

OMISIÓN LEGISLATIVA DEL VIENTRE SUBROGADO EN COLOMBIA

Alexandra Rivera De Oro, Candelaria Osorio Gil¹

RESUMEN

El sistema jurídico colombiano, presenta un vacío legal en relación con la gestación subrogada o vientre de alquiler. Esta técnica de reproducción asistida involucra a una mujer (gestante) que lleva en su vientre a un hijo destinado a ser criado por otras personas (los padres de intención). Este vacío se debe a que la legislación actual solo contempla la procreación tradicional, es decir, la que resulta de la relación entre un hombre y una mujer.

La falta de regulación específica sobre la gestación subrogada en Colombia ha llevado a que el país se convierta en un destino para el turismo reproductivo. Esto trae consigo varios riesgos y desafíos, tanto para las gestantes como para las personas que recurren a esta técnica.

Por esto es fundamental que el legislador colombiano aborde esta laguna jurídica para establecer un marco normativo que proteja los derechos y bienestar de todas las partes involucradas: las gestantes, los padres de intención y, muy especialmente, los niños nacidos de esta técnica

PALABRAS CLAVE

Omisión Legislativa, Vientre Subrogado, Regulación, Colombia.

ABSTRACT

The Colombian legal system presents a legal vacuum in relation to surrogacy. This assisted reproduction technique consists of a woman (pregnant woman) carrying a child in her womb destined to be raised by other people (the intended parents). This gap is due to the fact that current legislation only contemplates traditional procreation, that is, that which results from the relationship between a man and a woman.

The lack of specific regulation on surrogacy in Colombia has led the country to become a reproductive tourism destination. This brings with it several risks and challenges, both for pregnant women and for people who resort to this technique.

For this reason, it is essential that the Colombian legislator addresses this legal gap to establish a regulatory framework that protects the rights and well-being of all parts involved: pregnant mothers, intended parents and, most especially, children born from this gestation technique.

KEYWORDS

Legislative Omission, Surrogacy, Regulation, Colombia.

¹ Estudiantes de primer semestre, Facultad de Derecho y ciencias políticas de la Universidad de Cartagena.

INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada o más comúnmente conocida como vientre de alquiler es un método de reproducción asistida en la cual una mujer también conocida como gestante accede a gestar al hijo de otra persona u otras personas en su vientre a quienes se les llama padre o padres de intención; éste método puede llevarse a cabo por variedad de razones, desde problemas de salud hasta esterilidad estructural (el cual es el caso de los hombres que por constitución biológica se les hace imposible gestar a su propio hijo), esta práctica trae consigo múltiples implicaciones sociales, morales y éticas debido a su contrariedad a la concepción tradicional de cómo se forma una familia, pero científicamente hablando debemos destacar los avances tecnológicos y vanguardistas que fueron necesarios para que esta llegara a ser posible siquiera.

Los primeros casos documentados de la gestación subrogada se llevaron a cabo por primera vez en el año 1976, con la creación del Surrogate Family Service Inc por parte del abogado Noel Keane quien buscaba ayudar a las parejas que no podían tener hijos naturalmente y desde ese momento ha sido cada vez más reconocida a lo largo del mundo.

En Colombia particularmente el precedente jurídico de esta práctica se evidencia en la sentencia de la Corte Constitucional T-968/2009 y hasta el presente año en el país este método reproductivo no está prohibido (como en España) pero tampoco está regulado por la ley razón por la cual muchos extranjeros deciden viajar hasta Colombia para llevar a término esta práctica. (Corte Constitucional, 2009)

TIPOS DE GESTACIÓN SUBROGADA

Con relación al oportuno desarrollo de la presente investigación en materia de la gestación subrogada y sus aplicaciones se deben tener en cuenta conceptos primordiales sobre el tema en cuestión.

Según como inicie el proceso de gestación de la madre gestante se pueden dar dos tipos de gestación subrogada:

1. **Gestación subrogada parcial:** la gestante aporta también parte del material genético además de llevar a cabo la gestación aportando los óvulos para que sean fecundado, esta subrogación trae consigo enrevesadas implicaciones emocionales y éticas a las cuales podemos agregar problemas legales que se pueden llegar a presentar en caso de complicaciones en cualquiera de los ámbitos del proceso. Es por estas razones que escasamente se da esta clase de subrogación.
2. **Gestación subrogada gestacional o completa:** la gestante en este caso la gestante no cede sus óvulos para el proceso de gestación (en caso que los óvulos necesarios para el inicio del proceso de gestación no puedan ser aportados por el padre o padres de intención deberán acudir a un tercero) por lo que no tiene lazos genéticos con él bebe lo cual reduce en gran medida las cuestiones anteriormente mencionadas de implicaciones emocionales y psicológicas de la madre gestante para con él bebé que está en su vientre además de reducir de igualmente las complicaciones de incertidumbre legal con relación a la subrogación parcial.

En Colombia una de las escasas limitaciones que tiene este método estipulado por la corte constitucional, es que debe darse este método solo a través de la subrogación gestacional. Pero a través del derecho comparado en el mundo encontramos muchas más limitaciones y restricciones sobre el tema.

COMPARATIVA GLOBAL DE PRÁCTICAS Y LEGISLACIÓN EN LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL MUNDO

En el mundo existen diversas interpretaciones sobre este tema en particular, por lo que según el Estado que analicemos encontraremos una de tres posibilidades, la primera que esta práctica este permitida y regulada por la ley (dentro de

estas regulaciones podemos encontrar limitaciones específicas que dependerán del país en cuestión) ya sea de manera altruista o comercial, la segunda opción es que esté prohibido y por último que no esté prohibido, pero tampoco regulado por la ley.

Si nos enfocamos en la primera de las posibilidades tenemos dos casos de gestación subrogada, de forma comercial o de forma altruista.

1. Países donde esta aceptada y regulada por la ley en casos altruistas

- a. Canadá.
- b. Reino Unido.
- c. Australia.
- d. Sud África.
- e. Países bajos.
- f. Portugal.
- g. Israel.

2. Países donde esta aceptada y regulada por la ley en ambos casos

- a. Estados Unidos, específicamente en los Estados de California, Nevada e Illinois.
- b. Ucrania.
- c. Georgia.
- d. Rusia.
- e. Kazajistán.

3. Países donde está prohibida

- a. Francia
- b. Alemania
- c. Italia
- d. España
- e. Austria
- f. Suiza
- g. Noruega
- h. Suecia
- i. Dinamarca
- j. Hungría

4. Países donde no está prohibida ni legislada

- a. México
- b. Perú
- c. Irlanda
- d. Ecuador
- e. Tailandia

- f. Venezuela
- g. Colombia

Los anteriores son ejemplos de cada una de las posibles categorías estipuladas.

Conociendo la variedad de países desde orientales hasta noroccidentales se identifica con claridad como este método de reproducción asistida transversaliza fronteras físicas e ideológicas.

CONTEXTO LEGAL DIFUSO EN COLOMBIA

La gestación subrogada en Colombia nació como una alternativa para aquellas personas que por diversas razones no se encuentran en la capacidad de gestar hijos. Esta práctica ha tenido un incremento abrupto durante los últimos años dentro del territorio nacional, según la Asociación de Centros Colombianos de Reproducción, anualmente se realizan entre 400 y 500 procedimientos de gestación subrogada en el país, el 70% de los casos se concentran en Bogotá D.C y el otro 30% en ciudades como Medellín, Antioquia; Cali, Valle del Cauca y Barranquilla, Atlántico.

A pesar de la gran cantidad de casos preexistentes en Colombia y su relevancia la falta de regulación específica ha generado un vacío legal que afecta tanto a la madre gestante como a los padres o padre de intención.

Aunque, la gestación subrogada en Colombia tuvo entrada por primera vez a la Corte Constitucional en la sentencia T-968/2009, los estudiosos del tema consideran que esta práctica viene presentándose clandestinamente desde antes de dicha sentencia.

Pese al tiempo que ha transcurrido desde esa primera entrada, en la actualidad sigue existiendo esta ausencia normativa que ha llevado a los jueces a fallar cada caso por aparte, es decir, no existe una jurisprudencia con relación a este tema.

A causa de esta situación la Corte Constitucional le ha pedido al Congreso de la República que legisle esta problemática que hoy en día afecta la realidad social en nuestro país en tres ocasiones a lo cual el Congreso de la República ha dado como respuesta que este ha llevado a cabo al menos dieciséis intentos de proyecto de ley los cuales no pasan siquiera de la primera discusión dentro de la Cámara de origen.

TURISMO REPRODUCTIVO

El turismo reproductivo en Colombia ha venido incrementando contantemente en los últimos años, por lo que cada vez son más los extranjeros ya sea solos o en pareja que visitan el país con el objetivo de aprovecharse de la poca, por no decir casi nula regulación que existe en el territorio para esta práctica, lo que implica precios mucho más bajos a comparación de otros países, como se menciona en la revista Canal Capital, ya que en Colombia estas personas puedes acceder a una mujer gestante que esté de acuerdo con llevar a cabo la subrogación de su vientre incluso por menos de 40 millones de pesos (COP) debido a que muchas lo hacen bajo el marco de la necesidad por lo que se aprovechan de su situación de vulnerabilidad, ya que en países como por ejemplo Estados Unidos el precio más bajo por el que podría acceder la gestante son 165 millones de pesos (COP).

Además de la facilidad monetaria, se debe destacar el capital intelectual con el que cuenta Colombia, esto es la gran cantidad de profesionales en la salud más que capacitados para llevar a cabo esta práctica, por lo que Colombia se convierte en el país ideal al contar con excelentes profesionales que pueden llevar a cabo el proceso por un precio por lo general inferior al que se puede encontrar en otros países.

El limbo legal existente en Colombia con respecto a este tema les permite a los extranjeros que quieran utilizar este método reproductivo en el país hacer que prevalezcan sus intereses en las distintas situaciones que puedan llegar a presentarse durante el proceso de la gestación subrogada.

POSTURAS CRITICAS

Frente a este innovador método de reproducción humana que es la gestación subrogada existen diversas posturas u opiniones contrarias entre si sobre con respecto a si esta práctica debe o no debe aplicarse, y las múltiples implicaciones que esta podría traer consigo.

1. ¿La gestación subrogada puede ser considerada como un negocio?

Dependiendo de las circunstancias la gestación subrogada puede llegar a considerarse un negocio; Es correcto afirmar que muchas mujeres realizan esta práctica de manera altruista, con el deseo de ayudar a formar una familia a individuos que por diversos tipos de razones no logran constituir la de manera propia, ya sea desde problemas de salud, hasta esterilidad estructural, como por ejemplo los hombres que por su constitución biológica se le hace imposible gestar a su propio hijo.

En esa misma línea de ideas, también es correcto afirmar que un numeroso grupo de la población de mujeres que realizan estas prácticas se encuentran motivadas por el factor económico, más que todos aquellas que se encuentran en posiciones de vulnerabilidad social. Debemos recordar que, al momento de realizar los contratos, las declaraciones extrajudiciales que acuerden la realización de esta prestación de servicios, se involucra una compensación monetaria y demás factores de carácter económico que favorecen a la madre gestante.

Sin embargo, se debe destacar que la gestación subrogada es una tarea compleja y multifacética, que abarca muchísimos más aspectos más allá del económico.

2. Explotación y vulnerabilidad de las madres subrogadas en Colombia

Muchas de las mujeres que permiten la realización de esta práctica en su cuerpo,

proviene de contextos económicos desfavorecidos, mujeres de bajos recursos que se encuentran en la obligación de aceptar esta práctica debido a las necesidades económicas. Por lo que existe el riesgo de que sean explotadas o coaccionadas debido a estas mismas necesidades razón por la cual al no encontrarse regulada esta práctica en Colombia, la madre gestante corre el peligro de tener una compensación económica injusta, donde se reciba un pago muy por debajo de lo que realmente cuestan los servicios prestados.

Así mismo las condiciones de salud y seguridad se pueden encontrar violentadas por falta de la supervisión adecuada. En donde la mujer no reciba la atención médica necesaria en todo el proceso, tampoco los parámetros para el cumplimiento de un seguro social, poniendo en riesgo la salud y el bienestar tanto de la madre como del futuro bebé.

3. Autonomía de elección

La mujer tiene derecho a tomar decisiones a tomar decisiones autónomas e instruidas sobre lo que quiere realizar o no con su cuerpo, por lo que su elección decidir ser madre subrogada, sin tener ninguna interferencia en la toma de decisiones, protegiendo su libertad individual y su capacidad para tomar decisiones.

4. Desafíos emocionales; el vínculo materno-fetal en la gestación subrogada

El vínculo materno-fetal se asocia con aspectos emocionales y cognitivos que permiten recrear al feto como otro ser humano. Este vínculo se expresa, a través de prácticas de salud dirigidas a buscar la protección y el bienestar de feto. (Roncallo et al., 2014).

En el escenario de la gestación subrogada, este vínculo puede generar desafíos y particularidades, es habitual e incluso normal que la madre gestante desarrolle un vínculo

con el feto, a causa de las interacciones hormonales, la percepción de los movimientos fetales y todo el tiempo y dedicación que conlleva un embarazo. La intensidad de este vínculo puede cambiar dependiendo de la gestante.

Por lo que es necesario que la misma tenga un apoyo psicológico en todo el proceso, antes, durante y después del embarazo, para que con este sea más fácil manejar y comprender los sentimientos que experimenta, reduciendo el riesgo de angustia emocional. Por otro lado, también es importante que la madre tenga una relación cercana con los padres de intención, esta confianza le ayudara a mantener su enfoque en el propósito de su embarazo.

CONCLUSIONES

Tras una exhaustiva investigación sobre la gestación subrogada a nivel mundial; de cómo es reconocido en el mundo ya sea de manera positiva o negativa y el análisis de múltiples posturas que existen con respecto al tema, como lo es la perspectiva de si es o no un negocio jurídico, las cuestiones éticas y morales que puede traer consigo, hasta la perspectiva de autonomía de elección.

Podemos concluir que a pesar de que las ideas que estos defienden puedan llegar a ser contrarias en gran variedad de aspectos, hay un punto clave en el cual todas coinciden, la gestación subrogada en Colombia debe ser legislada, ya sea que se prohíba o se permita, pero el fundamento clave de este escenario es que debe regularse, porque cada día que pasa el país arrastra esta laguna legal, representa un riesgo para las partes involucradas en la práctica de la gestación subrogada, en la que se ha demostrado que desde su primera implementación ha tenido un incremento constante a lo largo del tiempo, por lo que la legislación colombiana debe adaptarse a la vanguardia de los tiempos.

BIBLIOGRAFÍA

De Reproducción Asistida Org, E. (2024, 8 marzo). *¿Qué es la gestación subrogada?* - De-

- finición, tipos e indicaciones*. Reproducción Asistida ORG. <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>
- Sentencia T-968/09*. (s. f.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- Mirkovic, A. (2023, abril 2). *Vientres de alquiler: un reto internacional*. *El Debate*. https://www.eldebate.com/sociedad/20230402/vientres-alquiler-retro-internacional_105168.html
- La maternidad subrogada en Colombia. (s/f). *Ámbito Jurídico*. Recuperado el 5 de junio de 2024, de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/civil-y-familia/la-maternidad-subrogada-en-colombia>
- (S/f). *Edu.co*. Recuperado el 5 de junio de 2024, de https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4488/Maternidad_subrogada_inf%C3%A9rtiles_Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=En%20el%20a%C3%B1o%20de%201976,parejas%20con%20problemas%20de%20fertilidad
- Ventre de Alquiler en Estados Unidos | Madre de alquiler*. (s. f.). SDFC: Clínica de Fertilidad En San Diego | California, Estados Unidos. <https://www.sdfertility.com/es/maternidad-subrogada/madre-de-alquiler/>
- Gestión-Lima. (2023, agosto 14). *Colombia, un paraíso para el “alquiler de vientres” por lo bajos costos y el vacío legal*. *Diario La República*. <https://www.larepublica.co/globoeconomia/colombia-un-paraiso-para-el-controlado-alquiler-de-vientres-3679088>
- De Catalunya, M. G. A. U. I. (2023, 29 marzo). *Qué es la gestación subrogada: marco legal y situación en España*. *OndaCero*. https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/que-gestacion-subrogada-marco-legal-situacion-espana_202303296423e498a1e0b90001dcca5d.html
- BBC News Mundo. (2023, 5 abril). *En qué países es legal la gestación subrogada y cuál es la situación en América Latina*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65196202>
- Colombia es un país atractivo para el turismo reproductivo, según estudio*. (s/f). Canal Capital. Recuperado el 5 de junio de 2024, de <https://www.canalcapital.gov.co/nacion/colombia-pais-atractivo-el-turismo-reproductivo-segun-estudio>
- Roncallo, C. P., De Miguel, M. S., & Arranz, E. (2014). *Vínculo materno-fetal. Implicaciones en el desarrollo psicológico y propuesta de intervención en Atención Temprana*. *Escritos de Psicología*, 8(2), 14-23. <https://doi.org/10.5231/psy.writ.2015.0706>