

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

**La gestación subrogada: una vulneración de los derechos humanos y libertades
fundamentales de la mujer en Colombia**

Leidy Vélez Alvarado

Edwin Posada Posada

Facultad de Derecho, Departamento de Derecho y Ciencias Políticas



Universidad de la Costa (CUC), Barranquilla, Colombia

2020

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Agradecimientos

Esta tesis se la dedico a mi hijo, a mi madre, a mi esposo y a toda mi familia que me apoya en todo momento. A mi padre que sé que habría dado lo mejor de sí, por mí; que, aunque no me acompañe físicamente, está conmigo cada día de la vida. Siempre daré lo mejor de mí para que todos se sientan orgullosos; hijo tú eres por quien quiero luchar cada día, este logro es uno más de los muchos que me faltan para seguir creciendo cada día, como mujer, persona, madre, esposa y amiga.

Gracias familia y amigos por apoyarme en este proceso de arduo trabajo.

Leidy Paola Vélez Alvarado

Son el cimiento, el soporte en mi vida, todos y cada uno de ustedes – mi familia, en especial mi esposa Irene G Lechuga Álvarez con su sabiduría y entrega y mis hijos Esteban y Salome quienes contribuyeron con su amor y sus travesuras a no dejarme desfallecer en los logros propuestos con este trabajo de grado. La vida siempre nos da oportunidades y hoy he recibido de ustedes aportes invaluable. Los amo.

Edwin Hermides Posada Posada

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

CAPÍTULO I.....	10
1.1.Planteamiento del problema.....	10
1.1.1. Pregunta problema.....	14
1.2. Objetivos.....	15
1.2.1. Objetivo general.....	15
1.2.2. Objetivos específicos.....	15
1.3. Justificación.....	16
1.4. Delimitación.....	18
1.4.1. Espacial.....	18
1.4.2. Temporal.....	18
1.4.3. Delimitación científica.....	18
1.4.3.1. Paradigma de la investigación.....	18
1.4.3.2. Método de investigación.....	18
1.4.3.3. Corte de la Investigación.....	19
1.5. Línea de investigación.....	20
1.5.1. Sublínea.....	20

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

CAPÍTULO II.....	21
2.1. Marco Teórico.....	21
2.1.1. Cuestiones preliminares.....	21
2.1.1.1. Concepto de gestación subrogada.....	21
2.1.1.2. Modalidad de la gestación subrogada.....	25
2.1.1.3. Causas relacionadas con la gestación subrogada.....	30
2.1.1.4. Consecuencias de la gestación subrogada.....	30
2.1.1.5. Mercado reproductivo.....	31
2.1.1.6. Aspectos éticos sobre la gestación subrogada.....	34
2.1.2. Antecedentes históricos y doctrinales internacionales de la gestación subrogada....	35
2.1.3. Carácter internacional de la gestación subrogada.....	38
2.1.3.1. Organización de las Naciones Unidas (ONU) Consejo de Derechos Humanos.....	38
2.1.3.2. Organización Mundial de la Salud (OMS).....	41
2.1.3.3. Conferencia de Derechos Internacional Privado de La Haya.....	42
2.1.3.4. Opiniones de las Asociaciones Internacionales a favor y en contra de la gestación subrogada.....	44
2.1.4. Marco Legal: Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.....	47
2.1.4.1. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	47

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

2.1.4.2. Convención Americana de Derechos Humanos.....	49
2.1.4.3. Tratados Internacionales y Regionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales.....	52
2.1.4.4. Constitución Política de Colombia.....	57
CAPÍTULO III.....	62
3.1. Análisis y resultados.....	62
3.1.1. Análisis de las iniciativas legislativas sobre la gestación subrogada en Colombia....	62
3.1.2. Análisis de la sentencia T-968 de la Corte Constitucional.....	68
3.1.3. Marco de regulación de la gestación subrogada: derecho comparado.....	72
3.1.4. Gestación Subrogada desde la Perspectiva Jurídica del Derecho Constitucional y Civil.....	80
3.1.5. Gestación Subrogada: Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Mujer Vulnerados.....	91
CAPÍTULO IV.....	98
4. Conclusiones.....	98
Referencias.....	104

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Índice de Siglas/Abreviaturas

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

C.C: Código Civil

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño

CEDAW: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

CIAMS: Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación por Sustitución

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIM: Comisión Internacional de Mujeres

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

C. Const: Corte Constitucional

DEVAW: Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer

DPEJ: Diccionario Panhispánico del Español Jurídico

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

OEA: Organización de los Estados Americanos

ODS: Objetivos de Desarrollo Sostenible

OMS: Organización Mundial de la Salud

ONU: Organización de las Naciones Unidas

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

RAE: Real Academia de la lengua española

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TRA: Técnicas de Reproducción Asistida

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Resumen

La gestación subrogada es una práctica por medio del cual una mujer gesta un bebé para otra persona u pareja con la finalidad de que esta última pueda ser madre y/o padre biológico. La gestación subrogada es una práctica cada vez más habitual en Colombia. Por ello, el objetivo principal de la presente investigación es analizar dicha práctica en el Estado colombiano. En el presente trabajo se empleó el paradigma socio-jurídico, el método hermenéutico y un corte de la investigación analítico. A partir del análisis se comprueba, en primer lugar, que en Colombia se propusieron tres proyectos de ley para regular la práctica de la gestación subrogada, pero ninguno tuvo el apoyo necesario; en segundo lugar, que existe una sentencia hito de la Corte Constitucional sobre la práctica de la gestación subrogada, estableciendo esta los requisitos en los que se podría dar dicha práctica; en tercer lugar, que de acuerdo con la Constitución Política de Colombia, la gestación subrogada supone la vulneración de ciertos derechos fundamentales y que de acuerdo con el derecho civil tampoco cumple lo estipulado en relación a los contratos; en cuarto lugar, que la gestación subrogada supone la vulneración de derechos humanos. Se concluye que el Estado de Colombia debería prohibir la práctica de la gestación subrogada dado que supone la vulneración de derechos fundamentales y humanos consagrados en convenios internacionales, así como establecidos en la Constitución.

Palabras clave: gestación subrogada, derechos humanos y libertades fundamentales; marcos de regulación; derecho constitucional; derecho civil; Colombia

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Abstract

Surrogacy is a practice by means of which a woman carries a baby for another person or partner so that the latter can be a mother and/or biological father. Surrogacy is an increasingly common practice in Colombia. Therefore, the main objective of this research is to analyze this practice in the Colombian State. In the present work, the socio-legal paradigm, the hermeneutical method, and a section of analytical research were used. From the analysis it is verified, firstly, that in Colombia three bills have been promulgated to regulate the practice of surrogacy, but none had the necessary support; secondly, that there is a landmark judgment of the Constitutional Court on the practice of surrogacy, establishing the requirements in which such practice could occur; thirdly, that according to the Political Constitution of Colombia, surrogacy implies the violation of certain fundamental rights and that, according to civil law, it does not comply with what is stipulated in relation to contracts; fourthly, that surrogacy implies the violation of human rights. It is concluded that the State of Colombia should prohibit the practice of surrogacy since it involves the violation of fundamental and human rights enshrined in international conventions, as well as established in the Constitution.

Keywords: surrogacy, human rights and fundamental freedoms; regulatory frameworks; constitutional right; civil law; Colombia

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Capítulo I

1.1 Planteamiento del Problema

Los desarrollos científicos acelerados en áreas como la genética y la biotecnología permiten cambios fundamentales en la forma en que los individuos se relacionan entre sí, por tanto, en respuesta a los fenómenos sociales el derecho representa el eje central para mantener la estabilidad social a través de la normativa que está inmersa de todo elemento social, cultural, económico y político, es así como el derecho llega a ser el instrumento que valida y legitima el cambio.

De los múltiples aspectos que pueden abordarse en este tema nos referiremos fundamentalmente a una cuestión que está provocando un debate jurídico y es sobre la gestación subrogada, también conocida como vientres de alquiler, úteros de alquiler, gestación por sustitución o maternidad subrogada es un aspecto de bioderecho y bioética complejo y polémico a nivel internacional y nacional, dado que tiene un fuerte impacto en diferentes esferas de la sociedad. El impacto de este fenómeno ocurre a nivel individual, biológico, psicológico, social, económico, cultural, ético y jurídico, entre otros.

Existen diferentes definiciones sobre el concepto de gestación subrogada, e incluso la conceptualización de este término supone un problema. En primer lugar, se puede hacer alusión, por una parte, a la definición de los dos términos que conforman dicho concepto de acuerdo con la Real Academia de la lengua española (RAE). En este sentido, de acuerdo con la RAE, gestar es definido como “Dicho de una hembra: llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto”. Subrogar es conceptualizado como “Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”. También es interesante señalar la definición que ofrece el

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (DPEJ), en la que la gestación subrogada es definida como “técnica reproductiva que utiliza un vientre de alquiler”. Por tanto, es necesario revisar el significado de vientre de alquiler en dicho diccionario, la definición es la siguiente: “mujer que, previo acuerdo o contrato, cede su capacidad gestante para que le sea implantado un embrión ajeno, engendrado mediante fecundación in vitro, y se compromete a entregar el nacido al término de su embarazo”.

Por otra parte, una de las definiciones que más apoyo ha recibido por la doctrina fue la realiza por Vela-Sánchez (2012) “el contrato de gestación por sustitución es un fenómeno social, por el cual una mujer mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para otra u otras personas con la finalidad de que estos puedan ser padres, biológicos o no”.

Asimismo, cabe destacar la definición expresada por la Corte Constitucional de Colombia, quien definió este aspecto como:

“el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso, mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este. En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. 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 (T-968 de 2009).

Tras la revisión de las diferentes definiciones expuestas se comprueba, por una parte, que la gestación subrogada es una práctica por medio de la cual la mujer gesta un bebé para otra

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

persona, por lo que no se trata de una técnica de reproducción asistida (Marrades, 2017). Por otra parte, se comprueba que existen varios aspectos que coinciden, estos son: pacto o contrato entre las partes, madre gestante y progenitor y/o progenitores legales y entrega del bebé tras el nacimiento. Por lo tanto, la gestación subrogada tiene implicaciones desde la perspectiva jurídica.

En Colombia la gestación subrogada es un fenómeno que ocurre y ejemplo de ello es que existen al menos 25 centros especializados para llevar a cabo esta práctica y que se encuentran ubicados en diferentes ciudades del país, según los datos que ofrece el informe *Global Reproductive Health* (International Federation of Fertility Societies, 2016). Sin embargo, a pesar de la existencia de estos centros y de llevar a cabo esta práctica, la gestación subrogada ha presentado un vacío en su regulación, es decir, no existe norma jurídica al respecto. No obstante, resulta fundamental mencionar el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre esta práctica.

La Corte Constitucional en su sentencia T-968 de 2009 reconoció como legítimo la práctica de la subrogación de vientres, no obstante, esta estaría limitada por aspectos de un contrato civil. Asimismo, se propusieron requisitos para la práctica de la gestación subrogada en Colombia. Los requisitos establecidos fueron los siguientes: que la madre biológica tiene que demostrar su incapacidad fisiológica para concebir, que la mujer gestante debe ser mayor de edad, debe tener hijos propios, debe ser evaluada para asegurar su aptitud física y mental, no puede aportar los gametos necesarios para el embarazo, así como el fin de la gestación no debe ser lucrativo.

Si bien la Corte Constitucional señaló que esta práctica debe producirse de manera altruista, en la realidad social no se cumple y es habitual pagar a la mujer gestante. En otras palabras, en Colombia es habitual la gestación subrogada con fines lucrativos, produciéndose por tanto un intercambio de dinero. De hecho, emplear el término “alquiler de vientre” supone que existe un

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

negocio lucrativo, puesto que alquilar, de acuerdo con la RAE, significa “ceder, o adquirir, temporalmente el uso [de algo] por un precio convenido’. Además, y en esta misma línea, investigaciones previas informan que con mayor frecuencia son las mujeres de escasos recursos económicos las que se ofrecen a ser madres gestantes (Palmero, 2018), y esto no es sorprendente dado que es el mercado liberal quien promueve este tipo de prácticas. Asimismo, la gestación subrogada supone una forma de explotación de la mujer y, además, el tráfico y/o comercio de bebés, pues estos son tratados como productos comerciales. Otros problemas derivados de la gestión subrogada es que esta en ocasiones se encuentra vinculada con redes de trata de personas y prostitución, también resulta fundamental señalar los graves problemas psicológicos que la gestación subrogada implica para la madre gestante. Además, durante la gestación pueden ocurrir complicaciones médicas, embarazos de alto riesgo y/o complicaciones durante el parto (Profesionales por la Ética, 2015).

Como se ha mencionado anteriormente en Colombia existe un vacío legal respecto a la gestación subrogada, más allá de la sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional. La falta de regularización de esta práctica conlleva que la maternidad subrogada pueda ocurrir con fines lucrativos, lo que supone una vulneración de los derechos humanos y libertades fundamentales de las mujeres, y asimismo supone una limitación para lograr uno de los objetivos de desarrollo sostenible, en particular el objetivo número cinco referido al logro de la igualdad de género (ODS, 2015).

1.1.1 Pregunta Problema

¿Por qué la gestación subrogada supone una vulneración de los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer?

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

1.2 Objetivos

1.2.1 Objetivo General

Analizar la práctica de la gestación subrogada en Colombia.

1.2.2 Objetivos Específicos

- Indicar los marcos de regulación de la gestación subrogada: derecho comparado.
- Identificar la maternidad subrogada desde la perspectiva jurídica del derecho Constitucional y Civil.
- Determinar los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer vulnerados a partir de la gestación subrogada.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

1.3 Justificación

1.3.1 Justificación social

En la actualidad el avance científico ha generado una gran cantidad de adelantos y tecnología que posibilita la fecundación, así como embarazos que mediante el método tradicional no se podrían lograr. Hoy día el método tradicional por medio del cual una mujer queda embarazada a partir de una relación sexual coital y que con los gametos de su pareja se queda embarazada y una vez transcurrida la gestación tiene lugar el nacimiento del bebé no es la única manera de tener hijos. Con el desarrollo y avance de la ciencia existen diferentes procedimientos y prácticas para que ocurra la maternidad. Se puede mencionar que el adelanto científico está más avanzado que la legislación y por este motivo existen vacíos normativos. Estos vacíos en la legislación facilitan la gestación subrogada con fines lucrativos (López y López, 2018). Por ello, se hace necesario esclarecer cómo el vacío jurídico por parte del estado colombiano facilita y conlleva al desarrollo de prácticas como la gestación subrogada que supone una vulneración de los derechos humanos y libertades fundamentales, sobre todo de las mujeres.

1.3.2 Justificación científica

Dado que Colombia es un estado social de derecho, el Estado debe brindar las garantías constitucionales para la protección de los derechos fundamentales. Por ello, el alcance científico de la presente investigación pretende aportar a la doctrina conocimiento jurídico respecto a la prohibición de la gestación subrogada, puesto que esta práctica vulnera los bienes jurídicos tutelados de las mujeres.

Además, no existen investigaciones previas en el Estado de Colombia sobre la vulneración de los derechos humanos de las mujeres debido a la gestación subrogada.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

1.3.3 Justificación institucional

La Universidad de la Costa tiene un firme compromiso por trabajar y lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS, 2015). El presente trabajo de investigación contribuye al logro de varios de estos objetivos: objetivo número tres “Salud y Bienestar”; objetivo número cuatro “Educación de Calidad”; objetivo número cinco “Igualdad de Género”; objetivo número diez “Reducción de las Desigualdades”; objetivo número dieciséis “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”. La presente investigación contribuirá al desarrollo de nueva información y conocimiento científico, aportando y facilitando el logro de una educación de calidad. Asimismo, al investigar sobre un tema como la gestación subrogada, práctica que la realizan las mujeres, se aportará para el logro de la igualdad de género y mejora de la salud y bienestar. Por otra parte, dado que la gestación subrogada con mayor frecuencia ocurre en países en vías de desarrollo y este tema merece un análisis jurídico, con el presente trabajo se aportará para facilitar la reducción de desigualdades y contribuirá al logro de la paz y justicia. Además, la presente investigación se basa en investigaciones previas institucionales (Bechara-Llanos, 2018; Silva-Hernández y Martínez-Prats, 2019; Solano-Bent, 2019; Trejos-Rosero, Badillo-Sarmiento y Irreño-Quijano, 2019).

Finalmente, esta investigación formará parte y contribuirá a la línea de investigación Neurociencia Cognitiva y Salud Mental y en particular a la sub-línea Relaciones Individuo-Estado, Democracia y Ciudadanía.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

1.4 Delimitación

1.4.1 Delimitación espacial

En cuanto a la delimitación espacial de la presente investigación se hace necesario señalar que esta se llevará a cabo en Colombia puesto que se identificará la maternidad subrogada desde la perspectiva jurídica del derecho Constitucional y Civil.

1.4.2 Delimitación temporal

Respecto a la delimitación temporal de la presente investigación se informa que se llevará a cabo en el período de tiempo comprendido entre los meses de septiembre a noviembre de 2020.

1.4.3 Delimitación científica

A continuación, en relación con la delimitación científica, se presenta el paradigma, método y corte del presente trabajo de investigación.

1.4.3.1 Paradigma de la investigación

El paradigma de la investigación será el socio-jurídico, puesto que desde este paradigma el objetivo es generar nuevo conocimiento sobre la sociedad y el quehacer de las instituciones con el fin último de poder incidir para transformar aquello que puede suponer un problema. Además, desde este paradigma lo que se procura es lograr el progreso social (Restrepo, 2016), y precisamente a partir de los objetivos planteados lo que se pretende es lograr una sociedad más justa y que proteja y garantice los derechos humanos y libertades fundamentales.

1.4.3.2 Método de investigación

En la presente investigación se empleará el método hermenéutico, ya que de acuerdo con los objetivos lo que se pretende es realizar un análisis e interpretar el derecho. El método hermenéutico se emplea para revelar contradicciones y/o deficiencias en las normas. De acuerdo con Rodríguez-Puerto (2010) el derecho no solo alude a un sistema de preceptos legales preparados

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

para la aplicación, sino que va más allá e implica una práctica social interpretativa, por lo cual este será el método empleado.

1.4.3.3 Corte de la investigación

En cuanto al corte de la investigación este será analítico (Odar, 2016), es decir, se realizará un análisis crítico ya que se llevará a cabo un análisis del marco normativo en cuanto a la regulación de la gestación subrogada, así como de los derechos humanos y libertades fundamentales vulnerados por la práctica de la gestación subrogada.

1.5 Línea de Investigación

- Neurociencia Cognitiva y Salud Mental

1.5.1 Sublínea

- Sub-línea: Relaciones Individuo-Estado, Democracia y Ciudadanía.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Capítulo II

2.1 Marco Teórico

A continuación, se presenta, un primer tema general denominado cuestiones preliminares sobre cuestiones generales relacionadas con la gestación subrogada, estos son: principales conceptos, modalidades, causas, consecuencias y mercado reproductivo. En segundo lugar, se informa de los antecedentes históricos y doctrinales a nivel internacional de la gestación subrogada. En tercer lugar, se presenta el carácter internacional sobre esta práctica y, por último, en cuarto lugar, se informa sobre los derechos humanos y libertades fundamentales, explicando qué son estos derechos, sus características, así como las principales declaraciones y tratados que los recogen a nivel internacional, regional, exponiendo por último la Constitución Política de Colombia, al tratarse de la carta magna que garantiza y protege los derechos fundamentales.

2.1.1 Cuestiones preliminares

En este primer gran apartado del marco teórico se expone información sobre el significado de acuerdo con diferentes autores, sobre las diferentes modalidades que existen en esta práctica, las principales causas y consecuencias de la gestación subrogada y, finalmente, sobre el mercado reproductivo también conocido como turismo reproductivo.

2.1.1.1 Concepto de gestación subrogada

En primer lugar, es necesario conceptualizar el término de gestación subrogada. Tal y como se planteó en el Capítulo I del presente trabajo, existen definiciones por parte de la Real Academia Española, tanto para el término gestación que proviene de gestar y a su vez gestar proviene del

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

latín *gestare* que hace referencia a “llevar”. En cuanto a la palabra subrogada, esta se deriva de subrogar que también proviene del latín *subrogare* y que significa “sustituir”. Asimismo, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (DPEJ) de la RAE también se ha pronunciado y ha incluido la definición de gestación subrogada, relacionándola directamente con el concepto de vientre de alquiler. El DPEJ al conceptualizar vientre de alquiler hace referencia al concepto de fecundación *in vitro*. Por tanto, y dado que no se mencionó anteriormente, la fecundación *in vitro* es:

“una técnica de reproducción asistida en la que se trata de conseguir que un espermatozoide fecunde el óvulo fuera del cuerpo de la mujer, en un laboratorio, y, una vez logrado el o los embriones, el médico o técnico los transfiere directamente al útero para tratar de obtener un embarazo” (DPEJ).

En segundo lugar, es esencial revisar el concepto de gestación subrogada en documentos doctrinales, jurisprudenciales, tanto a nivel global como nacional. Por ello, a continuación, se realiza un breve recorrido histórico sobre las definiciones realizadas sobre la gestación subrogada.

Un autor relevante es Coleman (1982) quién expresó que la gestación subrogada es:

“una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar al niño y darlo a luz o procrearlo. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina con todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada lo adopte” (p. 75).

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Otra definición fue la realizada por Mosquera (1997) quien explicó que la gestación subrogada es:

“un fenómeno que consiste en que una mujer es contratada para que sea inseminada con el semen del marido de una mujer infértil o con el de un cedente y procrear de esa forma un hijo. Al nacer este lo entrega al matrimonio que la contrató, cediendo la custodia del menor a favor del padre y renunciando a sus derechos maternofiliales para que el niño pueda ser adoptado por la pareja del padre” (p. 49).

Posteriormente, Peralta-Andía (2004) definió la gestación subrogada como “el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto” (p. 372). En la literatura también sobresale la definición que se realizó en el informe Warnok en Reino Unido, en este informe se expresó que es la “práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”. Otra definición que destaca es la realizada por Vela-Sánchez (2013), expuesta anteriormente, y que fundamentalmente resalta que la gestación subrogada es un contrato, en el cual se puede especificar si existe contraprestación o no. Posterior a Vela-Sánchez (2013), la autora Bayarri (2015) definió la gestación subrogada como:

“el acuerdo de voluntades en virtud del que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquella o a aquellos/as el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado” (p. 1).

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Por otra parte, respecto a la conceptualización de la gestación subrogada en sentencias y/o en un ámbito más jurídico, se pueden destacar varias, una de ellas expresada por la Corte Constitucional de Colombia y expuesta en el Capítulo I del presente trabajo. Otra de ellas, fue la realizada por Tribunales de España en la que se expresó lo siguiente:

“consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 826/2011, de 23 de noviembre de 2011).

Tras la revisión conceptual de la gestación subrogada se hace necesario destacar varios aspectos. Por una parte, la gestación subrogada se trata de una práctica que consiste en la gestación de un feto y por tanto no se trata de una técnica de reproducción asistida, puesto que la técnica que se emplea de reproducción asistida es la fecundación *in vitro*. Por otra parte, la definición ofrecida por Coleman (1982) se trata de una conceptualización antigua y que no representa la realidad social actual, por ejemplo, en esta definición se asume que la gestación subrogada solo será para parejas heterosexuales. Además, también es necesario resaltar que las diferentes definiciones aluden a la existencia de un contrato entre las partes, aspecto relacionado directamente con el ámbito jurídico-legal. Por último, se puede concluir por tanto que la gestación subrogada consiste en un contrato y/o acuerdo entre diferentes partes, en la que la mujer gestante se encargará de “llevar” gestar el bebé durante el embarazo y que al término de este entregará al recién nacido a la madre/padres

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

biológicos (mujer, hombre, pareja de hecho, pareja matrimonial, heterosexual u homosexual) y, por tanto, la mujer gestante renunciará de sus derechos maternofiliales.

2.1.1.2 Modalidades de gestación subrogada

Existen diferentes tipos o modalidades de gestación subrogada. Se entiende, por una parte, que el tipo varía de acuerdo con la procedencia de los óvulos y, por otra parte, a la compensación que puede o no recibir la mujer gestante.

Al hablar de la procedencia de los óvulos esta fundamentalmente alude a la forma tradicional o la gestacional, también conocida como parcial o completa.

A la forma tradicional también se le conoce como parcial. En este caso la madre gestante también es la madre biológica, es decir, genética del embrión. A esta modalidad se le conoce como de “baja tecnología” dado que es la mujer gestante la que también proporciona su óvulo y, por ello, no es necesario el empleo de la fecundación *in vitro*, sino se podría emplear una técnica de reproducción asistida como la inseminación artificial. En este caso, el semen podría ser del futuro padre o bien de un donante. Esta modalidad, donde la mujer gestante aporta no solo su vientre, sino también su óvulo es cada vez menos frecuente (Brasch y Álvarez, 2019).

A la modalidad gestacional también se le conoce como subrogación total y se necesita de la “alta tecnología”. En este caso, la mujer gestante solo lleva a cabo el proceso de la gestación, pero no aporta sus óvulos. Es decir, la mujer gestante no tiene ninguna relación genética con el feto. Por tanto, para poder llevar a cabo esta modalidad de gestación subrogada será necesario fecundar el óvulo mediante la fecundación *in vitro* o bien mediante la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, que es en realidad un proceso de fecundación *in vitro*, que consiste en colocar

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

el espermatozoide en el interior del óvulo con el propósito de que la fecundación ocurra. Una vez obtenido el embrión, este será transferido a la mujer gestante. Esta modalidad, en comparación con la tradicional, es la más frecuente en la actualidad (Brasch y Álvarez, 2019).

Respecto a las modalidades en relación con la aportación de material genético o no también destacan varias. Una de ellas, es cuando la pareja (heterosexual) aporta tanto el óvulo como el espermatozoide. Otra modalidad es cuando la madre genética aporta su óvulo, pero este es fecundado por una persona diferente a su pareja. También existe la posibilidad que la mujer gestante sea la madre biológica, como se mencionó anteriormente, y que el esperma pertenezca al padre intencional o bien a un donante. Por último, es posible que tanto el óvulo como el esperma sean de personas donantes y que por tanto el material genético no coincida con los padres intencionales, ni con la mujer gestante (Angulo, 2016).

Por otra parte, al hablar de la compensación se hace referencia a la gestación subrogada que se realiza de manera altruista o bien a la gestación subrogada que se realizada de manera comercial.

En la gestación altruista, la mujer gestante no recibe compensación económica alguna por llevar a cabo la gestación y parto del bebé. En este caso, la mujer gestante solo recibe los gastos económicos derivados del propio embarazo. Es decir, los padres intencionales deberán hacerse cargo de los gastos derivados del embarazo, como, por ejemplo: atención médica, suplementos alimenticios, fármacos específicos, ropa premamá, etc. Así como también los gastos derivados por la celebración del contrato. Este tipo de modalidad no es frecuente y si ocurre normalmente se da en el ambiente o contexto intrafamiliar. Es decir, la gestación subrogada de manera altruista puede

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

ocurrir cuando la mujer gestante se ofrece para llevar el embarazo de alguien muy cercano a su círculo social y/o familiar (Brasch y Álvarez, 2019).

Considerar la gestación subrogada desde el modo altruista también tiene implicaciones relacionadas con la ética. La RAE define altruismo como “diligencia en procurar el bien ajeno aun a costa del propio”. Por tanto, el altruismo significa ayudar a otros de manera desinteresada.

Sin embargo, hay asociaciones, así como autores que señalan que la gestación subrogada con la modalidad “altruista” supone una estrategia de mercado con el objetivo de considerar esta práctica 2.1. e incluso humanitaria. Sin embargo, y aunque exista el altruismo en la gestación subrogada también implica una cosificación en el cuerpo de la mujer gestante, ya que la mujer gestante es considerada como un recipiente y por tanto se convierte en objeto portador del deseo de otros (Aznar y Tudela, 2018). Además, tal y como se informó anteriormente, nunca existe la gratuidad, puesto que al menos los padres intencionales deben hacerse cargo de los gastos derivados de la gestación. De acuerdo con Ekis (2016), parece ser que si existe una menor compensación económica es una práctica más altruista y por tanto existe menos explotación. Sin embargo, esto también podría ser visto como algo totalmente incongruente, puesto que podría precisamente indicar mayor explotación (Ekis, 2016). En este mismo sentido, resulta interesante informar de lo que exponía Ruiz-Calderon (2017), quien mencionaba como la gestación subrogada altruista está relacionada con el sistema capitalista y el patriarcado:

“en realidad, en la subrogación altruista la mujer es subsidiaria del mismo proceso que en la subrogación comercial. Exige a una mujer gestar a un niño durante nueve meses y luego

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

donarlo. Tiene que cambiar su comportamiento y exponerse a la infertilidad, además de una serie de problemas relacionados con el embarazo e incluso la muerte. Es utilizada como un recipiente, aunque se le diga que es un ángel. Lo único que obtiene es el halo del altruismo, lo que es pagarle muy poco por el esfuerzo, lo que sólo puede resultar atrayente en una sociedad donde las mujeres son valoradas por lo mucho que se sacrifican y no por lo que obtienen” (p. 226).

En esta misma línea, Tamaro (2017), mencionaba que la gestación subrogada de manera altruista es en realidad una manera de esclavitud y que además se envuelve por la palabra “amor”. Asimismo, señala que se trata de una práctica capitalista sin alma y que se relaciona con la sociedad consumista, ya que la mujer gestante es un instrumento, al igual que el bebé y que ambos son “objetos” que sucumben a los deseos de unos consumidores.

Por último, se insiste que este tipo de modalidad es muy poco frecuente y sobre todo en la actualidad (Weathers, Radojevic y Mahan, 2013) y, además, no se conocen mujeres gestantes de clase económica alta que realicen la gestación subrogada de manera altruista (Aréchaga, 2017). De hecho, hay autores que rechazan esta modalidad ya que así se podría legalizar esta práctica, pero en realidad sería una práctica encubierta de la maternidad subrogada comercial, ya que la mujer gestante seguiría siendo cosificada y expuesta a la vulnerabilidad y posibles consecuencias negativas derivadas de la gestación (Aznar y Tudela, 2018).

En la gestación subrogada comercial, a diferencia de la gestación subrogada altruista, la mujer gestante recibe compensación económica y no solo los gastos derivados del embarazo. De hecho, se suele emplear el término compensación en lugar de salario o remuneración, porque no

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

se trataría de un salario, al no considerarse un empleo. Además, normalmente en los países en los que esta práctica está regulada y permitida, la compensación económica suele estar limitada por ley. La finalidad de limitar la compensación económica es evitar en la medida de lo posible que esta práctica sea reconocida como una comercialización del cuerpo de la mujer (Brasch y Álvarez, 2019).

Sin embargo, la gestación subrogada supone los mismos problemas que la gestación altruista, pues se comercializa con el cuerpo de la mujer, por tanto, la mujer es cosificada y además, aunque se hable de compensación económica en lugar de salario, eso no aleja que esta práctica tenga relación con el sistema capitalista (Aznar y Tudela, 2018).

En definitiva, existe la gestación parcial que habitualmente es más económica y la gestación total que suele ser más costosa, debido a que la primera se necesitan técnicas de baja tecnología, mientras que en la gestación subrogada total son necesarias técnicas de alta tecnología. Asimismo, existe la gestación subrogada altruista y la comercial, siendo la principal diferencia entre ambas, que una de ellas se realizaría sin recibir compensación económica, excepto los gastos derivados de la gestación, mientras que en la comercial existe una compensación económica que va más allá de los gastos derivados del embarazo.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

2.1.1.3 Causas relacionadas con la gestación subrogada

Es importante exponer cuales son las principales causas de la gestación subrogada. Las causas pueden ser variadas, pero en general se establecen dos grandes etiquetas, las pertenecientes a causas médicas y las causas no médicas.

Las causas médicas son las siguientes: cuando la mujer no tiene útero, ya sea de tipo congénito, como ocurre cuando existe el Síndrome de Rokitansky o bien de tipo adquirido, como ocurre cuando se le practica a la mujer la histerectomía; cuando el útero es afuncional, debido por ejemplo a la miomatosis o atrofia endometrial; cuando el útero es funcional, pero con historia de fracasos reproductivos o bien existe la contraindicación de la gestación debido por ejemplo a una patología inmunológica, oncológica, cardíaca, etc. (Artigues, 2017).

Las causas no médicas son las siguientes: cuando no existe útero en la pareja, como por ejemplo entre las parejas homosexuales formadas por hombres; cuando existen otras razones por ejemplo sociales o personales, relativas a problemas o limitaciones laborales, o prejuicios estéticos (Artigues, 2017).

2.1.1.4 Consecuencias de la gestación subrogada

Si bien existen causas médicas y no médicas que se relacionan con la práctica de la gestación subrogada, también resulta fundamental señalar las posibles consecuencias médicas producidas por la gestación subrogada.

Durante el embarazo se pueden producir diferentes complicaciones, como por ejemplo la eclampsia o la diabetes gestacional. Otros problemas médicos relacionados con el embarazo son

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

el aborto o el embarazo ectópico. También es posible que ocurran alteraciones genéticas, así como complicaciones que pueden ser consideradas de riesgo tanto para la salud de la mujer gestante como del feto. Además, pueden ocurrir dificultades relacionadas con los controles durante el embarazo, como por ejemplo durante la realización de la amniocentesis y complicaciones obstétricas múltiples, así como el embarazo múltiple. Asimismo, pueden producirse complicaciones durante el parto llegando incluso a producir la muerte de la mujer gestante o del feto y consecuencias negativas después del parto como por ejemplo tromboembolismo o mayor riesgo para padecer hipertensión (Artigues, 2017; Fahlén y Aström, 2013). Las mujeres gestantes también pueden sufrir problemas y/o trastornos de salud mental. Por ejemplo, depresión, ansiedad, depresión postparto, trastornos de la adaptación, ideación suicida y/o intentos suicidas (Aznar y Tudela, 2018)

En resumen, la gestación subrogada tiene riesgos y posibles consecuencias negativas para la mujer gestante, relacionadas estas consecuencias tanto con la salud física como con la salud psicológica y, en definitiva, pudiendo ser el embarazo una causa de la disminución de la salud, bienestar, e incluso de la vida (Caparros-González, Romero-González y Peralta-Ramirez, 2018; Santarrelli, 2019).

2.1.1.5 Mercado reproductivo

El derecho es la normalización de las conductas. Es decir, una conducta legítima o legalizada es una conducta que se vuelve normal tanto en la esfera pública o en la sociedad (Ollero, 2006). Así pues, la legalización de la gestación subrogada en algunos ordenamientos como Rusia, Ucrania e India entre otros, abre las posibilidades a las personas (parejas) de satisfacer sus necesidades humanas y poner fin a los problemas de infertilidad en algunos casos, pues no todas

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

las personas que recurren a la práctica de la gestación subrogada lo hacen por problemas de infertilidad. Así pues, los principales efectos de la globalización de la asistencia sanitaria llamado turismo médico o turismo reproductivo (Cohen, 2014).

El mercado reproductivo también es conocido ampliamente como turismo reproductivo. El término de “turismo reproductivo” también es nombrado turismo de fertilidad, se refiere al desplazamiento de un individuo o pareja a un ordenamiento donde se permite los acuerdos gratuitos u onerosos de la gestación subrogada, donde el producto final es un niño al que podrá inscribir como suyo (Cohen, 2011) y esto representa un fenómeno social-legal. Las prácticas de la gestación subrogada se convierten en prácticas relacionadas con la mercancía y al servicio de la economía capitalista. Si bien, esta práctica que busca solucionar problemas de infertilidad, pues sería su objetivo principal, resulta desviarse y convertirse en un bien del mercado donde se puede comprar un niño y alquilar un útero, es decir, que los deseos humanos se convierten en objetivos del consumo.

Las causas relacionadas con el desplazamiento con fines de turismo de fertilidad se deben a la prohibición de esta práctica en los países de origen de los individuos que tienen el deseo de ser padres y el bajo costo de esta práctica en algunos países. Ejemplo de ello es el caso de la India que, incluso ha llegado a convertirse en país líder de vientres de alquiler, debido a un menor coste que en el resto de los países donde se permite (González, 2016). Así pues, esta situación conlleva a que muchas personas se desplacen a los países donde el marco jurídico es más flexible o se regula esta práctica. Sin embargo, este fenómeno social desencadena situaciones relacionadas con la inscripción de nacimiento de los menores nacidos en aquellos países donde se prohíbe esta práctica, de madres gestantes que, mediante un contrato de gestación por sustitución, renunciaban

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

a la filiación materna (nacimientos transfronterizos). Pese a la prohibición legal de la gestación subrogada, los organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) mediante actuaciones judiciales contemplan el interés superior del menor y resuelven dar lugar por la oficina Consular o diplomática a la inscripción de los nacidos mediante gestación subrogada. Es decir, que resulta imperativa la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente a tal efecto en el país en que se haya producido el nacimiento.

Resulta preocupante la situación de la gestación subrogada en cuanto al “turismo reproductor” en los países donde se permite puesto que: aumenta el desplazamiento de individuos con capacidad económica para alquilar un vientre, aumenta el riesgo de explotación del cuerpo de la mujer, el turismo reproductor abre la idea de que el cuerpo humano es un objeto del mercado, se vulneran los derechos humanos y libertades fundamentales de la gestante, asimismo se instrumentalizan los niños como un objeto, y se pueden producir riesgos en el embarazo que pueden conllevar a la muerte de la mujer, entre otros.

Otra preocupación respecto al turismo reproductivo es en torno al mercado del niño que se define en el comercio como *baby business* (negocio de niños). Spar (2006) asegura que el negocio que se mueve en la industria, que es multimillonaria de la infertilidad, no es otra cosa que la mercantilización de los niños como objetos de mercado.

Según la ONG *International Social Security*, se estima que cada año nacen en todo el mundo al menos 20.000 niños por la práctica de la gestación subrogada, aunque es un cálculo aproximado por referirse a una práctica ilegal, donde en muchos ordenamientos se prohíbe y pone de manifiesto que, al tratarse de una cifra aproximada, esta práctica supera las cifras de la adopción

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

de niños. La subrogación tiene una importante trascendencia económica que se lleva potencializando en los últimos años y convirtiéndose en una industria que genera cifras cuantiosas de dinero, aprovechándose de la mujer en situaciones de vulnerabilidad (Spar, 2005). Aunque las empresas de maternidad subrogada distorsionen las implicaciones éticas y jurídicas del proceso en particular negando en su totalidad la explotación del cuerpo de la mujer (López, 2017).

Es menester mencionar que la gestación subrogada es una consecuencia relacionada con el uso de la biotecnología en el proceso de reproducción humana que adopta características comerciales que atentan contra derechos personalísimos. El principal argumento en contra del turismo reproductor de la subrogación es la mercantilización de la mujer gestante. Según Miyares (2015) el cuerpo de la mujer no puede ser objeto de un acuerdo altruista ni comercial en relación con la gestación subrogada porque no es posible evitar la mercantilización del útero de la mujer, asimismo como se ha mencionado anteriormente en el apartador referido a las modalidades de la gestación subrogada.

2.1.1.6. Aspectos éticos sobre la gestación subrogada

Por otra parte, se debe tener en cuenta el acto de libre disposición del cuerpo humano que representa un derecho que tienen las personas sobre su cuerpo. Por tanto, la libertad está consagrada como derecho fundamental y es así como la libertad promueve la autonomía de la persona. Los defensores de la gestación subrogada argumentan su posición favorable en cuanto al principio de la autonomía y libre elección de la mujer para gestar o prestar su cuerpo a cambio de dinero. Sin embargo, legitimar esta práctica bajo este argumento condiciona la autonomía de la mujer al tratarse en un desequilibrio por las necesidades de supervivencia y las imposiciones patriarcales que son las que invalidan la auténtica autonomía de la mujer para prestar su vientre. Es decir que

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

bajo esta premisa no se podría hablar de una autonomía puesto que la libre disposición del cuerpo está condicionada y limitada atendiendo a los principios y derechos fundamentales de la Constitución, donde se establece que se debe garantizar la integridad, la dignidad y la salud del individuo para así respetar el orden social (Gallego, 2005).

El principio de la dignidad humana y de autonomía como principio constitucional no pueden ser arbitrarias e irracionales atendiendo a las necesidades del ser humano puesto que subyace cuestiones de vulnerabilidad acerca del cuerpo de la mujer y del niño, el cuerpo no se puede tratar como un producto mercantilizado al servicio de la economía capitalista. La gestación subrogada es éticamente inadmisibles porque promueve la explotación de las mujeres en situación de vulnerabilidad puesto que la mayoría de las mujeres que se someten a esta práctica son pobres, por tanto, esta situación invalida la gestación subrogada puesto que vulnera derechos inherentes de la persona como señala López (2017).

2.1.2 Antecedentes históricos y doctrinales internacionales de la gestación subrogada

En este apartado se realizará una exposición por orden cronológico de los antecedentes más antiguos sobre la gestación subrogada.

Probablemente el primer caso conocido de gestación subrogada corresponde con la época Mesopotamia. Dicha época tuvo lugar durante los siglos IV y III antes de Cristo y fue en el año 1948 cuando se encontraron unas tablillas en un yacimiento en Turquía. Una de las 25000 tablillas encontradas y, tras el análisis por parte de los investigadores, se concluyó que esta aludía a un contrato de matrimonio. En el contrato al parecer se estipulaba que el esposo tenía la opción de recurrir a una prostituta sagrada o a una esclava en el caso de que su esposa no pudiera gestar y

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

concebir. El recién nacido se convertiría en legítimo heredero, mientras que la mujer gestante recibiría bien, una gran donación (en el caso de que fuese una prostituta) o la libertad (en el caso de que fuese una esclava).

También, antes de Cristo hay otros registros a nivel jurídico. En el Código de Hammurabi (1750 a. C.) se expresaban leyes en el caso de infertilidad de mujeres que contraían matrimonio. Estas leyes expresaban que se podía recurrir a una mujer esclava con fines reproductivos y además que en el caso de que la mujer esclava hubiese tenido hijos con el esposo, esta no podría ser vendida (Álvarez, 2017).

Después de Cristo, una de las primeras referencias a la gestación subrogada es la que se encuentra en el Primer Testamento de la Biblia. Y es que en dicho testamento se narra una historia de infertilidad y un posible caso de maternidad subrogada: Saray, la esposa de Abram no podía tener hijos y ella misma le dijo a Abram que mantuviera relaciones con su esclava Agar y que quizás así podía tener hijos. Abram dejó embarazada a su esclava Agar, el hijo nacido fue llamado Ismael (Génesis 16:1-16; Brancher 1995).

Más recientemente, tras el desarrollo de la fecundación *in vitro*, cabe señalar el considerado como el primer programa de gestación subrogada, el cual tuvo lugar en Estados Unidos. Hace 40 años, en el año 1980 tuvo lugar la firma del primer contrato de gestación subrogada comercial por medio del cual la madre gestante recibió 10000 dólares. Cinco años más tarde, en 1985 fue la primera vez que se hizo la transferencia de un embrión creado mediante la fecundación *in vitro* al útero de una mujer.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Un año posterior, en 1986, se dio un caso de gestación subrogada y la intervención por parte de la justicia. En este caso, denominado Baby M, la sentencia dictaminó que la madre gestante no podía quedarse con el recién nacido (Baby M, 1988). Más tarde, en el año 1995 tuvo lugar el caso Buzzanca contra Buzzanca. En este caso, la sentencia dictaminó la responsabilidad legal de los padres desde el inicio de la firma del contrato por gestación subrogada. En este caso, los señores Buzzanca (quienes contrajeron matrimonio) decidieron divorciarse un mes antes de que naciera su hija, el padre pretendía no tener responsabilidad sobre la nacida y lo hizo mencionando que los gametos eran de donantes. Sin embargo, se sentenció que él tenía responsabilidad desde el momento en el que firmó el contrato con la intención de ser padre (Buzzanca vs Buzzanca, 1998).

En el continente europeo, y a nivel jurídico-legal, también existen varias sentencias relevantes que forman parte de los antecedentes sobre la gestación subrogada.

En Francia destaca el caso Mennesson. En este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su sentencia condenó al Estado francés dado que este se negó a transcribir el certificado de nacimiento y el Tribunal consideró que se habían vulnerado los derechos del menor. En este caso, la pareja Mennesson recurrió a la gestación subrogada en California, lugar donde nacieron sus hijas, no obstante, Francia les había negado la filiación de sus hijas, hecho por el que condenaron al Estado galo (Mennesson vs France, 2014)

Otro caso sonado, fue el ocurrido en Italia. En este caso, el Tribunal de menores retiró la custodia del niño a sus padres ya que los padres no tenían relación genética con el menor. El TEDH en una primera sentencia reconocía a los padres del menor como legítimos, sin embargo,

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

finalmente, y dado que Italia recurrió esta primera sentencia, el Tribunal europeo concluyó de acuerdo con el Estado italiano y, por tanto, en perjuicio del matrimonio (Paradiso y Campanelli, 2015).

A nivel regional, en América, destaca el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Este Tribunal en su sentencia expresó que el Estado de Costa Rica realizó una interferencia discriminatoria y que violó así la Convención Americana de Derechos Humanos, al prohibir la práctica de la fecundación *in vitro* a una pareja (Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in Vitro") vs. Costa Rica).

2.1.3 El carácter internacional de la gestación subrogada

La maternidad subrogada es un tema que genera polémica en los ámbitos morales, éticos, religiosos, jurídicos y políticos, tanto es así que las organizaciones internacionales comienzan a incluir este asunto en sus agendas. En los últimos años el debate en relación con ella es primer plano de la esfera pública y privada del Derecho Internacional, teniendo en cuenta el creciente número de personas que se acogen a esta vía para poder formar una familia y la facilidad para celebrar un contrato de maternidad subrogada en los estados que le otorgan efectos jurídicos (Bellot, 2018; Caravaca y González, 2015). Es un asunto complejo entre la bioética y bio derecho, por lo que en la actualidad no hay un consenso claro si se debe regular o prohibir la práctica de la gestación subrogada. A continuación, se expondrán posiciones de los órganos y asociaciones internacionales como las Naciones Unidas, Organización Mundial de la Salud (OMS) Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, Asociación Española de Bioética, Comité de Bioética de España entre otras.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

2.1.3.1 Organización de las Naciones Unidas (ONU) Consejo de Derechos Humanos

De acuerdo con la resolución 7/13 del Consejo de Derechos Humanos (Asamblea de Naciones Unidas, 2018), en marzo de 2018 la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluida la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y otros materiales de abuso sexual infantil presentó el informe temático sobre la subrogación y la venta de niños (A/HRC/37/60). En el informe se examinó la cuestión de la maternidad subrogada únicamente desde la perspectiva de los derechos del niño y en lo que se refiere a la venta de niños (Marrama, 2019).

En el nuevo informe de derechos humanos se ha evaluado la situación de la gestación subrogada y se proponen soluciones ante el crecimiento de esta práctica de reproducción que trae repercusiones negativas. Según el informe presentado ante el Consejo de derecho humanos por Maud de Boer-Buquicchio se advierte que la gestación subrogada si no se regula eficazmente, perjudica los derechos de la gestante y de los que están por nacer (Asamblea de Naciones Unidas, 2018). Además, desde el punto de vista jurídico existen diferentes posturas en cuanto a la legislación entre los diferentes países incluso en ocasiones dentro de los mismos países, como por ejemplo es el caso de EEUU.

Ante la inexistencia de una regularización surgen diferentes problemas, como es el caso de la modalidad comercial no regulada. La gestación subrogada pasa a ser un negocio, los servicios de gestación varían de acuerdo con la demanda e incluso la filiación llega a ser un contrato. Otros problemas son los relacionados con las garantías sanitarias, jurídicas, económicas y sociales. También, otro problema es que habitualmente esta práctica ocurre con mayor frecuencia en países

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

subdesarrollados o en vías de desarrollo, por tanto, hace más vulnerables a las personas más pobres y es un fiel reflejo de los desequilibrios de poder producidos por el sistema capitalista. La falta de regularización supone un problema, pero también supone problemas de diversa índole a pesar de existir regulación al respecto. Quizás, la principal controversia se relaciona con las clínicas que han sido consideradas como “criaderos de bebés” y tal y como se señala en el informe de las Naciones Unidas, anteriormente referido, existen clínicas que han sido denunciadas por pertenecer a redes de venta de bebés recién nacidos y, por tanto, vulnerando así los derechos fundamentales de la madre y del nacido (Asamblea de Naciones Unidas, 2018).

Otro de los aspectos presentados en el informe temático es la indivisibilidad de los derechos humanos dado que la subrogación implica la dificultad del goce de los derechos humanos de los individuos interesados y en particular de las mujeres gestantes. La relatora, hace un llamado a los Estados a salvaguardar estos derechos. Asimismo, establece que tratar a un niño como un objeto de tráfico mercantil, supone un claro atentado contra la dignidad del menor. Las normas que guían al relator especial en el contexto de la maternidad subrogada son las siguientes:

1. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) Art. 35 el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo) “establece que los Estados parte deberán tomar las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.
2. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía el art. 1 establece

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

que “Los Estados Parte prohibirán la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantiles, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo”.

3. La convención sobre los derechos del niño (CDN) Derechos de identidad, acceso a los orígenes personales y al entorno familiar los artículos 7, 8, 9,10 y 20.

Asimismo, en el informe (Asamblea de Naciones Unidas, 2018) se hace referencia al rol comercial de la práctica de la gestación subrogada:

“la gestación por sustitución, en particular la de carácter comercial, suele comportar prácticas abusivas. Además, supone un cuestionamiento directo de la legitimidad de las normas de derechos humanos en la medida en que algunos de los regímenes jurídicos vigentes en la materia pretenden legalizar prácticas que violan la prohibición internacional de la venta de niños, así como otras normas de derechos humanos”. (p. 7).

2.1.3.2 Organización Mundial de la Salud

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) son:

“todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. TRA no incluye

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante” (2010, p.10).

Asimismo, en el glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida del año 2010 (TRA) de la Organización Mundial de la Salud define la gestación subrogada como una técnica de reproducción asistida con participación de terceros., “mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros” (OMS, 2010, p.7).

2.1.3.3 Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya

La conferencia de la Haya viene trabajando sobre la gestación subrogada al considerarlo como un tema prioritario en su agenda por los problemas relativos a la filiación de los hijos habidos mediante gestación subrogada internacional. La organización intergubernamental de carácter mundial considera importante crear un convenio multilateral entre estados para evitar las controversias de la gestación subrogada.

Tal y como señala el Estatuto de la Conferencia de la Haya de derecho internacional privado el art. 1 alude al objetivo de “trabajar por la unificación progresiva de las normas de Derecho Internacional Privado” (La Haya, 1955). Desde el año 2010 la conferencia de la Haya en las sesiones periódicas viene realizando trabajos sobre la gestación subrogada, esta cuestión forma parte de los proyectos legislativos de la conferencia en relación en materia de filiación como consecuencia de un contrato de gestación subrogada transfronteriza y así como las garantías de los derechos de las partes intervinientes (La Haya, 2010). Así pues, la conferencia de la Haya reconoce las complejas situaciones de Derecho Internacional Privado y examina que la subrogación es un

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

negocio global que surge como consecuencia de los diferentes modelos adoptados por los diferentes países.

De acuerdo con la Comisión Especial sobre el Funcionamiento práctico Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 en relación con la protección del niño y en materia de adopción internacional, se observó un aumento de la práctica de la gestación subrogada a nivel internacional (La Haya, 1993). La Haya manifestó preocupación sobre la situación jurídica de los bebés nacidos con esta práctica y expresó que no se debía aplicar el Convenio de la Haya, sino que por el contrario se debía trabajar para desarrollar un futuro convenio.

En febrero de 2016 el grupo de expertos presentó el informe sobre la gestación subrogada donde se señala que por la complejidad del tema no se ha podido obtener una conclusión definitiva (La Haya, 2016). Es así, que la conferencia de la Haya pone de manifiesto continuar con el trabajo y hace énfasis en la necesidad del reconocimiento entre Estados de los actos públicos extranjeros y de resoluciones judiciales de parentesco. Así pues, la Haya supone un paso adelante, aunque sus conclusiones no sean aplicadas a los procesos de gestación subrogada en todos los países en los que se encuentra regulada. No obstante, la Haya le preocupa la situación en especial la vulnerabilidad de los niños, las madres subrogadas y los padres de intención.

Por tanto, este organismo trabaja en la creación de un convenio multilateral para construir puentes sobre el reconocimiento de la filiación de los nacidos en caso de maternidad subrogada transfronteriza y se facilite la cooperación internacional entre Estados. Ante el limbo jurídico internacional La Haya prepara un convenio específico para regular los contratos de gestación subrogada. Sin embargo, la posición de la Haya sitúa un descontento entre varias asociaciones

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

internacionales, según Ana-Luana Stoicea Deram, la Haya pretende que los Estados integrantes que son más 85 países acaben apoyando la explotación reproductiva haciendo creer la protección de los derechos de los niños (Coronado, 2020).

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

2.1.3.4 Opiniones de las Asociaciones Internacionales a favor y en contra de la gestación subrogada

Asociación Española de Bioética. El 7 de octubre de 2016 la Asociación Española de Bioética publicó la declaración sobre la gestación subrogada, donde se manifiestan varios puntos (Jouve, 2018). A continuación, se informa de los puntos más relevantes que hacen énfasis sobre esta práctica y la mujer gestante, estos son: el punto número 1 “la maternidad por subrogación es, inequívocamente, una nueva forma de explotación de la mujer, contraria a su dignidad, al usar el cuerpo femenino, y por tanto su persona, como un objeto negociable” (p. 1); el punto número 3 alude a la mercantilización del cuerpo de la mujer y señala a su vez dos aspectos, estos son:

- A. “Por un lado, las parejas-clientes con poder económico, que recorren el mundo en busca de una descendencia, a un precio más asequible que en sus países de origen. En este primer grupo también debe incluirse a los centros especializados en esta tecnología reproductiva, a los bufetes de abogados de alto nivel, y a los agentes intermediarios, que obtienen pingües beneficios” (p. 1).
- B. “Por otro, se recurre a mujeres pobres, o en situaciones de necesidad, víctimas, muchas veces, de sociedades altamente patriarcales, que se ven abocadas a alquilar su cuerpo y, en definitiva, su persona, a cambio de una retribución económica. La gran desigualdad cultural y educativa, hace que el desequilibrio entre las partes contratantes sea aún mayor. Si a ello, se une la existencia de Estados indiferentes a este drama humano, con ordenamientos legales permisivos, se llega a una situación de indefensión de las mujeres -objeto de comercio-, y de los niños, que se convierten en una mercancía a adquirir” (p. 2).

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

- C. No existe un “derecho a la procreación” y por tanto un “derecho al hijo” que justifiquen un pretendido derecho a la maternidad subrogada. Los deseos, por muy loables que sean, deben diferenciarse de los verdaderos derechos, basados en títulos legítimos, y con la perspectiva del bien común.

Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación por Sustitución (CIAMS). La asociación (CIAMS) es una plataforma que promueve los derechos de la mujer desde posiciones feministas, el objetivo de esta asociación es contribuir a la adopción y a la puesta en práctica de legislaciones y políticas públicas que promuevan la abolición de la gestación por sustitución, tanto a nivel nacional como internacional.

Así pues, la asociación manifiesta que la subrogación ha sido puesta en marcha por empresas de reproducción humana constituyéndose una organización que incluye laboratorios, profesionales del derecho y medicina, entre otros, por tanto, se considera un proceso de mercado dentro del marco de la globalización del cuerpo humano. Además, considera que el cuerpo de las mujeres es considerado como objeto y recurso para la industria y los mercados de reproducción y así mismo la subrogación convierte al nacido en un producto del mercado, anulando la diferencia entre persona y cosa. Según Marie Joséphe, copresidenta de (CIAMS) considera necesario y urgente regular las consecuencias vinculadas a los acuerdos de gestación subrogada de carácter internacional.

Informe del Comité de Bioética de España. En el largo informe del comité de bioética se expusieron razones a favor y en contra de la gestación subrogada, aunque existieron razones sólidas para rechazar esta práctica al considerarse que “el deseo de una persona de tener un hijo,

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas”. En esta misma línea, la manifestación del comité en su gran mayoría entiende que todo contrato realizado por sustitución vincula una explotación de la mujer. No obstante, algunos miembros del comité aceptan esta práctica toda vez que se garantice los derechos e intereses de los otros (Comité de Bioética de España, 2016).

Federación Internacional de Trabajadores Sociales. La federación afirma que la gestación subrogada no se puede permitir puesto que “El espermatozoides humano, los ovocitos y los embriones no deberían ser objeto de transacciones comerciales” y que “la compensación económica de la subrogación crea la posibilidad de explotación, falta y de respeto debido a la dignidad de la mujer y de sus capacidades reproductoras” (Jouve, 2018).

En definitiva, las manifestaciones de los organismos del orden público internacional han sido diversas ante la situación de la gestación subrogada. Existe una gran controversia que cuestiona al ámbito internacional con relación a los derechos humanos y libertades fundamentales en especial con la dignidad humana de la madre y del nacido, esta práctica puede vulnerar derechos y considerar el cuerpo humano como un objeto de mercado, así pues, constituye una cosificación tanto de la madre gestante como del niño. No obstante, la conferencia de La Haya pone de manifiesto la posibilidad de regular la gestación subrogada para proteger los derechos del nacido respecto a la filiación, mediante un convenio multilateral puesto que es urgente al considerar el aumento de casos de gestación subrogada internacional. Asimismo, las asociaciones y comités internacionales consideran la gestación altruista y comercial en sus diversas modalidades que constituyen vulneraciones de los derechos humanos y libertades fundamentales de la madre gestante y el nacido, esta práctica es claramente la explotación del cuerpo humano por la industria

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

en el mercado de la globalización, por tanto, las asociaciones en su gran mayoría buscan una regulación de la gestación subrogada donde el modelo internacional sea abolicionista.

2.1.4. Marco Legal: Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

A continuación, se realizará una exposición sobre las principales declaraciones y tratados sobre derechos humanos y libertades fundamentales. En primer lugar, se hará mención sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos. En segundo lugar, se hará referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos. En tercer lugar, se hará alusión a los tratados internacionales y regionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales. Por último, se informará sobre la carta magna de Colombia.

2.1.4.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) se trata de un documento adoptado el día 10 de diciembre de 1948 en la ciudad de París (Francia) por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta declaración supuso un hito histórico, tuvo lugar después de la Segunda Guerra Mundial y se conforma por 30 artículos en los que se establecen tanto los derechos humanos como libertades fundamentales, en base a tres características principales, estas son: libertad, justicia y paz.

En su preámbulo, no solo se alude a la libertad, justicia y paz en el mundo, sino también al reconocimiento de la dignidad y de los mismos derechos y de manera inalienable para todos los seres humanos. Asimismo, se reconoce que el desprecio y/o el no reconocimiento de los derechos humanos se ha relacionado con el origen y mantenimiento de actos de barbarie. Por tanto, se considera fundamental que los derechos humanos sean protegidos y que existan para todos los

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

ciudadanos de los diferentes estados, siendo esencial por tanto para el progreso social. Finalmente, el preámbulo hace referencia a la promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales desde diferentes esferas sociales y con carácter internacional y nacional, con el propósito final de proteger dichos derechos.

La DUDH está formada por 30 artículos. El art. 1 expresa que todas las personas son libres y que gozan de igualdad y dignidad en cuanto a los derechos que se establecen, además, esto será así y sin distinción por color, raza, sexo, idioma, religión, opinión pública o cualquier otra índole como nacimiento, posición económica, ideología política, origen nacional, etc. (art. 2). El art. 3 manifiesta el derecho a la vida, seguridad y libertad; el art. 4 prohíbe la esclavitud; el art. 5 prohíbe la tortura, así como las penas crueles y degradantes; el art. 6 expresa que todas las personas tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica; los artículos 7, 8, 9, 10 y 11 expresan los derechos relacionados con la igualdad ante la ley y la justicia para todos los seres humanos; el art. 12 establece el derecho a la privacidad; el artículo 14 hace referencia al derecho a asilo; el art. 15 hace referencia al derecho a tener nacionalidad; derecho al matrimonio (art. 16); derecho a la propiedad (art. 17); derecho a la libertad de conciencia, religión, pensamiento, opinión y expresión, libertad de reunión y asociación (art. 18, 19, 20); derecho a la participación política (art. 21); a la seguridad social (art. 22); al trabajo y vacaciones (art. 23, 24); derecho a una vida digna (art. 25); derecho a la educación (art. 26); a la cultura y progreso científico (art. 27); derecho a la protección de los derechos humanos (art. 28); y, finalmente los artículos 29 y 30 establecen los deberes.

Esta declaración incluye tanto derechos civiles, como políticos, sociales, económicos, culturales y deberes. Se trata de una declaración básica y fundamental en el derecho consuetudinario, así como en el derecho internacional, puesto que supone la base de documentos

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

posteriores de carácter vinculante, como son los tratados. No obstante, es necesario resaltar que la DUDH no tiene fuerza de Ley, es decir, carece de un poder legal vinculante para los Estados. A pesar de no tener un carácter vinculante, se trata de un documento universal y, por tanto, los derechos humanos y libertades fundamentales que se recogen aplican para todos los ciudadanos, independientemente del país de nacimiento.

Los derechos humanos se caracterizan por ser universales, inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes e imprescriptibles. Universales, porque tal y como se ha mencionado anteriormente, aplican para todos los seres humanos. Son inalienables e irrenunciables debido a que los ciudadanos no pueden ni transferir sus derechos ni renunciar a ellos. Las características de indivisibles e interdependientes hacen referencia a que todos los derechos gozan de la misma importancia y si uno de estos derechos es vulnerado tiene repercusiones negativas sobre el resto de los derechos. Finalmente, imprescriptibles alude a que los derechos siempre tendrán validez, es decir, no prescriben (Carpizo, 2011).

Esta declaración a pesar de no tener un carácter vinculante, como se ha mencionado, fue la base para el desarrollo de tratados con fuerza de Ley. Estos tratados fueron los siguientes: el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o también llamado Convenio Europeo de Derechos Humanos, que rige a nivel europeo; la Convención Americana de Derechos Humanos, que rige a nivel americano, o la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, que rige a nivel africano.

2.1.4.2. Convención Americana de Derechos Humanos

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) fue firmada el día 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José, en Costa Rica. Por este motivo, también es frecuente que a la presente convención se le conozca con el nombre de Pacto de San José. A pesar de que su firma tuvo lugar en el año 1969, no fue hasta el año 1978, en concreto el día 18 de julio cuando entró en vigor.

En su preámbulo los Estados Americanos signatarios de dicha convención hacen referencia al propósito de establecer en América la libertad y la justicia. Asimismo, expresan que los derechos esenciales de las personas lo son simplemente por el hecho de ser seres humanos y no por la nacionalidad, tal y como se establece en la DUDH. También, y de acuerdo con lo establecido en la DUDH, se reitera la importancia de los derechos para lograr el progreso social, aludiendo a derechos sociales, culturales, civiles, políticos y económicos.

La CADH está formada por 82 artículos, los cuales se distribuyen en 11 capítulos, que a su vez componen II Partes.

La parte I incluye los deberes de los estados y derechos protegidos, está compuesta por el Capítulo I donde se enumeran los deberes en sus artículos 1 y 2. De manera general en estos artículos se establece que los Estados deben respetar los derechos y desarrollar leyes tanto para la promoción como protección de los derechos incluidos en la presente convención. El Capítulo II incluye los derechos civiles y políticos, los cuales están establecidos en los artículos 3 hasta el 25. Estos artículos recogen los siguientes derechos: reconocimiento a la personalidad jurídica (art. 3), a la vida (art. 4), a la integridad personal (art. 5), prohibición a la esclavitud y servidumbre (art. 6), a la libertad personal (art. 7), garantías judiciales (art. 8), principio de legalidad y de

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

retroactividad (art. 9), derecho a la indemnización (art. 10), protección a la honra y dignidad (art. 11), libertad de conciencia y de religión (art. 12), libertad de pensamiento y expresión (art. 13), derecho de respuesta (art. 14), reunión (art. 15), asociación (art. 16), protección a la familia (art. 17), derecho al nombre (art. 18), derechos del niño (art. 19), a la nacionalidad (art. 20), a la propiedad privada (art. 21), derecho de circulación y residencia (art. 22), derechos políticos (art. 23), igualdad ante la ley (art. 24) y derecho a la protección judicial (art. 25). El Capítulo III hace referencia a los derechos económicos, políticos y sociales. Está formado solo por el artículo 26 que establece el derecho al desarrollo progresivo. El Capítulo IV versa sobre la suspensión de garantías, interpretación y aplicación, está compuesto por los artículos 27 hasta el artículo 31. El Capítulo V alude a los deberes de las personas (art. 32).

La Parte II de la Convención incluye el Capítulo VI sobre los órganos competentes (art. 33); el Capítulo VII sobre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 34 al 51); el Capítulo VIII sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículos 52 al 69); el Capítulo IX sobre disposiciones comunes (artículos 70 al 73); El Capítulo X incluye los artículos referidos a la firma, ratificación, reserva, enmienda, protocolo y denuncia (artículos 74 al 78); y el Capítulo XI sobre disposiciones transitorias (artículos 79 al 82).

La CADH se trata de una convención con carácter vinculante, es decir, con fuerza de Ley. Así pues, esto significa que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) tienen obligación de cumplir con los deberes y así proteger y promover los derechos humanos y libertades fundamentales establecidos en la convención. Además, es importante señalar que son los artículos (3-25) incluidos en el Capítulo II los referentes a los derechos humanos y libertades fundamentales establecidos en la DUDH. Por último, es esencial resaltar que existen dos

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

organismos que velan por los derechos establecidos en la presente convención. Por una parte, existe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y, por otra parte, existe la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La función principal de la CIDH es la promoción de los derechos humanos. Sin embargo, la Corte IDH se trata del organismo judicial de la OEA que se encarga de la protección y defensa de los derechos establecidos en la CADH.

2.1.4.3. Tratados Internacionales y Regionales sobre Derechos Humanos y Libertades

Fundamentales

Una vez establecidos los derechos humanos y libertades fundamentales en declaraciones, así como en convenciones sin y con carácter vinculante para los estados, se desarrollaron tratados internacionales y regionales de carácter vinculante y que por tanto establecen obligaciones a los Estados en relación con la protección y promoción de los derechos fundamentales. A continuación, se presentan, siguiendo un orden cronológico, los tratados internacionales que versan sobre la protección de los derechos más relacionados con las mujeres o con las prácticas crueles. Se informarán de estos, dado que la gestación subrogada solo puede ser realizada por mujeres y además puede ser considerada como una práctica cruel.

El primer tratado a destacar es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). La CEDAW entró en vigor el día 3 de septiembre de 1981, aunque fue el día 18 de diciembre de 1979 cuando fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta convención fue desarrollada a partir de la DUDH y tiene carácter vinculante. Su desarrollo, de acuerdo con lo que se especifica en su preámbulo, fue con el propósito de velar por la igualdad entre hombres y mujeres, puesto que la desigualdad en función del sexo

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

supone una violación de los derechos de igualdad y dignidad. Si bien, la DUDH ya especificaba que los derechos no podían ser diferentes en función del sexo, entre otras características, se expresa de manera literal en la CEDAW que “las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”.

Esta convención está compuesta por 30 artículos y en el primero de ellos se realiza una definición sobre la discriminación contra la mujer. El artículo 2 declara que los Estados deben condenar la discriminación contra la mujer, establecer por tanto este derecho en sus constituciones y en otras legislaciones, llevar a cabo todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación por sexo incluso si eso supone modificar leyes existentes o derogarlas, prohibir la discriminación contra la mujer y proteger de manera efectiva los derechos de estas. En su artículo 3 se expresa que los Estados deben aportar y desarrollar las medidas necesarias para evitar la discriminación, en los niveles políticos, sociales, culturales y económicos. A continuación, en el artículo 4 se establece que las medidas especiales de protección a la mujer no pueden ser consideradas como discriminatorias. En el artículo 5 se declara que son los Estados quienes deben realizar las medidas oportunas para cambiar los patrones sociales y culturales que se basan en los estereotipos de género. En el artículo 6 se expresa que los Estados deben desarrollar medidas para eliminar tanto la trata como la explotación de las mujeres. En los artículos comprendidos del 7 al 9 se reconocen derechos de la vida política y pública. En los artículos comprendidos del 10 al 14 se insta a los Estados su obligación para eliminar la discriminación de la mujer en los ámbitos educativos, laborales, sociales, económicos y de salud. En los artículos 15 y 16 se establece que los Estados deben reconocer la igualdad entre hombres y mujeres a nivel jurídico. Asimismo, en los artículos comprendidos del 17 al 22 se declara un comité para velar por el cumplimiento de los derechos

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

establecidos en la presente convención, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Finalmente, en los artículos comprendidos del 23 al 30 se establecen los efectos de la convención, así como los compromisos para los Estados que ratifican dicho tratado.

La CEDAW es un tratado internacional con el objeto de proteger a la mujer y que no exista discriminación hacia ellas. Dado que la práctica de la gestación subrogada implica a las mujeres, es necesario hacer alusión a dicha convención. La gestación subrogada supone una discriminación hacia la mujer. Además, Colombia ratificó dicho tratado con la Ley 51 de 1981 el día 2 de junio de 1981. Por tanto, el Estado colombiano tiene el deber de velar por la protección de los derechos de la mujer y con ello, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la CEDAW a implementar las medidas específicas para la protección de sus derechos.

Otro tratado internacional es la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Esta convención entró en vigor el día 26 de junio de 1987, aunque fue aprobada el día 10 de diciembre de 1984 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Colombia ratificó este tratado el día 10 de diciembre de 1986, con la Ley 70 de 1986.

Esta convención está formada por 33 artículos que se dividen en tres partes, Parte I, Parte II y Parte III. Es en el artículo 1 donde se define el concepto de tortura. Este alude a cualquier acto realizado de manera intencional y que provoque dolor físico o mental a la víctima e incluye conductas de intimidación, de coacción o cualquier otro acto que suponga un tipo de discriminación. Si bien, no se trata de una convención específica sobre la gestación subrogada ni mucho menos, pero sí se trata de un instrumento que es necesario considerar al hablar de la práctica

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

de la gestación subrogada, puesto que la gestación puede suponer un dolor físico y/o mental en la mujer gestante y, por ello, puede ser considerada como una práctica cruel, inhumana o degradante.

Otro tratado de carácter internacional es la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (DEVAW). Es el primer tratado internacional específico sobre la violencia contra las mujeres y fue desarrollado de acuerdo con la DUDH, la CEDAW y la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993. La DEVAW se aprobó el día 20 de diciembre de 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Esta declaración está formada por 6 artículos y en el artículo 1 se define la violencia contra la mujer:

“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

Respecto a los demás artículos, el artículo 2 establece algunos de los tipos de violencia contra la mujer; el artículo 3 se hace referencia al derecho de protección de los derechos humanos y libertades de las mujeres; el artículo 4 se insta a los Estados a que condenen la violencia contra la mujer y que desarrollen las medidas necesarias para acabar con este tipo de violencia; el artículo 5 versa sobre los deberes de los organismos especializados de Naciones Unidas para la promoción y protección de los principios establecidos en la DEVAW; por último, el artículo 6 establece que los principios declarados en dicha convención no afectarán a la legislación nacional de un Estado

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

u otras convenciones en el caso de que los principios sean más conducentes para la eliminación de la violencia contra la mujer.

Finalmente, a nivel regional destaca la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Fue adoptada el día 9 de junio de 1994 en la ciudad Belém do Para (Brasil) y entró en vigor el día 28 de marzo de 1996, año en el que Colombia se adhirió con la Ley 248 de 1995. Esta convención, desarrollada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) y por la Comisión Internacional de Mujeres (CIM) establece y reconoce la necesidad de proteger los derechos humanos establecidos tanto en la DUDH como en la CADH en las mujeres, puesto que la violencia contra la mujer viola los derechos humanos y libertades fundamentales.

Está compuesta por 25 artículos que conforman cinco capítulos. En el Capítulo I (art. 1-2) se establece lo que se entiende por violencia contra la mujer. En el Capítulo II (art. 3-6) respecto a los derechos protegidos se encuentran los siguientes: derecho a una vida libre de violencia, sin discriminación y con derecho a una educación no estereotipada de acuerdo con los roles tradicionales de género, derecho a la protección y goce de los derechos humanos y a ejercer los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales establecidos en los instrumentos internacionales y regionales. En el Capítulo III (art. 7-9) respecto a los deberes de los Estados, se declara que estos deben condenar todas las formas de violencia contra la mujer y adaptar las medidas necesarias tanto para prevenir, sancionar y erradicar esta violencia. En el Capítulo IV (art. 10-12) respecto a los mecanismos interamericanos de protección se declara que los Estados deben emitir informes para especificar lo realizado, lo logrado, así como las dificultades en relación con las medidas adoptadas para alcanzar lo expresado en la presente convención. Además, se informa

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

que los Estados podrán acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para realizar consultas sobre la interpretación de la convención. En el Capítulo V (art. 13-25) respecto a las disposiciones generales, se señala que lo establecido en la convención no tendrá efecto si existen medidas más específicas en relación con la eliminación de la violencia contra la mujer, así como que no podrá ser interpretado como restricción a tratados internacionales o regionales de derechos humanos como la CADH.

2.1.4.4. Constitución Política de Colombia

En primer lugar, se hace necesario repasar de manera breve la conceptualización del término Constitución. El término Constitución no es nuevo ni de la sociedad actual, pues en la Edad Media ya fue empleado en términos eclesiásticos para establecer normas monacales. Más tarde, en el S. XVIII se empleó en política, en base a filósofos, y se hacía alusión a que la Constitución era el conjunto de leyes que organizaban un país (Olano, 2006). También existen referencias al empleo del término Constitución en el lenguaje jurídico romano. Constitución en el derecho romano aludía a la distinción de las fuentes del derecho que eran dotadas de un valor particular, ejemplo de ello es *constittutionis principis* que se empleaba para los actos normativos del emperador, los cuales eran los actos de mayor eficacia superior. Asimismo, Marco Tulio Cicerón empleó el término *constitutioni populi* para hacer referencia a la estructura política de un pueblo. Más recientemente, fue en el S. XVIII, cuando se empleó Constitución para hacer alusión al acto determinante de la estructura fundamental y del poder organizado, en la Carta Política Norteamericana (Caballero y Anzola, 1995).

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

En Colombia, de acuerdo con la Corte Constitucional, se declara que la Constitución hace referencia a disposiciones organizadas que

“configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos, y que por otra parte, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir de beneficio de la comunidad” (sentencia C-536 de 1998).

Por tanto, la Constitución es un instrumento político y jurídico, dado que por una parte es el documento que reconoce, establece e indica los mecanismos de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y, además, a nivel político establece limitaciones en relación con el ejercicio de poder. Por ello, se trata de una norma jurídica esencial y primordial para el Estado. De acuerdo con Fortini (1998), es el instrumento normativo primordial que origina de manera objetiva la regulación del ejercicio de poder político, además incluye normas básicas para lograr un equilibrio entre dos partes, gobernados y gobernantes, es decir, ciudadanos y gobierno, y que además lo hace estableciendo unos límites y controles al poder del gobierno y estableciendo unos derechos y obligaciones para los ciudadanos. Por otra parte, aunque en este mismo sentido, es importante señalar, de acuerdo con Pérez Luño, que los derechos fundamentales son: “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” (p. 33).

Respecto a la Constitución Política de Colombia, esta fue promulgada el día 4 de julio de 1991, reemplazando así a la Constitución Política de 1886. La Constitución Política también es

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

conocida como carta magna o Constitución de los Derechos Humanos. Al inicio de la Constitución, en su preámbulo se especifica que el propósito de esta es:

“fortalecer la unidad de la Nación, asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana” (p. 16).

La Constitución Política está compuesta, por tanto, en su inicio por el preámbulo, donde como se acaba de mencionar alude al objeto y propósito de esta. Seguidamente después del preámbulo, se expone el Título I referido a los principios fundamentales y conformado por los artículos 1 al 10. Estos artículos declaran aspectos relacionados con la forma y caracteres del Estado, también se hace hincapié en la soberanía del pueblo, así como la supremacía de la Constitución (art. 4) y también se establece que los derechos son inalienables (art. 5), entre otros aspectos.

El Título II hace referencia a los derechos, garantías y deberes. Así, en su Capítulo I es precisamente donde se establecen los derechos fundamentales, los cuales son establecidos en base a la DUDH y la CADH y dispuestos en los artículos 11 al 41. En estos artículos se establecen tanto derechos humanos como libertades fundamentales: derecho a la vida (art. 11), prohibición de torturas (art. 12), igualdad (art. 13), personalidad jurídica (art. 14), intimidad e inviolabilidad de documentos (art. 15), libre desarrollo de la personalidad (art. 16), prohibición a la esclavitud (art. 17), libertad de conciencia (art. 18), de culto (art. 19), de expresión, prensa e información (art. 20), derecho a la honra (art. 21), a la paz (art. 22), de petición (art. 23), libertad de circulación y

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

domicilio (art. 24), derecho al trabajo (art. 25), a la libertad de profesión (art. 26), de enseñanza (art. 27), libertad individual e inviolabilidad del domicilio (art. 28), debido proceso (art. 29), hábeas corpus (art. 30), doble instancia (art. 31), flagrancia (art. 32), inmunidad penal (art. 33), prohibición de destierro, confiscación y prisión perpetua (art. 34), derecho de extradición (art. 35), de asilo (art. 36), de reunión (art. 37), de libre asociación (art. 38), de sindicalización (art. 39), democracia participativa (art. 40) y pedagogía constitucional (art. 41). El Capítulo II hace referencia a los derechos sociales, económicos y culturales de los ciudadanos del Estado de Colombia a través de los artículos 42 hasta el artículo 77. El Capítulo III, está compuesto por los artículos 78 hasta 82, artículos sobre los derechos colectivos y del ambiente. El Capítulo IV versa sobre la aplicación y protección de los derechos, y lo hace a través de los artículos 83 hasta el artículo 94. El Capítulo V incluye el artículo 95 referido a los deberes y obligaciones.

El Título III incluye las normas referidas sobre los habitantes y el territorio, está compuesto por 4 capítulos (art. 96-102). El Título IV está formado por 3 capítulos (art. 103-112) que incluyen artículos donde se establecen los derechos relacionados con la participación democrática y de los partidos políticos. El Título V incluye 2 capítulos (art. 113-131) sobre la organización del Estado de Colombia. El Título VI está compuesto por 6 capítulos (art. 132-187) referidos a la rama legislativa. El Título VII está compuesto por 7 capítulos (art. 188-227) sobre la rama ejecutiva. El Título VIII versa sobre la rama judicial y lo hace incluyendo 7 capítulos (art. 228-257). El título IX establece las normas sobre las elecciones y la organización territorial, está compuesto por 2 capítulos (art. 258-266). El Título X sobre los organismos de control está formado por 2 capítulos (art. 267-284). El Título XI establece las normas sobre la organización del territorio, a partir de 4 capítulos (art.285-331). El Título XII incluye las normas legales referidas al régimen económico

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

y hacienda pública a través de 7 capítulos (art. 332-373). El título XIII está compuesto por los artículos 374 y 380 sobre la reforma de la Constitución. Finalmente, se incluye un apartado de artículos transitorios.

En definitiva, la Constitución Política de 1991 supone la norma jurídica esencial a nivel nacional para la promoción, garantía y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Capítulo III

3.1. Análisis y resultados

A continuación, para llevar a cabo el objetivo general y los objetivos específicos de la presente investigación se realizará en primer lugar un análisis de las iniciativas legislativas llevadas a cabo en el Estado colombiano sobre la gestación subrogada. En segundo lugar, se realizará un análisis de la sentencia hito de la Corte Constitucional sobre la gestación subrogada. En tercer lugar, se indicarán los marcos de regulación sobre la práctica de la maternidad subrogada. En cuarto lugar, se identificará desde la perspectiva jurídica del Derecho Constitucional y Civil la maternidad subrogada. Por último, en quinto lugar, se determinarán los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer vulnerados a partir de la gestación subrogada

3.1.1. Análisis de las Iniciativas Legislativas sobre la Gestación Subrogada en Colombia

En Colombia se han llevado a cabo varios intentos por regular la práctica de la gestación subrogada. Por ello, en este apartado se hará un recorrido cronológico respecto a los diferentes proyectos de ley que se han tramitado en el Estado de Colombia.

El primero de ellos, fue el proyecto de Ley 037 de 2009 Cámara, “por medio del cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones”.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

En su artículo número 1 se especifica el objeto y ámbito de la aplicación de la ley y en el artículo 2 se exponen definiciones relacionadas con las diferentes técnicas de reproducción asistida. Respecto a la gestación subrogada y su práctica, este proyecto incluye por una parte la definición relativa a la gestación sustitutiva, la cual expresa lo siguientes: “Gestación sustitutiva: conducta mediante la cual una mujer gesta en su vientre una criatura con la intención de entregar al concebido una vez se produzca el nacimiento”. Por otra parte, incluye una definición sobre el acuerdo de gestación sustitutiva: “Documento por medio del cual la pareja solicitante y la receptora gestante sustitutiva convienen la práctica de la gestación sustitutiva a través de las técnicas de reproducción asistida”. Respecto a la pareja solicitante, señala lo siguiente: “Es la pareja conformada por un hombre y una mujer que por problemas de infertilidad de alguno de los dos tiene incapacidad de reproducirse”. Por último, otro concepto relacionado con la gestación subrogada es el de “receptora gestante sustitutiva: es la mujer que se somete a la aplicación de las técnicas de procreación humana con asistencia científica con el fin de gestar en su vientre una criatura por encargo”.

En el artículo número 3 se establecen las condiciones para la práctica de la gestación subrogada para la pareja solicitante. Se establecen 11 condiciones, algunas de ellas son: ser una pareja heterosexual con un tiempo de duración de la relación de más de dos años y que los miembros de dicha pareja tengan más de 25 años, tener nacionalidad colombiana o bien para los extranjeros tener un término de residencia en el país de al menos un año, tener plena facultad de las capacidades mentales, certificado médico que acredite problemas de fertilidad o problemas para la gestación y no tener VIH. Para la mujer gestante se establecen 12 condiciones, entre las que destacan las siguientes: tener nacionalidad colombiana, ser mayor de 25 años, tener plena facultad de sus

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

capacidades mentales, no tener problemas de salud y problemas relacionados con la gestación, no tener parentesco en el primer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o civil con los padres biológicos y no tener VIH.

En el artículo 4 se mencionan las modalidades sobre la gestación subrogada, que aluden fundamentalmente a aspectos relacionados con la procedencia del óvulo y espermatozoide. En el resto de los artículos se especifican los casos que procede, sobre la viabilidad del procedimiento, condiciones para la gestación subrogada, asistencia psicológica, partes y centros de reproducción asistida que podrán realizar dicha práctica.

Este proyecto de Ley no se consiguió el apoyo necesario para convertirse en Ley. Asimismo, a continuación, se realiza un análisis sobre este proyecto de Ley. En primer lugar, es necesario destacar que se trataba de un proyecto de ley excluyente, ya que en caso de poder realizar la gestación subrogada solo lo permitía a parejas heterosexuales. En segundo lugar, en el proyecto se establecía que para las personas extranjeras pudieran llevar a cabo esta práctica sería necesario tener un término de residencia en Colombia de como mínimo un año. De acuerdo con esta condición se podría limitar el llamado turismo reproductivo, explicado anteriormente en esta misma investigación. Esta condición es importante puesto que sería una forma para controlar el turismo reproductivo que en su mayoría de las veces se da de personas residentes en países desarrollados y que viajan a países en vías de desarrollo, como Colombia, o países subdesarrollados con el fin de realizar esta práctica con un menor coste económico. Por tanto, se puede entender como un aspecto favorable para no favorecer a las personas extranjeras de mayor nivel económico y desfavorecer a las mujeres de menores recursos económicos.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Más tarde se presentó el Proyecto de Ley 202 de 2016, “por medio del cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos”.

El objeto de dicho proyecto era prohibir la gestación subrogada en Colombia con el propósito de proteger los derechos a la intimidad, igualdad, autonomía, dignidad, procreación y salud de la mujer. Asimismo, se informa en dicho proyecto que la intención del objeto surge tras el aumento de contratos y/o acuerdos para llevar a cabo la gestación subrogada y que la mujer gestante es objeto de explotación.

Al igual que con el Proyecto de Ley 037 de 2009, el Proyecto de Ley 202 de 2016 tampoco consiguió el apoyo necesario para convertirse en Ley. En cuanto al análisis que se puede realizar de este proyecto de Ley es necesario destacar que precisamente su objetivo era proteger los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer debido al auge de los contratos para realizar la práctica de la gestación subrogada. En este proyecto de Ley se resaltaba que solo se podría realizar la práctica de la gestación subrogada entre personas de nacionalidad colombiana y cuando existiese un certificado médico en el que se certificase la incapacidad física o biológica para concebir. Asimismo, en la introducción del proyecto se señala que el Estado de Colombia ha trabajado por conseguir la igualdad de oportunidades de las mujeres, tanto formales como materiales y eliminar por tanto la trata de personas dado que se trata de un delito que atenta contra la libertad sexual y laboral de las personas. Este aspecto es fundamental ya que reconoce que la práctica de la gestación subrogada supone una vulneración de los derechos humanos y las libertades fundamentales sobre todo de las mujeres. Así, pues fue el intento de proteger estos derechos vulnerados con la práctica de la gestación subrogada con fines lucrativos en Colombia.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Sin embargo, como se informó anteriormente, dicho proyecto no consiguió el apoyo necesario para convertirse en Ley.

El proyecto de Ley más reciente sobre la gestación subrogada es el 070 de 2018, “por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamente en otros casos”.

De nuevo, por tanto, se trata de un proyecto cuyo propósito es prohibir esta práctica. En la motivación se señalan varios aspectos, como por ejemplo la falta de información y la carencia de legislación, así como la escasa jurisprudencia al respecto. Todo esto conlleva que la práctica de la gestación subrogada en Colombia no esté prohibida, permitida, o bien definida respecto a sus límites. Nuevamente, se expresa que la gestación subrogada se relaciona con la trata de personas, así como con la explotación de la mujer y se vuelve hacer referencia a derechos como la igualdad, intimidad, autonomía y dignidad. Para afirmar que se trata de una práctica que vulnera a la mujer. Además, en el proyecto de Ley se menciona jurisprudencia de países europeos, asiáticos o del continente americano.

El proyecto 070 de 2018 está compuesto por seis artículos. El primero de ellos hace referencia al objeto de la ley, que fundamentalmente expresa la prohibición de la gestación subrogada con fines lucrativos y regularla para parejas con dificultades para llevar a cabo la gestación y de nacionalidad colombiana. En el artículo 2 se define la maternidad subrogada, y expresa lo siguiente:

“entiende por maternidad subrogada, o comúnmente llamada también alquiler de vientres, todo acuerdo de voluntades, verbal o escrito, a título gratuito o con fines de lucro, unilateral

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

o bilateral, a título personal o por interpuesta persona, que tenga por objeto el compromiso de gestar un bebé y entregarlo a una persona o a una pareja, cediendo la filiación derivada de la maternidad o renunciando a los derechos sobre el recién nacido”.

El artículo 3 declara que solo se permite la gestación subrogada altruista, que esta se debe realizar entre personas de nacionalidad colombiana con plenas facultades y se señala la necesidad de un certificado médico para demostrar problemas para la gestación. En el artículo 4 se establecen medidas penales de entre 6 y 9 años, así como una multa de entre 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales. El artículo 5 alude a la responsabilidad del Ministerio de Salud para reglamentar la práctica de la gestación subrogada y de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia T-968 de 2009). Por último, el artículo 6 hace referencia a la vigencia de la ley.

Dicho proyecto de Ley, 070 de 2018, de nuevo no fue aprobado y por tanto no consiguió la proposición de una ley que regule y prohíba la práctica de la gestación subrogada en Colombia.

En definitiva, en Colombia han existido tres proyectos de ley cuyo objetivo fundamental era prohibir la práctica de la gestación subrogada con fines lucrativos. Para ello, en estos se hizo referencia a la vulneración de derechos fundamentales de las mujeres de Colombia, sin embargo, ninguno de ellos consiguió el apoyo necesario para convertirse en Ley. Así pues, en la actualidad no existe un Ley que regule la gestación subrogada, por tanto, existe un vacío legal sobre esta práctica.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

A pesar de la falta de regulación sobre la gestación subrogada, es importante mencionar y hacer un análisis de la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional, al tratarse del único referente legal sobre la práctica de la gestación subrogada.

3.1.2. Análisis de la Sentencia T-968 de la Corte Constitucional

La Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional se trata de un hito jurídico sobre la gestación subrogada en Colombia. Los hechos que motivaron esta sentencia fueron los siguientes.

Una pareja heterosexual contrató a una mujer para que esta les alquilara su vientre para tener un bebé. El señor, Salomón, estaba casado con Raquel, él de nacionalidad colombiana y ella de nacionalidad dominicana, residentes en EEUU y deseaban ser padres. Él contactó con una mujer de nacionalidad colombiana, Saraí, quien aceptó someterse a varios tratamientos para que Salomón fuese padre. Es importante señalar que Salomón y Saraí en un inicio no se conocían y el contacto se realizó vía telefónica. A Saraí acudió a un centro de reproducción asistida (Centro de Reproducción Asistida Fecundar) y fue en este centro donde le implantaron los óvulos de Raquel (esposa de Salomón). Sin embargo, el tratamiento no dio como resultado el embarazo. Por ello, más tarde el señor Salomón conoció personalmente a Saraí en Colombia y comenzaron una relación. Él le pidió a ella, Saraí, que se sometiera a un nuevo tratamiento en el que se empleó el espermatozoides del señor Salomón y los óvulos de Saraí. Otro dato importante en relación con los hechos es que Salomón le prometió una “buena posición económica para que tuviera el niño y que ese niño lo criarían los dos”. Este tratamiento dio como resultado un embarazo gemelar. Durante el embarazo el señor Salomón pagó la EPS y además enviaba 149.000 pesos mensuales a Saraí hasta el quinto mes de embarazo. El día del parto el señor Salomón estuvo ausente y fue el hermano de

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Saraí quien se encargó de los costes generados por el parto y además Saraí tuvo que registrar a los nacidos con sus dos apellidos. Nueve meses más tarde del nacimiento de los niños, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar retiró la custodia a la madre y se la concedió de manera provisional a una tía paterna. Durante estos nueve meses de vida de los niños, el señor Salomón no se hizo cargo de ellos. Una vez que se produjo la retira de la custodia a la madre, el señor Salomón inició un proceso de custodia y cuidado personal y otro de patria potestad.

El señor Salomón, padre de los niños, presentó una demanda para solicitar el permiso de salida del país de los niños, para que estos pudieran residir en EEUU. El juez de familia concedió el permiso de salida del país de los menores y estableció que el padre debía permitir el contacto de los niños con su madre. Sin embargo, Saraí interpuso una acción de tutela ya que consideró que sus derechos fundamentales estaban siendo vulnerados al haberse producido la separación de sus hijos.

Expuestos los hechos, a continuación, se exponen las principales consideraciones que realizó la Corte Constitucional para tomar su decisión en dicha sentencia.

En primer lugar, es necesario resaltar que la Corte tuvo en cuenta el interés del menor, no por tanto la práctica de la gestación subrogada en sí misma, ni los posibles hechos derivados de la misma. Por tanto, en base al interés superior del menor destacan cuatro aspectos.

Primero, señala que debe existir equilibrio entre los derechos del niño y de los padres, sin embargo, primará la solución que más beneficie al menor. Segundo, en la sentencia se manifiesta que pueden existir hechos que sean motivos suficientes para decidir sobre la ubicación del menor, estos son: cuando exista riesgo para la vida, integridad o salud, cuando existan hechos relacionados

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

con el abuso físico, sexual y/o psicológico, y cuando existan hechos que vulneren los derechos del niño. Tercero, así pues, en este caso en concreto, se hace referencia que la escasez de recursos económicos de la madre no es un hecho que justifique la separación de los niños de la madre, puesto que el padre debe estar obligado a contribuir económicamente para que esto no suponga un problema. Cuarto, en la sentencia la Corte hace pronunciamientos relevantes sobre la gestación subrogada, estos fueron los siguientes.

En la sentencia se expresa que la gestación subrogada en caso de ser regulada debe cumplir con los siguientes requisitos. Primero, que la madre biológica tenga problemas fisiológicos para concebir; segundo, que la mujer gestante no puede aportar también sus gametos para el embarazo; tercero, que la mujer gestante no realice la práctica de la gestación subrogada con fines lucrativos, sino por ayudar a otras personas; cuarto, que la mujer gestante cumpla con ciertos requisitos para poder llevar a cabo la gestación subrogada, como ser mayor de edad, gozar de un buen estado de salud tanto físico como psíquico, haber sido madre previamente, etc.; quinto, que la mujer gestante esté obligada a realizarse exámenes médicos y psicológicos antes, durante y después del embarazo; sexto, que exista la preservación de la identidad de las partes; sexto, que la mujer gestante no pueda retractarse a entregar el menor, una vez se haya firmado el consentimiento informado e implantado los gametos en ella; octavo, que los padres biológicos no puedan rechazar el concebido y futuro hijo bajo ninguna circunstancia; noveno, que en caso de muerte de los padres biológicos antes del nacimiento del bebé, este no quede desprotegido; décimo, que la mujer gestante solo podría interrumpir el embarazo bajo prescripción médica.

Tras exponer de manera resumida los hechos y la consideración realizada por la Corte Constitucional en dicha sentencia, es importante realizar un análisis sobre algunos aspectos clave.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Por una parte, la Corte expresa en la sentencia que es necesario reglamentar la práctica de la gestación subrogada puesto que se trata de un fenómeno que ha aumentado y que se evidencia al encontrar anuncios de mujeres que ofrecen su vientre. Además, aunque se trata de una sentencia hito, también es necesario resaltar que la Corte manifestó que en este caso no existía un contrato de alquiler de vientre, puesto que existía vínculo biológico con la madre gestante, al ser también la madre biológica. Sin embargo, para cumplir con los requisitos del contrato, según la doctrina, no debería haber existido vínculo biológico de la madre gestante con los menores. Por ello, la Corte otorgó la custodia de los niños a Saraí (madre gestante y biológica) y permitió la visita del señor Salomón, al ser el padre biológico de los niños.

Por tanto, la Corte Constitucional más que pronunciarse sobre la práctica de la gestación subrogada, lo que hizo en esta sentencia, fue considerar la protección de los derechos del niño. No obstante, al expresar los requisitos que deberían considerarse en los casos de la gestación subrogada supone una base jurídica, es decir, un precedente jurídico para tener en cuenta en Colombia en relación con la práctica de la gestación subrogada, y sobre todo dada la ausencia de una ley que regule este fenómeno. Finalmente, de acuerdo con la Corte, si la gestación subrogada se lleva a cabo debe cumplir con los requisitos expuestos anteriormente, además, es necesario resaltar que no puede existir una remuneración de los padres biológicos a la mujer gestante y, además, la mujer gestante no puede aportar sus gametos para la concepción. Así pues, estos requisitos, junto con los expuestos anteriormente, son los necesarios para que el contrato tuviese validez.

A partir de esta sentencia se pueden extraer y señalar varios aspectos fundamentales, el primero de ellos es que no existe regulación sobre la gestación subrogada en Colombia. El segundo

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

aspecto, es que este precedente jurídico solo hace referencia a la gestación subrogada de manera altruista, por tanto, el contrato surgido para la práctica de la gestación subrogada no podría tener efectos de validez si se establecen honorarios y/o compensaciones económicas para la mujer gestante. En tercer aspecto, es que en casos en los que se lleve a cabo esta práctica, desde el ámbito jurídico, será necesario contemplar y cumplir con los requisitos establecidos en la doctrina expuesta.

3.1.3. Marcos de Regulación de la gestación subrogada: derecho Comparado

Para poder determinar que marco jurídico es el más conveniente para Colombia es necesario hacer un análisis de los diferentes modelos y tratamiento jurídico sobre la gestación subrogada desde una perspectiva de derecho comparado. En la gestación subrogada, en el derecho comparado se alude a tres grandes marcos de regulación, En primer lugar, existe el modelo de prohibición absoluta; en segundo lugar, el modelo admisión bajo ciertos requisitos y condiciones; y, en tercer lugar: el modelo de admisión amplia, aun con fines comerciales.

Prohibición absoluta de la gestación subrogada

La gestación subrogada en muchos ordenamientos se prohíbe absolutamente, algunos de estos países son: Francia, Serbia, Islandia, Noruega, Dinamarca, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria y España, en estos ordenamientos europeos la norma es la prohibición expresa y la nulidad de los acuerdos de gestación subrogada (Flores, 2014). Asimismo, algunos ordenamientos incluyen en las normas penales sanción para la participación o la relación en esta práctica. Es decir, que la prohibición de la gestación subrogada busca eliminar y prevenir su práctica. Por tanto, los países europeos se manifiestan negativamente sobre la gestación subrogada al considerar esta práctica

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

como explotación material y psicológica, tratando a la mujer gestante como un objeto de mercado (Balaguer, 2017). Asimismo, el Consejo de Europa no ha creado ningún documento, recomendación o resolución sobre esta práctica (Hermida, 2018) Además, miembros de la asamblea parlamentaria del Consejo de Europa presentaron una declaración sobre la práctica de la gestación subrogada afirmando que no es compatible con la dignidad humana de las mujeres y niños, y supone una vulneración de derechos humanos y libertades fundamentales (Hermida, 2018). Esta declaración se basa en los diferentes tratados internacionales tales como la Carta de las Naciones Unidas de 1945 que alude en el preámbulo la fe de los Estados firmantes en los derechos humanos y en la dignidad y valor de la persona humana, asimismo en su art. 1 se establece como derecho humano la dignidad de las personas; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 también aluden a la dignidad de las personas. Así pues, la postura del Consejo de Europa manifiesta que la gestación subrogada es inadmisibile puesto que vulnera el derecho a la dignidad de la persona y además puede existir posibles vulneraciones de derechos humanos que se pueden producir con esta práctica, por tanto se debe prohibir.

A continuación, se expone algunas legislaciones de algunos ordenamientos donde la gestación subrogada está prohibida.

En cuanto a la legislación Española la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su artículo 10 señala la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación subrogada, con o sin precio entre la gestante que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero (padres), asimismo afirma que la filiación del nacido será asignada legalmente por el parto. Es decir, que la mujer que dio a luz es la madre legítima del

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

nacido. De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que el estado de España rechaza esta práctica. Sin embargo, no existe una norma que prohíba ni sancione penalmente la gestación subrogada, por tanto, la falta de regulación la deja en un limbo jurídico, aunque exista la prohibición civil. Por tanto, desde un punto de vista jurídico civil la prohibición abre la posibilidad de conductas delictivas puesto que se podría ocultar la verdadera identidad de la gestante (Orejudo, 2012). En definitiva, como dicho contrato no es válido y la maternidad no puede ser asignada a una mujer que no sea la que ha parido al nacido, es claro que la práctica en España esté imposibilitada. No está prohibido en sentido estricto, simplemente, no tiene ningún efecto.

Otra legislación que prohíbe la gestación subrogada es la del ordenamiento de Italia, la Ley 40 de febrero 2004 sobre la procreación médicamente asistida prohíbe los contratos de maternidad subrogada asimismo criminaliza a toda persona que realice, organice o promueva esta práctica (Zurriarain, 2011).

Por otro lado, la legislación de Alemania la Ley 7745/90 del 13/12/90, protección del embrión, prohíbe estrictamente la gestación subrogada. Esta norma restringe cualquier procedimiento médico que implique acciones ilegales con una vida humana naciente, es así que en su artículo 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que:

“será penado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: a) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; b) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; c) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento” (art. 1).

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

En el caso de la legislación de Francia se reconoce la gestación subrogada con el nombre de *gestation pour autrui* o GPA, este término se traduce en el castellano como gestación para otro. En Francia la gestación subrogada se encuentra prohibida estrictamente en la Ley 94-653 de 29 de 1994. Esta Ley prohíbe la subrogación en todas sus modalidades tanto de forma altruista o comercial. Además, en el Código Civil Frances instauro la nulidad de cualquier contrato de gestación por subrogación en el art. 16-7 en el tenor de la norma “todo convenio referente a la procreación o la maternidad subrogada es nulo”. Asimismo, en el Código Penal se establecen sanciones punitivas, en los art. 227-1218 se establece la sanción de seis meses de prisión como también pagar 7.500 euros de multa, esta norma sanciona al intermediario (Zurriarán, 2011).

Con base al artículo 119.2 de la Constitución Federal Suiza de 18 de abril de 1999: “se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución”. La Ley hace una prohibición expresa del negocio jurídico de la maternidad por subrogación. También, la Ley Federal sobre procreación médica asistida de 1998, reformada en el 2006, en sus artículos 4 y 31, prohíbe expresamente la gestación por subrogación en todas sus modalidades (González, 2016).

Modelo admisión (restrictivas)

En este modelo la gestación subrogada es permitida con fines altruistas y bajo ciertos requisitos y condiciones. Por tanto, se prohíbe algún tipo de compensación económica por el alquiler del útero; los ordenamientos que permiten la gestación subrogada son: Reino Unido, Canadá, Grecia, Sudáfrica y Nueva Zelanda, entre otros. Estos ordenamientos se clasifican de dos maneras: el primero grupo hace alusión a los países que establecen requisitos que exigen en algunos casos una preaprobación del acuerdo que se deberá presentar ante una autoridad competente (extrajudicial o

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

judicial) y el segundo grupo se refiere a los países donde la regulación se centra en la transferencia de la filiación post-parto (ex post facto) (Vilar, 2018).

El Caso de Reino Unido. La Ley británica que regula el método de reproducción asistida es la “*UK Surrogacy act of 1985*” esta Ley se implementó en el año 1985, aunque con el tiempo se han ido haciendo modificaciones hasta la actualidad. La Ley establece los derechos de los padres intencionales y las mujeres gestantes mediante esta práctica. La gestación subrogada que se considera legal en Reino Unido es la gestación subrogada altruista. Es decir que la mujer gestante no puede recibir una compensación económica por someterse a este proceso, pero sí recibe una compensación económica por los gastos derivados del embarazo como, por ejemplo, ropa de maternidad, revisiones médicas, días de trabajo perdidos a causa del embarazo, entre otros. De acuerdo con la Ley británica cuando la mujer da a luz (la sustituta), ella es la madre legítima del nacido, aunque no esté genéticamente relacionada con el bebé, así pues, la filiación solo se transfiere, pasado un período de reflexión de seis semanas que se otorga a la gestante. En cuanto a los padres intencionales deben presentar una solicitud ante el tribunal de familia para convertirse en padres legales del nacido, donde el juez establece la filiación del niño mediante una *parental order*, que tiene como propósito la necesidad de que al menos uno de los solicitantes tenga su domicilio en el país británico. Asimismo, la Ley no considera válido ningún tipo contrato suscripto por los padres intencionales y la mujer gestante, también establece que es ilegal que se busque una mujer gestante mediante anuncios, así pues, se encuentran prohibidas las agencias comerciales que pretendan lucrarse con esta práctica. En definitiva, la gestación subrogada en el país británico se encuentra regulada y precisa varios requisitos, tanto para los padres intencionales y para la mujer gestante. Asimismo, establece restricciones y prohibiciones para terceros.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

El Caso de Grecia. En la legislación de Grecia la gestación subrogada se encuentra regulada en los arts. 1458 y 1464 del Código Civil y la Ley 3305/2005 de reproducción médicamente asistida. En el año 2014 se establecieron nuevas modificaciones a la legislación de reproducción médicamente asistida, donde se permite esta práctica a mujeres solteras y a parejas homosexuales extranjeras. Así pues, los contratos de subrogación deben cumplir con unos requisitos, legalmente establecidos por los artículos 1458 de la ley 3089/2002 que establece que la transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas, acreditando que la mujer es médicamente incapaz de concebir un hijo (Hatzis, 2009).

El Caso Canadá. La gestación subrogada en Canadá está permitida, regulada y controlada por el Ministerio de salud. Según la Ley de Reproducción Humana Asistida, aprobada en 2004, la gestación subrogada es permitida siempre y cuando tenga una finalidad altruista y esta forma de subrogación se llama “subrogación altruista”. Esto significa que la gestante subrogada no puede recibir una compensación monetaria por el hecho de gestar, aunque los futuros padres de intención han de pagar todos los gastos que puedan derivarse del embarazo. El único lugar de Canadá en el que está prohibido realizar este método reproductivo es la provincia de Quebec, donde la ley establece como nulo el contrato de gestación por sustitución (Puij, 2017).

El Caso de Sudáfrica. La gestación subrogada se regula en Sudáfrica bajo ciertas condiciones por la Ley de la Infancia (en vigor desde el 1 de abril de 2010). Solo los contratos gratuitos y entre contratantes domiciliados en Sudáfrica están permitidos, con sujeción a la aprobación previa de la Corte Suprema. La filiación se establece directamente a favor de los padres intencionales (Vilar, 2018).

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

En definitiva, este modelo regula la gestación subrogada donde los diferentes países establecen en las legislaciones internas las condiciones y requisitos para poderse llevar a cabo esta práctica de forma altruista sin compensación económica.

Admisión Amplia

Este modelo permite la gestación subrogada como un negocio jurídico tanto oneroso y gratuito y por tanto se considera absolutamente legal. Así pues, las exigencias son mínimas con relación a las condiciones de salud de la madre gestante, los países que se acogen a este modelo son el caso de: Ucrania, Rusia, Estados Unidos, entre otros.

El caso de Ucrania. La gestación subrogada es legal en Ucrania ya sea de forma comercial o de forma altruista. Así lo permiten el Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud. En este sentido, el Código de Familia, en su artículo 123.2 establece que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de TRA, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del nacido serán la pareja de intención. Con el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento constará directamente el nombre de los comitentes. La legislación de Ucrania es una de las más permisivas en el mundo en esta práctica, puesto que se permite para todas las personas que tengan la intención ser padres, aunque esta ley establece un requisito principal: ser un matrimonio heterosexual, es decir que no hay posibilidad para parejas solteras o parejas homosexuales (Guerra, 2018)

El caso de Rusia. La gestación subrogada en Rusia se encuentra regulado por diferentes normas. Los artículos 51.4 y 52.3 del Código de Familia, el artículo 35 de la Ley sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación Rusa, así como el artículo 16.5 de la Ley federal sobre las actas de estado civil. De acuerdo con la legislación rusa, no importa la nacionalidad de las personas que deseen acogerse al alquiler de vientres, así como tampoco el

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

estado civil de las personas, deben existir ciertas indicaciones médicas para recurrir al servicio de alquiler de vientre, igual sucede con la nacionalidad de los usuarios. Cuando el niño haya nacido, la madre gestante debe dar su autorización para que los padres intencionales sean los inscritos en el registro civil como padres del niño, siendo así que a partir de este momento la madre gestante perderá sus derechos como madre sobre el recién nacido (Guerra, 2018).

El Caso de Estados Unidos. La legislación sobre la gestación subrogada en Estados Unidos varía entre estados puesto que es un país federado, así pues, no existe una ley federal uniforme de la validez jurídica sobre la gestación subrogada en este país. Por tanto, cada estado regula la gestación subrogada de manera diferente, ya sea por la jurisprudencia o la Ley, en la gran mayoría de estados se muestran una postura favorable ante esta práctica de reproducción asistida y se les llama a estos estados *surrogacy-friendly*. La legislación en muchos estados es permisiva como es el caso de California esto hace que sea un destino más recurrido por parejas que quieran ser padres fundamentalmente porque la legislación de este estado es de los pocos que no pone obstáculos cuando los padres de intención tienen nacionalidad o residencia en otro Estado. Así pues, en este Estado la práctica de la gestación subrogada se ha convertido en un buen negocio lucrativo (Mohapatra, 2017).

En definitiva, este modelo de admisión amplia alude que la práctica de la gestación subrogada es absolutamente legal y poco exigente para permitirla, tanto es así que personas nacionales como extranjeras pueden ir a estos Estados para realizar el proceso de subrogación.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

3.1.4. Gestación Subrogada desde la Perspectiva Jurídica del Derecho Constitucional y Civil

La gestación subrogada a la luz del derecho constitucional

De acuerdo con el segundo objetivo específico de la presente investigación en relación con la maternidad subrogada desde la perspectiva jurídica del derecho constitucional y civil, en primer lugar, es importante analizar el marco constitucional jurídico legal de la gestación subrogada en relación con los derechos fundamentales y principios constitucionales. Por tanto, en primer lugar, se analizará la relación de los derechos fundamentales de las partes intervinientes sobre la práctica de la gestación subrogada y en segundo lugar se identificará la gestación subrogada a la luz del derecho civil.

En primer lugar, como principio y de manera general, los derechos fundamentales se refieren a “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo en la mayor parte en la normativa constitucional” por tanto, esta definición remite incluir dentro de las constituciones una declaración de derechos y libertades, donde se articula el individuo con el Estado como reivindicación de su dignidad y garantía de sus libertades fundamentales (Pérez Luño, 2004). Así pues, los derechos fundamentales se encuentran reconocidos en el ordenamiento positivo. Si bien, los derechos fundamentales tienen una clasificación de garantía, es decir, que los derechos y libertades son dotados por garantías normativas, procedimentales, institucionales y jurisdiccionales para así protegerlos, algunos derechos como la libertad personal, la vida, la intimidad, la seguridad, entre otros, gozan de una máxima garantía excepcional (Pérez Luño, 2004).

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se encuentran vinculados con el poder público. Por tanto, este debe compatibilizarlos en el ámbito del derecho civil y en relación con el principio de autonomía de la voluntad que rige las relaciones entre particulares. Así pues, el Estado democrático constituye como elemento esencial los derechos fundamentales del ordenamiento objetivo y no solo como derechos subjetivos de sus titulares. Por ello, la Constitución vincula todo esto a los poderes públicos y a los ciudadanos. Es decir, que el poder público a través del legislador está preocupado con la regulación de las relaciones sociales conforme al respeto y eficacia de los derechos fundamentales (Balaguer, Cámara, López, Balaguer y Montilla, 2019) por lo que, ante esta situación el legislador tiene la obligación de disciplinar normativamente las relaciones privadas de tal modo que ellas se vean garantizados y preservados los derechos fundamentales. No obstante, ante la ausencia del legislador, la doctrina juega un papel importante de la eficacia social u horizontal de los derechos fundamentales para hacer real y efectivo la protección y garantía de estos (Balaguer et al., 2019).

Es importante hacer mención del orden público puesto que este representa un límite a la autonomía de la voluntad en la renuncia de derechos. Se considera que existe una voluntad del Estado por encima de la voluntad particulares. Por tanto, los derechos de las mujeres deben entenderse por encima de su voluntad al ser considerados como bienes jurídicos protegidos por los poderes públicos (Balaguer et al., 2019).

En definitiva, el Estado social de derecho y la sociedad son los que disuelven los obstáculos entre lo público y privado donde la constitución es más que normas (Balaguer et al., 2019). La constitución es normativa en estricto sentido puesto que no solo vincula a los poderes públicos, sino también a los particulares. Así pues, los derechos fundamentales tienen eficacia y garantía en el ámbito de sus relaciones particulares.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

La procreación es un hecho natural y humano que permite la preservación de la especie. Sobre los derechos de las personas o parejas de intención que tienen el deseo de procrear se alude a los derechos sociales, económicos y culturales en concreto al derecho de familia. De este modo, es importante conceptualiza el termino de familia. según la RAE define “la familia como el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas o como conjunto de ascendentes, descendentes, colaterales y afines de un linaje”. La constitución política de Colombia en el tenor del art. 42 define la familia “como el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia” (Constitución Política de Colombia, 1991). Así pues, las personas tienen el derecho a procrear, aunque su libertad no puede lesionar los derechos fundamentales de otras personas. Si bien, las técnicas de reproducción asistida han permitido que personas que tienen problemas de fertilidad o no, puedan llegar a ser padres. Según Morán de Vicenzi (2005) ante esta realidad sobre estas técnicas de reproducción asistida se ha llegado a defender la existencia del derecho a procrear. La doctrina que defiende el derecho a procrear lo sustenta que este derecho tiene valores superiores tales como la libertad personal, la autonomía y la intimidad. No obstante, este derecho no tutela la decisión de una mujer de prestar o alquilar el útero para gestar un hijo para un tercero que deberá entregar cuando nazca, por tanto, este derecho no es absoluto al igual que los demás derechos. El ejercicio de los derechos se debe hacer a luz de la razonabilidad y respecto de la dignidad humana de los sujetos intervinientes de la práctica de la gestación subrogada tanto de la mujer gestante y el nacido (Emaldi, 2018).

La colisión de los derechos fundamentales que entran en controversia a causa de esta práctica de reproducción subyace, por una parte, en relación con los derechos del niño, sobre el bien

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

superior del mismo, el de los padres intencionales, que invocan y alegan los derechos a la no discriminación y el derecho a procrear; por otra parte, los derechos de la mujer subrogada en relación con el derecho a la dignidad y los derechos interdependientes de este. Así pues, de los acuerdos celebrados suscitan una serie de controversias entre las partes, como, por ejemplo, que la madre se niegue a entregar al nacido a la pareja intencional, como también la pareja negarse a recibir el nacido, aunque el órgano jurisdiccional se ha pronunciado sobre el interés superior del niño (Convención de los Derechos del Niño, 1989).

En estas mismas líneas señala Marrades (2017) que se deben tener en cuenta dos criterios sobre la práctica de la gestación subrogada a la luz de la constitución. El primero, alude a la instrumentalización de la persona en relación con la mujer gestante y el recién nacido, quienes estarían siendo utilizados como objetos del mercado, donde la dignidad de ambos se estaría vulnerando y el segundo criterio es que la dignidad humana es el eje fundamental de todos los derechos y por tanto si los derechos se vulneran la dignidad también (Puig, 2017). Así pues, esta práctica afecta de una manera considerable la dignidad de la mujer que ofrece y acepta ser tratada “como incubadora humana de hijos ajenos” o “recipientes reproductivos (Casado, 2014). En este sentido significa la cosificación o instrumentalización de las mujeres subrogadas (Aznar y Tudela, 2018). Las mujeres estarían utilizando su cuerpo para satisfacer los deseos de quienes tienen poder adquisitivo y así pues se convierten en medios de otras personas para que estas satisfagan sus fines personales a cambio de una compensación económica (Puig, 2017).

En definitiva, la práctica de la gestación subrogada lesiona el derecho de la dignidad humana y, por tanto, todos los derechos interdependientes de ella, al cosificar tanto el cuerpo de la mujer y el nacido como un objeto del mercado que se puede comercializar para satisfacer el deseo y necesidades familiares y personales de un tercero, lo cual vulnera y colisiona con otros derechos.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Si bien, el cuerpo no es un bien ni dentro ni fuera del comercio, sería incorrecto a luz del derecho constitucional validar los acuerdos celebrados mediante esta modalidad. La dignidad se posee en el primer momento de la existencia por el hecho de ser persona.

La gestación subrogada a la luz del derecho civil

Los acuerdos de gestación subrogada son contemplados en muchas legislaciones como contratos típicos y atípicos a título gratuito u oneroso por el cual una mujer a partir de una práctica de reproducción asistida gesta un niño que debe entregar al momento del nacimiento a una persona o pareja de intención. Por tanto, un contrato es un negocio jurídico. Identificar la perspectiva jurídica del acto o negocios jurídicos en general y de los contratos, nos llevará a una aproximación de la validez jurídica o no de los contratos de gestación subrogada.

En primer lugar, es necesario realizar una breve conceptualización del acto y negocio jurídico. El negocio jurídico a la luz de la concepción clásica de la doctrina alemana se considera una declaración de voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos. Según Diez Picazo y Ponce (1963), el negocio jurídico se conceptualiza como “un acto de autonomía privada que reglamenta una determinada relación o situación jurídica”. Asimismo, Torres (2001) define el acto jurídico como “la manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos que el ordenamiento reconoce y tutela” (p.23). No obstante, la doctrina moderna enfatiza que la voluntad está subordinada a límites normativos tal y como alude Diez Picazo y Gullón (2004) los efectos del negocio jurídico están condicionados a que el marco jurídico los admita.

En definitiva, se considera que la voluntad del sujeto es el eje central para el nacimiento del acto o negocio jurídico. Así pues, la voluntad de la persona debe versar, no solo sobre el contenido del acto sino también sobre los efectos de este. Por tanto, a través del acto jurídico los sujetos regulan sus intereses. Las parejas comitentes utilizan el contrato de maternidad subrogada para

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

expresar la voluntad de ser padres de un recién nacido, encomendando la gestación a una tercera persona (madre subrogada). En este sentido, el contrato se encuentra en el tenor de la legislación civil de Colombia a la luz del art. 1495 del Código Civil en adelante C.C, señala que el contrato o la convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer o extinguir relaciones jurídicas, para su validez se requiere: a) que sea legalmente capaz; b) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; c) que recaiga sobre un objeto lícito; d) que tenga una causa lícita. Asimismo, el art. 1091 C.C. establece que “los contratos tienen fuerza de ley entre las partes”.

Por otra parte, examinar la estructura como los elementos, presupuestos y requisitos del acto jurídico es importante para el análisis de este objetivo de la presente investigación. Los elementos corresponden con la integración que hacen que exista el momento de la celebración del acto jurídico, como son la manifestación de la voluntad y la causa. En relación con los presupuestos, su aparición es necesaria en un momento previo a la celebración del acto jurídico, estos son el objeto, la causa y el sujeto y por último los requisitos deben cumplir los elementos y los presupuestos que pueden ser la capacidad de juicio y ejercicio; licitud y voluntad libre. Así pues, el acto o negocio jurídico es un acto humano que debe ser voluntario, lícito y dirigido a producir efectos jurídicos, además el contrato es la expresión por antonomasia de este, es decir, que los acuerdos de gestación subrogada son contemplados como actos o negocios jurídicos de forma general y como contratos de forma particular, aunque resulte cuestionable la maternidad subrogada como contrato encaja en la categoría cumpliendo los elementos esenciales del mismo.

Los acuerdos de maternidad subrogada, como se ha indicado, son un contrato donde la mujer presta un servicio concreto, que es gestar un hijo para otra persona (padres de intención), de este modo la mujer debe llevar acabo el embarazo, nacimiento y entrega de una persona que es recién

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

nacida, como si fuera el producto final. Cabe resaltar que los acuerdos de maternidad subrogada se desarrollan en un mundo gobernado por la ley de la oferta y la demanda donde existe la posibilidad para las parejas que tienen dificultades de fertilidad o parejas del mismo sexo entre otras, y estas parejas ostentan de capacidad económica para llevar a cabo los acuerdos de maternidad subrogada. Por otra parte, los contratos atípicos surgen como consecuencia de que las partes pueden pactar un reglamento diverso de lo previsto en la ley a lo prescrito por el principio de la autonomía privada, cabe señalar la diferencia entre los contratos típicos y atípicos, el primero alude a los contratos establecidos por la Ley y gozan de individualidad propia y los segundos contratos atípicos, derivados de los pactos, cláusulas y condiciones que establezcan las partes en uso de la libertad contractual. Si bien, la autonomía privada en Colombia permite realizar todo tipo de acto jurídico que no se encuentre expresamente prohibido por la Ley. Es decir que los esquemas legales o existentes introducen a los contratos nuevas cláusulas o prestaciones para servir a fines nuevos (Diez Picazo y Gullón, 2004).

A continuación, se expondrá de manera general dos tipos de acuerdos de maternidad subrogada, tales contratos reciben diferente tratamiento jurídico según el acuerdo que las partes quieren celebrar. Un contrato típico como el de compraventa y arrendamiento. Aunque la celebración de uno u otro no puede contravenir los límites establecidos por el marco jurídico.

Contrato de compraventa. Los acuerdos de maternidad subrogada se pueden contemplar como contratos de compraventa, en virtud del negocio jurídico, de acuerdo con el art. 1849 C.C. “el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero”. Asimismo, el art. 1866 C.C. establece que se puede vender todas las cosas corporales, o incorporeales, cuya enajenación no esté prohibida por ley. Este acuerdo es un negocio jurídico y un modo de adquirir el derecho real sobre la propiedad ya sea de un bien mueble o inmueble que se

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

encuentran en el comercio del hombre. Así pues, el perfeccionamiento de la obligación es transferir la propiedad. En otras palabras, el acuerdo de maternidad subrogada comercial puede ser definido como aquel negocio en favor del cual una mujer acuerda con otros (pareja comitente) entregar el recién nacido a cambio de que estos le paguen el precio. Así pues, las partes estarían ejecutando un contrato de compraventa de un ser humano. La mujer tras dar a luz debe transferir la propiedad del recién nacido a los comitentes. Asimismo, los contratantes asumirán obligaciones accesorias las cuales del mismo modo que la obligación principal será exigible.

El análisis de la presente investigación sobre los acuerdos de gestación subrogada a la luz del derecho civil y en este caso del contrato de compraventa, es importante resaltar que la doctrina sostiene que se caracteriza por ser consensuales, puesto que el perfeccionamiento se realiza con el consenso de las partes. No obstante, en los acuerdos de maternidad subrogada, los intervinientes suscriben un documento para dar seguridad al acuerdo que se celebra. Como es el caso de California, el documento exige que los intervinientes cuenten con representación de abogados distintos y además la suscripción del documento es ante notario según Ximénez de Sandoval (2017).

De lo anterior, se puede analizar que el objeto de los acuerdos de maternidad subrogada a través del contrato de compraventa no es lícito, puesto, que el ser humano atiende a su naturaleza. Es decir, los seres humanos no son cosa del comercio puesto que el ser humano está fuera del comercio de los hombres y por tal motivo no es susceptible de apropiación ni de compensación económica. En el caso de realizar un acuerdo bajo esta concepción se estaría contravirtiendo y vulnerando de manera manifiesta la dignidad humana y los derechos con conexión a ella. Según el Código Civil de Colombia el concebido y persona son sujetos de derecho, y por tal motivo se prohíbe toda posibilidad para que sean tratados como bienes u objetos de contrato.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Contrato de Arrendamiento. El análisis de este segundo tipo de acuerdo sobre la gestación subrogada en virtud de lo establecido en el art. 1973 del C.C. que alude al contrato de arrendamiento en que las dos partes se obligan, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado. De la anterior definición se establecen dos efectos del contrato. El primero, el arrendatario posee, un uso y goce de un bien mueble o inmueble sin estar obligado a hacerse de su propiedad. El segundo, el arrendador obtiene una ventaja económica.

Respecto al bien sobre el cual recae el acto de maternidad subrogada existe cierta equivocación puesto que se afirma que el órgano objeto de este acuerdo es el vientre y otros el útero de la mujer que gestará un niño. Ya que, de acuerdo con la RAE vientre significa “región exterior del cuerpo, correspondiente al abdomen, que es anterior en el ser humano e inferior en los demás vertebrados” y el útero la RAE define como el “órgano muscular hueco de las hembras de los mamíferos, situado en el interior de la pelvis, donde se produce la hemorragia menstrual y se desarrolla el feto hasta el parto”. Así pues, de lo anterior y de acuerdo con las definiciones es correcto considerar a la maternidad subrogada como sinónimo de útero de alquiler, cesión de útero o arrendamiento de útero más que el mal llamado vientre de alquiler.

De acuerdo con el bien objeto del contrato de arrendamiento el Código Civil señala en el art. 1974 las cosas susceptibles de arrendamiento “todas las cosas corporales o incorpóreas, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso”. Puede arrendarse aún la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción. Asimismo, exige los siguientes requisitos: a) la existencia de la cosa debe existir al momento de celebrarse el contrato y al momento de entregarse. Así pues, la madre subrogada cuenta y dispone

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

de su útero; b) con relación a la posibilidad, el goce de la cosa debe ser posible, la madre subrogada, ofrece su útero para que los padres comitentes obtengan de él un provecho; c) la cosa debe ser lícita, de acuerdo con el art 1974 C.C. las partes del cuerpo humano no son bienes de los que una persona pueda disponer y obtener por ello un precio, esto es debido porque se encuentran fuera del comercio de los hombres.

De acuerdo con lo anterior se analizan varias cuestiones del acuerdo de gestación subrogada mediante el contrato de arrendamiento. En primer lugar, la gestación subrogada no puede celebrarse como un contrato de arrendamiento, puesto que, los padres de intención no poseen alguna parte del cuerpo de la mujer gestante, desde luego la mujer es quien conserva la posesión de su útero y obtiene una ventaja económica por subrogar su útero al servicio de gestar un niño para otro; la segunda cuestión, y la principal, es que se prohíbe llevar acabo acuerdos donde se disponga del cuerpo del ser humano con la finalidad de obtener un lucro. Así pues, el cuerpo es un bien *extra commercium*, de celebrarse un contrato bajo este tipo de acto jurídico se estaría lesionando la dignidad humana como los derechos conexos con ella.

Tras realizar el análisis del acto jurídico de la gestación subrogada para que llegue a ser válido debe cumplir como ya se ha explicado los requisitos previstos en el Código Civil de Colombia, así como no contravenir el orden público ni las buenas costumbres. Por tanto, si el acto jurídico no cumple con los requisitos legales serán nulo de pleno derecho. Aunque, la legislación distingue entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa. La primera se basa en la consideración del orden público y la segunda en la garantía de los intereses privados (Vidal, 2016). La nulidad puede ser alegada por cualquiera que tenga intereses sobre este, estas nulidades se encuentran en el art. 144 C.C. nulidad por ausencia de consentimiento, art. 145 C.C nulidad por ausencia del consentimiento. Asimismo, la nulidad absoluta y relativa se establecen en el art. 1741 C.C se

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

produce una nulidad por un objeto o causa ilícita, es decir, por la omisión de algunos requisitos o la formalidad que las leyes establecen para ciertos actos o contratos. De este modo respecto a los acuerdos de maternidad subrogada se puede plantear una cuestión y es si la mujer que se ofrece para gestar un hijo ajeno actúa de manera voluntaria o su voluntad interna ha sido perturbada al encontrarse en debilidad manifiesta, de este modo la maternidad subrogada comercial lesiona de manera manifiesta la libertad y la autonomía de las mujeres puesto que se discute si las mujeres eligen libremente o su voluntad se encuentra influenciado por aspectos económicos.

109

Según Donchin (2010) manifiesta que la maternidad subrogada puede considerarse como una necesidad económica más no una decisión libre y autónoma de las mujeres, asimismo se alega que el consentimiento no es libre ni informado, ya que las mujeres toman estas decisiones por razones de supervivencia y razones económicas, es decir, que su consentimiento se encuentra viciado. Así pues, estos contratos no cumplen los requisitos que garantizan la autonomía exigible para celebrar un contrato libre entre iguales (Nuño, 2017). Si bien, existe de cierto modo la manifestación de la voluntad de la madre subrogada al celebrar estos tipos de acuerdos, por lo que no se podría alegar su nulidad. No obstante, dicha voluntad podría adolecer de algún vicio que sería causal de nulidad, así pues, la parte afectada e interesada podrá invocarla.

En definitiva, los acuerdos de maternidad subrogada no están ajustados a derecho puesto que contravía normas y principios del orden público y a las buenas costumbres. Tras el análisis a la luz del derecho civil, los acuerdos de maternidad subrogada no cumplen los requisitos exigidos por el Código Civil de Colombia para ser un acto jurídico válido. Aunque exista la voluntad de las partes libre y autónoma de querer celebrar y obligarse entre sí, la causa y objeto contravía el marco jurídico, en este sentido los contratos de gestación subrogada serían nulos de pleno derecho.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

4.1.1 Gestación Subrogada: Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Mujer Vulnerados

En este apartado se realizará un análisis para determinar los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer vulnerados con la práctica de la gestación subrogada, cumpliendo así con el tercer objetivo específico.

En primer lugar, la gestación subrogada supone la vulneración del derecho a la igualdad y dignidad de la mujer gestante. El derecho a la dignidad se ve vulnerado de acuerdo con dos criterios fundamentales. El primero de ellos, es que la dignidad es la base, es decir, el fundamento de todos los derechos, por tanto, si otros derechos se ven vulnerados la dignidad también lo hará (Puig, 2017). El derecho a la dignidad es el sustento además de que los derechos son inherentes e inviolables a la persona. Por ello, la dignidad puede ser considerada como un derecho con primacía, ya que para que se reconozcan el resto de los derechos fundamentales es necesario el respeto y la garantía de este (Balaguer, 2017). El segundo de ellos es que el vientre de la mujer, y por tanto la mujer en sí, es considerada como un medio para alcanzar el deseo de tener un hijo de otra persona. Por tanto, se instrumentaliza a la mujer y se vulnera la dignidad de esta (Puig, 2017). Además, e incluso en los casos en los que se produce la gestación subrogada de manera altruista, de acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia la única que se debería permitir en el Estado colombiano y a pesar de la ausencia de un marco de regulación específico, supone el empleo del cuerpo de la mujer como si fuese un instrumento y por tanto la cosificación de las mujeres. Por ello, la igualdad y la dignidad de la mujer son derechos vulnerados con la práctica de la gestación subrogada, dado que supone la cosificación. Además, teniendo en cuenta lo anterior, y puesto que son las mujeres las únicas que pueden ser madres gestantes, la gestación subrogada también vulnera el derecho a

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

la distinción por sexo. En esta misma línea, de acuerdo con Puig (2017), si se legaliza la práctica de la gestación subrogada, entre otras cosas, supondría seguir manteniendo un sistema patriarcal e incompatible en este caso con el ordenamiento constitucional que se basa en la igualdad, dignidad y libertad.

Otro derecho fundamental vulnerado es el derecho a la integridad física y moral de la mujer gestante. En el marco teórico se expusieron las consecuencias de la maternidad subrogada. En este sentido, se resalta que el embarazo conlleva tanto peligros físicos como psicológicos para la mujer gestante.

Respecto a la integridad física, además de los riesgos relacionados con la gestación hay que considerar los posibles riesgos durante el parto o cesárea. Por un lado, durante el embarazo el cuerpo, es decir, el organismo de la mujer gestante cambia de manera drástica, produciéndose cambios hormonales y estructurales. Dado que existe una conexión entre el futuro bebé y el cuerpo de la mujer gestante, este último sirve para suministrar todos los minerales, nutrientes, vitaminas y demás factores esenciales para el desarrollo del feto. En el caso de complicaciones el cuerpo de la mujer (a nivel digestivo, sanguíneo, inmunológico) se modifica y pueden surgir enfermedades que únicamente se producen por el embarazo (Artigues, 2017; Fahlén y Aström, 2013) o incluso se podría producir la muerte de la mujer gestante. Por tanto, la maternidad subrogada es una práctica que vulnera el derecho a la vida y seguridad.

Respecto a la integridad psicológica o moral es importante señalar como las clínicas que se encargan de llevar a cabo esta práctica realizan intervenciones psicológicas para tratar de disminuir el vínculo emocional que se establece entre la mujer gestante y el bebé (Ekman, 2017). Con estas

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

intervenciones psicológicas se pretende que la mujer gestante aprenda a disociarse del futuro recién nacido, considerando este último como un objeto, en lugar de como una persona y por tanto se hace necesario deshumanizar el embarazo (Ekman, 2017). La Corte Constitucional entre los requisitos que planteó para la posibilidad de que se diera la gestación subrogada alude a que la mujer gestante no puede retractarse y no entregar al recién nacido, una vez firmado el contrato y también se establece la necesidad de controles médicos y psicológicos antes, durante y después (Sentencia T-968 de 2009). Sin embargo, el hecho de tener que entregar al recién nacido de manera obligatoria también puede tener consecuencias a nivel psicológico en la madre gestante y posiblemente la Corte lo tuvo en cuenta ya que también se establecieron los controles médicos y psicológicos después del nacimiento del niño. De acuerdo con investigaciones previas, el haber experimentado un sentimiento de afecto hacia el futuro niño y la separación de este tiene consecuencias negativas para la salud mental de la madre gestante y, además, durante el embarazo se transmite carga genética (Vilella, 2015).

Por tanto, la práctica de la gestación subrogada supone la vulneración de la integridad física y psicológica, ya que el embarazo puede producir alteraciones en la salud física y psicológica de la mujer gestante, tanto durante el embarazo, en el parto o después del parto, o en otras palabras supone la vulneración de derechos fundamentales como el derecho a la vida y seguridad. Se recuerda, que si estos derechos son vulnerados, también está siendo vulnerado el derecho a la dignidad.

Otro aspecto relacionado directamente con la gestación subrogada es la violencia obstétrica. La violencia obstétrica es la violencia que se ejerce por los profesionales sanitarios sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de la mujer (Santos, Yáñez y Al-Adib, 2015). De acuerdo con la OMS

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

(2014) la violencia obstétrica ocurre en todos los países y es necesaria su erradicación, pues de lo contrario supone la vulneración de los derechos humanos. La OMS (2014) informó de lo siguiente:

“En todo el mundo, muchas mujeres sufren un trato irrespetuoso y ofensivo durante el parto en centros de salud, que no solo viola los derechos de las mujeres a una atención respetuosa, sino que también amenaza sus derechos a la vida, la salud, la integridad física y la no discriminación. Esta declaración reclama un accionar más enérgico, diálogo, investigación y apoyo en relación con este importante problema de salud pública y de derechos humanos” (p. 14).

Así pues, es importante considerar que la violencia obstétrica puede ocurrir en cualquier lugar y a cualquier mujer embarazada, y que esto supone la vulneración de los derechos humanos, como el derecho a la salud, integridad, discriminación, vida, penas crueles o degradantes. Por tanto, de nuevo la práctica de la gestación subrogada puede estar relacionada con la violencia obstétrica y esto supone una auténtica violación de los derechos fundamentales de las mujeres.

La libertad es otro de los derechos fundamentales que se vulnera con la práctica de la gestación subrogada. Si bien el derecho a la libertad es el principal argumento de los individuos que están a favor de la regulación de la gestación subrogada, pues señalan que cada uno es libre de decidir sobre su cuerpo (Puig, 2017), sin embargo, es la libertad uno de los derechos fundamentales directamente vulnerados.

De acuerdo con Balaguer (2017), la libertad es un derecho que está condicionado por el mercado. Esta autora establece lo siguiente respecto a la libertad:

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

“Esta apariencia de libre autodeterminación está sin embargo contradicha por bastantes evidencias, que demuestran que es la posición que se ocupa en el mercado la que define la posibilidad de elección individual... Hay que dejar fuera del mercado, las cuestiones atinentes a la protección de ciertos derechos, si no se quiera incurrir en injusticias históricas irreparables desde las posiciones de la libertad individual como justificativa de todo tipo de conducta.” (p. 178).

Además, y también en relación con el derecho a la libertad, existen bienes con los que no se puede comercializar como por ejemplo los órganos de las personas, a pesar de que pueden salvar vidas, así como tampoco una persona podría venderse en condiciones de esclavitud por comida, por ejemplo (Nuño, 2017). De acuerdo con Puig (2017) “La idea de autonomía individual del pensamiento liberal o neoliberal, entiende que cada persona decide dónde quiere estar, y después el mercado se encarga de redistribuir esas posiciones según el esfuerzo de cada cual” (p.169). No obstante, y de acuerdo con Balaguer (2017) la desigualdad aumenta en situaciones de precariedad. En este sentido, la existencia de un contrato para suponer una relación de igualdad entre las partes se aleja de la libertad, asimismo ocurre cuando además una de las partes, y frecuentemente coincide con la mujer gestante es de bajos recursos económicos, frente a los padres biológicos que suelen ser personas con mayores recursos económicos que la mujer gestante (Palmero, 2018; Rubio, 2017).

En el caso de la gestación subrogada de manera altruista, también debe existir un contrato. Por tanto, el recién nacido sería considerado como un producto. Así, de acuerdo con Spar (2006) la gestación subrogada puede ser considerada como un negocio que se fundamenta en la mercantilización de los niños como productos de mercado. Sin embargo, la vida de una persona

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

como un producto no puede estar amparada jurídicamente. De hecho, ninguna madre tiene poder de disposición sobre sus hijos (Esquembre, 2017).

Si tenemos en cuenta que en la mayoría de las ocasiones la gestación subrogada se realiza con fines lucrativos, puesto que son las mujeres de menores recursos económicos las que se ofrecen para ser madres gestantes, no solo la igualdad y dignidad, además de la vida y seguridad serían derechos vulnerados, sino que también se podría considerar como una práctica neoliberal y que vulnera el derecho a la no esclavitud.

Además, otro aspecto que puede vulnerar no solo el derecho a la libertad, sino otros muchos derechos humanos y libertades fundamentales son las cláusulas que se pueden establecer en el contrato, lo anterior dado que en Derecho Privado todo puede ser válido si se ha pactado en un contrato (Puig, 2017). Asimismo, otro aspecto fundamental relacionado con la protección del derecho a la libertad, y los derechos humanos en general, es que la libertad de una persona no puede prevalecer sobre la libertad de otra persona o colectivo.

En definitiva, con la práctica de la gestación subrogada se vulneran derechos humanos y libertades fundamentales consagrados tanto en declaraciones universales, como en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), como los consagrados en la Constitución Política de Colombia (1991). Los derechos vulnerados son la igualdad y dignidad, la discriminación por sexo, el derecho a la vida, seguridad y libertad, la no esclavitud, el derecho a la no tortura, penas crueles y degradantes, el derecho a una vida digna y el derecho a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Capítulo IV

4. Conclusiones

A continuación, se establecerán las principales conclusiones, tras haber realizado un análisis de la práctica de la gestación subrogada en Colombia. Asimismo, se recuerda que los objetivos específicos fueron tres: 1) indicar los marcos de regulación de la gestación subrogada: derecho comparado; 2) identificar la maternidad subrogada desde la perspectiva jurídica del derecho Constitucional y Civil; y 3) determinar los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer vulnerados a partir de la gestación subrogada.

En relación con el principal objetivo, se puede concluir que, en la actualidad, en Colombia no existe una ley que permita, prohíba o regule la gestación subrogada. Si bien han existido varios intentos para promulgar una ley, pues se llevaron a cabo diferentes proyectos de ley, ninguno de estos obtuvo el apoyo necesario para dar como resultado una ley específica que regule la práctica de la gestación subrogada.

Además, en cuanto a la jurisprudencia, existe la sentencia T-968 de 2009 donde la Corte Constitucional estableció unos requisitos que se deberían tener en cuenta en el caso de llevar a cabo la gestación subrogada. Los requisitos establecidos por la Corte fueron los siguientes: problemas relacionados con la incapacidad para concebir de la madre biológica, que la madre gestante no aporte sus gametos y únicamente aporte su útero para la gestación, que la gestación subrogada se lleve a cabo de manera altruista, que la madre gestante sea mayor de edad, haya sido madre con anterioridad, que tenga un buen estado de salud, que la madre gestante se realice pruebas y exámenes físicos y psicológicos, antes, durante y después del embarazo, preservación de la

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

identidad de las partes, la no retracción a entregar al recién nacido, los padres biológicos no podrán rechazar al bebé, el bebé una vez nacido no podrá quedarse desprotegido en caso de muerte de sus padres biológicos durante su gestación, y por último, la madre gestante solo podría interrumpir el embarazo en caso de indicación médica.

También es importante resaltar que la Corte insta a que se promulgue una ley sobre la práctica de la gestación subrogada dado que no existe esta y además son múltiples los anuncios de mujeres que se ofrecen para ser madres gestantes, así como clínicas que ofrecen dicha práctica. De acuerdo con la Corte, solo se permitiría la gestación subrogada de manera altruista. Sin embargo, la gestación subrogada de manera altruista es prácticamente una falacia, ya que incluso en países donde está regulada de esta manera como Canadá, siempre existen gastos derivados del embarazo. En Canadá donde no se permite la retribución económica por la gestación subrogada, se paga a la mujer gestante aproximadamente 22,000 dólares canadienses por los gastos derivados del embarazo.

Tras el análisis de los modelos de la gestación subrogada se concluye que en el derecho internacional no existe un contexto jurídico unánime como tampoco a nivel regional que regule esta práctica, los diferentes estados modernos brindan diferentes sistemas jurídicos a la situación legal mundial de la gestación subrogada, en el derecho comparado se alude a tres grandes marcos de regulación. En primer lugar, existe el modelo de prohibición absoluta, en segundo lugar, el modelo admisión bajo ciertos requisitos y condiciones y en tercer lugar, el modelo de admisión amplia, aún con fines comerciales. Así pues, cada país adopta el modelo a la regulación interna de su ordenamiento. Por tanto, se concluye que el Estado de Colombia debería regular la práctica de la gestación subrogada adoptando el modelo de regulación prohibicionista absoluta, puesto que

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

esta regulación evitará que Colombia se convierta en un destino de turismo reproductivo. Asimismo, el Estado al prohibir esta práctica brindará seguridad jurídica y garantizará los derechos fundamentales de las mujeres, tal y como lo establece la CEDAW que, a pesar de no centrar su contenido sobre la gestación subrogada, determina las directrices que en todo caso deben respetarse a nivel internacional. Un ejemplo de ello sería el siguiente artículo: “Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer” (art. 6, CEDAW).

Realizado el análisis desde la perspectiva jurídica constitucional y civil se determina que a la luz del derecho Constitucional existe una colisión de derechos fundamentales de las personas involucradas. Por una parte, la práctica de la gestación subrogada vulnera los derechos fundamentales y principios constitucionales. Puesto que esta práctica lesiona la dignidad humana tanto de la madre como del niño al cosificar el cuerpo de la madre y el niño como un objeto del mercado. No obstante, el deseo de las personas de formar una familia también es un derecho, pero este no puede lesionar la dignidad humana de los involucrados, para satisfacer necesidades personales de otros.

Los acuerdos de maternidad subrogada no están ajustados a derecho puesto que contradicen normas y principios del orden público y a las buenas costumbres. Tras el análisis a la luz del derecho civil los acuerdos de maternidad subrogada no cumplen los requisitos exigidos por el Código Civil de Colombia para ser un acto jurídico válido. Aunque exista la voluntad de las partes libre y autónoma de querer celebrar y obligarse entre sí, la causa y objeto contradicen el marco jurídico, en este sentido los contratos de gestación subrogada serían nulos de pleno derecho.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Respecto a los derechos humanos y libertades fundamentales se puede concluir que la práctica de la gestación subrogada supone una vulneración de los siguientes derechos fundamentales: derecho a la igualdad y dignidad, discriminación por sexo, derecho a la vida, seguridad y libertad, derecho a la no esclavitud, derecho a una vida libre de tortura, penas crueles y degradantes, derecho a una vida digna y derecho a la protección de los derechos humanos. Además, es importante señalar que los derechos humanos son universales, inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes e imprescriptibles. Por tanto, no es que solo que todos los seres humanos gozan de estos derechos, sino que además estos derechos no pueden ser transferidos, no pueden ser renunciados por sus titulares y todos los derechos gozan de idéntica importancia y si un solo derecho es vulnerado el resto de los derechos también están siendo vulnerados (Carpizo, 2011).

En relación con la vulneración de derechos, también es importante informar que, en Europa, el Parlamento Europeo (2014) se pronunció señalando que la gestación subrogada no solo supone una vulneración al derecho de la dignidad humana de la mujer, sino que también es una realidad de la desigualdad económica, pues son las mujeres de los países subdesarrollados o en vías de desarrollo quiénes más recurren y se ofrecen para ser madres gestantes. Asimismo, el Convenio para la protección de Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina estipula “El cuerpo humano y sus partes como tales no deben ser objeto de lucro” por lo que se podría entender que el útero de una mujer no puede ser alquilado (art. 21) (Emaldi, 2018). En esta línea, Balaguer (2017), afirmaba que la mujer gestante no realiza esa práctica de manera libre, sino que vende su cuerpo por un valor, y esto supone una vulneración a los derechos fundamentales consagrados en declaraciones universales, así como en la Constitución. Por ello, la gestación subrogada no puede ser considerada como una práctica ética

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

y/o legal, dado que promueve la explotación de las mujeres en situación de mayor vulnerabilidad (López, 2017).

Teniendo en cuenta que los derechos humanos y libertades fundamentales son vulnerados por la práctica de la gestación subrogada, investigaciones sugieren la necesidad de prohibir esta práctica. Por ejemplo, de acuerdo con Tur y Álvarez (2017) se sugiere la reforma de la legislación para prohibir y/o sancionar los vientres de alquiler por atentar contra los derechos fundamentales, principios, valores y bienes protegidos constitucionalmente (citado en Puig, 2017).

Por otra parte, resulta interesante resaltar que ningún derecho es absoluto. Por ejemplo, los individuos que sostienen una postura a favor de la gestación subrogada y que aluden para defender esta postura a la libertad y autonomía de las personas o bien al derecho a la maternidad y al beneficio de los adelantos tecnológicos y científicos deben tener en cuenta varios aspectos. El principal factor para considerar es que los derechos no son absolutos. Por ello, cuando se alude al derecho a la maternidad hay que tener en cuenta que tiene un límite y que este límite precisamente existe para no vulnerar la dignidad y los derechos de otras personas, en este caso mujeres. Además, el derecho a la maternidad no significa que se pueda utilizar a otra persona, cosificar a una mujer, es decir, instrumentalizar el cuerpo de una mujer, el derecho a la maternidad estaría más relacionado con el respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer (Puig, 2017). Dado que los derechos no son absolutos, la libertad de un individuo termina donde comienza la del otro. Además, y otro aspecto fundamental, es que existen bienes que no pueden ser considerados como productos del comercio y por tanto no pueden ser comercializados, como los órganos o venderse por condiciones de esclavitud, como ya se mencionó anteriormente y de acuerdo con Nuño (2017).

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Referencias

- Álvarez, N. (2017). Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos. Recuperado de: <https://babygest.com/es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/#la-gestacion-por-sustitucion-en-el-antiguo-testamento>
- Angulo, M. (2016). *La realidad de la maternidad subrogada. ¿Es necesaria su admisión en España?* (Trabajo fin de grado). Universidad Autónoma de Barcelona, España.
- Aréchaga, I. (2017). *El Sónar - blog de Acepresa. Altruismo de pago*. Recuperado de: <http://elsonar.acepresa.com/altruismo-de-pago/>
- Artigues, J. A. (2017). Maternidad subrogada: problemas jurídicos y éticos del alquiler de vientres. *DS: Derecho y Salud*, 27, 123-126.
- Asamblea Constituyente de Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia*: Bogotá: Leyer.
- Asamblea General de Naciones Unidas (2018). *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*. Recuperado de: <https://undocs.org/A/HRC/37/60>
- Aznar, J. y Tudela, J. (2018). Maternidad subrogada. Aspectos éticos. En: *La Maternidad Subrogada, ¿Qué es? y ¿Cuáles son sus consecuencias?* Madrid: Cívica.
- Baby M. (1988). *New Jersey, Supreme Court*, 537 A.2d 1227, 109 N. J. 396 (N. J. 02/03/1988).
- Balaguer, F., Cámara, G., López, J. F., Balaguer, M. L. y Montilla, J. A. (2019). *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Bayarri, M. L. (2015). *Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España*. Recuperado

de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>

Bechara-Llanos, A. (2018). Investigación-acción-jurídica: escenarios para una investigación

activa y crítica en el Derecho. *JURÍDICAS CUC*, 14(1), 211-232.

<https://doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.10>

Bellot, B. (2018). Gestación subrogada: un problema global: situación en el marco de la Unión

Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 94, 1193-1229.

Boletín Oficial del Estado (2006). Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción

humana asistida. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

Brancher, M. (1995). Dos olhos de Agar aos olhos de Deus. *Gênesis*, 16, 1-16.

Brasch, J. y Álvarez, N. (2019). ¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?

Recuperado de: <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/#gestacion-subrogada-altruista>

Buzanca vs Buzanca. (1998). *California Court of Appeal*, 61, Cal.App,4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d

280.

Caballero, G. y Anzola, M. (1995). *Teoría Constitucional*. Bogotá: Temis.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Caparros-Gonzalez, R. A., Romero-Gonzalez, B. y Peralta-Ramirez, M. I. (2018). Depresión posparto, un problema de salud pública mundial. *Revista Panamericana de Salud Pública*, 42, e97.

Caravaca, A. L. C., & González, J. C. (2015). Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del tribunal europeo de derechos humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7, 45-113.

Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones Constitucionales*, 25, 3-29.

Casado, M. (2014). Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada. *Revista Española de Medicina Legal*, 40, 59-62.

Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación por Sustitución. Recuperado de:
<http://abolition-ms.org/es/inicio/>

Código Civil de Colombia. (1888). Recuperado de:
https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_colombia.pdf

Cohen, I. G. (2011). Circumvention tourism. *Cornell L. Rev.*, 97, 1309.

Cohen, G. (2014). Las fronteras del derecho sanitario: globalización y turismo médico. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*.

Coleman, P. (1982). Surrogate motherhood: Analysis of the problems and suggestions for solutions. *Tennessee Law Review*, 50, 71-119.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Comité de Bioética de España (2016). Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Recuperado de:

http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

Coronado, N. (2020). *La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el lobby no tan callado de los vientres de alquiler*. Recuperado de:

<https://www.publico.es/internacional/conferencia-haya-derecho-internacional-privado-lobby-no-callado-vientres-alquiler.html>

Corte Constitucional de Colombia (1 de octubre de 1998). *Sentencia C-536 de 1998*. [M. P. José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional de Colombia (18 de diciembre de 2009). *Sentencia T- 968 de 2009*. [MP María Victoria Valle Correa].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de noviembre de 2012). *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in Vitro") vs. Costa Rica*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 257, ("Artavia").

Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2004). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.

Díez-Picazo, L. y PONCE, D. L. (1963). *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Bosch.

Donchin, A. (2010). Reproductive tourism and the quest for global gender justice. *Bioethics*, 24, 323-332.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Ekis, K. (2016). *All surrogacy is exploitation – the world should follow Sweden’s ban*. The

Guardian. Recuperado de:

<https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/25/surrogacy-sweden-ban>

Ekman, K. (2017). El ser y la mercancía. *Prostitución, vientres de alquiler y disociación*.

Barcelona: Ediciones Bellaterra.

Emaldi, A. (2018). La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad

jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio

legislativo o cumplimiento de la ley. *Dilemata*, 28, 123-135.

Esquembre, M. (2017). Subrogar la gestación: además de imposible, es inconstitucional. *Diario*

Información, 22, 12-15.

Fahlén, M. y Åström, G. (2013). Kvinnors kroppar är inte bara en behållare. *Svenska*

Dagbladet, 28.

Flores, J. (2014). Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo.

Revista de Derecho Privado, 27, 71-89.

Fortini, E. (1998). *La defensa de la Constitución a través de la ordenanza municipal*. Lima:

Editorial Griiley.

Gallego, G. M. (2005). El derecho a la vida en la Constitución Colombiana. Principios

constitucionales y derechos fundamentales. *Nuevo Foro Penal*, 68, 188-239.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

González, D. (2016). *La maternidad como situación protegida en el Derecho del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social. En especial la maternidad por subrogación.* (Trabajo de Máster). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España.

Guerra, M. J. (2018). Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional. *Dilemata*, 26, 39-51.

Hatzis, A. N. (2009). From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece. *Portuguese Economic Journal*, 8, 205-220.

Hermida, B. (2018). Gestación subrogada: un problema global: situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 767, 1193-1229.

International Federation of Fertility Societies (2016). *Global Reproductive Health*. Recuperado de: http://www.ogsm.org.my/docs/IFFS_Surveillance_2016.pdf.

Jouve, N. (2018). *La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias*. Madrid: Sekotia S. L.

La Haya (1955). *Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. Recuperado de: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text>

La Haya (1993). *El Convenio de La Haya de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*. Recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/b14f5293-6cf3-4601-9d6d-534dbd2664a3.pdf>

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

La Haya (2010). *Parentage/surrogacy - 2010 and prior*. Recuperado de:

<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/surrogacy-2010-and-prior>

La Haya (2016). Background note for the meeting of the experts' group on the parentage /

surrogacy project. Recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf>

Ley 51 de 1981 por medio de la cual se aprueba la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmado en Copenhague el 17 de julio de 1980 (Congreso de la República, Colombia), de 2 de junio de 1981.

Ley 70 de 1986 por medio de la cual se aprueba la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptado en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, (Congreso de la República, Colombia), de 15 de diciembre de 1986.

Ley 248 de 1995, por medio de la cual se ratifica la *Convención Interamericana de Belém do Pará para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, (Congreso de la República, Colombia), de 29 de diciembre de 1995.

López, J. (2017). Dimensión económica de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, 28, 199-218.

López, A.V. y López, M. (2018). El alquiler del vientre y el delito. *Inciso*, 20, 1-13. doi: 10.18634/incj.20v.2i.892

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

- Marrades, A. (2017). La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos. *Estudios de Deusto*, 65, 219-241. doi: 10.18543/ed-65(1)-2017pp219-241
- Marrama, S. (2019). Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre venta de niños en el contexto de acuerdos de subrogación de vientres. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 9, 271-289.
- Miyares, A. (2015). Vientres de alquiler: consecuencias éticas y jurídicas. *Eldiario. es*. Disponible On-Line: http://www.eldiario.es/zonacritica/Vientres-alquiler-conseguenciaseticas-juridicas_6_404269596.
- Mennesson vs France. (2014). *Application 65192/11*, 26 de junio.
- Mohapatra, S. (2017). Stated of confusion: regulation of surrogacy in United State. *New Cannibal Markets*, 14, 84-85.
- Morán de Vicenzi, C. (2005). El concepto de filiación en la fecundación artificial. *Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú*.
- Mosquera, C. (1997). *Derecho y genoma humano*. Lima: Editorial San Marcos.
- Nuño, L. (2017). Gestación comercial: deseos y derechos. *El Notario del Siglo XXI*, 72.
- Odar, R. M. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 13, 1-37.
- Olano, H. A. (2006). ¿Qué es Constitución? Reflexiones a propósito del “Boterismo Constitucional”. *Dikaion*, 20, 135-153.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Ollero, A. (2006). *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Navarra: Aranzadi.

Orejudo, P. (2012). Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución. En: Navas Navarro, Susuana, Iguales y *Diferentes ante el Derecho Privado* (466-516). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Organización de las Naciones Unidas (1966). Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1966). Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1945). Carta de las Naciones Unidas. Recuperado de: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>

Organización de las Naciones Unidas (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1993). *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*. Viena. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1993). *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos*

Humanos. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización de los Estados Americanos. (1994). *A-61: Convención Interamericana para*

Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Recuperado de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Organización para la Unidad Africana (1981). *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de*

los Pueblos. Recuperado de: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/afrika/CAFDH/1981-CAFDH.htm>

Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Recuperado

de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

Organización Mundial de la Salud (2010). *Glosario de terminología de Técnicas de*

Reproducción Asistida. Recuperado de: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

Organización Mundial de la Salud (2014). *Prevención y erradicación de la falta de respeto y el*

maltrato durante la atención del parto en centros de salud. Recuperado de: https://www.who.int/reproductivehealth/topics/maternal_perinatal/statement-childbirth/es/

Palmero, M. J. (2018). *Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestión subrogada” como nuevo negocio transnacional*. *Dilemata*, 26, 39-51.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Paradiso vs Campanelli. (2015). Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Questions and*

Answers on the Paradiso and Campanelli v. Italy judgment (27 January 2015)", Nota de prensa, pp. 1-4. Recuperado de: http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf.

Parlamento Europeo (2014). Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI). Recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.html

Peralta-Andia, R. (2004). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Editorial Moreno S. A.

Pérez Luño, A. E. (2004). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos

Profesionales por la Ética (2015). Vientres de alquiler, maternidad subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas. Recuperado de:

<http://profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2015/06/V-aquiler-web.pdf>

Proyecto de Ley 037 de 2009 Cámara, por medio de la cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones. Colombia.

Proyecto de Ley 202 de 2016 Cámara, por medio del cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos. Colombia.

Proyecto de Ley 070 de 2018 Cámara, por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamente en otros casos. Colombia

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Puig, A. (2017). El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 30, 153-177.

Real Academia Española (2019). *Altruismo*. Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Recuperado de: RAE. <https://dle.rae.es/altruismo>

Real Academia Española (2019). *Familia*. Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Recuperado de: <https://dle.rae.es/familia>

Real Academia Española. *Fecundación in vitro*. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/fecundaci%C3%B3n-in-vitro>

Real Academia Española. *Gestación subrogada*. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/gestaci%C3%B3n-subrogada>

Real Academia Española (2019). *Gestar*. Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Recuperado de: <https://dle.rae.es/gestar>

Real Academia Española (2019). *Subrogar*. Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Recuperado de: <https://dle.rae.es/subrogar?m=form>

Real Academia Española (2019). *Útero*. Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Recuperado de: <https://dle.rae.es/%C3%BAterro>

Real Academia Española (2019). *Ventre*. Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Recuperado de: <https://dle.rae.es/ventre>

Real Academia Española. *Ventre de alquiler*. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/ventre-de-alquiler>

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Restrepo, M. A. (2016). Formulación de un paradigma para la investigación judicial. *Dialogo de Saberes*, 44, 145-156.

Rodríguez-Puerto, M. J. (2010). Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho natural. *Díkaion*, 19, 319-347.

Rubio, A. (2017). Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja. En *De la solidaridad al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico* (pp. 65-96). Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.

Ruiz-Calderón, J. M. (2017). Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo. *Cuadernos de Bioética*, 28, 219-228.

Santarelli, N. (2019). Embarazo no deseado/aborto voluntario y salud mental de las mujeres: una problematización de discursos psipatologizantes. *Revista Electrónica de Psicología Política*, 17, 33-53.

Santos, P., Yáñez, A. y Al-Adib, M. (2015). Guía de atención profesional a la pérdida y el duelo durante la maternidad. *Servicio Extremeño de Salud*.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 826/2011, de 23 de noviembre de 2011 (Sección 3 10ª). [AC\2011\1561]

Silva-Hernández, F. y Martínez Prats, G. (2019). La justicia alternativa como derecho humano. *JURÍDICAS CUC*, 15(1), 263-284. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.15.1.2019.10>

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Solano-Bent, D. (2019). Estabilidad ocupacional reforzada en Colombia: Una mirada crítica desde la jurisprudencia. *JURÍDICAS CUC*, 15(1), 47-68.

<https://doi.org/10.17981/juridcuc.15.1.2019.02>

Spar, D. L. (2005). For love and money: The political economy of commercial surrogacy.

Review of International Political Economy, 12, 287-309.

Spar, D. L. (2006). *The Baby Business: How money, science, and politics drive the commerce of conception*. Triple helix.

Surrogacy Arrangements Act. (1985). Recuperado de:

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf

Tamaro S. (2017). Intervento Utero in affitto, non in mio nome, Avvenire. Recuperado de:

<https://www.avvenire.it/famiglia-e-vita/pagine/susanna-tamaro-e-l-utero-inaffitto-non-in-mio-nome>

Torres, A. (2001). *Acto Jurídico*. Lima: Editorial Moreno S.A.

Trejos-Rosero, L., Badillo-Sarmiento, R. y Irreño Quijano, Y. (2019). El caribe colombiano:

entre la construcción de paz y la persistencia del conflicto. *JURÍDICAS CUC*, 15(1), 9-

46. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.15.1.2019.01>

UNICEF (2006). Convención sobre los derechos del niño. Madrid: Unicef Comité Español,

2006. Recuperado de: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Vela-Sánchez, A. J. (2012). *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada: Comares.

LA GESTACIÓN SUBROGADA UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Vidal, F. (2016). *El acto jurídico*. Lima: Instituto Pacífica.

Vilar, S. (2018). *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*. Madrid: Wolters Kluwer.

Vilella, F., Moreno-Moya, J. M., Balaguer, N., Grasso, A., Herrero, M., Martínez, S., ... y

Simón, C. (2015). Hsa-miR-30d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome. *Development*, 142(18), 3210-3221.

Weathers, C. J., Radojevic, V. y Mahan, P. (2013). La subrogación uterina en California, Estados Unidos. En Nadal Pereña J. *Donación de Embriones* (pp. 299-307). Salerno: Momento Medico.

Ximénez de Sandoval, P. (2017). ¿Por qué California es la meca de la gestación subrogada? El País, Los Ángeles. Recuperado de:

https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html

Zurriarán, R. G. (2011). Técnicas de Reproducción Humana Asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el Derecho Comparado. *Cuadernos de Bioética*, 22, 201-214.