

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y SUPRACONSTITUCIONALES DE LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN COLOMBIA

“CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS AND MATERNITY SUPRACONSTITUTIONAL FOR REPLACEMENT IN COLOMBIA”

Para referencias: HIGUERA CARDOZO, María Cristina (2012) “FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y SUPRA CONSTITUCIONALES DE LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN COLOMBIA”, *En Revista Iter Ad Veritatem* 10. Universidad Santo Tomás. Tunja.

María Cristina Higuera Cardozo*

Fecha de Recepción: 14-08-2012

Fecha de Aprobación: 19-09-2012

RESUMEN**

La maternidad por sustitución es un valioso mecanismo por medio del cual, las mujeres que genéticamente son aptas para procrear, pero físicamente incapaces de gestar y llevar a feliz término el embarazo, pueden materializar además de su deseo de tener hijos propios, respaldadas en una serie de derechos y principios constitucionales y supraconstitucionales; de igual forma, el reconocimiento y amparo legal de esta técnica de reproducción humana asistida, conlleva a la garantía de derechos de menores y de familia, nacional e internacionalmente protegidos.

PALABRAS CLAVE

Maternidad por Sustitución, Constitución Política, Bloque de Constitucionalidad.

* *Estudiante de Décimo Semestre de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, con estudios de profundización de Derecho Privado. Contacto: hguera2@hotmail.com. Cel.: 3114991335. AI*

** *Artículo de investigación científica, resultado del proyecto terminado “Ausencia de regulación normativa a la maternidad por sustitución en Colombia”, vinculado a la línea de investigación en Derecho Privado, del Centro de Investigaciones Socio - Jurídicas de la Universidad Santo Tomás de Tunja.*

*Método: Hermenéutico Jurídico tomando como fuentes directas la Constitución Política de Colombia de 1991, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, **Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**, Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, **Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**, Declaración Universal de Derechos Humanos, Jurisprudencia.*

ABSTRACT

The maternity by substitution is a valuable mechanism through which, women are apt to breed genetically but physically unable to conceive and carry to a successful conclusion pregnancy, can also realize your desire to have children of their own, a number of rights and principles constitutional and supra-constitutional, likewise, recognition and legal protection of this assisted reproduction technique, leads to the protection of rights of children and family, national and internationally protected.

KEY WORDS

Maternity by Substitution, Political Constitution, Constitutionality Block.

RESUME

La maternité de substitution est un mécanisme précieux, grâce au quelle les femmes qui sont aptes à se reproduire génétiquement mais physiquement incapables de concevoir et avoir une conclusion heureuse d'une grossesse, peuvent également réaliser son désir d'avoir des enfants qui leur sont propres, pris en charge dans un certain nombre de droits et de principes constitutionnels, et de même, la reconnaissance et la protection juridique de cette technique de reproduction assistée, conduit à la garantie des droits des enfants et des familles, nationalement et internationalement protégée.

MOTS CLÉS

La maternité de substitution, Constitution Politique, le Bloc constitutionnel

SUMARIO

1. Formulación del Problema, 2. Descripción del Problema, 3. Justificación, 4. Objetivos, 4.1 General, 4.2 Específicos, 5. Sustentos Constitucionales, 5.1 Igualdad, 5.1.1 Preámbulo de la Constitución Nacional, 5.1.2 Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991, 5.2 Protección a la familia, 5.2.1 Artículo 5 de la Constitución Política de 1991, 5.2.2 Artículo 42 de la Constitución Política de 1991, 5.3 Libertad, 5.3.1 Preámbulo de la Constitución Nacional, 5.3.2 Artículo 6 de la Constitución Política de Colombia de 1991, 5.3.3 Artículo 16 de la Constitución Política de Colombia de 1991, 5.4 Derechos Fundamentales de los Niños, 5.4.1 Artículo 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991, 6. Sustentos Supraconstitucionales: Bloque de Constitucionalidad, 6.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 6.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 6.4 Convención sobre los Derechos del Niño, 6.5 Convención Americana de Derechos Humanos, 6.6 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, 7. Conclusiones, 8. Referencias Bibliográficas.

1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Ante los principios y derechos constitucionales y supraconstitucionales, es la maternidad por sustitución un acto de carácter privado lícito en Colombia?

2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En 1977 el ginecólogo británico *Robert Edwards* logró fecundar por primera vez con éxito un óvulo utilizando la técnica de Fecundación In Vitro, la cual consiste en fecundar los óvulos por fuera del cuerpo para obtener embriones que posteriormente serán transferidos al útero para ser implantados y continuar su gestación normal (*Espasa Calpe, 1998*); por tanto, es gracias a dicha invención biotecnológica que hoy podemos hablar de la técnica de reproducción humana asistida conocida como Maternidad por Sustitución, pues ésta radica en fecundar un óvulo e implantarlo en el útero de una mujer distinta a la que ha aportado su material genético.

De esta manera surge en Inglaterra en la década de los 70's una nueva labor para el derecho, como lo es convertirse en el espacio propicio para encontrar los fundamentos que nos permitan asimilar como sujetos sociales los avances tecnológicos en materia de reproducción humana y con ello la aceptación y regulación de los mismos.

Sin embargo, la regulación normativa sobre dicha técnica de reproducción humana, es un asunto que aún plantea grandes interrogantes y conflictos alrededor del mundo, ya que tratándose de aspectos que están directamente relacionados con la procreación de seres humanos y para muchos, con el concepto de dignidad humana, lo transforma en un punto de

discusión neurálgica entre dos extremos, los cuales básicamente los podemos definir, de una parte, como aquellos que defiende el concepto tradicionalista (religioso) de familia y matrimonio y se oponen rotundamente a los nuevos métodos de fecundación, por otra parte, tenemos a los grupos de opinión social que apoyan los avances científicos en materia reproductiva. Así, encontramos que son pocos los Estados que cuentan con una regulación (jurisprudencial o legal) acerca de dichas situaciones, entre los cuales debemos mencionar a Francia, Alemania, España, Inglaterra y Estados Unidos. Para el caso colombiano, sucede que no existe ninguna norma que regule específicamente la materia, y ello ha dado lugar a que una vez los particulares celebren contratos de maternidad por sustitución y se presenten problemas durante la gestación, en el momento del parto o luego de haberlo concluido exitosamente, los primeros que se vean afectados a raíz de los conflictos que puedan surgir entre la madre gestante y los padres contratantes o padres genéticos, sean los menores involucrados en tales acuerdos.

Además, la carencia de una norma que reglamente la celebración de este tipo de contratos, no sólo afecta los derechos fundamentales de los menores involucrados, sino además debemos reconocer que de igual forma terminan siendo afectados los derechos de alguna de las partes contratantes, en especial, cuando se trata de la negación de la madre gestante de entregar el menor a sus padres genéticos, se vulneran de forma abierta todos los derechos constitucionales y supraconstitucionales que protegen tanto a los menores como a la familia.

3. JUSTIFICACIÓN

Dado que Colombia es uno de tantos países que carecen de legislación específica sobre la técnica de reproducción humana asistida conocida como Maternidad por Sustitución, trabajos investigativos como el presente, son de valioso apoyo para impulsar al legislador a la regulación las técnicas en materia de procreación humana, especialmente la que es centro de esta investigación.

Con ese propósito, el presente artículo expone todos los principios y derechos que protegen la estabilidad emocional, familiar y social de los menores y de la familia misma, los cuales son el sustento normativo que permiten considerar la práctica de los contratos de maternidad por sustitución como válida ante el ordenamiento jurídico colombiano.

Principalmente, encontraremos como sustentos constitucionales, además del Preámbulo de la Carta Constitucional, los siguientes artículos: 5, 6, 13, 16, 42 y 44. Como normas internacionales integradas a nuestra constitución en virtud del Bloque de Constitucionalidad, son estudiados los siguientes soportes jurídicos de carácter internacional: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Americana de Derechos Humanos y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

4. OBJETIVOS

4.1 General:

- Exponer los sustentos constitucionales y supraconstitucionales que le dan validez jurídica al contrato de maternidad por sustitución.

4.2 Específicos:

- Describir las normas y jurisprudencia nacional que protegen el derecho a acudir a técnicas de reproducción humana asistida.
- Analizar la integración de normas internacionales que protegen la reproducción humana por medio de técnicas científicas, así como la protección de los menores y la familia.

5. SUSTENTOS CONSTITUCIONALES

Un contrato de maternidad por sustitución consiste fundamentalmente en el acuerdo entre, una pareja apta genéticamente para procrear pero con la limitación física por parte de la mujer para gestar y llevar a feliz término su embarazo, y una mujer que en contraposición, sí es capaz física y biológicamente de sobrellevar la gestación del feto en condiciones normales; la validez que debe ser reconocida a esta clase de acuerdos privados ante el ordenamiento jurídico colombiano radica en una serie de derechos y principios otorgados a los particulares por la Constitución Nacional, así como algunas normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad que a continuación se relacionan:

5.1 IGUALDAD

5.1.1 PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

El preámbulo de la Constitución Política de Colombia de 1991, contentivo de los principios y valores que irradian todo el ordenamiento jurídico de un Estado, en lo que concierne a nuestro tema bajo estudio, establece que:

“El pueblo de Colombia ... con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, **la igualdad**, el conocimiento, la libertad y la paz...”.

Así es, Igualdad, palabra que se convierte en pilar fundamental de la celebración de un contrato de maternidad sustituta, ya que para nuestro caso, se trata de Igualdad ante el derecho de conformar una familia a pesar de que la mujer que desea ser madre no pueda sobrellevar un embarazo aún siendo genéticamente apta para procrear. Sobre lo valioso que resulta ser el preámbulo de la constitución, la Corte Constitucional ha señalado:

“El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos. **El preámbulo da sentido**

a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan”. (Sentencia C-479, agosto 13 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero).

Precisamente, si es el preámbulo el que “señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción”, el legislador debe procurar por regular los contratos sobre los cuales discernimos, para garantizar los derechos fundamentales tanto de los menores como de los padres contratantes y de la mujer gestante, más no para prohibir la práctica de tal técnica, debido a que la misma es la materialización de los principios y derechos que estudiamos en el presente artículo.

5.1.2 Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991: “Todas las personas nacen **libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato** de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. **El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real**

y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

El presente artículo es igualmente un pilar que justifica la validez en la celebración del contrato de maternidad sustituta, toda vez que al otorgar igualdad de derechos y trato entre los ciudadanos, está defendiendo, para el caso que nos ocupa, a las mujeres que a diferencia de la gran mayoría de las demás, siendo genéticamente aptas para procrear un hijo propio, en contraposición, son físicamente incapaces de gestarlo, por lo que materia reproductiva, se encuentra en una escala de desigualdad frente a aquella gran mayoría, y ello hace que respecto a nuestro tema, ésta igualdad deba ser entendida en términos de igualdad objetiva no formal.

Es de resaltar, que al indicar el constituyente que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y que esto le implique adoptar medidas en favor de grupos minoritarios, es precisamente lo que hace que el legislador deba considerar la maternidad por sustitución como válida y legal al constituir un mecanismo idóneo para garantizar igualdad frente al derecho reproductivo de toda persona.

Frente a este ítem, podemos resaltar los señalamientos de la Corte Constitucional expuestos en fallo de constitucionalidad de 1992:

“El inciso segundo de la norma mencionada, establece que el Estado

promoverá las **condiciones para que la igualdad sea real y efectiva** y adoptará las medidas en favor de grupos discriminados o marginados... Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática”. Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1992. (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; 29 de mayo de 1992).

Justamente, esas medidas que debe adoptar el Estado para que la igualdad sea real y efectiva en lo que a este tipo de mujeres concierne, implica la regulación normativa por parte del legislador frente a las técnicas de procreación humana asistida, especialmente en cuanto a la maternidad por sustitución, técnica que nos ocupa en esta oportunidad, para que de esta manera, sea reconocida la igualdad en los derechos a la reproducción y a conformar una familia frente a la minoría anteriormente descrita.

5.2 PROTECCIÓN A LA FAMILIA

A través de los preceptos constitucionales que protegen la familia, se protege y garantiza

así mismo el derecho de conformarla, lo cual implícitamente conlleva al reconocimiento y amparo de los medios para lograrlo, tal como lo veremos enseguida.

5.2.1 ARTÍCULO 5° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

Siendo el reconocimiento de validez de los contratos privados bajo análisis, el remedio para la garantía y goce de estabilidad familiar una vez la mujer gestante haya dado a luz a un neonato genéticamente ajeno, y reconocida por el constituyente la familia como “institución básica de la sociedad”, no hay lugar a dudas acerca de la importancia que debe cobrar para el legislador el reconocimiento de aquellos contratos como la herramienta idónea que permita llevar a la realidad todos los derechos y fines que imponen la constitución y las leyes, por lo mismo la urgencia de regular el tema.

La Corte Constitucional, ha reiterado en varias oportunidades la relevancia que tiene la protección e integridad de la familia frente a la sociedad y el ordenamiento jurídico, de tal suerte que podemos citar como ejemplo una de tantas sentencias que desarrollan el precepto del artículo en relación:

“La familia es la primera institución social, que concilia las exigencias de la naturaleza con los imperativos de la razón social. **La familia es anterior a la sociedad y al Estado, entidades que están instituidas**

en primer lugar para servir al bienestar de la familia, del cual dependen las condiciones de la sociedad y del Estado”. Corte Constitucional.Sentencia T-278 de 1994. (Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara;15 de junio de 1994).

Claramente, la posición de la Corte frente a la protección de la familia es exigente y reclama toda la atención por parte del Estado y la sociedad hacia ésta.

5.2.2 ARTÍCULO 42 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991: “LA FAMILIA ES EL NÚCLEO FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. **El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.** La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. **La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos,** y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos...”.

Como primera medida, verificamos cómo el legislador reafirma el enfoque de la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”, al cual debe ser garantizada una protección integral. Además debemos señalar que es este precepto el que implícitamente otorga protección constitucional al derecho a la reproducción, el cual es reconocido internacionalmente como un verdadero derecho humano inescindible a la salud, en el marco de salud reproductiva (Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994).

Específicamente, acerca del derecho reproductivo de cada persona, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado por medio de la sentencia C-355 de 2006, y ha expuesto que:

“Los **derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos**, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos. Derechos sexuales y reproductivos que además de su **consagración, su protección y garantía** parten de la base de reconocer que **la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña** son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social”. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. (Magistrados Ponentes Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández; 10 de mayo de 2006).

Éstos postulados de la Corte, apoyan enormemente los criterios expresados a través del presente artículo, ya que una vez reconocidos los derechos sexuales y reproductivos de la mujer como verdaderos derechos humanos, así internacional como nacionalmente, el legislador tendrá la certeza de que la práctica de técnicas como la maternidad por sustitución, debe ser protegida y regulada para que quienes acudan a ella lo hagan de forma adecuada. Adicionalmente, debemos resaltar el reconocimiento implícito de las técnicas de reproducción humana asistida, toda vez que el artículo en relación señala que “...*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o **procreados naturalmente o con asistencia científica**, tienen iguales derechos y deberes...*”, y siendo la maternidad por sustitución, una técnica de procreación humana asistida que se logra a través de la fecundación in vitro, podemos afirmar que es una práctica que encuentra fundamental amparo en este mandato constitucional.

Mediante sentencia de 2009, la Corte profirió un fallo de tutela para dar solución al único caso de alquiler de vientre que ha llegado a este órgano, se refirió al respecto en los siguientes términos:

“En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos. Sin embargo, **respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional**, el cual prevé que

“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes” Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-968/09. (Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa; 18 de diciembre de 2009).

Así mismo, frente a todas las dudas que surgen respecto al aspecto biológico, como lo es todo lo que implica la gestación en un vientre ajeno, y que es esa mujer gestante quien finalmente da todos los nutrientes y demás elementos biológicos y químicos que implican la formación y desarrollo del feto, debemos traer a colación lo expresado por el Consejo de Estado, en sentencia del 2 de septiembre de 2009:

...**“la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social,** a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes”.Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de septiembre de 2009. (Magistrado Ponente Enrique Gil Botero).

Lo señalado por esta corporación tiene una conexión directa con el caso bajo revisión, ya que a pesar de que el cuerpo y la sangre del neonato no se hayan formado en el vientre de su madre genética, éste

nuevo ser está formado de acuerdo a toda la información genética de los padres contratantes, pues son ellos quienes han dado el gameto que se implanta en el útero de la mujer gestante, y si han acudido a esta técnica, será porque son quienes verdaderamente desean conformar una familia y brindarle todo tanto afectiva como materialmente a su hijo.

5.3 LIBERTAD

5.3.1 PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Como lo revisamos en el análisis al principio y derecho fundamental de Igualdad, así mismo, el preámbulo de la Constitución Política de Colombia de 1991, contiene la libertad como principio rector:

“El pueblo de Colombia ... con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, **la libertad** y la paz...”.

Libertad para que la pareja que desee acudir a la práctica de esta técnica de reproducción humana asistida, por medio de la celebración de un contrato de carácter privado que tenga por fin la gestación de su hijo en un vientre ajeno, lo haga sin impedimento alguno.

5.3.2 ARTÍCULO 6° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes...”.

La libertad, consignada en la constitución como principio rector del ordenamiento jurídico y

como derecho fundamental, es también un soporte vital para demostrar igualmente que el contrato de maternidad subrogada es la realización de los mandatos contenidos en la Carta, ya que efectivamente la práctica de esta técnica de reproducción humana asistida, no infringe ni la constitución ni las leyes, por el contrario, al ser un instrumento de carácter privado que con ayuda de la ciencia materializa derechos humanos tan importantes como lo son el de la reproducción y a formar una familia, se convierte en una herramienta que desarrolla las normas constitucionales y supraconstitucionales.

Por tanto, los particulares, padres contratantes y mujer gestante, que celebren un contrato de maternidad por sustitución no deben ser requeridos o castigados por las autoridades, pues ellos sólo estarán desarrollando su derecho a la libertad, para el caso contractual.

5.3.3 ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. El precitado artículo, contiene cláusula general de libertad, que para nuestro caso, la enfocamos no sólo en la libertad contractual, sino en la libertad en materia reproductiva; por una parte y de forma especialmente considerada, la libre decisión de una mujer de aceptar gestar un hijo ajeno a cambio de estabilidad económica o simplemente por su condición altruista de querer ayudar a una pareja a realizar su deseo de ser padres, y de otra, la libertad de los padres contratantes de acudir a dicha técnica para poder tener un hijo aunque sea genéticamente propio.

5.4 DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS

5.4.1 ARTÍCULO 44 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

El tipo de contratos que relacionamos en el presente artículo (de maternidad sustituta), son una herramienta que brinda mayor seguridad respecto a las obligaciones de la mujer gestante de proteger al nonato y de entregarlo luego del parto, y justamente ello es lo que nos permite darle la calidad de garantes de los derechos fundamentales de los menores. Recordemos que la urgencia de regulación normativa frente a esta práctica privada, radica en que es precisamente la ausencia absoluta de tal regulación, la que ha dado lugar a que los derechos

esenciales de los menores procreados gracias a los contratos bajo estudio sean vulnerados, pues en la realidad, una vez surgen conflictos entre las partes contratantes, son ellos mismos quienes intentan arbitrariamente y con justicia por propia mano, obtener la custodia de aquellos menores arrebatándoles así su estabilidad emocional y psicológica.

Adicionalmente, no está de más señalar que si una pareja ha acudido a éstos procedimientos para poder ser padres, será porque desean tener ese hijo, por lo que serán ellos quienes estarán dispuestos a brindar de manera más idónea unidad familiar y estabilidad emocional, económica y social a ese o esos pequeños.

En lo que a la materia concierne, es acertado evocar el pronunciamiento al respecto de la Corte Constitucional en fallo de tutela de 1994:

“La unidad familiar es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes de los niños. La estabilidad del ambiente físico y familiar es fundamental para el desarrollo intelectual y socio-emocional del niño; un ambiente estable y seguro, facilita la concentración y motivación del niño; un cuidado familiar, permanente y constante, le ayuda a desarrollar sentimientos de confianza hacia el mundo que lo rodea y hacia otros seres humanos. a la familia corresponde pues, la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, tarea en la que habrá de contar

con la colaboración de la sociedad y del Estado”.Corte Constitucional. Sentencia T-278/94. (Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara; 15 de junio de 1994).

De esta manera, concluyo que si debe ser tan relevante para el Estado la garantía de los derechos fundamentales de los menores, conforme a ello, está en la obligación de entregar a los ciudadanos una regulación específica sobre las técnicas de procreación humana asistida, de manera especial, a un tema tan neurálgico como la maternidad por sustitución, porque a través de dicha actividad legislativa, estará protegiendo el respeto a los derechos de los menores.

6. SUSTENTOS SUPRACONSTITUCIONALES: Bloque de constitucionalidad

La categoría “Bloque de Constitucionalidad” conocida también como “normas de renvío”, nace en Francia hacia 1958 con el Consejo Constitucional, órgano que desde 1970, hizo de la constitución un texto abierto haciendo uso de una hermenéutica revolucionaria que amplió el marco de control constitucional elevando el preámbulo constitucional y algunas declaraciones extraconstitucionales sobre derechos fundamentales a la categoría de normas supralegales (Tolosa Villabona, 2008).

En Colombia, la Corte Constitucional se aproximó por primera vez a la noción de bloque de constitucionalidad en el año 1992 a través de las sentencias T- 409 (M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz) y C- 574 (M.P. Ciro Angarita Barón), en las cuales estableció que los convenios sobre derecho internacional humanitario tienen carácter prevalente

sobre la legislación nacional (Arango, Mónica, 2004).

En 1995, la misma corporación define con mayor claridad y desarrolla de forma amplia el concepto de bloque de constitucionalidad, señalando por medio de sentencia de constitucionalidad lo siguiente:

“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, **son normas situadas en el nivel constitucional**, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”. Corte Constitucional. Sentencia C-225/95. (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; 18 de mayo de 1995).

En años siguientes a este fallo, la Corte emite sentencias (ejemplo de éstas: C-358-97, C-191-98 y C-582-99) donde restringe el concepto de bloque de constitucionalidad y tomando como partida el artículo 93 de la Carta, expone que no todos los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte de éste, sino que, salvo remisión expresa de normas superiores,

sólo constituyen parámetros de control constitucional los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción (Arango, Mónica, 2004).

Gracias a las interpretaciones hechas por la Corte Constitucional, nuestra Carta Política es hoy un texto que integra un gran número de normas de carácter internacional conocidos bajo el nombre de tratados, convenios, declaraciones o pactos, los cuales contienen reglas tendientes a proteger derechos fundamentales no sólo de las personas individualmente consideradas, sino además para grupos sociales, étnicos o religiosos y hasta el medio ambiente.

En lo que a los temas relacionados con la maternidad por sustitución concierne, es decir, derechos reproductivos, de familia y del menor, debemos citar especialmente algunos documentos internacionales que hacen parte de nuestro bloque de constitucionalidad y son soporte de la validez que tiene y debe ser reconocida por parte del legislador los contratos privados en relación.

Estos textos, son fundamentalmente los siguientes:

- ***Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de éste, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. Aprobado en Colombia por medio de la Ley 74 de 1968.***

- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobado en Colombia por medio de la Ley 74 de 1968.**
- **Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991.**
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969”. Aprobado en Colombia por la ley 16 de 1972.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980. Aprobada en Colombia mediante Ley 51 de 1981 (Junio 2), [reglamentada por el Decreto Nacional 1398 de 1990.](#)

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París y de la cual Colombia es miembro signatario, se trata de un documento declarativo que tiene fines principalmente orientativos y por lo

tanto, por sí sola no obliga a los Estados signatarios a cumplirla; sin embargo ello no quiere decir que ésta, no haga parte del bloque de constitucionalidad en Colombia, por el contrario la Corte Constitucional, ha reiterado en sin número de oportunidades¹ la integración de aquella a la Constitución Política en virtud precisamente de la categoría “Bloque de Constitucionalidad”.

6.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La declaración protege en su artículo 16, no sólo el derecho a formar una familia, sino que implícitamente lo hace sobre el derecho reproductivo de toda persona, dicho artículo establece:

Artículo 16. “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a **casarse y fundar una familia**; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio... 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Resulta clara la similitud de los artículos 5, 44 y 42 de nuestra constitución nacional con esta cláusula de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual es sustento valioso para demostrar la validez e importancia que tienen los contratos de maternidad por sustitución ante la Constitución y elementos internacionales como la declaración en relación, pues son aquellas herramientas las que permiten acudir a un instrumento que dé estabilidad a la relación contractual entre la mujer

¹ Al respecto pueden revisarse las siguientes sentencias: Corte Constitucional C-567/00, T-606/01, T-089/04, T-615/04, C-038/04 y T-568/99.

gestante y los padres contratantes, para que una vez se produzca el parto, en caso de surgir conflictos en relación con la custodia del neonato, los padres contratantes puedan hacer valer sus derechos, y probar que son los padres genéticos del pequeño, mientras que la mujer que lo dio a luz sólo cumplió con la labor de gestarlo durante el tiempo necesario a cambio de las condiciones que hayan pactado y probarán con el contrato suscrito entre ellos.

6.2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Este instrumento internacional protector de derechos fundamentales, defiende tanto a la familia como los derechos esenciales de los niños, lo que lo hace un soporte igualmente relevante para demostrar lo urgente que debe ser para el legislador dar regulación a la maternidad sustituta, para que así, los sujetos contractuales y los menores involucrados en estos acuerdos puedan confiar en ese contrato como mecanismo dador de seguridad jurídica y estabilidad en todo sentido para todos.

Los principales artículos relacionados con nuestro tema de investigación son:

Artículo 23. “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

Artículo 24. “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o

nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

Evidentemente son normas en concordancia absoluta con los mandatos de nuestra constitución política.

6.3 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contiene un ítem bastante significativo y concordante con los artículos 5 y 13 de la constitución colombiana, el artículo al que hago referencia es el décimo numeral primero: Artículo 10. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

Al ordenar este artículo a los Estados partes del Pacto, como lo es Colombia, que deben conceder la más amplia protección a la familia “especialmente para su constitución”, está amparando y promoviendo implícitamente las técnicas de reproducción humana asistida, y de esta manera se convierte en una norma de carácter internacional de vital fundamento para que la maternidad por sustitución sea considerada en Colombia no sólo como válida, sino como una técnica merecedora

de ser regulada prontamente por el Congreso.

6.4 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

No está demás recordar que la convención mencionada, hace parte del bloque de constitucionalidad y es una herramienta de derecho internacional orientada a la protección de los menores alrededor del mundo, además, contiene normas que la hacen con razones de sobra un excelente apoyo para constatar la validez de los contratos bajo análisis ante nuestra Carta y los convenios y tratados que hacen parte de ella sin estar expresamente insertos en la misma.

Especialmente, el preámbulo dispone uno de los fines que persigue la demostración de la validez del contrato de maternidad sustituta, como lo es la estabilidad familiar y emocional:

Preámbulo: “Los Estados Partes en la presente Convención... Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...”

Claramente, de la mano a los derechos de los niños, protege igualmente a la familia como el primer núcleo de desarrollo del menor.

6.5 CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La convención que estudiamos en este punto, se trata de un texto internacional protector de derechos inescindibles a

la persona, por ello, también protege a la familia y los menores de manera muy similar a como lo establece nuestra constitución, especialmente lo hace a través de sus artículos 17 y 19:

Artículo 17. Protección a la Familia.

“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y **a fundar una familia...**”.

Artículo 19. Derechos del Niño.

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

De igual forma, al establecer el derecho a fundar una familia, soporta implícitamente la importancia de los medios a los cuales puede acudir una mujer para realizar su deseo de ser madre, como lo es la técnica de reproducción humana bajo estudio.

6.6 CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

Finalmente, esta convención al disponer que la mujer tiene derecho a decidir el número de sus hijos, reconoce igualmente la importancia de los derechos reproductivos de la mujer:

Artículo 16 “e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y **los medios que les permitan ejercer estos derechos...**”

Es muy valiosa la referencia que hace a “los medios que le permitan ejercer estos derechos”, pues evidentemente un medio que le permite materializar su derecho a la reproducción a las mujeres que son genéticamente aptas para procrear pero físicamente no pueden sobrellevar la gestación de su propio hijo, es de manera idónea la maternidad sustituta, por lo que al ser reconocida en Colombia como una técnica válida, el Estado colombiano estará demostrando su buena fe e interés en el cumplimiento de los instrumentos internacionales por él suscritos.

7. CONCLUSIONES

La maternidad por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida por medio de la cual, una pareja aporta un gameto para ser implantado en el útero de una mujer que acepta gestarlo y llevar a feliz término el embarazo, el acuerdo entre la pareja interesada y la mujer gestante se hace por medio de un contrato atípico de carácter privado.

Los contratos de maternidad por sustitución carecen totalmente de regulación alguna, y a pesar de ser actos privados lícitos a la luz de la constitución y algunos tratados internacionales suscritos por Colombia, tal ausencia de normatividad reguladora ha hecho que se pongan en riesgo, y en muchas ocasiones sean vulnerados, los derechos fundamentales de los menores y la familia, de ahí la importancia de obtener una pronta legislación al respecto.

El reconocimiento de la validez de la maternidad por sustitución y su regulación por parte del Legislador colombiano, se fundamenta esencialmente en el Preámbulo

y los artículos 5, 6, 13, 16, 42 y 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Igualmente, tales actos por parte del Congreso colombiano, será el cumplimiento de una serie de normas internacionales suscritas por el Estado colombiano e integradas al bloque de constitucionalidad; principalmente en lo concerniente a la maternidad por sustitución, podemos mencionar los siguientes:

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- ***Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de éste.***
- ***Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.***
- ***Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.***
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.
- ***Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.***

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Normas:

- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de éste, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. Aprobado en Colombia por medio de la Ley 74 de 1968.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación

y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobado en Colombia por medio de la Ley 74 de 1968.

- **Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991.**
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969”. Aprobado en Colombia por la ley 16 de 1972.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980. Aprobada en Colombia mediante Ley 51 de 1981 (Junio 2), [reglamentada por el Decreto Nacional 1398 de 1990.](#)

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Libro:

- Tolosa Villabona, Luis Armando. (2008). *Teoría y Técnica de la Casación*. 2ª Ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Revista:

- Arango Olaya, Mónica. (2004). *El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Revista Precedente, ISSN: 16576535. Bogotá.

Infografía:

- Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

Jurisprudencia:

- Corte Constitucional. Sentencia C-479/92. (Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; 13 de agosto de 1992).
- Corte Constitucional. Sentencia C-221/92. (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; 29 de mayo de 1992).
- Corte Constitucional. Sentencia T-278/94. (Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara; 15 de junio de 1994).
- Corte Constitucional. Sentencia C-225/95. (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; 18 de mayo de 1995).
- Corte Constitucional. Sentencia C-355/06. (Magistrados Ponentes Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández; 10 de mayo de 2006).
- Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-968/09. (Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa; 18 de diciembre de 2009).
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de septiembre de 2009. (Magistrado Ponente Enrique Gil Botero).