



**EL VACÍO DE LA NORMATIVIDAD PROCESAL SOBRE LA MATERNIDAD  
SUBROGADA EN COLOMBIA COMO VULNERADOR DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES DE LA FAMILIA**

Ledezma Escudero Andrea Carolina

Velásquez Martínez Darly Farith

Asesor:

Rodríguez Serpa Ferney

Investigación II

**Corporación Universitaria Antonio José de Sucre – Corposucre**

**Facultad Ciencias Sociales**

**Especialización en Derecho Procesal**

**Sincelejo – Sucre**

**2023**



## Resumen

Uno de los problemas más recurrentes del derecho como ciencia social, es solucionar los conflictos de las personas sin una guía como los son las normas legales. En el presente trabajo investigativo se analiza la problemática del vacío jurídico de la maternidad subrogada en la normatividad procesal del Estado colombiano, desde una perspectiva socio jurídica, abarcando las consecuencias de esta realidad en la familia como núcleo de la sociedad y en las diferentes dimensiones que transversaliza el tema como son el aspecto legal, científico y ético. La indagación pretende demostrar a través del criterio doctrinal y jurisprudencial por qué debe aplicarse la teoría que promueve el Iuspositivismo en contraposición a los planteamiento del Iusnaturalismo y de los mecanismo de integración, frente a los vacíos normativos de la maternidad subrogada en Colombia; introduciéndose en el concepto de derecho, contratos, vacíos normativos, al igual que las diferentes teorías que vislumbran una posible solución a la laguna legal, como el Iuspositivismo, el Iusnaturalismo, los métodos de integración, auto integración, heterointegración, analogía y los principios generales del derecho, además de las diferentes acepciones de familia y la conceptualización de maternidad subrogada. Esta es una investigación socio jurídica, bajo el método cualitativo, de investigación acción participativa, donde se implementará la hermenéutica para analizar sistemáticamente las leyes relacionadas con la maternidad subrogada, además se realizó una recopilación documental bibliográfica y comparación legislativa de otros países que cuentan con dicha regulación, que sirvió para concluir que la solución más eficaz al vacío normativo es la creación de normas legales que regulen cualquier situación que se pueda presentar.

**Palabras claves:** maternidad subrogada, vacíos jurídicos, familia





## **Abstract**

One of the most recurrent problems of the law as a social science is to solve people's conflicts without a guide as are the legal norms. In this research paper, the problem of the legal vacuum of surrogate motherhood in the procedural normativity of the Colombian State is analyzed, from a socio-legal perspective, encompassing the consequences of this reality in the family as the nucleus of society and in the different dimensions that cross the issue such as the legal, scientific, and ethical aspect. The investigation aims to demonstrate through doctrinal and jurisprudential criteria why the theory promoted by iuspositivismo should be applied in contrast to the approach of Iusnaturalism and the mechanism of integration, against the normative gaps of surrogate motherhood in Colombia; entering into the concept of law, contracts, normative gaps, as well as the different theories that envision a possible solution to the legal gap, such as Iuspositivismo, Iusnaturalism, the methods of integration, self-integration, heterointegration, analogy and the general principles of law. In addition to the different meanings of family and the conceptualization of surrogate motherhood. This is socio-legal research, under the qualitative method, participatory action research, where hermeneutics will be implemented to systematically analyze laws related to surrogate motherhood. Besides that, a bibliographic document collection and legislative comparison of other countries that have such regulations were made, which served to conclude that the most effective solution to the regulatory vacuum is the creation of legal norms that regulate any situation that may arise.

## **Key Words**

Surrogacy, legal gaps, family.



## Introducción

El hombre como ser social, en sus relaciones con los demás individuos se enfrenta a situaciones o conflictos que deben ser solucionados por el derecho a través de normas jurídicas, como elemento regulador de la sociedad, pero para el legislador no es posible prever todos los escenarios que ameriten una intervención legal y como consecuencia nos enfrentamos a vacíos normativos o jurídicos, como es el caso de la maternidad subrogada, que se convierten en un reto para el derecho, puesto que el aparato jurisdiccional tiene la tarea de suministrar una solución a todo caso que le es planteado.

Por ello es importante tener en cuenta la conceptualización de derecho, Larrea (2006), expresa que, “El Derecho es pues una norma, o un conjunto de normas que rigen el obrar libre del hombre, dentro de la moral, para realizar la justicia, o sea para dar a cada uno lo suyo” (p. 6). Este autor describe sumariamente el derecho como regulador de la vida del hombre, pero unido a la moral y a la justicia.

Entre tanto, Acedo (1997), establece que el derecho es,

Una necesidad social. Es sabido, como nos recuerda la doctrina más autorizada, que el Derecho es un asunto de los hombres en sus relaciones sociales, es decir, que trata de la convivencia de unas personas con las otras. Viene a ser una necesidad humana del hombre que vive en sociedad y que se traduce en un sistema de reglas de conducta cuya finalidad es hacer posible y facilitar la convivencia: este es el punto de partida que nos permite una aproximación a lo que debe entenderse, inicialmente, por derecho (p. 21).

Cuando se hace referencia al derecho, como un dispositivo de regulación de la vida en comunidad, podemos identificar el papel de este, como un ente con función





reguladora y de resolución de conflictos, pero además con una función orientadora, que muestra el deber ser o el modo de comportamiento que deben seguir los integrantes de determinada comunidad, para lograr la tan anhelada armonía social. El derecho como resultado de la codificación de normas jurídicas, busca a través de ellas, que los seres humanos tengan una organización, un orden para el manejo de sus relaciones sociales, una guía que oriente el camino a seguir para vivir en colectividad, con reglas que delimiten su comportamiento, que encuadran el libre albedrío dentro de sus razonables límites.

Pero en algunos episodios el derecho no posee la sistematización jurídica para dar respuesta a una situación social concreta que necesita ser regulada por la ciencia jurídica. Sobre esto Segura (1989) quien cita a English (1967), manifiesta que “las lagunas aparecen cuando el derecho no puede dar una solución inmediata a una cuestión jurídica” (p. 287).

Se podría afirmar que las lagunas son la consecuencia de la limitación del derecho en contra de la postura de la integridad y plenitud del ordenamiento jurídico, al no poder el legislador proporcionar la solución a todos los posibles casos que se puedan presentar, puesto que la humanidad en su proceso evolutivo realiza transformaciones constantemente y las regulaciones jurídicas carecen de totalidad.

La finalidad de esta indagación es analizar las consecuencias del vacío normativo, en lo relacionado a la maternidad subrogada y la forma de solucionar esta problemática a la luz del derecho, en primera instancia describe la transcendencia social y legal del silencio jurídico de la sustitución gestacional, seguidamente se describe las posibles formas de soluciones a los vacíos jurídicos, haciendo un recorrido por el método de integración, mecanismo de auto integración y





heterointegración, además la analogía, los principios generales del derecho, el iuspositivismo y finalmente se realizó una comparación normativa de las legislaciones de otros países.





## Objetivo General

Analizar las implicaciones del vacío en la normatividad procesal sobre la maternidad subrogada en Colombia

## Objetivos específicos

- Identificar el impacto del vacío jurídico de la maternidad subrogada en Colombia.
- Analizar las posibles soluciones al vacío normativo de la maternidad subrogada.
- Analizar la legislación de otros países donde está regulada la maternidad subrogada





## 1. Contenido

### 1.1 impacto del vacío jurídico de la maternidad subrogada en Colombia

El vacío jurídico de la normatividad procesal en materia de maternidad subrogada en Colombia ha ocasionado una incertidumbre, no solamente en el ente judicial como regulador de los posibles casos relacionados con la temática en mención, sino en la sociedad en general, especialmente en las personas que de una u otra forma hacen parte de este fenómeno que se podría encasillar como social, jurídico y científico.

Este suceso cuenta con actores del posible proceso judicial, tales como los padres biológicos, que serían los donantes de óvulos o de espermatozoides, los padre legales que pretenden asumir jurídicamente el rol de padres, la madre gestante, quien después del parto se compromete a entregar el o la bebe que gestó, la entidad o clínica especializada que realiza el proceso de fecundación, la Notaría o cede de la Registraduría que debe realizar el documento de registro civil, para comprobar parentesco y que debe acatar los parámetros de solicitar el documento de nacido vivo del menor, para otorgar la maternidad legal.

Además de los anteriores está inseguridad jurídica cobija a él Examinador judicial que tiene que decidir en un proceso de filiación o de cualquier litigio que se genere como consecuencia directa o indirecta del contrato de maternidad subrogada, entre otros.

Los problemas jurídicos van más allá del enfrentamiento de carácter litigioso que se dirime a través de la actividad jurisdiccional, en cabeza de un Juez de la República que no tiene las herramientas que ostenta el derecho procesal, para darle solución al caso concreto al no existir en Colombia normas legales procesales, que orienten dicho proceso jurídico, el inconveniente también radica en el desasosiego de las parte al no saber qué hacer, ante la



decisión de realizar un procedimiento de maternidad subrogada, es decir, al carecer de una estipulación legal que establezca el procedimiento o parámetros jurídicos para llegar a convertirse en padres después de un proceso de gestación subrogada y que muchas veces frena o impide que algunas personas con problemas de infertilidad puedan llegar a tener hijos a través de este proceder científico.

En Colombia, al igual que en muchos países del mundo se realiza el procedimiento de la maternidad por sustitución que entre otras cosas recibe varias denominaciones, incluso es llamada erróneamente alquiler de vientre y es un error denominarla de esa manera, porque en este caso la legislación si prohíbe este proceder, por tal motivo cuando se habla de maternidad subrogada se entiende que es la utilización del vientre de una mujer de manera altruista para que otra mujer pueda llegar a ser madre.

A medida que pasa el tiempo se ha incrementado esta práctica, pero no se encuentra regulada por la normatividad procesal e incluso tampoco la sustancial, y aunque existe una sentencia de la Corte Constitucional (T- 968/9) y un proyecto de ley denominado Proyecto de Ley Estatutaria “Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia” no aporta las pautas necesarias para guiar el proceso jurídico de gestación subrogada, ocasionando dudas, desavenencias e incertidumbre entre las partes que realizan el acuerdo contractual y repercutiendo directamente en la vulneración de los derechos del niño y de la familia como núcleo de la sociedad.

La gestación subrogada en el Estado colombiano y a escala mundial, es una muestra del influjo de la ciencia médica y de los avances tecnológicos en las relaciones sociales, pues esta práctica reproductiva dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) ha generado controversias entre los contratantes que no tienen unas pautas claras, sobre los





aspectos importantes de este contrato que es atípico en el territorio nacional al carecer de legislación que la regule.

Por otra parte, el derecho procesal se posiona como un derecho transversal en todas las ramas del derecho y en todas las relaciones jurídicas reguladas por este mismo, al presentarse un conflicto entre individuos, la regulación procesal brinda pautas para las partes; abogados, el juzgador y a todo el sistema jurídico y así cumplir con la finalidad del derecho, que es a toda costa ofrecer una solución al litigio planteado por las partes, por medio de una sentencia del aparato jurisdiccional basada en los hechos demostrados en el acervo probatorio.

La maternidad subrogada no se escapa a la injerencia y de la necesidad de la regulación procesal, pues es intrínseca al ser un conflicto jurídico además de repercutir en el denominado núcleo fundamental de la sociedad, conocido como la familia, por tal razón el vacío jurídico procesal de este tópico tiene como consecuencia directa e inefable la vulneración de prerrogativas fundamentales amparadas en la Constitución Política del nasciturus, del menor de la familia y por ende de la sociedad en general.

A pesar de lo anterior la ciencia jurídica catalogada como una ciencia social en búsqueda de la solución de las diferentes problemáticas generales en cuanto a las relaciones jurídicas, no se puede quedar de brazos cruzados al enfrentarse a la ausencia de regulación normativa de un suceso que denota tanta importancia en el aspecto científico, jurídico y social.

En el derecho muchas veces se cometen injusticias por la inaplicación de la reglamentación legal, e incluso existen iniquidades en la errónea aplicación de la ley,





además se dan otros casos donde la norma jurídica es cómplice de infamias, pues no todas las pautas aunque estén reglamentadas por el legislador son justas, pero en este caso en particular, la situación se refiere al silencio que ha guardado el derecho en todas sus esferas en el caso de Colombia, generado una necesidad imperante de la manifestación del Estado a través del órgano legislativo o en su defecto de una pronunciación concreta a nivel jurisprudencial, que examine, analice y ponga fin a ese limbo jurídico.

Son muchos ápices, los que conlleva esta temática que generan la necesidad de un análisis en el campo del derecho, esta práctica polémica al verse involucrado no solo aspectos legales sino además morales e incluso religiosos, pues para muchas creencias todo lo que está por fuera de la naturaleza humana estaría por fuera de la voluntad de Dios, por tal motivo muchas personas desean la prohibición expresa de la realización de los procesos que involucren la reproducción asistida y mucho menos donde una persona presta su vientre, dona sus óvulos o espermatozoides, para luego la madre gestante entregar al fruto de ese procedimiento científico.

Pero por otro lado se encuentra la persona o la pareja que por acontecimientos biológicos o de salud reproductiva han intentado el tan ansiado sueño de la paternidad o maternidad, que encuentran en la ciencia y la tecnología una solución al deseo de conformar una familia con hijos, pero que por los altos costos de este tipo de reproducción que ni siquiera se contemplan en la prestación de servicios de salud de las EPS, sumados a la falta de regulación, no tienen alternativas para tener hijos.

No se puede negar que hay diferentes motivos para la maternidad subrogada, algunas personas incluso la utilizan por razones superficiales o vanidosas como la de algunas mujeres que se niegan a los cambios físicos que produce un embarazo en el cuerpo de una mujer;





como la ganancia de peso, aparición de estrías, flacidez, entre otros, algunas madres gestantes solo tienen la motivación económica del lucro que genera embarazarse y llevar hasta su culminación el proceso de gestación, incluso hay mujeres que lo tienen como un negocio, pero no es tan fácil evidenciar puesto que omiten el factor económico en el contrato.

A pesar de lo anterior algunas personas se someten a esta práctica de manera altruista, generalmente son personas cercanas a la mujer que no ha podido cumplir el sueño de ser madre y deciden llevar en su vientre el hijo de otra persona y posteriormente entregarlo, casos que a veces producen conflictos, debido a que, gestar una criatura genera sensaciones de afecto con el ser que se desarrolla dentro del vientre y separarse de él o ella es un poco traumático.

Otro aspecto que divaga en las relaciones de maternidad subrogada es la responsabilidad del laboratorio médico donde se hace el procedimiento, pues las prescripciones legales deben ser precisas, dado que, no se puede traficar con vidas humanas como un negocio.

### **1.2 métodos para solucionar vacíos jurídicos**

Existen diversos métodos que vislumbran la solución a los vacíos jurídicos, enfocadas a darle luces a los órganos jurisdiccionales en casos donde la ley o la jurisprudencia no se han pronunciado, uno de estos métodos es el de integración, de acuerdo con Vicente (2017), “la integración del derecho se llevará a cabo completando aquellos preceptos a través de la elaboración de otros que no se encuentran recogidos en ese momento en el ordenamiento jurídico del Estado” (p. 24).

Se puede decir que este procedimiento mental, realizado por el funcionario judicial es





la cohesión o unión de toda la normatividad jurídica, basándose en la equidad, la analogía, los principios generales del derecho, para darle solución a la carencia legislativa, es decir, de cierta manera el ente juzgador decide y crea derecho sin que ello quiera decir que pueda crear normas; por una especie de tarea legislativa con autonomía otorgada por el Estado.

En todo caso, vale aclarar que lo anterior no es de manera caprichosa, sino que se rige bajo los principios ya enunciados, con este método no solamente se busca resolver el vacío jurídico, sino que, mirando al derecho como un todo, de manera integral, busca llegar a la verdad y la justicia, principales banderas o pilares de la ciencia jurídica.

Dentro del método de integración existen unos mecanismos dirigidos a resolver la problemática del vacío jurídico, como son la autointegración y la heterointegración. Fernández (2005, citado por Galiano y González, 2012), expresa que, “Para Bobbio la autointegración está presente cuando los mecanismos de integración o sus fuentes se encuentran en el mismo ordenamiento jurídico, en su interior funcional, sin tener que salir de él para completarlo” (p. 440).

En este método el derecho acude a solucionar el silencio legal con sus recursos intrínsecos, debido a que este mismo ha establecido reglas que permitan al enjuiciador resolver las deficiencias legislativas, en este caso los vacíos normativos que ponen en jaque a la eficacia del derecho y obligan al Juez a buscar alternativas de solución que no contraríen al mismo derecho.

En contraposición, la heterointegración pretende conexas factores externos, aunque también avalados por el derecho para regular conflictos donde existan los llamados vacíos jurídicos, mediante este método se apela o se recurre a un sector de la reglamentación distinto





a donde se presenta el silencio legal, es decir, por fuera del derecho, pero amparado por este mismo.

Otro recurso acogido por el derecho para satisfacer la necesidad de dirimir los problemas entre integrantes de una sociedad cuando el cuerpo legislativo omite pronunciarse sobre determinado asunto es la analogía, de acuerdo con la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia No. C-083/95”

La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio iuris o razón de ser de la norma, la consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual.

Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez, para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.

Por medio de la analogía se pretende resolver el vacío legal de una situación específica aplicando un criterio de igualdad, donde una situación que se resuelve de una manera por estatuto de la ley sirva de ejemplo a otras situaciones similares y cuya sustancia sea la misma.





Este es un método extensivo de la norma jurídica, que llega donde no existe ordenamiento legal, después de haber realizado un cotejo entre los dos casos y al hacer el proceso mental de la comparación, se llega a la conclusión que, los casos en su estructura son similares y por ende se les puede dar el mismo tratamiento legal, reflejado en la sentencia del administrador de justicia.

Por otra parte, encontramos los principios generales del derecho, que de acuerdo con Soberanes (2012), Es importante no olvidar que tales principios generales no son un elíxir o pócima universal para aliviar las enfermedades legislativas, y como que están muy lejos de serlo; representan, más bien, los criterios o pautas subyacentes que rigen y dan vida a los preceptos legales, en cuanto que estos últimos no son -o no deben ser producto del capricho o de la casualidad, son en cierto sentido el "espíritu de la ley (p. 8).

Los jueces en la labor de impartir justicia de acuerdo con el ordenamiento jurídico no se limitan cuando las normas jurídicas no les proporcionan una ruta para solucionar un caso concreto y buscan en la esencia del derecho, es decir, en sus bases o principios la resolución de los conflictos, realizando una introspección al derecho y buscando en su espíritu la respuesta, que, aunque no esté codificada se encuentra plasmada intrínsecamente en sus principios. “Los Principios Generales del Derecho expresan la dirección general, así como los rasgos más característicos y esenciales de la regulación jurídica de dicho ordenamiento” (Vicente, 2017, p. 29).

Estos principios direccionan al ente juzgador a tomar una decisión acorde a las directrices del derecho y por ende sin contrariar reglas jurídicas establecidas por el legislador, es un método deductivo donde se aplica lo general del derecho a un caso particular cuando las leyes no se han ocupado de reglamentar un aspecto importante y determinante entre integrantes de una sociedad.





Para analizar la problemática de la ausencia de reglamentación jurídica de ciertas situaciones sociales como es el caso de la maternidad subrogada en Colombia, objeto de esta investigación, además de analizar el método de integración propuesto por autores contemporáneos, es necesario considerar desde el punto de vista doctrinal a la Escuela Iuspositivista, por ser el derecho un fenómeno social unido a la historia de la humanidad.

La escuela positivista ha marcado un derrotero en el estudio sistemático de la evolución del derecho, puesto que, como lo expresa Jiménez (2007), “una de las características del derecho natural se apoya en el derecho positivo para la aplicación de sus principios generales, en consecuencia, no están separados, pues constituyen una entidad dialécticamente indisoluble” (p. 72).

En este análisis no se pretende enfrentar las posiciones del Iusnaturalismo con el Iuspositivismo, con el objetivo de identificar el verdadero derecho, sino tomar el aporte de la escuela positivista en cuanto a la evolución del derecho a través de la historia y desarrollo de la humanidad.

El derecho positivo es el conjunto de normas o reglas que emanan de las autoridades con potestad otorgada por el Estado para crear derecho, pero algunas personas la simplifican a legalismo o positivismo legalista, es decir, que surge exclusivamente del proceso legislativo.

Jiménez (2007) también establece que,

[...] el derecho positivo, único objeto de la ciencia jurídica requiere de la concurrencia de dos requisitos empíricos que son: 1) el haber sido puesto o ser producto de procesos legislativos, jurisprudenciales o consuetudinarios; y 2) el ser eficaz, esto es, que no





haya caído en desuso (p. 78).

Ante lo anterior, el derecho no se limita a un conjunto de normas jurídicas que orientan al operador judicial a tomar una decisión en una controversia, el derecho dirige o guía la conducta humana en general.

Las relaciones sociales no son estáticas, así como en cada territorio pueden variar, a través del tiempo, se pueden modificar, por tal motivo para la conservación del derecho como ente regulador del comportamiento social es necesario que éste sea flexible, dinámico y adaptable.

Con el transcurrir del tiempo el hombre en su constante evolución, integra los avances científicos, tecnológicos e industriales en las relaciones sociales, y surgen unas problemáticas que no estaban previstas por la legislación, por lo tanto, el derecho no puede dar una solución a estas controversias a través de la norma jurídica, surgiendo teorías interesantes como la integración del derecho. Galindo (1981, citado por Galiano y González, 2012), establece que, “La integración de la ley se lleva a cabo completando los preceptos mediante la elaboración de otros que no se encuentran expresamente contenidos en las disposiciones formuladas por medio del acto legislativo” (p. 439).

El problema de esta teoría como herramienta para solucionar el vacío jurídico de la norma, es que en el caso de la maternidad subrogada, la aplicación del derecho se produce en muchas ocasiones de manera directa entre los particulares que realizan el acuerdo y a falta de reglamentación surgen contrariedades que se podrían evitar con una normatividad, en otras palabras es necesario que se regule el paso a paso, los requisitos, las formalidades de un tema que día a día se ha venido involucrando en la sociedad colombiana e internacional.





No se puede pretender que la aplicación del derecho sea a través de procesos judiciales, donde un Juez investido por la autoridad del Estado decide la suerte de quienes se enfrentan en un litigio, el derecho va más allá, como se estableció anteriormente las normas jurídicas guían el proceder humano en sociedad.

La gestación subrogada en Colombia y a nivel mundial, es una muestra del influjo de la ciencia médica y de los avances tecnológicos en las relaciones sociales, pues esta práctica reproductiva ha generado controversias entre los contratantes que no tienen unas pautas claras sobre los aspectos importantes de este contrato, que es atípico en el Estado colombiano.

Hay un aspecto que está identificado en Colombia y es que no está prohibido, por lo que se puede inferir que hay una aceptación taxista, pero no se tiene regulación sobre la forma y los pasos para realizar el proceso, las familias que deciden por esta modalidad, al terminar la gestación no tienen una ruta jurídica al momento de registrar el menor, por otro lado no se tienen clara las obligaciones en el lapso de la gestación, ni las responsabilidades de los padres, al momento de una malformación del nasciturus, entre otros aspectos.

La maternidad subrogada que para la Corte Constitucional Colombiana adopta el concepto doctrinal 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 éste.» 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.

Como se mencionó anteriormente este procedimiento es necesario regularlo, ya que los elementos de este tema llevan consigo derechos fundamentales; como el derecho a una familia, los derechos de los menores y el proceso de filiación, obligaciones alimentarias, entre otras.

El Iuspositivismo reafirma la necesidad de que el derecho debe evolucionar a la par del hombre, es decir, que se debe regular legalmente este sistema de reproducción humana y más teniendo en cuenta que confluyen derechos fundamentales, como el derecho de una familia y el derecho de los menores, esta afirmación la corrobora el jurista colombiano De la Espriella (2018), cuando establece,

A medida que el tiempo transcurre, las leyes se modifican y se ajustan a las necesidades de la sociedad, simple y llanamente porque el Derecho, que se expresa a través de un conjunto de normas, es el reflejo de la intención de un grupo humano de ordenar la vida en sociedad, desde el punto de vista de la justicia; un intento por regular sus actuaciones y las de la administración y una lucha constante porque estas, a su vez, se encuentren codificadas en el texto legal, garantizando con ello el control necesario para propender por el bien común y el respeto de los derechos de las personas.

En este caso los vacíos jurídicos les restan eficacia a los derechos de la familia y de los niños que se encuentran en medio del contrato de maternidad subrogada, de allí la importancia de la reglamentación legal o jurisprudencial.

### **1.3 legislación de otros países donde está regulada la maternidad subrogada**



La práctica de la maternidad subrogada se ha generalizado en todo el mundo, por tal razón las diferentes naciones se han preocupado y encargado de regular este tema, incluso organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Gómez Murillo y Otros vs. Costa Rica, sentencia de 29 de noviembre 2016, se refirió a una situación, que aunque no era específica de la maternidad subrogada se relacionaba con la problemática, puesto que en ese país después de permitir la inseminación In Vitro como mecanismo alterno y científico de fecundación se prohíbe este procedimiento, posteriormente Artavia Murillo y Otros demandan ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Costa Rica.

Para este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció de la siguiente forma,

[...] que Costa Rica era internacionalmente responsable por haber vulnerado los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una técnica de reproducción asistida, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no discriminación, en perjuicio de dieciocho personas. Dichas violaciones se produjeron en relación con la decisión de la Sala Constitucional del 2000 que implicó que en la práctica se prohibiera la FIV en Costa Rica (supra párr. 27), y que algunas de las víctimas del caso tuvieron que interrumpir el tratamiento iniciado, otras tuvieron que viajar a otros países para poder acceder y culminar el tratamiento, y otras no pudieron acceder a esta técnica de reproducción asistida.

Como se había anotado la sentencia alude al tema planteado debido a que la





ejecución de la maternidad subrogada se realiza a través de la inseminación In Vitro.

Con el crecimiento de este método de maternidad subrogada como mecanismo alternativo a las parejas que por alguna razón no han podido procrear, pero que la ciencia en un avance significativo les ha dado la posibilidad de ser padres incluso biológicos, han brotado una pluralidad de desavenencias; no solamente en el aspecto contractual de las partes como las obligaciones acordadas, sino además en aspectos externos al contrato pero relacionados con él, como las calamidades o acontecimientos inesperados en la gestación.

En algunos países del mundo esta práctica no está regulada, en otros está prohibida, en algunos otros solo se prohíbe el fin comercial u oneroso de la misma y se permite cuando es gratuita con un interés altruista, es decir, que no hay retribución económica, lo que no implica que no puedan existir acuerdos sobre los gastos que la gestación produzca.

Es importante conocer el régimen en los estados miembros de la Unión Europea, por su parte Brunet, et. al. (2013) manifiestan,

Aunque hay dificultades similares en relación con la paternidad legal, la situación puede agravarse aún más cuando las normas sobre la paternidad legal en los dos países no coinciden. Por ejemplo, de conformidad con la legislación ucraniana, rusa y californiana, la madre futura puede considerarse automáticamente la madre legal, mientras que para la mayoría de los Estados miembros la maternidad jurídica se atribuye sobre la base del parto, independientemente del lugar donde tenga lugar el nacimiento. Pueden surgir dificultades similares en relación con la paternidad legal, así como con el reconocimiento





de dos padres del mismo sexo. Potencialmente, esto puede dejar a un menor no sólo sin padres desde el punto de vista jurídico, sino también sin Estado y sin ciudadanía ya que su documentación de registro de nacimiento no se reconoce fuera del país de nacimiento (p. 5).

En el mismo sentido La maternidad subrogada en Ucrania está permitida y regulada por el código de familia en su artículo 123, donde se establecen los siguientes requisitos para dicho procedimiento:

- Los futuros padres deben ser una pareja heterosexual casada. Por tanto, quedan excluidas las mujeres y hombres solteros, así como las parejas del mismo sexo.
- Como mínimo, el padre ha de aportar su material genético. Además, a pesar de estar permitida la ovodonación, es preferible que sean ambos miembros de la pareja los que aporten la carga genética del futuro embrión.
- Es imprescindible que la madre de intención tenga una causa médica para recurrir a la gestación subrogada, es decir, que sea incapaz de quedar embarazada o llevar a término el embarazo sin que ello suponga un riesgo para su salud o la del futuro bebé. La imposibilidad para gestar que comentamos en el último punto debe constar en un certificado médico español. Además, este certificado será revisado por especialistas ucranianos para confirmar que recurrir a la subrogación uterina está médicamente justificado.

Algunos ejemplos de situaciones que permiten acceder a la gestación subrogada son:

- Ausencia de útero
- Malformación uterina





- Anomalías incurables del endometrio que den lugar a fallo de implantación
- Más de 4 intentos fallidos de fecundación *in vitro* (FIV)
- Aborto de repetición
- Enfermedad grave que dificulte o impida la gestación.

Es necesario destacar la regulación legal de la sustitución gestacional en la India, por cuanto este país se ha convertido en un punto de referencia para las familias que quieren realizar este procedimiento regulado por el Ministerio de Salud bajo las siguientes especificaciones, resaltadas por Cadavid y Barrera (2017) quienes citan a Rodrigo (2015),

La existencia inicial de un consentimiento informado, en el cual las partes de manera voluntaria aceptan los términos que se encuentran establecidos dentro del temario contractual. Las partes en el contrato son: La pareja, la clínica y la madre que alquila su vientre- en el caso de que los óvulos sean de una donante también entraría ésta como parte del contrato- [...] El bebé que nacerá (desde que es feto hasta su nacimiento) es considerado por decirlo de alguna manera, el producto que se va a negociar [...] Finalmente, existe el precio (p. 10-11).

Para referirnos al marco normativo en México, se debe tener en cuenta que como es un Estado federado tiene una normatividad heterogénea frente al tema, puesto que cada Estado respetando la Constitución Política tiene sus normas internas e independientes.

Los autores Albornoz y López (2015), dan claridad a lo anterior, refiriéndose al artículo 4 constitucional, que establece,

[...] que en los Estados Unidos Mexicanos toda persona tiene derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos de manera libre, responsable e informada. Esto puede





entenderse como el fundamento, al más alto nivel dentro de la jerarquía mexicana de leyes, del derecho a la libre reproducción [...] Por un lado, permiten la gestación por sustitución los estados de Tabasco y Sinaloa; por otro lado, la prohíben en San Luis Potosí y Querétaro. Asimismo, cabe señalar que hace unos años se aprobó la “Ley de Maternidad Subrogada” para el Distrito Federal, sin embargo, no ha sido publicada oficialmente ni se ha convertido en derecho positivo. Además, Coahuila contaba con una disposición prohibitiva muy similar a la de San Luis Potosí, pero fue derogada el 15 de diciembre de 2015 (p. 7).

Aludiendo la legislación mexicana Cadavid y Barrera (2017) enuncian,

El artículo 92 del Código Civil de Tabasco establece la validez del contrato de subrogación... En caso de niños nacidos como resultado de la participación de una madre sustituta gestacional, la paternidad se presume por el padre que contrata cuando él/ella registre el nacimiento del niño, ya que esta acción implica la aceptación de la paternidad [...]

El artículo 347 del Código Civil de Tabasco protege los derechos de los futuros padres. Dice: Cuando una segunda mujer participa en el proceso reproductivo, la madre contratante se presume como la madre legal, tanto si proporciona el óvulo como si no. Esto sucede cuando la madre sustituta gestacional no es la madre biológica del niño que nace como resultado de una transferencia de embriones. En este caso, la madre contratante debe ser considerada como la madre legal del niño. (Tribunal Superior de Justicia, 1997) (p. 13).

## Conclusiones

La problemática del vacío jurídico de la maternidad subrogada en Colombia ha





ocasionado una incertidumbre, no solamente en el ente judicial como regulador de los posibles casos relacionados con la temática sino en la sociedad en general, especialmente, a las personas que de una u otra forma hacen parte del proceso de la maternidad subrogada, es decir los actores, tales como los padres biológicos, los donantes de óvulos o de espermatozoides, la madre gestante, la entidad o clínica que realiza el proceso de fecundación, la notaría o Registraduría que realiza el documento de registro civil, el juez que tiene que decidir en un proceso de filiación, el Bienestar Familiar, entre otros.

La solución a este vacío normativo es la regulación de este tema a nivel legislativo o jurisprudencial, donde la normatividad de otros países puede dar un norte para reglamentar el asunto, pero teniendo en cuenta los aspectos socio culturales internos que caracterizan e individualizan el estado colombiano.

La filosofía de la ciencia juega un papel preponderante al ser una herramienta, que permite identificar con eficacia la posible solución a la problemática planteada, ya que a través de la hermenéutica se puede interpretar los principios del derecho que dan solución a los vacíos normativos que atañen esta investigación.

### Referencia Bibliográficas

Acedo, A. (1997). *Introducción al Derecho privado*. España: Editorial S. L. Dykinson.

Albornoz, M. y López, F. (2015). *Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos*. México: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Departamento de Investigaciones.

Brunet, L. et, al. (2012). *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*. Bruselas: Editorial Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales.





- Cadavid, K. & Barrera, A. (2017). *Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema*. Medellín: Universidad CES.
- Constitución Política de Colombia de 1991. (2012). Bogotá D. C.: Editorial Legis.
- Derecho del Bienestar Familiar [LEY\_1098\_2006]. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF. [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_1098\\_2006.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm)
- Galiano, G. & González, D. (2012). *La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho*. Colombia: universidad de la sabana.
- Galiano, M. & González, M. (2012). *La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho*. Colombia: Universidad de La Sabana.
- Jiménez, M. (2007). *La nueva ciencia y filosofía del derecho*. México D. F.: Distribuciones Fontamara S. A.
- Larrea, J. (2006). *Introducción al derecho*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Segura, M. (1989). *El problema de las lagunas del derecho*. Santiago de Compostela: Anuario de filosofía del derecho VI.
- Soberanes, J. (2012). *Los principios generales del derecho en México: un ensayo histórico*. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- Vicente, F. (2017). *Las lagunas del derecho*. España: Universidad de Salamanca.

