

**Maternidad subrogada y la instrumentalización del cuerpo femenino**  
*Surrogate Motherhood and the Instrumentalization of the Female Body*

**LEIDY LORENA BEJARANO CORDOBA**

lbejarano15@estudiantes.areandina.edu.co

<https://orcid.org/0009-0000-6719-8515>

**Grupo de investigación institucional derechos humanos y territorio *Terra Nostra***  
Fundación Universitaria del Área Andina

**Artículo de investigación formativa**

**Recepción:** 2 de diciembre de 2024

**Aceptación:** 19 de enero 2025

<https://doi.org/10.52948/germina.v7i7.1310>

**Cómo citar este artículo:**

Bejarano Córdoba, L. (2024). Maternidad subrogada y la instrumentalización del cuerpo femenino. *Germina*, 7(7).

Reconocimiento-SinObraDerivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND)

**Resumen**

El artículo aborda la maternidad subrogada en el contexto de los derechos de la mujer, destacando la necesidad de una regulación adecuada en Colombia que respete la autonomía reproductiva y dignidad de las mujeres. Consecuentemente, se discuten las implicaciones bioéticas de la práctica, subrayando que la regulación debe proteger los derechos femeninos y garantizar su dignidad humana. Determinando el aspecto jurídico y posteriormente haciendo un estudio de derecho comparado, se aboga por un enfoque integral que contemple la autonomía, la dignidad y los derechos humanos de las mujeres en el contexto de la maternidad subrogada.

**Palabras claves:** maternidad subrogada; derechos de la mujer; autonomía reproductiva; bioética.

### **Abstract**

The article addresses surrogacy in the context of women's rights, highlighting the need for adequate regulation in Colombia that respects the reproductive autonomy and dignity of women. Consequently, the bioethical implications of the practice are discussed, emphasizing that regulation must protect women's rights and guarantee their human dignity. By determining the legal aspect and subsequently conducting a study of comparative law, a comprehensive approach is advocated that contemplates the autonomy, dignity and human rights of women in the context of surrogacy.

**Keywords:** Surrogacy; women's rights; reproductive autonomy; bioethics.

### **Introducción**

Los derechos de la mujer tuvieron su primer manifestación en el año de 1953, momento en el cual se realizó la convención sobre los derechos políticos de la mujer<sup>1</sup>. Sin embargo, unos años antes la comisión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) habló respecto al tema; estos dos recuentos, que son pocos en comparación con el número de manifestaciones que se dieron a lo largo del mundo, funcionan como contexto histórico en lo que corresponde al papel de la mujer en el derecho internacional y, consecuentemente, en la sociedad. En Colombia, con la Constitución Política de 1991 se hace un aumento significativo no solo en temas de derechos humanos, sino también en los relacionados con los derechos femeninos, pues marcó un precedente respecto al rechazo de normas que discriminaban a las mujeres.

El poder decidir sobre el cuerpo propio, y la manera en que se quiere emplear, hace parte del reconocimiento a los derechos de la mujer, pero también ha sido una discusión que ha generado diversos debates. Cuando se habla del cuerpo femenino y las libertades individuales, por lo general, se asocia este tipo de temas con la interrupción voluntaria del embarazo (IVE). Sin embargo, la maternidad por subrogación o, como es llamada

---

<sup>1</sup> Abierta a la firma y ratificación el 31 de marzo de 1953 mediante Resolución 640 (VII), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1952.

coloquialmente, “alquiler de vientres” también evidencia la capacidad de decisión que tiene cada mujer al determinar qué hacer con su cuerpo.

En términos de derechos humanos, sexuales y reproductivos han ido avanzando a lo largo de los años, la Corte Constitucional se pronunció respecto al asunto en la Sentencia C-355-2006<sup>2</sup> donde determinó que: “En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los estados democráticos”.

Por tanto, es importante recordar la idea que se tenía de la mujer en la Antigüedad, donde esta era vista como un instrumento para la reproducción. Así lo expone Gayle Rubín (1986), antropóloga estadounidense afirmando así lo siguiente: “la participación de las mujeres en la vida social en muchas sociedades y en particular la capitalista, ha sido construida con base en su ‘capacidad reproductora’, confinándola al espacio doméstico, cuyas tareas no son reconocidas como trabajo remunerado” (p. 100).

Esta apreciación va de la mano con el protagonismo del hombre. En algunos contextos era quien decidía por el cuerpo de su mujer, generando así una incógnita respecto a la correcta apreciación que se le debe dar a los derechos femeninos, pues históricamente se entiende que han sido subrogados a la decisión o voluntad del hombre.

Las construcciones sociales, por ejemplo, refuerzan estos estigmas: la feminidad está relacionada con comportamientos moderados, vestimentas específicas y, por supuesto, su capacidad de gestar. En países como Colombia, que hacen parte del denominado “tercer mundo”, la mujer latina es vista con otros ojos; al vivir en un territorio subdesarrollado es percibida como “más atrasada e ignorante” respecto al tema cita Arturo Escobar en su libro *La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo* (1998), lo siguiente:

Esta mujer promedio del Tercer Mundo lleva una vida esencialmente frustrada basada en su género femenino (léase: sexualmente restringida) y en su carácter tercermundista (léase: ignorante, pobre, sin educación, tradicionalista, doméstica, apegada a la familia, victimizada, etcétera.). Esto, sugiero, contrasta con la

---

<sup>2</sup>Sentencia hito que constituye un avance importante para la garantía y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Colombia.

representación (implícita) de la mujer occidental como educada, moderna, que controla su cuerpo y su sexualidad, y libre para tomar sus propias decisiones. (p. 27)

Lo anterior facilita entonces la vulneración de sus derechos y de su dignidad humana. Así, la discusión no es acerca de la elección de las mujeres, como se mencionó anteriormente, el elegir de qué manera usar el cuerpo hace parte de los derechos reproductivos. El debate radica en términos de instrumentalización; ahora, se toma referencia de lo manifestado por la psicóloga Flavia Navés (2017), quien argumenta que el desarrollo científico de la mano de la tecnología ha logrado ubicar a el cuerpo femenino como un instrumento de técnicas que posteriormente le darán la posibilidad de ser padre a quien no tiene la posibilidad. De manera consecuente y aterrizándolo al tema concreto lo que se busca evitar, es que quienes deseen optar por esta práctica no recurran a territorios con contextos empobrecidos, provocando que las mujeres de ese entorno funcionen como madres gestantes, surgiendo así el siguiente interrogante ¿Si la mujer no se encontrara en condiciones precarias seguiría aceptando ser madre gestante?

Si la respuesta a esa pregunta resulta ser negativa estaríamos entonces ante una vulneración de la dignidad e integridad de la mujer, ya que por circunstancias sociales se vio en la necesidad de instrumentalizar su cuerpo. Sin hablar de las implicaciones legales que presupone un tipo de contrato como este, mismo que, además, no cuenta con regulación, tampoco está especificado, ni establece las prohibiciones, ni el tipo de obligación a ejercer por parte de las personas involucradas en la relación jurídica, mucho menos los riesgos que acarrea tener un embarazo. Si, por el contrario, la respuesta es afirmativa se debe entonces garantizar la dignidad humana y demás derechos conexos de la mujer que opto por ser

### ***Mujer como clase social***

El concepto de mujer como clase social, o el entendimiento del mismo fenómeno, fue adoptado por Angela Davis, filósofa, política marxista, activista afrodescendiente que en su libro *Women, Race y Class* (1981), en español, *Mujeres, raza y clase*, analiza la posición de la mujer en la familia ligándose también al concepto de raza. Logra determinar que resultaría imposible catalogar a todas las mujeres sin tener en cuenta su estrato social, el lugar en el que están ubicadas geográficamente, el grado de riqueza y cultura, su edad, condición física

y demás factores que logran establecer un concepto diferencial y que no logran englobar a la mujer en una sola clase social.

### ***Ética***

La maternidad por subrogación es una práctica controversial que no es aceptada por gran parte de la sociedad, teniendo detractores, en ámbitos como el jurídico o el religioso. El parlamento europeo en una de sus resoluciones (A-2-372/88) del año de 1989 se refiere a la prohibición de la maternidad bajo comisión y declara punible la mediación comercial de esta. En Gran Bretaña el reporte de Lady Warnock afirma que esta práctica es moralmente repugnante pues es motivada únicamente por el dinero y no por el amor, lo que hace que la relación que debe existir entre una madre y su hijo sea una perversión.

La iglesia católica ha expresado en repetidas ocasiones su contrariedad con la maternidad sustituta. Por ejemplo, la congregación para la doctrina de la fe la concibe como moralmente explícita y rechaza la fecundación artificial heteróloga (material genético o semen aportado por un tercero diferente a la pareja). Así lo explica Rosa Adela Leonseguí Guillot (1994):

Es contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana. La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser conocido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia, una división entre los elementos físico, psíquicos y morales que la constituyen. (p. 324)<sup>3</sup>

Lo anterior es controversial pues argumentan que el niño es considerado como un objeto.

### ***Relación con el iusnaturalismo***

El *iusnaturalismo* plantea una concepción filosófica del derecho como un conjunto de valores previos al derecho positivo, es decir, aquel que está escrito. Esta corriente del pensamiento

---

<sup>3</sup> La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo.

<sup>6</sup> Enciclopedia de la Bioética del Instituto Joseph i Rose Kennedy, 1978.

filosófico hace entonces referencia a que en la naturaleza humana hay leyes o derechos que son inherentes a nosotros; incluso datan su existencia desde antes de que se crearan la sociedad y, en consecuencia el derecho positivo, es importante esta percepción porque hace referencia a los principios tanto morales, como éticos que establece la sociedad.

Consecuentemente, los doctrinantes sostienen que este derecho está ligado a la naturaleza humana. En ese sentido, gracias a nuestra capacidad de razonar comprendemos y reconocemos derechos naturales que son anteriores a las leyes positivas. Hugo Grocio (1925) jurista neerlandés afirma que “un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza” (p. 52).

El iusnaturalismo ha jugado un papel primordial respecto a las discusiones entre la moral y los dilemas jurídicos, como lo puede ser la maternidad subrogada. Es entonces que, siguiendo con esta visión del iusnaturalismo, es importante que los derechos de todos los intervinientes sean garantizados. Sin embargo, enfocándonos únicamente en la madre subrogada se hace la relación entre su derecho inherente a decidir sobre su propio cuerpo y la cuestión jurídica como lo es la posible explotación, y vulneraciones de derechos humanos, tema que se ha tocado a lo largo del artículo.

### ***Cuerpo femenino y la bioética***

La *bioética* hace referencia a las implicaciones y al estudio sistemático de la conducta humana en la sociedad, ligado de manera estricta con las ciencias de la vida y de la salud, teniendo en cuenta los valores y los principios morales. Al abarcar estos aspectos surgen debates de manera constante pues va de la mano con dilemas científicos. Otra de sus definiciones es en la que se relaciona esta disciplina como un diálogo entre científicos y humanistas. Para la bioética el cuerpo femenino está definido como:

La denominada naturaleza femenina implica unas cualidades como la posibilidad de engendrar vida, la sensibilidad, el cuidado hacia otros que convierten la maternidad en un elemento dominante en la formación de la identidad femenina. La sexualidad de las mujeres es reducida a la reproducción automáticamente ligada a ser madre, ama de casa, con el hogar como su principal ámbito de acción. (Urrea, 2012, p. 105)

Una vez tenemos en cuenta este concepto podemos evidenciar la calidad que ostenta el cuerpo femenino en el ámbito que se está relacionando. Es entonces que el cuerpo femenino está netamente ligado a la reproducción, facilitando los estereotipos y reproduciendo la idea de que la mujer está en la sociedad únicamente con fines reproductivos. Esta idea preconcebida resulta peligrosa pues, en la medida que consideramos algo un objeto, en especial cuando no lo es (como sucede con el cuerpo femenino), caemos en su instrumentalización.

Sin embargo, también surge otro enfoque diferencial que corresponde a los avances que se han generado gracias a la bioética y a la biotecnología, es decir, ha surgido una nueva relación entre el concepto de mujer y su naturaleza biológica que, como se mencionó anteriormente, estaba relacionada únicamente con la maternidad. Hoy es posible que la mujer decida si desea o no tener hijos; si la respuesta es afirmativa, cuántos desea tener, con quien y demás aspectos que tienen un impacto social y, por tanto, una consecuencia que dependiendo del lugar en el que esté ubicada la mujer puede ser positiva o negativa.

De ahí que se deba tener un enfoque transversal pues si bien lo planteado anteriormente es una realidad, no lo es para todas las mujeres. Aquellas ubicadas en entornos violentos, o que no cuentan con la información necesaria, desconocen sus derechos sexuales y reproductivos. En últimas, esto facilita que el cuerpo femenino sea utilizado como estrategia de mercado.

Al tratarse de un servicio, se establecerá un precio a pagar que puede ser superior o inferior. En ese sentido, no se cuenta actualmente con mecanismos que permitan tasar este tipo de prácticas; además, al tratarse de un aspecto biológico no significa que al pagar más dinero se garanticen mejores resultados.

### ***Maternidad subrogada y derechos de género***

La *maternidad subrogada* es una de las alternativas a las que pueden acceder las familias denominadas no convencionales en la actualidad, en dicha categoría se encuentran las biparentales de igual sexo, transexuales, etc. Comprender que no es utilizado únicamente por parejas heterosexuales ayuda a tener una visión más amplia del tema en cuestión. Si bien las interpretaciones conservadoras que se le pueden dar a esta apreciación radican en que, desde

el punto de vista biológico, ecológico y ético, no las equiparan con lo que se puede denominar una “familia natural”, pues argumentan que debe ser compuesta por hombre y mujer.

Sin embargo, se tiene claro que el ordenamiento jurídico no se puede dejar influenciar por estas apreciaciones morales hechas por el sector conservador de la sociedad. La maternidad y todo lo que engloba esta práctica puede ser vista desde distintos enfoques que terminan conectándose siempre con la sociedad. Asimismo, la manera en la que el individuo responde a este tipo de estímulos también tiene un fuerte factor científico y médico que se deslinda de las cuestiones jurídicas.

### ***Instrumentalización del cuerpo femenino***

Para hablar de la instrumentalización del cuerpo femenino primero debemos analizar y comprender que es la instrumentalización, inicialmente la Real Academia Española (RAE) define instrumentalizar como: “Utilizar algo o a alguien como instrumento para conseguir un fin”. Es una definición sencilla que no requiere un análisis exhaustivo para que podamos comprender a qué hace referencia. Una vez claro lo anterior, es posible inferir, incluso afirmar, que la instrumentalización del cuerpo femenino (haciendo énfasis en la maternidad subrogada) corresponde a ver a la mujer o utilizarla únicamente como una especie de “incubadora humana”. Esta ideología podría facilitar el turismo y la explotación de las personas que optan por ser madres gestantes, pues se tiene la creencia popular “de que si no está prohibido, se puede realizar”.

### **Generalidades conceptuales de la maternidad subrogada**

Las *técnicas de reproducción asistida* hacen referencia a todos aquellos métodos, sistemas y/o procedimientos alternativos que ayudan con el proceso biológico de la concepción de un nuevo ser humano. El doctrinante Luis Santamaría Solís (2000) afirma respecto al tema lo siguiente:

Entendemos por técnicas de reproducción asistida (TRA), al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del

óvulo por el espermatozoide, etc. No es pues adecuado referirse a estas técnicas como métodos de reproducción artificial, ya que no suplantán mediante elementos artificiales o no biológicos al organismo masculino o femenino en la función procreativa, sino que pretenden ayudar o sustituir en parte una función generativa deteriorada o inexistente (subfertilidad o infertilidad). (p. 37)

Dentro de los procedimientos que están entendidos dentro de la reproducción asistida (TRA) podemos encontrar la inseminación artificial, la ovodonación, la embriodonación y la fecundación *in vitro*.

### ***La inseminación artificial***

Corresponde a la técnica científica en la que se introduce material genético dentro de la vagina de la mujer, por medios no coitales, es decir, de manera externa. Cuando el procedimiento se realiza con semen de la pareja se trata de una *inseminación artificial homóloga* o *conyugal* y cuando se trata del semen de un donador tomará el nombre de *inseminación heteróloga*. Cuando el semen es colocado en el cérvix nos encontramos ante una *inseminación intracervical* y cuando el material genético es introducido en el interior del útero se tratará de una *inseminación intrauterina*.

### ***Ovodonación y embriodonación***

La *ovodonación* es una técnica que toma una fuerte presencia en la década de los ochenta y surge como una variación de la fertilización *in vitro*. Hace referencia a la aportación de gametos femeninos por una mujer diferente a la que los recibe, ocurre en casos en los que la mujer presenta una deficiencia en su nivel de óvulos o por el contrario no los genera, pero sí puede gestar. Esta modalidad se entiende como una maternidad parcial y ocurre una trigeneración humana, pues la mujer gesta pero el óvulo no es perteneciente a ella y es fecundada por su pareja.

Cuando la mujer no puede gestar ni tampoco genera ovarios, existiendo una deficiencia y además cuenta con una pareja infértil, se produce entonces la *multigeneración humana*: la madre procreante no es la misma que la gestante y, en este contexto, se asume una embriodonación.

### ***Fecundación in vitro***

Este tipo de fecundación se realiza en el laboratorio. Es aquí donde encontramos una diferenciación pues en los métodos anteriores el material genético se introduce en el cuerpo de la mujer, el proceso entonces se hace dentro del cuerpo. En este método el óvulo ha sido extraído previamente y posteriormente será fecundado por un espermatozoide de manera extracorpórea. Una vez se cumple este paso cierto número de embriones son trasladados al útero. Cuando el espermatozoide procede de la pareja estamos hablando de una fertilización in vitro homóloga y cuando se trata de un donante toma el término de fertilización in vitro heteróloga.

En Colombia las técnicas de reproducción asistida están definidas como “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo” (Artículo 2, Ley 1953 de 2019).<sup>4</sup>

### **Cronología de la maternidad por subrogación en Colombia**

La Constitución Política de Colombia del año 1991 fue un gran avance en Latinoamérica respecto a las garantías fundamentales que se debe tener como ciudadano en un estado social de derecho. En su artículo primero nos expone la dignidad humana y la solidaridad como principios fundamentales del estado, esto guarda especial relación con la maternidad subrogada y el cuerpo femenino en el sentido que la constitución establece la garantía de la dignidad humana y con la no regulación de esta práctica se puede caer en una violación de este derecho tan importante. Es entonces, que nos encontramos ante un “espacio libre del derecho” que como lo planteaba Arthur Kaufmann son aquellas áreas o ámbitos de la sociedad que no se encuentran regulados por normas jurídicas, creando un “espacio” para que el individuo determine su actuar sin ningún tipo de normas jurídicas, tal es el caso de la maternidad por subrogación, pues lo que se espera es que el individuo actúe de acuerdo a sus principios éticos y morales mientras no transgreda los derechos de otra persona, encontrando así, un equilibrio entre la libertad individual y las leyes.

---

<sup>4</sup> Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva.

En Colombia, la libertad es un derecho fundamental consagrado en el Artículo 13 de la Constitución Política y es un acercamiento a la libertad contractual, que a fin de cuentas es una problemática que tiene actualmente la maternidad subrogada. No está establecido hasta qué punto llegan estas libertades y además si se trata sobre todo de una motivación netamente económica.

Por otra parte, el código civil colombiano al ser tan antiguo claramente no hace ningún tipo de relación con la maternidad subrogada, pero, sin embargo, sí es importante hacer énfasis en que regula temas y nos habla acerca de las fuentes de las obligaciones, define el contrato, sus elementos, junto con los caracteres de validez, objeto lícito, como el objeto en la declaración de voluntad, todo esto desde el Artículo 1495 y subsiguientes. Estas apreciaciones mencionadas están ligadas con los aspectos que se deberían tener en cuenta al hablar de la maternidad subrogada y como se establecerá la relación entre madre gestante y padres comitentes, en especial hay que prestarle suma atención a el criterio relacionado con la voluntad y que esta no se encuentre viciada.

Las altas cortes en la jurisprudencia han hecho referencia respecto al tema, iniciando con la Sentencia de Tutela T-968 de 2009, en la que la Corte Constitucional expone los puntos que se deberían tomar en cuenta respecto a una regulación de esta práctica, estableciendo entonces una serie de requisitos:

- Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.
- Que los gametos no fueran aportados por la mujer gestante (es decir quien está facilitando su vientre).
- Que la mujer no tenga como último fin un carácter lucrativo, sino que corresponda únicamente a una voluntad de ayudar a otras personas.
- 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.

Siguiendo estos mismos preceptos la Corte Constitucional nuevamente en Sentencia de Tutela T-316 de 2018 se refiere acerca del vacío normativo que existía en ese momento en lo referente a esta práctica, resaltando los siguientes aspectos.

- La donación de óvulo.
- La congelación de embriones sobrantes.

- La filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los padres.
- La inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas “maternidad subrogada”.

En lo referente a otras técnicas de reproducción asistida estas han sido abordadas en la normativa, mediante la Ley 1953 de 2019 y la Resolución 228 de 2020<sup>5</sup>, también encontramos leyes relacionadas con el manejo de tejidos y donantes en la Ley 73 de 1988, los Decretos 1546 de 1998 y 780 de 1998, que si bien estas prácticas también presentan vacíos normativos ninguno de ellos corresponde a una legislación adicional o una regulación, pues corresponden únicamente a la necesidad de actualización respecto a los avances tecnológicos.

La corte constitucional en sentencia de tutela T-275 de 2022 expuso la necesidad de regularla:

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

Es aquí donde evidenciamos que la falta de regulación de un tema tan importante como este en el ámbito jurídico puede recaer en una clara vulneración de derechos fundamentales, en su momento, la corte decidió exhortar al gobierno nacional a presentar una propuesta respecto a la regulación de esta práctica, también denota un aspecto relacionado con las licencias de maternidad o paternidad cuando hablamos de una maternidad subrogada. Es importante afirmar que hasta el momento las altas cortes no han hecho referencia a la prohibición de la conducta pues afirman que *“la falta de regulación de un tema no resulta ser razón suficiente para su criminalización”*.

### **Derecho comparado**

El análisis de derecho comparado se refiere a las soluciones jurídicas que tienen los demás ordenamientos jurídicos respecto a un mismo caso o temática, como lo es, en este momento la maternidad por subrogación. Haciendo el estudio respecto a los países en los que la

---

<sup>5</sup> Por la cual se adopta la Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad

maternidad subrogada está prohibida y los países en los que es legal u/o en los que es legal mientras no se haga con carácter oneroso.

### ***Prohibición de la maternidad subrogada***

Los países que se acogen a esta modelo buscan eliminar totalmente la práctica o prevenir el uso de la misma, cada país tiene regulaciones diversas respecto a la celebración de estos contratos, entonces se habla de imponer sanciones tal es el caso de Alemania, Francia o Italia, también puede darle cabida a la nulidad en pleno derecho del contrato. O en países como Suiza que prohíbe esta práctica en cualquiera de sus modalidades.

Respecto al tipo de sanciones estas corresponden a multas o medidas privativas de la libertad la duración o el monto económico varía de acuerdo con la legislación de cada país, en Francia la sanción es para las agencias que guían o prestan asesoría respecto al tema, de manera consecuente lo hacen con las clínicas y médicos que aceptan realizar esta técnica de reproducción asistida estableciendo la multa en 15.000 euros y aproximadamente un año de prisión.

En Italia se castiga con penas privativas de la libertad en un lapso de tiempo de tres meses a dos años y respecto al monto de las multas estas pueden oscilar entre los seiscientos mil o un millón de euros a quien produce y organiza.

### ***Francia***

El ordenamiento jurídico francés en su comité consultivo nacional de ética se ha pronunciado respecto al tema, manifestándose en contra de esta práctica pues consideran que sirve únicamente a intereses comerciales y ayuda a su vez a la explotación de las mujeres que se encuentran involucradas, es decir, las madres gestantes. Pues va en contra de la dignidad humana y puede causar grandes secuelas emocionales en las infancias nacidas producto de esta práctica.

### ***Canadá***

En este país si existe una ley respecto al tema, es la ley canadiense de reproducción humana asistida del 2004, en ella se prohíbe totalmente pagar u ofrecer dinero a una mujer para que actúe como madre gestante cuando se sabe que es menor de 21 años.

### ***Italia***

En la Ley 40 del 2004, que habla acerca de las normas en materia de la procreación médica asistida, se estipula la total prohibición de recurrir a cualquier técnica de procreación heteróloga, es decir, aquella en la que los gametos o uno de ellos sean provenientes de personas ajenas a la pareja, en consecuencia, se asume la prohibición de la maternidad por subrogación y en su artículo 12,6 expresa la nulidad de los acuerdos de este tipo que se hayan celebrado sin importar su modalidad.

### ***Legalidad de la maternidad subrogada***

En los países que adoptan esta práctica, la maternidad por subrogación es aceptada en sentido amplio. Así, el carácter comercial en el que la remuneración que se le ofrece a la madre sustituta es superior a los gastos relacionados con la subrogación, este pago debe ser asumido por la parte comitente del contrato.

### ***Ucrania***

Actualmente cuenta con grandes avances respecto a esta práctica y su regulación; acepta la modalidad comercial y deja que las partes estipulen cuál será el monto económico que recibirá la madre gestante. Contempla aspectos relacionados con la filiación y lo que sucede cuando el material genético es aportado por los padres comitentes y la madre gestante no puede reclamar la filiación materna respecto al nacido. El único aspecto para tener en cuenta en este país es que esta práctica es aceptada únicamente en parejas casadas heterosexuales, pues es este el único matrimonio considerado legal.

### ***Estados Unidos***

En este país la regulación del tema varía dependiendo del estado en el que nos encontremos. Por ejemplo, en Illinois y Florida se aprobaron leyes consideradas permisivas respecto a este tipo de práctica o estados que aceptan la práctica por vía jurisprudencial.

### ***Rusia***

El código de familia de la federación rusa de 1995, junto con la ley federal de salud del año 2011 regulan la maternidad por subrogación y debido a que no regulan los pagos que se pueden hacer en este tipo de práctica, se asume que la maternidad por subrogación en materia comercial, es aceptada. En Rusia puede ser madre gestante cualquier mujer que se encuentre en un rango de edad entre 20 y 35 años; debe tener por lo menos un hijo sano y está prohibido cualquier disposición que impida a la madre gestante interrumpir el embarazo.

### ***India***

No cuentan con una ley reguladora, pero es una práctica que ampliamente aceptada y practicada con regularidad. Sin embargo, esta práctica sí es mencionada en guías nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las clínicas de técnicas de reproducción asistida. Al no establecer de manera explícita la prohibición de la modalidad comercial se asume que es aceptada. En sus disposiciones el país de la India estipula que la mujer gestante no puede tener más de 45 años y debe someterse a la prueba de virus de la inmunodeficiencia humana (VIH); prohíbe totalmente que las mujeres sean madres gestantes en más de tres ocasiones. Al tener tanta amplitud respecto a esta práctica la India se cataloga como uno de los destinos más populares para realizar un acuerdo de maternidad por subrogación.

### ***Legalidad de la maternidad subrogada mientras no sea onerosa***

En este modelo la maternidad por subrogación es aceptada siempre y cuando no tenga un beneficio económico y se realice con fines altruistas. Esto quiere decir que debe primar la no remuneración económica para la madre gestante; entonces, a los padres comitentes les corresponde los gastos médicos y todos aquellos que se generen como causa de la gestación (gastos hospitalarios, asesoramiento legal, psicológico, entre otros) o los derivados del tratamiento para poder entablar la concepción.

### **Enfoque diferencial de la mujer en Colombia**

El enfoque diferencial de género, en el proceso de regulación de la maternidad por subrogación en Colombia, debe implicar consideraciones específicas para las mujeres que desempeñen este proceso, empezando por establecer una autonomía reproductiva. Esto

implica generar conciencia respecto a educación sexual, para que las mujeres que decidan ser gestantes subrogadas lo hagan de manera consciente, informada y voluntaria, sin ningún tipo de coerción.

Recordemos que la autonomía de la voluntad guarda especial relación con la libertad que es un derecho fundamental y un valor esencial pues afirma Ronald Cárdenas Krenz (2014): “es parte constitutiva de nuestra propia existencia, tanto así que el ser humano no solo ‘tiene’ libertad, sino que es libertad” (p. 74). Consecuentemente con eso es posible afirmar que, al ser un ser libre, las mujeres desprenden esta libertad de la autonomía de la voluntad privada que conocemos, encasillada en el derecho privado cuando se habla de un negocio jurídico. Este es la vía mediante la cual se crean, extinguen y modifican relaciones jurídicas que hacen referencia al vínculo entre dos o más personas que genera derechos y deberes recíprocos y que se encuentran regulados por el ordenamiento jurídico.

La *voluntad* en este sentido se genera en dos direcciones: la primera relacionada con la relación contractual que surge entre la mujer gestante y los padres comitentes; y la segunda relacionada con los derechos humanos, sexuales y reproductivos que permiten que sea posible decidir sobre el propio cuerpo. Sumado a esto la autonomía de la voluntad también permite justificar el uso de técnicas de reproducción asistida en este caso la gestación subrogada.

La mujer que opte por ser gestante subrogada debe tener garantías laborales y de salud, que permitan un satisfactorio avance del embarazo y posteriormente el parto, dentro de estas garantías podemos encontrar la atención médica de calidad con su respectiva licencia por maternidad y mecanismos que permitan la no discriminación laboral. Ligado a esto se debe prevenir la explotación de la mujer en posibles contextos de violencia, ya sea económica o emocional, con razón de su condición como madre gestante; La regulación de esta práctica en unos años debe entonces ser estricta para evitar el tráfico de personas y asegurarse que la mujer gestante reciba una compensación económica justa y que sea equitativa al servicio que está prestando.

Por último, es elemental evaluar el entorno socioeconómico de las mujeres que optan por ser gestantes subrogadas, con el fin de evitar que la desigualdad económica y laboral afecte en la toma de esta decisión y, consecuentemente, garantizar el acceso a opciones reproductivas seguras y respetuosas con los derechos humanos.

## **Conclusiones**

Las técnicas de reproducción asistida, dentro de ellas la maternidad subrogada, presentan una serie de retos que deberán ser tratados al momento de su regulación en el país. La sociedad puede llegar a creer que se trata de una práctica prohibida o impura y, por tanto, la legislación no debe pronunciarse respecto al tema a menos que sea para prohibir la práctica. Con esta creencia se desconocen los derechos fundamentales de aquellas personas que desean ser padres y optan por hacerlo de una manera no natural, ya sea porque no les es posible o porque resulta para ellos más cómodo la maternidad por subrogación. Es entonces determinante que el derecho conecte con la realidad y los hechos de la vida social que permitirán una aplicación más acorde al contexto social, y se enlacen con los modelos del derecho; por ejemplo, el no permitir el turismo de este tipo de servicios, puesto que al no haber una regulación las agencias no tienen un ente de control que determine desde qué punto es maternidad por subrogación y cuándo puede pasar a una posible explotación o tráfico de vidas humanas.

Lo que se busca es tener garantías para todos. Entonces, el legislador deberá analizar los aspectos que engloban las obligaciones y la manera en la que ejecutamos estas, sin olvidar el aspecto social, los posibles riesgos y amenazas; a manera de resaltar que el fin último siempre es la maternidad y que todo el proceso se haga con garantías jurídicas y éticas. Así, el ser humano ha construido una percepción de la maternidad a lo largo de los años ya sea desde el ámbito espiritual, bíblico o con la felicidad en general. Como sociedad debemos empezar a entender que existen más maneras de ejercer esta maternidad y que no siempre ocurre con métodos naturales, continuando con el tema de la felicidad y su relación con la capacidad de paternar.

Consecuentemente, y gracias a los nuevos roles de género, el concepto de maternidad ha generado una transformación que logra ser percibida por el derecho, conectando estas ideas con las relaciones familiares que guardan especial protección constitucional, que no se reducen únicamente a la unión entre un hombre y una mujer. Este cambio ha permitido los actos de disposición con el cuerpo y la ayuda de la tecnología para poder ejercer la maternidad.

Para evitar vulneraciones, se debe tener en cuenta además del contexto social, la perspectiva bioética del cuerpo femenino y el contexto socioeconómico de la mujer que optó por ser gestante subrogada. Así, permitiendo que no se vulneren sus derechos y que la

relación contractual pueda estar estipulada, determinando los límites y alcances de la práctica, lo permitido y lo que no. El fin último de la regulación de la maternidad por subrogación no debe ser la prohibición de la práctica o su limitación a un sector específico de la sociedad, pues debe existir relación con la interseccionalidad; de esta manera, el legislador se asegura que la legislación sea equitativa frente a todos los actores.

Otro aspecto primordial es la revisión de los modelos internacionales que ya han regulado la práctica y han demostrado tener efectividad. De esta manera se puede realizar un bosquejo para determinar cuál es la más adecuada al contexto colombiano, con ayuda de una discusión social que involucre a diversos actores de la sociedad que puedan aportar al tema en cuestión; entonces, teniendo en primera medida a los colectivos feministas, profesionales de la salud, abogados y, por último, pero no menos importante, mujeres que ya hayan realizado esta práctica como madres gestantes, que puedan compartir su experiencia ya sea buena o mala para poder tener la certeza de que se generó un ambiente de garantías.

A modo de conclusión, la maternidad subrogada en Colombia presenta diversos retos que pueden ser afrontados una vez que la práctica deje de ser tan desconocida y estigmatizada por la sociedad. Siguiendo con la idea de que Colombia es un país profundamente garantista a pesar de tener una población en su mayoría católica, la maternidad por subrogación en algún momento será regulada dejando atrás el estigma de esta técnica de reproducción asistida, creando una visión más inclusiva de la familia.

## Referencias

- Cárdenas, R. (2014). Autonomía de la voluntad y reproducción asistida. *CONSENSUS*, 19(2), 72-90.
- Constitución Política de Colombia. Art. 13. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-355-2006, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, 10 de mayo de 2006.
- Davis, A. (1981). *Women, Race and Class*. Random House.
- Escobar, A. (1998). *La invención del Tercer Mundo: construcción y deconstrucción del desarrollo*. Editorial Norma.
- Grocio, H. (1925). *Del derecho de la guerra y de la paz* (Tomo I). Reus.
- Leonseguí, R. (1994). La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, (7), 317-338.
- Ley 1953 de 2018. Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva. 20 de febrero de 2019. D.O. No. 50873.
- Navés, F. (2017). *Técnicas reproductivas y cuerpo femenino: ¿Instrumentalización o deseo?* En *IX Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXIV Jornadas de Investigación XIII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.
- Santamaría, L. (2000). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos. *Cuadernos de Bioética*, 1.
- Urrea, F. (2012). El cuerpo de las mujeres gestantes: un diálogo entre la bioética y el género. *Revista Colombiana de Bioética*, 7(1), 97-110.