o líquidos orgánicos utilizables con fines terapéuticos.</p>
<p>Ley 919 del 22 de diciembre de 2004 Congreso de la República "Por la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico" Diario Oficial: 47.771</p>	<p>Donación, comercialización, tráfico, venta y compra de componentes anatómicos.</p>	<p>Artículo 1. La donación de componentes anatómicos; órganos, tejidos y fluidos corporales deberá hacerse siempre por razones humanitarias. Se prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos. Artículo 2: Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión.</p>

¹⁰⁸ Estas normas son importantes si se considera que el proceso de alquiler de vientre implica un fuerte componente científico en el que, como se señaló en el acápite respectivo, hay manipulación y disposición de componentes anatómicos, y esto tiene implicaciones a la hora de realizar las prácticas dado que es la única regulación que existe sobre ese tema en general.

<p>Decreto 2493 del 4 de agosto de 2004 Presidencia de la republica "por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos" Diario Oficial No. 45.631</p>	<p>Componentes anatómicos</p>	<p>Componentes anatómicos: Son los órganos, tejidos, células y en general todas las partes vivas que constituyen el organismo humano. Receptor: Es la persona en cuyo cuerpo se trasplantan o implantan componentes anatómicos. Artículo 15: Prohibición de remuneración. Se prohíbe la remuneración o cualquier tipo de compensación o retribución por la donación o suministro de un órgano o tejido al cual se refiere el presente decreto.</p>
<p>Decreto 1546 del 4 de agosto de 1998 Presidencia de la República "Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares" Diario oficial: 43357</p>	<p>Componentes anatómicos</p>	<p>Componentes anatómicos: Son los órganos, tejidos, células y en general todas las partes que constituyen un organismo. Receptora de gametos o preembriones: Es la mujer que recibe los gametos de un donante masculino o femenino, el óvulo no fecundado, fecundado, o un preembrión, con fines reproductivos. Artículo 7: Derogado por el art. 65, Decreto Nacional 2493 de 2004. Prohíbese cualquier forma de retribución o remuneración respecto de la donación de los componentes anatómicos a que se refiere el presente decreto. Lo anterior sin perjuicio de los costos ocasionados por el diagnóstico, la ablación, el suministro, el trasplante y los controles subsiguientes a dichos procedimientos.</p>