



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 1

Neiva, 25 DE AGOSTO DE 2023

Señores

CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Ciudad

El (Los) suscrito(s):

RODNEY BECERRA MEDINA con C.C. No. 7.705.415 DE NEIVA

YEIMMY RUBIANO ROA con C.C. No. 36.066.915 DE NEIVA

Autor(es) de la tesis y/o trabajo de grado titulado **“LA INMINENTE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA”** presentado y aprobado en el año **2023** como requisito para optar al título de **“MAGISTER EN DERECHO PRIVADO”**

Autorizo (amos) al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales “open access” y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, “Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores”, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

EL AUTOR/ESTUDIANTE RODNEY BECERRA MEDINA

EL AUTOR/ESTUDIANTE YEIMMY RUBIANO ROA

Firma: _____

Firma: _____

Vigilada Mineducación



TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: “LA INMINENTE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA”

AUTOR O AUTORES: RODNEY BECERRA MEDINA y YEIMMY RUBIANO ROA

| Primero y Segundo Apellido | Primero y Segundo Nombre |
|----------------------------|--------------------------|
| BECERRA MEDINA | RODNEY |
| RUBIANO ROA | YEIMMY |

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

| Primero y Segundo Apellido | Primero y Segundo Nombre |
|----------------------------|--------------------------|
| PADILLA SUAREZ | CARLOS ALFONSO |

ASESOR (ES):

| Primero y Segundo Apellido | Primero y Segundo Nombre |
|----------------------------|--------------------------|
| SANCHEZ GUARNIZO | JORGE ENRIQUE |

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: MAGISTER EN DERECHO PRIVADO

FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA O POSGRADO: DERECHO

CIUDAD: NEIVA – HUILA AÑO DE PRESENTACIÓN: 2023 NÚMERO DE PÁGINAS: 211

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas___ Fotografías___ Grabaciones en discos___ Ilustraciones en general___ Grabados___
Láminas___ Litografías___ Mapas___ Música impresa___ Planos___ Retratos___ Sin ilustraciones X
Tablas o Cuadros___

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento: OFFICE - PDF - WORD

MATERIAL ANEXO: CD



PREMIO O DISTINCIÓN (En caso de ser LAUREADAS o Meritoria):

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

| <u>Español</u> | <u>Inglés</u> | <u>Español</u> | <u>Inglés</u> |
|----------------|---------------|----------------|---------------|
| 1. MATERNIDAD | MATERNITY | 6. CONTRATO | CONTRACT |
| 2. SUBROGACIÓN | SUBROGATION | 7. REGULACION | REGULATION |
| 3. VIENTRE | BELLY | | |
| 4. ALQUILER | RENT | | |
| 5. UTERINO | UTERINE | | |

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

En Colombia, la maternidad subrogada es una opción a la cual recurren las parejas que no han podido concebir un hijo de forma biológica, ya sea por causas como la infertilidad o esterilidad, así como también, por su decisión de no exponerse al proceso normal de gestación por parte de quien tiene el deseo de ser madre, toda vez que, esta última puede contar con las capacidades económicas para recurrir a esa gestación asistida, mediante un contrato de prestación de servicios de salud de tratamiento de fertilidad y otro de maternidad subrogada.

De ahí que sea permitido afirmar que las mujeres gestantes, al ver en el contrato de maternidad subrogada una oportunidad de obtener ingresos económicos, para superar sus necesidades propias o familiares, lo que puede ocasionar ante estos vacíos jurídicos una posible explotación de las mujeres gestantes, puesto que sería necesario determinar un número de partos por esta modalidad y en sí, todo lo concerniente a su bienestar en la ejecución del contrato y algún tiempo después, ya que la gestante puede presentar algunas complicaciones en su salud producto del parto.

Con urgencia debe expedirse una Ley que reglamente la maternidad subrogada, para evitar en principio la posible vulneración de derechos fundamentales de quien está por nacer, y de las gestantes, puesto que como se indicó, estos contratos si bien pueden ser



con fines altruistas y onerosos lo cierto es que algunas personas en la mayoría de los casos estarían motivadas para recibir una contraprestación por el servicio prestado.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

In Colombia, surrogate motherhood is an option used by couples who have not been able to conceive a child biologically, either due to causes such as infertility or sterility, as well as their decision not to expose themselves to the normal process of pregnancy by the person who wishes to be a mother, since the latter may have the economic capacities to resort to this assisted pregnancy, through a contract for the provision of health services for fertility treatment and another for surrogate motherhood.

Hence, it is permissible to affirm that pregnant women, seeing in the surrogate motherhood contract an opportunity to obtain economic income, to overcome their own or family needs, which can cause possible exploitation of pregnant women in the face of these legal gaps, since it would be necessary to determine a number of deliveries by this modality and itself, everything related to their well-being in the execution of the contract and some time later, since the pregnant woman may present some complications in her health as a result of childbirth.

Urgently, a Law that regulates surrogate motherhood must be issued, to avoid in principle the possible violation of the fundamental rights of the unborn, and of the pregnant women, since, as indicated, these contracts, although they may be for altruistic and onerous purposes. The truth is that some people in most cases would be motivated to receive a consideration for the service provided.

APROBACIÓN DE LA TESIS

Nombre Presidente Jurado:

Nombre Jurado: CARLOS ANDRES GARCIA MANRIQUE

Firma:

Nombre Jurado: MARIA YULLY LEGUIZAMO RODRIGUEZ

Firma:

LA INMINENTE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

Presentado por:

YEIMMY RUBIANO ROA

RODNEY BECERRA MEDINA

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO

2023

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|----|
| TABLA DE CONTENIDO | 2 |
| INTRODUCCIÓN | 6 |
| I. LA INSTITUCIÓN DE LA FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO..... | 13 |
| A. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE FAMILIA..... | 14 |
| B. TIPOLOGÍA DE LA FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL. | 19 |
| 1. <i>La familia nuclear-tradicional</i> | 25 |
| 2. <i>La monoparental</i> | 25 |
| 3. <i>La homoparental</i> | 26 |
| 4. <i>La ensamblada</i> | 26 |
| 5. <i>La extensa</i> | 27 |
| 6. <i>La de crianza</i> | 27 |
| 7. <i>La unipersonal</i> | 28 |
| C. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA POR PARTE DEL ESTADO. | 29 |
| II. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIANO..... | 39 |
| A. CONCEPTO Y TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA. | 40 |
| B. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ALGUNOS PAISES DEL MUNDO. | 49 |
| 1. <i>MÉXICO</i> | 49 |
| 2. <i>ESPAÑA</i> | 53 |
| 3. <i>UCRANIA</i> | 65 |
| 4. <i>INDIA</i> | 75 |
| 5. <i>ESTADOS UNIDOS</i> | 80 |

| | |
|---|-----|
| C. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA Y LOS INTENTOS PARA REGULARLA..... | 87 |
| III. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO NEGOCIO JURÍDICO EN COLOMBIA... | 97 |
| A. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE MATERNIDAD SUBROGADA..... | 103 |
| B. PARTES Y ELEMENTOS DEL CONTRATO. | 114 |
| C. REQUISITOS DE VALIDÉZ DEL CONTRATO..... | 120 |
| 1. CAPACIDAD..... | 120 |
| 2. CONSENTIMIENTO LIBRE DE VICIOS..... | 122 |
| 3. OBJETO Y CAUSA LÍCITA..... | 129 |
| D. ELEMENTOS DEL CONTRATO..... | 135 |
| E. NECESIDAD DE REGULAR LA GESTACIÓN SUBROGADA EN COLOMBIA | 138 |
| F. ANÁLISIS AL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA 345 DEL 2023..... | 148 |
| 1. <i>Algunos aspectos generales en la exposición de motivos del proyecto de Ley Estatutaria.</i> | 148 |
| 2. <i>Análisis y postura frente a los artículos propuestos en el proyecto de Ley Estatutaria.</i> | 157 |
| Artículo 1. Objeto. | 157 |
| Artículo 2. Principios. | 159 |
| Artículo 3. Definiciones. Para efectos de la presente Ley se entiende: . | 161 |
| Artículo 4. Prohibiciones. | 163 |
| Artículo 5. Objeto del acuerdo. | 166 |

| | |
|--|-----|
| Artículo 6. Requisitos habilitantes de la parte comitente..... | 167 |
| Artículo 7. Requisitos habilitantes de la persona gestante..... | 168 |
| Artículo 8. De la compensación. | 170 |
| Artículo 9. Cláusulas prohibidas. | 171 |
| Artículo 10. Terminación anticipada..... | 173 |
| Artículo 11. Muerte de la parte comitente. | 174 |
| Artículo 11. Solemnidad del acuerdo. | 175 |
| Artículo 13. Consentimiento informado. | 178 |
| Artículo 14. Proceso de Consentimiento informado..... | 179 |
| Artículo 15. Contenido mínimo del consentimiento informado. | 179 |
| Artículo 16. Material reproductivo. | 182 |
| Artículo 17. Certificado de nacido vivo..... | 184 |
| Artículo 18. Filiación..... | 185 |
| Artículo 19. No filiación. | 186 |
| Artículo 20. Modifíquese el artículo 49 del Decreto Ley 1260 de 1970.. | 186 |
| Artículo 21..... | 187 |
| Artículo 22. Seguimiento al puerperio y perinatal. | 187 |
| Artículo 23. Seguridad social de la persona gestante..... | 188 |
| Artículo 24. Seguridad social de la parte comitente..... | 188 |
| Artículo 25. Adiciónese el párrafo 6 al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, | 189 |
| Artículo 26. Adiciónese el numeral 6 al artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo..... | 189 |

| | |
|--|-----|
| Artículo 27. Derecho a conocer. | 190 |
| Artículo 28. Financiamiento de la Subrogación Uterina para la gestación y procedimientos relacionados. | 192 |
| Artículo 29. Financiamiento. | 193 |
| Artículo 30. Vigencia. | 193 |
| CONCLUSIONES..... | 194 |
| BIBLIOGRAFÍA | 199 |
| JURISPRUDENCIA..... | 207 |
| NORMATIVA..... | 208 |
| OTROS RECURSOS | 209 |

INTRODUCCIÓN

La constitución política de Colombia señala en su artículo 42, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y al mismo tiempo, determina que esta y el Estado, garantizan su protección integral; es por ello que, la presente investigación tiene por objeto identificar y analizar los diferentes tipos de familia y su evolución desde un punto de vista jurídico, así como la atención respeto por los derechos que tienen los hijos habidos por medio de asistencia científica, no siendo menos importante el estudio de los contratos y distintos acuerdos que se generan con el fin de obtener la gestación y/o maternidad subrogada (Yetlanezi Mendoza González, 2019)¹, conocida también como alquiler de vientre².

1 El concepto de subrogar o sustituir señala que “sustituta es la persona que hace las veces de otra” reemplazando los derechos y deberes sobre el hijo de la pareja comitente, durante el tiempo que ella gaste a su futuro hijo; esto idealmente debe regirse bajo un marco jurídico. Este proceso se sustenta mediante un contrato y a cambio puede haber una remuneración económica o ser completamente gratuito, lo cual puede depender del marco jurídico bajo el que se realice el procedimiento. Mendoza González, Y., Santibáñez Alejos, M., Rivero López, C. A., Hernández Carrillo, J. G., & Yap Campos, K. (2019). Maternidad subrogada y su impacto en el tema de la infertilidad. *Atención Familiar*, 26(4), 158–162. Recuperado de <https://doi.org/10.22201/facmed.14058871p.2019.4.70791>

2 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-968 del 2009, determina que “El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.” En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto. citando la Corte a Yolanda Gómez Sánchez. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 136.

La sociedad va cambiando con el paso del tiempo y, naturalmente debe atribuirse a la misma, la evolución que se presenta en la familia, sus formas de conformación debidamente aceptadas y en el mejor de los casos, reguladas dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado.

En Colombia se reconoce el derecho a las parejas, para decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, determinándose en nuestra carta magna, que “deberán sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos” (Constitución Política de Colombia, artículo 42, 1991); es por ello que, se hace indispensable el estudio de la maternidad subrogada como negocio jurídico, toda vez que el Estado no ha regulado esta práctica la cual se realiza con libertad en Colombia, pero que a su vez, por no estar reglamentado, puede generar excesos en dichos acuerdos de gestación subrogada e incluso, lo cual puede comprometer y dejar en riesgo la institución de la familia y sus derechos, atendiendo la protección especial que el Estado le ofrece a esta y a cada uno de sus miembros, especialmente a los niños.

Ahora, no pueden desconocerse los peligros en los cuales incurren las partes en dichos negocios jurídicos, puesto que, por una parte, si bien la gestante subrogada bajo la presunción de que su actuar es consciente y voluntario, no es menos importante señalar que es necesario evaluar dichas decisiones con responsabilidad, así como tener claridad en las diferentes circunstancias propias y riesgos del proceso a realizar; como lo son, las personas que intervienen, los riesgos de un embarazo y

su trabajo de parto, procedimientos aquellos en donde incluso la gestante puede perder la vida, o la de quien está por nacer, dificultades que nos llevan a estudiar y advertir otras circunstancias, como a manera de ejemplo, aquellos eventos en los cuales los futuros padres no quieran recibir al neonato, bien sea por alguna enfermedad, discapacidad y/o cualquier otra razón que no pueda ser advertida de manera previa y que en el peor de los casos, no se haya estipulado cláusula alguna que resuelva esa situación, finalmente de quién sería el hijo? ¿Si a la gestante no se le recibe el recién nacido, recae sobre esta las obligaciones propias de una madre, cuando el neonato no tiene vínculos genéticos con esta? Frente a ese tipo de conflictos ¿quién debe conocerlos como autoridad competente frente al contrato? además es válido preguntarse, que si bien el contrato regula derechos y obligaciones entre las partes, ¿quién vela por las garantías y derechos del menor?

Para desarrollar esta investigación, es necesario observar algunos países como referencia, puesto que, en varios de ellos, es permitida la maternidad subrogada con fines altruistas y/o económicos, como también, en otros casos, esta actividad se encuentra prohibida, aunque puede clasificarse otro grupo, como sucede en Colombia, en donde no está regulado y, por tanto, se aplica esa máxima del derecho, en la cual lo que no está expresamente prohibido se entiende legalmente permitido.

En ese sentido, esa ausencia de regulación ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en Colombia, como se estudiará en el desarrollo

de esta investigación, máxime cuando nos enfrentamos en este tipo de convenios o pactos de maternidad subrogada, a una posible violación de derechos fundamentales de los niños que nacen en situación de asistencia científica, así como algunas dificultades de tipo legal al momento de nacer, como lo es la filiación.

La maternidad subrogada se ha convertido en una opción a la cual recurren las parejas que no han podido concebir un hijo de forma biológica, ya sea por causas como la infertilidad o esterilidad, así como también, por su decisión de no exponerse al proceso normal de gestación por parte de quien tiene el deseo de ser madre, toda vez que, esta última puede contar con las capacidades económicas para recurrir a esa gestación asistida, mediante un contrato de prestación de servicios de salud de tratamiento de fertilidad y otro de maternidad subrogada; sin embargo, existen algunas posturas que critican esta denominación dada a ese tipo de negocios jurídicos, algunos consideran como un error, llamar a estos servicios alquiler de vientre, argumentando que:

“En este tipo de actividad, como en otros relacionados con las aplicaciones biomédicas en el campo de la reproducción humana hay un cierto abuso del lenguaje y se tienden a utilizar los eufemismos. Bien está tratar de explicar las cosas de modo suave y decoroso, -como define los eufemismos la RAE-, pero es importante no enmascarar el auténtico significado de los hechos que se practican. Lo cierto es que las expresiones “vientres de alquiler”, “maternidad por sustitución” e incluso “gestación subrogada”, que son las usualmente utilizadas,

adolescen de cierta opacidad respecto al hecho al que se refieren. En primer lugar, no se trata de un vientre de alquiler, sino de una “madre de alquiler”, ya que lo que se está haciendo es contratar a una persona en su integridad, no solo su vientre, para que lleve a cabo la gestación que quien la contrata no desea o no puede llevar a cabo. Tampoco parece correcto hablar de “maternidad por sustitución” ya que desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible y o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante). Por último, denominar a esta práctica “gestación por sustitución” es precisamente ocultar la palabra maternidad, lo que resulta inadecuado pues ser madre supone mucho más que gestar y dar a luz un hijo. Por todo ello, parece más adecuado hablar de “madre de alquiler” o “maternidad subrogada”, que es lo que describe mejor los hechos que se llevan a cabo. En la práctica jurídica se denominan “padres comitentes” a los que contratan la gestación y después adoptarán al niño y “madre gestante” o “madre subrogada” a la mujer contratada para llevar a cabo el embarazo. Este tipo de reproducción se presta tanto a su aplicación a las familias biparentales de varón y mujer, como a parejas de homosexuales varones o mujeres, mujer sola o varón solo” (JOUVE DE LA BARREDA, 2017).

Se estudiarán algunos aspectos importantes para esta investigación, como lo son las experiencias de algunos países en los cuales está prohibida la maternidad subrogada, o en aquellos en donde es legalmente permitida, pero como se ha expuesto con anterioridad, existen países en donde es permitida, pero bajo unas

condiciones; sin embargo, no es menos importante destacar que otros como es el caso de Colombia, simplemente no existe reglamentación alguna sobre la materia.

Analizaremos la estructura del contrato de maternidad subrogada desde las disposiciones consagradas en el código civil colombiano, aplicable a este tipo de negocios jurídicos, máxime cuando desde ya, se deja sentado que nos encontramos frente a un contrato de servicios atípico.

En esta investigación se pueden observar algunos inconvenientes que se han generado por la falta de precisiones al momento de realizar los acuerdos entre las partes, para acceder al contrato de maternidad subrogada, sus diferentes formas y vicisitudes propias de estos negocios jurídicos, que llaman la atención desde la esfera jurídica que los envuelve, al tratarse en suma de un procedimiento para traer a este mundo a una nueva persona, quien tiene sus propios derechos, por encima de aquellos que son parte o que intervienen en el procedimiento científico que nos ocupa.

Teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional presentó el Proyecto de Ley Estatutaria 345 de 2023 ante la Cámara “por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia” en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia T- 275 de 2022, mediante la cual se dispuso que, “en los próximos seis meses desde la notificación de esta sentencia, presente ante el Congreso de la República un proyecto de Ley orientado a regular la «maternidad subrogada» en Colombia” es muy oportuno y enriquecedor en esta investigación, el análisis jurídico a cada una de las disposiciones

allí propuestas; toda vez que, no es el primer proyecto de Ley que se presenta en el Congreso Colombiano para regular dicha práctica, y que, no han tenido la fortuna de prosperar en dichos intentos, para así finalmente contar con una postura del Estado frente a la maternidad subrogada, soportada en un marco legislativo claro.

La propuesta legislativa contiene cambios en la forma como se abordará este tipo de prácticas en Colombia, de la cual comúnmente se conoce como vientre de alquiler, del cual estudiaremos cada una de las posturas frente a esa denominación, así como quienes prefieren referirse como maternidad subrogada, de la cual el Gobierno Nacional se aparta, para introducir el concepto de subrogación uterina para la gestación, determinando en suma el tipo de contrato a realizar; es interesante la exposición de motivos del proyecto de Ley, del cual se avisaran debates interesantes al interior del Congreso de la Republica, de lo cual podemos anticipar, que la base todo el documento gira en torno a permitir este tipo de gestación, pero con fines altruistas, alejándose en consecuencia de su prohibición o autorización con fines comerciales o lucrativos.

En ese sentido, se estudiarán diferentes experiencias de otros países, las complicaciones y dificultades que han tenido que soportar, por no contar con una normatividad clara al respecto, e incluso, se recurre al trabajo de campo que se ha realizado a nivel periodístico en Colombia como otras partes del mundo, atendiendo el hermetismo con el que se manejan estos negocios jurídicos y la reserva de la información de quienes participan activamente en estos procedimientos de gestación.

I. LA INSTITUCIÓN DE LA FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

En Colombia, en su artículo 42 la Constitución Política de Colombia prepondera a la familia “como el núcleo fundamental de la sociedad” asignando a estos unos derechos, deberes y obligaciones, además de la protección a cargo del Estado; sin embargo, al ser esta la base de la sociedad, se reconoce que esta es dinámica, permitiendo naturalmente que los conceptos de familia y sus tradicionales formas de constitución hayan evolucionado.

La familia, dice Morgan como se citó en (Engels, 2006):

Es el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical sino cuando se ha modificado radicalmente la familia (p.39).

Si bien la humanidad y las familias han superado distintos estadios en su desarrollo, hoy en día, estas han sido objeto de importantes avances dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en atención a las diferentes necesidades sociales y al respeto por el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo como también, a la forma en la cual ha decidido agruparse o no dentro de una sociedad, con fines de

formar una familia o pertenecer a otra.

A. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE FAMILIA.

Atendiendo el estudio de la familia desde una órbita internacional, debemos referirnos inicialmente a lo dispuesto en diferentes pactos y convenciones ratificadas por Colombia y que son aplicables a la institución de la familia; entre ellas, lo consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, la cual en su artículo 16 determinó:

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. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el 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 (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

En igual sentido, la convención interamericana de derechos humanos precisó que:

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 si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las Leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidad de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La Ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también adopta el concepto de familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad precisando que tiene *per se* derecho a la protección de la sociedad y del Estado en su 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. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos. (Organización de las Naciones Unidas, 1966)

Señala (Benítez, 1997):

La doctrina colombiana, recurrentemente, sostenía que en la Constitución Nacional de 1886 sólo había dos referencias al derecho de familia: una, en el artículo 23, cuando se disponía que nadie podía ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino por orden de autoridad competente y en forma legal; otra, en el artículo 50, que establecía que la Ley determinaría lo relativo al estado civil de las personas y al patrimonio de familia inalienable e inembargable (p.35).

La Real Academia Española define a la familia como “un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas” (Real Academia Española, s.f.) mientras que como se ha citado anteriormente, en Colombia la Constitución Política de 1991 puntualiza que esta es el núcleo fundamental de la sociedad, concepto que puede ser

simplista, atendiendo la importancia de esta institución sociológica y cultural propia del ser humano.

En ese mismo orden, (Zea, 1970) señala que “la familia es la comunidad de personas que viven bajo un mismo techo, vinculadas por lazos de sangre y sometidas a la autoridad del jefe de la familia.” (p.3).

Mediante la Ley 1361 del 2009, en el artículo 2, se determinó que, para efectos de la misma, se entendería la familia como “el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

La Corte mediante sentencia T-292 de 2016 ha dicho qué se entiende por familia detallando que es:

Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos (Corte Constitucional de Colombia, 2016).

En igual sentido, señalada mediante sentencia T- 070 tomando como referencia las sentencias C-271 de 2003 y C-577 de 2011, que:

El concepto de esta institución social puede estudiarse, entre otras, desde dos ópticas, por lo general, complementarias entre sí. La primera, concibiéndola como un conjunto de personas emparentadas por vínculos naturales o jurídicos, unidas por lazos de solidaridad, amor y respeto, y caracterizadas por la unidad de vida o de destino, presupuestos que, en su mayoría, se han mantenido constantes. La segunda, se puede desarrollar en consideración a sus integrantes, desde esta perspectiva el concepto de familia se ha visto permeado por una realidad sociológica cambiante que ha modificado su estructura. En este sentido se ha señalado que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial (Corte Constitucional de Colombia, 2015)

En ese sentido, podemos destacar que el concepto de la familia se va desligando de la tradicional postura, en la cual su formación estaba supeditada al vínculo matrimonial e incluso bajo una idea de parejas conformadas solo entre un hombre y una mujer, estudio que abordaremos más adelante; pero que no está de bulto indicar que, la percepción de familia ha cambiado en nuestros tiempos y se acepta en el ordenamiento jurídico Colombiano, distintas formas de su conformación, producto de los constantes y naturales cambios de la sociedad; sin embargo, no es menos cierto que aún existen posturas clásicas que solo aceptan la conformación de una familia bajo la unión entre un hombre y una mujer.

B. TIPOLOGÍA DE LA FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

Si bien hemos podido observar diferentes posturas frente a la institución de la familia, es necesario destacar también que las mismas no son iguales, tanto por su conformación, como por sus costumbres y determinaciones frente a la sociedad, en ese sentido (Medina Pabón, 2022) refiere:

La familia se perfila en todos los regímenes como una pequeña organización social estable y determinada, propiciada por vínculos afectivos, con autonomía económica y vocación de permanencia, en la que las principales relaciones entre las personas que la conforman quedan detalladamente reguladas y cuyo objetivo es procurar garantizar la subsistencia y bienestar de sus miembros. De materializarse esas premisas, la sociedad, una sumatoria de esas células primarias, será igualmente viable. Independientemente de su nivel cultural, cualquiera reconoce que la fortaleza, calidad y éxito de una sociedad estará en directa proporción a la cantidad de familias que funcionen apropiadamente.

La familia regular (ceñida a la regla) no se confunde con ninguna otra unión personal cooperativa impulsada por las primitivas directrices de la re-producción humana, que serán, como dijimos, situaciones de hecho toleradas cuando no contradicen las normas positivas, pero si las contradicen serán ilícitas y serán perseguidas sus conductas con especial rigor, por involucrar intereses sociales de primordial importancia (p. 29-30).

La Corte Constitucional de Colombia ha indicado mediante Sentencia C-577 de 2011, lo siguiente:

Hasta el momento, la jurisprudencia constitucional relativa al concepto de familia se fundamenta, básicamente, en la interpretación literal del primer inciso del artículo 42 superior y, en lo que hace al matrimonio, se ha sostenido que “el contrayente asume, con conocimiento de causa, las consecuencias que se siguen a la celebración del contrato”, una de las cuales “directamente derivada del texto constitucional es la de que únicamente es admitido en Colombia el matrimonio entre un hombre y una mujer, pues la familia que se acoge por el Constituyente no es otra que la monogámica”

El requisito de heterosexualidad y el carácter monogámico de la unión también presiden la conceptualización de la denominada familia de hecho originada en la convivencia de los miembros de la pareja, quienes no expresan el consentimiento que es esencial en el matrimonio. Claramente la Corte ha señalado que la “unión libre de un hombre y una mujer, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”, debe ser protegida, “pues ella da origen a la institución familiar” y ha enfatizado que, según el artículo 42 superior, la unión marital de hecho es una “unión libre de hombre y mujer”.

Bajo esta cita, se destaca la unión entre las personas con el ánimo de conformar una familia, y es por ese hecho, que merece todo el reconocimiento y protección por

parte del Estado, es por ello que en la misma sentencia precisa la Corte que:

Con apoyo en los anteriores criterios, reiteradamente la Corporación ha afirmado que la Constitución “consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos”, lo que implica el reconocimiento de su diverso origen y de la diferencia entre la unión marital y el matrimonio, fincada en que mientras la primera de las mencionadas formas “corresponde a la voluntad responsable de conformarla sin mediar ningún tipo de formalidad, la segunda exige la existencia del contrato de matrimonio a través del consentimiento libre de los cónyuges.

La interpretación textual del artículo 42 de la Carta indica que la familia sustentada en vínculos jurídicos se funda “en la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”, en tanto que la familia natural se constituye “por la voluntad responsable de conformarla”, de donde se desprende que “la interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577, 2011)

En esta misma sentencia puntualiza:

La doctrina ha puesto de relieve que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede constituir un nuevo núcleo familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudez”, lo que se ha denominado “cadena compleja de transiciones familiares”.

A este fenómeno se ha referido la Corte al indicar que “en su conformación la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros”, de manera que “la fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familia”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577, 2011)

Esta sentencia bajo estudio tiene una gran relevancia en toda la investigación que se aborda, puesto que precisa el dinamismo de los tipos de familia, y que en suma,

las personas pueden experimentar diferentes estadios de su vida en diferentes formas de familia, atendiendo precisamente la autonomía de sus decisiones y el libre desarrollo de la personalidad, sin embargo, ello no quiere decir que no deba ser sujeto responsable de sus actuaciones, es por ello que continúa la Corte señalando que:

El “carácter maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”.

Conforme ha sido expuesto, la interpretación tradicional del artículo 42 de la Carta que ha permitido sostener que la única familia constitucionalmente reconocida es la heterosexual y monogámica consiste en ligar los vínculos jurídicos que le dan origen a la mención “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” y los vínculos naturales a la frase “por la voluntad responsable de conformarla”, de donde surge que solo el matrimonio y la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer son las dos clases de familia que la Constitución protege. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577, 2011)

En ese orden de ideas, bajo la misma fuente jurisprudencial, se analizaron los afectos que surgen entre las personas, situación que no desconoce la Corte constitucional al indicar que:

Los lazos del afecto están presentes en las familias que integran los tíos con sus sobrinos a cargo, los abuelos responsables de sus nietos, la madre o el padre cabeza de familia con sus hijos biológicos o no y, por lo tanto, procede sostener que esos lazos constituyen el común denominador de todo tipo de familia y que, existiendo entre los miembros de la pareja homosexual que conviven con vocación de permanencia, ha de concluirse que estas parejas también forman una familia que, como las demás, es institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y merece la protección de la sociedad misma y del Estado. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577, 2011)

Así las cosas, las parejas pueden conformar una familia, sean o no del mismo sexo, por medio del matrimonio o de la unión marital de hecho siempre y cuando manifiesten su consentimiento de manera libre y se unan con esa disposición de permanencia como lo ha puntualizado la Corte Constitucional, es ya una familia.

Para el derecho colombiano existen 7 tipos de familia los cuales son:

La familia nuclear-tradicional, la monoparental, la homoparental, la ensamblada, la extensa, la de crianza y la unipersonal, los cuales abarcan y cubren a la

mayoría de las formas de familia constituidas en el país, aunque entre algunas existan similitudes, todas son diferentes, pero se les debe garantizar los derechos fundamentales que conllevan, aunque algunas tengan más derechos frente a otras, por las mismas características y sujetos que integran estas familias.

Efectivamente resaltamos las características más importantes de los siete tipos de familia, teniendo en cuenta la investigación realizada por Mahecha Rodríguez, Daniel y Dussan Rivera citada anteriormente, de la siguiente forma:

1. La familia nuclear-tradicional

Es la familia que está compuesta por hombre, mujer e hijos. Al ser la forma de familia más tradicional, no se ha dado mucho desarrollo frente a esta, pero sí ha sido dotada de diferentes garantías constitucionales. Uno de los principales avances que se ha dado, es la igualdad entre los hijos, anteriormente se tenía la concepción de que tenía mayor prevalencia entre los hijos nacidos dentro de un matrimonio que los hijos nacidos fuera de este, diferenciándolos como hijos legítimos e ilegítimos, encontrándose en una situación de completa discriminación y afectando ámbitos de como los de la filiación y los derechos que se desembocan de este. (Mahecha & Dussan, 2020, p. 10-11)

2. La monoparental.

Esta se define como la familia formada por uno solo de los padres (la mayoría de las veces la madre) y sus hijos, como lo menciona la autora Ana Rico de Alonso citado por Bonilla (2016) conceptualizándola como una “familia estructurada sobre la base de la existencia de una sola figura parental, asumida bien sea por un adulto o, en ocasiones, por un menor que cumple sus funciones. (Mahecha & Dussan, 2020, p. 10-11)

3. La homoparental.

Hasta el momento se puede definir que la familia homoparental es “aquella familia en la que el padre, la madre o ambos se reconocen como homosexuales o bisexuales” (Quinche & Ramírez, 2013, p. 16). Citado por (Mahecha & Dussan, 2020, p. 10-11)

4. La ensamblada.

El siguiente tipo de familia en analizar es la Familia Ensamblada, está formada por agregados de dos o más familias (ejemplo: madre sola con hijos se junta con padre viudo con hijos). En este tipo también se incluyen aquellas familias conformadas solamente por hermanos, o por amigos, donde el sentido de la palabra familia no tiene que ver con parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos, convivencia y solidaridad, quienes viven juntos en el mismo espacio. (Mahecha & Dussan, 2020, p. 10-11)

5. La extensa.

La doctrina la denomina como “aquella que está conformada por un modelo en el que, además de los padres y los hijos como grupo exclusivo, incluye otros colaterales y superiores, incluso pudiendo estar formada por varias familias nucleares con vínculos de consanguinidad” (Quinche & Peña, 2013, p. 1). Por ejemplo, esta familia puede estar formada por parientes cuyas relaciones no son únicamente entre padres e hijos, la familia extendida puede incluir abuelos, tíos, primos y otros consanguíneos o afines. La familia extensa actúa como una red social de apoyo, los miembros de la familia se ayudan unos a otros; estas familias tienen un importante papel en la transmisión de valores y tradiciones. (Mahecha & Dussan, 2020, p. 10-11)

6. La de crianza.

La sociedad ha evolucionado tanto, hasta el punto que no se necesita la relación filial ni el parentesco para determinar que en un determinado grupo de personas existe una unidad familiar y por ende una relación familiar, en estos casos es cuando se está frente a la forma de familia de Crianza, una familia que se ha desarrollado por las costumbres y la cotidianidad de los individuos por causa a la generosidad y empatía que nacen de su persona gracias a la humanidad que le entraña al ser humano cuando se relaciona con su símil. Como nos lo manifiesta el doctor Parra (2011), en el artículo de la revista de la Universidad Libre sobre el hijo de crianza en el ordenamiento jurídico colombiano, afirmando que la familia de crianza es aquella que se constituye mediante el desarrollo de

“vínculos de afecto y dependencia con personas con las que no tiene vínculos biológicos derivados por el hecho físico del nacimiento y sin que se haya llevado a cabo el trámite de adopción”(Santos, Arciniegas & urán,2017, p. 33), esta familia fue reconocida constitucionalmente debido al derecho fundamental a tener una familia en favor de los menores de edad, distinguiendo que aquí no se habla por ningún lado de padre o madre, esta se conforma con personas las cuales puede que no se tenga un vínculo consanguíneo o no se encuentre entre las primeras líneas de parentesco. (Mahecha & Dussan, 2020, p. 10-11)

7. La unipersonal.

Por último, tenemos al tipo de familia más reciente que se ha generado, estas son las Familias Unipersonales o solitarias son aquellas que no cuentan con un núcleo familiar, sino que solo consta de una única persona, tiene como características ser personas solteras, viudas, separadas o personas que se constituyen por causas externas a la voluntad de las personas, este tipo de familia se caracteriza por no tener hijos. La Alta Corte en la sentencia C-107-17 determina que la familia unipersonal es una categoría sociológica y demográfica identificable, referida a aquellas personas que deciden conformar su hogar de manera solitaria, hecho suficiente para extenderles la definición constitucional de familia de que trata el artículo 42 de la Constitución Política. (Mahecha & Dussan, 2020, p. 10-11)

Como se observa de la cita anterior, existen diferentes arquetipos de familia que son aceptadas en el ordenamiento jurídico colombiano, y que no podrán limitarse a las anteriormente señaladas como ya se ha indicado, puesto que como se ha puntualizado hasta el momento, estas corresponden a la evolución normal del ser humano; ahora bien, se destaca desde este instante la importancia del estudio de la familia y sus tipos de conformación, puesto que es la base esencial para determinar la necesidad o no, de una regulación a la maternidad subrogada en Colombia.

El trabajo realizado por Mahecha Rodríguez, Daniel y Dussan Rivera conforme las citas señaladas anteriormente, son aceptadas en su totalidad como postura de los autores de esta investigación; sin embargo, esa lista no está limitada o sujeta a las mismas, puesto que simplemente son las que se han identificado por los investigadores, conforme las posturas de las altas cortes en Colombia, tomando como la terminología utilizada para agruparlas bajo el concepto de tipología de la familia.

C. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA POR PARTE DEL ESTADO.

En el desarrollo de esta investigación, se ha realizado una aproximación al concepto de familia y a su vez, las distintas formas de constitución, así como las personas que las integran, generando entonces la necesidad de analizar el deber de protección a la institución de la familia por parte del Estado, considerando de vital importancia dicho estudio; por cuanto, muchas parejas o formas de familia hoy en día, recurren a la maternidad subrogada ante la esperanza de ser padres; anhelo que no

debe ser el único objetivo del contrato suscrito para los tratamientos de fertilidad, el servicio por parte de la gestante subrogada, y demás negocios jurídicos necesarios para la reproducción asistida; sino por el contrario, por la obligación constitucional que tiene el Estado y por tanto, el debe de intervenir directamente en estos procedimientos, así como propender por la protección de quién está por nacer, puesto que el producto de dicho embarazo no se trata de un bien del cual se puede disponer y que por el contrario, requiere de especial atención.

A nivel internacional, debemos señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen que la familia “es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, por lo que es obligación de los Estados parte, aplicar dichos tratados y conceder la más amplia protección y asistencia posible, así como tomar las medidas que aseguren la igualdad y la protección de los hijos.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-070 de 2015 precisa que esa misma corporación mediante sentencia T-523 de 1992, puntualizó sobre la protección de la familia lo siguiente:

“Una de las primeras aproximaciones al tema, elevó a principio constitucional la unidad de la familia, señalando que el Estado, tal como lo ordena la Constitución, tiene el deber de asistir y proteger a los niños, de manera tal, que

se garantice su desarrollo armónico integral, y el ejercicio de sus derechos fundamentales, los cuales son prevalentes. De la misma forma, concluyó que del texto del artículo 42 constitucional se derivan las siguientes características:

(i) No existe un único tipo de familia, sino que en concordancia con el artículo 7 superior, nos encontramos frente a un pluralismo, el cual permite la existencia de diversos tipos de familias. (ii) El constituyente consagró un espacio a la familia de hecho en condiciones de igualdad con otros tipos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta vigente. (iii) Es deber de Estado y de la sociedad garantizar protección integral a la familia. (iv) Uno de los fundamentos esenciales de las relaciones familiares es la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto entre sus integrantes. (v) La armonía y unidad de la familia es destruida cuando se presenta cualquier forma de violencia. (vi) Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. (vii) La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, tiene el deber de asistir y proteger a los niños. (viii) Es función de la familia preparar a las nuevas generaciones así como la formación de la personalidad de los menores. (ix) La familia es el ámbito natural dentro del cual debe cuidarse y prepararse la infancia. (x) Para la efectividad de los derechos constitucionales de los niños, los cuales tienen carácter prevalente, es necesaria la unidad de la familia, como presupuesto indispensable. (xi) Los derechos de los miembros de la familia deben ser compatibles con los intereses generales prevalentes tanto de la institución misma como de la sociedad colombiana que reconoce en ella su núcleo fundamental.

(...)

De lo anterior, es claro para esta Sala de Revisión que la protección constitucional a la familia se extiende tanto a las familias conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad, como a aquellas que surgen de facto, “atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia” donde conceptos como la convivencia, el afecto, la protección, el auxilio y respeto consolidan el núcleo familiar, por lo que el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger a los integrantes de tales familias. (Corte Constitucional Colombiana, 1992)

De acuerdo con el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, la familia puede conformarse por matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, y el Estado y la sociedad deben garantizar su protección integral. También señala el artículo en comento que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.”, proyectando de esta forma el principio de igualdad al núcleo familiar. Esta última consideración en relación con los hijos, cobra especial relevancia cuando se trata de analizar familias conformadas por los hijos procreados por la pareja y los habidos fuera del matrimonio o de la unión marital de hecho.

En igual sentido, la Corte Constitucional mediante sentencia T-606 del 2013, en su parte considerativa realizó un análisis sobre el marco constitucional y desarrollo jurisprudencial sobre protección de los diferentes tipos de familia, de lo cual se

destaca:

La consagración de esta protección constitucional tuvo como punto de partida la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 16, ordinal 3, que consagra el derecho de la familia a la protección de la sociedad y el Estado. Es así como en el proceso de construcción de la Constitución que nos rige se indicó que “tal protección no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia; v. gr. -concubinatos- velando porque la protección en ese caso se extienda a la propia concubina.

Como lo señala la misma sentencia, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que:

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.

La anterior sentencia de la Corte Constitucional refiere la importancia de la protección de la familia, y para ello recurre a lo señalado mediante Sentencia T-292 de 2004:

Para proteger a la institución familiar, la Carta Fundamental de 1991 ha elevado a canon constitucional su unidad como principio esencial. Esta consagración trasciende luego en el derecho prevalente de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, ya que constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos.

Es indispensable advertir que la Corte Constitucional reconoce que la familiar surge por diferentes vínculos, bien sea naturales, jurídicos de hecho o de crianza, precisando que la familia no está estrictamente ligada a lazos de consanguinidad o afinidad legalmente reconocidas, sino también en aquellos casos en donde surge el afecto, producto de la convivencia y la crianza sin que estén dentro de la anterior calificación.

En Colombia, se expidió la Ley 1361 del 2009, la cual en su artículo cuarto dispuso:

ARTÍCULO 4o. DERECHOS. El Estado y la Sociedad deben garantizar a la familia el ejercicio pleno de los siguientes derechos:

1. Derecho a una vida libre de violencia.

2. Derecho a la participación y representación de sus miembros.
3. Derecho a un trabajo digno e ingresos justos.
4. Derecho a la salud plena y a la seguridad social.
5. Derecho a la educación con igualdad de oportunidades, garantizando los derechos a la asequibilidad, adaptabilidad, accesibilidad y aceptabilidad, en condiciones de universalidad, equidad, calidad y gratuidad.
6. Derecho a la recreación, cultura y deporte.
7. Derecho a la honra, dignidad e intimidad.
8. Derecho de igualdad.
9. Derecho a la armonía y unidad.
10. Derecho a recibir protección y asistencia social cuando sus derechos sean vulnerados o amenazados.
11. Derecho a vivir en entornos seguros y dignos.
12. *Derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos.*
13. Derecho a la orientación y asesoría en el afianzamiento de la relación de pareja.
14. Respeto y libertad en la formación de los hijos de acuerdo a sus principios y valores.
15. Derecho al respeto recíproco entre los miembros de la familia.
16. Derecho a la protección del patrimonio familiar.

17. Derecho a una alimentación que supla sus necesidades básicas.
18. Derecho al bienestar físico, mental y emocional.
19. Derecho a recibir apoyo del Estado y la Sociedad para el cuidado y atención de personas adultas mayores.

En ese mismo orden, en su artículo quinto señaló:

ARTÍCULO 5o. DEBERES. Son deberes del Estado y la Sociedad:

1. Promover el fortalecimiento de la familia como núcleo fundamental de la Sociedad, así como la elaboración y puesta en marcha de la Política Nacional de Desarrollo integral de la familia.
2. Garantizar el ejercicio pleno de los derechos de la familia y de sus integrantes.
3. Brindar asistencia social a las familias que se encuentren en estado de indefensión o vulnerabilidad.
4. Dar orientación y asesoría en el afianzamiento de la relación de pareja y las relaciones de familia.
5. Establecer estrategias de promoción y sensibilización de la importancia de la familia para la Sociedad.
6. *Proveer a la familia de los mecanismos eficaces para el ejercicio pleno de sus derechos.*
7. Establecer programas dirigidos a permitir el desarrollo armónico de la familia.

8. Establecer acciones y programas que permitan la generación de ingresos estables para la familia.
9. Generar políticas de inclusión de las familias al Sistema General de Seguridad Social.
10. Las instituciones públicas y privadas que desarrollen programas sociales deberán proporcionar la información y asesoría adecuada a las familias sobre las garantías, derechos y deberes que se consagran en esta Ley para lograr el desarrollo integral de la familia.
11. Promover acciones de articulación de la actividad laboral y la familiar.

Como se puede observar, la familia como elemento esencial del estado, cuenta con diferentes garantías jurídicas para mantener su unidad en todas sus formas, tanto en nuestro ordenamiento jurídico colombiano como en disposiciones de orden internacional ratificadas por Colombia; de manera tal que, todos los miembros de la familia cuentan con una protección especial, principalmente los niños.

El numeral 12 del artículo 4 de la Ley 1361 del 2009 es clara al señalar que, el Estado y la sociedad deben garantizar a la familia el ejercicio pleno del derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, pero como ya se ha visto anteriormente, los distintos tipos de familias y su conformación, es válido preguntarnos, ¿qué medios de protección dispone el Estado para garantizar los

derechos de las familias que quieren tener hijos y no pueden hacerlo por problemas biológicos o no y, que recurren a las maternidad subrogada como una posible solución?

II. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIANO.

La maternidad subrogada se ha convertido en una opción por excelencia para aquellas parejas que desean tener sus hijos y no pueden tenerlo por situaciones médicas o biológicas; de manera tal que, la reproducción asistida desde hace unas décadas ha permitido cumplir con ese anhelado sueño de muchas familias de tener sus propios hijos por medio de la gestación subrogada, todo gracias al avance de la ciencia, específicamente en aquellos campos de la fertilidad y la genética.

Ahora bien, esta práctica ha tenido el apoyo de muchos sectores, pero de igual forma, ha sido criticado por otro tanto, generándose entonces un reto para muchos países al momento de tomar una postura respecto de la maternidad subrogada, por cuanto algunos la prohíben, otros la permiten con algunas limitaciones o solo para determinados fines y, están de igual forma otros países como Colombia en donde no está regulada dicha práctica, pero que de igual forma, al no estar expresamente prohibido, se considera entonces permitido.

Mediante sentencia T-275 del 2022, concluye la Corte Constitucional Colombiana:

Que (i) desde 1998 se han radicado por lo menos dieciséis proyectos de Ley en los que se ha pretendido regular la maternidad subrogada; (ii) todos estos

proyectos han sido de iniciativa congresual; (iii) todas las iniciativas han resultado en archivo, y (iv) ninguno de los proyectos ha hecho referencia a las licencias de paternidad y/o paternidad en el evento de maternidad subrogada.

Esa falta de legislación por parte del Estado colombiano para regular la maternidad subrogada o reproducción asistida, permite que, al momento de acceder a dichos servicios, se vulneren derechos que atentan directamente a la institución de la familia, y de igual forma se ponen en riesgo derechos incluso de orden constitucional tanto de la gestante subrogada y de quien está por nacer, como se estudia en esta investigación.

Como se abordará más adelante, se analizará el proyecto de Ley Estatutaria 345 del 2023, que tiene como finalidad regular la subrogación uterina para la gestación en Colombia, nombre que como se ha dicho, es el que el Gobierno Nacional ha propuesto en el mentado proyecto.

A. CONCEPTO Y TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Es necesario antes de aproximarnos a una definición, tener presente cuál es la actividad que se realiza o el procedimiento para acceder a un servicio como lo es la maternidad subrogada en Colombia, del cual debe existir una claridad frente a dicho concepto, sus alcances y efectos, puesto que el mismo será el reflejo del contrato que

se suscriba con las partes; lo anterior, se destaca por cuanto esta es la denominación más aceptada a nivel internacional, pero que en suma, no significa que en otros países no pueda referirse a dicha práctica de otra forma; por tanto, (Beetar Bechara, 2018) señala que “antes de llegar a ofrecer un concepto del fenómeno jurídico objeto de estudio, se debe aclarar que no es pacífica la discusión de cómo se debe denominar esta figura.” (p.140) y cita necesariamente a (Jouve de la Barrera, 2017) quien se refiere frente a dicha controversia lo siguiente:

Lo cierto es que las expresiones “vientres de alquiler”, “maternidad por sustitución” e incluso “gestación subrogada”, que son las usualmente utilizadas, adolecen de cierta opacidad respecto al hecho al que se refieren. En primer lugar, no se trata de un vientre de alquiler, sino de una “madre de alquiler”, ya que lo que se está haciendo es contratar a una persona en su integridad, no solo su vientre, para que lleve a cabo la gestación que quien la contrata no desea o no puede llevar a cabo. Tampoco parece correcto hablar de “maternidad por sustitución”, ya que desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible, o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante). Por último, denominar a esta práctica “gestación por sustitución” es precisamente ocultar la palabra maternidad, lo que resulta inadecuado, pues ser madre supone mucho más que gestar y dar a luz un hijo. Por todo ello, parece más adecuado hablar de “madre de alquiler” o “maternidad subrogada”, que es lo que describe mejor los hechos que se llevan a cabo.

En ese sentido el doctor Beetar Bechara, para aproximarse a una definición para este tipo de práctica, se remite a lo dicho por Ruiz, quien concluye que:

Se puede definir esta práctica como aquella alternativa dentro de las TRHA³ en virtud de la cual “una mujer gesta a un bebé, previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a la persona o personas que asumirán la paternidad sobre el mismo. (Ruiz, 2013).

Atendiendo la anterior definición, se acentúa el evento en el que la mujer gestante confiere a otras personas o a una en particular, los derechos que se considera puede tener sobre el recién nacido, y es precisamente esa situación la que ha llevado a evaluar necesariamente la maternidad subrogada desde las esferas volitivas de la ciencia, la ética y la legalidad, generando reacciones positivas y negativas por parte de distintos grupos sociales y/o Estados, quienes lo aprueban, también aquellos que la reprochan y de igual manera otros que solo guardan silencio como se observa en Colombia.

Sin embargo, para (Arteta Acosta, 2011), es indispensable tener en cuenta ciertos conceptos para un mejor entendimiento de la maternidad subrogada, por ello cita a (Candal, 2010) así:

³ TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Subrogar significa sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona. Si una mujer puede generar óvulos, pero por deficiencia uterina o física le es imposible gestar, y busca ayuda en otra mujer que “preste su útero”, esta última se convierte en madre portadora, y así ambos progenitores, aportan espermatozoides y óvulos. Pero si la mujer no puede generar óvulos ni puede gestar, y busca a una mujer para que cumpla ambas funciones, esta última se considera madre sustituta, porque ha de aportar óvulos y útero, mientras que el progenitor los espermatozoides.

Ahora bien, en el caso de una pareja infértil, es decir, la mujer que no genera óvulos ni puede gestar, y el hombre es infértil, se puede recurrir a un donante de esperma y a una mujer que permita ser fecundada (artificialmente) y termine el proceso de gestación. Este escenario se denomina embriodonación y puede darse el caso, de la intervención de tres personas en el proceso de gestación: los óvulos de una mujer, el útero de otra y los espermatozoides de un tercero. (p. 91).

En ese mismo artículo (Arteta Acosta, 2011) recurre a lo dicho por (Camacho, 2009) quien señala que “la manipulación de los embriones humanos hace referencia a cualquier clase de intervención, tratamiento o utilización de los embriones con fines procreativos, de diagnóstico, terapéutico o de investigación”.

Ahora bien, (Silva) citado por (Arteta Acosta, 2011) precisa:

Inseminación artificial (IA) es la introducción de espermatozoides dentro de la vagina o el útero de la mujer por medios diferentes a la cópula. Puede realizarse con semen del esposo o del compañero, en caso de pareja estable o con semen de donante. Se denomina “inseminación intracervical” si el material biológico masculino es introducido en el cuello del útero; “inseminación intrauterina” si dicho material es introducido directamente en el interior del útero.

La fecundación in vitro (FIV) es la fecundación realizada en condiciones de laboratorio de un óvulo (previamente extraído quirúrgicamente de la mujer) por un espermatozoide. Los óvulos se obtienen mediante ecografía cuando el folículo de Graaf está próximo a romperse. Una vez fecundados, un cierto número de embriones son trasladados o transferidos al útero, teniendo las condiciones apropiadas para la anidación. Cuando el espermatozoide procede del esposo o compañero se trata de fertilización in vitro homóloga y cuando procede de un donante se entiende como fertilización in vitro heteróloga. (Arteta Acosta, 2011)

En ese sentido, se hace necesario conocer los diferentes tipos de maternidad subrogada; sin embargo, dicho término no es correcto para el equipo de Babygest, por las siguientes razones:

La gestación subrogada, también conocida de manera incorrecta como maternidad subrogada, alquiler de vientres o renta de úteros, es un proceso reproductivo por el que una mujer, la gestante, decide gestar un bebé para ayudar a aquellas personas que no pueden tener hijos de otra manera. Se puede distinguir entre dos tipos de gestación subrogada según la procedencia de los óvulos utilizados durante el tratamiento de reproducción asistida. Así, según el caso, vamos a hablar de gestación subrogada completa o total y de gestación subrogada parcial o tradicional.

Por otro lado, la modalidad comercial y la modalidad altruista se diferencian por el pago que recibe o no la gestante. Por tanto, existen cuatro tipos principales de gestación subrogada (babygest, 2019).

En igual sentido, luego de criticar el concepto de maternidad subrogada, es de vital importancia atender la división que estos últimos realizan, puesto que se considera de vital importancia tener conceptos claros para un mayor entendimiento en esta investigación, puesto que, en el mismo artículo en cita, en atención a las preguntas realizadas por los usuarios, talos como ¿Qué tipos de gestación subrogada existen? Dicho equipo precisa:

Existen dos tipos de gestación subrogada:

La gestación subrogada tradicional, que es aquella en la que la mujer que lleva el embarazo es también la que aporta el óvulo. El tratamiento de elección es la inseminación artificial (IA) en ciclo natural. Las Leyes que regulan este tipo de subrogación son diferentes en cada país. Por ello, es imprescindible consultarlo previamente con un abogado especializado en esta área antes de iniciar cualquier proceso de este tipo.

La gestación subrogada con fecundación in vitro (FIV), que es un proceso en el cual se recurre a una donante de óvulos por un lado y a una gestante subrogada por otro. Una vez la donante ha completado el ciclo de estimulación ovárica y punción, los óvulos extraídos se fecundan con el semen de la pareja (o el semen de ambos en el caso de las parejas gays) en el laboratorio mediante la técnica de la FIV. El embrión se transfiere después al útero de la gestante, quien previamente se ha sometido a un ciclo hormonal para preparar su endometrio. En este caso, el bebé no tiene ningún tipo de relación genética con la gestante. (Trolice, 2019)

Así las cosas, no es de menor importancia otra división por el equipo de especialistas de Babygest, realizan desde un punto de vista económico, puesto que para ellos “también es posible clasificar la gestación subrogada dependiendo de si la gestante recibe o no compensación económica. Así, se distinguen la gestación subrogada altruista y la gestación subrogada con compensación o comercial”.

Según (UNITED STATES, 2017) citado por Molina-Ricaurte, allí se amplía esta clasificación, incluso expone las diferentes situaciones en las cuales se puede presentar la maternidad subrogada:

De acuerdo con la técnica empleada, la maternidad subrogada puede clasificarse en: subrogación genética y subrogación gestacional. La subrogación genética consiste en que una mujer, que no tiene la intención de ser madre, acepta quedar embarazada mediante reproducción asistida utilizando su propio gameto, bajo un acuerdo de subrogación genética (UNITED STATES, 2017). La subrogación gestacional significa que una mujer, que no tiene la intención de ser madre, acepta quedar embarazada mediante reproducción asistida utilizando gametos que no son suyos, bajo un acuerdo de subrogación gestacional (UNITED STATES, 2017).

En ese orden de ideas, se aborda en consecuencia con más detalle los tipos de subrogación, así:

Diremos que si la mujer encargada de gestar el niño se encarga, a la vez, de donar el óvulo, se da la subrogación genética. Pero, si hay una mujer encargada de donar el óvulo y otra mujer es la encargada de gestar el niño, o bien, hay una pareja que, para tener un hijo, organiza la gestación de un embrión producto de un óvulo y de esperma, ambos donados, entonces, estamos frente a la subrogación gestacional. No obstante, puede darse el caso, en que el óvulo y el

esperma sea de la pareja que tiene la intención de tener el hijo, incluso que sólo el espermatozoide sea donado, pero la pareja busca una mujer que gestar el niño. Se puede dar el caso también que una mujer soltera sea la que aporte sus propios óvulos y busque un donante de espermatozoides, y otra mujer sea la que gestar el niño; o el de un hombre soltero que aporte su propio espermatozoide y busque una donante de óvulos, y una mujer que gestar el niño por el período de gestación. O, tratándose de las parejas del mismo sexo, donde uno de sus miembros aporta su propio material genético y buscan un(a) donante, o ya cuentan con un embrión, y comisionan a una mujer para gestar el niño; en todos esos casos podemos hablar también de maternidad subrogada. Ciertamente es que, para comienzos de los 1990, no se consideraban todos los supuestos de la maternidad subrogada, seguramente, porque no era vista como una opción para parejas, incluso para personas solas, que pudieran aportar su propio material genético para tener un hijo por medio de una madre sustituta. (Ricaurte, 2022)

En ese sentido, recurrimos a las distintas formas en que se conforman las familias hoy en día, situación que no es exclusiva en Colombia, puesto que hace parte de los retos y dinámica mundial de la sociedad, en la cual se acepta a manera de ejemplo en muchos países, las parejas del mismo sexo y la conformación de familias unipersonales, quienes posteriormente han sentido el deseo de engendrar a sus propios hijos, recurren a la maternidad subrogada.

El avance de la ciencia y las tecnologías, esta última de vital importancia

gracias a la globalización por el uso de las mismas y, ha permitido que exista mayor facilidad de obtener mayor información sobre los temas que nos cusan interés, es por ello que en la actualidad, se haya despertado un alto interés en recurrir a la gestación subrogada, en donde incluso se permite conocer por medio de las redes sociales y el internet, información de los países en donde es permitida, generando por tanto, la visita de muchos turistas que esencialmente buscan acceder a dichos servicios como veremos a continuación, no sin antes señalar, que es muy escasa la publicación de las condiciones contractuales y negocios en los cuales giran estas prácticas, lo que en primera instancia refleja una incertidumbre jurídica para las partes y para quien esté por nacer.

B. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ALGUNOS PAISES DEL MUNDO.

Atendiendo las anteriores clasificaciones, debemos observar de manera general, cómo algunos países abordan la maternidad subrogada y/o vientre de alquiler si acepta en parte ese término para efectos de esta investigación, e incluso, cómo ha sido la experiencia de aquellos que, siendo federalistas, solo algunos Estados son quienes regulan esta práctica como a continuación se expone:

1. MÉXICO

Es necesario precisar que este país es de corte federal, y producto de lo investigado, fue indispensable traerlo a colación por sus características internas frente

a la subrogación bajo estudio, así que destacamos lo siguiente:

La maternidad sustituta en México Actualmente sólo dos estados de la república mexicana permiten los contratos de maternidad subrogada: Tabasco (1997) y Sinaloa (2013); otros más, como Coahuila (1999), San Luis Potosí (2000) y Querétaro (2008) lo tienen legislado en sentido prohibitivo. El resto de las entidades federativas carece de lineamientos jurídicos respecto del tema, lo cual genera un campo propicio para la desinformación y realización de esta modalidad reproductiva. La problemática presentada da cuenta de ello al evidenciar que clínicas en Puerto Vallarta y Guadalajara, Jalisco, donde no existe regulación, llevaron a cabo transferencia de gametos a una gestante sustituta. Si bien sólo Tabasco y Sinaloa han legislado al respecto, sus Leyes no se respetan del todo, aunado a que la legislación vigente presenta ausencia de protección y cuidado hacia la mujer gestante (*Tabla 1*). (Callejas Arreguin, 2021)

| <i>Tabasco</i> | <i>Sinaloa</i> |
|--|----------------|
| Permitida a ciudadanos mexicanos unidos en matrimonio o concubinato, que acrediten por certificado médico imposibilidad para la gestación Secretaría de Salud controla y vigila proceso de gestación Permite gestación homóloga y heteróloga Mujer gestante en edad de 25 a 35 años | |

| Mujer gestante puede donar óvulo | |
|---|--|
| <p>Permite hasta tres prácticas reproductivas a mujer gestante.</p> <p>No específica sobre onerosa o altruista.</p> <p>No especifica que debe tener hijos biológicos mujer gestante.</p> <p>Denominaciones: Madre gestante sustituta (si sólo gesta) Madre subrogada (si donó óvulo y además gesta).</p> <p>Acuerdo de gestación ante notario, firmado por los involucrados.</p> <p>Se turna a juez</p> | <p>Permite hasta dos prácticas reproductivas a mujer gestante.</p> <p>Permite maternidad onerosa y altruista.</p> <p>Mujer gestante debe ser madre de al menos un hijo biológico sano.</p> <p>Denominaciones: Madres subrogadas gestantes (aplica dicho término en general a mujer gestante done o no el óvulo).</p> <p>Acuerdo de gestación ante notario firmado por todos los involucrados, incluyendo al director de la clínica. Dentro de las 24 horas siguientes a la</p> |

| | |
|--|--|
| <p>competente para aprobación (juicio no contencioso), una vez aprobado, se turna a Secretaría de Salud y Registro Civil de la entidad para inscripción y reconocimiento de derechos de filiación.</p> <p>En caso de madre subrogada, realizar además trámite de adopción.</p> <p>Los solicitantes contratan seguro médico a favor de la mujer gestante.</p> | <p>firma, debe notificarse al Registro Civil de la entidad, para que opere filiación del menor a favor de solicitantes.</p> <p>No especifica otro procedimiento para caso de que gestante haya donado el óvulo.</p> <p>Derecho a reclamar vía judicial pago de gastos por daños a la salud de la mujer gestante.</p> |
|--|--|

Tabla 1.”

En ese orden de ideas, se evidencia que solo en México al ser un país federativo como se indicó, solo en alguno de sus Estados está permitida la maternidad subrogada, en otros está expresamente prohibida y en otro grupo se pueden clasificar aquellos en donde simplemente no se ha regulado el tema; esta última postura puede generar la creencia que, al no estar declarada como indebida,

las personas puedan interpretar ese silencio como permisivo, quedando de igual forma en el ambiente los posibles inconvenientes legales a quienes participen de la maternidad subrogada.

Ahora bien, para quienes estén interesados en recurrir a la maternidad subrogada y programas de asistencia genética en México, cuentan con una ventaja, y es que, de cumplirse con los requisitos establecidos en dicho estado en donde se permite la subrogación uterina, no sería necesario salir del país para tener acceso a la misma, como si ocurre en algunos países en donde los ciudadanos que estén interesados en estas prácticas, deben desplazarse a otros con esa finalidad, puesto que en el suyo está expresamente prohibido, como también puede suceder que no existan los profesionales y acompañamiento científico que ofrezca esa posibilidad.

2. ESPAÑA

En España, como lo destaca Laura Fernández Echegaray respecto de la maternidad subrogada, señala:

A través del artículo 1029 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) se declara nulo de pleno derecho cualquier acuerdo de gestación por sustitución, ya sea a cambio de precio o sin él. En base a lo anterior, en caso de llegar a celebrarse el contrato se va a producir un efecto jurídico “rebote” puesto que, por un lado, la mujer contratante que buscaba

convertirse en madre legal no será considerada como tal y, al tiempo, la gestante, quien en ningún momento deseó ser madre, va a ser finalmente determinada. La anterior regla no hace más que respetar la ordinaria aplicación de las normas de determinación de la filiación materna vigentes en nuestro sistema. La máxima de Derecho romano “mater semper certa est” sigue presente en nuestro ordenamiento y determina que la mujer que desarrolla un embarazo y posterior parto será en todo caso la madre oficial del bebé. Con independencia de estas reglas generales, el legislador se ocupó de tratar este tema de forma específica a través del artículo 10.2 LTRHA. Proceda de donde proceda el óvulo fecundado, la mujer que gesta y da a luz al niño nacido por gestación por sustitución será la madre legalmente determinada. Por tanto, el ordenamiento jurídico español no distingue ni valora el origen del gameto femenino utilizado para la procreación. La regla relativa a la filiación materna en España descansa únicamente sobre la verdad biológica, que no genética, ni mucho menos volitiva. En realidad, a lo que atiende el legislador es a la verdad gestacional. (Echegaray, 2020)

En el mismo artículo indica la autora que:

Por lo que respecta a la filiación paterna, el artículo 10.3 LTRHA establece que “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Es decir, el varón cuyo esperma fue utilizado para la fecundación del embrión implantado en la gestante

podrá reclamar la paternidad con independencia de haber sido parte o no en el contrato de gestación subrogada. En conclusión, en España, el niño nacido a raíz de la suscripción de un contrato de gestación subrogada será considerado legalmente como hijo de la mujer contratada para gestar al niño y, a su vez, podrá ser determinado como padre el varón que ejercite con éxito una acción judicial de reclamación de paternidad. (Echegaray, 2020)

VICENTE BELLVER CAPELLA pone de presenta una situación que genera inconvenientes legales y de aplicación en el sistema Español, al puntualizar:

Desde hace años España vive una anómala situación con respecto a la maternidad subrogada. En 2010 la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) dictó una Instrucción para que los bebés nacidos fuera de España como resultado de contratos de gestación por sustitución pudieran ser registrados como hijos de los comitentes o padres de intención. A ojos de muchos esa Instrucción no se compadecía con lo dispuesto sobre esta materia por el Derecho español, que en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) de 2006 establece: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. En todo caso, a partir de esa fecha fue creciendo el número de personas que recurrían a una mujer en el extranjero para que les gestara el hijo

que querían tener. Este estado de cosas sufrió una convulsión cuando en 2014 el Tribunal Supremo dictó una sentencia que no reconocía la filiación a favor de los comitentes que habían recurrido a la maternidad subrogada en el extranjero. Pocos meses después de esa sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaba otra sobre esta materia por la que obligaba a Francia, donde está prohibida la maternidad subrogada, a inscribir la filiación de unos niños obtenidos mediante esta práctica en el extranjero a favor de sus comitentes. Entendía el Tribunal de Estrasburgo que, al no haberlo hecho Francia en su momento, había violado el derecho de esos niños a la vida privada y familiar. Por si la situación no estaba suficientemente enmarañada, en enero de 2017 la Gran Sala del TEDH dictó una sentencia en la que revocaba una dictada anteriormente, y daba la razón a Italia por haber retirado la patria potestad a un matrimonio italiano que había conseguido un niño mediante maternidad subrogada en el extranjero.

Pocos meses después de esa sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaba otra sobre esta materia por la que obligaba a Francia, donde está prohibida la maternidad subrogada, a inscribir la filiación de unos niños obtenidos mediante esta práctica en el extranjero a favor de sus comitentes. Entendía el Tribunal de Estrasburgo que, al no haberlo hecho Francia en su momento, había violado el derecho de esos niños a la vida privada y familiar. Por si la situación no estaba suficientemente enmarañada, en enero de 2017 la Gran Sala del TEDH dictó una sentencia en la que revocaba una dictada

anteriormente, y daba la razón a Italia por haber retirado la patria potestad a un matrimonio italiano que había conseguido un niño mediante maternidad subrogada en el extranjero.

Desde que se dictó la sentencia del TS en 2014 hasta el momento presente, la situación no puede más que calificarse como irregular y caótica. Irregular porque la DGRD sigue inscribiendo las filiaciones de los niños obtenidos mediante gestación por sustitución en el extranjero a favor de los comitentes, a pesar de que el TS ha dejado claro que esos contratos son nulos y no pueden generar ese tipo de efectos. Es decir, un órgano de la Administración del Estado está actuando contra la legalidad vigente, tal como la interpreta el TS. En consecuencia, la situación es también caótica porque al mismo tiempo que se siguen celebrando esos contratos, como si fueran conformes a Derecho, y las agencias que intermedian en ellos anuncian sus servicios en la web y en las ferias, se demanda una regulación que ponga orden a esta situación. La misma Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016 se hacía eco de ello: “En cuanto a las inscripciones de nacimiento de menores nacidos mediante gestación por sustitución, se mantiene la misma situación que en los años anteriores”. (Bellver Capella, 2017)

Además, BELLVER CAPELLA resalta en su escrito a modo de conclusión, que se ha propuesto en España, como solución equilibrada para resolver el problema de las personas que quieren ser padres/madres y no pueden gestar, regular la

maternidad subrogada altruista.

Si damos por supuesto que la maternidad subrogada altruista no tiene por qué ser contraria a la dignidad de la gestante ni al interés superior del niño (cosa que, como he dicho, está por demostrar), deberemos estudiar cómo regularla para que no lesione ningún derecho de las partes afectadas. En lo que sigue, voy a referirme a seis⁴ dificultades para alcanzar esa regulación idónea de difícil o imposible solución. Para ello me serviré de las propuestas reguladoras tanto de la Iniciativa Legislativa Popular lanzada por la Asociación por la Gestación Subrogada en España (ILP-AGSE) como del Documento sobre Gestación subrogada de la Sociedad Española de Fertilidad (DGS-SEF)⁵. (Bellver Capella, 2017)

En ese sentido, podemos advertir que, en el sistema español, aceptar la propuesta de regular una gestación con fines altruistas, tiene sus dificultades, atendiendo los diferentes sectores que estén en favor o no de este tipo de prácticas, lo cual no puede dejarse de lado, que es una posibilidad actual a la que pueden recurrir las personas que deseen ser padres sin tener que apelar a la adopción.

⁴ 1. ¿Quién y en qué condiciones decide sobre el aborto de un bebé gestado por sustitución? 2. ¿De quién es el niño durante el embarazo? ¿Cabe el derecho de la gestante a arrepentirse? 3. Sobre si la gestante debería ser una familiar o persona no vinculada, o resulta indiferente. 4. El problema de las compensaciones resarcitorias. 5. El problema de la demanda insatisfecha y el riesgo de la pendiente resbaladiza. 6. Dos presupuestos que no sirven para sostener la maternidad subrogada altruista,

⁵ *Ibidem*.

En España respecto de la maternidad subrogada existe un caso muy citado conocido como el caso Valenciano, el cual es indispensable resaltar con precisión en esta investigación, puesto que son aquellas experiencias de otros países las que pueden orientar en parte, la postura que pueda tomar el Estado Colombiano, con fines de regular maternidad subrogada, es por ello que ANA BEORLEGUI LOPERENA refiere:

La Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN supuso una novedad muy importante respecto a la problemática anteriormente mencionada relativa a las parejas que, al llegar a España, no podían inscribir a los hijos obtenidos mediante maternidad subrogada, en países que si permitían su práctica, un ejemplo claro sobre el tema es el ya conocidísimo caso VALENCIANO⁶ en relación con la paternidad atribuida en California a un matrimonio español formado por dos varones que a través de un contrato de alquiler de útero llegaron a un acuerdo con una mujer californiana que les “alquiló” su útero y fue inseminada con el semen de los dos hombres españoles y con óvulos donados por otra mujer. (Beorlegui Loperena, 2014)

Así las cosas, podemos observar que, las diferentes formas de familia e incluso las parejas del mismo sexo, tienden a recurrir a la maternidad subrogada en los países en donde está permitida; sin embargo, no se percatan en su

⁶ Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia. Sentencia núm. 193/2010 de 15 septiembre. AC 2010\1707.

momento, de la forma como van a ingresar estos menores a su país de origen, como ocurrió el caso referido puesto que:

Los bebés figuraban en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades americanas como hijos de estos dos hombres y ni siquiera aparecía el nombre de la “madre de alquiler”. La documentación aportada junto a los certificados de nacimiento de los menores, la constituía los certificados de nacimiento de los promotores y libro de familia de los interesados, con inscripción matrimonial del año 2005. El Consulado de España en los Ángeles denegó la inscripción de los bebés como hijos de esta pareja de valencianos, casados tras la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que permite contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. El Consulado argumentó su negativa por la “categórica prohibición” de la maternidad subrogada en la legislación española. (Beorlegui Loperena, 2014)

Así las cosas, se advierte que en España se encontraba permitido el matrimonio entre parejas del mismo sexo, y en consecuencia, ante ese derecho de conformar una familia de esta forma, no se puede confundir, con la prohibición de la maternidad subrogada, lo cual ha generado debates y posturas desde la órbita administrativa, legal y judicial, es por ellos que se continúa detallando sobre lo citado previamente, que:

A juicio del Consulado, procedía la inscripción solo a favor de uno de los hombres y, en todo caso, tramitar una adopción por el cónyuge, algo a lo que los interesados se negaban porque, según ellos, el proceso de adopción lleva su tiempo y en el intervalo podría haberse dado situaciones como separación de los cónyuges, muerte del padre inscrito como biológico etc, que amenazara la relación del otro con los niños, como por ejemplo que los abuelos se negaran a facilitarle las visitas, rebajando su protección. Además, ellos alegaban que los bebés eran hijos de los dos por igual. El Ministerio de Justicia revocó esta decisión estimando un recurso promovido por el matrimonio gay. Son varios los argumentos en los que se basó para estimar la pretensión. (Beorlegui Loperena, 2014)

Este caso ocurrido en España, atrae toda nuestra atención, por considerar que es de vital importancia para los intereses y resultados de esta investigación; por cuanto, allí se determinó el alcance de los documentos públicos emitidos en otros países por sus homólogos, respecto de la actividad registral y/o como lo conocemos en Colombia, la expedición del registro civil, es por ello que allí se resolvió:

La DGRN pone de relieve que nada impide en la legislación registral realizar la inscripción de conformidad con el artículo 81 RRC. El control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro Civil Español no exige que éstas sean decisiones “idénticas” a las que se adoptarían en España,

sino documentos públicos adoptados por una autoridad competente que desempeñe “funciones equivalentes” a las de las autoridades registrales españolas (en este caso particular, constatación de nacimiento y filiación del nacido), y que no produzcan efectos contrarios al orden público internacional español.

Además la certificación registral californiana constituye una “auténtica decisión” que no vulnera el orden público internacional ni lesiona principios jurídicos básicos del derecho español, ya que se admite la filiación entre varones o entre dos mujeres en caso de adopción, porque en España está prohibida la discriminación por razón de sexo, tal y como establece el artículo 14 de la CE sin que quepa distinguir de esta forma entre hijos adoptados e hijos naturales, siendo ambos iguales ante la Ley. (Beorlegui Loperena, 2014)

En igual sentido, las autoridades Españolas competentes en este caso, recurrieron a las mismas disposiciones del derecho internacional, para abordar y resolver de la mejor manera el objeto del litigio, máxime cuando, al estar prohibida la práctica de la subrogación materna en dicho país, en nada se oponía a esta práctica de los españoles en otros países, en donde sí es permitido; esta decisión, afecta en primera medida los derechos del menor, quien es objeto de especial protección a nivel internacional y en segundo lugar, el de las personas que libremente consideraron esa opción para ser padres; sin embargo, en el desarrollo de la decisión en estudio, se precisó que:

No permitir que la filiación de los nacidos constase a favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, de acuerdo también con el ya mencionado artículo 14 de la CE, puesto que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres. De conformidad a este último, “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. La Resolución citada sostiene también que, el interés superior del menor reconocido por el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York en 1989, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres. Y en este sentido, se alega su derecho a una “identidad única” que se traduce en “una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que decidan cruzar las fronteras”. Ambas cosas quedarían garantizadas precisamente procediendo a la inscripción en nuestro Registro Civil de la certificación registral californiana. (Beorlegui Loperena, 2014)

Luego de un análisis en primer lugar sobre la legalidad o no de la maternidad subrogada en España, la filiación, el registro de los menores y toda una relación normativa propia del derecho civil personas, se finiquita el asunto

en los siguientes términos:

Al respecto la Resolución concluye que a pesar de que los contratos de gestación por sustitución están prohibidos expresamente en España, ello “no es aplicable a este caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera pueda acceder al Registro Civil Español con los mismos efectos”. Afirma que “estos menores nacido en California ostentan la nacionalidad española, porque según el artículo 17.1 del Código Civil español, son, españoles de origen los nacidos de español o española” señalando que “el citado precepto se refiere a los nacidos de padre o madre españoles y no a los hijos de padre o madre españoles”. Por tanto, el precepto no exige que haya quedado “determinado legalmente” la filiación. Es suficiente que quede acreditado el “hecho físico de la generación”. Por ello, para considerar “nacido” de español a un individuo, basta con que consten “indicios racionales de su generación física por progenitor español”.

Así las cosas, resulta interesante el caso referido y la solución al conflicto que se presentó al momento de la filiación, puesto que si bien, en el sistema jurídico que rige en España está prohibida la maternidad subrogada, ello no impide que los españoles puedan recurrir a otros países y/o estados en donde esté permitido este tipo de gestación, para luego volver con sus hijos a territorio español.

Todo lo puntualizado con anterioridad, llama la atención, como aporte en experiencia para aquellos países que pretenden regular la maternidad subrogada, para prever este tipo de situaciones que impactan no solo la parte legal, sino el actuar de las autoridades administrativas y judiciales ante este tipo de discrepancias que desde ya, de no estar reguladas, se escapan al imaginario de quienes suscriben los contratos de subrogación uterina para la gestación.

3. UCRANIA

Es uno de los países en donde se encuentra regulada y permitida la maternidad subrogada, conforme ÁVILA HERNÁNDEZ quien nos señala que:

Ucrania es quizás el país más liberado en esta materia, pues su CC sostiene, bajo el título «el derecho a la vida», cuyas disposiciones se refieren a cualquier persona física sin importar su nacionalidad, que «una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas y en los términos y según el procedimiento prescrito por la Ley» (artículo 281.7). Al no prohibir la maternidad subrogada comercial, y establecer el principio de libertad contractual como base de la legislación civil, se considera la misma completamente legal.

A la hora de determinar la filiación, su Código de Familia dispone que (artículo 132.2) «si un embrión concebido por los cónyuges (un hombre y una mujer) por

medio de técnicas de reproducción asistida se ha transferido al cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán el matrimonio», impidiendo a su vez, la posibilidad de que la gestante reclame la filiación respecto del nacido con material genético de los comitentes. Por medio de aquella redacción, impide que matrimonios homosexuales, casados bajo una jurisdicción que lo permite, puedan ser comitentes. (Ávila Hernández, 2017)

Como se observa, si bien la maternidad sustituida como algunos lo llaman, está permitida, no es menos cierto precisar que existen algunas restricciones, como es el caso de las parejas del mismo sexo, quienes técnicamente, sería uno solo de ellos quien aportaría, bien sea los espermatozoides o el óvulo, para luego dentro del proceso científico se materialice subrogación materna.

Siguiendo con los comitentes, la pareja ha de estar casada, y han de ser incapaces de concebir, o de llevar un embarazo, o de dar a luz de forma natural. Además, para ser registrados como padres legales, deben presentar ante el registro, un certificado que determine que el material genético utilizado pertenece al menos, a uno de ellos, hecho que supone un requisito legal para reconocer la filiación.

En cuanto a la gestante, ha de ser adulta, competente, haber tenido mínimo un hijo propio y sano, buena salud, y sin contraindicaciones médicas. Por otro lado, debe otorgar consentimiento. (Ávila Hernández, 2017)

Una vez surge la pandemia a nivel mundial desde el año 2020, producto del COVID 19, se presentó una situación especial en Ucrania, respecto de los bebés que fueron nacidos en este país, producto de servicios de maternidad subrogada, puesto que si bien la pandemia en cita generó la paralización del mundo entero por un lapso de tiempo, provocando entre miles de perjuicios, la falta de transporte, lo que ha llamado la atención a nivel mundial, por la incertidumbre jurídica que se presentó con los recién nacidos y demás partes intervinientes, toda vez que se conoció del caso en que muchos se quedaron esperando a sus padres:

Los bebés nacidos por gestación subrogada varados en un hotel en Ucrania. Las imágenes de decenas de bebés en una pequeña sala en Kiev, la capital de Ucrania, causa conmoción en el país. No están en un orfanato ni en la sala de recién nacidos de un hospital, sino en el cuarto de un hotel. Dados a luz por madres que gestan a las criaturas para terceros en el Centro de Reproducción Humana BioTexCom de la capital ucraniana, todos estos bebés tienen a sus padres en otros países y continentes.

Pero las estrictas medidas de confinamiento impuestas en gran parte del mundo han dejado a muchos infantes en Ucrania sin el cuidado parental que tendrían si

la crisis sanitaria nunca hubiera pasado. "Llegamos a esta situación porque nuestras fronteras están cerradas y el ministro (ucraniano) de Relaciones Exteriores decidió no permitirle la entrada a extranjeros a Ucrania, ni siquiera a los que tienen un bebé nacido aquí", le dice a la BBC Denis Herman, abogado del centro clínico. (BBC NEWS MUNDO, 2020)

Con el recrudecimiento de la guerra que se libra entre Ucrania y Rusia, el ejercicio de la maternidad subrogada ha sufrido las inclemencias de la guerra, y ha desatado toda una situación de incertidumbre legal y contractual; toda vez que, como si no fueran pocos los estragos generados por la pandemia, el diario The New York Times a inicios del 2022, documentó que "Diecinueve bebés nacidos por gestación subrogada estaban en un sótano de Kiev al cuidado de niñeras", precisando dicho diario que "Las condiciones de la guerra dejan en situación incierta a los recién nacidos, cuyos padres no pueden ir a recogerlos. Las madres gestantes cuya fecha de parto se acerca también enfrentan dificultades", además de dicha noticia, destacaremos lo siguiente:

KIEV, Ucrania — Bajando una escalera polvorienta, escondida del estruendo de los bombardeos que se ha convertido en el sonido ambiental de la capital de Ucrania, Ludmila Yashenko atiende a los bebés. Son 19 infantes que duermen o gorjean en cunas prolijamente arregladas y regularmente son alimentados con fórmula para bebés. (...) En Ucrania, la muerte y la destrucción están fuera de control, pero en este sótano hay nuevas vidas. Aunque con ellas también vienen

nuevos problemas. Los bebés nacieron de madres subrogadas y sus padres biológicos todavía no pueden ingresar al país. Debido a la guerra, la ciudadanía de los recién nacidos no está clara, al igual que la cuestión de quiénes son sus tutores legales, ya que, según la Ley ucraniana, sus padres biológicos deben estar presentes para confirmar su nacionalidad. También está la cuestión de si es posible llevarlos a un lugar seguro y cómo hacerlo. En otros lugares, las futuras madres subrogadas están atrapadas por los combates. Las parejas en el extranjero no tienen idea de cómo recogerán a sus bebés. Una agente que sirve de enlace a quienes quieren ser padres con mujeres ucranianas salió a toda prisa de Kiev con dos de los recién nacidos de sus clientes. (The New York Times, 2022)

Como se ha documentado, no han sido suficientes los problemas generados por la pandemia mundial de nuestros días, sino por el contrario, en este caso en cita, se observa que se trata de varios los menores de edad que nacieron por la práctica de la maternidad subrogada y que tuvieron que padecer difíciles situaciones, al tener que soportar una guerra cruenta entre Ucrania y Rusia, lo que ha generado problemas de comunicación y transporte entre otros, producto de bombardeos y ataques, provocando situaciones más complejas para quienes hacen parte de ese contrato de maternidad por medio de asistencia científica y de quienes participan en ello.

En el sótano de Kiev, Yashenko y las otras niñeras cuidan de los bebés, aunque cada vez están más preocupadas por la guerra que se libra tan cerca. “Por supuesto que no podemos abandonar a los bebés”, dijo Yashenko, de 51 años. Su esposo y sus dos hijos, los tres soldados del ejército de Ucrania, le han dicho que debe salir de Kiev. “Quieren que me vaya, pero no puedo abandonar a mis compañeras, no puedo abandonar mi trabajo, no puedo abandonar a estos bebés”, comentó. “Me quedaré aquí hasta que todo vuelva a estar en su sitio”. Ucrania es uno de los pocos países que ofrecen servicios de maternidad subrogada a extranjeros. Según algunos cálculos, esta industria ucraniana es la más grande del mundo en su tipo; los abogados involucrados en este negocio dicen que actualmente hay unas 500 mujeres en Ucrania con embarazos subrogados para clientes extranjeros. Parejas de Estados Unidos, Europa, América del Sur y China que no pueden tener hijos por su cuenta han recurrido a Ucrania. Los defensores de esta práctica dicen que la subrogación es segura y proporciona un servicio insustituible para esas parejas. (The New York Times, 2022).

Debe señalarse que no solo es una situación difícil para aquellos que nacieron en estas circunstancias, sino también, las circunstancias de tipo contractual que se ponen en riesgo frente a todos los negocios jurídicos que surgieron entre las empresas que ofrecen estos servicios y las personas parte, destacando además las condiciones y vicisitudes que deben enfrentar aquellas mujeres subrogantes que estaban embarazadas al inicio de la guerra en mención,

así como la incertidumbre generada para aquellos padres extranjeros que recurrieron a dicha práctica, con el anhelo de ser padres, puesto que de una u otra forma, sus hijos también estaría en riesgo por razones de la guerra en mención; es por ello que, en esta investigación, se hace necesario analizar y poner a disposición del lector, el estudio de las circunstancias que giran alrededor de contratos que se generan en Colombia para la maternidad subrogada, y de esa forma, tener las bases y el entendimiento de cómo se abordan situaciones como las expuestas, con independencia del caso fortuito o fuerza mayor.

Este negocio ha prosperado en Ucrania sobre todo por la pobreza. En ese país, las madres subrogadas generalmente ganan alrededor de 15.000 dólares por niño. Ucrania no permite la gestación subrogada para parejas del mismo sexo ni para parejas que desean elegir el sexo de su hijo. Catorce empresas ofrecen este servicio en Ucrania, entre ellas BioTexCom, la más grande, responsable de la guardería subterránea en Kiev. Albert Tochylovsky, propietario de BioTexCom, dijo en una entrevista que se había enfrentado a una decisión difícil respecto al establecimiento de la guardería en el sótano. Comentó que la otra opción habría sido trasladar a unas 40 mujeres que estaban a punto de dar a luz a través de Ucrania durante los combates. Tochylovsky prometió cuidar a los bebés. Pero Tochylovsky también estaba preocupado por la decisión que tomó. “Tal vez fue la decisión equivocada”, dijo. Aseguró que cerrará la guardería del sótano y tratará de evacuar a los bebés si la situación empeora.

Algunas personas que se dedican a este negocio ya han huido con algunos bebés, aunque las implicaciones legales de hacerlo no están claras. Svitlana Burkovsa, que ha trabajado como agente que organiza servicios de subrogación, dijo que llevó a dos recién nacidos a Úzhhorod, una ciudad situada en el oeste de Ucrania cerca de la frontera con Eslovaquia. “Los bebés están bien”, señaló. “Yo los cuido muy bien con la ayuda de una niñera que contraté. Ahora no tengo más remedio que cuidarlos”. Los clientes son dos parejas en China. Burkovsa también monitorea a dos mujeres con embarazos subrogados que fueron contratadas por otros clientes. Dijo que las fechas de sus partos se acercan, pero las mujeres están atrapadas no muy lejos de Kiev. Burkovsa intenta trasladarlas a una maternidad en el oeste de Ucrania para que den a luz ahí. Por lo general, el negocio de la gestación subrogada en el extranjero depende de una cuidadosa coordinación de servicios legales y de viaje que en estos momentos se han interrumpido por la guerra”. (The New York Times, 2022)

Como se registra en entrevistas realizadas para el mismo diario, en esa misma publicación, se consignaron algunas de las realizadas con algunas mujeres gestantes por subrogación, quienes enfrentan situaciones complicadas por su condición, y el impacto que pueden tener sus decisiones:

“Anna, una futura madre subrogada que, como otras citadas, habló con la condición de que solo se usara su nombre de pila, no se ha ido de Kiev porque

su esposo se alistó como soldado voluntario y quiere estar cerca de él. Además, cuida a su propio hijo, comentó por teléfono. “Realmente no quiero abandonarlo, pero tengo que salvar dos vidas: una que está dentro de mí y la otra de mi hijo de 9 años que está por ahí correteando” en el apartamento, añadió. Contó que los padres biológicos del bebé que lleva en su vientre son de China. Aunque tienen interés en su seguridad, ahora ellos no pueden tomar las decisiones sobre la movilización de ella. “Espero que la guerra termine para cuando tenga que dar a luz”, expresó. (The New York Times, 2022)

Rescatamos la importancia del trabajo de campo que realizó el diario en cita, puesto que en tiempo de guerra como los que viven Ucrania y Rusia, el acceso y comunicación es limitada, así como también el riesgo que corren las personas que en ellas participan, es por ello que allí entre algunas solicitudes se llama la atención de la solicitud de reserva de su identidad generando entonces una referencia que no corresponde a sus nombres reales.

Ania, de 26 años, que tiene dos hijos propios, está embarazada como madre subrogada por segunda vez. La primera vez, el bebé no pudo ser recogido inmediatamente por los clientes debido a las restricciones de viaje por COVID-19. “No tengo suerte”, dijo. Ahora está embarazada de 31 semanas de gemelos y vive cerca de Leópolis tras huir de Kamianské, en el centro de Ucrania. Sus clientes, dijo, quieren que se traslade a Europa Occidental. Pero tiene miedo de hacerlo, porque podría tener que registrarse como tutora legal de los bebés en

virtud de las Leyes de subrogación menos permisivas que prevalecen fuera de Ucrania. Frederic, el padre biológico de los gemelos, comparte los mismos temores que Ania sobre las incertidumbres legales. Él y su mujer son de Francia, donde los acuerdos de subrogación se enfrentan a mayores obstáculos legales. En noviembre, cuando saltaban las alarmas sobre la posibilidad de una guerra en Ucrania, Frederic insistió en que la agencia de gestación subrogada lo dejara contactarse directamente con Ania. Él y su mujer se fueron a Ucrania, y ahora viven juntos cerca de Leópolis con Ania, su marido y sus dos hijos. “Nos sentimos muy solos en este proceso”, dice Frederic. Uno de sus muchos problemas es que todos los documentos que prueban que él y su mujer son los padres genéticos de los gemelos se quedaron en Kiev.

“¿Has oído hablar de alguna familia con el mismo problema que la nuestra?”, preguntó. En la guardería del sótano de BioTexCom, en Kiev, los bebés duermen en cunas numeradas. Un médico viene regularmente a hacer revisiones. El espacio está limpio y bien iluminado. Los pañales tienen estampados de elefantes rosados o de flores. “Los padres están muy preocupados por la situación en Ucrania”, dice Yashenko, la niñera. “Solo esperan el fin de esta guerra sin sentido”. Admitió que a veces siente que está durmiendo y quiere despertarse en esa Ucrania de antes de la guerra: “Esto es solo una pesadilla. Quiero despertar”. Pero afirmó que el sótano es seguro y que se quedará con los bebés. Yashenko envió un mensaje para los padres de los

bebés: “Los cuidamos, los alimentamos y les damos amor. Tenemos todo lo necesario”. (The New York Times, 2022)

Como podemos observar, si bien una pandemia y una guerra pueden tomar a muchas personas por sorpresa, no es menos cierto, que aunque Ucrania tenga regulado el servicio de maternidad subrogada, en estos momentos las situaciones jurídicas de todos los que intervienen en dichos procesos de gestación asistida es preocupante; en primer lugar, por el bienestar de quienes están por nacer y de la gestante, puesto que todo depende de las decisiones que esta última considere más conveniente, máxime cuando es su propia vida la que puede estar en peligro, y segundo, por la incertidumbre que se ha generado para los futuros padres, quienes y de una u otra forma tratan de mediar con las empresas que ofrecieron y contrataron los servicios, con el fin que se haga todo lo posible para alcanzar con éxito el parto, como de la posterior entrega del recién nacido y trámite de filiación.

4. INDIA

En el trabajo de investigación denominado la maternidad subrogada en el Derecho comparado, ÁVILA HERNÁNDEZ refiere:

En India, a pesar de no existir Ley reguladora, la maternidad subrogada es una realidad, y es por eso por lo que se considera legal la modalidad comercial, pues no hay Ley que la prohíba. Existe un proyecto de Ley elaborado por el Consejo

Indio de Investigación médica, que de hecho establece que la gestación por sustitución comercial es plenamente legal, pero aún no ha sido aprobado. Hasta entonces esta materia se regula por medio de las Guías nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las clínicas de técnicas de reproducción asistida en la India, que establecen que la retribución ha de determinarse de común acuerdo. Éstas disponen, con respecto a la gestante, que no puede tener más de 45 años, debe someterse a prueba de VIH, y en caso de ser pariente de los comitentes, debe pertenecer a la misma generación. Se prohíbe que una mujer pueda actuar como gestante más de tres veces. Y en cuanto a los comitentes, sólo se exige que sean incapaces de llevar a término un embarazo. (Ávila Hernández, 2017)

Como se indica, no existe regulación legal que aborde la maternidad subrogada; sin embargo, en dicho país se han tratado de generar lineamientos para dicha práctica, pero desde la regulación del servicio de salud mediante criterios y guías, que desde el punto de vista normativo, no es muy adecuada esa política pública para el sometimiento de tan importante procedimiento; esta postura surge, de la necesidad jurídica de contar con reglas de tipo legal que formalicen los contratos que se suscriben para obtener el servicio de maternidad subrogada, y no es una institución de salud del Estado, la que puede regular esos negocios jurídicos, lo que refleja desde todo punto de vista, una omisión legislativa para abordar con precisión estos métodos de reproducción.

En cuanto a la filiación, en base a las Guías, se presume que el nacido es «hijo legítimo de la pareja, nacido dentro del matrimonio, con el consentimiento de ambos esposos». Siendo el certificado de nacimiento expedido a nombre de los padres genéticos, por lo que han de presentar prueba de ADN. Esto supone, que si la gestante es la que aporta el óvulo, serán considerados padres legales ésta y el varón comitente (aunque existen casos de hombres solos en que se expide certificado de nacimiento sin mencionar a la gestante).

Resultado necesario de este marco tan flexible es que la India sea uno de los destinos más populares para realizar un acuerdo de este tipo. Hasta 2012 bastaba la visa de turista para que cualquier persona, independientemente de su orientación sexual y estado civil, pudiera ir a la India a realizar un contrato de maternidad subrogada. Pero en aquel año, el Ministerio del Interior ordenó emitir visas médicas para las parejas que pretendían llevar a cabo dicha actividad, y así de alguna manera, regular aquel turismo. Se exige para su concesión, que la pareja lleve casada, al menos, dos años, y que cuente con una carta de la embajada de su país de origen que indique que reconoce la maternidad subrogada, y que permitirá la entrada del nacido como hijo biológico de los comitentes. Causa lógica de la disminución de casos de gestación por sustitución en la India". (Ávila Hernández, 2017)

La maternidad subrogada como se ha señalado, es el resultado de los avances de la ciencia; sin embargo, independiente de la existencia o no de regulación alguna

para este servicio, jurídicamente sigue siendo un reto para la sociedad y los estudiosos del derecho, precisamente porque las situaciones en las cuales no se exista regulación legal, sería el contrato o negocio jurídico pactado entre las partes, los que tendrían que resolver esas diferencias, que para el caso de la reproducción asistida, dichos pactos en algunos casos no son muy claros o no existe un mecanismo jurídico diferente del civil para el caso de Colombia, el que entrase a resolver el conflicto, que desde ya se debe reconocer que el código civil fue aprobado en una época en la cual no se tenía si quiera idea de este tipo de reproducción humana.

Ahora bien, existen diferentes situaciones como en cualquier negocio jurídico del cual pueden surgir diferencias, como consecuencia de dejar vacíos en los contratos y la falta de claridad frente a las condiciones, riesgos, interpretación, responsabilidad de cada parte e intervinientes etc., no está de bulto referir lo sucedido en Tailandia, como lo publicó CNN, así:

Una pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada. Su nombre es Gammy. Apenas tiene siete meses y ya llamó la atención sobre el misterioso mundo de la maternidad sustituta en Tailandia, mientras que el régimen militar del país impone medidas más estrictas en el sector. Gammy nació con síndrome de Down en diciembre de 2013. Su madre, Pattaramon Chanbua, es una tailandesa pobre y llevaba en su vientre a los gemelos de una pareja australiana. Sin embargo, cuando llegó el momento de

llevar a los bebés a casa, solo se llevaron a la niña sana y dejaron al niño enfermo en Tailandia con una madre con pocos recursos para cuidar a un niño con necesidades especiales. Ella relató que la pareja le dijo que estaban "demasiado viejos" como para cuidar a unos gemelos, según Fairfax Media. (...)

Aunque el caso de Gammy no fue el catalizador del endurecimiento de las medidas, Families Through Surrogacy señaló que uno de los problemas que las autoridades tailandesas identificaron es que los extranjeros abandonan a los niños con discapacidades. No es el primer caso "En la comunidad de la maternidad sustituta he escuchado que esto ha ocurrido antes", dijo Michaela Stockey Bridge, investigadora de la Universidad Macquarie que empezó a recopilar las historias de las experiencias de la gente con la maternidad sustituta en el extranjero. "Cada vez que hay un caso como este se pone de relieve el hecho de que necesitamos una regulación internacional de la maternidad sustituta comercial", explicó. "Si hubiera más asesoría y los aspirantes a padres pudieran hablar de eso antes con la madre biológica, no terminaría así... es un desenlace tan triste. (CNN en Español, 2014)

En la mayoría de los casos, las mujeres que alquilan su vientre tienen necesidades económicas e hijos que atender, puesto que como se ha indicado, en algunos países un requisito indispensable es no ser madre primeriza; ahora bien, como veremos más adelante, en Colombia se ha intentado regular en muchas ocasiones esta práctica, sin que haya tenido éxito a la fecha esta iniciativa legislativa,

pero atendiendo el caso anterior, el incumplimiento de los futuros padres en asumir algún tipo de responsabilidad cuando los bebés nacen con algún tipo de patología, pone en aprietos a las mujeres gestantes, quienes finalmente, dan a luz un bebé que genéticamente no es suyo, y a quien, el Estado por falta de regulación, le abandonaría, ante el infortunio de sostener a ese nuevo ser como su verdadero hijo.

Si en gracia de discusión se aceptara que, en este tipo de casos, las madres sustitutas son las llamadas a soportar esa responsabilidad, cuando los padres biológicos se niegan a recibir a sus propios hijos en estos eventos, no estaría mal en consecuencia que lo mismo sucediera, si los padres abandonan a sus hijos en los centros médicos donde atienden sus partos, arguyendo su rechazo ante problemas de salud que presente el recién nacido.

5. ESTADOS UNIDOS

Tomaremos como base la investigación realizada por C. A. RODRÍGUEZ YONG y K. X. MARTÍNEZ MUÑOZ, quienes señalan 10 puntos importantes frente al contrato de maternidad subrogada, lo cual nos acerca al entendimiento de dicha práctica en este país.

La experiencia norteamericana en materia de contratos de maternidad subrogada se caracteriza porque la regulación particular aplicable a estos está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que de ellos se derivan. En

efecto, como fue mencionado en líneas anteriores, algunos estados de la unión americana promulgaron Leyes especiales dirigidas a regular de manera profunda el mencionado contrato. Aunque el contenido establecido por estas legislaciones estatales no es de carácter uniforme, de la lectura, estudio y análisis de las mismas es posible identificar elementos comunes.

1) Debe existir una aprobación judicial del contrato. La revisión judicial tiene como propósito que el juez verifique que el padre biológico y su esposa tienen la capacidad o aptitud necesaria para adoptar, que las partes celebraron voluntariamente el contrato de subrogación y que entienden sus términos, naturaleza, significado y el efecto de su ejecución. 2) Las partes del contrato, necesariamente mayores de edad, deben otorgar su consentimiento por escrito autorizando la ejecución del procedimiento médico de inseminación. 3) Solamente podrán tener la calidad de madres subrogadas aquellas mujeres que puedan demostrar documentalmente que ya han dado a luz anteriormente en al menos una oportunidad. 4) Es obligatoria la realización de una evaluación médica a la madre subrogada. Esta tiene como propósito no solo demostrar que la madre tiene la capacidad médica para someterse al procedimiento quirúrgico, sino también que tiene las condiciones fisiológicas para dar a luz, sin que ello implique un riesgo para su salud o la del recién nacido. 5) Adicionalmente, todas las partes del contrato deben someterse a una evaluación psicológica realizada por un psiquiatra, psicólogo, consejero pastoral, o trabajador social. El evaluador deberá mantener un registro de los resultados y conclusiones de la evaluación y

entregar una copia de los mismos a las partes del contrato. Igualmente, estas últimas deben entregar a sus contrapartes la copia de los resultados de su evaluación. La realización de este examen psicológico tiene como objetivo verificar, por una parte, la capacidad de la persona evaluada para dar amor, afecto y guía al bebé, y por el otro, su capacidad para asumir los riesgos inherentes al contrato de maternidad subrogada. (Rodríguez Yong & Martínez Muñoz, 2012)

Hasta este punto, es muy interesante destacar que el contrato sea aprobado por un juez, quien revisará entre otros aspectos, las capacidades de los padres biológicos, y las condiciones de salud de la mujer gestante, lo cual busca descartar que no sea únicamente su consentimiento lo relevante en el negocio jurídico, sino que también frente a la capacidad, y que sus condiciones fisiológicas sean las más adecuadas.

La anterior exigencia, es compartida en el entendido que si bien las autoridades judiciales deben someterse a los postulados legales y constitucionales, sería un juez el encargado de tener contacto directo con las partes en el negocio jurídico, para determinar que se cumplen con las condiciones para avalar el interés y posibilidad de consumir el procedimiento.

6) La agencia gubernamental competente o una agencia de adopción autorizada debe realizar una visita al hogar de los contratantes. El propósito de esta visita es valorar la capacidad y disposición de las partes para proveer al recién nacido

con comida, vestido, techo, cuidado médico y, en general, sus necesidades básicas. 7) El contrato no puede establecer el pago de una compensación a favor de la madre subrogada. Si ello es así, el acuerdo se considerará nulo. Sin embargo, en caso de que la madre subrogada reciba una compensación, la cláusula de pago estará limitada a cubrir los gastos médicos relacionados con el embarazo, la elaboración de evaluaciones médicas y no médicas, la pérdida de los salarios de la madre cuando la ausencia del trabajo sea recomendada por escrito por un médico, la celebración de un contrato de seguro de salud, incapacidad y vida durante el término del embarazo y hasta seis semanas después, y los gastos legales razonables que se deriven del contrato. 8) El contrato de maternidad subrogada debe incluir además una manifestación de cada una de las partes, indicando que ellas han leído y entendido el contrato, que conocen y entienden sus derechos y responsabilidades y que fue celebrado de manera voluntaria y con pleno conocimiento de su contenido. 9) El acuerdo debe también contener una cláusula que exprese el consentimiento de la madre subrogada de renunciar a la custodia del recién nacido o que acepta la obligación de custodia si ella decide mantener sus derechos sobre este. Igualmente debe aparecer el de su esposo, en caso de que la madre se encuentre casada. En el caso del padre biológico y su esposa, estos deben manifestar su aceptación de las obligaciones de custodia sobre el recién nacido. 10) Finalmente, la regulación norteamericana reconoce la posibilidad a la madre subrogada de manifestar su intención de mantener al recién nacido dentro de las 72 horas siguientes al nacimiento, excepto que circunstancias extraordinarias no

le hayan permitido tomar una decisión, en cuyo caso el período será de una semana. Si la madre decide ejercer su derecho a mantener la custodia sobre el niño, deberá informar por escrito de su intención a las otras partes del contrato y al médico o al director del hospital. (Rodríguez Yong & Martínez Muñoz, 2012)

Como se observa con anterioridad, de los diez puntos señalados, se observan unas condiciones muy garantistas, tanto para las partes, como para quien estaría por nacer; sin embargo, es muy discutible la facultad que se le otorga a la madre gestante, de mantener la custodia del menor en caso que no haya podido tomar una decisión, situación que de no estar muy clara desde el inicio del contrato, puede incidir en una ruptura unilateral del contrato, por la parte gestante, lo que implica una serie de actos jurídicos relevantes, en primera medida, respecto de la filiación, máxime cuanto se parte de la premisa que el recién nacido no tiene vínculo genético alguno con la madres gestante.

En ese orden de ideas, dentro de una propuesta jurídica, debe prohibirse esa facultad a la gestante, siempre y cuando ella no tenga algún aporte genético en estos procedimientos; lo anterior, considerando que dicha posibilidad deja en desventaja al comitente, quien es aquel que toma la iniciativa de iniciar estos procedimientos, con el ánimo de tener sus hijos, además de ser quien verdaderamente -en la mayoría de los casos- realiza el aporte genético, quedando sus futuros hijos dependiendo de la voluntad de la gestante, si esta desea mantener la custodia. Ahora bien, se observa una especial característica

en este caso, puesto que se exige la participación de un tercero en el contrato, ya que se requiere del consentimiento del esposo de la gestante - en caso de tenerlo - para que esta se haga cargo del menor si es su deseo, lo que demuestra aún más la especialidad del negocio jurídico, implicando por tanto un reto jurídico no solo en Colombia, sino a nivel mundial.

Es muy importante la exigencia de un contrato de seguro en salud, incapacidad y vida, durante el término del embarazo y hasta seis semanas después; no es menos importante insistir que las gestantes no pueden ser primerizas, lo que implica que estas tienen sus propios hijos, y en mejor de los casos, cuentan con un esposo y una familia estructurada, de manera tal que ese seguro de vida, protege en caso de muerte a su familia y/o hijo(s), ya que no es menos cierto que cualquier embarazo lleva consigo un riesgo de muerte de la gestante, bien sea en condiciones normales o de asistencia científica.

Al revisar las características principales de las normas estatales, se encuentra que las críticas que recaen sobre el contrato de maternidad subrogada buscan ser superadas por varios mecanismos. Con relación a los efectos físicos y psicológicos que puede enfrentar la madre subrogada, las normas imponen la obligación de que las partes del contrato se sometan a evaluaciones médicas con profesionales debidamente acreditados. Igualmente se destaca como requisito obligatorio que la madre subrogada ya haya dado a luz con anterioridad. Claramente estos requisitos buscan garantizar que las partes del

contrato cuenten con las capacidades físicas y psicológicas para asumir las consecuencias derivadas del acuerdo de voluntades. Adicionalmente, se reconoce a la madre subrogada la posibilidad de cambiar su decisión de renunciar a los derechos de custodia sobre el menor, hasta un momento después del nacimiento, siguiendo el mismo principio establecido para los casos de adopción tradicionales. También se destaca la prohibición de que la madre subrogada reciba una compensación como consecuencia de la celebración del contrato. Esta restricción puede interpretarse como un mecanismo encaminado a evitar el abuso de mujeres que se encuentran en situaciones de dificultad económica, y que en consecuencia puedan verse forzadas a servir como madres subrogadas. (Rodríguez Yong & Martínez Muñoz, 2012)

De esa manera en los Estado Unidos, conforme los autores citados anteriormente, señalan que las Leyes que regulan la celebración de los contratos de maternidad subrogada buscan contrarrestar los efectos negativos derivados del contrato.

Como se ha puesto en evidencia, es necesario que cada país reglamente la maternidad subrogada, que, si bien puede ser la forma de cumplir tan anhelado sueño de ser padres para algunas personas, también puede acontecer que para las partes se convierta en una verdadera pesadilla, al no estar establecidas todas las circunstancias de riesgos, e incumplimientos del contrato, entre muchas otras circunstancias, como lo hemos visto a modo de ejemplo con los eventos previamente

citados y que sirven de referencia para que en Colombia, se estudien al momento de someter un proyecto de ley que direccionen este tipo de gestación.

C. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA Y LOS INTENTOS PARA REGULARLA.

En Colombia se ha intentado regular la práctica de la maternidad subrogada, y en buena hora, mediante sentencia T-275 del 2022 la Corte Constitucional relaciona la respuesta emitida por la secretaría general de la cámara de representantes, ante su solicitud, en la cual, para resolver, refirió lo siguiente:

33. Respuesta de la Secretaría General de la Cámara de Representantes. La Secretaría General de la Cámara de Representantes remitió su respuesta el 23 de junio de 2022. En particular, informó que (i) el proyecto de Ley 113 de 2021 Cámara, «por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la “cosificación de los bebés”, y se dictan otras disposiciones», se encuentra archivado, por no haberse tramitado dentro de una misma legislatura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley 5 de 1992; (ii) para el periodo legislativo 2021 – 2022, no se tramitó ningún otro proyecto de Ley asociado a la «maternidad subrogada», y (iii) en los últimos 10 años se presentaron los siguientes cuatro proyectos de Ley relacionados con el tema de «maternidad subrogada»: i. Proyecto de Ley 202 de 2016 Cámara, por

medio del cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos. Fue archivado, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992. ii. Proyecto de Ley 026 de 2016 Cámara, 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. Fue archivado, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992. iii. Proyecto de Ley 186 de 2017 Cámara, por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica. Fue archivado, de conformidad con el artículo 155 de la Ley 5 de 1992. iv. Proyecto de Ley 113 de 2021 Cámara, por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la ‘cosificación de los bebés’, y se dictan otras disposiciones. Fue archivado, de conformidad con el artículo 208 de la Ley 5 de 1992. (Sentencia T-275, Corte Constitucional de Colombia, 2022)

En igual sentido, en dicha sentencia de tutela también se relacionó la respuesta de la secretaría del senado de la república, destacando:

34. Respuesta de la Secretaría General del Senado de la República. La Secretaría General del Senado de la República remitió su respuesta el 24 de junio de 2022. En particular, informó que en los últimos 10 años se presentaron los siguientes cinco proyectos de Ley relacionados con el tema de «maternidad

subrogada»: i. Proyecto de Ley 241 de 2017 Senado – 026 de 2016 Cámara, por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta su práctica. Fue archivado, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992. ii. Proyecto de Ley 070 de 2018 Senado, por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos. Fue archivado, de conformidad con el artículo 153 de la Constitución Política. iii. Proyecto de Ley 162 de 2019 Senado, por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones. Fue archivado, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 y 162 de la Constitución Política. iv. Proyecto de Ley 118 de 2019 Cámara, por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro y se establecen los parámetros generales para la práctica de la maternidad subrogada con fines altruistas. Fue archivado, de conformidad con el artículo 190 la Ley 5 de 1992 y 162 de la Constitución Política. v. Proyecto de Ley 263 de 2020 Senado, por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la cosificación de los bebés y se dictan otras disposiciones. Fue archivado, de conformidad con el artículo 190 la Ley 5 de 1992 y 162 de la Constitución Política. (Sentencia T-275, Corte Constitucional de Colombia, 2022)

En esta misma sentencia, la Corte Constitucional al evaluar el tema objeto de

pronunciamiento, hace un balance desde el año 1998, sobre la suerte que han tenido los diferentes proyectos e iniciativas legislativas para regular la maternidad subrogada en Colombia, arrojando como resultado:

| Número del proyecto | Estado | ¿Hacía referencia a las licencias de paternidad y maternidad? |
|---|--|---|
| Proyecto de Ley 47/1998 Senado, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos científicos de procreación humana asistida, se modifican algunos artículos del Código Civil y Penal y se dictan otras disposiciones. | Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 | No |
| Proyecto de Ley 45/00 Senado, <i>por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se</i> | Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 | No |

| Número del proyecto | Estado | ¿Hacia referencia a las licencias de paternidad y maternidad? |
|--|--|---|
| <i>dictan otras disposiciones.</i> | | |
| Proyecto de Ley 029 de 2003 Cámara, <i>por el cual se modifica el ordenamiento civil regulando lo referente a procedimientos y técnicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones.</i> | Archivado en primer debate, de conformidad el artículo 157 de la Ley 5 de 1992. | No |
| Proyecto de Ley 100/03 Cámara, <i>por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones.</i> | Fue acumulado al proyecto de Ley 29 de 2003 Cámara y archivado en primer debate, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992. | No |
| Proyecto de Ley 196 de 2008 Cámara, <i>por medio del cual se reglamenta en todo el territorio</i> | Retirado por el autor de conformidad con el artículo 155 de la Ley | No |

| Número del proyecto | Estado | ¿Hacia referencia a las licencias de paternidad y maternidad? |
|---|---|---|
| <i>nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones.</i> | 5 de 1992. | |
| Proyecto de Ley 037 de 2009 Cámara, <i>por medio del cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva en desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y se dictan otras disposiciones.</i> | Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992. | No |
| Proyecto de Ley 26 de 2016 Cámara, 241 de 2017 Senado <i>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</i> | Archivado en cuarto debate, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992. | No |

| Número del proyecto | Estado | ¿Hacía referencia a las licencias de paternidad y maternidad? |
|--|--|---|
| <i>reproductivos.</i> | | |
| Proyecto de Ley 202 de 2016 Cámara, <i>por medio del cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos.</i> | Archivado, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992. | No |
| Proyecto de Ley 88 de 2017 Senado, <i>por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones.</i> | Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 | No |
| Proyecto de Ley 186 de 2017 Cámara, <i>por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta</i> | Retirado por los autores de conformidad el artículo 155 de la Ley 5 de 1992. | No |

| Número del proyecto | Estado | ¿Hacía referencia a las licencias de paternidad y maternidad? |
|--|---|---|
| <i>práctica.</i> | | |
| Proyecto de Ley 019 de 2018 Senado, <i>por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones.</i> | Retirado por el autor de conformidad con el artículo 155 de la Ley 5 de 1992. | No |
| Proyecto de Ley 70 de 2018 Senado, <i>por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos.</i> | Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 | No |
| Proyecto de Ley 118 de 2019 Senado, <i>por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro y se establecen los parámetros generales para la práctica de la maternidad subrogada con fines altruistas.</i> | Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 | No |

| Número del proyecto | Estado | ¿Hacia referencia a las licencias de paternidad y maternidad? |
|--|--|---|
| Proyecto de Ley 162 de 2019 Senado, <i>por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones.</i> | Archivado, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 y 162 de la Constitución Política. | No |
| Proyecto de Ley 263 de 2020 Senado, <i>por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la ‘cosificación de los bebés’, y se dictan otras disposiciones.</i> | Archivado de conformidad con el artículo 162 de la Constitución Política. | No |
| Proyecto de Ley no. 113 de 2021 Cámara, por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la | Archivado de conformidad con el artículo 208 de la Ley 5 de 1992 | No |

| Número del proyecto | Estado | ¿Hacia referencia a las licencias de paternidad y maternidad? |
|---|--------|---|
| maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la 'cosificación de los bebés', y se dictan otras disposiciones. | | |

Tabla No 2.

El recuento anterior, permite a la Sala concluir que *(i)* desde 1998 se han radicado por lo menos dieciséis proyectos de Ley en los que se ha pretendido regular la maternidad subrogada; *(ii)* todos estos proyectos han sido de iniciativa congresual; *(iii)* todas las iniciativas han resultado en archivo, y *(iv)* ninguno de los proyectos ha hecho referencia a las licencias de paternidad y/o paternidad en el evento de maternidad subrogada. (Sentencia T-275, Corte Constitucional de Colombia, 2022)

Así las cosas, podemos observar que la maternidad subrogada ha llamado la atención de algún sector en el congreso de la república de Colombia, puesto que como se ha relacionado, han sido dieciséis (16) proyectos desde el año 1998 y que si bien se han adelantado los trámites correspondientes desde sus iniciativas, no ha podido tener éxito por diferentes situaciones como se indica en la tabla anteriormente citada, pero en su mayoría resulta de aplicación del artículo 190 de la Ley 5 de 1992,

la cual dispone:

“ARTÍCULO 190. Tránsito de legislatura. Los proyectos distintos a los referidos a Leyes estatutarias que no hubieren completado su trámite en una legislatura y fueren aprobados en primer debate en alguna de las Cámaras, continuarán su curso en la siguiente en el estado en que se encontraren. Ningún proyecto será considerado en más de dos legislaturas.” (Congreso de la República de Colombia, 1992)

Se desprende que dichos proyectos presentados para regular algunos aspectos propios de la maternidad subrogada, en su mayoría superaron más de dos legislaturas, generando como resultado su archivo; de ahí que, en Colombia no se cuente con una norma que permita tener claridad sobre los alcances o límites a la práctica de la reproducción asistida y gestación, por ende, es el contrato de prestación de servicios que pactan las partes, tanto para el tratamiento de fertilidad y genética, así como el de maternidad subrogada, quien resuelva en alguna medida las dificultades que puedan presentarse en torno a su ejecución y cumplimiento; es por ello que, hasta este momento de la investigación, estos negocios jurídicos toman total protagonismo, como lo desarrollaremos a continuación.

III. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO NEGOCIO JURÍDICO EN COLOMBIA

La sociedad como se ha dicho anteriormente, evoluciona con el paso del tiempo y esta busca siempre una solución a los problemas históricos o a los nuevos retos o dificultades que se presentan en su desarrollo, tal es el caso de la infertilidad o esterilidad; por ende, la ciencia y las tecnologías han ofrecido dentro de sus avances, la forma de ser padres para quienes por dificultades médicas o biológicas no han podido cumplir con ese anhelo, de ahí que, la maternidad subrogada sea esa opción por excelencia, acompañada de todo un equipo que ofrezca servicios de fertilidad y genética, por supuesto de una gestante y acompañamiento jurídico en la elaboración y ejecución de dichos contratos de prestación de servicios.

Sea la oportunidad para referirnos incluso, que existen proyectos para crear un útero artificial por medio del cual ya no sería necesaria la gestación por una mujer, y aunque parezca algo imposible, este proyecto no lo sería:

Según una entrevista realizada por el medio británico 'The Huff Post' al experto Andrew Shennan, profesor de obstetricia en el King's College de Londres, esto podría ser factible en las primeras etapas del desarrollo del bebé. "Desde un punto de vista teórico, es posible. Es solo una cuestión de proporcionar un entorno correcto con combustible y oxígeno y creo que las tecnologías están ahí para poder lograrlo", comentó. Adicionalmente, lo comparó con el papel que cumplen las incubadoras y explicó la importancia que tienen en el desarrollo de un niño prematuro. "Hay muchos ejemplos en los que los bebés nacen muy temprano y están muy bien cuidados en incubadoras, que es una forma muy

ingenua de lo que estás hablando, y están siendo alimentados por sondas hasta el estómago.

Además, Shennan dijo que los úteros artificiales no serían tan desafiantes como las primeras etapas de desarrollo de un bebé cuando se forman los órganos. Aun así, se debe tener en cuenta los factores legales y éticos que se plantearían antes de lanzar este proyecto a la vida real, tales como los dilemas éticos alrededor de la manipulación genética o los riesgos de la experimentación con el genoma humano. (El Tiempo, 2022)

Todo lo anterior, tiene que ver precisamente con lo indicado en la publicación anteriormente señalada por parte del diario EL TIEMPO, el cual destacó:

Imagínese un embarazo sin cambios hormonales, problemas de espalda o náuseas mañaneras. Pues bien, si esta idea le parece tentadora -o en su defecto, muy extraña- esta información le puede interesar. En los últimos días, el video de un bebé en una especie de cápsula ha dado mucho de qué hablar. En lo que parece un comercial salido de una película de ciencia ficción, se muestra cómo cientos de fetos podrían crecer en úteros artificiales bajo un ambiente controlado y con tecnología que estaría a la disposición de los padres para controlar su desarrollo. Sin embargo, más allá de un video ciertamente utópico, es la introducción a un proyecto revolucionario llamado 'EctoLife', creado por Hashem Al-Ghaili, un productor, cineasta y comunicador científico que reside

en Berlín y biólogo molecular. Ahora bien, para el cineasta el embarazo no es divertido. Puede ser agotador, doloroso, intrusivo, y, a veces, completamente peligroso tanto para la persona gestante como para el embrión. Además, si la madre fuma, bebe alcohol o tiene malos hábitos alimenticios, podría afectar al feto de manera considerable durante la gestación.

Es por esto que el proyecto está pensado con tres objetivos claves: el primero es poder darle una opción distinta a las parejas que no pueden concebir un hijo o a las personas gestantes que han tenido complicaciones tales como el cáncer de útero, entre otras. En segundo lugar, también se busca contribuir a la tasa de natalidad que cada vez parece ser más baja en algunos países del mundo, tales como Corea del Sur o Japón. Esto con el fin de compensar la tasa de mortalidad y los problemas que se han ido generando por la falta de personas jóvenes en aquellos países, y por último, apelando a la visión que tiene Al-Ghaili sobre el embarazo, se busca que el bebé pueda tener todos los nutrientes y condiciones necesarias para ser un 'súperhumano' y no correr ningún riesgo durante el crecimiento prenatal. Esto sería posible gracias a que la cápsula en la que se desarrollaría se llenaría de líquido amniótico, en donde se le suministrarán las hormonas, suplementos y medicamentos en caso de ser necesario, para que pueda crecer de manera adecuada. (El Tiempo, 2022)

En ese orden de ideas, llama la atención, cómo las tecnologías y los avances científicos, están siendo direccionados en este caso, a permitir como se citó, a servir a

aquellas parejas que no pueden tener hijos, por medio de un útero artificial que permita finalmente el nacimiento de seres humanos por ese método; es por ello que, todo aquello que hace algunos años, parecía una simple ficción, hoy está más cerca de convertirse en una realidad, ahora bien, las normas no pueden quedarse en el tiempo, atendiendo las diferentes formas y costumbres que van cambiando conforme la sociedad, por esa razón, en Colombia debe regularse la maternidad subrogada.

El crecimiento de su bebé a tan sólo una app de distancia. En el clip también se especifica que los padres podrán controlar los latidos del corazón, el crecimiento y la salud de su hijo por medio de una aplicación diseñada para dispositivos móviles. Adicional a esto, quienes adquieran el servicio podrán utilizar gafas de realidad virtual y trajes hápticos para que la persona pueda sentir las patadas en su barriga sin estar exactamente en estado de embarazo. Incluso, se plantea que pueda hablarle con un micrófono, que estaría integrado en la cápsula, y - gracias a una cámara de alta definición- puedan observar al feto desde el momento de la concepción. Pero el proyecto también sería un negocio en caso de que se llevara a cabo. Con un paquete premium, los padres pueden seleccionar el nivel de inteligencia, estatura, tipo de cabello, color de ojos, fuerza física y tono de piel de su bebé. “Gracias a la herramienta de edición de genes CRISPR- Cas 9, puede editar cualquier rasgo de su bebé a través de una amplia gama de más de 300 genes”, señaló en un comunicado oficial el inventor del programa. ¿Es realmente posible? Aunque parece algo surreal, existe la

posibilidad de que esto se lleve a cabo, desde un punto de vista científico. (El Tiempo, 2022)

De ello resulta necesario admitir que, el ser humano como buen soñador inicialmente, en la mayoría de los casos termina cumpliendo con aquello que se ha propuesto, materializando así su visión de las cosas mediante la invención, como a manera de ejemplo, el deseo histórico de poder volar; pues bien, se resalta en esta investigación ese proyecto revolucionario llamado 'EctoLife', el cual genera muchas preguntas e inquieta la posibilidad de que algo así pudiese consolidarse, puesto que de aceptarse por parte de la sociedad y las normas lo permitan, sería una opción más para quienes quieran ser padres, aunque no es menos cierto, que para el caso de Colombia, no haber podido regular la maternidad subrogada después de varios años e intentos, por medio de los distintos proyectos legislativos presentados, difícilmente la gestación por medio de un útero artificial sea aprobada y regulada con facilidad.

Como ya lo hemos consignado, es claro que al año 2022 no existe en Colombia una norma que regule la maternidad subrogada, ello autoriza a concluir que ante la falta de norma expresa que prohíba su práctica, se entiende permitido; por consiguiente, la maternidad subrogada a la luz de las teorías del negocio jurídico, se clasifica como un contrato de servicios atípico, en tanto el legislador no lo consignó así en norma alguna.

El doctor MANTILLA ESPINOSA frente al negocio jurídico señala.

En estas breves líneas, utilizaremos la palabra “contrato” para referirnos a una institución social creada por normas. Los contratos no son cosas que existan en el mundo de forma independiente de una comunidad de hombres; por consiguiente, si desapareciera la especie humana, los contratos, a diferencia de las piedras, las montañas, las plantas, etc., desaparecerían también. Esta es una realidad tan evidente que a veces la perdemos de vista. El contrato es una institución social, creada por una comunidad, mediante normas, para cumplir, principalmente, con una función de regulación de intercambios económicos. (Mantilla Espinosa, 2019, p. 79)

En ese contexto, se ratifica que el contrato de maternidad subrogada surge de una necesidad social, puesto que diferentes tipos de familia desean tener sus hijos y las tecnologías y la ciencia brindan esa opción hace algunas décadas; sin embargo, no es menos cierto que en la mayoría de los casos se ha convertido en una actividad lucrativa que desdibuja los fines altruistas en algunos casos, donde es permitida solo con esa condición, de manera tal, que por sus costos, no todas las personas tienen acceso a esta forma de tener sus hijos.

A. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Teniendo como punto de partida que el contrato de maternidad subrogada es en su esencia un servicio, y que por no estar regulado se clasifica como atípico; por tanto, es necesario citar al Doctor JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR quien expone sobre la clasificación de los contratos en típicos y atípicos lo siguiente:

Las que hemos catalogado como tipos legales, es decir, los contratos que están descritos y regulados por la norma civil o mercantil o, incluso, por alguna Ley especial. Ejemplos de estos contratos los encontramos en las figuras clásicas como la compraventa, el arrendamiento, la permuta, etc. Ellos cuentan tanto con tipicidad del primer grado (contrato en general), como con tipicidad de segundo grado (tipo legal). Lo propio puede decirse de su regulación, la tienen de un primer grado, contenida en las normas generales de las obligaciones y de los contratos, dispuestas principalmente en el código civil y de forma complementaria en el código de comercio.

Sin embargo, puede afirmarse que no existe ningún contrato regulado por completo, y si por tipicidad se entiende esto, puede decirse que no hay un contrato por completo típico. El legislador no tiene esa capacidad previsora absoluta, al punto de regular todo lo que imaginativamente pueda acontecer con el contrato, pero además, tampoco sería muy técnico. Por más regulación de segundo grado que dispense, siempre habrá aspectos no regulados, sobre los cuales se presentará un vacío legislativo. Para regularlo se deberá tratar del mismo modo que un vacío en un contrato atípico. Se entiende por vacío una

circunstancia atípica que se presentan en un contrato atípico o seudaotípico. Por otro lado, hay regulaciones de segundo grado bastante parcas en nuestra legislación, contratos que escasamente tienen unos pocos artículos. Por tanto, muchas circunstancias no están reguladas, y respecto a ellas será necesario darles el tratamiento propio de los vacíos, tanto los que se presentan en los típicos como en los contratos atípicos. También hicimos referencia a unos contratos que no están individualizados ni regulados en la Ley civil o mercantil, pero que se practican de forma reiterada por parte del conglomerado social y que, por lo tanto, en esos usos tienen una función identificable e incluso una regulación de costumbre.

En ese sentido, se deben estudiar los elementos de existencia y validez en este tipo de contratos, como se verá más adelante en esta investigación; sin embargo, es necesario resaltar que recientemente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España mediante sentencia 277/2022 ha realizado una serie de reparos al contrato de maternidad subrogada, como lo señala la doctora SILVIA MARRAMA al puntualizar:

La cosificación del niño gestado y de la mujer gestante se aprecia en la descripción de los contratos que realiza la sentencia española 277/2022 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España, que amerita una lectura detenida, antes de analizar la tendencia del derecho comparado y el caso

resuelto recientemente por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. (Marrama, 2022)

La sentencia afirma, fundada en las pruebas agregadas a la causa, que, en los contratos de gestación por sustitución, “La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual [‘tantas transferencias embrionarias como sean necesarias’, ‘llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida’, ‘tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo’]. La madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica (‘la gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre’, ‘la gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil ‘México Subrogacy’ S. de R. L. de C.V. designe, esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo, ‘la futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño’). Se regulan por contrato cuestiones como la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, cómo será el parto (por cesárea, ‘salvo que el

médico tratante recomiende que sea un parto vaginal'), qué puede comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia, de modo más intenso según avanza el embarazo, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, hasta recluirla en una concreta localidad distinta de la de su residencia en la última fase del embarazo. La madre gestante se obliga 'a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre'. Y, finalmente, se atribuye a la comitente la decisión sobre si la madre gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal". Luego de este crudo resumen de las cláusulas contractuales, la sentencia del TS afirma: "No es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano. Y, como ocurre en estos casos, aparece en el contrato la agencia intermediadora cuyo negocio lo constituye este tipo de prácticas vulneradoras de los derechos fundamentales". La preocupación del TS también refiere a que el "futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se 'cosifica', pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente". Es evidente que "tanto la madre gestante como el niño a gestar son

tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad”; “resulta gravemente lesivo para la dignidad e integridad moral del niño (y puede también serlo para su integridad física, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes) que se le considere como objeto de un contrato, y atenta también a su derecho a conocer su origen biológico⁷” (punto 7 del apartado 3)” (Marrama, 2022)

Como se puede observar, el contrato de maternidad subrogada, si bien puede ser muy útil para diferentes familias y personas que desean tener sus hijos, esta actividad desarrollada no es ajena a la moral y la ética, las cuales si bien, desde los primeros años en el estudio del derecho, se estudia la diferencia y relación entre la moral, los convencionalismos sociales y el derecho (García Maynez, 1940, pp. 15-33), no puede desconocerse que las normas nacen en su esencia de una necesidad social; pero en la actualidad, muchos países no han regulado este tipo de contratos o por lo menos dejar sentada una postura frente a su legalidad o no de manera clara, precisamente porque se enfrentan tanto los derechos propios de las familias y los que se puedan ver afectados a la gestante y el gestado.

El doctor JORGE RAMIREZ especialista en fertilidad, respecto de la maternidad subrogada, dijo para el programa los informantes del canal caracol lo

⁷ Cfr. LAFFERRIÈRE, J. N., “Tribunal Supremo de España rechaza contrato de gestación por sustitución”, 18/04/2022. Disponible en www.centrodebioetica.org. Fecha de consulta 23/04/2022.

siguiente:

Para mí no es un negocio, ni es una manipulación, ni trata de blancas, ni nada, es un proceso de vida en el que intervenimos varias personas, varias partes, y cada uno debe estar convencido de que lo hace porque quiere hacerlo y, porque se siente satisfecho haciéndolo. (...) Hay una desinformación bárbara, primero, mucha gente piensa que está prohibida, no está prohibida; segundo, mucha gente piensa que es ilegal, tampoco es ilegal. (...) Ya se pueden dar situaciones en donde un proceso de maternidad subrogada entre el proceso médico, lo que cobra la subrogada o lo que se le reconoce, más los honorarios del abogado, pueden pasar de ciento veinte millones de pesos (\$120.000.000,00) el abogado perfectamente puede cobrar entre treinta (30) y cincuenta (50) millones de pesos. (Caracol TV, 2020)

En efecto, el contrato de maternidad subrogada al no estar reglamentado en Colombia, y al ser un negocio jurídico atípico, deja a merced de la voluntad de las partes su ejecución y solución de los conflictos que se puedan presentar; sin embargo, lo que realmente llama la atención, como se citó con anterioridad, la parte interesada en obtener estos servicios cuenta con un acompañamiento de fecundación asistida y la asesoría de abogados, pero nada se dice del apoyo jurídico que tenga la gestante al momento de suscribir ese tipo de contratos y menos aún se observa la protección en sentido amplio de quien estaría por nacer.

Como hemos referenciado en esta investigación, en Colombia contamos por supuesto con la experiencia de algunos países, como para reglar la maternidad subrogada y definir si esta se prohíbe definitivamente o se permite ya sea con fines altruistas o económicos, ese sería el punto de partida, ya que, según la postura adoptada, el horizonte jurídico y los supuestos de hechos cambiarían considerablemente, incluso, tendrían una evolución inminente desde la órbita penal.

De ahí que, los vacíos legales y contractuales en la maternidad subrogada lleve a generar grandes debates, máxime si se practica en países extranjeros en donde es permitida y se pretende luego ingresar al país de origen de los comitentes (padres en sentido amplio) como a modo de referencia tomaremos lo expuesto por la doctora ESTHER FARNÓS AMORÓS, en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, así:

La sentencia del TEDH del pasado 24 de enero pone punto y final al asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, en que las autoridades italianas declararon en situación de desamparo a un menor que había pasado sus primeros ocho meses de vida con los comitentes, dos cónyuges italianos que habían accedido a la gestación por sustitución con gametos donados en Rusia. La Gran Sala se aparta del razonamiento seguido por la Sec. 2ª y considera que la actuación de las autoridades nacionales no vulnera el art. 8 CEDH. Así, no existe interferencia en la vida familiar de los comitentes y la injerencia en su vida privada se encuentra justificada. Aunque es cierto que una decisión en sentido contrario

podría conducir a legalizar situaciones creadas contraviniendo la legislación italiana, el análisis que la Gran Sala realiza de la conducta de las autoridades nacionales presenta varios puntos débiles. Pese a ello, Paradiso (II) es un caso difícil del cual no pueden extraerse conclusiones generales, más allá de confirmar la necesidad de mayor control de una práctica que presenta riesgos claros de explotación. (...) El asunto tiene origen en un primer recurso interpuesto por dos cónyuges italianos, la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli, contra las medidas adoptadas por las autoridades italianas en relación con el menor T.C., por considerarlas incompatibles con su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). De los hechos de las sentencias de la Sec. 2ª y la Gran Sala del TEDH se deduce que el menor, concebido mediante gametos donados, fue gestado por una mujer rusa que renunció a la filiación materna, y que tras su nacimiento, fue trasladado de Rusia a Italia por la Sra. Paradiso. Los cónyuges, que pagaron unos 50.000 euros por todo el proceso, constaban como padres del menor en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades rusas. Las autoridades italianas, informadas por el Consulado italiano en Moscú de que el certificado contenía información falsa, denegaron su registro e iniciaron un procedimiento penal contra los cónyuges por alteración de la filiación, falsificación documental y contravención del procedimiento sobre adopción internacional. Al mismo tiempo, el Juzgado de menores inició los trámites para dar al menor en adopción, dada la situación de abandono en que consideraba que se encontraba, lo que desembocó en su desamparo con ocho meses de

edad y en su posterior acogimiento familiar, con el fin de ser dado en adopción, como finalmente sucedió. (Farnos Amoros, 2017)

Y continúa el autor, detallando aspectos importantes en la solución del presente caso, puesto que consigna lineamientos importantes frente a la maternidad subrogada, atendiendo las pretensiones de las partes.

Según los cónyuges, estas medidas violaban su derecho a la vida privada y familiar protegido por el art. 8 CEDH. La Sec. 2ª, por cinco votos contra dos, estimó su recurso (§69 Paradiso I), considerando desproporcionada la actuación de las autoridades nacionales, que no dudaron en poner al menor bajo la guarda de los servicios sociales dada la ausencia de vínculo genético entre éste y los cónyuges (§86 Paradiso I). Dicho pronunciamiento se tradujo en la condena, a Italia, al pago de 20.000 euros a los comitentes por el daño moral causado. En él destaca el argumento del Tribunal según el cual “la referencia al orden público no puede, sin embargo, otorgar carta blanca para cualquier medida, puesto que el Estado tenía la obligación de velar por el interés superior del menor, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo” (§80 Paradiso I). La sentencia de la Sec. 2ª fue objeto de recurso ante la Gran Sala por el Gobierno italiano, en los términos del art. 43 CEDH. La Gran Sala, en sentencia de 24 de enero de 2017, estimó el recurso al considerar, por once votos contra seis, que las autoridades italianas no habían violado el art. 8 CEDH.

Aunque a diferencia de la Sec. 2ª, entendió que la vida familiar de los comitentes no había sido violada, la misma sí tuvo en cuenta “el impacto que la separación inmediata e irreversible respecto del menor” podía haber causado en su vida privada. Pese a ello, concluyó que “Aceptar que el menor permaneciera con los recurrentes, posiblemente con la intención de que acabaran convirtiéndose en sus padres adoptivos, hubiera sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos contraviniendo importantes normas de Derecho italiano” (Farnos Amoros, 2017)

Ello autoriza concluir, que los conflictos que se generen en los contratos de maternidad subrogada en Colombia y que sean puestos en conocimientos de autoridades judiciales para su pronunciamiento y solución, llevaría consigo una difícil situación por la omisión del Estado, puesto que se estaría obligando al poder judicial, determinar asuntos que requieren principalmente una regulación por parte del poder legislativo y posterior trámite dentro de las competencias del ejecutivo; en ese sentido, no puede pretenderse en cambio, que sean los jueces los que determinen finalmente el deber ser en los contratos de maternidad subrogada, simplemente con las bases del negocio jurídico en materia civil; lo anterior, resulta de la imperiosa necesidad de reglamentar este tipo de prácticas en nuestro país con urgencia, máxime cuando la misma Corte Constitucional a exhortado al Gobierno nacional para que, en los próximos seis meses desde la notificación de la sentencia T-275 del 2022, presente ante el Congreso de la República un proyecto de Ley orientado a regular la «maternidad subrogada» en Colombia y de igual forma al Congreso de la República

para que legisle sobre la misma.

Lo cual significa que de darse cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional, a principios del año 2023 debe el Gobierno nacional presentar el proyecto de Ley en el cual defina la postura frente a la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, por medio de la cual se agotaría en parte esa larga espera, y que, normalmente con la entrada en vigencia, en consecuencia surgirían nuevos retos jurídicos, además de prever el legislador a modo de ejemplo, asuntos que tiene que ver con el respeto de los contratos ya suscritos por las partes y que estén en ejecución, antes de entrar en rigor la futura Ley.

B. PARTES Y ELEMENTOS DEL CONTRATO.

El artículo 1602 del código civil colombiano señala que “todo contrato legalmente celebrado es una Ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Ahora bien, las parte en el contrato de maternidad subrogada para JUAN MANUEL PACHECO, MANUEL ANDRÉS MONSALVE e ISABELLA TORREGROSA, tiene la siguiente clasificación y obligaciones:

Mujer gestante: La mujer gestante en el contrato de maternidad subrogada es aquella que presta el servicio a los comitentes de asistirlos en su anhelo de formar una familia. Cualidades y calidades: Doctrinalmente se debate si debería bastar la capacidad de ejercicio para que la mujer gestante celebre el negocio estudiado, ante lo cual se plantea en la práctica la necesidad de adoptarse una serie de requisitos adicionales, como la edad reproductivamente apropiada, el hecho de haber sido madre previamente, estabilidad psíquica y emocional, y demás. Como previamente se estableció, el consentimiento de la mujer gestante tiene una connotación calificada al tener que ser apto, informado y asesorado con relación a los tratamientos que se emplearán para la concepción y embarazo, además sobre las consecuencias jurídicas de su decisión con relación al niño nacido. Por otro lado, la Corte Constitucional adiciona⁸, entre otros requisitos, que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas. En ese sentido, válidamente puede afirmarse que el fundamento, además de jurídico, parte de una concepción ética y social.

Comitentes: Son comitentes o subrogantes aquellas parejas heterosexuales, homosexuales, casadas o con unión estable, o personas solteras que pueden haber entregado su material genético o haber adquirido el de terceros para un proceso de TRHA. Cabe aclarar, preliminarmente, que la cualificación como comitentes debe entenderse de acuerdo con las reglas jurisprudenciales sobre

⁸ Corte Constitucional. C-577 de 2011. M.P. Gabriel Mendoza. Ver también: Corte Constitucional. SU-214 de 2016. M.P. Alberto Ríos.

la multiplicidad de familias⁹. Cualidades y calidades: Hay sectores de la doctrina¹⁰ que establecen que con el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ejercicio es suficiente para poder celebrar el contra-to en cuestión. En cambio, otros autores¹¹ afirman que este requisito debe ser reforzado, en virtud de los valores constitucionales plasmados por la relación contractual estudiada, a saber, la familia y los derechos de los niños. Por esta razón se propone que, por analogía, se apliquen a los comitentes los mismos requisitos para la adopción contemplados en el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia. (Pacheco Chaparro, Nonsalve León, & Torregrosa Donado, 2020)

Hasta este momento, es de vital importancia entender algunos conceptos básicos del contrato de maternidad subrogada, algo que jurídicamente parece sencillo, pero debemos recordar que no todas las partes en estos negocios jurídicos en Colombia, están representado por un abogado.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹² establece que si bien no es causal absoluta de exclusión la posibilidad de contratar del comitente por contar con algún tipo de discapacidad, esta debe evaluarse de manera concreta

⁹ Corte Constitucional. C-577 de 2011. M.P. Gabriel Mendoza. Ver también: Corte Constitucional. SU-214 de 2016. M.P. Alberto Ríos.

¹⁰ AGUILAR, EMILIO JOSÉ. Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: una mirada de la norma constitucional colombiana, 2010.

¹¹ ANDREA CARDONA, PAULA; MARÍA PARRA, ADRIANA. Incidencias sociales, jurídicas y bioéticas de la maternidad subrogada en Colombia, 2012

¹² Corte Constitucional. T-968 de 2009. M.P. María Victoria Correa.

y específica junto a otros factores en función del interés superior del menor, a la luz de necesidades de amor, cuidado y protección de la criatura. Al respecto, es pertinente mencionar el debate sobre la capacidad legal que la Ley 1996 del 2019 ha resuelto, señalando la presunción que se predica de todos los seres humanos, independientemente de si tiene una discapacidad o no; bajo tal circunstancia, la ineficacia de la obligación pactada con persona titular de discapacidad, se relativiza con mayor razón en el contrato estudiado. Un requisito adicional que establece la Corte Constitucional en este tema, es que la mujer comitente, en caso de hacer parte de la pretendida familia, tenga problemas fisiológicos para concebir. La discusión que suscita éste requisito es fundamental, pues existen familias que no están dispuestas a concebir por razones externas a las fisiológicas; ejemplo de ello puede ser predisposiciones genéticas, prescripciones psicológicas, entre varias otras. Aun cuando la jurisprudencia no haya enfatizado en este asunto, le ha pedido al Congreso regularlo, por lo que la propuesta de la academia es desatender el mencionado requisito para que el contrato tenga un mayor alcance y no se limite por la cualificación de los comitentes. (Pacheco Chaparro, Nonsalve León, & Torregrosa Donado, 2020)

En ese sentido, no podemos confundir el contrato de prestación de servicios de maternidad subrogada, con el contrato de servicios de tratamiento de fertilidad y genética, puesto que, en el primero, solo intervienen dos partes como se indicó con anterioridad, la madre gestante y los comitentes; sin embargo, sobre el concepto de

madre gestante en cita, discrepamos sobre la parte final, toda vez que la gestante si presta el servicio a los comitentes de asistirlos en su anhelo de tener a sus propios hijos, pero no de formar una familia como se consigna en el escrito, puesto que de aceptarse la misma, sería desconocer algunos tipos de familia, como lo son: la unipersonal o las familias entre personas del mismo sexo por referirnos a algunas; por tanto, no puede aceptarse en la actualidad, la necesidad de hijos como requisito para entenderse conformada una familia.

La Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia T- 968 del 2009, al ser una de las pioneras en abordar la maternidad subrogada, señaló:

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la Ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas. Dentro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones” como los siguientes: (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer

gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que 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) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros. (Corte Constitucional de Colombia, 2009)

El código civil colombiano estipuló en su artículo 1502 los requisitos para obligarse:

ARTICULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. (Congreso de la República de Colombia, 1873)

En ese orden de ideas, estudiaremos cada uno de requisitos de validez del contrato objeto de investigación.

C. REQUISITOS DE VALIDÉZ DEL CONTRATO

1. CAPACIDAD

Las partes en contrato de maternidad subrogada deben contar con capacidad para obligarse; sin embargo, no está demás señalar que el mismo código civil colombiano, dispuso una presunción de capacidad en su artículo 1503 el cual señala que *“Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la Ley declara incapaces”*. Se desprende ante dicha presunción, que quienes intervienen en este negocio jurídico, cuentan con capacidad para obligarse, a menos que se demuestre lo contrario.

Ante los vacíos jurídicos que se presentan, no es menos interesante incluso preguntarnos si ¿los comitentes pueden obligarse por medio de un apoderado, para que este en su nombre, suscriba el contrato de maternidad subrogada? Interrogante

ante el cual, consideramos como solución que sí es posible realizarlo de ese modo, con base en lo dispuesto en el mismo código civil colombiano en su artículo 1550, indica “los efectos de la representación. Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la Ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.

Por supuesto, esta postura puede ser no ser aceptada o estar sujeta a la crítica jurídica, sin embargo sería lo normal puesto que todo lo gire alrededor del contrato de maternidad subrogada en Colombia, el código civil colombiano es la carta de navegación principal e indispensable su aplicación, conforme todo lo allí reglamentado sobre los negocios jurídicos y que sean pertinentes para su aplicación, atendiendo las características de dichos actos y objeto contractual; no está demás aclarar, que hacemos referencia a la firma por mandato pero del contrato, y no, a la suscripción de algún tipo de consentimiento informado que deba diligenciar el comitente, como parte del proceso de aporte de su material genético para el fin reproductivo.

De manera tal que la capacidad a la que se hace referencia para el caso del contrato de maternidad subrogada, es la capacidad de ejercicio, la cual no puede confundirse con la capacidad de goce, ya que la primera gira en torno a la facultad que se tiene para hacer uso de sus derechos y a la vez, la de poder obligarse.

2. CONSENTIMIENTO LIBRE DE VICIOS

Al respecto debe entenderse que el consentimiento para el objeto de esta investigación, está relacionada con la voluntad y el acuerdo entre las partes, el cual debe ser de manera libre, sensata y voluntaria, dando origen así al negocio jurídico, que para el caso de la maternidad subrogada, consideramos que puede ser de manera verbal o escrita; sin embargo, lo recomendable es dejar todo lo acordado entre las partes mediante contrato escrito, puesto que de recurrir al contrato verbal, efectivamente surgiría muchos problemas en caso de incumplimiento de una o de ambas partes, más la incertidumbre que se presentaría con la filiación de quien estaría por nacer.

Ahora bien, los vicios del consentimiento son el error, fuerza y dolo, conforme lo estipula el artículo 1508 del código civil colombiano, y al mismo tiempo desde el artículo 1509 al 1516 aborda cada uno de ellos, así:

ARTICULO 1509. <ERROR SOBRE UN PUNTO DE DERECHO>. El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

ARTICULO 1510. <ERROR DE HECHO SOBRE LA ESPECIE DEL ACTO O EL OBJETO>. El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa

específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.

ARTICULO 1511. <ERROR DE HECHO SOBRE LA CALIDAD DEL OBJETO>.

El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

ARTICULO 1512. <ERROR SOBRE LA PERSONA>. El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.

Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato.

ARTICULO 1513. <FUERZA>. La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

ARTICULO 1514. <PERSONA QUE EJERCE LA FUERZA>. Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento.

ARTICULO 1515. <DOLO>. El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.

ARTICULO 1516. <PRESUNCION DE DOLO>. El dolo no se presume sino en los casos especialmente previsto por la Ley. En los demás debe probarse. (Congreso de la República de Colombia, 1873)

Como se ha citado, el error de derecho no vicia el consentimiento, situación que ha sido criticada por algunos doctrinantes, al considerar que “el error de los contratos, relativos a puntos de derecho afecta el orden público” según MONSALVE. JD – citado por (Linares Vesga, 2017, p. 22) adicional a ello, no podemos dejar de lado que la ignorancia de la Ley no es eximente de culpa.

Como hemos citado, en el artículo 1512 del código civil, se reguló el error acerca de la persona, en el cual señala que el error acerca de la persona no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato; lo anterior, ajustado el contrato de maternidad subrogada, por supuesto que las calidades de esta son en principio un elemento indispensable para el nacimiento del negocio jurídico, puesto que se espera de esta, la gestación del futuro hijo de los comitentes.

Ahora bien, si de la persona con quien se contrata y procede a realizar la fecundación in vitro, se conoce posteriormente que ha faltado a la verdad en la información suministrada o erradamente se consideraron unas calidades que no tenía por parte de los comitentes, ¿podrían estos en consecuencia solicitar la nulidad del

contrato de maternidad subrogada, por vicios en el consentimiento, alegando un error sobre la persona? Esa es una de las dificultades legales que se pueden presentar y que las disposiciones del código civil no fueron estipuladas pensando que en un futuro el ser humano pudiese manipular e intervenir genéticamente en la gestación de otro ser. Así pues, de ser ese el caso, el juzgador tendría que analizar el problema jurídico sin desconocer los derechos fundamentales en principio de quien estaría por nacer, puesto que interrumpir el embarazo por causas no médicas sino jurídicas o consensuales tendría una incidencia en algunos delitos como el homicidio, aborto, entre otros, regulados en el código penal colombiano.

En igual sentido, puede presentar que una persona sea obligada a la inseminación artificial sin su consentimiento, puesto que así suscriba el mismo, este puede estar viciado por la fuerza, el código penal colombiano señala:

Artículo 187. Inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas.

Quien insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión hasta por el mismo

término. (Ley 599, Congreso de la República de Colombia, 2000)

En ese sentido, si bien la fuerza no necesariamente puede ser realizada por el beneficiario directamente sino por medio de un tercero, el profesional médico que piense intervenir a la mujer con estos fines reproductivos, debe ser muy amplio en su exposición de los riesgos de la intervención antes de suscribir el consentimiento informado, y dentro de esa relación médico paciente, debe ir más allá e indagar si realmente esa persona está actuando de manera, libre, consciente y espontánea, puesto que de llevarse a cabo el procedimiento, difícilmente se pueda revertir dentro de los parámetros legales; puesto que la Corte Constitucional Colombiana mediante la Sentencia C-355 de 2006, ha señalado tres circunstancias en las cuales se puede interrumpir el embarazo:

i. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico. ii. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico. iii. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Se desprende que, frente a la maternidad subrogada, debemos observar si este se adecúa a la posibilidad de interrumpir el embarazo producto de dicho negocio

jurídico pero del cual la gestante alegue vicios del consentimiento como la fuerza, lo anterior teniendo en cuenta que para este caso los requisitos serían, cuando resulte de una conducta denunciada, que además sea abusiva o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, como lo exige la Corte Constitucional; sin embargo, pudiese existir esa posibilidad, siempre y cuando no exista un contrato escrito entre la denunciante (mujer gestante) y los denunciados (comitente o comitentes), puesto que declarar que existió un vicio del consentimiento por fuerza, requiere de todo un proceso legal que difícilmente en Colombia se resuelva en menos de 9 meses e incluso, en un caso hipotético, deberían ser menos, atendiendo los posibles riesgos para la gestante.

El ministerio de salud en Colombia, al respecto ha señalado:

La sentencia C-355 de 2006 -al reconocer este derecho- crea la opción pero no obliga a ninguna mujer a optar por la interrupción voluntaria del embarazo, con lo cual se ratifican los derechos a la autonomía y la autodeterminación reproductiva. Por ello, es preciso que las mujeres cuenten con asesoría en opciones, en la que se les informe que aún estando inmersas en alguna causal pueden optar por seguir con la gestación y asumir la crianza o dar el producto de la gestación en adopción. (Ministerio de Salud de Colombia, 2016)

Respecto del Dolo, el citado artículo 1515 del código civil ha señalado que “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando

además aparece claramente que sin él no hubiera contratado”. El doctor LINARES VESGA ha señalado las condiciones para que el dolo vicie el consentimiento, así:

Para que los contratos bilaterales el dolo vicie el consentimiento, se requieren tres condiciones:

1. Que provenga de una de las partes.
2. Que sea principal, y
3. Que haya tenido efectos. Es decir, que la persona contra quien va dirigido, se haya perjudicado como consecuencia del engaño. (Linares Vesga J. , 2017, p. 30)

En igual sentido, al desarrollar las diferentes clases de dolo, manifestó que el dolo principal “Es aquel que es causa determinante del acto. Vicia el consentimiento. Ejemplo: cuando alguien compra un vehículo, atraído por el engaño –dolo- del vendedor. De no haber existido el dolo, no se hubiera comprado el vehículo” (Linares Vesga J. , 2017).

3. OBJETO Y CAUSA LÍCITA

Para el doctor EMILIO JOSÉ AGUILAR, estos requisitos frente al contrato de maternidad subrogada ha manifestado:

“Objeto del Contrato de Arrendamiento del Vientre Materno Obedece a la pregunta ¿Qué se debe?; en este caso, sin obviar la cosificación del cuerpo humano, en atención a los tratados protectores de los Derechos Humanos ratificados por Colombia, podemos responder a la pregunta diciendo que es el útero de la mujer. En consecuencia, si se analiza cada una de las condiciones para validar el objeto, dentro de este tenemos: a) El objeto debe existir: en los términos que se han manejado, ya está establecido que la mujer es apta para contratar luego de haberse sometido a los exámenes médicos pertinentes, de lo que se colige que debe tener un útero capacitado para gestar al hijo de la pareja solicitante; b) El objeto debe estar determinado: en el mismo examen los especialistas en fertilidad determinarían las calidades del útero; c) el objeto debe ser posible: el trámite de implantación del ovulo es absolutamente posible por lo dicho anteriormente; d) El objeto debe ser lícito: por vía de exclusión, es decir la ilicitud del objeto en el presente contrato respecto del útero de la mujer como objeto del mismo, ya está dicho que no hay prohibición expresa de la Ley en esta materia, contrario sensu, varios instrumentos internacionales abren este campo en aras de desarrollar las libertades plenas de los individuos, lo que nos permite concluir que el útero de la mujer no representa un objeto ilícito en la figura contractual bajo estudio.

Causa del Contrato de Arrendamiento del Vientre Materno Obedece a la pregunta de ¿Por qué dar en arrendamiento el vientre materno?; así las cosas, la razón de ser de este contrato yace de una parte, en el anhelo de conformar

una familia (pareja solicitante), y de la otra en lucrarse mediante una actividad que no está legalmente prohibida, además del elemento intrínseco que apunta al altruismo que evoca la portadora. Si nos acogemos a la escuela clásica que entiende la teoría de la causa como el fin en vista del cual ha contratado la parte¹³, partimos entonces de que en el contrato de arrendamiento del vientre materno, ya caracterizado por su bilateralidad y conmutabilidad, las obligaciones son recíprocas de cada una de las partes. En los términos del párrafo anterior, es decir que la portadora se obliga de la manera ya enunciada simultáneamente que la pareja solicitante lo hace en reconocer el precio que van a pagar por dicho arrendamiento, lo que trae como consecuencia una causa lícita, en el perfeccionamiento del contrato de arrendamiento del vientre materno". (Aguilar, 2010)

Como se observa, el contrato de maternidad subrogada en términos generales, no se adecúa a un contrato que contenga un objeto y una causa ilícita, teniendo en cuenta las disposiciones civiles en Colombia; de manera tal, que estos contratos circulan en nuestro país, sin que el estado haya podido establecer su postura frente a la práctica, de la cual hoy día, crece el convencimiento de que la maternidad subrogada al no estar expresamente prohibida o no existir un lineamiento jurídico claro, está permitida en nuestro país.

El doctor EMILIO JOSÉ AGUILAR señala adicional a lo anterior, que el

¹³ ORTIZ MONSALVE, Álvaro, Manual de Obligaciones, Tercera edición, Bogotá 2003, P. 73 y Ss

contrato de maternidad tiene las siguientes características:

El contrato de arrendamiento de cosas es bilateral, oneroso, principal, consensual y generalmente conmutativo, a este punto nuestro llamado contrato de arrendamiento del vientre materno obedece a las mismas características por GOMEZ ESTRADA anunciadas, sustrayéndose del consensualismo, es decir, que obedece a la solemnidad, además de ser intuitu personae y de tracto sucesivo. - *Es Bilateral:* Cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente; para la portadora surge la obligación de gestar el feto, tener el debido cuidado y diligencia, y entregar el niño; y para la pareja solicitante, surge la obligación de pagar un precio, equivalente en dinero, al aporte que la otra parte ha hecho. - *Es Oneroso:* Cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; la utilidad de los padres consiste en tener un hijo con su carga genética; y la utilidad de la portadora yace en la remuneración económica que esta recibe por haber dado su vientre en arrendamiento. - *Es Principal:* Subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; la carga obligacional para las partes nace de la convención en este contrato, sin que dependa de otro contrato para su existencia. - *Es Solemne:* Esta sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales; formalidades que a mi juicio deben ser provistas por una Ley especial (en la que se regule la práctica de los métodos de reproducción humana asistida) que rijan a lo largo y ancho del territorio nacional, principalmente en aspectos como la calidad de los centros donde se van a prestar los servicios y la cualidades de la mujer que va a

dar su vientre en arrendamiento. - *Es Conmutativo*: Cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; tanto la pareja solicitante como la portadora, se obligan en acciones equivalentes, contrario sensu, no es aleatorio porque el ámbito de responsabilidad sobre la salud del nasciturus, no entra en la órbita obligacional de la portadora, no siendo esta parte de su equivalencia dentro del contrato. - *Intuitu Personae*: El contrato se llevará a cabo con determinada persona, en razón de ello, es decir, atendiendo a los resultados favorables que la Ley en su momento exija como requisitos para el mérito de la contratación. De modo que, no se puede delegar en otra persona, o si se llegare a perder uno de esos requisitos, no será apta para contratar. - *Es De Tracto Sucesivo*: Aquellos que generan obligaciones de cumplimiento intermitente o continuo, cuya propia naturaleza impide que puedan ser satisfechas de manera instantánea; la obligación de la portadora de gestar cautelosamente el feto, se extiende en el tiempo que por naturaleza dura el embarazo, sin que exista la posibilidad de que se satisfaga de manera instantánea, sin embargo, aquella obligación se limita hasta el momento en que finaliza el embarazo y el niño es entregado a sus padres. Entonces en este contrato no se habla de resolución sino de terminación, el contrato se extinguirá, dejara de producir efectos para el futuro pero quedaran subsistentes los producidos anteriormente. (Aguilar, 2010)

Ahora bien, tanto se ha dicho que el ordenamiento jurídico colombiano no ha regulado la maternidad subrogada, y se pide como se ha visto, que esta actividad sea

reglamentada, lo cual llama la atención del Doctor LUIJI FERRAJOLI -citado por Carlos Andrés Romero Rubio, en el cual se postura es la siguiente:

“Ferrajoli hace mención especial a la maternidad subrogada. Para dicho autor, en esta práctica “la gestación de un niño se lleva adelante por una mujer diversa de aquella a la que pertenece el óvulo fecundado, en virtud de un acuerdo previamente adoptado”. A la vez, plantea que el principio de autodeterminación de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, en donde decide voluntariamente acceder a la maternidad, es el que prima en este tipo de procedimientos. Para Ferrajoli, la gestación o maternidad subrogada solo se admite bajo la forma de donación (Ferrajoli, 2002, pp. 269-270).

Finalmente, argumenta que solamente cuando haya conflicto o cuando se afecten derechos fundamentales debe intervenir el derecho. Para el jurista italiano, bastaría con una simple Ley de garantía, dirigida a asegurar la ausencia de discriminación, la dignidad y los derechos fundamentales de todas las personas implicadas. Incluso, menciona que sería preferible ausencia de legislación, donde la solución del problema jurídico se confíe a la autonomía, responsabilidad individual e intervención equitativa del juez. Por último, defiende una tesis donde argumenta que una regla general y abstracta en estos casos sería inoportuna, para él es más viable una decisión judicial precedida de intentos de mediación y composición del conflicto (pp. 274-275). (Romero Rubio, 2019)

Conforme lo anterior, estudiaremos los elementos del contrato de maternidad subrogada.

D. ELEMENTOS DEL CONTRATO

Si bien los elementos del contrato sería la voluntad de las partes, el objeto y su solemnidad en caso de exigirse que sea elevado a escrito, no es menos cierto que el contrato de maternidad subrogada es un contrato atípico y en consecuencia no puede ajustarse elementos de existencia y validez propio de los contratos típicos, es por ellos que para el caso se cita lo siguiente:

“Adicionalmente, la doctrina ha establecido que para que se configure el contrato de maternidad subrogada, es menester que se cumpla con los siguientes elementos: i) el útero de la mujer portadora del óvulo fecundado y la calidad que esta debe requerir, y de otro lado, ii) el precio ofrecido por la pareja solicitante que aportó la carga genética de dicho óvulo¹⁴. En un mismo sentido, respecto del pago del precio, algunas prácticas han determinado que los pagos se inician

¹⁴ AGUILAR. EMILIO JOSÉ. Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: una mirada de la norma constitucional colombiana, 2010, recuperado de https://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/CONTRATO_DE_ARRENDAMIENTO.pdf

luego de que se escuche el latido del corazón y que se efectúan de manera mensual hasta el parto (Cárdenas, 2014).

Ahora bien, el vacío jurídico existente trae una serie de repercusiones que afectan la estabilidad jurídica de los contratantes. Con base en ellas, han surgido una serie de interrogantes que una regulación normativa facilitarían responder. Entre esas, temas como i) la regulación del pago, ii) una posible negativa por parte de la madre gestante de entregar el bebé o, en el caso contrario, negativa por parte de los padres biológicos de recibirlos, iii) la manera de cubrir los gastos del parto y iv) su manejo en el papeleo con respecto al registro civil de nacimiento, entre otros temas de conflicto, tendrían un tratamiento distinto si se encontrasen regulados” (Pacheco Chaparro, Nonsalve León, & Torregrosa Donado, 2020).

En ese orden de ideas, para la doctora LAURA VICTORIA CÁRDENAS, esta estima que para que se configure el contrato de maternidad subrogada o de alquiler de vientre, es necesario que concurren estos tres elementos:

Que se establezcan las obligaciones de las partes; así, por parte de la madre gestante, abstenerse relaciones sexuales, someterse a rigurosos tratamientos médicos en el transcurso del tiempo que dure el contrato y entregar al niño; y las obligaciones de los comitentes o contratantes consisten en cancelar la suma acordada y recibir al niño en el momento de su nacimiento. El segundo

parámetro importante es el tiempo del contrato que son nueve meses por lo general, o menos tiempo según el caso, y el último parámetro importante es que el objeto del contrato es el niño. La maternidad subrogada por ser una práctica actual y que con el paso de los años va aumentando su demanda exige que la legislación de nuestro país regule obligatoriamente esta materia, ya que para nadie es un secreto que el derecho y su normativa deben avanzar de la mano de la sociedad y de sus cambios, ya que el derecho no puede ser una ciencia estática.

La maternidad subrogada en Colombia se ha convertido en un negocio del cual muchas mujeres se valen para mejorar su situación económica, lo que lleva a que esta práctica se convierta en un mercado negro que resalta cada vez más los vacíos jurídicos en los que se encuentra. Teniendo clara la inexistencia de una prohibición tácita de esta figura, no está regulada completamente, como debería ser, pero está permitida. Se puede concluir, entonces, que de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano vigente, es viable, válida y eficaz la implementación de un contrato de maternidad subrogada sin que existan impedimentos morales o religiosos, mediante la aplicación de los preceptos constitucionales desarrollados en figuras legales como lo son los tratados internacionales ratificados por Colombia, que protegen el derecho a la vida, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, los derechos del niño entre otros” (Cárdenas Rojas, 2015).

E. NECESIDAD DE REGULAR LA GESTACIÓN SUBROGADA EN COLOMBIA

Como se ha expuesto desde el inicio de esta investigación, con suma urgencia en Colombia debe expedirse una Ley que reglamente la maternidad subrogada, precisamente para evitar en primera medida la posible vulneración de derechos fundamentales de quien está por nacer, y de las mujeres gestantes, puesto que como se indicó con anterioridad, estos contratos si bien pueden ser con fines altruistas (gratuitos) y onerosos (pago del servicio con dinero) lo cierto es que algunas personas en la mayoría de los casos estarían motivadas para recibir una contraprestación en dinero por el servicio prestado.

De ahí que sea permitido afirmar que las mujeres gestantes, al ver en el contrato de maternidad subrogada una oportunidad de obtener unos ingresos económicos, para superar sus necesidades propias o familiares, lo que puede ocasionar ante estos vacíos jurídicos una posible explotación de las mujeres gestantes, puesto que sería necesario determinar un número de partos por esta modalidad y en sí, todo lo concerniente a su bienestar en la ejecución del contrato y algún tiempo después, ya que la gestante puede presentar algunas complicaciones en su salud producto del parto.

El estado colombiano, frente a la maternidad subrogada, tiene la posibilidad de prohibirla; permitirla o condicionar su práctica; esta última postura consideramos estaría acorde con una necesidad social que se presenta en aumento en nuestros

días, por quienes tienen dificultades biológicas o de fertilidad para procrear sus hijos; ahora bien, no es menos cierto que de permitirse la maternidad solo con fines altruistas, pudiese generar todo un surgimiento de actos ilegales y clandestinos en donde se encubra un verdadero fin oneroso, puesto que no debe ser muy atractivo para una mujer –sin generalizar- someterse a todo un proceso de gestación, soportando de igual forma cualquier inconveniente producto del embarazo, asistir a controles, ingesta de medicamentos, cuidados, dietas y demás, solo con fines altruistas.

Ahora bien, en el supuesto de prohibirse la maternidad subrogada, esta postura iría en contravía de la misma constitución política de Colombia, puesto que esta protege toda forma de familia, como vimos inicialmente, pero por otra parte, estaría cercenando la posibilidad que las personas y/o parejas que no puedan procrear a sus hijos y tengan ese deseo de ser padres biológicos no cuenten con dicha oportunidad, máxime cuando hoy en día se presta ese servicio y se cuenta con profesionales dedicados a ello en nuestro país. Prohibirla sería un retroceso a la evolución propia de la sociedad; sin embargo, de permitirse, el legislador no debe escatimar ningún esfuerzo en observar los detalles de lo que se permita o condicione, puesto que se deben garantizar los derechos de las partes en el contrato de maternidad subrogada, como también de quien estaría por nacer, así como un acompañamiento jurídico y psicológico por parte del Estado, y nos referimos a que este último debe intervenir directamente por medio de sus instituciones y no simplemente dejar al arbitrio de las partes la suerte de una actividad tan riesgosa e importante, como lo es la gestación de otro ser humano.

En Colombia, si bien existen muy poca jurisprudencia, la doctora JULIA SANDRA BERNAL CRESPO analizó tres sentencias, en las cuales a modo de conclusión determina:

Es importante anotar que en las tres sentencias los falladores recalcan sobre la necesidad de legislar sobre la reproducción asistida, con el fin de que se protejan y garanticen los derechos fundamentales de los niños nacidos fruto de estas técnicas, se evite que se realicen actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la Ley y se regulen los conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

En la primera sentencia¹⁵ que trata sobre inseminación post-mortem, para el Tribunal es claro que el consentimiento previo del compañero permanente para que su semen congelado sea utilizado con el fin de procrear un hijo luego de su muerte hace presumir la paternidad. Consideramos que este consentimiento previo es el reconocimiento de su paternidad del hijo nacido mediante este tipo de fecundación. No obstante, queda sin resolver lo relacionado con los efectos jurídicos patrimoniales de este reconocimiento, pero pensamos que en razón a la igualdad de los derechos de los hijos, estos tendrían los mismos derechos

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Familia. 2 de agosto de 1994. Proceso ordinario de ROSA REINA ACOSTA GONZÁLEZ en su calidad de representante de los menores JUAN SEBASTIÁN Y DIEGO FELIPE ACOSTA contra los herederos indeterminados de TEODULO VACA NOVOA. M. P. Martha Lucía Núñez de Salamanca.

sucesorios que los demás hermanos paternos. En relación con los atributos de la personalidad, en cuanto al nombre con el cual debería registrarse el nacimiento el niño, llevaría el apellido del padre seguido del apellido de la madre; su filiación en este caso es extramatrimonial debido a la relación de compañeros permanentes de los padres. (Bernal Crespo, 2013)

El análisis de dicha sentencia, tiene como reflexión precisamente, si en caso de existe la muerte del padre biológico, ¿qué sucede con el contrato? Y cuáles serían esos efectos, si la minuta contractual no es muy clara en esos aspectos, porque si bien existe un régimen civil y de familia, algunos aspectos legales no están claros frente a la maternidad subrogada.

En la segunda sentencia¹⁶ que trata sobre inseminación asistida con donante heterólogo en una mujer casada sin el previo consentimiento del cónyuge, la Corte resuelve que el cónyuge puede impugnar la paternidad debido a que no consintió previamente en el tratamiento y, por tanto, no asume jurídicamente la paternidad de ese niño. En relación con el donante manifiesta que al donar anónimamente su semen, renuncia a su paternidad y no puede solicitarse judicialmente a pesar de ser el padre biológico, pues prevalece la confidencialidad frente a la “verdad biológica”. Una duda que queda y que ha sido planteada por Borda (2008, p. 15-16) es si un donante del semen puede

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Referencia: 11001- 3110-002-2006-0537-01. M. P. Arturo Solarte Rodríguez

reclamar la paternidad y reconocerlo como hijo. En relación con los derechos del niño a tener una familia, el derecho a su identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre y filiación, derechos consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y en el artículo 25 del Código de la Infancia y Adolescencia -Ley 1098 de 2006- (Congreso de la República de Colombia, 2006A), pensamos que si bien la familia monoparental es una realidad colombiana, el niño, al igual que como sucede en la adopción, debería tener el derecho a solicitar el levantamiento de la reserva y el acceso a la información, de acuerdo con los requisitos consagrados en el artículo 75 de la citada Ley. (Bernal Crespo, 2013)

Respecto de este caso, el donante de los espermatozoides simplemente desde el inicio no tiene una intención de ser padre o de conformar una familia, es por ello que esa actuación está sometida a una reserva en principio, situación que jurídicamente puede generar diferentes debates jurídicos, respecto de la verdad biológica sobre la reserva legal, de lo cual ya el análisis anterior nos ilustra en parte su prevalencia; sin embargo, cada caso deberá ser estudiado con detalle, teniendo en cuenta que tendríamos que ponderar los derechos del menor y la reserva legal del donante.

En la tercera sentencia¹⁷ que trata sobre maternidad subrogada, la Corte Constitucional interpretó que la modalidad en la que realmente hay alquiler de

¹⁷ Sentencia T- 968 de 2009 de 18 de diciembre de 2009 Corte Constitucional-Sala Segunda de Revisión. Expediente T-2220700. M. P María Victoria Calle Correa

vientre es cuando la madre gestante no aporta su óvulo. Manifiesta que este contrato no se encuentra prohibido por nuestra legislación y por el contrario tiene más ventajas que la adopción, pues los padres genéticos serán los padres jurídicos. En este caso consideró que con el fin de desvirtuar la presunción de maternidad por el hecho del parto, se debe aportar como documentos antecedentes del registro civil de nacimiento, el contrato de alquiler de vientre y las pruebas genéticas de filiación. Por el contrario, negó la validez del contrato por tener objeto ilícito, cuando la madre gestante, además, aporta su óvulo y, por lo tanto, es la madre biológica y no puede darlo en venta. Falta por resolver si sería válido el contrato cuando no se establece una remuneración¹⁸; ¿estaríamos hablando de adopción?, si es así, de acuerdo con el artículo 66 del Código de la Infancia y Adolescencia, el contrato estaría viciado de nulidad¹⁹.

Por lo anterior es claro que se hace necesario regular el tema del consentimiento que deberá ser apto, asesorado e informado y las consecuencias jurídicas en relación con la filiación. Es necesario adecuar el tema de presunciones de paternidad y maternidad vigentes en el Código Civil colombiano en relación con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. El legislador deberá tener como criterio fundamental la garantía de los derechos fundamentales de los

¹⁸ Una aproximación al tema en Ravetllat (2011)

¹⁹ “No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante” (Congreso de la República, 2006A, inc. 4 art.66).

niños, la no discriminación por razón del nacimiento, que son sujetos de especial protección del Estado, la sociedad y la familia, y que sus derechos prevalecen sobre los demás.” (Bernal Crespo, 2013)

Al respecto, el Doctor MIGUEL ÁNGEL TORRES QUIROGA propone un ejemplo en el cual, consideramos, humaniza un poco la visión de la maternidad subrogada; puesto que, desde todos los puntos de vista analizados hasta este momento, se estudia esta práctica como negocio jurídico, sin que se observe con detenimiento toda la responsabilidad que recae sobre la mujer gestante, desde una perspectiva física, psicológica y patrimonial, en ese sentido, el doctor plantea lo siguiente:

“Pensemos en un ejemplo que pudiera poner a un hombre en una situación meridianamente comparable. En un futuro no tan distante, es posible que en el interior de nuestros cuerpos se reproduzcan órganos (hígado, pulmones, riñón, o médula) a través de una tecnología basada en la generación de tejidos para trasplantes, conseguida mediante la implantación de células madre en el órgano que se desea reproducir. Un hombre cuya hija necesita un hígado para sobrevivir se presta como voluntario para salvarla, por lo cual se le introducen los tejidos en el hígado para que, en cosa de un año, el nuevo órgano destinado a su hija esté completamente formado. ¿Se halla el padre en una situación similar a la de una madre de alquiler? En primer lugar, la autonomía del hombre, aunque en cierto riesgo, lo está por el hecho de que una tecnología de ese

orden supone posibles consecuencias a su salud. Sin embargo, a pesar de la probabilidad de que algo salga mal, no puede renunciar a salvar a su hija porque supondría una falta mayor que no podría disculparse. En segundo lugar, el órgano tiene como función devolverle la salud a la niña, y en el logro de esa salud (o en intentarlo) la voluntad y autonomía del hombre está siendo respetada. Como en otras regulaciones semejantes²⁰, podría echarse atrás si en algún momento considera que su vida está en peligro de muerte también. Incluso si no existe un peligro inminente, el donante puede retirar su consentimiento. Y una cuestión más: dadas las regulaciones internacionales, la compra-venta está rigurosamente prohibida, por lo que el interés mercantil está cerrado. Para la madre de alquiler, además de que no podría dar marcha atrás según ratifican las regulaciones autodenominadas como 'garantistas' como las promovidas por GIRE, SNH, la Asociación por la Gestación Subrogada en España, y gran parte de los/as filósofos/as contractualistas revisados, se le exige renunciar a un derecho vinculado al hecho biológico del embarazo. ¿A qué se debe esa gran diferencia? Aquí una hipótesis bastante obvia. Es común que se

²⁰ La Ley de donación de órganos en España (recalquemos que es, junto con la más recientemente aprobada en Holanda, dos de las más avanzadas y que mejor funcionan en el mundo) publicada por el BOE el 29 de diciembre del 2012 presenta una larga serie de consideraciones en torno al consentimiento de la persona donante en vida. En Capítulo III de la Ley vigente, se contemplan (en resumen, solo aparece lo relacionado con este aspecto) lo siguiente sobre la persona del donador y su consentimiento: 2) no se realizará el trasplante si existen sospechas de que se condiciona el consentimiento por medios económicos, sociales, psicológicos o de cualquier otro tipo; 5) Testigos tendrán que dar fe del consentimiento; 6) Transcurrirán 24 horas mínimo entre la firma del acuerdo y la extracción del órgano, pudiendo la persona donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción ni formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización.

defienda una regulación que equipare la donación de órganos con la subrogación de vientre. Sin embargo, mientras que en el primer caso nadie dudaría de que la relación con el propio cuerpo del padre entraría en un conflicto si se le obligará por Ley a donar el órgano producido artificialmente. A menos, claro, que se considere que ese exceso no es suyo sino de la otra persona, la receptora del órgano. Claro está que, si la Ley vigente en España defiende a capa y espada que nadie obligue al donante se debe a un respeto a la integridad de su persona, a su autopropiedad. Porque es un trato indigno que alguien, incluso el criminal más despreciable, se vea impedido de conservar la integridad de su cuerpo. Por eso tampoco es posible permitir que en películas snuff se consienta que las personas se infrinjan un daño importante. Ahora bien, si el exceso de órgano a extraer proviene de células de la persona receptora, ¿qué sucedería entonces? (Torres Quiroga, 2018, pp. 343-344)

Quizás llegado este punto estamos ante un escenario cercano al que muy presumiblemente experimenta la madre de alquiler. Si pensamos que, dado que las células madre que originan el órgano a donar provienen del cuerpo de la futura receptora, la donadora carece de integridad absoluta de su cuerpo por engendrar un órgano para alguien más lo que la obligaría a donar- entonces nos moveríamos a un problema como el que nos ha ocupado a lo largo de esta investigación. Pateman cita reiteradamente el cuento aristotélico de la vasija vacía, de que es el esperma el que da la vida, mientras que el útero solamente es un horno carente de implicación en la singularidad de la materia gestada. Que

sea la mujer quien dona cuerpo, sangre, carne y huesos equivale al albañil que, con su fuerza física, levanta una casa, que en realidad sería obra del arquitecto. Si el espermatozoide, el óvulo, el embrión o la intención consagrada en el contrato dictan otra cosa, entonces el cuerpo de esa mujer deja de estar en su absoluto dominio sin que un cambio de parecer le traiga más problemas que soluciones.” (Torres Quiroga, 2018, pp. 344-345)

En ese sentido, insistimos que la maternidad subrogada en Colombia no puede permanecer en un estadio de incertidumbre, en donde dicho negocio jurídico queda a merced de las partes y en el cual, las mujeres gestantes lo hacen en su mayoría con el fin de obtener un ingreso o contraprestación de tipo económico, y tal vez sin un acompañamiento jurídico y psicológico eficaz antes de suscribir dicho contrato, máxime cuando de una forma directa o indirecta, lo allí pactado tiene una incidencia jurídica en ese otro ser humano que estaría por nacer; lo anterior, sin dejar de lado, que en los casos de nacimiento por medio de la gestación por subrogación, para efectos de formalizar la filiación, deben los comitentes iniciar un proceso judicial de impugnación de la paternidad, y por medio de las pruebas conducentes como la de ADN, se demuestre que no existe identidad genética con la mujer gestante y de esa forma se le imprima el formalismo jurídico para la filiación entre los padres comitentes y el recién nacido.

F. ANÁLISIS AL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA 345 DEL 2023

Teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional presentó el Proyecto de Ley Estatutaria (P.L.E.) 345 de 2023 ante la Cámara “por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia” en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia T- 275 de 2022, mediante la cual se dispuso que, “en los próximos seis meses desde la notificación de esta sentencia, presente ante el Congreso de la República un proyecto de Ley orientado a regular la «maternidad subrogada» en Colombia” en muy oportuno el análisis jurídico a cada una de las disposiciones allí consignadas, toda vez que, no es el primer proyecto de Ley que se presenta en el Congreso Colombiano para regular dicha práctica, y que, a la fecha no ha tenido la fortuna de prosperar la iniciativa de contar con una postura del Estado frente a la maternidad subrogada, soportada en un marco legislativo claro.

1. Algunos aspectos generales en la exposición de motivos del proyecto de Ley Estatutaria.

Todo parece indicar que este proyecto de Ley tiene una alta probabilidad de tener éxito al contar con el seguimiento que la Corte Constitucional realice al mismo conforme su exhortación en la sentencia T- 275 de 2022; por supuesto, considerando cada debate que debe surtirse más los ajustes propios a los que se debe someter esta iniciativa legislativa, pero al referirnos al éxito, hacemos énfasis en que el Estado

colombiano tiene la posibilidad de contar con una regulación que permita tener claridad en las condiciones o posturas frente al ejercicio de la maternidad subrogada, que como hemos visto con anterioridad, es una práctica que se lleva a cabo en Colombia, sin que exista una intervención directa de su parte.

En la exposición de motivos de este proyecto de Ley, determina como objeto de la misma:

El objeto de la presente Ley busca dar desarrollo a los derechos reconocidos a nivel convencional de los niños, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, dentro de los cuales destacamos: (i) el derecho a la identidad, (ii) el derecho al nombre, (iii) el derecho a la nacionalidad, (iv) el derecho a una relación familiar y (v) el derecho a no ser objeto de venta, de conformidad con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, entendiéndose venta como todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. (Congreso de la República de Colombia, 2023, P.L.E.345-2023)

Además de lo anterior, en este proyecto de Ley estatutaria determina que también otro de sus fines es:

Regular el acuerdo de subrogación uterina para la gestación para que, a través de su uso, se asegure los derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, el derecho a la salud reproductiva, a poder conformar una familia y el interés superior de niños, niñas o adolescentes. En el contexto colombiano, fue posible identificar distintas instancias en las cuales los mencionados derechos fundamentales se encuentran en peligro de ser vulnerados, a partir cláusulas incluidas en acuerdos de voluntades fundados en la iniciativa privada, a partir de la admisión tolerada resultado de la Sentencia T-968 de 2009. Por lo tanto, se busca delimitar el alcance de la iniciativa privada, adelantada en el contexto de la inclusión de la subrogación uterina como uno de los procedimientos que pueden hacer parte de las técnicas de reproducción humana asistida preservando la protección de los derechos fundamentales de las personas que sean parte de los negocios jurídicos por medio del cual se regulen los términos y condiciones de la subrogación uterina para la gestación. (Ibídem).

En ese sentido, se rescata la importancia en primera instancia, de los derechos de los niños, conforme todo el reconocimiento a nivel mundial que estos tienen, y no se valore para estas prácticas como simplemente el producto del embarazo o la gestación asistida, para finalmente convertirlo en objeto de explotación económica; es acertado que el Estado Colombiano, resalte por encima de quienes tendrían derecho a ser padres y/o conformar una familia, el valor y los derechos de quien estaría por nacer, en los casos de maternidad subrogada.

El proyecto de Ley que el Gobierno Nacional propone y define como postura del Estado, la maternidad subrogada con fines altruistas, alejándose como primera medida de su prohibición o aceptación con fines comerciales, es un buen inicio para estudiar y analizar cuáles son los derroteros sobre los cuales se edificará la práctica de esta reproducción asistida, toda vez que en el mismo proyecto se acepta dentro de las consideraciones generales, cómo se tratan esos procedimientos en Colombia, determinando que:

El contexto en el cual se vienen desarrollando las prácticas de subrogación uterina en el país, esto es admisión tolerada⁶, manejada de manera privada por los centros de fertilidad y equipo jurídicos que realizan prestación de servicios legales para la definición de la filiación y demás trámites de Registro de Civil; prestaciones que de manera general puede afirmarse se adelantan sin vigilancia y control suficiente, generando prácticas que si bien permiten el reconocimiento abierto de múltiples formatos de familia, y dan cuenta de la autonomía reproductiva como ejercicio de libertad para que se tomen decisiones relacionadas con el antes y después de la reproducción, acontecen sin que se haya dado un debate sobre la manera en la cual se generan límites, condiciones de los acuerdos, como dirimir conflictos, éticos, bioéticos y legales cuando estos se presentan. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Es importante que el proyecto pretenda regular esta práctica de la maternidad

subrogada, en una protección a priori y a posteriori, tanto de las partes y de quien está por nacer, por medio de la maternidad subrogada, puesto que se proyectan rutas y criterios que permitan proteger al infante.

Si bien el proyecto de Ley obedece al cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional, como ya se expuso, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio de Salud y Protección Social, fueron los encargados de presentar, revisar y proyectar cada artículo ahí consignado, de manera tal que no se trata de un asunto simplemente que competa al sector salud, sino por el contrario, toda la actividad contractual y jurídica que se requiere para abordar la subrogación uterina, la cual tiene en la actualidad una iniciativa basada en el derecho privado, ante la omisión legislativa que se presenta en Colombia; sin embargo, se reconoce que dicha actividad compromete o pone en riesgo derechos fundamentales de las partes y de quien estaría por nacer de consumarse el acuerdo.

En el análisis del derecho comparado que se consigna en el proyecto tantas veces referido, estos concluyen que “en el plano internacional, existen 3 vertientes regulación posibles: (i) prohibición, (ii) regulación altruista y (iii) regulación comercial.” Dejando claro como se expuso con anterioridad, que el Estado Colombiano comparte la tesis de permitir la maternidad subrogada pero con fines altruistas, como lo veremos más adelante, puesto que existe *per se* unas condiciones y limitaciones; sin embargo, en dicha exposición de motivos se señala:

Es necesario que se tenga en cuenta que el altruismo implica un no favorecimiento económico, sin embargo, no excluye la necesidad de establecer la compensación sobre el cuidado y la salud por llevar a cabo la gestación, lo cual implica las garantías antes enumeradas, por lo que es deber de la legislación que se garantice un proceso de consentimiento informado constante para cada uno de esos momentos asistenciales, y que en caso de ser necesario se diferencie entre los consentimientos formales y cualificados, para los procedimientos que supongan un riesgo para la continuidad de la autonomía reproductiva y futuras decisiones de la mujer frente a sus derechos sexuales y reproductivos. (Exposición de motivos, Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023, p. 19)

Hasta este momento, nos llama la atención la terminología escogida, puesto que prefiere referirse a estas prácticas como “subrogación uterina para la gestación” y la define:

La subrogación uterina es por definición la gestación de un ser humano, que una vez nacido es entregado a la persona o personas que se harán cargo de él o ella, puntualmente quienes van a asumir la paternidad/maternidad, en ello cabe reconocer que la elaboración de la noción de maternidad está dada por la persona que decide participar en el proceso de asistencia a la reproducción, quien pudiera determinarse como madre durante la gestación y seguir considerándose como tal después de finalizado el proceso y realizada la cesión del producto del embarazo, el hijo o hija, o no; finalmente, la maternidad no está definida ni determinada exclusivamente por el acto de gestar. (Exposición de

motivos, Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023, p. 15)

En esta exposición de motivos cita a (Moreno-Molina, J. 2022) el cual señala que:

“[...] en los procedimientos de técnicas de reproducción humana asistida se ve una clara intención, y determinación, de la voluntad procreacional. Como procedimientos médicos, responden a un proceso cuyo resultado es la gestación y la obtención de una vida, por medio del uso de tecnología, sin buscar a través de estos medios, resolver un problema fisiológico o una limitación biológica sino para rodearlos. Al rodear los problemas o limitaciones, el objetivo de los procedimientos se repliega en crear un ser humano, con recursos biológicos propios o que provienen de terceros, sin que se espere que estos tengan un rol en la crianza del hijo resultante.”

Así las cosas, en lugar de utilizar la expresión maternidad subrogada se prefirió “subrogación uterina para la gestación” y se explica como motivo de ello, que este último es el más acertado puesto que “al primer término más adecuado, sin perjuicio de la utilización reiterada del segundo. Así, también consideramos que la terminología de “alquiler de vientre” o denominaciones similares, no es idónea para tratar la problemática objeto del presente Proyecto de Ley.” (Exposición de motivos, Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023, p. 15)

No obstante, lo anterior, amplía la justificación del término subrogación uterina

para la gestación, por cuanto:

El concepto “subrogación uterina para la gestación” es idóneo, en vista de que hace referencia, por un lugar, a todos los procesos físicos y biológicos que conlleva la técnica, incluso desde antes de que la persona gestante quede en estado de embarazo. De la misma manera que, no da lugar a dudas respecto de la relación entre la parte gestante y la comitente, en la medida en que esta tiene que ver con que la primera entre a sustituir a la segunda en el proceso biológico descrito, sin reemplazar a la parte comitente en ningún derecho u obligación derivada de la maternidad generada, tras el parto. (Ibídem).

En dicho proyecto de Ley estatutaria se destacan a su consideración mediante cuadro, que la exhortación de la Corte Constitucional de Colombia realizó al Gobierno Nacional, giran en torno a los siguientes puntos:

1. Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.
2. Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre).
3. Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
4. Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.
5. Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a

valoraciones psicológicas

6. Que se preserve la identidad de las partes.
7. Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
8. Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
9. Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
10. Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.
11. La mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo.
12. La desprotección de los derechos e intereses del recién nacido.
13. Los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la Ley.
14. Los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

Conforme lo anterior, estamos de acuerdo que sobre los puntos anteriores se atienden las exhortaciones realizadas mediante sentencia de tutela T-275 de 2022, y que por supuesto, mediante treinta artículos se pretende cumplir con dichos lineamientos, los cuales iremos analizando en el mismo orden propuesto.

2. Análisis y postura frente a los artículos propuestos en el proyecto de Ley Estatutaria.

Como se ha mencionado con anterioridad, la regulación de la maternidad subrogada se encuentra en una fase muy importante en Colombia, considerando la intervención que la misma Corte Constitucional ha realizado, al exhortar al Gobierno Nacional para que presente un proyecto de Ley que luego de ser debatido en el Congreso de la República, puede brotar tan importante normatividad, conforme los derechos que están en riesgo y que posiblemente se estén vulnerando con una práctica que está quedando al simple arbitrio de quienes participan en estas actividades, mediando un contrato del cual poco se sabe, ante la falta de regulación e intervención del Estado; en ese sentido, pasaremos a citar cada artículo del proyecto de Ley estatutaria No 345 del 2023 y al final de cada uno, se dejaron los comentarios y postura frente a los mismos.

Artículo 1. Objeto.

La presente Ley tiene como objeto regular la subrogación uterina para la gestación en Colombia, estableciendo los parámetros que regulan el proceso asistencial y clínico, el tipo de acuerdo entre las partes, las relaciones filiales y la protección de la subrogante y del producto de la gestación, en garantía de los derechos a la libertad de desarrollo de la personalidad y los derechos sexuales y reproductivos como parte integral del derecho fundamental a la salud, conforme los principios de dignidad humana, autonomía reproductiva e igualdad. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

El Gobierno Nacional se aparta de la expresión maternidad subrogada, para que en su remplazo se refiera como subrogación uterina para la gestación, esto no implica que se acepte por ningún motivo un calificativo de vientre de alquiler, puesto que el alquiler tendría una connotación más relacionada al contrato de arrendamiento dentro de la órbita civil y sus características, que a lo que realmente se pretende, como lo es la gestación en beneficio de otros, y entrega del producto de esta.

En caso de ser aprobado el presente proyecto de Ley, cesaría la omisión del Estado en su deber de intervenir directamente en este tipo de acuerdos, máxime cuando estarían en riesgo derechos fundamentales de las partes y de quien esté por nacer; de manera tal que, el Estado no puede garantizar unos derechos conforme su constitución política y a su vez, guardar silencio o ser omisivo cuando estos están en peligro por falta de regulación e inmediatez.

Teniendo en cuenta la redacción del proyecto bajo análisis, este divide el proceso de la subrogación uterina para la gestación, en dos estadios o grupos, bien sea en la fase asistencial y el periodo clínico, aunque si bien estos últimos hacen referencia al inicio de un acuerdo entre las partes, no es menos cierto que dentro de los objetos está la de regular previamente ese tipo de negocios jurídicos u acuerdos, toda vez que como se verá más adelante, se determinan límites y condiciones para poder participar de estos pactos; dichos requisitos, tienen que ver con las mismas condiciones físicas y fisiológicas de las personas en especial de la subrogante.

Ahora bien, es interesante que se determine dentro del presente artículo la protección de los derechos sexuales y reproductivos, así como el desarrollo de la personalidad; sin embargo, lo que podemos establecer es que efectivamente existe una garantía inicial, pero no con el pleno de libertades que cualquier persona esperaría tener por el simple hecho de ser parte del Estado, pero cierto es que, efectivamente existen requisitos para poder acceder a estos procedimientos, de manera tal que el principio de autonomía reproductiva también está condicionado.

No podemos decir que el presente proyecto de Ley sea una novedad frente a la propuesta de regulación, pero atendiendo los lineamientos que la Corte Constitucional ha establecido, permiten que el proyecto y los congresistas tengan una visión de la necesidad de la regulación, pero no solo con fines de la actividad contractual que se presenta en Colombia, sino también, que las mismas no desconozcan los derechos fundamentales de quienes intervienen, sino también, de quien estaría por nacer, lo que convierte a esta propuesta legislativa en una gran posibilidad de salir adelante ante el ejercicio parlamentario y cada una de sus instancias, en donde han naufragado proyectos anteriores con la misma finalidad.

Artículo 2. Principios. Son principios rectores de la práctica de subrogación uterina la Dignidad Humana, Autonomía reproductiva e Igualdad y No discriminación. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Atendiendo lo principios propuestos, consideramos que estos son pocos para la

importancia y magnitud de lo que implica la manipulación genética y la reproducción asistida, como lo es para este caso la subrogación uterina para la gestación, puesto que deben ampliarse o adicionarse aquellos que regulan la salud en Colombia, como sería el principio de universalidad como por nombrar alguno, ya que al permitirse su práctica, esta debe estar protegida no solo por los comitentes o lo dispuesto en el acuerdo entre las partes, sino también con la participación e intervención activa del Estado y de manera directa en dichas prácticas; otros principios importantes por señalar, serían los de la eficiencia, calidad y transparencia, como también el de solidaridad; lo anterior, en razón a que una de las partes obligadas mediante acuerdo contractual puede incumplir el mismo y exponer a la gestante y al *nanciturus* con la falta de atención eficaz ante cualquier adversidad propia del objeto contractual.

El acompañamiento psicológico previo, durante y después del parto, debe estar inmerso en estos eventos, ya que su práctica tiene una connotación de sensibilidad y sentimientos que pueden desarrollarse entre la gestante y el producto, lo que puede generar un impacto entre estos, al momento del desprendimiento y despedida de esa unión, que si bien puede observarse como un evento que pone en riesgo la relación contractual, no es menos importante precisar que el Estado debe no solo garantizar el cumplimiento de lo pactado, sino advertir y proteger los efectos de subrogación uterina para la gestación, ya que en Colombia contamos con herramientas jurídicas para resolver las faltas contractuales como lo sería el código civil.

Artículo 3. Definiciones. Para efectos de la presente Ley se entiende:

1. Acuerdo de subrogación uterina para la gestación: Es el contrato bilateral, gratuito, aleatorio y solemne, por medio del cual la parte comitente y la persona gestante, acuerdan la subrogación uterina para la gestación, en los términos descritos en la presente Ley.

2. Material reproductivo humano: componentes anatómicos de tipo celular, tejidos reproductivos, y embriones que hacen parte del proceso de concepción, implantación y gestación.

3. Parte comitente: Es (Son) la(s) persona(s) que conviene(n) con la persona gestante, celebrar un Acuerdo de subrogación uterina para la gestación, con la intención de tener la filiación sobre el producto del embarazo luego del nacimiento. Al menos una de las partes comitentes debe estar vinculada genéticamente con el producto del embarazo, cuando medicamente sea posible.

4. Persona gestante: El término personas gestantes incluye a toda persona con capacidad biológica de quedar en embarazo y atravesar el proceso de gestación, lo que abarca, mujeres, hombres transgénero, transmasculinidades, personas no binarias o personas intersexuales, sin excluir otras identidades de género con las cuales la persona se autoreconozca, que acepta la implantación del embrión y el proceso de la gestación, sin que esto genere efectos de filiación, y quien entregará el producto de la gestación una vez terminada la gestación. Para efectos de la presente Ley, se entiende que la persona gestante no provee su propio material genético.

5. Producto de la gestación: producto de la concepción, implantación y gestación, independiente de la edad gestacional. Que, para efectos de la presente Ley, completará su proceso de crecimiento y desarrollo dentro del útero de la persona gestante sin que esto genere una filiación, y el cual será entregado a la parte comitente finalizado el período de gestación.

6. Subrogación uterina para la gestación: técnica de reproducción humana médicamente asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona o con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

La terminología utilizada en este proyecto de Ley, determina en consecuencia las formas como vamos a referirnos en los acuerdos o contratos que se desarrollen para la subrogación uterina para la gestación, y a su vez, el alcance del mismo, conceptos que necesariamente deben estar claros para evitar futuras controversias jurídicas, producto de las distintas interpretaciones que se puedan generar y que estén por fuera de la finalidad o intención de las partes y de los derechos de quien esté por nacer, denominado en el proyecto en cita como el producto de la gestación.

Ahora bien, como se ha determinado en la primera parte de esta investigación, existen diferentes conceptos frente a la práctica objeto de regulación, y que requiere de una asistencia científica, y que se conoce en diferentes países con nombres distintos,

de lo cual, más allá de las diferencias científicas y semánticas, lo realmente importante es que, al ser una proyección legal, no sería menos importantes aclarar el alcance y sentido de la terminología que deba utilizarse y que no es descabellado, pensar que incluso, estos conceptos pueden ser objeto de reproche por parte de los parlamentarios, conforme las diferentes posturas que la literatura ofrecen en la actualidad.

Artículo 4. Prohibiciones.

Para la prevención de la explotación de la persona gestante y la garantía del interés superior del menor, se prohíbe la celebración o ejecución de acuerdo de subrogación uterina para la gestación:

1. *Comercial.* Que impliquen ánimo de lucro o provecho económico en el que la parte comitente pague a la persona gestante un valor que genere su incremento patrimonial y ganancia ocasional, que vaya más allá de la compensación en los términos contemplados en la presente Ley.
2. *Transfronteriza o trasnacional.* En que las personas participantes no cumplan con los requisitos habilitantes contemplados en la presente Ley.
3. *Retracto bilateral.* En el que las partes puedan retractarse del cumplimiento de sus obligaciones, una vez se inicien los procedimientos médicos que involucren la manipulación de material reproductivo, respecto de la entrega del producto de la gestación, para la persona gestante y respecto de la filiación con la persona nacida viva producto del acuerdo, para la parte comitente.

4. *Número de participaciones.* En el que la persona gestante haya participado en más de dos (2) acuerdos de subrogación uterina para la gestación.

5. *Negación de la filiación.* En el que la parte comitente pueda negar su vínculo filial con la persona nacida, y la persona gestante se oponga a que la persona nacida permanezca con la parte comitente o reclame su filiación con esta.

6. *Intermediación con fines comerciales.* En el que haya existido intermediación de personas naturales o jurídicas con fines comerciales

Se prohíbe a las personas naturales o jurídicas realizar publicidad sobre la necesidad de material reproductivo humano, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración, o cualquier otra actividad que implique captación con fines de explotación de las partes de un acuerdo de subrogación uterina por sustitución.

Las superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia y control del sistema general de seguridad social en salud y el servicio público de notariado y registro serán las competentes para para iniciar de oficio o a solicitud de parte, el proceso administrativo sancionatorio e imponer las sanciones correspondientes a sus vigilados, cuando existan los supuestos descritos en el presente artículo. Lo anterior, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinaria y penal a la que haya lugar.

Las partes y demás intervinientes que participen en cualquiera de las etapas de la celebración o ejecución de acuerdo de subrogación

uterina para la gestación tienen la obligación de denunciar ante las autoridades competentes, la incursión en cualquiera de las prohibiciones contenidas en el presente artículo o cualquier otro acto contrario a la Ley. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

El Estado ha tomado una postura importante al permitir la subrogación uterina para la gestación de manera altruista, por supuesto que debe prohibirse su comercialización, lo cual limite como sucede en algunos países antes estudiados, la posibilidad que se incentive el llamado turismo de la maternidad subrogada, generando en consecuencia algunas dificultades que muchas veces son imprevistas al momento de realizarse el acuerdo, pero que no deja de afectar por su incumplimiento derechos fundamentales, como primera medida.

La prohibición de la retractación genera confianza en el procedimiento e intereses de las partes en este tipo de contratos, no siendo menos importante, fijar un límite de oportunidades en que una mujer pueda participar como gestante; ahora bien, el Estado señala algunas entidades de vigilancia entre otras como garantes de intervención por parte del Estado en estos procedimientos ante cualquier falla o incumplimiento e insta a las partes a denunciar cualquier acto que atente en contra de los mismos; sin embargo, sería del caso considerar una flexibilidad limitada en el tiempo, para quien es la subrogante, y que así se haya iniciado el procedimiento, se permita la retractación de esta en casos de eventuales situaciones que pongan en peligro su vida, puesto que si bien estas deben mantener un deber de cuidado, pueden

surgir algunas patologías que no hayan sido previstas y que pongan en riesgo su salud con consecuencias irreversibles o incluso produzcan su deceso.

Artículo 5. Objeto del acuerdo. El Acuerdo de subrogación uterina para la gestación es un acuerdo de voluntades sin fines de lucro en el que la parte comitente con imposibilidad de concebir, o de llevar a término un embarazo, certificado médicamente, asume en favor de la persona gestante una compensación para que esta use su capacidad biológica de gestación para dar lugar al nacimiento de un ser humano y entregar el producto de la gestación de conformidad con los términos establecidos en esta Ley. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Si bien es claro el objeto del acuerdo y la finalidad altruista que tiene el proyecto de Ley bajo análisis, no es menos importante precisar que puede existir el riesgo de que las partes lleguen a acuerdos fuera de lo aquí propuesto, convirtiéndose en caso hipotético, en una subrogación uterina para la gestación con fines económicos; de lo cual se debe necesariamente prever cuáles serían las consecuencias jurídicas en dichos eventos, y si esta encajaría dentro de los delitos penales vigentes en Colombia, o si solamente tendría las connotaciones de un incumplimiento contractual de tipo civil.

La hipótesis anterior pone en evidencia la falta de mecanismos jurídicos que castiguen el desconocimiento de los fines altruistas de este tipo de gestación, puesto que de no estar precisas las consecuencias, puede esto generar un turismo en Colombia, que intente ofrecer pagos clandestinos por estos servicios, en personas

necesitadas, que recurrirían a su cuerpo como modo de obtener beneficios económicos, fuera de los propósitos que motivaron la posición del Estado al respecto.

No es menos importante rescatar que puede existir alguna posición en los debates que proponga que dicha práctica sea con fines económicos como se entiende está funcionando en Colombia al no existir regulación alguna, pero la posición de los discentes es el acierto al regular la subrogación con propósitos no económicos.

Artículo 6. Requisitos habilitantes de la parte comitente. Únicamente podrán ser parte comitente de un Acuerdo de subrogación uterina para la gestación, las personas, que cumplan las siguientes condiciones:

1. Ser nacional colombiano, colombiano casado con extranjero o extranjero residente en el país.
2. Ser una persona soltera, una pareja, casada o en unión permanente de conformidad con la Ley colombiana, con imposibilidad de concebir, o de llevar a término un embarazo, certificado médicamente.
3. Tener entre veinticinco (25) y cincuenta (50) años de edad.
4. Encontrarse afiliados al sistema de seguridad social colombiano, dentro del régimen contributivo o el que haga sus veces.
5. La parte comitente debe aportar su material reproductivo, para garantizar el vínculo genético con el producto de la gestación, salvo que ambos en la pareja casada o en unión permanente o la persona soltera se encuentre diagnosticada con enfermedad o trastorno que afecte la

fertilidad.

Tener idoneidad para la crianza del niño o niña, como padre o madre, o ambos según corresponda, conforme a lo establecido en el numeral 4 del artículo 12 de la presente Ley. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Los requisitos habilitantes aquí señalados son armónicos con la prohibición de realizarse con fines comerciales y a su vez, evitar que extranjeros vengan al país solo con el objetivo de obtener la subrogación uterina, lo que a nuestro criterio es perfecto, puesto que de no limitarse para las personas señaladas en el numeral primero, podría convertirse en una especie de explotación femenina; ahora bien, sobre la idoneidad de la crianza, no es clara la forma en que se probaría esta, para quienes quieren ser comitentes en este tipo de subrogación, por tanto, debe ampliarse ese requisito a unas valoraciones previas por autoridad competente, bien sea por medio de profesionales en psicología al servicio del Estado o alguna prueba pericial que certifique que estos cuentan con la idoneidad referida, previo a la suscripción del acuerdo.

Artículo 7. Requisitos habilitantes de la persona gestante. Únicamente podrán ser persona gestante de un Acuerdo de subrogación uterina para la gestación, las personas que cumplan las siguientes condiciones:

1. Ser nacional colombiano o extranjero residente.
2. Tener entre veinticinco (25) y treinta y cuatro (34) años.
3. Estar afiliada al sistema de seguridad social colombiano,

dentro del régimen contributivo o el que haga sus veces.

4. Tener aptitud física y psicológica para poder gestar, acreditada a través de:

a. Un estado de salud que le permita someterse al proceso de inseminación, transferencia de embriones y gestación sin poner en peligro su vida, ni la viabilidad de la gestación, más allá de los esperados para un evento obstétrico.

b. Haber completado un parto con nacido vivo al menos una vez antes de la celebración del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación.

c. No haber estado en gestación en los dos últimos años.

d. No haberse sometido a un proceso de subrogación uterina para la gestación más de una (1) vez.

Cumplir con lo establecido en el numeral 4 del artículo 12 de la presente Ley. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Al respecto se comparte parcialmente estos criterios y/o requisitos habilitantes para las gestantes, pero a su vez, no es muy claro el requisito de que esta deban estar afiliadas al sistema de seguridad social dentro del régimen contributivo, puesto que si bien no es con fines comerciales esta práctica, limita la participación solo a personas que se encuentren desarrollando una vida laboral como dependientes o en su defecto como cotizantes independientes y no a aquellas personas que se encuentren en calidad de beneficiarios del régimen subsidiado, o en caso de ser esta la intención,

debería precisar un tiempo mínimo de antigüedad en dicho régimen de salud.

Artículo 8. De la compensación.

La compensación estará a cargo de la parte comitente. En concordancia con lo descrito respecto del objeto del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación, este no podrá tener fines comerciales ni ánimo de lucro.

La compensación que trata la presente Ley únicamente podrá compensar los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la subrogación uterina para la gestación, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el posparto.

La compensación incluye aquel daño emergente y el lucro cesante que sean causa directa de los esfuerzos que deba realizar la persona gestante para efectos de cumplir con sus obligaciones en virtud del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación. Se entienden incluidos los daños secundarios o complicaciones imprevistas en el proceso. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Como se ha expuesto, puede suceder que exista una compensación que no se encuentre regulada lógicamente en los contratos, para disfrazar un verdadero servicio y una contraprestación, para lo cual, el Estado, debe proponer en esta instancia, cuáles serían con claridad las consecuencias de su desatención, las cuales no se limiten a las del incumplimiento contractual únicamente.

Frente a la compensación, sería del caso que se permita la posibilidad que la

subrogante durante el periodo de la gestación, y por medio del contrato, pueda ser beneficiaria directa del comitente, puesto que si bien no es una actividad remunerada y que no puede tornarse de índole laboral, no es menos cierto que la subrogante, no podrá ejercer sus actividades laborales o económicas durante algunas etapas del procedimiento, y nada de ello está quedando regulado con precisión en lo proyectado en el presente artículo, puesto que refiere exclusivamente a las consecuencias directas del procedimiento, sin que pueda entenderse que esos periodos cesantes se encuentren cubiertos con la compensación en cita.

Artículo 9. Cláusulas prohibidas. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no escritas las cláusulas del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación que limiten o vulneren los derechos sexuales y reproductivos como parte integral del derecho fundamental a la salud, conforme los principios de dignidad humana, autonomía reproductiva e igualdad, tales como:

1. Aquellas que impidan que la persona gestante se libere del cumplimiento de sus obligaciones, con anterioridad de la fecundación o durante las primeras veinticuatro (24) semanas de la gestación.

2. Aquellas que impidan que la persona gestante se libere del cumplimiento de sus obligaciones, en cualquier momento de la gestación si la continuidad de esta: (i) constituye peligro para la vida de la persona gestante, (ii) cuando exista grave malformación del feto, que haga inviable su vida por fuera del útero, y, (iii) en los casos en los cuales se identifique la inseminación no consentida o el vicio al consentimiento informado cualificado durante el

procedimiento de inseminación.

3. Aquellas en que las partes se obliguen a realizar actos u omisiones que atenten contra el libre desarrollo de su personalidad, incluidas, más no limitadas a las conductas alimenticias, sociales, profesionales, sexuales o religiosas.

4. Aquellas que incluyan una cláusula penal o sanción a la persona gestante.

5. Aquellas que vayan en contra de la legislación vigente de parto digno, respetado y humanizado.

Aquellas que busquen que la compensación sea un reconocimiento por prestación de servicios o bonos por mediar la gestación. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

En el presente artículo se despeja en parte la sugerencia realizada anteriormente, al referirnos a la posibilidad de que la gestante desistiera del cumplimiento contractual cuando estuviese en riesgo su vida; sin embargo, no es menos cierto que esas condiciones deben ir sujetas al deber de cuidado que debe tener la madre gestante durante el embarazo, puesto que su actuar imprudente o desobligante, puede también poner en riesgo la vida de quien está por nacer, de lo cual, puede surgir una especie de homicidio culposo, por la falta del deber de cuidado – inisitimos- por parte de la subrogante, y es por ello que en consecuencia debe evaluarse y poderarse, que en caso de existir una situación que ponga en riesgo la vida de la gestante y a la vez de quien está por nacer, se evalúen las razones para que

dicha situación en caso de tomarse una decisión, no tenga que asumir las consecuencias siempre el producto de la gestación.

Artículo 10. Terminación anticipada.

El Acuerdo de subrogación uterina para la gestación únicamente terminará anticipadamente en los siguientes casos:

1. Fallecimiento de la persona gestante.
2. Interrupción voluntaria del embarazo.
3. Interrupción de la gestación por indicación médica.
4. Pérdida espontánea de la gestación.

Quando la técnica de reproducción asistida no logre el estado de embarazo, después del número de ciclos de implantación acordados, los cuales no pueden superar 3 intentos. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Del artículo anterior, no es claro al indicar que una de las causas de terminación anticipada en la interrupción voluntaria del embarazo, puesto que esa decisión dentro de situaciones normales implica un incumplimiento del contrato y en consecuencia la pérdida de una vida, la cual debe protegerse atendiendo el objeto señalado en el artículo 1 de este proyecto de Ley, en ese sentido, ese elemento de la voluntad para suspender el embarazo, debe estar concertada con los comitentes, siempre y cuando se adecúe a las condiciones descritas en el artículo 9 numeral 2.

Artículo 11. Muerte de la parte comitente.

En caso de muerte de la parte comitente, se dará aplicación a las normas de restablecimiento de derechos descritas en el Código de Infancia y Adolescencia.

En este evento, el Acuerdo de subrogación uterina para la gestación no se entenderá terminado hasta tanto la persona gestante no haga entrega del producto de la gestación al tutor legal de este último.

Parágrafo: En caso de que la parte comitente esté compuesta por parejas casadas o en unión marital de hecho, la persona sobreviviente será quien obtenga la patria potestad de la persona nacida viva, producto de la gestación. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Si bien es un acierto regular las condiciones en caso de fallecimiento del comitente, es importante determinar en términos generales cuál es la diferencia entre la patria potestad y la custodia, para lo cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ha precisado:

La Patria Potestad es el conjunto de derechos que la Ley les reconoce a ambos padres sobre sus hijos menores de edad, estos derechos se reducen a administrar sus bienes y representarlo legalmente. Por el contrario, la custodia es el cuidado permanente del niño y su tenencia, para ejercerla se requiere tener físicamente al menor de edad. El progenitor que no tenga la custodia tiene derecho a ejercer la patria potestad, mientras no exista orden judicial que la suspenda o prive. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, s.f.)

En ese orden de ideas, determinar por el simple hecho que de tener constituida una unión marital de hecho por parte del comitente al fallecer, sea su pareja la persona quien obtenga la patria potestad de la persona nacida viva en la gestación, implicaría que así como las partes firman consentimientos informados previo a los procedimientos, que se declare bajo la gravedad del juramento por el comitente si este está casado y/o si declara tener una unión marital de hecho, en el cual su paraje, suscriba a modo de consentimiento, que en caso de fenecer el comitente, este asume la patria potestad; es así como, nos oponemos en los casos en que no exista matrimonio, a que la pareja sobreviviente asuma tan importante responsabilidad sin que medie su consentimiento; de lo contrario, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, debe activar sus rutas de atención en estos casos.

Artículo 11. Solemnidad del acuerdo.

Previo al procedimiento de implantación todo acuerdo de subrogación uterina para la gestación tendrá que ser elevado a escritura pública ante notario, quien deberá realizar su registro en el sistema de información que para el efecto establezca el Ministerio de Salud y Protección Social.

El notario verificará los elementos de validez y contenido del acuerdo, así como el consentimiento informado en los términos contenidos en la presente Ley. Así mismo, se deberá verificar que el acuerdo contiene:

1. El reconocimiento expreso de la parte comitente en el que reconoce y acepta el vínculo jurídico de filiación que se establece entre ella y la persona nacida, como consecuencia del acuerdo subrogación

uterina para la gestación, inmediatamente de acaecido el nacimiento.

2. La aceptación expresa de la persona gestante en la que acepta que no tiene vínculos jurídicos de filiación con la persona nacida, como consecuencia del acuerdo subrogación uterina para la gestación.

3. Manifestación escrita de consentimiento informado cualificado, para participar en el acuerdo de subrogación uterina para la gestación, el cual debe incluir que se han informado, de manera previa a la suscripción del acuerdo, lo establecido en el artículo 12 de la presente Ley.

4. Las evaluaciones de salud física, mental y psicosocial de las partes del acuerdo, en los términos contemplados en los artículos 5 y 6 de la presente Ley.

5. La certificación médica que acredita que la parte comitente es incapaz de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de la persona gestante o del producto de la gestación.

6. Certificado médico de la IPS que hará los procedimientos de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el que se acredite que al menos uno de los comitentes aporta su material reproductivo, cuando médicamente sea posible.

Parágrafo 1. El Ministerio de Salud y Protección Social incluirá en el sistema de información previsto en la Ley 1953 de 2019 el registro y reporte de los acuerdos de subrogación uterina para la gestación, en los términos establecidos en la presente Ley, dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a su promulgación.

Parágrafo 2. En caso de determinar que el objeto o la causa no cumplen con las condiciones descritas en la presente Ley, el notario podrá solicitar a las partes los ajustes que considere pertinentes para que los documentos contractuales cumplan con los requisitos descritos en la presente Ley.

Las partes deberán adoptar las modificaciones, so pena de que el notario se niegue a la prestación del servicio. Los acuerdos celebrados sin elevarse a escritura pública adolecen de invalidez jurídica, en los términos descritos en el artículo 1741 del Código Civil.

Parágrafo 3. Con el ánimo de proteger los derechos contemplados en el artículo 15 constitucional la escritura pública que contiene el acuerdo estará sujeta a reserva. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Las condiciones y requisitos aquí señaladas en parte protegen el cumplimiento de los postulados legales en estudio, siendo una responsabilidad del notario, revisar que se respeten y de esa forma se pueda elevar el contrato de subrogación uterina para la gestación a escritura pública; sin embargo, debe precisarse que las certificaciones que se emitan con el ánimo de comprobar que las partes cumplen con las condiciones físicas, mentales y psicológicas no provengan de instituciones privadas, sino por el contrario, que sea desde esos análisis previos al pacto entre las partes, que el Estado ejerza control por medio de sus instituciones públicas, como lo es el caso de las empresas sociales del estado; lo anterior, obedece a la garantía de que esos resultados no estén alterados en procura de burlar las exigencias que con detalle

deben respetarse en estos procedimientos.

Ahora bien, el proyecto de Ley bajo estudio evidencia un *lapsus calami* en la numeración, puesto que ha repetido el artículo 11 dos veces, saltándose a la vista en consecuencia el artículo 12, del cual no es menos importante dar claridad al respecto, puesto que así se evidencia en el proyecto presentado al Congreso de la República de Colombia.

Artículo 13. Consentimiento informado.

Para los efectos de la presente Ley, se tendrá en cuenta que cuando se trata de consentimiento informado para los actos asistenciales derivados de la gestación en el contexto de un acuerdo de subrogación uterina para la gestación, estos deben cumplir con las características de cualificación del consentimiento orientado a reconocer la autonomía de la persona gestante. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

El alcance del consentimiento informado así descrito, se limita solo a la autorización expresa para los actos asistenciales de la subrogante, sin embargo, atendiendo las certificaciones previas al procedimiento médico que se deben emitir, dichos documentos que acrediten sus condiciones físicas, mentales y psicológicas deben entenderse incorporados a este último, más la voluntad de asumir la patria potestad por parte del compañero sobreviviente del comitente en caso de existir unión marital de hecho, puesto que no se trata exclusivamente de las condiciones y riesgos de la gestante, sino también de quien está por nacer, garantizando en consecuencia la

protección de los derechos fundamentales de las partes en estos acuerdos.

Artículo 14. Proceso de Consentimiento informado.

Es el proceso a través del cual se da la información sobre el acto asistencial para cualificar el consentimiento, se verifica la capacidad para la toma de decisiones en salud y se expresa la aceptación de la ocurrencia de un acto asistencial.

Para que el proceso de consentimiento informado se considere cualificado, debe ser voluntario y libre, provisto de información suficiente y clara, que incluya opciones, alternativas, riesgos y beneficios de cada uno de los actos asistenciales a realizar en el contexto del acuerdo de subrogación para la gestación. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Como se destacó en el análisis del artículo anterior, el consentimiento informado implica, en suma, la intervención de todo un equipo interdisciplinario que garantice al Estado el cumplimiento de las condiciones señaladas en la eventual Ley, sin embargo, la recomendación es que dicho consentimiento no sea un solo documento, sino por el contrario, que indique al menos que las demás certificaciones y evaluaciones previas serán parte integral del consentimiento, puesto que el incumplimiento de dichos requisitos

Artículo 15. Contenido mínimo del consentimiento informado.

El consentimiento informado cualificado que hace parte integral del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación debe incluir:

1. Los riesgos de los procedimientos de las Técnicas de

Reproducción Humana Asistida.

2. Los cambios esperados y posibles en el cuerpo de la persona gestante, en su salud y condición de bienestar, durante la preparación para la inseminación, la gestación, el trabajo de parto, el puerperio y el posparto.

3. Los efectos de los medicamentos e intervenciones necesarias para el proceso de inseminación y gestación.

4. Los posibles eventos obstétricos que supongan un riesgo para la vida y para el futuro reproductivo de la gestante.

5. Información sobre las implicaciones y consecuencias de las evaluaciones preconcepcionales incluidas las evaluaciones de tipo genético.

6. El derecho de la persona gestante a la reserva de la confidencialidad de la historia clínica y a la anonimización en caso de considerarla una necesidad.

7. El establecimiento de variables para el ejercicio de reducción embrionaria y la interrupción voluntaria del embarazo.

8. Todas aquellas situaciones que, relacionadas o derivadas de la inseminación, supongan riesgos y daños parciales y definitivos derivados de la gestación, cómo pérdida de la fertilidad, cambios en las condiciones de sexualidad, salud sexual y reproductiva.

El proceso de información para la cualificación del consentimiento deberá ser adelantado por el equipo a cargo de los procedimientos de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y el documento del que trata el numeral 3 del presente artículo, deberá ser firmado por el médico que realizará la implantación

y seguimiento del inicio de la gestación. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Revisados los requisitos antes descritos, y en armonía con los comentarios a los artículos precedentes, sería oportuno manifestar que en el contrato y en el consentimiento informado, a menos que ocurran situaciones adversas a la hora del parto, la subrogada previamente pueda de manera expresa, elegir el modo en que tendría al bebé por nacer; es decir, se precise si prefiere inicialmente intentar el proceso de parto natural o normal, y segundo, la opción de someterse a una cirugía programada para cesárea; además de la posibilidad de elegir si luego del parto, en la misma intervención quirúrgica se practique o no a la técnica del pomeroy como se conoce en el argot de la medicina.

La técnica Pomeroy es uno de estos tipos de oclusión tubárica que más se utiliza hoy en día. Consiste en atar la base de un asa de unos 3-4 cm de la trompa y extirpar el segmento superior.

Generalmente, se utiliza el término *Pomeroy* como sinónimo a *ligadura de trompas*. (Paraiso, Barrenetxea Ziarrusta, & Salvador, 2020)

Ahora bien, en caso de que la subrogada haya decidido someterse a la técnica antes señalada, no puede esto desligarse dentro de las condiciones de la subrogación objeto de contrato, puesto que, de ser así, implicaría dejar a la gestante en una situación de desventaja, por tanto, no puede desprotegerse en el evento que así decida recurrir a la

ligadura antes referenciada.

Artículo 16. Material reproductivo.

Para adelantar el proceso asistencial de subrogación uterina como parte de una técnica de reproducción humana asistida se tendrán en cuenta las siguientes disposiciones:

1. Que la IPS haya verificado que el acuerdo de subrogación uterina para la gestación haya sido elevado a escritura pública conforme a los requisitos contemplados en la presente Ley previo al desarrollo de actos asistenciales.

2. La persona gestante no podrá ser donante de óvulos para la gestación resultante del acuerdo.

3. Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético. En el caso de personas solteras, se podrá acudir a bancos de donación de gametos cuando por razones biológicas se requiera el material reproductivo humano.

4. El material reproductivo y embriones no podrán ser manipulados genéticamente con propósitos eugenésicos, ni de investigación.

5. El material reproductivo y embriones no utilizados en el proceso asistencial de subrogación para la gestación son propiedad de la parte comitente.

6. Las decisiones relacionadas con el material genético humano deben respetar los principios de diversidad de las personas y del material genético humano.

7. El consentimiento informado es requerido para cada uno de los procedimientos asistenciales que se adelantará en el cuerpo de la gestante y será dado de manera exclusiva por esta.

8. El consentimiento para el proceso de obtención, preparación y preservación de tejidos reproductivos de la parte comitente será dado de manera exclusiva por esta.

9. En caso de que se requieran intervenciones intrauterinas durante la gestación, en las cuales se ponga el riesgo la vida de la gestante, se dará prevalencia a la integridad física y mental de esta.

10. En caso de que se requieran intervenciones intrauterinas como cirugía fetal, el consentimiento para la realización del procedimiento deberá obtenerse de las partes.

11. En lo atinente al parto, vaginal o por cesárea, con respecto al parto digno y humanizado, deberá reconocerse la participación de los comitentes en la definición del plan de parto, respetando los acuerdos establecidos entre las partes y estableciendo un enfoque diferencial para el plan de parto, post parto y puerperio, siempre y cuando no se afecte los derechos fundamentales de la persona gestante.

Parágrafo. El Ministerio de Salud y Protección social actualizará la reglamentación de la habilitación para la prestación de servicios de los centros de atención especializada para realizar procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

De las disposiciones anteriores estamos en total acuerdo, de lo cual destacamos la prohibición de que la gestante no pueda ser “donante de óvulos para la gestación resultante del acuerdo” como se indica anteriormente, puesto que, de ser así, existiría un vínculo genético con quien esté por nacer, generando posibles conflictos respecto de la filiación y los eventuales desacuerdos entre comitentes y subrogada.

Adicional a ello, se destaca la participación de los comitentes en las decisiones propias del proceso de parto y el plan al cual se vaya a someter la gestante para dar a luz, lo que en suma es positivo, teniendo en cuenta que cada una de las formas de practicarse el nacimiento, implica unos riesgos que pueden presentarse en la sala de cirugía, lo cual puede poner en riesgo al producto.

Artículo 17. Certificado de nacido vivo.

En todos los casos en que el nacimiento sea producto de un acuerdo de subrogación uterina para la gestación el certificado de nacido vivo deberá ser diligenciado de manera diferencial.

El Ministerio de Salud y Protección Social, realizará las modificaciones correspondientes y necesarias para el diligenciamiento del Certificado de Nacido Vivo cuando nazca en centro médico, o de los otros certificados que sirvan de título antecedente para el Registro Civil de Nacimiento, y de los datos de seguimiento de la persona que se encuentra en puerperio. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Si bien no existe en Colombia una regulación de la subrogación materna, no es

menos cierto que sí se practica en la actualidad; ahora bien, como todas las normas tienen como fuente principal, superar una necesidad social, debe surtirse toda una preparación respecto del diligenciamiento del certificado de nacido vivo y demás datos que corresponde normalmente a sus progenitores; sin embargo, debe detallarse en cada intervención que el diligenciamiento de estos documentos cumplan con las condiciones especiales producto de la subrogación uterina para la gestación, y de esa forma, evitar inconvenientes respecto del registro de los nacidos por medio de estas prácticas y la filiación que los ampara.

Artículo 18. Filiación.

La filiación civil queda establecida entre la persona nacida y la parte comitente con independencia del aporte genético, sobre la base de la voluntad procreacional, y mediante el certificado de nacido vivo, la identidad de la parte comitente y el registro del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación. La parte comitente no podrá impugnar la filiación del producto de la gestación. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Consideramos apropiado que se detallen las condiciones y entre quienes existe la filiación, además de precisar que el comitente no podrá impugnar la filiación, puesto que es precisamente todo ese andamiaje y cumplimiento de etapas previas, de las cuales se requiere el consentimiento informado, y demás requisitos que sirven como soporte para evitar que se presenten los casos en que el comitente pretenda desobligarse.

Artículo 19. No filiación.

La persona gestante no tiene filiación con la persona nacida producto del acuerdo. Así como tampoco aquellos donantes cuyo tejido reproductivo haya sido usado como parte de la técnica de reproducción humana asistida. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Con este artículo se ratifica el anteriormente estudiado, en el sentido que la parte subrogada si bien ha sido la gestante, en estos casos no le concede el derecho de filiación sobre el producto de la gestación, quedando claro en consecuencia que no se puede intentar sin quiera en primeras instancias el reconocimiento del mismo en sede judicial.

Artículo 20. Modifíquese el artículo 49 del Decreto Ley 1260 de 1970.

El cual quedará así:

Artículo 49. Certificación del nacimiento. El nacimiento se acreditará ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido el parto, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles.

Los médicos y las enfermeras deberán expedir gratuitamente la certificación.

Los testigos declararán ante el funcionario sobre los hechos de que tengan conocimiento y la razón de éste, y suscribirán la inscripción. El juramento

se entenderá prestado por el solo hecho de la firma. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Artículo 21.

Se deberá informar el nacimiento al Sistema de Información definido por el Ministerio de Salud y Protección Social por el médico, enfermero, auxiliar de enfermería o en promotores de salud que se encuentren debidamente capacitados e inscritos en las Direcciones de Salud y que atiendan el hecho vital; o por el funcionario registral cuando el documento conste por declaración juramentada presentada por dos testigos hábiles que hayan presenciado el hecho o hayan tenido noticia directa y fidedigna del nacimiento. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Respecto de los artículos 20 y 21 antes citados, su redacción corresponde al cumplimiento de los procedimientos propios del proceso de gestación, los cuales son más de tipo procesal que sustanciales, como si ocurre en los siguientes artículos.

Artículo 22. Seguimiento al puerperio y perinatal.

La persona gestante tiene derecho a recibir las atenciones integrales del puerperio y el seguimiento médico correspondiente según los parámetros técnicos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

El seguimiento deberá incluir la vigilancia de eventos de morbilidad y mortalidad perinatal. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Como se indicó con anterioridad, es indispensable que la subrogante reciba ese

acompañamiento posterior al parto, atendiendo las políticas del Estado de prevenir la mortalidad en dichos procedimientos médicos, es por ello que a la gestante no se le puede abandonar, puesto que es precisamente parte de las condiciones y requisitos del contrato de subrogación uterina; de no ser así, se estaría incurriendo en una explotación sexual de las mujeres que acceden a este tipo de procedimientos.

Artículo 23. Seguridad social de la persona gestante.

La persona gestante tendrá el derecho a la incapacidad médica correspondiente al período de recuperación de las condiciones fisiológicas del puerperio. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Si bien se determina como un derecho para la incapacidad médica, no es muy claro aún la responsabilidad de la afiliación de la gestante si en condición de independiente o que exista la posibilidad de ser beneficiaria del comitente mientras se surten las etapas de la subrogación uterina.

Artículo 24. Seguridad social de la parte comitente.

Adiciónese el artículo 127-A a la Ley 1098 de 2006, así:

Artículo 127-A. Seguridad social de la parte comitente. La parte comitente en el marco de un Acuerdo de subrogación uterina para la gestación tendrá derecho al disfrute y pago de la licencia establecida en artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, desde el nacimiento de la persona producto del acuerdo de subrogación para la gestación.

La persona nacida viva como producto de un acuerdo de subrogación

uterina para la gestación tendrá derecho a ser afiliado a la correspondiente seguridad social desde el momento mismo de su nacimiento.

Cuando la parte comitente sea constituida por una pareja por matrimonio o unión marital de hecho, deberá definir e informar la persona que disfrutará de cada prestación en cuanto a las licencias parentales, conforme lo establece la Ley. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Artículo 25. Adiciónese el párrafo 6 al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo,

Así:

Parágrafo 6. Las licencias e incentivos contemplados en el presente artículo para la adecuada atención y cuidado del recién nacido aplicarán en lo pertinente a la parte comitente en el marco del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Artículo 26. Adiciónese el numeral 6 al artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo

El cual quedará así:

6. En los casos de celebración de acuerdos de subrogación uterina para la gestación, se prohíbe el despido de la persona gestante durante el tiempo de la gestación.

Para la parte comitente, se prohíbe su despido durante el tiempo de la gestación o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al nacimiento del producto de la gestación. Esta prohibición se activará con la notificación al

empleador del estado de embarazo de la persona gestante acompañado de la escritura pública del acuerdo. La notificación podrá hacerse verbalmente o por escrito. En ambos casos el trabajador tendrá hasta un (1) mes para adjuntar la prueba que acredite el estado de embarazo de la persona gestante. Para tal efecto, serán válidos los certificados médicos o los resultados de exámenes realizados en laboratorios clínicos avalados y vigilados por las autoridades competentes.

Parágrafo. Cuando la parte comitente sea constituida por una pareja por matrimonio o unión marital de hecho, para que opere la prohibición de despido se requiere que una de las personas no cuente con empleo formal, situación que se acreditará mediante una declaración, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, de que la otra persona carece de un empleo. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

De los artículos 24, 25 y 26 antes citados consideramos que son muy acertados, teniendo en considerando que las licencias en este aspecto se han ido extendiendo considerablemente, es por ello que no puede ser ajeno en caso de aprobación del proyecto de Ley, que se mantengan solo las causales y disposiciones establecidas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, así que el artículo propuesto se adecúa a los reconocimientos y evolución de las instituciones jurídicas en Colombia.

Artículo 27. Derecho a conocer.

La persona nacida como consecuencia de un Acuerdo de subrogación

uterina para la gestación tiene derecho a acceder a la información contenida en la escritura pública que contiene el acuerdo y al registro de la información dispuesto por el Ministerio de Salud y la Protección Social, alcanzada la mayoría de edad.

Parágrafo 1. Cuando la persona nacida como consecuencia de un acuerdo de subrogación uterina para la gestación no haya alcanzado la mayoría de edad, podrá acudir ante el Tribunal Superior competente, mediante apoderado o asistido por el Defensor de Familia, según el caso, para solicitar que se ordene el levantamiento de la reserva y el acceso a la información.

Parágrafo 2. El funcionario que viole la reserva, permita el acceso o expida copia a personas no autorizadas, incurrirá en causal de mala conducta. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Si bien las disposiciones anteriores limitan el acceso a dicha información como se detalla en el artículo, no es menos cierto que la persona nacida mediante estos métodos quiera acceder a esta información, de lo cual si bien se ja claro que no existe vinculo genético con la gestante, estas personas tendrían el derecho de conocer los datos de su procedimiento y de la persona que realizó la gestación, es por ello que el límite de la edad se acepta, puesto que alcanzaría para el caso de Colombia, la mayoría de edad.

Artículo 28. Financiamiento de la Subrogación Uterina para la gestación y procedimientos relacionados.

Los servicios de atención y acompañamiento integral brindados dentro de los programas de control a la gestante o control prenatal brindados por las Empresas Prestadoras de Salud continuarán siendo prestados por el sistema de salud, salvo que la parte comitente asuma los servicios de medicina prepagada para estos.

En todo caso estará a cargo exclusivo de la parte comitente, las atenciones relacionadas con estudios preconceptionales, y los procedimientos relacionados con la inseminación en el caso de la subrogación uterina para la gestación, así como la compensación y el seguimiento especializado requerido, con excepción de aquellos indicados como parte integral del tratamiento de la infertilidad según la Ley 1953 de 2019 y su respectiva regulación, o la norma que le modifique o actualice. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Este artículo requiere ser modificado en el entendido que la gestante estaría en riesgo de quedar a merced de los procedimientos por medios de su EPS, los cuales en la práctica son bastante lentos y requieren incluso muchas veces de largas horas de espera para citas y atenciones médicas, así como el reclamo de los medicamentos, situación que puede poner en riesgos la salud de la subrogante; es por ello, que la responsabilidad si bien se precisa sigue siendo del comitente, sería del caso proponer la obligación de un servicio de medicina

prepagada y no como opción entre las partes, atendiendo los argumentos expuestos.

Artículo 29. Financiamiento.

El Gobierno Nacional apropiará los recursos necesarios del Presupuesto General de la Nación para garantizar el cumplimiento de las funciones asignadas al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Superintendencia de Salud y, a la Superintendencia de Notariado y Registro. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

Artículo 30. Vigencia.

La presente Ley rige dieciocho (18) meses después de su publicación en el Diario Oficial. (Congreso de la República de Colombia, P.L.E. 345, 2023)

En ese sentido los artículos 29 y 30 corresponde a los planes de financiación a los que debe someterse el Gobierno nacional en caso de aprobarse el presente proyecto de Ley y una propuesta de entrada en vigencia bastante amplia, respecto de los derechos que se pretenden garantizar con esta propuesta legislativa, sin embargo, se puede presumir que corresponde a las partidas presupuestales y esquemas administrativos para la puesta en marcha de la presente reglamentación analizada.

CONCLUSIONES

En Colombia, en la actualidad, no existe una regulación frente al contrato de maternidad subrogada; por tanto, al no disponerse de una norma que expresamente la prohíba, se ha entendido, en consecuencia que esta práctica esta intrínsecamente permitida; es por esa razón que, esta actividad se ejerce en Colombia bajo los lineamientos legales del Código Civil colombiano y el negocio jurídico al que llegan las partes (voluntad de las partes)

La Constitución Política de nuestro país, en su artículo 42 determina amplia y literalmente, que la familia es el núcleo fundamental del Estado, y al mismo tiempo, dispone que este y la sociedad, deben garantizar la protección integral de esta y sus diferentes formas de conformación, respetando incluso el derecho a las parejas para decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, imponiendo el deber de sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos; en ese sentido, no se

refiere a los hijos biológicos o adoptivos únicamente, sino también aquellos habidos por medio de asistencia científica.

La omisión del Estado en reglamentar la maternidad subrogada, va en contravía de la misma protección que este garantiza a las familias y su anhelo de tener a sus hijos biológicos, recurriendo a la asistencia científica con profesionales especializados y a su vez, al negocio jurídico para que una mujer denominada gestante, se someta a las exigencias plasmadas en el contrato con el fin de llevar a buen término el servicio acordado con los comitentes; en el mismo sentido, se observa una desventaja y sometimiento de la mujer gestante a las condiciones que imponga la parte comitente, sin que se tenga un acompañamiento jurídico y psicológico por parte del estado de manera previa, que permita garantizarle a estas mujeres el entendimiento de cada una de las cláusulas contractuales y los riesgos tanto en su salud, como también las consecuencias en el incumplimiento de lo acordado en contrato de maternidad subrogada.

Es de resaltar que en Colombia no existe reglamentación alguna, no por falta de propuestas y/o proyectos de Ley para que estos, luego de los debates propios que deben surtirse, pudiesen materializarse en una herramienta legal que regulara este tipo de gestiones; sin embargo, se precisa que han sido dieciséis (16) proyectos presentados al Congreso de la República desde el año 1998 y que si bien se han adelantado los trámites correspondientes desde sus iniciativas, no ha podido tener éxito por diferentes situaciones pero que en su mayoría obedecen a lo dispuesto en el

artículo 190 de la Ley 5 de 1992; es decir, ningún proyecto será considerado en más de dos legislaturas.

La Corte Constitucional Colombiana ha exhortado al Gobierno nacional para que, en los próximos seis meses desde la notificación de la sentencia T-275 del 2022 (primero (1º) de agosto de dos mil veintidós (2022)), presente ante el Congreso de la República un proyecto de Ley orientado a regular la «maternidad subrogada» en Colombia y de igual forma al Congreso de la República para que legisle sobre la misma. Lo cual significa que de darse cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional, a principios del año 2023 debe el Gobierno nacional presentar el proyecto de Ley en el cual defina la postura frente a la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, por medio de la cual se agotaría en parte, esa larga espera, e incertidumbre jurídica respecto a este tipo de contratos.

Por otro lado, es importante resaltar que el contrato de maternidad subrogada, por lo menos en nuestro país, a la fecha, no ha sido siquiera tenido en observancia ni en casas de estudios de pregrado ni como tampoco en maestrados, por consiguiente, querer encasillar este tipo de contrato en cualquiera tipología, estaría plenamente equivocado en todo aspecto, por ello, es correcto el manifestar que en ese orden de ideas, no es un contrato de arrendamiento, no podría catalogarse como tal, puesto que y en principio, no solo no se puede, sino que por temas meramente éticos, no deberá jamás si quiera pensarse en cosificar a las personas intervinientes en un contrato de subrogación o “alquiler de vientre”, aun y pese a que la mujer gestante no aporte su

material genético, pues esta, si tiene una conexión con quien está por nacer, al compartir todo tipo de fluidos y demás procesos evolutivos en su vientre, tan así es que incluso tal y como se ha logrado evidenciar científicamente, se comparten emociones, sentimientos que solo se pueden compartir en esta etapa de la vida de todo ser humano; y es precisamente por ello, que no es aceptable la denominación, vientre de alquiler, máxime cuando este tipo de negocios jurídicos corresponden a un verdadero contrato de servicios totalmente atípico, que esta aun en nuestro país, pendiente de una urgente regulación, por ello, y por todo lo ya enunciado, es que basamos nuestra postura en no impedir esa actividad en Colombia, ya que se violarían con una prohibición, derechos propios de las familias y sus formas de conformación, derechos que irían de la mano y atendiendo la evolución natural de la sociedad y la disposición de los avances tecnológicos al servicio de la humanidad; por el contrario, creemos firmemente que el Estado debe fortalecerla, mediante una reglamentación cuidadosa y detallada, en la cual se tenga en cuenta a todas las partes e intervinientes en este tipo de procesos, máxime cuando está de por medio la vida de otro ser humano a quien no se puede cosificar, puesto que en consecuencia, estaríamos incurriendo en un objeto ilícito.

En esta investigación se tomaron como referencia aquellos países en los cuales se identificaron las diferentes situaciones que se presentan frente a la maternidad subrogada; es decir, aquellos países en los cuales no existe regulación alguna como Colombia, de igual forma aquellos en donde es prohibida de manera expresa dicha práctica, no siendo menos importante esta última clasificación que se presentan en

algunos Estados federalistas, en los cuales, algunos lugares (Estados propiamente dichos) la prohíben, otros la permiten y en otros se guarda silencio; es por ello que, se cuenta con varios referentes y experiencias documentadas en otros países, que pueden aportar a Colombia en su tarea de reglamentar de la mejor manera este tipo de gestación.

Como se ha mencionado con anterioridad, la regulación de la maternidad subrogada se encuentra en una fase muy importante en Colombia, considerando la intervención que la misma Corte Constitucional ha realizado, al exhortar al Gobierno Nacional para que presente un proyecto de Ley que luego de ser debatido en el Congreso de la República, puede brotar tan importante normatividad, conforme los derechos que están en riesgo y que posiblemente se estén vulnerando con una práctica que está quedando al simple arbitrio de quienes participan en estas actividades, mediando un contrato del cual poco se sabe, ante la falta de regulación e intervención del Estado.

Teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional presentó el Proyecto de Ley Estatutaria 345 de 2023 ante la Cámara “por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia” en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia T- 275 de 2022, mediante la cual se dispuso que, “en los próximos seis meses desde la notificación de esta sentencia, presente ante el Congreso de la República un proyecto de Ley orientado a regular la «maternidad subrogada» en Colombia” las disposiciones allí consignadas, nos permiten considerar que luego de unos ajustes como se

analizaron anteriormente, estamos aporatas de contar con una disposición legal que nos permita regular dicha práctica, y finalmente contar con una postura del Estado frente a la maternidad subrogada, o como se propone en el proyecto, una subrogación uterina para la gestación.

La práctica de la subrogación uterina en Colombia requiere de una reglamentación urgente, que permita precisar las condiciones contractuales en este tipo de situaciones, puesto que en la actualidad se establecen en lo pertinente disposiciones consagradas en el código civil, como punto de partida para lograr acuerdos de tipo contractual para la gestación, pues esta norma, si bien es de “avanzada”, no está a la par con la realidad y las necesidades de una aclarada evolución en la sociedad y de la familia y su actual concepción, es por eso que sin que exista una verdadera garantía para quienes intervienen en este tipo de contratos y atendiendo la especialidad del asunto y el riesgo de los derechos, principalmente de quien está por nacer; es que el tema de investigación, resulta ser novedoso y de gran impacto nacional, más aun, atendiendo que está en marcha todo un proceso de discusión y debate del proyecto por medio del Congreso de la República de Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, E. (2010). *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: una mirada de la norma constitucional colombiana*. Obtenido de https://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/CONTRATO_DE_ARRENDAMIENTO.pdf

- Arteta Acosta, C. (2011). MATERNIDAD SUBROGADA. *CIENCIAS BIOMÉDICAS*, 91–97. doi:<https://doi.org/10.32997/rcb-2011-3397>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 16*. París.
- Ávila Hernández, C. (2017). a maternidad subrogada en el Derecho comparado Surrogacy in comparative Law. *Cadernos de Dereito Actual*(6), 313-344. Obtenido de <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/101/124>
- babygest. (5 de Julio de 2019). *babygest*. Obtenido de <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/#la-fragmentacion-del-concepto-de-maternidad>
- Barrera, J. d. (2017). Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. *Cuadernos de bioética*, 153-162.
- BBC NEWS MUNDO. (16 de Mayo de 2020). Coronavirus . *Los bebés nacidos por gestación subrogada varados en un hotel en Ucrania*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52679424#:~:text=BBC%20Extra->
- Beetar Bechara, B. (2018). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral. *Socio - Jurídicos*, 135-166. doi:<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>

- Bellver Capella, V. (2017). TOMARSE EN SERIO LA MATERNIDAD SUBROGADA ALTRUISTA. *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 2, 229-143. Obtenido de <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/229.pdf>
- Benítez, J. P. (1997). EL CARÁCTER CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE FAMILIA EN COLOMBIA. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, ISSN 0120-3886(97), 33-53. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5620610>
- Beorlegui Loperena, A. (2014). LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA. Obtenido de <https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bernal Crespo, J. S. (2013). Reproducción asistida y filiación. Tres casos. *Opin. jurid. [online]*, 12(24), 135-150. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302013000200009
- Callejas Arreguin, N. (2021). Maternidad subrogada en el mundo globalizado. Lo que toda gestante sustituta en México debe saber. *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, 14(30), 169-206. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7992838>
- Camacho, J. (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. *Bioethics*, 1-18.

Candal, L. M. (2010). *La “maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada*. Buenos Aires.

Caracol TV. (4 de octubre de 2020). Vientres de alquiler: mujeres cumplen el sueño de quienes no pueden engendrar. *Los Informantes*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=UoIJYE7c6Is>

Cárdenas Rojas, C. (2015). Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano. *Conflicto & Sociedad*, 101-110.

Cárdenas, L. V. (2014). validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano. Obtenido de <https://1library.co/document/y8pm4rrz-validez-eficacia-contrato-maternidad-subrogada-ordenamiento-juridico-colombiano.html>

CNN en Español. (4 de agosto de 2014). Una pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada. Obtenido de <https://cnnespanol.cnn.com/2014/08/04/una-pareja-australiana-abandona-bebe-con-sindrome-de-down-de-madre-subrogada/>

Congreso de la República de Colombia. (2023). Proyecto de Ley Estatutaria No. 345. Bogotá, Colombia. Obtenido de <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2023-02/P.L.E.345-2023C%20%28SUBROGACION%20UTERINA%29.pdf>

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). *Pacto de San José*. San José de Costa Rica: Gaceta Oficial No. 9460. Obtenido de <https://www.oas.org/dil/esp/Convenci%C3%B3n%20Americana%20sobre%20De>

rechos%20Humanos%20Pacto%20de%20San%20Jos%C3%A9%20de%20Costa%20Rica%20Republica%20Dominicaca.pdf

Echegaray, L. (2020). GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ESPAÑOLES ATRAPADOS EN UCRANIA. *Revista de Derecho UNED*, 153-194. Obtenido de <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/24364/GestacionPorSustitucion.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

El Tiempo. (15 de diciembre de 2022). Video: EctoLife, la inquietante 'fábrica de bebés' en úteros artificiales. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/cultura/gente/ectolife-los-uteros-artificiales-que-podrian-cambiar-la-maternidad-725827>

ENGELS, F. (2006). El origen de la familia, la propiedad privada y el estado. *Colección Clásicos Del Marxismo, Traducción: Grupo de Traductores de la Fundación Federico Engels*, 39.

ETLANEZI, Mendoza González, *. M. (09 de agosto de 2019). Maternidad subrogada y su impacto en el tema de la infertilidad. *Aten Fam*, 26(4), 160. Obtenido de <https://doi.org/10.22201/facmed.14058871p.2019.4.70791>

Farnos Amoros, E. (2 de noviembre de 2017). Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal (I). *Bioética y Derecho*(40), 231-242. Obtenido de https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200017&lng=es&nrm=iso

Federico, E. (2006). El origen de la familia, la propiedad privada y el estado. (F. F. Engels, Ed.) *Colección Clásicos Del Marxismo, Primera edición*, 39. Obtenido de

https://www.fundacionfedericoengels.net/images/PDF/engels_origen_familia_interior_alta.pdf

García Maynez, E. (1940). *Introducción al estudio del derecho* (Primera ed.). PORRUA S.A.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (s.f.). *¿Cuál es la diferencia entre Custodia y Patria Potestad?* Obtenido de <https://www.icbf.gov.co/cual-es-la-diferencia-entre-custodia-y-patria-potestad>

JOUVE DE LA BARREDA, N. (2017). PERSPECTIVAS BIOMÉDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII(2), 153-162. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/875/87551223002.pdf>

Linares Vesga, J. (2017). *Introducción al estudio de los contratos*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA.

Linares Vesga, J. (2017). *Introducción al estudio de los contratos*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA.

Mahecha, D., & Dussan, S. (2020). *LAS NUEVAS FORMAS DE FAMILIA EN COLOMBIA, LOS APORTES DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL*. Bogotá. Obtenido de <https://docplayer.es/208048788-Las-nuevas-formas-de-familia-en-colombia-los-aportes-desde-el-derecho-constitucional-daniel-ricardo-mahecha-rodriguez-santiago-dussan-rivera.html>

Mantilla Espinosa, F. (2019). Sobre la formación del contrato. En *LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PRIVADO* (pág. 79). Bogotá: Temis.

Marrama, S. (10 de mayo de 2022). Contratos de maternidad subrogada, La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos . *La Ley*. Obtenido de <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/13941/1/contratos-maternidad-subrogada.pdf>

Medina Pabón, J. (2022). *Retos del derecho de familia contemporáneo*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Ministerio de Salud de Colombia. (2016). *ABECÉ. Línea: Salud Materna – Derecho a la Maternidad Elegida nterrupción voluntaria del embarazo, un derecho humano de las mujeres*. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/abc-maternidad-elegida.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf

Pacheco Chaparro, J., Nonsalve León, M., & Torregrosa Donado, I. (julio de 2020). Los elementos del contrato de maternidad subrogada. *revista Universitas Estudiantes*(22), 149-152. Obtenido de <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/57715>

Paraiso, B., Barrenetxea Ziarrusta, G., & Salvador, Z. (30 de Marzo de 2020). Obtenido de Reproducción Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/ligadura-de->

The New York Times. (14 de marzo de 2022). Diecinueve bebés nacidos por gestación subrogada están en un sótano de Kiev al cuidado de niñeras. Obtenido de <https://www.nytimes.com/es/2022/03/14/espanol/ucrania-bebes-gestacion-subrogada.html>

Torres Quiroga, M. Á. (2018). *LIBERTAD, DESIGUALDAD Y EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA, Tesis Doctoral*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Filosofía y Letras Departamento de Filosofía. Obtenido de https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/686545/torres_quiroga_miguel_angel.pdf?sequence=1

Trolice, M. (5 de Julio de 2019). *babygest*. Obtenido de <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/#la-fragmentacion-del-concepto-de-maternidad>

UNITED STATES. (2017). *Uniform parentage Act*. Conferencia de Comisionados sobre leyes estatales uniformes. Aprobado y se recomienda su promulgación en todos los Estados. Obtenido de <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.¿ASHX? DocumentFileKey=e4a82c2a-f7cc-b33e-ed68-47ba88c36d92&forceDialog=0>

Zea, A. V. (1970). *Derecho Civil* (3 ed., Vol. V). Temis.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

C-271 de 2003, del 1 de abril. M.P. Rodrigo Escobar Gil

C-577 de 2011, Del 26 de julio. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

SU-214 de 2016. 28 de abril. M.P. Alberto Rojas Ríos.

T- 968 de 2009, del 18 de diciembre. M. P María Victoria Calle Correa.

T-070 de 2015, 18 de febrero. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

T-292 de 2016, 2 de junio. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

T-275 del 2022, 1 de agosto. M.P. Cristina Pardo Schlesinger

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Referencia: 11001- 3110-002-2006-0537-01. M. P. Arturo Solarte Rodríguez

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Familia. 2 de agosto de 1994. Proceso ordinario de ROSA REINA ACOSTA GONZÁLEZ en su calidad de representante de los menores JUAN SEBASTIÁN Y DIEGO FELIPE ACOSTA contra los herederos indeterminados de TEODULO VACA NOVOA. M. P. Martha Lucía Núñez de Salamanca.

NORMATIVA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Proclamada por la ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS en PARÍS, el 10 de diciembre de 1948.

LEY 1361 DE 2009 (DICIEMBRE 3) DIARIO OFICIAL NO. 47.552 DE 3 DE DICIEMBRE DE 2009. (diciembre 3) Por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia.

LEY 5 DE 1992 (junio 17) Diario Oficial No. 40.483 de 18 de junio de 1992 Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes.

OTROS RECURSOS

CONSULTAS EN LA WEB

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Núm. 15 de Valencia. Sentencia núm. 193/2010 de 15 septiembre. AC 2010\1707. TOMADO DE <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5074814.pdf>

HILARY WHITEMAN, CNN en español, 4 de agosto del 2014. Recuperado de <https://cnnespanol.cnn.com/2014/08/04/una-pareja-australiana-abandona-bebe-con-sindrome-de-down-de-madre-subrogada/>

UNITED STATES. Uniform Parentage Act (2017). Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Approved and recommended for enactment in all the States. Disponible en: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=e4a82c2a-f7cc-b33e-ed68-47ba88c36d92&forceDialog=0>

BBC News Mundo. Los bebés nacidos por gestación subrogada varados en un hotel en Ucrania. 16 de mayo del 2020, recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52679424#:~:text=BBC%20Extra-,Coronavirus%20%7C%20Los%20beb%C3%A9s%20nacidos%20por%20gestaci%C3%B3n%20subrogada,en%20un%20hotel%20en%20Ucrania&text=Pie%20de%20foto%2C,causa%20conmoci%C3%B3n%20en%20el%20pa%C3%ADs.>

Diccionario de la Real Lengua Española, recuperado de <https://dle.rae.es/familia?m=form>

Ministerio de Salud. ABECÉ. Línea: Salud Materna – Derecho a la Maternidad Elegida Interrupción voluntaria del embarazo, un derecho humano de las mujeres. 2016. Pág. 2. Recuperado de

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/abc->

maternidad-elegida.pdf

LOS INFORMANTES, Vientres de alquiler: mujeres cumplen el sueño de quienes no pueden engendrar - Caracol TV, 04 de octubre del 2020, recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=UoIJYE7c6Is>