

**LA OMISIÓN LEGISLATIVA: UNA MIRADA DESDE EL CASO DE LA PRÁCTICA
DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA**

TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO

Estudiante: Diana Sthefania Muñoz Gómez

Directora: Diana Rocio Bernal Camargo

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
DICIEMBRE DE 2017**

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	5
I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	11
II. METODOLOGÍA	13
III. MARCO TEÓRICO	16
A. APROXIMACIÓN TEÓRICA A LA OMISIÓN LEGISLATIVA	16
1. <i>Órgano Legislativo</i>	16
2. <i>Función Legislativa</i>	17
3. <i>Omisión Legislativa</i>	23
4. <i>Omision Legislativa Inconstitucional</i>	26
5. <i>Acción de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa</i>	31
6. <i>Responsabilidad del Estado Legislador</i>	36
B. APROXIMACIÓN TEÓRICA AL CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	38
1. <i>Conceptualización</i>	38
2. <i>Sujetos implicados</i>	41
3. <i>Clasificación</i>	42
4. <i>Problemáticas adyacentes a la práctica</i>	43
5. <i>El caso de la maternidad subrogada en Colombia</i>	45
IV. MARCO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	47
A. MARCO NACIONAL	48
1. <i>Estado legislativo</i>	48
2. <i>Estado jurisprudencial</i>	57
B. MARCO EXTRANJERO	60
1. <i>Estado legislativo</i>	60
2. <i>Estado jurisprudencial</i>	64
V. MARCO EMPÍRICO	70
A. PERCEPCIONES SOBRE EL CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA	70
B. PERCEPCIONES SOBRE LOS DERECHOS IMPLICADOS	72
C. PERCEPCIONES SOBRE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA	75
D. PERCEPCIONES SOBRE LAS CAUSALES DE NO REGULACIÓN	76
E. PERCEPCIONES SOBRE LA OMISIÓN LEGISLATIVA	78
F. PERCEPCIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	79
VI. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	81
A. SOBRE LA TRA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	81
B. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA	81

C. SOBRE LA OMISIÓN LEGISLATIVA DEL ESTADO COLOMBIANO	83
D. SOBRE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA	84
E. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR	85
F. SOBRE LA NECESIDAD DE MAYOR ESTUDIO DEL TEMA GENERAL DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA Y DE REGULACIÓN DEL TEMA ESPECÍFICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	86
REFERENCIAS	87
A. BIBLIOGRAFÍA	87
B. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA	91
ANEXOS	93
A. ANEXO 1: GUÍA DE ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA.....	93
B. ANEXO 2: CONSENTIMIENTO INFORMADO	95

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
Conv.EDH	Convención Europea de Derechos Humanos
Const.	Constitución Política de Colombia
DDFF	Derechos Fundamentales
DDHH	Derechos Humanos
Exp.	Expediente
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRA	Técnicas de Reproducción Asistida

INTRODUCCIÓN

Con la aparición de las técnicas de reproducción asistida (TRA)¹ como medio para reemplazar la forma natural de procrear, el sueño de muchos hombres y mujeres con dificultades de vivir la paternidad y la maternidad encontró una nueva oportunidad. Este hecho, mediado por las facilidades de divulgación que ofrecen las tecnologías de la información, así como la dinámica de la globalización, han permitido que las posibilidades de acceso a estas técnicas se encuentren disponibles en cualquier lugar del mundo y del cual Colombia no es la excepción.

La maternidad subrogada², como TRA, ha recibido distintas denominaciones alrededor del mundo, tales como “maternidad sustituta”, “maternidad por sustitución”, “gestación sustituta”, “gestación por sustitución”, “alquiler de vientre”, “útero subrogado”, “uso solidario de vientre” entre otras (González & Albornoz, 2016).

Tales denominaciones varían de acuerdo con la concepción que se tiene de la maternidad, ya sea desde una idea de ésta como un proceso integral que involucra todo en cuanto la mujer es y vive; o un proceso independiente, reducido a la mera vivencia del proceso de la gestación. Así, la primera se concentra sobre el hecho general de la maternidad, y la segunda sobre el hecho particular de la gestación y el parto. Sin embargo, a la fecha no existe consenso sobre el término conceptual adecuado para referirse a este fenómeno dado que hay una fragmentación e incertidumbre entre los determinantes de la maternidad biológica o genética, la maternidad gestacional, la maternidad legal y la maternidad social (Brena, 2009).

Para efectos de este estudio seguiremos la denominación de maternidad subrogada por tres razones, la primera debido a que es el concepto que incluye no sólo el escenario de la subrogación del proceso de la gestación, sino también los escenarios en los que la subrogación incluye el aporte del material genético de la madre subrogante y los de las problemáticas

¹ De aquí en adelante, TRA. Las TRA se definen como “conjunto de técnicas biomédicas, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc.” (Santamaria-Solíz, L., 2000, p 37).

² Los aspectos técnicos y casuísticas serán desarrollados en el capítulo correspondiente a la aproximación teórica de la maternidad subrogada.

adyacentes que se presentan por la disociación de maternidades³; y por ende, es la denominación que abarca de manera más completa las distintas modalidades y problemáticas. La segunda, porque que el único precedente jurisprudencial colombiano sobre el tema ha utilizado ésta denominación, dos de tres iniciativas legislativas nacionales sobre el tema también lo han hecho, y la legislación actual, que es aplicable de manera conexas, se refiere al hecho de la maternidad incluyendo el proceso de la gestación y el parto. Y la tercera, puesto que, al realizar la búsqueda de éstas denominaciones en meta buscadores de información, *maternidad subrogada* es la que más resultados arroja en la medida en que la mayoría de autores han optado por ésta, como lo reconoce Souto (2005), y por ende se constituye en una denominación clave para el tema de estudio.

Como es habitual con los avances de la tecnología, estas TRA en general y la maternidad subrogada en específico, van más adelante que su respectiva legislación, lo cual no es impedimento para que las personas -altruista o lucrativamente- empiecen a utilizarlos y consecuentemente, para el surgimiento de problemas jurídicos a raíz de las distintas problemáticas que a su alrededor se presentan (Martínez, 2016).

El caso de la maternidad subrogada, como TRA, es una práctica frecuentemente ofertada en el mundo y a través de la cual, de acuerdo con el informe de la ONG suiza International Social Service (2016), se estima que cada año nacen en todo el mundo al menos 20.000 niños. Particularmente en Colombia, es una técnica vigente y en práctica en la medida en que cada vez son más las instituciones que la practican y las personas que a ella acceden. Por ejemplo, el Centro de Fertilidad de Medellín (Cefes), con más de 35 años de experiencia, oferta y realiza este procedimiento desde hace 12 años (Cefesfertilidad.com, 2016). Sin embargo, a pesar de ser una práctica que en nuestro país se hace tendencia como mecanismo de reproducción asistida, se encuentra en un contexto jurídico de total incertidumbre toda vez que no existe ninguna normatividad general ni específica al respecto.

En ese orden de ideas, la puesta en práctica de la maternidad subrogada en Colombia implica de partida la ejecución de acciones con efectos jurídicos dentro de un marco de incertidumbres y vacíos jurídicos, tanto para las personas naturales que a ella acceden, como

³ “En concreto por la aportación del gameto femenino, la gestación, el deseo y la voluntad de ser madre (comitente) y la atribución de la función jurídico-social de madre” (Lamm, 2012, p31).

para las personas jurídicas que la facilitan. Así, quienes acceden a esta práctica en nuestro país lo hacen desde el margen de la inseguridad jurídica propia del hecho de que no exista un marco normativo ni jurisprudencial que delimite el marco de acción en el cual pueden actuar las partes que intervienen alrededor de esta técnica.

Dada esta realidad de inexistencia de un marco legislativo- que podría configurar un caso de omisión legislativa- que regule la materia en Colombia y conforme a las particularidades que pueden llegar a tener cada uno de los casos de la práctica de la maternidad subrogada, las implicaciones socio jurídicas que deben enfrentar las personas vinculadas en ella son diferentes. Entre los principales aspectos problematizadores de esta práctica al no contar con un marco regulatorio se encuentran:

Inequidades en el acto jurídico

Una de las primeras problemáticas que se desencadenan al realizar esta práctica sin un marco legislativo específico es la relacionada con las diferencias entre clases sociales entre las personas involucradas; conforme a que frecuentemente se encuentran mujeres de bajos recursos que prestan sus servicios como subrogadas para mujeres que tienen un status económico elevado como contratantes (Baffone, 2013). Y en esa línea, la problematización respecto a las condiciones en la negociación que tienen las madres subrogantes, ya que en su mayoría, como afirma Amador (2010), son mujeres de bajos recursos e inmensas necesidades económicas, para quienes la posibilidad de conseguir dinero a través de esta práctica es una oportunidad en la que su voluntariedad se pone en duda por el contexto de pobreza, y a su vez, en la voluntad de asumir condiciones que en gran medida son coaccionantes de su libertad durante la época del embarazo, toda vez que al asumir la carga de cuidado con el embrión o feto⁴, deben aceptar condiciones de vida que podrían considerarse como nuevas formas de esclavitud.

Así mismo, la problemática de cuando la madre subrogante -quien se ha comprometido a entregar el hijo nacido en contraprestación de una compensación económica- en el momento de tener el parto y luego de haber experimentado los cambios físicos y psíquicos propios de la gestación, que no varían entre los embarazos de concepción natural o con asistencia científica

⁴ El embrión recibe el nombre de feto tras haber alcanzado un determinado nivel de desarrollo de los órganos, en el ser humano esto es ocho semanas después de la concepción (Sadler & Langman, 2007).

como son las TRA, se arrepiente del pacto de entrega del hijo y debe asumir sanciones por el incumplimiento del negocio jurídico que pactó (Fumero, 2016), entre otras formas de vulnerabilidad e inequidades que se dan en los tratamientos bioquímicos requeridos para llevar a cabo la subrogación (Viera, 2012).

Determinación de filiación

Otra de las problemáticas adyacentes a esta práctica, una vez llevada a cabo sin un marco regulatorio es la determinación de la filiación del bebé, puesto que en un mismo caso es posible que 6 personas distintas quieran reclamar la maternidad o paternidad del bebé nacido a través de la maternidad subrogada: (i) la madre biológica -donante de óvulos-, (ii) la madre subrogante⁵ -el vientre de alquiler-, (iii) la mujer que ha encargado el bebe, (iv) el padre biológico -el donante de esperma-, (v) el marido o pareja de la madre gestante -que tiene la presunción legal de paternidad-; y (vi) el hombre que ha encargado el bebé (Bernal, 2013). En dichas circunstancias, afirma López De Armas y Amado (2014), el operador jurídico se encuentra en una situación poco usual donde debe ponderar los derechos que a cada una de las partes le asisten –teniendo al menor como sujeto de protección constitucional reforzada- frente a un marco jurídico que sólo prevé la filiación natural y la civil (para los casos de adopción).

Inseguridad jurídica en el servicio

De otro lado, encontramos tanto a las personas naturales que quieren hacer uso de esta TRA, como a las personas jurídicas que lo ofertan y facilitan, quienes se enfrentan con la problemática de un escenario de inseguridad jurídica puesto que no sólo no existe un marco legal que lo regule y controle sino que ni siquiera hay claridad sobre el *modus operandi* de esta práctica, la forma de contactar a las madres subrogantes, la forma de celebrar el pacto, etcétera; y por ende, las partes involucradas se mueven en un terreno de desprotección también dentro del sistema de salud, como comercial en el que proceden.

Derecho a la identidad vs. Anonimato de donantes

⁵ De acuerdo a rastreo web de las madres que ofertan su vientre, en su mayoría son pertenecientes a estratos socioeconómicos bajos y aluden que lo hacen por una necesidad económica.

Así mismo, una vez llevada a cabo esta práctica en el escenario del vacío e inseguridad jurídica, y pasados algunos años, se presenta la problemática del derecho a la identidad y a conocer a los padres biológicos por parte de los niños que son fruto de esta TRA. El derecho a conocer los orígenes biológicos es un derecho que cuenta cada vez con una mayor aceptación como derecho fundamental de las personas, desde la doctrina hasta el derecho internacional especialmente desde la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989 en el marco de las Naciones Unidas y que pone en tela de juicio el pacto de anonimato de los donadores del material genético que intervienen en esta práctica (Igareda-González, 2014).

De esta manera, grosso modo, se evidencian algunas de las principales problemáticas jurídicas que surgen alrededor de la maternidad subrogada como TRA vigente en nuestro país y que requieren acciones legislativas, especialmente por ser una práctica desarrollada sin un marco normativo claro que establezca las reglas de operación y que permitan asegurar la protección de los derechos y garantías constitucionales de las personas naturales y jurídicas que en ella intervienen, cuestión que recae en cabeza del Estado como ente legislador encargado de la regulación y control de la sociedad colombiana y de la vida en sociedad.

Al respecto de esa función legislativa, en Colombia se han presentado alguna iniciativas en las cámaras del Congreso⁶, sin embargo ninguna de ellas ha prosperado y todas han terminado su proceso siendo archivadas. Además, como sostiene Rincon (2012) en su estudio de la maternidad subrogada en Colombia desde la mirada de la bioética, dichos intentos por legislar el tema no han sido presentados en términos de bien común para las personas involucradas, como proclama la Carta Magna o los instrumentos de Naciones Unidas, sino de asegurar el mero cumplimiento contractual, además, la autora pone de manifiesto la urgencia de que la regulación de las técnicas de reproducción humana en general y de la maternidad subrogada en particular, como asuntos de derechos sexuales y reproductivos, sea de manera cercana y conexas a la necesidad de intervenir a realidades de vulneración de dichos derechos en los casos de las mujeres colombianas adolescentes y rurales, que son quienes en su mayoría ofertan su vientre y conciben hijos a través de esta práctica en nuestro país.

⁶ Dentro de esas iniciativas, la última es el Proyecto de Ley 202 de 2016 de la Cámara, por medio de la cual se pretendía prohibir la práctica de la maternidad subrogada al ser considerada como una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos.

El caso de la práctica de la maternidad subrogada sin un marco jurídico que la regule y su problematización con implicaciones socio jurídicas, vista desde la mirada del Estado y de su función legislativa, reguladora y controladora se constituye en una prioridad de estudio para los investigadores del derecho, como asegura Arteta-Acosta (2011), toda vez que es un asunto de relevancia temática y pertinencia social en el marco de un Estado social de Derecho como lo es Colombia, donde esta TRA cada día se constituye en una tendencia reproductiva vigente a pesar de no contar con unas reglas de derecho que garanticen la protección de los derechos de todas aquellas personas, naturales y jurídicas, que en ella se ven implicadas.

Con el propósito de presentar los hallazgos de esta investigación, referentes a la pregunta de investigación respecto de si la inactividad legislativa del Estado Colombiano frente a la práctica de la TRA de la maternidad subrogada en Colombia configura omisión legislativa y a cuáles son sus implicaciones socio-jurídicas, este documento está organizado en seis apartados de la siguiente manera.

El **primero** presentará la pregunta de investigación y los objetivos que desarrolló este estudio, el **segundo** expondrá la ruta metodológica a partir de la cual se dio respuesta a dicha pregunta y objetivos, el **tercero** abordará el marco teórico a partir del cual se estudiaron los dos ejes temáticos del trabajo: la omisión legislativa y el caso de la maternidad subrogada.

Seguidamente, el **cuarto** apartado mostrará el marco legislativo y jurisprudencial a nivel nacional e internacional del tema de estudio, el **quinto** dará cuenta del marco empírico a través del cual se revelarán los resultados de la dimensión fáctica de esta investigación; y finalmente, en el **sexto** apartado se esbozará la discusión y las conclusiones a las que se allegaron con este trabajo de investigación.

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El objetivo de esta investigación fue analizar a partir del planteamiento conceptual y empírico de la realidad de la maternidad subrogada en Colombia, si ésta se constituye o no en un caso de omisión legislativa por parte del Estado Colombiano.

La pregunta de investigación que se pretendió resolver fue:

¿Si la inactividad legislativa del Estado Colombiano frente a la práctica de la técnica de reproducción asistida de la maternidad subrogada en Colombia configura omisión legislativa y cuáles son sus implicaciones socio-jurídicas?

Objetivos

Objetivo General

Describir y analizar las condiciones e implicaciones de la inactividad legislativa del Estado respecto de la técnica de reproducción asistida de la maternidad subrogada en Colombia para determinar si se configura la omisión legislativa.

Objetivos Específicos

- 1) Identificar y analizar la trayectoria de los proyectos de ley que han pretendido fallidamente la reglamentación de la técnica de reproducción asistida de la maternidad subrogada en Colombia.
- 2) Describir las tendencias legislativas de la materia objeto de análisis en el mundo.
- 3) Identificar las consecuencias de la omisión legislativa sobre la materia objeto de estudio, si se configura; e identificar las posibles consecuencias socio jurídicas.

Hipótesis

La inactividad del Órgano legislador del Estado Colombiano respecto de la práctica de la TRA de la maternidad subrogada se constituye en un caso de omisión legislativa debido a que su silencio ha fomentado una situación de inseguridad jurídica tanto para las personas naturales, como para las jurídicas que en ella intervienen y como consecuencia ha contribuido a la creación o mantenimiento de efectos normativos contrarios al texto constitucional, y por tanto, de no ser

reglamentada a tiempo y de manera integral, podría conducir a una declaración de responsabilidad del Estado legislador por su conducta omisiva al respecto.

II. METODOLOGÍA

De acuerdo con los filósofos jurídicos, las tendencias de la investigación en derecho en América Latina se pueden clasificar entre las seguidoras del iusnaturalismo, del positivismo y de las teorías críticas; enmarcadas a su vez bajo los enfoques jurídico o el socio jurídico (Matías, 2010).

Siguiendo al mismo autor, tales enfoques, el jurídico y socio jurídico, son comprendidos como los supuestos conceptuales, teóricos y disciplinares con los cuales se investiga y se busca resolver los problemas jurídicos, a través de los cuales se debate si el Derecho es simplemente un sistema de normas obligatorias, autónomas, sin contexto ideológico, político, económico, social, histórico; o si por el contrario, es un producto del hombre en su condición de ser social, que reproduce sus organizaciones ideológicas, políticas, económicas, sociales, históricas. Es decir, dichos enfoques determinan cómo debe investigarse, conocerse y transformarse el Derecho, si se restringe a las normas positivas, escritas y a lo que ellas dicen; o por el contrario, si se dirige a las relaciones jurídicas encontradas en el conjunto de relaciones sociales de las cuales hacen parte (Matias, 2012).

La investigación socio jurídica, entonces, está orientada a estudiar la condicionalidad social del derecho, de sus normas e instituciones; los efectos de éste en la sociedad y su eficacia como norma reguladora de relaciones sociales. En otras palabras, estudia (i) la influencia que ejerce sobre el derecho el conjunto de factores materiales y espirituales, que constituyen la situación concreta en la que se desarrolla el sistema jurídico existente; (ii) la manera cómo influye el derecho y la práctica jurídica en los distintos aspectos de la vida material y espiritual de la sociedad; (iii) la eficacia de la acción y la influencia del derecho, de sus normas e instituciones y teorías como reguladoras de las relaciones sociales, como normas de comportamiento humano obligatorias; y (iv) la concordancia o discrepancia del derecho, de sus normas, teorías y principios con la realidad social (Matias, 2012).

Así, en términos de Jorge Witker (2008), el paradigma integrativo u holístico del derecho, además de la norma legislada formalmente vigente y la norma vivida en la sociedad - la norma hecha conducta, la norma eficaz-; incorpora el contexto, la articulación vigencia-validez-eficacia; los valores e intereses protegidos: la aplicación y los órganos jurisdiccionales.

Es decir, el fenómeno socio-jurídico holístico, es considerado como una totalidad única de vertientes que se combinan o entrecruzan, donde lo normativo-formalista y lo sociológico son dos caras del mismo fenómeno.

De tal manera, para efectos de este estudio se siguió el enfoque de la investigación socio jurídica en la medida en que se estudió el derecho en la vida social, en su práctica social, en el mundo material, buscando así "...transformar la investigación jurídica en una herramienta teóricamente útil y socialmente comprometida con la justicia social que tanta falta hace en nuestras sociedades en proceso de desarrollo (Witker, 2008, p. 964)".

En términos de Giraldo (1999), este tipo de abordaje permitió no limitarse a la descripción del fenómeno y de sus relaciones con las circunstancias de tiempo, modo y lugar que condicionan su aparición, sino que partió de la base de que tales comportamientos pueden trascenderse, y a partir de la trascendencia promoverlos, prohibirlos o modificarlos, y, por tanto, se procedió a formular posibles normas que se consideran necesarias para regular el comportamiento social objeto de esta investigación.

Particularmente, para el logro de los objetivos de este estudio se realizó el trabajo desde dos dimensiones: la normativa y la fáctica, desde el paradigma socio-jurídico.

Para el desarrollo de la dimensión normativa de la investigación se acudió en un primer momento a la conceptualización doctrinal y teórica sobre el concepto de la omisión legislativa y de la maternidad subrogada; Y en segundo, se abordó el marco legal y jurisprudencial que existe a nivel nacional como internacional respecto del tema. Para ello se siguió la técnica de revisión de bibliografía, selección de información, análisis de información y sistematización de la información.

Se utilizaron como fuentes informativas las bases de datos Ebsco- Legal Collection, Hein Online, Jstor, Vlex, Proquest-Ciencias Sociales, Science Direct, Scopus, Max Planck y Notinet y se emplearon como tesauro de búsqueda de búsqueda: maternidad subrogada, gestación subrogada, maternidad sustituta, gestación por sustitución, alquiler de vientre, arrendamiento de vientre, contrato de maternidad subrogada, madre gestante, padres comitentes, técnicas de reproducción asistida, madre subrogante, biotecnología, bioética, bioderecho, derechos de la mujer, derechos de los menores, derechos de los niños, derechos sexuales y reproductivos,

derecho a conocer los orígenes, derechos humanos, Interés superior del niño técnicas de reproducción humana asistida, técnicas intracorpóreas de reproducción asistida, mecanismos de fecundación in vitro, anonimato de donantes de gametos y sus equivalentes en inglés.

De otro lado, para el desarrollo de la dimensión fáctica del estudio se siguió una metodología cualitativa a través de la aplicación de la técnica de entrevistas semiestructuradas individuales a partir de la selección a conveniencia de seis (6) actores claves del tema de estudio, definidos como aquellos miembros del Congreso de la República, siendo Senadores(as) o Representantes a la Cámara, que hubiesen intervenido alrededor de la función legislativa respecto de la práctica de la maternidad subrogada en nuestro país. Es decir, el criterio de inclusión para ser participante de este estudio fue, además de estar investido(a) como legislador, que estuviera o hubiera estado involucrado(a) directa o indirectamente con el trámite legislativo de alguno de los proyectos de ley referidos a la Maternidad Subrogada, es decir, que hubiesen sido proponentes, ponentes o hubiesen participado en alguna de las comisiones en que dichos proyectos fueron debatidos y votados.

La recolección de información inició con el diseño de la guía de entrevista (ver anexo 1) y del consentimiento informado (ver anexo 2), así como su validación con un (1) participante, simultáneamente, se convocó por medio telefónico y electrónico a distintos Legisladores, a partir de los datos públicos disponibles en las plataformas web del Senado, la Cámara de Representantes y de Congreso Visible. Posteriormente, y a través de las Unidades de Trabajo Legislativo, se coordinaron las agendas para la realización de la entrevista a cada uno de los seis (6) entrevistados.

Posteriormente se realizó la transcripción de entrevistas, el control de calidad de las transcripciones, la consolidación de una unidad hermenéutica a través del programa AtlasTi y finalmente el análisis de la información de acuerdo con las categorías de análisis asociadas a las implicaciones socio jurídicas del tema de estudio.

III. MARCO TEÓRICO

Para el desarrollo de éste capítulo, en el primer literal se hará un abordaje conceptual sobre el Órgano Legislador en el marco jurídico colombiano y sobre la figura de la Omisión Legislativa, para llegar a través de la claridad conceptual de cada uno de ellos, a la identificación de la Omisión Legislativa Inconstitucional y la respectiva Acción de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa. Posteriormente, en el segundo literal se realizará la aproximación conceptual al fenómeno de la maternidad subrogada en Colombia, como caso concreto de estudio de éste trabajo de investigación.

A. Aproximación teórica a la omisión legislativa

1. Órgano Legislativo

Para comprender la figura de la Omisión Legislativa es necesario identificar en primera instancia qué es el *Órgano legislativo*, quién lo conforma y cuáles son sus funciones.

A la luz del mandato constitucional previsto en el Art. 113 y 114 (Const., 1991), el Poder Legislativo es entendido como aquella Rama del Poder Público a la que le corresponde, en términos generales, reformar la Constitución y hacer las leyes; y está constituido por el Congreso de la República, cuya característica principal consiste en ser órgano de representación, en la medida en que los miembros que lo conforman han de representar los intereses de sus electores y de los habitantes de las regiones en donde fueron elegidos (Quinche, 2015a).

La estructura del Congreso de la República es bicameral desde el 27 de noviembre de 1811, cuando a través de la suscripción del Acta de la Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada se adoptó la estructura de un cuerpo bicameral, la cual fue llevada posteriormente a la Constitución de Cundinamarca de 1812, que previó en su artículo 40 la institución del Congreso con la estructura básica “El Congreso de la República estará dividido en dos Cámaras, que serán el Senado y la Cámara de Representantes”; y que luego ha sido conservada en las distintas constituciones políticas que ha tenido Colombia y que se conserva hasta nuestros días (Quinche, 2015a).

El Congreso, entonces, está integrado por el Senado y la Cámara de Representantes, el primero conformado por 102 senadores, quienes deben ser ciudadanos en ejercicio, colombianos de nacimiento y tener más de 30 años al momento de ser elegidos, de los cuales 100 son elegidos

por circunscripción electoral nacional y dos por circunscripción nacional especial indígena (Const., 1991, Art. 171 y 172); y la segunda integrada por 167 Representantes a la Cámara quienes deben ser ciudadanos en ejercicio y tener más de 25 años al momento de ser elegidos, todos ellos elegidos por circunscripciones territoriales y especiales⁷ (Const., 1991, Art. 176 y 177).

Adicionalmente, también se han determinado los Órganos de Dirección y Orientación al interior de cada cámara, que son las mesas directivas conformadas por un presidente y dos vicepresidentes, así como la autoridad administrativa de cada cámara, que es un secretario general para cada una de ellas (Ley 5, 1992, Art. 40 y 47).

De tal manera, el marco normativo y la estructura del Congreso se encuentran definidos en el Título VI de la Constitución Política, que va de los artículos 132 a 188, en el Acto Legislativo 1 de 2003, sobre Reforma Política; en el Acto Legislativo 1 de 2009, segunda reforma política; en el Acto Legislativo 2 de 2015, sobre equilibrio de poderes; la Ley 5 de 1992, orgánica del Congreso, en las Leyes 3 de 1992 y 754 de 2002, sobre composición de las comisiones constitucionales permanentes; y en la ley 974 de 2005, sobre bancadas.

En definitiva, el Congreso de la República es quien formal y materialmente constituye el Órgano Legislativo. Sin embargo, es menester precisar que existen algunos escenarios en los que el poder Ejecutivo realiza también funciones del Órgano Legislativo, el primero es en virtud de la facultad reglamentaria otorgada a éste en el Art. 189 numeral 11 de la Const.(Const., 1991); y el segundo escenario es a la luz del mandato del Art. 150 numeral 10 de la Const.(Const., 1991), que lo reviste de precisas facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje, casos en los cuales dichos actos se constituyen también en un acto materialmente legislativo aunque sean formalmente ejecutivos.

2. Función Legislativa

El mandato constitucional en el Art. 150 (Const., 1991) ha determinado que corresponde al Congreso, entre otras funciones, la de ejercer la función de interpretar, reformar y derogar las

⁷ Son circunscripciones electorales especiales: la de las comunidades indígenas y afrodescendientes, y la de los colombianos residentes en el exterior.

leyes y expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. En esa medida, aunque de ordinario se afirma la función legislativa es la fundamental del Órgano legislativo, no se debe olvidar que ésta es solo una de las varias funciones que le competen (Quinche, 2015). En ese sentido, de acuerdo con Olano (2004), son también funciones del Congreso:

- Función constituyente, para reformar la Constitución mediante actos legislativos.
- Función legislativa, para elaborar, interpretar, reformar y derogar las leyes y códigos en todos los ramos de la legislación.
- Función de control político, para requerir y emplazar a los Ministros y demás autoridades y conocer de las acusaciones que se formulen contra altos funcionarios del Estado.
- Función judicial, para juzgar excepcionalmente a los altos funcionarios del Estado por responsabilidad política.
- Función electoral, para elegir Contralor y procurador General de la nación, Magistrados del Consejo Nacional Electoral, de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, Defensor del Pueblo y Vicepresidente de la República en casos de falta absoluta.
- Función administrativa, para establecer la organización y funcionamiento del Congreso.
- Función de control político, para emplazar a cualquier persona natural o jurídica para que rindan declaraciones sobre hechos relacionados con el ejercicio de las Comisiones.
- Función de protocolo, para recibir Jefes de Estado o de Gobierno.

De tal manera, se ha señalado que la función legislativa, concerniente a hacer leyes, es solo una de las distintas funciones que constitucionalmente le corresponden al Órgano legislativo, sin embargo, ello no desconoce el hecho de que sí sea una de las principales, tal como se encuentra enunciado en el Art. 150 (Const., 1991), además de ser una de las más conocidas.

Dicha función de hacer las leyes, es aquella que se lleva a cabo a través del trámite legislativo que realizan ambas cámaras (Senado y Cámara de Representantes) y que se realiza

mediante las denominadas comisiones constitucionales permanentes⁸, encargadas de realizar los distintos trámites legislativos, las cuales disponen de una Mesa Directiva conformada por un presidente, un vicepresidente y un secretario, quienes actúan en calidad de Órgano de Dirección de cada Comisión. A continuación, se presenta un esquema de dichas comisiones, los asuntos sobre los cuales tienen competencia y el número de miembros que las conforman en cada cámara:

Tabla # 1: Comisiones Constitucionales Permanentes, Competencia y Miembros.

NOMBRE	COMPETENCIA (Asuntos sobre los que conoce ⁹)	MIEMBROS	
		Senado	Cámara
Comisión Primera	Reformas constitucionales, leyes estatutarias, organización territorial, administración central nacional y rama legislativa.	19	35
Comisión Segunda	Relaciones internacionales, defensa nacional y comercio exterior.	13	19
Comisión Tercera	Hacienda y el crédito público, régimen fiscal y monetario, banca central, régimen de cambios, actividad financiera y planeación.	15	29
Comisión Cuarta	Presupuesto general de rentas y recursos, control fiscal, propiedad industrial y contratación administrativa.	15	27
Comisión Quinta	Régimen agropecuario, ecología, medio ambiente, asuntos del mar, minas y energía.	13	19
Comisión Sexta	Comunicaciones, informática, espacio aéreo, obras públicas, turismo, educación y cultura	13	18

⁸ Es importante precisar que también existen las denominadas comisiones legales y accidentales, que cumplen funciones especializadas diferentes a las legislativa de reformar la Constitución y hacer las leyes. Pero para efectos de nuestro tema de estudio, se abordarán únicamente las comisiones constitucionales permanentes en la medida en que son aquellas que cumplen específicamente la función legislativa de hacer las leyes.

⁹ Cuando la materia sobre la cual se trata un proyecto de ley no está claramente definida, el presidente de la cámara respectiva decide qué comisión conocerá del respectivo proyecto (Ley 5, 1992).

Comisión Séptima	Estatuto y régimen salarial del servidor público y trabajador particular, seguridad social, sindicatos, deporte, salud, vivienda, mujer y familia.	14	19
------------------	--	----	----

Fuente: Elaboración propia a partir de la Constitución Política, Ley 3 de 1992, Ley 5 de 1992 y 754 de 2002.

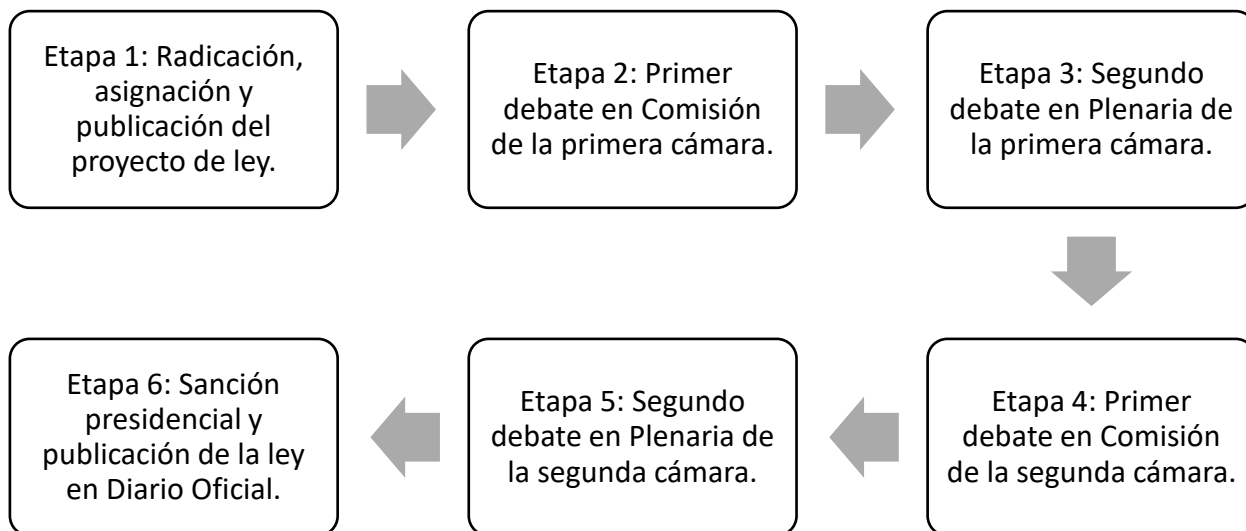
Trámite legislativo

Respecto del trámite que debe seguir todo proyecto de ley, el Art. 157 de la Constitución Política consagra que el procedimiento está determinado por las siguientes etapas:

- La primera etapa inicia con la radicación del proyecto ante la Secretaría de la primera cámara (que podrá ser del Senado o de la Cámara de Representantes de acuerdo a la cámara donde surge la inicialita parlamentaria), donde una vez recibido se ordena su publicación en la Gaceta del Congreso y se reparte por el Presidente a la Comisión Permanente que corresponda (según la materia), a quien se le entrega en original y dos copias con su correspondiente exposición de motivos y además de dejarse constancia, se radica y clasifica por materia, autor, clase de proyecto y comisión que lo tramita (Ley 5, 1992, Art. 144).
- La segunda etapa, una vez asignado el proyecto de ley a la respectiva comisión constitucional permanente, continua con el sometimiento a primer debate en la primera cámara y su respectiva votación.
- La tercera etapa, que surte luego de haber sido aprobado el proyecto de ley en la comisión, consiste en que es sometido a segundo debate en la plenaria de la cámara donde ha iniciado el trámite.
- La cuarta etapa, a la que se llega una vez ha sido aprobado el proyecto de ley en la plenaria de la cámara donde inició el trámite, continúa con el primer debate en la respectiva comisión constitucional permanente de la segunda cámara, es decir de aquella donde no inició el trámite.
- La quinta etapa, que se habilita luego de haber sido aprobado el proyecto de ley en la comisión de la segunda cámara, consiste en que es sometido a segundo debate en la plenaria de la segunda cámara.

- La sexta y última etapa, que se da una vez ha sido aprobado el proyecto de ley en la plenaria de la segunda cámara, se da con la sanción del presidente de la república y con la respectiva publicación de la ley en el Diario Oficial.

Figura 1: Trámite legislativo en Colombia



Fuente: Elaboración propia a partir del Art. 157 de la Const. y del Art. 144 de la Ley 5 de 1992.

Tipos de leyes

Como se vió en el anterior apartado, la función legislativa de hacer leyes culmina con la sanción de una nueva ley. Al respecto, corresponde señalar entonces que las leyes son un tipo especial de norma jurídica expedida por el Congreso. Éstas, de acuerdo con la materia a la que se refieran y el trámite legislativo previsto para cada una, pueden clasificarse, entre otras muchas tipologías¹⁰, en alguno de los siguientes tipos: ley ordinaria, ley estatutarias, ley orgánica, ley de facultades extraordinarias y ley marco o cuadro.

¹⁰ Existen distintas clasificaciones de los tipos de leyes, por ejemplo Juan Charry (1991) las clasifica en 21 tipologías, Humberto Sierra (1998) en 12, Hernán Olano (2004) en 6, Manuel Quinche (2015a) en 6, etcétera.

A continuación, se presenta un resumen de las tipologías de leyes más importantes para efectos de los objetivos de éste estudio de acuerdo con la materia que regulan y con el trámite legislativo que siguen cada una de ellas en el Congreso:

Tabla 2: Tipologías de leyes por materia que regulan y trámite legislativo.

TIPO	MATERIA	TRÁMITE
Ley ordinaria	Aquella que legisla todos aquellos asuntos respecto de los cuales la Constitución no ha previsto o asignado una clase especial de ley.	Trámite de iniciativa legislativa (Const., 1991, Art. 157).
Ley estatutaria	Aquella que regula asuntos de derechos fundamentales de las personas, los procedimientos y recursos para su protección; administración de justicia; organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; instituciones y mecanismos de participación ciudadana; estados de excepción (Const., 1991, Art. 152).	Trámite de iniciativa legislativa con la particularidad de requerir mayoría absoluta de los miembros del Congreso ¹ , que el trámite se surta en una sola legislatura y control de constitucionalidad previo por la Corte Constitucional (Const., 1991, Art. 153 y 157).
Ley orgánica	Aquella que establece el reglamento del Congreso, el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, plan general de desarrollo; y ley de ordenamiento territorial (Const., 1991, Art. 151).	Trámite de iniciativa legislativa con la particularidad de requerir mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara (Const., 1991, Art. 157).
Ley de facultades extraordinarias	Aquella que regula sobre todas las materias que no recaigan sobre las materias expresamente asignadas a leyes estatutarias, orgánicas, marco o cuadro, ni en materia de códigos e impuestos (Const., 1991, Art. 150, núm. 10).	Solicitud expresa del Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara (Const., 1991, Art. 150, núm. 10).
Ley marco o cuadro	Aquella que dicta las normas generales, y señala los objetivos y criterios a los cuales	Trámite de iniciativa legislativa con la particularidad

	<p>debe sujetarse el Gobierno para los asuntos de crédito público, comercio exterior y régimen de cambio internacional; aranceles, tarifas y aduanas; actividad financiera, bursátil, aseguradora y de captación; régimen salarial y de prestación de empleados públicos y trabajadores oficiales (Const., 1991, Art. 150, núm. 19).</p>	<p>de que cuando recaiga sobre los asuntos de crédito público, comercio exterior, régimen de cambio o régimen salarial, se requiere que la iniciativa sea presidencial (Const., 1991, Art. 157 y 154, inc. 2).</p>
--	--	--

Fuente: Elaboración propia a partir de la Constitución Política de Colombia, Art. 150 -157.

Resumiendo, se ha esbozado cómo la función legislativa de hacer leyes es en primera medida una disposición constitucional que recae en cabeza del Órgano Legislativo -Congreso-, y en segundo lugar, que dicho mandato no sólo establece *quién* la realiza y el *qué* realiza sino también el *cómo* la realiza de manera específica para cada tipo de ley. Tal especificidad normativa sobre la función legislativa nos conduce al planteamiento de la cuestión sobre el escenario jurídico del no cumplimiento de dicha función constitucional por parte del Congreso, conocida doctrinalmente como la omisión legislativa.

3. Omisión Legislativa

La omisión en términos generales, entendida como la abstención de hacer o decir algo necesario, conveniente u obligatorio, es en el escenario jurídico aquella que surge cuando “el incumplimiento de los deberes activos impuestos a las autoridades origina, por la abstención, la responsabilidad de las mismas cuando han de actuar de oficio; y también si desatienden los justificados requerimientos de los particulares o actúan sin celo o con malicioso retraso” (Cabanellas de Torres, G.,1997, p672). Es decir, la omisión del deber jurídico consiste en la conducta pasiva de no hacer a través de la cual se exterioriza una manifestación particular de la voluntad, que acarrea el incumplimiento de un deber.

En esta línea, la omisión legislativa, en términos de Rangel (2008), es aquella que se constituye no sólo con un mero *no actuar* del Órgano Legislador, sino con un *no actuar como se espera* que lo haga. Es decir, es aquella que se da cuando el Legislador no ha actuado cuando era preciso que lo hiciera de acuerdo con sus funciones constitucionales y generando como consecuencia, una manifestación particular con su inacción.

De acuerdo con Bazán (2007), existen dos tipos de omisiones legislativas, las absolutas o totales y las relativas o parciales. Las primeras se refieren a aquellas que implican la ausencia total de una ley que debería regular determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; y las segundas, también conocidas como "lagunas jurídicas", se configuran en los casos en que si bien el Legislador ha creado una ley, ésta no contempla a sujetos o casos sobre los cuales también podría o debería ser aplicada la ley en términos de "complitud" y en esa medida afecta el principio de igualdad.

El "no actuar como se espera"

En línea con Rangel (2008), para comprender el escenario de la omisión legislativa es necesario plantear el interrogante respecto de si las disposiciones constitucionales que hacen la atribución de la función legislativa al Órgano Legislador son mandatos de estricto cumplimiento, y por ende corresponden a un *actuar como se espera*, que de no hacerse conlleva a la omisión legislativa; o si por el contrario son meras autorizaciones, y por tanto el Legislador está en libertad de ejercerlas y de no hacerlo constituye un simple *no actuar* que no conduce al escenario de la omisión.

Para responder a ese interrogante, en primer lugar, es menester recordar dos características relevantes de la Constitución colombiana, la primera respecto del principio de la supremacía constitucional¹¹, consagrado bajo la expresión "la Constitución es norma de normas", en virtud del cual la Constitución es un texto normativo aplicable de modo directo, exigible judicialmente y prevalente ante cualquier caso de incompatibilidad entre Constitución, ley u otra norma jurídica. (Const., 1991, Art. 4). Y la segunda, referida a las categorías de forma escrita y de modificación rígida, que implican de un lado que los mandatos constitucionales están sistematizados en un cuerpo legal único; y del otro, que para sufrir cualquier modificación requiere la aprobación de mayorías más amplias que las exigidas en un trámite legislativo ordinario (Benites, 2014).

¹¹ Principio de supremacía de la Constitución: Consagrado bajo la expresión "la Constitución es norma de normas" e implica que ésta es un texto normativo aplicable de modo directo, exigible judicialmente y que ante cualquier caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (Const., 1991, Art. 4).

Lo anterior lleva a notar que los mandatos constitucionales tienen no sólo una categoría prevalente, formal y sustancial ante las demás fuentes del derecho colombiano, sino que además sus contenidos normativos gozan de una protección especial y reforzada, por ende, para efectos de la pregunta respecto del carácter imperativo o facultativo de las funciones que el Órgano Legislativo ha recibido del poder constituyente, se puede identificar en primera instancia que dichas atribuciones son determinados encargos que se espera sean cumplidos a cabalidad y por ende está en obligación y no facultad de ejercerla. En ese sentido lo han señalado en la doctrina Fernández (1998) y Villaverde (1997) al referirse a los “encargos al legislador” o las “normas constitucionales imperativas” respectivamente, que el poder constituyente dio al Órgano Legislativo para que desarrolle algún precepto constitucional o lo dote de eficacia plena.

En segundo lugar, es de notar que la Constitución Colombiana está integrada, de acuerdo con la clasificación de las normas constitucionales de Zagrebelsky (2006), por disposiciones normativas de dos tipos, las normas constitucionales de eficacia directa y las de eficacia diferida. Siendo las primeras aquellas que, de acuerdo con la estructura de la norma, son suficientemente completas para la aplicación a casos concretos; y las segundas aquellas que su estructura no es lo suficientemente completa para la aplicación a casos concretos y por ende requieren una intervención normativa de fuentes subsidiarias o posteriores.

En ese sentido, se evidencia el espíritu del constituyente de querer garantizar la eficacia, efectividad y operatividad tanto de las normas de eficacia directa como las de diferida, y, por tanto, puede concluirse que la función constitucional obedece a una función imperativa, en cuanto necesaria, y no a una facultad discrecional del Órgano Legislativo

De otro lado, atendiendo a la realidad Colombiana, es importante reconocer que el Congreso como Órgano Legislativo es un cuerpo eminentemente politizado y por ello no es posible desconocer que éste responda a impulsos principalmente políticos particularizados, que muchas de sus acciones atiendan esencialmente a criterios pragmáticos y de oportunidad dependientes de la situación concreta y por ende que incurra en hechos de omisión legislativa sobre aquellos temas que no son del interés político (Quinche, 2015a; Sierra, 1998).

4. Omisión Legislativa Inconstitucional

Ahora bien, el hecho de que no todas las normas constitucionales puedan aplicarse directamente, sino que muchas de ellas, las de eficacia diferida, por ejemplo, tengan la necesidad de un posterior desarrollo que las dote de eficacia, es una de las razones que explica el por qué la potestad de legislar que tiene el Órgano Legislativo es un deber imperativo y no una mera facultad. Especialmente, cuando la naturaleza de las normas de las que se trate recaen sobre normas fundamentales o sustanciales de la Constitución (Rangel, 2008).

Por tal motivo, los casos de omisión legislativa que alteran o afectan el contenido sustantivo de la Constitución, son aquellos que la doctrina constitucional ha calificado como omisiones legislativas inconstitucionales, no por el hecho del incumplimiento de las funciones que constitucionalmente le han sido atribuidas al Legislador, sino por las consecuencias jurídicas de inconstitucionalidad que produce su inactividad o silencio. Por lo anterior, sostiene Rangel (2008), dichas omisiones legislativas son objeto de control constitucional por parte de la entidad judicial encargada de velar por la integridad y la supremacía de la Constitución, en el caso colombiano, la Corte Constitucional¹².

Respecto de esta figura, autores como Fernández han afirmado que la inconstitucionalidad por omisión acaece no sólo por la afectación al contenido constitucional, sino también por "la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación" (1998, p81). Encontrándose otro elemento identificado por la doctrina, referido al periodo de tiempo excesivo que la inactividad legislativa ha abarcado.

Por lo tanto, si el legislador incurre en una omisión legislativa y su silencio o inactividad fomenta la creación o mantenimiento de efectos normativos contrarios al texto constitucional, entonces, y sólo entonces, su inacción podrá ser reputada como inconstitucional.

¹² Corte Constitucional: Organismo perteneciente a la rama judicial del Poder Público y es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, conoce de manera exclusiva de los asuntos de constitucionalidad y establece, en su condición de intérprete autorizado, las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución (Const., 1991, Art. 239 y 241).

De acuerdo con la clasificación de Sangües (2002), existen dos variantes de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, una referida a la inconstitucionalidad por mora y la otra concerniente a la inconstitucionalidad por negación. Por inconstitucionalidad por mora se entiende aquella que puede resultar de (i) la inercia en adoptar una decisión concreta, (ii) de la tardanza en la producción de normas generales, o (iii) de la mora en la ejecución de la decisión tomada.

Y de acuerdo con el mismo autor, la inconstitucionalidad por negación comprende aquella que acaece cuando el órgano legislativo sanciona la ley que debe dictar, pero lo hace limitando algún derecho que la constitución otorga, es decir omite a alguien un derecho que le pertenece. Ésta es la también llamada omisión relativa en términos de Rangel (2008) y Bazán (2007).

Omisión legislativa inconstitucional en Colombia

Al revisar la Constitución Colombiana, se evidencia que Colombia no tiene consagrada en la Constitución ni la omisión legislativa, ni su consecuente inconstitucionalidad. Sin embargo, sí ha estipulado que la Corte Constitucional, es el Órgano encargado de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y que es quien tiene en su poder el ejercicio del control de constitucionalidad, entendido en términos de Quinche como “el conjunto de instituciones y procedimientos destinados a hacer efectiva la supremacía de la Constitución, a realizar el carácter normativo de la misma, a garantizar la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales de las personas dentro de un Estado, así como a permitir la realización de las reglas, principios, valores e instituciones propias del Estado constitucional democrático” (2014, p.33).

Y para el cumplimiento de dicha función ha recibido constitucionalmente, entre otras funciones no relacionadas con el objeto de estudio de este trabajo¹³, la función de conocer la constitucionalidad de los siguientes actos (Const., 1991, Art. 241):

13 Además de ser el Ente encargado de conocer la Constitucionalidad de distintos actos, la Corte Constitucional también es titular de las funciones de: Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente, Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución, Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones; Y darse su propio reglamento (Const., 1991, Art. 241).

- Las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
- Los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional.
- Las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
- Las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
- Los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
- Los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
- Las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

Como se puede notar, en nuestro sistema jurídico la revisión de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional está prevista únicamente respecto de acciones positivas que atentan contra el mandato constitucional, pero no respecto de los actos negativos -de no hacer- que también pueden atentar contra la constitución, como son los casos de omisión legislativa inconstitucional.

Sin embargo, aunque Colombia no ha previsto en el texto constitucional ni de forma explícita ni implícita la figura de la omisión legislativa inconstitucional, la Corte Constitucional en su ejercicio de conocimiento del control de constitucionalidad sí ha iniciado un reconocimiento de la omisión legislativa a través de la adopción de medidas de tipo jurisprudencial toda vez que cuando se enfrenta ante hechos materiales de una omisión legislativa en virtud de los cuales un precepto constitucional no cobra plena eficacia, le corresponde a Ésta mediante su labor de interpretación y sin violentar el principio de división

de poderes¹⁴, pero en aras de los de colaboración armónica¹⁵ y de supremacía constitucional¹⁶; hacer eficaz el precepto constitucional en examen, puesto que, como órgano constituido y como defensor de la Constitución, su labor consiste esencialmente en luchar por la plena aplicación de las normas constitucionales.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha hecho un reconocimiento vía jurisprudencial de la omisión legislativa en los siguientes términos:

“Si bien a la Corte se le ha confiado la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución, es admisible que ella ejerza el control de constitucionalidad no solamente sobre la actuación positiva del legislador que se traduce en la expedición de una norma que por sí misma pueda contrariar los preceptos superiores, sino también respecto de aquellos casos en que la inactividad del legislador lesione igualmente principios, derechos o garantías constitucionales. En efecto, la Carta Política le impone al legislador ciertos deberes en relación con la regulación de determinadas materias y cuando éste no cumple o no actúa, tal pasividad se traduce en una omisión” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1125, 2004).

Y en esa medida, se ha pronunciado en primer lugar respecto de su competencia para conocer sobre las omisiones legislativas, y ha señalado que carece de competencia para pronunciarse respecto de omisiones absolutas dado que en estas existe una total inactividad del legislador y por lo tanto no hay norma sobre la cual pueda recaer su juicio de constitucionalidad. Pero que por el contrario, cuando se trata de omisiones relativas, es decir, cuando se ha cumplido con el deber de regular una determinada materia, pero ésta ha sido incompleta de forma tal que se han incluido algunas situaciones pero se han dejado por fuera otras con supuestos o características similares y con clara violación del derecho a la igualdad o con desconocimiento

¹⁴ Principio de división de poderes: Desconcentra los poderes ejecutivo, legislativo y judicial para que cada uno de los respectivos órganos del poder los ejerza autónomamente. Éste principio es respuesta al Estado absolutista en el cuál un único sujeto -el soberano- concentraba todos los poderes o funciones y los ejercía simultáneamente y a su arbitrio (Quinche, 2015a).

¹⁵ Principio de colaboración armónica: Surge del principio de separación de poderes y fue estructurado para permitir el cumplimiento de los fines del Estado desde la interacción entre los poderes, es un punto de unión ante la separación de poderes (Lizarazo, 2014).

¹⁶ Ver nota al pie No. 9

total del debido proceso, sí procede el control de constitucionalidad de esa disposición (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1125, 2004).

En segundo lugar, al referirse a los supuestos que se requieren para que se configure una omisión relativa la Corte ha determinado los siguientes: “(i)... el legislador ha regulado de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional; o cuando de dicha insuficiencia de regulación (omisión de una condición o un ingrediente que de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella) o incompleta reglamentación, conduce a la violación del derecho a la igualdad. (ii) El cargo de omisión legislativa relativa debe dirigirse contra un contenido normativo específico, de suerte que resultan inadmisibles las acusaciones que se dirigen a derivar la omisión no de lo prescrito en una norma, sino en un sistema o conjunto de normas(...)” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-311, 2003).

Es decir, este segundo requisito determina la improcedencia del proceso constitucional de la omisión cuando las demandas sean dirigidas contra normas de las cuales no se extraiga en forma directa la materia que ha sido omitida por el legislador, no solo por cuanto se ha desconocido el cumplimiento de un requisito de admisibilidad de la acción - acusar el precepto del cual surge la presunta violación a la Carta -, sino también por cuanto la Constitución Política no le otorga a la Corte competencia para examinar oficiosamente aquellas disposiciones que no fueron formalmente acusadas (Corte Constitucional, Sala Plena, C-311, 2003).

Adicionalmente, ha definido que para que el cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa pueda prosperar es necesario que se cumplan determinados requisitos, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador (Corte Constitucional, Sala Plena, C-427, 2000).

De tal manera, atendiendo a esa realidad material de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, algunos sectores de la doctrina constitucional han identificado y propuesto la figura de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

5. Acción de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa

Surge la pregunta sobre qué tipo de mecanismos constitucionales existen para otorgar efectividad a la Constitución en casos de inconstitucionalidad por omisión, específicamente de omisión legislativa. Para responder a este interrogante se seguirán dos momentos, en el primero se abordará el marco general del Derecho procesal constitucional¹⁷, se identificará el marco específico para los casos de inconstitucionalidad por omisión y en un segundo momento, se presentará el desarrollo doctrinal y legislativo de la figura de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Acción de inconstitucionalidad por omisión

El Derecho procesal constitucional colombiano ha previsto como acciones para garantizar los derechos constitucionales la acción pública de inconstitucionalidad, la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular y la acción de grupo (Const., 1991, Art. 40, numeral 6 y Art. 86-88). Pero en la misma línea en que la Corte Constitucional sólo tiene funciones constitucionales judiciales sobre actos positivos, se encuentra que los mecanismos procesales igualmente han sido previstos sólo para aquellos actos inconstitucionales que atentan contra la Constitución y no respecto de las omisiones que también devienen en inconstitucionales al atentar contra la ella, tal como acaece en los casos omisión legislativa inconstitucional.

Sin embargo, y en línea con lo anterior, aunque el constituyente no previó la creación de ninguna acción, recurso o procedimiento para revisar la constitucionalidad de actos negativos, sí dejó abierta la posibilidad de que éstos mecanismos sean creados vía legislativa para los casos en que las autoridades públicas incurran en omisiones en los siguientes términos:

“Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por

¹⁷ Derecho procesal constitucional: Disciplina emergente en América Latina concebida como disciplina autónoma parte del derecho constitucional y parte del derecho procesal (Quinche, 2015 b).

la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas” (Const., 1991, Art. 89).

Adicionalmente, no sólo dejó la posibilidad de que fuesen creados recursos, acciones o procedimientos para conocer la constitucionalidad de las omisiones de las autoridades públicas, sino que además estableció que cuando el Estado incurra en omisiones que generen daños antijurídicos, Éste responderá patrimonialmente por ellos:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste” (Const., 1991, Art. 89).

En esta medida, si bien no existe en el sistema jurídico colombiano algún mecanismo para la revisión de constitucionalidad de las omisiones en las que las autoridades públicas incurren, en nuestro caso de estudio la omisión legislativa del Órgano Legislativo, se encuentra que sí existe la facultad de que éstos mecanismos sean creados.

Ahora bien, aunque en Colombia, se ha dicho, no existen acciones, recursos o procedimientos para revisar la constitucionalidad de actos negativos, en otros países sí existe el mecanismo y es conocido como la Acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa

La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa como mecanismo de protección constitucional es un tema en el que la doctrina y los distintos sistemas jurídicos del mundo aún no han logrado encontrarse, toda vez que mientras para unos es una figura reconocida y sancionada, para otros ni siquiera existe. Además, quienes la han reconocido le han otorgado definiciones, alcances y tratamientos distintos de acuerdo al propio sistema jurídico (Rangel 2008). Como consecuencia, se trata de un tema que aún está en desarrollo debido a que data de los últimos decenios.

Esta acción, es uno de los más novedosos medios de control constitucional, la cual, como su nombre lo indica, tiene la finalidad de controlar la regularidad del orden jurídico constitucional ante las omisiones en que acaece el Órgano Legislativo al incurrir en el incumplimiento del mandato constitucional de legislar y que, por tanto, no permite que las normas de la Constitución desplieguen correctamente su eficacia jurídica (Rangel, 2008).

Entre los países que han reconocido y regulado en forma expresa la inconstitucionalidad por omisión legislativa se encuentran México, Portugal, Brasil, Argentina y Venezuela. Otros, como Ecuador y Paraguay, aunque no lo han hecho de forma expresa, si la han previsto de forma implícita en su texto constitucional.

Uno de los países que ha sido pionero en la incorporación de ésta figura en su Constitución es México, que por su estructura de Estado federal, no la tiene contemplada en el régimen jurídico a nivel federal, es decir en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero sí en algunas entidades federativas, en el marco de su propio desarrollo de la justicia constitucional, que han optado en sus constituciones locales por legislar sobre algunos mecanismos de control constitucional sobre la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

- Estado de Veracruz: La Constitución Política del Estado de Veracruz¹⁸ consagra en su artículo 65, numeral tercero la figura de la acción por omisión legislativa en los siguientes términos:

“El pleno del Tribunal Superior de Justicia conocerá, en los términos que establezca la ley, de los asuntos siguientes: ... 3. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga: a) El Gobernador del Estado; o b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atiende la resolución, el Tribunal

¹⁸ Reforma constitucional, Gaceta Oficial del Estado de Veracruz del 3 de febrero de 2000.

Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto”.

Este mecanismo es pionero con la creación de esta figura en la medida en que no solo la crea, sino que además no se conforma con la orden que emite a la autoridad que incurre en la omisión de legislar sobre la normatividad faltante, sino que además intenta corregir esta violación constitucional de manera inmediata al facultar al Tribunal para que garantice el cumplimiento de los preceptos constitucionales, al menos temporalmente (Rangel, 2008).

- Tlaxcala: La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala establece en su artículo 81, numeral 4, la inconstitucionalidad por omisión legislativa así:

“El pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Tribunal de Control Constitucional del Estado, conocerá de los asuntos siguientes: De las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador y ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes. El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado. Al admitirse la demanda, se ordenará correr traslado a la responsable y al Director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado, para que rindan sus informes. Se celebrará una audiencia de pruebas y alegatos e inmediatamente después se dictará la resolución correspondiente. De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia será motivo de responsabilidad.

Ésta acción es interesante especialmente por la incorporación de dos elementos novedosos, el primero es que incluye no sólo al Congreso como Órgano Legislativo superior, sino también a las autoridades legislativas a nivel local como el Gobernador y Consejos Municipales; y el segundo porque prevé para el caso de incumplimiento de la sentencia declaratoria de la omisión legislativa en la cual se otorga a la autoridad en cuestión un término no mayor de tres meses

para que emita la norma en cuestión, la responsabilidad de dicha autoridad y la respectiva sanción, que de acuerdo con el artículo 40 de la Ley del Control Constitucional del Estado de Tlaxcala, publicada en el Periódico Oficial del 30 de noviembre de 2001, podría consistir en su destitución.

Como se ve en los anteriores ejemplos, los marcos constitucionales de dichos Estados mexicanos han comprendido que el Poder Legislativo actúa contra la Constitución tanto si promulga leyes que no estén de acuerdo con ella, como si no cumple con el mandato de la misma de emitir cierta normativa dentro de un término prudente.

Ahora bien, sostiene Sagüés (2002), independiente de que la figura y la acción por omisión legislativa sea o no prevista en el texto constitucional, son muchos los países que se han visto enfrentados a ella y han tenido que encontrar distintas soluciones, entre las que se destacan *la denuncia* de la omisión ante la autoridad jerárquicamente superior; *la recomendación*, donde el órgano superior o de control recomienda a la autoridad omisa que cumpla con su labor; *el llamado de atención* a la autoridad omisa; *la intimación*, que implica el otorgamiento de un plazo para que se colme el vacío legal; *la cobertura*, que ante el incumplimiento el juzgador dicta las bases temporales mientras se expide la ley en cuestión; *la cobertura y el resarcimiento*, que integra el orden jurídico existente, y si ello no es posible estipula un resarcimiento en favor del promovente; y *la compulsión constitucional*, cuando la propia Constitución determina que no puede ser incumplidas por falta de ley reglamentaria y compulsa al juez para resolver la situación de mérito.

Adicionalmente, sostiene el mismo autor (Sagüés 2002), ante la falta de reglas constitucionales para éstos casos, algunos jueces de los distintos niveles de la jurisdicción recurren a la elaboración de mecanismos pretorianos para combatir la inconstitucionalidad por omisión, lo cual para un sector de la doctrina es entendido como una invasión judicial al ámbito del Poder Legislativo y para otro como una consecuencia del supuesto de que la Constitución es norma jurídica obligatoria a la que están sometidos tanto el legislador como el juez y en esa medida, el cuando el juez conoce la inconstitucionalidad por omisión, éste debe hacer prevalecer la Constitución y hacerla operativa dentro de lo razonable y posible el vacío jurídico del caso que está resolviendo.

Entre dichos mecanismos judiciales se ha identificado la *motorización directa de la constitución*, a través de la cual, aunque no declara la omisión legislativa, cubre la laguna jurídica extrayendo de la propia ley la solución al caso concreto; la *cobertura de la laguna por el derecho internacional, y por la judicatura como órgano legislativo delegado*¹⁹, referida a la aplicación del marco internacional y la eventual delegación a la judicatura para resolverlo; la *sustracción de la ley reglamentaria*, en el que el juez entiende que aunque se exige una ley para efectivizar una norma constitucional, ésta no es necesaria y hace operar directamente la regla programática; la *detectación judicial expresa de la inconstitucionalidad por omisión, y cobertura –también judicial- de ella*, en el que el juez ve necesaria la realización de la voluntad constitucional “en lo que es posible llevarla a cabo prescindiendo del legislador” y siempre que la norma constitucional alegada involucre un contenido legal suficientemente positivo y claro que haga las veces de clausula directa y general.

6. Responsabilidad del Estado Legislador

La responsabilidad del Estado Legislador, entendida como el establecimiento de una responsabilidad estatal por el hecho del hacer o no hacer del Órgano Legislador, se colige entre varias disposiciones constitucionales, especialmente en el artículo 90 que consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, la cual, de acuerdo con su redacción es una disposición referida a todas las autoridades públicas, incluyéndose entre ellas al Órgano Legislativo, tal como fue expresado en la sentencia C- O36 de 2006, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

De esta manera, de acuerdo con los planteamientos sobre la responsabilidad del Estado legislador de Ruiz (2005), el precepto establece dos requisitos para que opere, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

Respecto del daño, son precisas las palabras del autor al indicar que:

“La noción de daño antijurídico, ya no se mira la intención que el agente tuvo cuando actuó o los ingredientes subjetivos de aquella o la licitud de la conducta, sino que se

¹⁹ Dicha delegación requiere provenir de una fuente normativa legal, como es el caso de la Ley de Organización judicial 821 de República Dominicana, artículo 29, inciso 2, que determina que la Suprema Corte de Justicia tiene competencia para “determinar el procedimiento judicial que deberá observarse en los casos ocurientes, cuando no esté establecido en la ley o resolver cualquier punto para que tal procedimiento sea necesario”

analiza el resultado de la misma, es decir, el daño causado frente a la antijuricidad del mismo, para con ello establecer si debía o no soportarlo el particular porque en efecto una norma o mandato legal así se lo impone; de hecho, en el ejercicio de actividades lícitas se pueden causar daños, pero si frente a esa actuación legal que causó un daño no existe un mandato o disposición legal que obligue a soportarlo, el Estado debe repararlo” (2005, 196).

Y respecto de que dicho daño sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, el artículo 2 de la Constitución (Const, 1991), establece con precisión que la responsabilidad de los servidores públicos es no sólo respecto de sus acciones sino también por sus omisiones y extralimitación en sus funciones.

En resumen, es de notar que bajo la concepción de la cláusula de la responsabilidad del Estado, en primer lugar se entiende que los funcionarios públicos del Congreso, como Órgano Legislativo, están incluidos en la categoría de autoridad pública, en segundo, que el Estado es responsable por con los actos positivos –de hacer- o negativos –de no hacer de sus funcionarios públicos; y en tercero, que el daño antijurídico causado por las acciones u omisiones de éstos, como lo es el caso de la omisión legislativa inconstitucional de la que se habló en los apartados anteriores, conlleva a la responsabilidad del Estado, en este caso concreto, la responsabilidad del Estado legislador.

De otro lado de la cuestión, de acuerdo con Fernández (1998) y Villaverde (1997), se debe recordar que el Congreso cumple su función legislativa de acuerdo con la voluntad de sus integrantes, es decir de los Senadores y Representantes a la Cámara, quienes están investidos con dicha atribución gracias al hecho de haber sido elegidos en una contienda electoral por el pueblo. Y en ese sentido, siendo el pueblo no sólo el elector de los integrantes del Órgano Legislativo sino además el autor último de la Constitución, es el mismo pueblo el encargado de realizar control político ante el no ejercicio de la facultad legislativa de dictar normas con el carácter de ley.

B. Aproximación teórica al caso de la maternidad subrogada

La práctica de la maternidad subrogada es una tendencia de orden mundial que plantea una pluralidad de cuestionamientos sobre su viabilidad jurídica, así como de su conveniencia social.

La discusión sobre la problematización del tema de la maternidad subrogada se origina en el marco del tradicional debate filosófico de las corrientes de pensamiento, liberal y personalista. Mientras la primera sostiene, fundamentada en el principio de la libertad, que prima la expresión de la mujer como sujeto libre, autónomo y en grado de asumir plenamente las consecuencias que procedan de sus decisiones, es decir, el derecho a optar libremente por la forma de ejercer su autonomía física de la persona. La segunda afirma que prima la dignidad humana, como condición que constituye intrínseca y sustancialmente al ser humano, y que toda conducta contraria a ella es una decisión que no pertenece solamente a ella sino también al futuro niño, el cual siendo ya un ser vivo, merece ser considerado (Baffone, 2013).

Ahora bien, en el marco de esta discusión se han aportado argumentos y evidencias empíricas tanto a favor como en contra de esta práctica, así mismo, el tema ha sido investigado por algunos autores desde la mirada del derecho privado a partir de la naturaleza del negocio jurídico que se da entre las partes (Rodríguez-Yong & Martínez, 2012), otros lo han estudiado desde el enfoque de la bioética a partir de su viabilidad en razón del bien (Rincón, 2012), ciertos otros lo han indagado desde la mirada del derecho a fundar familiar y de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres (Bermúdez-Pozo, 2016); algunos más desde las concepciones de la filosofía del derecho (Martínez, 2016), etcétera. A continuación, se presentan los principales y más relevantes antecedentes sobre la conceptualización del fenómeno, los sujetos implicados, la clasificación de las distintas casuísticas y las problemáticas adyacentes; finalmente, se presenta el asunto referido a su práctica en Colombia.

1. Conceptualización

La maternidad subrogada se sitúa dentro de las técnicas de reproducción asistida, entendidas como “los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p.11).

Estas técnicas han sido denominadas de manera distinta por un sector de autores, quienes se refieren a técnicas de procreación en cambio de reproducción, bajo el argumento de que, al referirse a un proceso sobre la persona humana, a quien se le procrea y no se le reproduce en serie, ha de guardarse un lenguaje de especial intimidad y dignidad que represente el valor de la transmisión de la vida (Lafferrière, 2006). Así, los autores que defienden la denominación de técnicas de procreación artificial, las han definido como “el conjunto de procedimientos técnicos ordenados a la concepción de un ser humano por una vía diversa de la unión sexual entre varón y mujer” (Lafferrière, 2010). Para efectos de este estudio, aunque se reconoce la veracidad del argumento de la procreación y no reproducción del ser humano, se seguirá la denominación de técnica de reproducción en la medida en que la mayor parte de la literatura sobre el tema utiliza ésta y no aquella.

En particular, la TRA de la maternidad subrogada, o alquiler de vientre o útero, en términos de López De Armas y Amado, es: “el proceso en el cual una mujer ofrece su vientre para gestar el bebe de otra pareja hasta el momento de su nacimiento. Tras su nacimiento, el bebé es entregado a la pareja en cuestión, y la madre de alquiler que lo ha gestado durante todo el embarazo debe renunciar a cualquier derecho legal que pudiera tener sobre el recién nacido, a cambio de un beneficio económico” (2014, p7.).

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha definido esta técnica 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” (2009).

Por su parte, el contrato de maternidad subrogada ha sido entendido como aquel “*contrato oneroso o gratuito por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos*” (Monge, 2002, p329).

En términos generales, los investigadores han catalogado la maternidad subrogada dentro de dos grandes posturas, la primera que la concibe como una nueva forma de esclavitud de la mujer, y la segunda como una forma de emancipación de la mujer (Baffone, 2013). La primera hipótesis sostiene que la madre subrogada podría ser explotada debido a que, al

pertenecer a una clase social baja, conciben el servicio prestado como una forma de sostenimiento económico (Pateman, 1995). La segunda, afirma que la maternidad subrogada es una expresión de la libertad procreativa que le concierne inherentemente a la mujer, como sujeto libre, autónomo y en grado de asumir plenamente las consecuencias que deriven del acuerdo subrogativo (Shalev, 1989).

Sin embargo, la discusión sobre la desfavorabilidad o favorabilidad de esta técnica sigue vigente en la medida en que cuenta con una pluralidad de argumentos que respaldan ambas posiciones.

De acuerdo con Souto (2005), entre los principales argumentos en contra de la maternidad subrogada se encuentran:

- La afectación a la institución matrimonial debido a que la introducción de un tercero en el proceso de la procreación, que debería limitarse a las relaciones de amor recíproco entre dos personas, significa un ataque contra los valores y fundamentos propios del matrimonio.
- La vulneración a la dignidad de la mujer conforme a que es incompatible con la dignidad humana que una mujer instrumentalice su cuerpo, su útero, y lo emplee en calidad de incubadora de un niño que no va a ser suyo, más aún, cuando de por medio existe un fin de lucrativo.
- La deformación de la relación materno filiar puesto que la relación entre la madre y el hijo se deforma en el sentido en que la mujer subrogante permite quedarse embarazada deliberadamente con la intención de abandonar el niño al que dé nacimiento, lo cual resulta potencialmente nocivo para el niño, cuyos lazos con la madre gestante se consideran sólidos por la vivencia del embarazo.
- La degradación del hijo ya que el acuerdo de subrogación es degradante para el bebe puesto que, a todos los efectos prácticos, el niño habrá sido objeto de una transacción, ya sea onerosa por el intercambiado por dinero o no.

Entre los argumentos a favor se recogen los siguientes (Souto, 2005):

- La posibilidad de ser una alternativa de reproducción para personas o parejas con condiciones de esterilidad o de salud que les impide vivir la paternidad o maternidad de modo natural.

- La libertad de disposición del propio cuerpo de las madres gestantes que tienen derecho a servirse de sus propios cuerpos de acuerdo con su libre albedrío, lo que además conllevaría a que si el acuerdo que realizan es voluntario, se trata de una opción en libertad y no de explotación.
- El quebranto del vínculo de la madre subrogante con el hijo no se interpreta como una afectación decisiva al hijo en la medida en que se equipara a los casos de entrega de un niño para su adopción cuando ésta es la voluntad de sus padres.

2. Sujetos implicados

En la ejecución de la práctica de la maternidad subrogada intervienen cinco categorías de sujetos diferentes, respecto de los cuales hay implicaciones socio jurídicas distintas de acuerdo al rol que cada uno desempeña. En primer lugar, se encuentran las madres subrogantes, en segundo los padres contratantes, en tercero los padres biológicos, en cuarto los hijos objeto del acuerdo; y en quinto los profesionales que prestan el servicio. A saber:

- **Madres subrogantes:** Son aquellas que viven el proceso del embarazo y se comprometen a entregar a unos padres contratantes el hijo nacido vivo a cambio de una contraprestación económica. De acuerdo a la motivación de estas madres para realizar esta práctica, en términos de González y Albornoz (2015) la maternidad puede clasificarse en:

Madre subrogante con fin comercial. Se da cuando una mujer acepta embarazarse por otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación²⁰.

Madre subrogante con fin altruista. Se da cuando una mujer acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera gratuita, generalmente por mediar entre ella y la pareja implicada un lazo de amor, amistad o parentesco.

²⁰ En Colombia la mayoría de casos se enmarcan dentro de esta modalidad debido a que las madres subrogantes aluden bajos niveles socioeconómicos y necesidad económica como el motivo que las lleva a esta práctica. De allí la problematización de esta realidad al poderse convertir en una situación de esclavitud.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido a la madre subrogante en los siguientes términos:

“La mujer cuyo embarazo se produjo como resultado de la fecundación de los ovocitos, que pertenecen a terceros, mediante los espermatozoides, que pertenecen a terceros. Ella asume la gestación cumpliendo la condición o el contrato, que estipula que los padres del niño nacido serán una o ambas personas, cuyos gametos se utilizaron para la fecundación”.

- Padres contratantes: Son aquellos que desean tener un hijo mediante el acuerdo de maternidad subrogada debido a motivaciones tales como la infertilidad de la pareja, el tiempo y los costos inherentes a un proceso de adopción, la existencia de una anomalía genética en la esposa que puede ser transmitida al bebé, y la decisión de la mujer, por razones de conveniencia y sin que exista una razón médica, de no tener un hijo por ella misma (Tiller, 1987).
- Padres biológicos: Son aquella mujer que aporta el óvulo y aquel hombre que aporta el esperma.
- Hijos Nacidos: Son aquella o aquellas personas nacidas vivas objeto o resultado de la práctica de la maternidad subrogada.
- Profesionales que prestan el servicio: Son aquellas personas que a través de instituciones prestadoras de servicios de salud prestan a particulares el servicio de la aplicación de la TRA.

3. Clasificación

El estudio de Rodríguez (2005) por su parte, clasifica la casuística de la maternidad subrogada en dos categorías, la subrogación total y la parcial.

- Subrogación total: Implica que la mujer contratada sea inseminada con sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto entregue el hijo al padre biológico, renuncie a todos sus derechos que la maternidad le genera y admita la adopción de la pareja del padre biológico en relación con la maternidad del menor.

- Subrogación parcial: Se da cuando la madre gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante.

Asimismo, conforme a los planteamientos del estudio de Marín (2015), dentro la categoría de subrogación parcial, se debe agregar una tercera casuística correspondiente a los casos en los cuales el embrión fecundado in vitro que le es trasplantado a la madre subrogante proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de unos terceros donantes²¹.

4. Problemáticas adyacentes a la práctica

De acuerdo con Souto (2005), el fenómeno de la maternidad subrogada ha suscitado y mantiene vigente un intenso debate en el ámbito social, ético y jurídico en la medida en que su puesta en práctica genera conflictos de difícil solución y que revelan, sin duda, la complejidad de este tema.

En ese sentido, a continuación, se presentan algunas de las casuísticas más problemáticas que desencadena la práctica de la maternidad subrogada y que fueron identificadas por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas en España -Comisión Palacios-²² (1987):

- Cuando la mujer subrogante está casada o forma pareja estable, requiriendo contar con el consentimiento del varón.
- Cuando la mujer subrogante contrae una grave enfermedad por efectos del embarazo, de carácter crónico, que pueda afectarla toda su vida.
- Cuando la mujer subrogante contrae una enfermedad que puede producir graves anomalías al feto, por ejemplo, de tipo vírico, y la pareja estéril solicitante pide la interrupción del embarazo.

²¹ Ésta casuística se evidencia también como alternativa en los portales web que ofertan las Instituciones prestadoras de este servicio en Colombia.

²² Esta Comisión fue creada por el legislador español antes de regular el campo de las técnicas de reproducción humana, estuvo integrada por un grupo de expertos biólogos, ginecólogos, juristas, filósofos y moralistas quienes tuvieron el encargo de asesorar al cuerpo legislativo sobre los problemas genéticos, biológicos y éticos que planteaba la reproducción asistida. A la luz de los criterios del informe final de esta Comisión la Ley española de 1988 prohibió la práctica de la maternidad subrogada.

- Cuando se invierte el caso anterior y es la mujer estéril quien realiza o pretende realizar el aborto.
- Cuando la pareja solicitante se divorcia, o muere uno de los miembros o los dos, durante el embarazo.
- Cuando el hijo nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja contratante o solicitante.
- Cuando la mujer embarazada no renuncia a la maternidad, desea conservar el hijo y que sea plena y legalmente suyo.
- Cuando existieran conflictos derivados de una comercialización descubierta por la crisis originada.
- Cuando la mujer gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia en su vida.
- Cuando hubiere otras personas (los donantes de material genético, ya sean óvulos o esperma, por ejemplo) con intenciones de reclamar derechos de maternidad o paternidad, etc.
- Cuando el hijo reivindica su origen genético y obstetricia.

Además de los anteriores casos problemáticos, identificados hace 30 años por la Comisión Palacios, hoy en día se identifican otros como los siguientes Souto (2005):

- Cuando la madre subrogante evidencia un estilo de vida riesgoso para el bebe durante el periodo gestacional.
- Cuando la madre subrogante después de haber entregado el hijo a la pareja solicitante o contratante desea contactar al hijo.
- Cuando la madre subrogante desarrolla con posterioridad al parto enfermedades físicas o psíquicas, o secuelas, que exceden la cobertura del contrato de subrogación.
- Cuando no hay acuerdo entre la madre subrogante y los padres contratantes o solicitantes sobre la toma de decisiones de diagnóstico prenatal, de elección de la vía de nacimiento o de otras decisiones del proceso gestacional.
- Cuando alguna de las partes se retracta de la celebración del contrato de maternidad subrogada.

5. El caso de la maternidad subrogada en Colombia

El Sistema Jurídico Colombiano, como orden normativo que ha de prescribir la conducta humana, no cuenta con una normativa específica y concreta que regule esta TRA y por ende, se encuentra afectado por una serie de fenómenos jurídicos tales como la antinomia²³, puesto que hay conflicto entre normas que parecen permitir su práctica frente a otras que la condenan, por ejemplo las que recaen sobre los derechos reproductivos de la mujer y los de los niños; la laguna, ya que hay ausencia de normas tanto sobre el caso central, como sobre los periféricos, por ejemplo respecto al contrato para solemnizar el acuerdo entre las partes; y la anomia²⁴ porque además hay normativas que de alguna manera recaen sobre esta práctica pero son incumplidas, por ejemplo los mandatos sobre el derecho a la vida, a la dignidad de la persona, de los niños, a la identidad, que impiden la comercialización de personas.

Por tanto, el panorama legislativo del tema, hemos dicho, es confuso, vacío y a la vez oscuro, lo cual implica un terreno de incertidumbres y de vulneración de derechos. Para ello, la solución formal es fácil de resolver, a través del ejercicio legislativo del Legislador²⁵, sin embargo, dado que de fondo la regulación sobre esta realidad socio jurídica encuentra una pluralidad de argumentos -legales, sociales y morales- tanto a favor como en contra, que hacen que haya una marcada dicotomía entre quienes ven en ella una práctica que atenta contra principios fundamentales y por ende no la aprueban; y quienes la ven como una posibilidad en legítimo derecho que no atenta contra otras prerrogativas fundamentales, y por ende la aprueban, actualmente no se ha logrado legislar.

En conclusión, a partir del estudio del estado del arte del marco teórico del tema presentado en este capítulo, se identificó en un primer momento la concepción doctrinal de la figura de la omisión legislativa en que incurre el Órgano Legislativo cuando con su acción negativa, de no hacer, incurre en un no actuar como se espera que lo haga y por ende conduce a la generación de situaciones jurídicas de vacíos legislativos que, de acuerdo a si recaen o no

²³ De acuerdo con Ferrejoli (2014), dentro del modelo garantista de la democracia, la antinomia se refiere a cualquier conflicto entre normas y las lagunas, a cualquier ausencia de normas.

²⁴ De acuerdo con Nino (2014), se refiere al hecho de la reiterada y colectiva inobservancia de las normas jurídicas, morales y sociales.

²⁵ Al respecto se han realizado algunas iniciativas legislativas, la última es el Proyecto de Ley 202 de la Cámara, por medio de la cual se pretende prohibir la práctica de la maternidad subrogada al ser considerada como una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos.

sobre disposiciones constitucionales, pueden convertirse en omisiones legislativas inconstitucionales.

Adicionalmente, se reconoció el avance que otros países han hecho no sólo con la consagración de esta figura jurídica en el cuerpo constitucional, sino además con la creación de una acción de inconstitucionalidad específica para la omisión legislativa.

Finalmente, se presentaron los postulados doctrinales que sostienen que la omisión del Órgano Legislativo también puede ser motivo de creación de daños antijurídicos para las personas y en consecuencia, conllevar a la consolidación de responsabilidad del Estado en su ejercicio del Poder Legislativo.

En un segundo momento se describió el marco conceptual que la doctrina ha realizado para identificar con precisión las características de la TRA de la maternidad subrogada como práctica vigente a nivel internacional y nacional, así mismo, se identificó la realidad de que en Colombia la práctica de la maternidad subrogada se realiza en un contexto jurídico de inexistencia de un marco legal que regule la materia y por ende a la fecha las instituciones prestadoras de este servicio, así como los hombres y mujeres que acuden a esta técnica lo realizan en un escenario de incertidumbre jurídica, con su consecuente inseguridad jurídica para todos aquellos que en ella intervienen.

IV. MARCO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Dentro del contexto posmoderno en el que nos encontramos, afirma Scotti (2012), donde las diferencias de culturas aún son marcadas, por citar un ejemplo respecto de la concepción de familia, donde mientras que el modelo de derecho de familia para algunas culturas se caracteriza por la monogamia y por los principios de igualdad, laicidad y libertad; y el modelo de otros se caracteriza por la poligamia y el ideario de la estructura patriarcal, la desigualdad entre hombre y mujer y la conexión con la religión. El tema de las TRA hace parte de las realidades que se encuentran entre la dicotomía de las distintas culturas, así, mientras algunos países desconocen estas técnicas y sus efectos jurídicos, en otros son reconocidas y su práctica se ha popularizado en los últimos años (Scotti, 2012).

De tal manera, dicha diversidad cultural trae consigo una pluralidad de sistemas jurídicos a lo largo del mundo, y en consecuencia el hecho de encontrar de manera dispar el marco regulatorio de estas prácticas y sus efectos jurídicos en las distintas latitudes. De allí, que el marco legislativo a nivel internacional sobre la maternidad subrogada sea diverso de acuerdo a la zona geográfica que se observe, y mientras que en algunos países se encuentra como un tema regulado, bien sea en sentido restrictivo o permisivo, en otros la regulación es inexistente y sólo se cuenta con precedentes jurisprudenciales.

En esta línea, la multiculturalidad convoca al Derecho Internacional Privado, entendido en palabras de Sánchez (2010) como aquella pieza clave para el diálogo jurídico intercultural, como una suerte de *ius communicationis* o, si se quiere, en un canal de comunicación jurídica y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos para que provean las soluciones para resolver los conflictos de leyes, conflictos de jurisdicciones, conflictos de calificaciones y por qué no, conflictos de civilizaciones que se desencadenan con la práctica de las TRA.

Para efectos de unificación en el análisis del marco legislativo del tema, se establecieron tres categorías, a saber: regulación restrictiva, regulación permisiva absoluta y regulación permisiva relativa.

Dentro de la categoría de regulación restrictiva se agruparon aquellos países que dentro de su marco legal han regulado que todo contrato, convenio u acuerdo sobre la maternidad subrogada está prohibido, se considera nulo de pleno derecho o incluso delito penal.

En la categoría de regulación permisiva absoluta se ubican aquellos países que de manera reglamentada han otorgado plena viabilidad jurídica a la maternidad subrogada y por tanto no estipulan ningún tipo de restricción para su puesta en práctica.

Finalmente, dentro de la categoría de regulación permisiva relativa se encuentran aquellos países en donde si bien la ley o reglamentación permite la maternidad subrogada, se imponen ciertas restricciones tales como que sólo sea posible el acceso para personas con relaciones heterosexuales, que sólo sea viable su ejecución entre ciudadanos nacionales y no extranjeros; y que sólo se permita un fin altruista - y no comercial- en las madres subrogantes.

A continuación, se presenta el panorama nacional e internacional del estado legislativo y jurisprudencial del tema.

A. Marco nacional

1. Estado legislativo

Actualmente en Colombia existe un marco jurídico claro respecto del tema de la maternidad, sin embargo, éste carece de una regulación concreta sobre aquella maternidad que es mediada por medios artificiales como es el caso de alguna TRA como lo es la MS. A continuación, se presenta de manera detallada el estado legislativo general y específico sobre el caso de estudio.

a) Legislación general

Sobre la maternidad en general existe un marco jurídico constitucional y civil que la determina y regula de la siguiente manera:

Por tradición el hijo ha sido y se concibe como el resultado de las relaciones sexuales o cópula fecundante que ocurre entre un hombre y una mujer, sin embargo, a través de la fecundación asistida, fundamentada en la inseminación artificial o extra cópula, o en la fecundación extra corporal o fecundación in vitro, se puede reemplazar y suplir la cópula con o sin identidad del padre y aún de la madre biológica.

En esa medida, el inciso sexto del artículo 42 de la Constitución ha consagrado que tendrán iguales derechos y deberes los hijos “adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica”, con lo cual reitera la absoluta igualdad legal entre los hijos concebidos naturalmente o artificialmente.

En la legislación civil colombiana, a la luz del inciso final del artículo 1 de la Ley 45 de 1936, se entiende por madre a aquella que ha sido registrada como tal en la respectiva acta de nacimiento. En esa medida, el acta de nacimiento indica no sólo el hecho del parto sino también el dato de quién es la madre, de manera que los hijos provistos de acta de nacimiento no necesitan de un reconocimiento voluntario de la madre. Por lo tanto, necesitarán reconocimiento de la madre aquellos hijos que carezcan de acta de nacimiento y aquellos que tienen acta de nacimiento, pero en ella no se indica quien es la madre o exista duda acerca de la identidad del inscrito (Valencia & Ortiz, 1995).

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 335 de Código Civil, la maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada probándose falso parto o suplantación, y por ende deja sin efecto el registro afectado por falsedad ideológica, por parte de (i) el marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo, (ii) los verdaderos padre y madre legítimos del hijo para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya; y (iii) la verdadera madre para exigir alimentos al hijo.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: *“Así, entonces, es preciso concluir de todo lo anterior que la acción tendiente a obtener la declaración de que una persona carece de la filiación materna que ostenta, por no corresponder ella a la realidad, o lo que es lo mismo a obtener la acción de impugnación sustancial del registro y, por ahí mismo, de la maternidad en él afirmada para que se deje sin efecto la correspondiente partida afectada de falsedad ideológica, sólo es viable legalmente a la luz del artículo 335 del C.C., acción que está en manos no sólo de la supuesta madre partícipe del engaño, sino igualmente de la inocente que se enteró posteriormente de ese hecho”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 5215, 2000).

Adicionalmente, el artículo 338 de Código Civil consagró que, ante los casos de fraude por falso parto o suplantación, a ninguno de las personas que hayan tenido parte en el fraude les aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aun para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad o para exigirle alimentos, o para suceder en sus bienes por causa de muerte.

En este sentido, se evidencia que la legislación civil es clara en determinar que la madre, entendida como aquella de quien en el parto ha nacido un hijo vivo, no podrá ser suplantada o registrada falsamente por otra mujer de quien no ha sucedido el parto, y en ese sentido, la legislación colombiana de la maternidad en general no tiene cabida para casos como el de la maternidad subrogada.

b) Legislación específica

Ahora bien, sobre la maternidad que es mediada por la práctica de la TRA de la MS no existe ninguna legislación específica, sin embargo, en los últimos años, concretamente en el último cuatrienio del Senado (2014-2018), han sido presentadas tres iniciativas legislativas que han pretendido regularlo, una de modo restrictivo y otras dos de modo permisivo pero restringido.

A continuación, se presenta una reseña de los planteamientos que han presentado y el trámite legislativo que han tenido cada una de ellas:

Proyecto de Ley 202 de 2016 “Por medio del cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres en Colombia por ser una categoría de trata de personas y una explotación de la mujer con fines reproductivos”

Este proyecto fue presentado el 09 de marzo de 2016 por la Senadora de la República María del Rosario Guerra y el Representante a la Cámara Santiago Valencia, miembros del partido político Centro Democrático, quienes propusieron adoptar una política de prohibición absoluta frente a la maternidad subrogada sobre los siguientes argumentos:

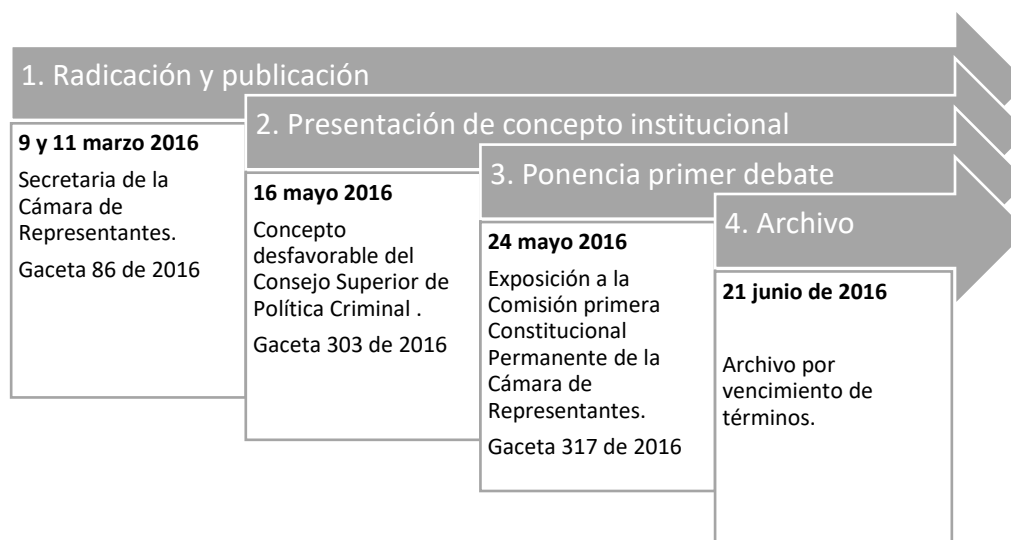
- La maternidad subrogada constituye una objetivación de los cuerpos de las mujeres en la medida en que la forma en que se trata y entiende el trabajo reproductivo de las mujeres madres subrogantes, las reduce a meras maquinas reproductivas.

- La maternidad subrogada convierte a los niños en objetos de consumo equiparables a productos comerciales que se encargan, se compran, se venden e incluso se devuelven si no se satisface al comprador.
- La maternidad subrogada es contraria al sistema jurídico colombiano que determina que las personas no pueden ser objeto de comercio y en este sentido el Código Penal tipifica el delito de tráfico de personas.
- La maternidad subrogada o gestación por sustitución, en términos del Parlamento Europeo, ha sido declarada como contraria a la dignidad humana de la mujer ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas son utilizadas como una materia prima y por tanto, ha instado a que deba prohibirse por cuanto implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, especialmente en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo.
- La maternidad subrogada en Colombia se puede convertir en una oportunidad de ingreso y una opción de supervivencia para las mujeres colombianas más vulnerables debido a que esta práctica tiene un costo un 93% más económico en comparación con el costo en países como Estados Unidos y Europa Occidental; y porque la desigualdad laboral en contra de la mujer en nuestro país es latente en términos de inequidad salarial, participación laboral y número de horas remuneradas.
- La maternidad subrogada vulnera desde antes de nacer los derechos de los niños a la dignidad humana (Art. 1 C.P.), a la vida (Art. 11 C.P.) y después de nacer los derechos fundamentales a la salud (Art. 44 C.P.) y a la familia (Art. 42 C.P.). Así mismo violenta los derechos de las mujeres a la dignidad (Art. 1 C.P.) y a la igualdad (Art. 13 C.P.).
- La maternidad subrogada implica un desafío en torno a la figura jurídica de la filiación, la cual fundamenta las relaciones familiares, pues establece las relaciones de patria potestad, orden sucesoral, derecho alimentario, nacionalidad y autoridad de los padres.

Luego de la presentación de esta iniciativa legislativa, el Consejo Superior de Política Criminal presentó concepto desfavorable al considerar, en primer lugar, que era inconveniente desde el punto de vista político-criminal, debido a la falta de rigor en las definiciones, la expansión injustificada del derecho penal y la desproporcionalidad en la tipificación de la conducta de la maternidad subrogada al asociarla con la trata de personas y el tráfico de órganos. Y, en segundo lugar, que era inconstitucional toda vez que sus pretensiones estaban encaminadas a la

limitación de derechos fundamentales, lo que exigía entonces, el trámite legislativo como ley estatutaria y no ordinaria (Consejo Superior de Política Criminal, 2016). Finalmente, el proyecto de ley fue archivado por vencimiento de términos el 21 de junio de 2016.

Figura # 2: Resumen trámite legislativo Proyecto de ley 202 de 2016



Fuente: Elaboración propia

Proyecto de Ley 026 de 2016 “Por medio de la cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos”

El anterior Proyecto de Ley 202 de 2016 fue radicado nuevamente, bajo los mismos fundamentos y con los mismos términos el 26 de julio de 2016 por el Representante a la Cámara Santiago Valencia y por la Senadora de la República María del Rosario Guerra, pero con la diferencia del anterior en que éste logró un mayor nivel de discusión parlamentaria.

Con la radicación del proyecto se dio trámite a la respectiva publicación el 1 de agosto de 2016 y la publicación de la ponencia para primer debate el 29 de agosto de 2016 la cual explicó que el proyecto pretendía la prohibición de la práctica de alquiler de vientres en Colombia con el fin de proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer; así como establecer una prohibición general frente a los múltiples contratos que se celebrando en el país para gestar y concebir niños a cambio de algún

tipo de contraprestación económica, ponencia que fue aprobada en la Comisión primera de la Cámara de Representantes el 2 de noviembre de 2016.

Surtido dicho trámite, el 9 de noviembre de 2016 se publicó ponencia para segundo debate en la cual se cambió el título del Proyecto por el de “por medio de la cual se prohíbe el alquiler de vientres con fines de lucro en Colombia y se reglamenta su práctica” y propuso como objeto la pretensión de prohibir únicamente la práctica de la maternidad subrogada con fines de lucro y regularla para parejas colombianas con problemas de infertilidad o de gestación con el fin de proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía y la protección del que está por nacer.

Además, el ponente propuso como requisitos que el acto jurídico se pacte exclusivamente entre nacionales colombianos, sin perjuicio de que uno de los solicitantes sea extranjero, que se presente certificado médico que recomiende la realización de la MS por imposibilidad física o biológica, que se realice entre sujetos que gocen de plena capacidad; y que se cuente con el consentimiento libre e informado de una mujer relacionada hasta cuarto grado de consanguinidad de alguno de los solicitantes y que esté dispuesta a ser la mujer gestante.

Finalmente, el ponente propuso que se adicionará el artículo 188E al Código penal (Ley 599 de 2000), estableciendo que *“El que promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer a llevar a cabo un contrato de alquiler de vientres con fines de lucro incurrirá en prisión seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*. Además, propuso que el Ministerio de Salud sería el encargado de reglamentar la MS sin fines de lucro. El texto fue aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes el 26 de abril de 2017.

Continuando el trámite legislativo, el 30 de mayo de 2017 se publicó ponencia para tercer debate, en la cual se propuso como objeto prohibir la práctica de la maternidad subrogada con fines de lucro, e introdujo la modificación de regularla para parejas con imposibilidad física o biológica para procrear, con el mismo objetivo de texto anterior que pretendía brindar protección a los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía y la protección del que está por nacer. Así mismo, propuso la inclusión de las definiciones de Maternidad subrogada, Madre

gestante, Maternidad Subrogada con ánimo de lucro y Maternidad Subrogada con fines altruistas, y propuso que para efectos de aplicación de dicho proyecto de ley se referiría a Maternidad Subrogada en cambio de Alquiler de Vientre.

Adicionalmente, la ponencia modificó el requisito de contar con el consentimiento libre e informado de la madre gestante indicando que ésta debe ser mayor de edad y entender plenamente la obligatoriedad de entregar al bebe una vez nazca. Además, adicionó los requisitos de realizar exámenes físicos y psicológicos antes, durante y después del embarazo para asegurar el buen estado de salud de la madre subrogante; y de que el acto jurídico disponga la prohibición de los solicitantes de rechazar al bebe y de determinar la persona que se encargaría de él en caso de fallecimiento de los solicitantes. Por último, adicionó al tipo penal a aquella mujer que por voluntad propia participe en la realización de un contrato de maternidad subrogada con fines de lucro en calidad de madre subrogante.

Dentro del trámite en la Comisión Primera del Senado, la Secretaría realizó un análisis respecto del trámite que hasta ese momento había surtido el proyecto, fruto del cual se conceptuó que debería dársele trámite de ley estatutaria, y no ordinaria, como se había adelantado, concluyendo: *“Es pertinente el trámite de Ley Estatutaria según el literal a) del artículo 152 de la Constitución Política, debido a que este es el trámite que regula de forma íntegra, estructural y completa los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía, intimidad y los derechos de los menores, los cuales prevalecen sobre los demás”*, postura respaldada además por la Comisión Accidental designada por la Mesa Directiva de la Comisión Primera que también conceptuó sobre el asunto. Finalmente, el texto fue aprobado por la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado el 23 de agosto de 2017.

Dado continuidad al trámite legislativo se presentó ponencia para cuarto debate el 29 de agosto de 2017 en la cual se esbozaron los antecedentes y la justificación del proyecto de Ley y se presentó ponencia positiva para el texto aprobado en primer debate por la Comisión Primera del Senado. La ponencia no fue aprobada por la Plenaria del Senado y finalizó su trámite con el respectivo archivo.

Figura # 3: Resumen trámite legislativo Proyecto de ley 026 de 2016



Fuente: Elaboración propia

Proyecto de Ley 056 de 2016 “Por medio del cual se reglamenta la inseminación artificial, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones”

Dicha iniciativa fue presentada el 27 de julio de 2016 por el Senador de la República Luis Fernando Duque García, miembro del Partido político Liberal, quien propuso una reglamentación permisiva pero restringida para las distintas TRA, entre las que se encuentra la maternidad subrogada, la cual en términos del Proyecto de ley es concebida como “*uso solidario de vientre*”. Respecto de esta técnica, el Proyecto propone que:

- El uso solidario de vientre sólo podrá usarse a fin de sustituir artificialmente la imposibilidad natural de procrear cuando una mujer sufra de esterilidad o cuando haya sido hysterectomizada.
- Para el uso solidario de vientre debe existir entre la Madre Gestante Sustituta y la Madre Gestante Sustituida un convenio por escrito, mediante el cual la primera se obliga a practicarse con anterioridad al tratamiento los exámenes necesarios para establecer qué enfermedades padece para la prevención del contagio de cualquier virus al futuro niño;

someterse a los cuidados médicos indicados por la institución inseminadora; y a cuidarse y alimentarse durante el desarrollo del embarazo. Y que la pareja o madre gestante sustituida deberá asumir los gastos generados por inseminación y gestación.

- Que en la práctica del uso solidario de vientre está prohibido el carácter lucrativo o comercial.
- El acuerdo sobre el uso solidario de vientre deberá expresar en forma consciente y libre por parte de la madre gestante sustituida, la aceptación del hijo por nacer como legítimo, y por parte de la madre sustituta la renuncia al mismo y a cualquier clase de impugnación de la maternidad. Adicionalmente, dicho acuerdo deberá contar con un análisis psicológico previo.
- El uso solidario de vientre sólo podrá ser realizado por mujeres plenamente capaces, siendo solteras, viudas, separadas legalmente de cuerpos, casadas o en unión marital de hecho con el consentimiento de su cónyuge o compañero permanente, que gocen de buena salud y previo estudio del grupo interdisciplinario de la institución inseminadora.

Tras la presentación del Proyecto de ley en la secretaría del Senado, el trámite continuó con la presentación de primera ponencia el 16 de septiembre de 2016, la cual fue favorable en términos de la necesidad de contar a nivel nacional con una regulación específica para la práctica de las TRA, toda vez que, según el autor, al no tenerla se estaría coartando el derecho a la reproducción humana, es decir que se estarían violando derechos fundamentales como la libertad, la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y la libertad de fundamentar una familia.

Asimismo, se justificó la favorabilidad del Proyecto con miras al marco legislativo a nivel latinoamericano, específicamente en Brasil, Argentina, Uruguay, Chile y México, que ya cuentan con legislación al respecto. Surtida la presentación de la ponencia se dio el primer debate en el cuál la iniciativa fue aprobada el 30 de noviembre de 2016.

Posteriormente, el 20 de junio de 2017 el trámite fue archivado por tránsito de legislatura de acuerdo con las disposiciones del Art. 162 de la Constitución Política (Const., 1991) y Art. 190 de la ley 5 de 1992 por vencimiento de términos.

Figura # 4: Resumen trámite legislativo Proyecto de ley 056 de 2016



Fuente: Elaboración propia

2. Estado jurisprudencial

Respecto del estado jurisprudencial sobre la materia, el principal y único precedente que existe en nuestro país es la sentencia T-968/09 (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 2009).

En dicho precedente, se analizó el caso de una pareja extranjera que contactó por medio de una clínica de fertilización a una mujer colombiana, de 22 años y madre soltera, para gestionar la maternidad subrogada, dado que no podían tener hijos. El tratamiento de fertilización con óvulos y espermatozoides de los esposos fracasó y la madre subrogada no quedó embarazada. Por lo que el hombre contratante, de 55 años, se dirigió al Valle del Cauca, donde vivía la madre subrogante y concibieron dos gemelos a través del proceso de reproducción asistida denominado fertilización in vitro. Terminado el proceso de gestación, al día siguiente del parto la madre subrogada, que además era madre biológica, registró a los menores como hijos extramatrimoniales, ya que el padre contratante, que también era padre biológico, no estaba en el país.

A partir del registro de los menores como hijos extramatrimoniales, sin padre conocido, inició un proceso jurídico que culminó con la asignación de la custodia provisional al padre contratante y la consecuente salida definitiva del país de los menores. Contra esa providencia la madre subrogada interpuso acción de tutela, la cual fue fallada a su favor y se ordenó expedir una nueva providencia en el término de 15 días. El juez de familia no cumplió con el término

fijado por el Tribunal, por lo que se ordenó el desacato y tuvo que dictar una nueva sentencia, contra la cual el padre contratante interpuso acción de tutela por violación del debido proceso, siendo fallada a su favor, sentencia que finalmente fue revocada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 4 de noviembre de 2009.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, constató que a la fecha el amparo dado a la madre, materialmente no había tenido cumplimiento, porque la violación de los derechos fundamentales de los menores a tener una familia, y al cuidado y al amor, persistían en el tiempo, sin que con las intervenciones de las autoridades judiciales involucradas se hubiese logrado el restablecimiento de sus derechos constitucionales. Por lo anterior, la Sala para efectos de garantizar el restablecimiento de derechos de los niños, primero reiteró jurisprudencia constitucional sobre la especial protección que demandan los menores, así como el alcance y contenido del interés superior del menor y los criterios jurídicos para determinarlo y la idoneidad del grupo familiar. Luego cuestionó las actuaciones adelantadas por el ICBF Centro Zonal Yumbo, que culminó con la custodia de los menores al padre contratante, determinando que no cumplieron con las formalidades que este tipo de determinaciones requerían, vulnerando los derechos de los niños y la madre subrogada.

Finalmente analizó las cuatro providencias proferidas frente al caso, con motivo de la demanda de permiso de salida del país de los menores que interpuso el padre contratante, encontrando que no existía razón suficiente para separar a los niños del entorno familiar materno, máxime cuando la madre cambió de domicilio para ofrecer un ambiente más saludable a sus hijos.

Del anterior análisis, la Sala evidenció una vulneración injustificada de los derechos fundamentales de los menores, que generó un perjuicio en su desarrollo psico-afectivo por la separación abrupta y definitiva de su progenitora en una etapa crucial en su desarrollo.

Por lo anterior, la Corte confirmó la decisión que dejó sin efectos el permiso de residencia fuera del país y ordenó unas medidas de protección encaminadas a lograr el restablecimiento de los derechos de los menores y de la madre subrogada, hasta tanto se decidieran los procesos de pérdida de la custodia y cuidado personal y el de pérdida de la patria potestad que ha sido suspendido, por lo que se ordenó al padre de los menores traer los niños a

donde estuviese la madre, como mínimo 3 veces al año, durante las vacaciones de Semana Santa o su equivalente.

Así las cosas, y a través de un ejercicio de análisis profundo de esta decisión jurisprudencial, en términos de Wintgens (2004), es decir desde la interpretación de la *ratio decidendi*, se encuentra que el criterio decisorio a la hora de dirimir los conflictos socio jurídicos que se presentaron alrededor de esta práctica, como lo fue la determinación de la filiación de los niños producto de la maternidad subrogada, la patria potestad, custodia y cuidado personal de los mismos, siguió la misma suerte de los casos de concepción natural, toda vez que el criterio biológico fue el que dirimió los problemas jurídicos planteados en dicho caso.

Adicionalmente, dentro del ejercicio que realizó la Corte señaló la evidencia de la necesidad de una regulación exhaustiva que garantice el cumplimiento de los distintos requisitos y condiciones que identificó para garantizar el interés superior de los menores. Y sugirió diez requisitos que deberían ser considerados en la regulación de la figura de maternidad subrogada en nuestro país, a saber: (i) La mujer solicitante debe tener problemas fisiológicos para concebir; (ii) Los gametos que se requieren para la concepción no deben ser aportados por la mujer gestante (quien facilita el vientre); (iii) La mujer gestante no debe tener como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) La mujer gestante debe cumplir una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica y haber tenido hijos; (v) La mujer gestante debe tener la obligación de someterse a las valoraciones psicológicas exámenes pertinentes antes, durante, y después del embarazo; (vi) Se debe preservar la identidad de las partes; (vii) La mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) Los padres solicitantes no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) La muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) La mujer gestante sólo puede interrumpir el embarazo por prescripción médica (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 2009).

Por lo tanto, el anterior precedente jurisprudencial se considera un exhorto al Órgano legislativo en la medida en que los exhortos de la Corte van desde respetuosas y prudentes recomendaciones al legislador, en los que juega un papel de consejera que busca que se solucionen omisiones legislativas detectadas por ella, hasta actitudes de talante más activista

que inclusive pueden considerarse una invasión a la órbita de competencia legislativa por cuanto impone plazos o imparte órdenes para que se detengan las situaciones que afectan derechos (Celemín, 2016).

En la misma línea, de acuerdo con la clasificación de los tipos de sentencias constitucionales de Olano (2004) y Nogueira (2001), esta sentencia se clasifica en un tipo de sentencia apelativa o exhortativa²⁶ toda vez que si bien en su parte resolutive no incluye un exhorto explícito al legislador para legislar la materia dentro de un plazo expresamente determinado, sí hace un llamado a la necesidad de una regulación exhaustiva para el tema de la maternidad subrogada, por lo tanto, ello se considera desde un concepto mas amplio y extenso de este tipo de sentencias, un tipo de consejo al legislador al llamarlo a regular una materia establecida por la constitución, como es en este caso el artículo 42 de la Constitución Nacional que consagra la posibilidad de la maternidad y paternidad a partir de la procreación con asistencia científica.

B. Marco extranjero

1. Estado legislativo

Respecto del marco legislativo a nivel internacional, se evidencia que éste no es uniforme en la medida en que mientras algunos países tienen el tema regulado en sentido restrictivo, otros lo han legislado de modo permisivo, bien sea absoluto o relativo. A continuación, se presenta, a través de un recorrido por los principales países de cada uno de los continentes, una síntesis del estado legislativo de la materia (ver tabla #3).

²⁶ Bajo esta denominación de Sentencias Exhortativas puede agruparse un conjunto de sentencias que establecen recomendaciones o directrices al Órgano Legislativo, llamándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional. Estas sentencias advierten la existencia de una situación jurídica que no es aún de inconstitucionalidad si actúa diligentemente el legislador para cubrir el eventual estado de inconstitucionalidad o para superar la situación producida producto del desarrollo o evolución científico o técnico, que exige una adecuación a la nueva realidad (Nogueira, 2001).

Tabla # 3. Resumen del estado legislativo de la maternidad subrogada por continentes

Continente	País	Tipo de regulación		
		Regulación restrictiva	Regulación permisiva absoluta	Regulación permisiva relativa
África	Sudáfrica			X
América	Brasil			X
	México -Sinaloa		X	
	México- Tabasco			X
	EEUU Arizona, Columbia D.C., Indiana, Kansas, Louisiana, Michigan, Nebraska, Nueva York	X		
	EEUU Arkansas, California, Illionis, Nevada, New Hampshire, Nueva Jersey, Utah		X	
	EEUU Delaware, Florida, Texas, Virginia, Washington-Estado-			X
	Canadá ²⁷			X
Asia	China	X		
	Georgia		X	
	India			X
	Israel			X
	Tailandia			X
Europa	España	X		
	Francia	X		
	Italia	X		
	Suecia			X
	Reino Unido			X
	Ucrania			X
	Rusia			X
	Grecia			X
Oceanía	Australia			X

Fuente: Elaboración propia

²⁷ Excepto Quebec

a) Marco Africano

Sudáfrica a la fecha ha legislado sobre la materia (Children's Act de 2010, Art. 19) y ha determinado una regulación permisiva relativa puesto que sólo permite la práctica de manera altruista, aunque sí se le pueden pagar a la madre subrogada los gastos que le suponga el embarazo, para residentes del país una vez un juez lo apruebe por sentencia judicial; y exige que los padres contratantes, o al menos uno de ellos, aporten el material genético.

b) Marco Americano

En América del Sur, países como Brasil no tienen una ley que regule la maternidad subrogada, sin embargo, el Consejo Federal de Medicina (Resolución del Consejo Federal de Medicina 2.121 de 2015) ha establecido una serie de condiciones indispensables para poder acceder a esta TRA y ha fijado una regulación permisiva relativa puesto que sólo permite la práctica de manera altruista.

En América Central, México, de acuerdo a su organización como Estado federal, es un país que cuenta con regulación permisiva absoluta en el Estado de Sinaloa y con regulación permisiva relativa en Tabasco (Código Civil del Estado de Tabasco, Sección 3), toda vez que sólo admite la práctica altruista de la subrogación.

En América del Norte, Estados Unidos, como Estado Federal, cuenta con distintas formas de regulación de acuerdo a cada Estado, por ejemplo, existe una regulación restrictiva en los Estados de Arizona, Columbia D.C., Indiana, Kansas, Louisiana, Michigan, Nebraska, Nueva York; una legislación permisiva absoluta en los Estados de Arkansas, California, Illinois, Nevada, New Hampshire, Nueva Jersey, Utah; y una normativa permisiva relativa en los Estados de Delaware (sólo para familias heterosexuales), Florida (sólo con fin altruista), Texas (sólo para familias heterosexuales), Virginia y Washington -Estado- (sólo con fin altruista).

En el caso de Canadá, se regula la maternidad subrogada y prohíbe expresamente cualquier tipo de retribución por este servicio (Assisted Human Reproduction Act de 2004, Sección 622), es decir tienen una regulación restrictiva.

c) Marco Asiático

La China, por su parte, tiene una regulación restrictiva toda vez que no admite su práctica bajo ninguna circunstancia, además condena penalmente a todo profesional de la salud que la practique (Medidas Administrativas sobre los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida de 2001).

El Estado de Georgia actualmente permite la maternidad subrogada; específicamente la legislación regula lo referente a las técnicas relacionadas con la maternidad subrogada sin que existan limitaciones legales para su práctica (Ley de Georgia Sobre Protección de la Salud 1991, Art. 143 y 144).

La India cuenta con una regulación permisiva relativa toda vez que permite la práctica de manera restringida puesto que sólo es posible el acceso a parejas heterosexuales casadas desde hace al menos dos años y para parejas extranjeras exige que la maternidad subrogada se encuentre reconocida por el Estado de procedencia (Línea Guía para la Reglamentación de Reproducción Asistida de 2010 y Guía ética para la investigación biomédica y la participación de seres humanos de 2006).

En sentido similar, Israel ha regulado que solo está permitida para parejas heterosexuales, aunque no especifica si deben ser casados o no y exige que el padre contratante sea quien aporte su propio semen, por tanto, para personas solteras o parejas homosexuales está prohibido el acceso, así como para personas extranjeras (Ley 5756 de 1996).

Tailandia se ubica también en la categoría de regulación permisiva relativa toda vez que limita su puesta en práctica sólo para parejas heterosexuales y que la madre subrogada tenga más de 25 años y sea familiar de alguno de los cónyuges. Además, prohíbe la subrogación con fin comercial o lucrativo y para extranjeros (Ley específica de la Asamblea Nacional de 2015).

d) Marco Europeo

España tiene una reglamentación restrictiva puesto que declara nulo de pleno derecho el contrato o acuerdo por el que se pacte la maternidad subrogada (Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 2006, Art. 10).

Suecia (Ley de 1985) y el Reino Unido (Surrogacy Arrangements Act 1985) cuentan con una reglamentación permisiva relativa ya que, si bien permiten la maternidad subrogada, prohíbe aquella que se realice con remuneración económica. En la misma línea, Ucrania (Código de Familia Ucraniano, Art. 123.2 y Orden 771 de 2011 del Ministerio de Salud) y Grecia (Leyes 3089 de 2002 y 3305 de 2005) la permiten, pero sólo para parejas heterosexuales. Respecto de Grecia, es menester indicar que si bien el Código Civil Griego (Art. 1464) contiene una presunción de maternidad a favor de la madre intencional, también otorga a la madre gestante que ha aportado sus propios óvulos, es decir aquella que es madre biológica, la oportunidad de reclamar para sí la maternidad del bebé hasta transcurridos 6 meses del nacimiento de éste.

Dentro de la misma categoría, Rusia tiene una legislación permisiva relativa puesto que si bien permite la práctica de la maternidad subrogada para personas extranjeras y la remuneración económica a las madres subrogantes, sólo admite la práctica para parejas heterosexuales y establece que la madre contratante debe tener una incapacidad médica para gestar y que de tratarse de una mujer soltera, ésta deberá aportar la dotación genética (Ley Básica No. 323 de 2011, Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia de 2012, sección 9).

e) Marco Oceanía

En Australia, han legislado sobre la materia y a la fecha cuenta con una regulación permisiva relativa puesto que sólo permite la práctica de manera altruista.

2. Estado jurisprudencial

Al revisar los principales precedentes jurisprudenciales sobre maternidad subrogada en el derecho extranjero se encuentran los siguientes casos:

Uno de los primeros precedentes sobre el caso maternidad subrogada llevado al sistema judicial norteamericano es el caso de “Baby M” (Corte Suprema de New Jersey. Caso Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396, 1988). El caso fue el siguiente:

La Sra. Mary Beth Whitehead, de 29 años, firmó un contrato de tener un hijo para William y Elizabeth Stern. Como parte del contrato la Sra. Whitehead accedió a que “en el mejor

interés del niño, no desarrollaría ni intentaría desarrollar una relación padre-hijo con ningún niño (...) que pudiera concebir (...) y dejaría libremente la custodia a William Stern, padre natural, inmediatamente después del nacimiento del niño; y renunciaría a todo derecho materno al mencionado niño según este acuerdo”, y como compensación por los servicios y los gastos recibiría 10.000 dólares.

Cuando la niña, concebida por inseminación artificial con el esperma del Sr. Stern, nació el 27 de marzo de 1986, la Sra. Whitehead y su marido, que ya tenían 2 niños, se resistieron a separarse de la niña. La devolvieron a los Stern el 30 de marzo, pero la Sra Whitehead no aceptó los 10.000 dólares, y a los pocos días fue a la vivienda de los Stern y rogó que le permitieran tener a la niña durante una semana. Los Stern aceptaron. Pero luego resultó evidente que la Sra. Whitehead no estaba dispuesta a devolver a la niña, y los Stern solicitaron con éxito al tribunal de familias la custodia temporal. Los Whitehead se las arreglaron para conservar al bebé cuando la policía iba a llevarse a la niña y lograron eludir a los agentes de la justicia en Florida durante 3 meses. Cuando la pequeña fue localizada fue devuelta a los Stern y se amplió la custodia temporal del juez de familia Harvey R. Sorkow, junto con los derechos limitados de visita de la Sra. Whitehead.

Una prueba de paternidad ordenada judicialmente determinó que el marido de la Sra. Whitehead, no podía ser el padre de la niña. Después de un juicio el juez Sorkow declaró el contrato de subrogación válido y ejecutable, terminó con los derechos maternos de la Sra. Whitehead y otorgó la custodia exclusiva de Baby M al Sr. Stern. El juez Sorkow exigió el específico cumplimiento del contrato de subrogación sobre la base de que era lo más ventajoso para Baby M. También concedió inmediatamente a la Sra. Stern una orden de adopción.

En apelación, el Tribunal Supremo de New Jersey sostuvo que un contrato de subrogación que ofrece dinero para la madre subrogada y requiere su irrevocable asentimiento para entregar a su hijo al nacer es inválido y no ejecutable. Y que el contrato de subrogación, en el caso de Baby M, violaba las leyes de New Jersey que prohíben el uso de dinero en relación con las adopciones, que limitan la finalización de los derechos paternos a situaciones en las que ha habido una muestra válida de la incapacidad paterna o el abandono del niño, y que además permiten a una madre revocar su consentimiento para entregar a su hijo en adopción entre personas privadas.

Además, determinó que dicho contrato entraba en conflicto con la política de New Jersey de que la custodia debe determinarse sobre la base de los mejores intereses del niño, de que los niños deben ser criados por sus padres naturales, de que los derechos del padre natural y de la madre natural son iguales, de que una madre natural reciba asesoramiento antes de acceder a entregar a su hijo y de que las adopciones no deben estar condicionadas por el pago en dinero. Respecto al consentimiento que había otorgado la Sra. Whitehead el tribunal sugirió que su consentimiento era irrelevante.

“Hay algunas cosas, en una sociedad civilizada, que el dinero no puede comprar. En EE.UU., decidimos hace mucho tiempo que el simple hecho de que la conducta comprada con dinero fuera “voluntaria” no significaba que fuera buena o que estuviera más allá de la regulación y la “prohibición”.

Finalmente, el Tribunal Supremo de New Jersey refirió la preocupación sobre los efectos a largo plazo señalando que las posibles víctimas incluyen a la madre subrogada y a su familia, al padre natural y a su mujer, y lo más importante, a la niña; y confirmó la concesión de la custodia al padre natural, y anuló la finalización de los derechos maternos de la madre natural y requirió al tribunal inferior que determinara los términos de la visita de la madre natural a Baby M.

De otro lado, después de casi 30 años, el más reciente pronunciamiento sobre la materia se presentó en el Sistema Europeo de los DDHH el pasado 24 de enero de 2017 en la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) respecto del caso “Paradiso y Campanelli vs. Italia” (Aplicación 25358/12) que fue el siguiente:

Un matrimonio italiano recurrió a la maternidad subrogada, luego de varios intentos fallidos de tratamientos de fecundación in vitro, en Moscú puesto que esta práctica estaba prohibida en Italia. En mayo del 2010, después de un tratamiento de fertilización in vitro exitoso –supuestamente realizado con el espermatozoides del peticionario– los embriones fueron implantados en el útero de la mujer subrogante.

El bebé nació en febrero de 2011, la madre subrogada dio su consentimiento escrito para que el niño fuera registrado como hijo de los contratantes y de conformidad con la legislación rusa, los padres contratantes fueron registrados como padres del niño y el certificado de

nacimiento ruso –que no mencionaba la gestación por sustitución– fue apostillado de acuerdo a la Convención de La Haya.

En mayo de 2011, cuando los padres contratantes solicitaron el registro del certificado de nacimiento por parte de las autoridades italianas, fueron acusados por la alteración del estado civil del niño y por infringir la ley de adopción. El Ministerio Público solicitó el inicio de un proceso de adopción fundamentando en que el niño debía ser considerado en estado de adoptabilidad. El Tribunal italiano solicitó una prueba de ADN cuyo resultado estableció que no existía vínculo biológico entre el niño y los padres contratantes –de manera contraria a lo que habían declarado por lo que el Tribunal italiano decidió separar al niño y prohibir el contacto entre ellos, rechazó el registro del certificado de nacimiento ruso y ordenó la emisión de un nuevo certificado de nacimiento en el que se indicara que el niño era hijo de padres desconocidos y se le otorgara un nuevo nombre. Los padres contratantes se opusieron a todas las medidas y solicitaron la adopción del niño, que les fue negada.

El caso llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la sección segunda del TEDH concluyó que la separación del niño de los padres contratantes había constituido una violación al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Conv.EDH). Entre sus fundamentos jurídicos, la Corte sostuvo que:

“...se deben tomar en cuenta los vínculos familiares de hecho. En este sentido, se señala que los peticionarios han pasado junto con el niño las primeras etapas importantes de su joven vida: seis meses en Italia a partir del tercer mes de vida del niño. Con anterioridad a ese período, la peticionaria ha pasado algunas semanas junto a él en Rusia. Aunque el período es relativamente corto, la Corte estima que los peticionarios se han comportado en relación con el niño como sus padres y concluye que existe una vida familiar de hecho entre ellos. De esto se desprende que en el presente caso se aplica el art. 8 de la Convención” (Cf. párr. 69).

En este sentido aclaró que el art. 8 de la Conv.EDH no solo protegía la vida familiar sino también la vida privada aún incluye el derecho de las personas a formar relaciones con los demás. Además, explicó que:

“...la referencia al orden público no puede constituirse en una carta blanca que justifique cualquier medida porque la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño incumbe al Estado con independencia de la naturaleza del lazo parental, genético u otro [...] En efecto, la separación del niño del contexto familiar es una medida extrema que debe adoptarse como último recurso. Para que una medida de este tipo se justifique, debe cumplir con el objetivo de proteger al niño que se encuentre expuesto a un peligro inmediato para su persona” (Cf. párr. 80).

Por otra parte, en relación a la identidad del niño, señaló que:

“...ha recibido una nueva identidad recién en abril de 2013, lo que significa que el niño no tuvo identidad durante más de dos años. Es necesario que un niño no sea perjudicado en su ciudadanía o identidad que son de importancia fundamental, por el hecho de que nació de una gestación por sustitución...” (Cf. párr. 85).

Posteriormente, el 1 de junio de 2015, el caso fue reenviado a la Gran Sala por iniciativa del gobierno italiano y en esta instancia se determinó que la decisión de los Tribunales italianos, que determinó retirar la tenencia del menor a los padres contratantes de la maternidad subrogada y que por ende no poseían relación biológica con el niño, no constituía una violación al respeto a la vida privada y familiar consagrada en el artículo 8 de la Conv.EDH, y como consecuencia revocó la sentencia que había dictado la Sala de la Segunda Sección de la misma CEDH.

En conclusión, en este capítulo se evidenció que alrededor del mundo el marco legal para el tema no es uniforme y por ende no tiene una línea legislativa ni una tendencia jurisprudencial clara, ello debido a que mientras algunas legislaciones la regulan de forma restrictiva absoluta, otros lo hacen de forma permisiva, ya sea absoluta o relativa. Como consecuencia, a nivel internacional se encuentra una problemática socio jurídica respecto de la práctica de la maternidad subrogada toda vez que los tribunales de cada país se enfrentan a resolver los conflictos de normas, los conflictos de jurisdicción y los conflictos de calificación sobre ésta TRA teniendo en medio a las personas, naturales y jurídicas que participan de ella, puesto que la carencia de la ley no es impedimento para la práctica de la maternidad subrogada a nivel internacional.

Para el caso Colombiano, a pesar de ser una realidad practicada en el territorio nacional, se identifica la inexistencia de legislación en la materia, y como consecuencia de dicho vacío, la presencia de la respectiva inestabilidad jurídica en el tema para quienes hacen uso de esta práctica y a la resolución de conflictos jurídicos sin un marco legal claro al que se enfrentan los falladores judiciales, lo que conduce al planteamiento de base de este estudio sobre la función sustancial del Estado como Legislador Soberano que ha de regular la conducta humana con miras a garantizar la protección de las garantías constitucionales fundamentales de sus ciudadanos, en este caso, de todos aquellos que son parte de la práctica de la maternidad subrogada.

V. MARCO EMPÍRICO

Para responder desde un abordaje empírico el interrogante sobre si el caso de la maternidad subrogada en Colombia se constituye o no en un caso de omisión legislativa por parte del Estado Colombiano se indagaron e identificaron las percepciones de los algunos miembros del Órgano Legislativo, Senadores(as) y Representantes a la Cámara, entendidos como los actores claves alrededor del tema de estudio, respecto de las consecuencias socio jurídicas que tiene la práctica de la maternidad subrogada en Colombia sin la existencia de un marco jurídico concreto y desde la inactividad del Estado Legislador al respecto.

A. Percepciones sobre el caso de la Maternidad Subrogada en Colombia

Al preguntar a los legisladores participantes sobre su conocimiento sobre la TRA de la maternidad subrogada en Colombia, se encontró que a pesar de tener conocimiento sobre la operación de ésta práctica en nuestro país y de haber estado presentes en algunos de los debates legislativos en los que se han votado las distintas iniciativas legislativas sobre el tema, éstos no tenían suficiente claridad conceptual, práctica, ni técnica sobre el asunto en cuestión. Respecto de la práctica de la maternidad subrogada en nuestro país los legisladores manifestaron lo siguiente:

“Sin tener cifras es porque hay mujeres que tienen problemas reproductivos que no pueden quedar embarazadas y acuden a terceras para poder tener un bebé que contenga su material genético” (LEG-SEN-01).

“Colombia tiene unas características que digamos le permitirían, eventualmente, volverse un foco digamos de maternidad subrogada o alquiler de vientres en el continente, básicamente por dos cosas: lo primero buenas clínicas de fertilidad, de fertilización, de digamos buena calidad médica y tecnología abajo costo comparado con otros países del mundo; Y con una situación lamentable en mujeres en condición de vulnerabilidad, ya si tu te metes a través de redes sociales y a través de Google y otras páginas ya hay gran cantidad de mujeres en Colombia, por supuesto la gran mayoría, por no decir todas, en situación de vulnerabilidad ofreciendo el alquiler de su vientre” (LEG-REP-06).

“En Colombia no está regulada la materia y esto ha facilitado que se comercialice también con personas que por su necesidad económica acceden a prestar el vientre” (LEG-REP-02).

“Aquí hay un negocio detrás, ese negocio de pagar para que alguien geste un bebé, cuando uno dice es loable porque no pueden tener hijos, pero permíteme que detrás de esto están los que hacen el negocio, la red de los que tratan con los niños, entonces comienzan a alquilar vientres, nacen los bebés y empiezan a comercializar los bebés” (LEG-SEN-05).

Sobre la falta de claridad conceptual y práctica sobre el tema, en las siguientes palabras se refirió un entrevistado:

“No, no soy experto en las técnicas, sin haberlo estudiado a fondo mi posición ha sido que se pueda dar sin remuneración, sin que se convierta en un negocio mercantil, que tal vez se pueda dar la maternidad subrogada entre familiares muy cercanos y sin remuneración, digamos que esa es mi primera aproximación al tema, como yo lo entiendo la maternidad subrogada o la gestación subrogada es que otra mujer lleven su vientre un niño que no fue gestado concebido por ella sino que fue concebido de manera artificial, o a través de otro procedimiento, o a través de una pareja distinta a ella, no a través de una relación sentimental sexual de esa persona entonces requiere que le introduzcan el embrión o si es que se hace al interior de la madre que subroga la gestación, pero el alquiler de vientre ya implica un negocio mercantil, entonces la maternidad subrogada así como yo lo entiendo, pero sin ser experto, lo diferencio del alquiler porque la maternidad puede darse a través del alquiler o sin el alquiler” (LEG-SEN-01).

Finalmente, refiriéndose al poco conocimiento técnico que tienen sobre una temática tan especializada, otro participante refirió:

“Efectivamente se han presentado algunos proyectos de ley, pero ninguno ha prosperado, pero es que creo yo que se requieren mayores estudios técnicos, mayores estudios de todas las corrientes sociales para conocer un poco más su perspectiva y por

supuesto una vez teniendo un enfoque más integrador poder sacar una regulación más completa” (LEG-REP-03).

B. Percepciones sobre los Derechos implicados

Al indagar a los legisladores sobre si consideraban que la práctica de la maternidad subrogada tenía implicaciones sobre los derechos fundamentales de las distintas personas que en ella intervienen, todos ellos afirmaron que sí conlleva la afectación a derechos fundamentales, sin embargo, al preguntarles sobre cuales derechos las respuestas variaron de acuerdo a la posición favorable o desfavorable que tenían sobre el tema. Específicamente se refirieron a los siguientes derechos:

- Derecho a la identidad de los niños: En la medida en que ésta TRA quiebra el concepto legal, biológico y social de la maternidad y en consecuencia no hay identidad ni relación entre quien legalmente es madre por el hecho del parto (maternidad legal), quien aporta el material genético (madre biológica) y quien ejerce en la vida pública la maternidad sobre el hijo (maternidad social). Así lo refirió un legislador:

“Hay un primer problema porque empieza a haber un problema identidad para el menor que nazca producto de ese tipo de maternidad porque no se sabe quién es su mamá biológica. La mamá que lo va a dar a luz no es la mamá que aporta el material genético y digamos que en el caso de la adopción hay una diferencia grande porque se sabe quién es su mamá biológica y tiene su mamá adoptiva” (LEG-SEN-01).

- Derecho a la familia: Tanto de los adultos para constituirla libremente a través de medios naturales o artificiales, como de los niños a tenerla y a vivir en un ambiente de familia saludable. En las siguientes palabras lo explicaron unos participantes:

“Hay personas que no pueden engendrar sus propios hijos y se valen de mecanismos externos y tratan de solucionar su situación para conformar una familia” (LEG-REP-03).

“El derecho del niño a crecer en un ambiente de familia sana, es decir, ese conflicto que te decía, el económico, en el otro caso el afectivo, digamos que puede afectar

más que todo al menor, y en ese caso al que hay que proteger por encima de todos, el derecho que hay que poner por encima de los otros derechos, es el del menor” (LEG-SEN-01).

“No es aceptable promover que se alquilen vientres y que luego se comercialice con los niños, o que simple y llanamente se satisfaga el interés de personas que no pueden tener hijos, es que no hay derecho tener hijos, lo que hay es el derecho de los niños a tener una familia y aquí hemos confundido los temas” (LEG-SEN-05).

- Derecho a la vida: De la mujer que en caso de tener complicaciones en el embarazo o parto puede morir, con el agravante que la mayoría de las mujeres que ofrecen su vientre son madres que en caso de muerte dejan sus hijos no sólo en condición de vulnerabilidad económica sino también en situación de orfandad. Y de los niños que tienen alguna condición médica especial y los padres contratantes los rechazan y solicitan a la madre subrogada la interrupción voluntaria del embarazo contra su voluntad. En las siguientes palabras lo enunciaron algunos legisladores:

“México tiene unas circunstancias muy similares [a Colombia] y han tenido muchos problemas, en qué, por ejemplo, como son madres en condición de vulnerabilidad muchas madres cabeza de familia con más hijos mueren en el transcurso del embarazo y no tienen seguros, ni asistencia, ni absolutamente nada y dejan hijos en condición de vulnerabilidad. O cuando el bebé nace con alguna condición especial que los padres biológicos lo rechazan como si se tratara de un objeto de comercio agravando todavía más la situación de vulnerabilidad de la señora. O lo ponemos al contrario, al final la señora decide no entregar el niño, que fue justo el caso en el que se manifestó la Corte en Colombia, pues porque se apega en el embarazo entonces ella decide no entregarlo. Todo esto genera una cantidad de posibles situaciones que no están reguladas que no están contempladas y por supuesto siempre vulneran o terminan vulnerando sobre todo a la madre y al niño” (LEG-REP-06).

“Uno siempre lo que tiene que tratar es que la vida se respete, en el caso de los niños además que tengan las mejores condiciones” (LEG-REP-03).

- Derecho a la dignidad de la mujer: Desde una concepción de la dignidad especial de la persona, que la hace diferente a los animales, y especialmente de la dignidad de la mujer, algunos legisladores aludieron la vulneración de la dignidad de las mujeres que son madres subrogantes por cuanto en su mayoría son utilizadas como un objeto de reproducción. Adicionalmente, porque las mujeres que ofertan el alquiler de sus vientres suelen ser mujeres que lo hacen en razón de las condiciones de vulnerabilidad económica que viven. Así lo expresaron ciertos entrevistados:

“Las personas no son animales que se pueden alquilar, como una yegua, pero las personas tienen una dignidad y hoy en el mundo se le reconoce como un derecho a la dignidad de la mujer y se están aprovechando de la vulnerabilidad económica de la mujer para poder usar esta práctica. Soy una convencida de que hay que respetar la dignidad la mujer y hay que proteger a los no nacidos... pero por supuesto el derecho a la dignidad de la mujer porque es la presión sobre aquellas que necesitan recursos económicos” (LEG-SEN-05).

“La práctica de la maternidad subrogada se equipada con la trata de personas y con la utilización del cuerpo de la mujer como un objeto y del niño como un objeto de comercio, y eso pues por supuesto vulnera gravemente los derechos de esas mujeres y de esos niños” (LEG-REP-06).

- Derecho a la libertad y a los Derechos sexuales y reproductivos: De las personas a decidir sobre la conformación de su familia a través de medios artificiales y de las mujeres a disponer de su propio cuerpo. Fue señalado en los siguientes términos:

“Pues la reproducción asistida es la necesidad de muchos cientos de personas, parejas que por sí mismos por alguna situación no pueden llevar a feliz término un embarazo desde cuestiones médicas, de aparato reproductivo de la mujer o del hombre, o también porque se necesitan mecanismos asistidos cuando es por orientación sexual, es una realidad medio invisible pero es una realidad de salud y de los derechos a decidir sobre ejercer o no la maternidad y paternidad y número de hijos” (LEG-REP-04).

“Hay quienes defienden la postura legítimamente - que cada quien con su tema, aunque yo no la comparto- algunos defienden que las mujeres tienen derecho libremente a alquilar su vientre, indiferentemente de las vulneraciones de derechos o de que no esté regulado” (LEG-REP-06).

- Derecho a la salud: De la mujer que se subroga puesto que no existe precio para compensar el desgaste en el cuerpo y la salud de aquella que vive el embarazo, así como tampoco de la previsión de los perjuicios a la salud a largo plazo. De la siguiente forma lo indicó un parlamentario:

“Si es con fines de lucro, que es digamos lo que yo más veo que vulnera los derechos ahí, porque finalmente se están cosificando mujeres que están en condición de vulnerabilidad, estamos pagando un precio que es muy difícil de determinar, digamos, cuál es el precio para la salud y el desgaste del cuerpo de la mujer que sufre durante el embarazo, que sufre los cambios en su cuerpo, en su estado de ánimo, en sus hormonas” (LEG-REP-06).

C. Percepciones sobre la Función Legislativa

Respecto de la percepción de los legisladores participantes sobre la legislación del tema de la maternidad subrogada en Colombia, se encontró que todos reconocen la necesidad o conveniencia de regularlo, pero ninguno aludió explícitamente que ello hiciera parte de la función legislativa que desempeñan. En las siguientes palabras lo señalaron unos participantes:

“Sí, tiene sentido regularlo si tiene un enfoque garantiza y de prever y reducir e impedir el abuso económico, entonces me parece que es razonable regularlo con enfoque garantista de derechos” (LEG-REP-04).

“Sin lugar a dudas el Estado debe estar leyendo lo que pasa en la sociedad en todos los aspectos y el Congreso de la República debe regular las materias que hacen falta, en este caso ya hace algunos años se viene avanzando y la ciencia viene evolucionando, pero esa evolución también debe regularse” (LEG-REP-02).

“Aquí hay involucrados muchos derechos fundamentales, de la criatura que está por nacer, de la madre que inclusive de alguna forma presta su vientre, cuando no es prestado, sino que es alquilado, me parece que hay ahí derechos afectados de la mujer porque se está utilizando y aprovechando de unas circunstancias generalmente de pobreza para poder acceder a esto, por eso me parece importante poder regular la materia” (LEG-REP-02).

También, del sentido implícito de las narrativas si se extrae el hecho de que al no haber legislación y ser una práctica con vacíos jurídicos que está asociada con derechos fundamentales deba ser un tema regulado. En palabras de algún participante:

“La falta de legislación ha generado unos vacíos jurídicos que lo que ha permitido es que la práctica se incremente cada día más con las consecuencias que eso puede traer” (LEG-REP-06).

Algunos otros, además de reconocer la necesidad de regular la materia, recordaron que la Corte Constitucional ha hecho un llamado al Congreso para que lo realice. De la siguiente manera lo expresó un congresista:

“Esta precisamente una sentencia de la Corte Constitucional que habla de la necesidad de regular y a raíz de eso el proyecto de ley, nos compete hacer esa regulación” (LEG-SEN-05).

D. Percepciones sobre las causales de no regulación

Sobre las razones que explicaron los legisladores respecto del por qué a la fecha, habiéndose presentado distintas iniciativas parlamentarias sobre el tema, no hay legislación en Colombia, los participantes aludieron que existen dos tipos de razones, unas institucionales y otras del tema en sí mismo.

Respecto de las razones institucionales que señalaron se encontró en primer lugar, que el diseño y estructura del Congreso conllevan a lentitud en los trámites legislativos puesto que los tiempos entre cada etapa parlamentaria son muy lentos y en ellos tienden a quedar sin adecuada discusión en cada una de las cámaras y por ende concluir en el archivo; en segundo, que el poder legislativo realmente es un poder sin poder en la medida en que los proyectos de

ley que tienen a prosperar son en su mayoría los de iniciativa del Poder Ejecutivo y pocas veces del Poder Legislativo; y en tercer, que el ritmo legislativo del Poder legislativo depende siempre de las situaciones coyunturales del país, las cuales en los últimos años han hecho que se concentren en los asuntos legislativos relativos a la terminación de la guerra, la firma del acuerdo de la paz y la implementación de un proceso de posconflicto. Así lo refirieron algunos participantes:

“Una razón de fondo del Congreso, porque lamentablemente el Congreso por la forma en que está concebido, por la forma en que los poderes actualmente actúan en Colombia, donde en Colombia el Congreso es no solamente el poder más desprestigiado sino es el poder que menos poder tiene, es muy difícil, muy difícil aprobar proyectos que no sean de iniciativa del gobierno, es decir, todos los proyectos que son de iniciativa parlamentaria, puede ser por razones de celos, de tiempos, por problemas de lo que sea, digamos no permite que los proyectos de iniciativa parlamentaria lamentablemente avancen, digamos eso es un tema estructural del congreso”(LEG-REP-06).

“Lo que pasa es que como hemos vivido 30 años en conflicto todo eso absolvió nuestra atención y ahora surgen otros temas que hay que ir resolviendo y sin duda este es uno de esos” (LEG-REP-03).

Entre las razones del tema en sí mismo que explican la falta de legislación, los legisladores aludieron que existe un desconocimiento general del tema y un no reconocimiento de que sea una práctica vigente donde se requiere legislación, tanto desde las instituciones públicas como de las privadas, lo que ha llevado a que no se haya realizado un verdadero ejercicio de discusión ni legislativa ni pública sobre el tema. Adicionalmente, que es un tema que sufre la personificación de los proyectos legislativos de acuerdo con los idearios personales y políticos, lo que conlleva a zanjar las discusiones desde la polarización de idearios, dejar a un lado la deliberación democrática, y en últimas, dejar sin legislar el tema. En las siguientes palabras lo expresaron los parlamentarios:

“Yo creo que es un tema poco visible en general para la mayoría de los congresistas, que no está en la agenda de casi nadie, que muchos casi no saben ni que existe o son

conscientes de que son casos aislados pues, y que, si son cinco casos o 10 será mucho, entonces por eso no está en la retina de la mayoría” (LEG-REP-04).

“Quizás ha hecho falta información, tal vez las instituciones que tienen que velar por esta circunstancia tampoco ha tenido el interés de promoverlas y simplemente han dejado que avanzara como si fuera una decisión de particulares que no afectará absolutamente nada más” (LEG-REP-02).

“En primer lugar, hay todavía dudas muy profundas en el Congreso de la República, dos, que tal vez no sé ha dado una discusión a fondo en ninguna iniciativa, en la última que hubo simplemente se rechazó, pero fue muy superficial la discusión, creo que todavía no es un tema la agenda nacional, Colombia tiene muchos problemas, muchísimos, y creo que a veces problemas tan graves como éste, temas tan valiosos como estos no están en la opinión pública definidos con claridad, por tanto no se ha dado la discusión” (LEG-SEN-01).

“Sobre la propia discusión pues por supuesto hay posiciones encontradas, son temas que son delicados, que tocan fibras muy complejas y que, por supuesto eso hace que sean discusiones muy complejas y difíciles, y sobre todo que lamentablemente se personifican, cuando deberían ser temas que en la medida de lo posible no deberían personificarse” (LEG-REP-06).

E. Percepciones sobre la omisión legislativa

Cuando se les preguntó a los legisladores participantes si consideraban que el Estado, en su función de legislador, estaba incurriendo en alguna omisión o dejando de cumplir sus funciones legislativas, la mayoría de ellos indicaron que no se ha incurrido en ningún tipo de omisión, sino que es un tema que no ha sido estudiado a profundidad y del que no hay claridad conceptual ni técnica, ya que ni siquiera se tiene claridad sobre qué tipo de ley correspondería para regular este tema. Así lo señaló un legislador:

“Una discusión técnica que a mi me parece que estaba equivocada fue que no era una ley ordinaria sino que era una ley estatutaria, porque supuestamente está reglamentado un tema de la constitución, yo no estoy de acuerdo en eso porque si ya si por ejemplo se

fuera a hacer una modificación del código penal, en lo que tiene que ver con el derecho a la vida por homicidio, por tortura, por lo que sea, pues entonces tendría que ser una ley estatutaria no, el derecho a la vida es un derecho fundamental y esto no está desarrollando un derecho fundamental sino que lo está aplicando, por lo tanto digamos que esto ahí hubo una discusión que entorpeció la discusión”(LEG-REP-06).

Sin embargo, a pesar de no reconocer en su mayoría un caso de omisión, sí reconocieron la necesidad de legislar la materia por la afectación de derechos que tiene y explicaron que la demora en los trámites parlamentarios y la existencia de lagunas jurídicas sobre el tema no se considera como materia suficiente para que se incurra en algún tipo de omisión, es decir, aludieron una naturalización de la conducta omisiva del legislador. En las siguientes palabras lo expresó un participante:

“No creo, yo creo que estos son fenómenos que van surgiendo con el avance tecnológico y cultural, y que el legislador no tiene por qué prever cada cosa, no creo que se incurra en una omisión, creo que son fenómenos que van surgiendo en la sociedad y pues en la medida en que avancen surgirán en la agenda legislativa.”(LEG-REP-04).

F. Percepciones sobre la Responsabilidad del Estado

Finalmente, al indagar a los parlamentarios sobre si consideraban que el Estado tenía algún tipo de responsabilidad al no legislar un tema que recaía sobre derechos fundamentales se desagregó de los nodos discursivos de los participantes que sí hay un reconocimiento de la presencia y vulneración de derechos fundamentales y por ende que es un tema que debe ser legislado. Sin embargo, en ninguno de ellos hubo el reconocimiento de la posibilidad de una responsabilidad del Estado legislador, pero por el contrario sí se refirieron a una suplantación legislativa que ha hecho la Corte Constitucional al decidir judicialmente sobre el tema. Con las siguientes palabras lo señalaron unos congresistas:

“Este es un tema que se tendrá que legislar, los tiempos del Congreso son muy lentos y pues por supuesto la ley siempre es después de los hechos, yo creo que todavía hay gente que no ha dimensionado la gravedad del tema y pues independientemente de cual sea la decisión que tome el Congreso, lo que termina pasando y lo que termina pasando con

otros temas similares, es que la Corte Constitucional termina legislando básicamente por la incompetencia del Congreso” (LEG-REP-06).

“Sí, evidentemente hay una omisión legislativa, ahora, yo no sé si después puede derivar en una declaratoria de responsabilidad por parte del Estado, que dé campo a una acción jurídica nacional o internacional, no lo creo, pero evidentemente hay una omisión del legislador que está generando una situación compleja y que va a traer unas consecuencias jurídicas que son complejas y pues básicamente la consecuencia que yo veo más cercana es que se presente uno de estos casos, o que la pareja lo devuelva porque viene por ejemplo con síndrome, o porque finalmente la madre decida no entregarlo, o cualquiera de estos casos que hemos hablado y termina nuevamente la Corte Constitucional dando los parámetros para la actividad pasándose por encima del Congreso” (LEG-REP-06).

“Yo creo que el Estado todavía no debe tener una responsabilidad, al Estado le cuesta trabajo anticiparse a los problemas que van surgiendo en una sociedad moderna donde cada día cambian las condiciones” (LEG-SEN-01).

“No sé cómo pudiera ser responsable, lo que pasa es que aquí hay una independencia de poderes entonces el Congreso tiene unas dinámicas que no le es fácil obligarlo y la Corte Constitucional se ha pronunciado, y a mí sí me parece muy grave que en estos temas sea la Corte la que legisle, por eso el Congreso debería legislar o consultar la voluntad popular en algún momento” (LEG-SEN-05).

VI. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Una vez analizados los postulados que la doctrina y la jurisprudencia han fijado para la calificación de un caso en el que se configura la *omisión legislativa* y del caso específico de la *maternidad subrogada en Colombia*, descritas las tendencias legislativas de la materia de estudio a nivel nacional e internacional; e identificadas las percepciones de los actores claves sobre las consecuencias socio jurídicas de la situación legislativa actual del tema en Colombia -presentados en los capítulos III, IV y V del presente estudio-; y al analizar tales planteamientos a la luz de la pregunta de investigación referida a cuales son las implicaciones socio jurídicas de la inactividad del Estado Colombiano frente a la práctica de la técnica de reproducción asistida de la maternidad subrogada en Colombia, podemos concluir lo siguiente:

A. Sobre la TRA de la maternidad subrogada

La técnica de reproducción asistida de la maternidad subrogada es una realidad vigente y en auge a nivel internacional y nacional. El caso de la práctica de esta técnica en Colombia desde un marco legislativo específico inexistente y desde un marco legislativo general contrario a ella -en la medida en que si bien la Constitución Política concibe la posibilidad constitucional de constituir familia a través de la procreación con asistencia científica, la regulación civil de la maternidad en general está concebida sólo para la procreación natural o biológica- es una realidad socio jurídica que conlleva a la creación de situaciones de inseguridad jurídica y contrarias a los mandatos constitucionales para todas aquellas personas que acceden a ella, ya sean las madres subrogantes, los padres contratantes, los hijos objeto del pacto de la maternidad subrogada o las personas, naturales o jurídicas, prestadoras del servicio.

B. Sobre el incumplimiento de la función legislativa

El Órgano Legislativo, entendido como el encargado de reformar la Constitución y hacer las leyes necesarias para regular y mantener el orden y la seguridad jurídica de la vida social de las personas, desde una función de representación del pueblo, de la voluntad general, y del principio democrático, a la luz de los hallazgos de este estudio sobre su inactividad legislativa sobre la regulación específica de la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, se encontró que en su ejercicio legislativo no se han cumplido dichas funciones, y en dicho sentido, tal como lo ha sostenido uno de los principales constitucionalistas colombianos:

“Hoy se sabe que aquello no es más que un supuesto metodológico, que no es necesariamente cierto... Bien se sabe que el Congreso es elegido por voto popular, pero no se puede afirmar que sea el órgano que represente al pueblo, que hace debates y tampoco que persigue el bien general. Con sentido realista hoy el Congreso es un órgano que se elige cada cuatro años, que no representa al pueblo sino a sectores bien determinados (banqueros, empresarios, terratenientes, militares, multinacionales y otros de similar laya) y que los debates que en él se dan son simplemente nominales, pues en la realidad se concretan el acuerdo o pacto político, concentrado casi siempre con la Presidencia en el que se define el contenido de la ley” (Quinche, 2015, p.515).

En este sentido, en razón a que la función legislativa del Órgano Legislativo obedece a una función imperativa, por cuanto es necesaria para dotar de eficacia, efectividad y operatividad tanto a las normas de eficacia directa como a las de diferida, y a la luz del principio de la primacía de la constitución en virtud del cual la Constitución es un texto normativo aplicable de modo directo, exigible judicialmente y prevalente ante cualquier caso de incompatibilidad entre Constitución, ley u otra norma jurídica; se encontró en esta investigación que la regulación del tema específico de la maternidad subrogada se enmarca dentro de los linderos de dicha función en la medida en que existe un mandato constitucional de regulación y a que hay una incongruencia entre la Constitución Política y la legislación civil del tema; y que dicha función constitucional a la fecha se encuentra incumplida.

Así mismo, se identificó que en el marco de los intentos que ha tenido el Órgano Legislativo de cumplimiento de su función legislativa, específicamente en las tres iniciativas de proyectos de ley que se han presentado en el último cuatrienio sobre el tema, ha existido de partida la problemática asociada a no contar ni con la claridad conceptual, ni práctica, ni técnica sobre el tema, y como consecuencia, el inicio de la discusión parlamentaria se ha zanjado desde la connotación negativa o positiva que cada proyecto ha presentado de la técnica y no desde la necesidad de brindar una regulación que evite la vulneración de derechos en el marco de un Estado Social de Derecho donde coexisten diversas posturas y que a la final, requiere que se mantenga el orden y la seguridad jurídica de la vida social de las personas que acceden a la técnica de la maternidad subrogada.

De otro lado, respecto del único precedente jurisprudencial colombiano sobre el tema del que se tienen datos a la fecha, en el cual se incurrió -a causa de no tener un marco legal claro y preciso para el tema- en la vulneración de los derechos fundamentales tanto de los niños objeto del pacto de maternidad subrogada, de la madre subrogante, así como de los padres que encomendaron la subrogación de la gestación; se confirmó que éste se configura en una sentencia exhortativa de la Corte Constitucional al Órgano legislativo de acuerdo con el concepto amplio de sentencias exhortativas, que incluye no sólo el exhorto explícito en la parte resolutive de las sentencias sino también los llamamientos a la creación de regulación implícitos en las consideraciones de la Corte.

C. Sobre la omisión legislativa del Estado colombiano

La figura de la omisión legislativa es en sí misma una violación al mandato constitucional por cuanto se trata del incumplimiento de una atribución constitucional que ha recibido el Órgano Legislador, pero sobretodo porque recae sobre mandatos constitucionales que deben ser regulados en virtud del derecho a la igualdad para todas las personas y supuestos que procedan. De allí que el reconocimiento constitucional y legal de esta situación jurídica sea una necesidad real, social y jurídica para garantizar el orden jurídico en general, y en concreto para nuestro tema de estudio en la práctica la TRA de la maternidad subrogada.

De acuerdo con los requisitos y clasificación que ha fijado la doctrina constitucional sobre la omisión legislativa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y las evidencias e información recolectada a través de las entrevistas realizadas en esta investigación, se identificó que el Órgano Legislativo del Estado Colombiano sí ha incurrido en una omisión legislativa relativa, también conocida como omisión legislativa inconstitucional por negación, en la medida en que si bien ha sancionado una ley general sobre el hecho de la maternidad no lo ha hecho sobre el caso particular de la maternidad subrogada, y en ese sentido su silencio e inactividad sobre una legislación específica para este tema, limita el derecho que la Constitución otorga para la procreación a través de asistencia científica y ha fomentado –y continua haciéndolo- la creación o mantenimiento de efectos normativos contrarios al texto constitucional, toda vez que afecta distintos derechos fundamentales de las personas que en ella intermedian.

Entre ellos el derecho a Derecho a la identidad de los niños por la ruptura y confusión de los familiares biológicos, legales y sociales; el Derecho a la familia, por parte de los niños a vivir en un ambiente de familia armónico y de los adultos a constituirla por medios naturales o con asistencia científica; el Derecho a la vida de los niños y de las madres subrogantes que se pone en condición de riesgo ante el escenario de la ejecución fallida de las técnicas de reproducción artificial; el Derecho a la dignidad de la mujer que sirve de madre subrogante desde unas condiciones de inequidad jurídica por las condiciones de vulnerabilidad en que subrogan su vientre; el Derecho a la libertad y a los Derechos sexuales y reproductivos de los adultos a acceder a estas TRA y de las madres subrogantes a disponer libremente de su cuerpo, el Derecho a la salud de las mujeres que viven y padecen el desgaste físico y psicológico propio del proceso de embarazo; entre otros.

En lo que respecta a la consecuencia socio jurídica de la omisión legislativa inconstitucional, de acuerdo con los requisitos de admisión del cargo de inconstitucionalidad que ha definido la Corte Constitucional de Colombia, y al comparar con el marco jurídico colombiano general y específico de la maternidad, se evidencia que el articulado civil sobre la determinación de la maternidad está circunscrita al hecho del parto sin distinción sobre la procedencia genética de la creatura que nace, y en esa medida, no concibe la posibilidad de los casos de maternidad y paternidad mediada por asistencia científica como serían los casos de aplicación de la TRA de la maternidad subrogada y en consecuencia afecta el derecho a la igualdad de aquellas personas que hacen uso de esta técnica.

D. Sobre la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana ha reconocido únicamente la omisión legislativa relativa por cuanto sólo puede tener competencia sobre el estudio y control de constitucionalidad de normas concretas, es decir existentes, sin embargo, el hecho de que la Corte no reconozca la omisión legislativa absoluta, por cuanto no puede conocer la constitucionalidad de una norma que no existe, no puede implicar el desconocimiento de la posibilidad socio jurídica de que se incurra en una omisión legislativa absoluta sobre determinado tema.

Ahora bien, conforme a que la Corte Constitucional sólo tiene funciones constitucionales judiciales sobre actos positivos, se encontró que los mecanismos procesales de control

constitucional han sido previstos igualmente sólo para actos positivos que atentan contra la Constitución y no respecto de actos negativos, como serían los casos omisión legislativa inconstitucional, absoluta o relativa, como lo es el caso de la ausencia de norma específica sobre el tema de la maternidad subrogada que, como se dijo, configura omisión legislativa relativa.

No obstante, se identificó también que el constituyente dejó abierta la posibilidad de que éstos mecanismos de control sean creados vía legislativa para los casos en que las autoridades públicas del Estado incurran en omisiones y, además, estableció que cuando su conducta omisiva genere daños antijurídicos, Éste responderá patrimonialmente por ellos.

En esta medida, si bien a la fecha no existe en el sistema jurídico colombiano una acción de revisión de constitucionalidad de las omisiones legislativas en que incurre el Estado, como en nuestro tema de estudio la omisión legislativa del Órgano Legislativo sobre el tema de la maternidad subrogada, se encontró que sí existe la facultad de que éstos mecanismos sean creados, y por tal motivo, el sistema constitucional colombiano requiere la creación de la figura de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa de manera que las omisiones, ya sean absolutas o relativas -como puede ser el caso de otros temas diferentes a la maternidad subrogada que adolezcan de legislación específica o general-, puedan recibir el respectivo control de constitucionalidad de la Corte.

E. Sobre la responsabilidad del Estado legislador

Conforme a la teoría de la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, de la responsabilidad del Estado Legislador, y en la medida en que el escenario legislativo de la maternidad subrogada en Colombia sigue siendo un campo de incertidumbres y vacíos jurídicos generadores de situaciones problemáticas que afectan los derechos fundamentales y sociales de los sujetos que intervienen en la práctica de esta TRA, el Estado Colombiano podría recibir una declaración de responsabilidad, ya sea a nivel nacional o en instancias internacionales, por su conducta omisiva contraria a la Constitución.

Esto en el sentido en que, de acuerdo con los dos requisitos de la responsabilidad del Estado legislador, correspondientes a que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, al verificarse la vulneración de los derechos

referidos en el literal D de este apartado, a causa de la conducta omisiva del Estado Legislador, Éste podrá ser declarado responsable.

F. Sobre la necesidad de mayor estudio del tema general de la omisión legislativa y de regulación del tema específico de la maternidad subrogada

El tema general de la omisión legislativa, relativa y absoluta, su posible inconstitucionalidad y la consecuente acción de constitucionalidad por omisión legislativa inconstitucional es un tema que requiere ser estudiado con mayor profundidad por los juristas colombianos toda vez que es un tema que aún la doctrina constitucional colombiana está empezando a conocer y de la cual la realidad socio jurídica, en distintos temas, demanda consolidación y determinación de criterios claros y adecuados en el contexto jurídico colombiano.

Por su parte, el tema y caso específico de la maternidad subrogada en Colombia es un asunto de importancia nacional que demanda con urgencia la intervención del Estado en su rol de Legislador Soberano con el objetivo de evitar que la puesta en práctica de la maternidad subrogada conlleve a la vulneración de los derechos fundamentales y sociales reconocidos en la Constitución Política de Colombia de 1991 en el marco de un Estado Social de Derecho.

En línea con lo anterior, y siguiendo los planteamientos de Eleonora Lamm (2012), se enfatiza en la importancia de que este tema reciba mayor reconocimiento estatal, específicamente del Órgano Legislativo, y que sea discutido y regulado desde un abordaje interdisciplinario basado en un enfoque de derechos que incluya no sólo la discusión jurídica del tema, sino también la discusión social, médica y ética que gira alrededor del mismo, es decir, que atienda a todos los asuntos socio jurídicos que se desencadenan de las distintas problemáticas adyacentes de su puesta en práctica.

REFERENCIAS

A. BIBLIOGRAFÍA

- Arteta-Acosta, C. (2011). Maternidad subrogada. *Revista Ciencias Biomédicas*, 2(1).
- Baffone, C. (2013). La maternidad subrogada: Una confrontación entre Italia y México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 137, 441-470.
- Bazán, V. (2007) Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado, en Carbonell, Miguel (coord.): En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, (2ª ed.), (México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México), 75-270).
- Benítez V. (2014). *Constitución popular, no judicial: Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la constitución en Colombia*. Chía: Universidad de La Sabana- Editorial Temis.
- Bermúdez-Pozo, S. V. (2016). El derecho a fundar una familia y su vinculación con la gestación subrogada. (Tesis de Maestría en Derecho. Mención en Derecho Constitucional). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.
- Bernal, J. (2013). Reproducción asistida y filiación. Tres casos. *Opinión Jurídica*. 24, 135-150.
- Bernal, D. (2009). Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia. *Revista Republicana*. 6, 15-30.
- Brena, I. (2009). La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?, *Revista de Derecho Privado*. 23, 141-157.
- Cabanellas de Torres, G. (1997). Diccionario enciclopédico de derecho usual. 25a edición. Tomo V. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Celemín A. (2016). El exhorto al legislador: análisis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista de Derecho Público*, 36 (1) 1-29.
- Charry, J. (1991). Sistema normativo de la Constitución de 1991. Bogotá: Editorial Temis.

- Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas en España -Comisión Palacios- (1987) *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro*. España.
- Consejo Superior de Política Criminal (2016). Carta de comentarios del Ministerio de Justicia y del Derecho al Proyecto de ley número 202 de 2016. Gaceta del Congreso 303.
- Fernández, J. (1998) *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid: Civitas.
- Fumero, K. (2016). ¿Me prestas altruistamente tu útero, por favor? *Tribuna feminista*, consultado en: 20 de enero de 2017. Recuperado de: <http://www.tribunafeminista.org/2016/05/me-prestas-altruistamente-tu-utero-por-favor/>
- Giraldo, A. (1999) Metodología y técnica de la investigación jurídica. Octava edición. Ediciones librería del profesional, Bogotá.
- González, N. & Albornoz, M. (2016). Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 16, 1-27.
- Igareda-González, N. (2014). El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos.
- International Social Service (2016) International surrogacy and artificial reproductive technologies. Tomado de: http://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/Call_for_Action2016.pdf
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. San José de Costa Rica: Editorama S.A.
- Lafferrière, J. (2010). Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico. *Vida y Ética*, 11(1), 133-152.
- Lafferrière, J. (2006). Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida. *Revista El Derecho*, 219, 858.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. 2da edición. España: *Edicions Universitat Barcelona*.

- Lizarazo, G. (2014). El Principio de Colaboración Armónica, Ópticas, Problemática y Posibles Soluciones a los Conflictos. (Tesis de Maestría en Derecho Administrativo). Universidad del Rosario, Bogotá.
- López De Armas, K.M. & Amado, C. (2014). Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada. *Revista de Derecho Privado*, 52,2-18.
- Marín, G. (2015). El arrendamiento de vientre en Colombia. *Opinión Jurídica*, 2/3, 69-86.
- Martínez, M. S. (2016). Los acuerdos de maternidad subrogada: nuevos retos en la protección de los derechos de la mujer y la infancia. *Cuadernos ibero-americanos de direito sanitário*, 5(1), 146-178.
- Matias, S. (2010) Investigación y derecho. *Verba Juris*. 24. p. 59-75.
- Matias, S. (2012). Tendencias y enfoques de la investigación en derecho. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*. 36, 9-15.
- Monge, M. (2002). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales.
- Nogueira H. (2001). Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales. *Jurisdicción constitucional en Colombia-La Corte Constitucional 1992-2000, realidades y perspectivas*. Bogotá. Ed. Corte Constitucional.
- Olano, H. (2004). Derecho Constitucional Orgánico. Estructura y Funciones del Estado. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- García, H. (2004). Tipología de nuestras sentencias constitucionales. *Vniversitas*, 53(108), 571-602.
- Pateman, C. (1995). El contrato sexual, trad. de María Luisa Femenías, Barcelona: Anthropos Universidad Autónoma.
- Quinche, M. (2014). El control de constitucionalidad. 2da edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas - Grupo Editorial Ibañez.

- Quinche, M. (2015a). Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas. 6ta edición. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Quinche, M. (2015b). Derecho procesal constitucional colombiano. Acciones y procesos. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Rangel, L. (2008). La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional. *Cuestiones constitucionales*, 18, 201-226.
- Rincón (2012). ¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia. *Revista de la Facultad de Derecho*, 69, 99-112.
- Rodríguez, D. (2005). Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto del contrato. *Revista de Derecho Privado*. Nueva Serie, 11, 109 y 110.
- Rodriguez-Yong, C. & Martínez, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de Derecho*, 25, 59-81.
- Ruiz, W. (2005). Responsabilidad Del Estado Legislador. Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas, (9).
- Sadler, T. & Langman, J. (2007). Embriología médica: con orientación clínica. Ed. Médica Panamericana.
- Sagüés, N. P. (2002). Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión. *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, 605-619.
- Sánchez, L. (2010). Estado democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional Privado, *Revista de Estudios Jurídicos*. 10, 1-11.
- Santamaria-Solíz, L. (2000). “Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos”. Cuadernos de bioética, 41.
- Shaley, C. (1989). Birth Power: The case for surrogacy, New Haven, Yale University Press.

Scotti, L. (2012). El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Pensar en Derecho.1*, 267-289.

Sierra, H. (1998). *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Souto, B. (2005). Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho. *Foro, Nueva época. 1*, 275-292.

Valencia, A. & Ortiz, A. (1995). *Derecho Civil- Familia. Tomo V*. Bogotá: Editorial Temis.

Viera, M. (2012). Inequidades múltiples y persistentes en el campo de la reproducción asistida. *Revista de Antropología Social. 21*, 251-271.

Villaverde, I. (1997). *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill.

Witker, J. (2008), Hacia una investigación jurídica integrativa. *Boletín Mexicano de derecho comparado. 12*, 943-964.

Wintgens, L. (2004). *Legisprudence and Comparative Law. Luc J In: epistemology and methodology of comparative law*. Ed. Van hoecke.

Zagrebelsky, G. (2006). *La Constitución y sus normas*, en Miguel Carbonell, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, D. F., Porrúa-UNAM

B. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). 38ba edición. Colombia: Editorial Legis.

Constitución Política del Estado de Veracruz

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión (18 de diciembre de 2009) Sentencia T-968/09 [MP María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional, Sala Plena, (12 de abril de 2000) Sentencia C-427/00 [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional, Sala Plena (9 de noviembre de 2004) Sentencia C-1125/04 [MP Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional, Sala Plena (22 de abril de 2003). Sentencia C-311/03 [MP Eduardo Montealegre Lynett]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (25 de agosto de 2000), Exp. 5215 [MP Nicolas Bechara Simancas].

Corte Suprema de New Jersey. Caso Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (02 de marzo de 1988).

Congreso de la República de Colombia (2003). Acto Legislativo 1 de 2003.

Congreso de la República de Colombia (2009). Acto Legislativo 1 de 2009.

Congreso de la República de Colombia (2009). Acto Legislativo 2 de 2015.

Congreso de la República de Colombia (1992). Ley 5 de 1992.

Congreso de la República de Colombia (1992). Ley 3 de 1992.

Congreso de la República de Colombia (2002). Ley 754 de 2002.

Congreso de la República de Colombia (2005). Ley 974 de 2005.

ANEXOS

A. ANEXO 1: GUÍA DE ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA

Podría por favor describirme qué relación o experiencia tiene o ha tenido sobre la TRA de la maternidad subrogada

Preguntas	Categoría de análisis
1) ¿Qué conoce sobre las técnicas de reproducción asistida?	TRA
2) ¿Qué conoce sobre la maternidad subrogada? 3) ¿Qué concepto utilizó en su proyecto de ley en este punto y como lo diferencia de otras denominaciones? ¿Qué diferencia encuentra entre “maternidad subrogada” “gestación subrogada” “alquiler de vientre” “sustitución de vientre”?	Maternidad Subrogada
4) ¿Por qué cree que esta figura se utiliza en Colombia? ¿Qué motivos cree que llevan a una mujer a ser madre subrogante en Colombia? A una persona o pareja a acceder a la maternidad subrogada en Colombia?	Causales
5) ¿Qué tipo de compensación o retribución considera que debe obtener una madre subrogada? 6) ¿Conoce alguna en Colombia?¿Conoce cuales es la retribución que recibe una madre subrogada en Colombia ?	Lucrativo vs. Altruista
7) ¿Considera que en esta práctica se encuentran implicados derechos? ¿por qué? ¿respecto de quiénes?	DDHH -DF
8) ¿Considera que la maternidad subrogada debe ser legislada /regulada en Colombia? ¿Por qué presento la iniciativa legislativa? 9) Teniendo en cuenta que se han presentado distintas iniciativas legislativas y ninguna ha prosperado ¿Cuáles considera que son los motivos que han llevado a que a la fecha el tema no haya sido legislado/regulado?	Función vs. Facultad
10) ¿Considera que el Estado ha incurrido en alguna omisión o incumplido sus funciones de legislar?	Omisión Legislativa
11) ¿Considera que el Estado tiene algún tipo de responsabilidad al no legislar este tema? 12) Si respondió sí en la 7¿Cuáles considera que son las implicaciones para el Estado de no legislar un asunto que recae sobre DDHH /DF?	Responsabilidad del Edo por OL
13) Ha conocido experiencias de otros países, qué sabe, cómo le ha parecido?	Marco internacional

14) En el caso de la sentencia, Usted cree que hubiera sido diferente si existiera marco regulatorio, en qué considera que habría cambiado?	Caso jurisprudencia 1
---	-----------------------------

B. ANEXO 2: CONSENTIMIENTO INFORMADO

Proyecto de investigación: La maternidad subrogada: una mirada desde la función legisladora del Estado colombiano¹

La estudiante DIANA STHEFANÍA MUÑOZ GÓMEZ adelanta como trabajo de tesis para optar al título de Magister en Derecho con énfasis en Derecho Público, el proyecto de investigación que pretende describir cuáles son las consecuencias de la omisión legislativa del Estado Colombiano frente a la práctica de la técnica de reproducción asistida de la maternidad subrogada en Colombia.

El diseño metodológico del proyecto ha previsto la realización de entrevistas a los distintos actores que se encuentran social o jurídicamente relacionados con dicha práctica y tienen el objetivo de comprender a través de sus propias voces las implicaciones socio jurídicas de dicha inactividad del Estado Colombiano frente a la práctica de la técnica de reproducción asistida de la maternidad subrogada en Colombia.

De acuerdo con estándares éticos de la investigación con seres humanos, consideramos importante obtener el consentimiento informado de los participantes, aunque ésta entrevista no implique riesgo alguno. Así mismo, se informa que se garantizará el respeto a la dignidad personal, libertad y autodeterminación, así como la salvaguarda a la vida privada.

A continuación, aparecen una serie de aspectos que usted deberá tener en cuenta para firmar el presente consentimiento:

- La entrevista requiere la firma del consentimiento informado de cada participante.
- La participación es voluntaria y el participante está en la libertad de cambiar su nombre si lo considera importante o de retirarse cuando así lo desee.
- Es necesario autorizar la grabación para facilitar el proceso de análisis de la información.
- La información de la entrevista solo será manejada por la investigadora principal y su directora de tesis.
- La participación no implica retribución económica, ni de ningún otro tipo.
- Todo participante será invitado a participar en la presentación de los resultados.

Si está de acuerdo con lo anterior le solicito diligenciar el consentimiento informado y usted se quedara con una copia del mismo.

Yo, _____, identificado(a) con la cédula de ciudadanía número _____ de _____, acepto mi participación en el proyecto de investigación **“La maternidad subrogada: una mirada desde la función legisladora del Estado colombiano”**

Firma del Participante

Fecha

Firma del investigador

Fecha

¹ Directora de tesis: Diana Rocio Bernal Camargo Correo: diana.bernalc@urosario.edu.co