



**LA MATERNIDAD SUBROGADA: UNA APROXIMACIÓN DOCTRINAL JURÍDICA Y
JURISPRUDENCIAL PARA SU REGULACIÓN EN EL DERECHO CIVIL
COLOMBIANO**

SANDRA MARGARITA ZAPATA HERNÁNDEZ.

UNIVERSIDAD CATÓLICA LUIS AMIGÓ
FACULTAD DE DERECHO

ASESOR:
JUAN CAMILO PUENTES SÁNCHEZ

MEDELLÍN, COLOMBIA
FEBRERO DE 2023

La maternidad subrogada: una aproximación doctrinal jurídica y jurisprudencial para su regulación en el derecho Civil Colombiano

Introducción

La sociedad actual y su constante evolución traen nuevas situaciones interpersonales que llevan a presentar problemas jurídicos que no están regularizados por la legislación. Entre estos se encuentra una nueva forma de concebir hijos por parte de las personas que por cualquier situación médica o personal no los pueden procrear siguiendo el método natural de la concepción, por lo cual, acuden a lo que se conoce doctrinariamente como el alquiler de vientre o de útero, maternidad subrogada o maternidad por sustitución.

Este trabajo de investigación tiene sus bases en el análisis de los problemas jurídicos que desencadenan los acuerdos o convenios realizados entre las personas que acuden a esa figura contractual innominada y que particularmente ha sido tratada por la Corte Constitucional en la Sentencia de T-968 de 2009 y T-275 de 2022, donde además se estudió lo referente a la protección de los derechos fundamentales, el interés superior del menor, la custodia y cuidado personal de este.

Es así como, su desarrollo se presentará desde un aspecto constitucional, dado que, ningún tipo de legislación, ni civil, ni penal han regulado el tema; por tanto, la base del análisis y las propuestas que de aquí surjan se centrarán desde una perspectiva constitucional, teniendo como fundamento el artículo 42 numeral 6 que “ampara” los hijos nacidos en el matrimonio o fuera de él, ya sea procreados naturalmente o con asistencia científica, quienes tienen iguales derechos y deberes (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 42).

De la misma manera, se abordarán varias propuestas legislativas que se han presentado en Cámara y Senado para permitir o prohibir la maternidad sustituta o subrogada, propuestas que en su mayoría han sido de tipo negativo, es decir, prohibiéndola, sustentado tal negativa en la protección a la mujer, a su posible explotación sexual o a que se caiga en una trata de personas o un posible tráfico de niños o niñas. Para culminar, luego, en una propuesta de carácter positivo sobre la posible regulación del tema estudiado, esperando de esta manera generar un debate académico

que permita aportar a la discusión jurídica que debe darse ante el aumento de la figura de maternidad subrogada.

Planteamiento del problema

Cada vez son más las personas que por diferentes causas, médicas o personales hacen uso de los avances tecnológicos, utilizando la figura de sustitución de vientre o maternidad subrogada para ser padres, acudiendo a distintas entidades que ofrecen dicho servicio, que, aunque no está prohibida, tampoco permitida, como si lo están las técnicas empleadas para llevar a cabo tal gestación, llevando de esta manera a que, ante el incumplimiento de alguna de las partes de lo acordado, tanto los derechos del menor y los suyos propios queden en un limbo jurídico, sin norma que los proteja

Esta falta de regulación ha hecho que algunas situaciones presentadas luego de nacimiento del bebe gestado fueran decididas por la Corte Constitucional en sede tutela para la protección de derechos fundamentales en un caso del menor y en otro del padre biológico, es decir, resolvieron asuntos en particular, razón por la que resulta de suma importancia este trabajo de investigación

En efecto, el principal problema que se presenta en la práctica de la maternidad en vientre subrogado, que como se ha descrito nace de un acuerdo de voluntades o convenio entre las partes intervinientes, se encuentra en la falta de regulación de dichos acuerdos, generando incertidumbre jurídica, ya que ante una controversia que, estos a futuro pueda presentarse, será resuelta en forma discrecional por el Juez a quien corresponda dirimir el conflicto, pues solo cuenta con un precedente jurisprudencial o lo que es peor, que las personas involucradas no acudan a la justicia, precisamente por no encontrar la forma de reclamar sus derechos o hacerlos valer, incentivando de tal manera la mercantilización del vientre en un mercado oscuro exclusivamente lucrativo con la explotación de las mujeres (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-968, 2009).

De ahí que, ante ese vacío normativo durante varios años se han presentado diversos proyectos de ley relacionados con la maternidad subrogada en Colombia, pero ninguno ha logrado ser aprobado. Estos proyectos incluyen:

- El Proyecto de Ley 202 de 2016 Cámara, que buscaba prohibir la práctica de la maternidad subrogada al considerarla una forma de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos. Sin embargo, fue archivado según el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.
- El Proyecto de Ley 026 de 2016 Cámara, que también buscaba prohibir el alquiler de vientres en Colombia al considerarlo una forma de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos. Sin embargo, fue archivado según el artículo 157 de la Ley 5 de 1992.
- El Proyecto de Ley 88 de 2017 Senado, que buscaba regular la reproducción humana asistida y la procreación con asistencia científica, entre otras disposiciones. Sin embargo, también fue archivado según el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.
- El Proyecto de Ley 186 de 2017 Cámara, que buscaba prohibir la maternidad subrogada con fines lucrativos y establecer controles para prevenir esta práctica. Sin embargo, también fue archivado según el artículo 155 de la Ley 5 de 1992.
- El Proyecto de Ley 019 de 2018 Senado, que buscaba regular la reproducción humana asistida y la procreación con asistencia científica, entre otras disposiciones. Sin embargo, fue retirado por el autor según el artículo 155 de la Ley 5 de 1992.
- El Proyecto de Ley 70 de 2018 Senado, que buscaba prohibir la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y regularla en otros casos. Sin embargo, también fue archivado según el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.
- El Proyecto de Ley 118 de 2019 Senado, que buscaba prohibir la maternidad subrogada con fines de lucro y establecer parámetros para la práctica con fines altruistas. Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.
- El Proyecto de Ley 162 de 2019 del Senado tiene como objetivo regular la reproducción asistida y la procreación científica, así como establecer otras disposiciones. Este proyecto fue archivado de acuerdo con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 y el artículo 162 de la Constitución Política.
- El Proyecto de Ley 263 de 2020 del Senado busca crear un delito que sancione a cualquiera que obligue a una mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y prohíbe su práctica, con el fin de detener la "cosificación de los bebés" y establecer

otras disposiciones. Este proyecto fue archivado de acuerdo con el artículo 162 de la Constitución Política.

- El Proyecto de Ley 113 de 2021 de la Cámara de Representantes tiene como objetivo crear un delito que sancione a cualquiera que obligue a una mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y prohíbe su práctica, con el fin de detener la "cosificación de los bebés" y establecer otras disposiciones. Este proyecto fue archivado de acuerdo con el artículo 208 de la Ley 5 de 1992.
- La Cámara de Representantes presentó un Proyecto de Ley el 1 de febrero de 2023 que busca permitir la subrogación gestacional con compensación económica, protegiendo los derechos a la dignidad humana, autonomía, igualdad, salud, la protección de la mujer y el no nacido, y prohibiendo la práctica de la gestación subrogada con fines de lucro.

Por consiguiente, ante la no prosperidad, ni avance de tales proyectos se encuentra la importancia y necesidad de una regulación jurídica que permita delimitar el actuar de las personas en el ejercicio de su autodeterminación, que establezca en forma clara y precisa las obligaciones jurídicas para la buena práctica de este tipo de acuerdos, pues es claro que no son nuevas en nuestro país ni en la historia del mundo, y tenerlas en el oscurantismo, clandestinidad basada en apegos y planteamientos éticos y moralistas, genera niveles altos de inseguridad jurídica terminando en posibles afectaciones a la dignidad humana.

Presentación

Varios son los conceptos con los cuales la literatura científica se ha referido a este fenómeno, a saber “Maternidad por otro” (Chiapero, 2012); “Ventre sustituto” (Domínguez, 2013), “Alquiler de vientre o alquiler de útero” (Bernal, 2013); “Gestación subrogada o subrogación materna” (Aguirre, 2013); “Gestación por sustitución (Álvarez y Carrizo, 2014); o “Maternidad sustituta (Valdés, 2017).

Entre otras definiciones, se encuentra que dicha práctica consiste en un acuerdo de voluntades por medio del cual la contratada -mujer gestante- acepta llevar adelante un embarazo por encargo de otra contratante, y renunciar, en favor de esta, a los derechos sobre el recién nacido (Anieu, 1992; Cohen, 1984; Gallee, 1992; Van Niekerk y Van Liezl, 1995).

En efecto, para Gómez (1999, p.136), esta puede ser entendida como, como el acto de reproducción que lleva al nacimiento de un bebé que gestó una mujer que mediante un pacto o acuerdo aceptó hacerlo comprometiéndose, además, a ceder todos los derechos sobre el recién nacido.

En nuestro país, se ha utilizado el concepto de “Alquiler de Vientre”, para denominar la gestación por subrogación de vientre, pero sin normas regulatorias que de manera específica lo defina, ya que a pesar de los diversos intentos presentados como iniciativas legislativas no han salido victoriosas en ninguno de los sentidos, ni dentro del marco de la prohibición, ni tampoco de la permisión de dicha práctica. Aun así, la realidad es que las personas que padecen alguna situación biológica, o de salud, que les impide por el método convencional gestar; o, bien por tratarse de personas con pareja del mismo sexo o de personas solas que desean ser padres, acuden a estas técnicas, desconociendo que por falta de legislación ponen en riesgo sus garantías constitucionales y las de los hijos por nacer.

Justificación

La evolución de la sociedad en lo relacionado con la familia, sus tipos, conformación, los padres, los hijos y los vínculos sanguíneos o civiles, trae consigo nuevos conflictos sociales que deben ser regularizados por nuestros legisladores, entre ellos se presenta una nueva figura jurídica que está tomando fuerza a nivel, no solo nacional sino mundial; poco se ha escrito y desarrollado en nuestra legislación sobre la gestación por sustitución, la cual representa un desafío para el derecho civil ante los deberes y obligaciones que ello acarrea para las partes, según el tipo de acuerdo de voluntad y la causa y el objeto lícito, entre otros. Así mismo, la intención es analizar todo ello sin desconocer los derechos fundamentales y el interés superior de los niños, invitando a repensar cómo se están conformando actualmente las familias, su vínculo paterno, materno, y la

relación de aquellos con la persona que sirve como sustituta para todo lo relacionado con la gestación de ese nuevo ser humano que pasará a formar parte de un núcleo familiar.

Desde ese desarrollo constitucional en las sentencias a los derechos fundamentales de los niños y niñas nacidos bajo este tipo de convenios y la protección de la mujer que acude a esta figura tanto para ser una madre sustituta, como los que buscan por este medio tener un hijo, se propondrá con base en conceptos jurídicos existentes en el derecho civil legislar en positivo respecto a la regulación de la figura de Maternidad Subrogada en estudio, tal y como lo han planteado Senadores y Representantes a la Cámara quienes han intentado a lo largo de los años normativizar la figura de la gestación subrogada o por sustitución.

Es de ese pacto, que se genera entre la madre gestante y los futuros padres, de donde se desprenden los nuevos problemas jurídicos a tratar en este texto, pues lo que se busca es encontrar posibles soluciones jurídicas aplicando la normatividad existente desde nuestro derecho civil y de familia a fin de resolver los desacuerdos que surjan en lo relacionado con el tema de la gestación por sustitución, maternidad asistida o subrogada, tan poco desarrollada en Colombia y que viene en aumento por las nuevas dinámicas sociales, culturales y económicas.

Sumado a todo lo ya indicado dentro del estudio a realizar, se podrá establecer si lo correcto es dar al pacto o convenio un nombre que supone un convenio o acuerdo de tipo oneroso, o si por el contrario lo correcto sea nombrar una nueva figura jurídica en donde se privilegie la gratuidad y de cara a ello buscar la protección de los derechos de los niños gestados, el derecho de las madres gestantes, los derechos de los nuevos padres, entre otros, discusión álgida dada por abogados, jueces y por la misma Corte Constitucional, donde luego de los argumentos expuestos y la toma de decisiones al caso concreto, se propone normativizar con requisitos y condiciones esta nueva figura jurídica que surgía entre las parejas y las mujeres que prestaban su útero para que los contratantes pudiera tener descendientes.

Antecedentes históricos, disciplinares, teóricos y prácticos

La maternidad subrogada es una cuestión contemporánea, ya que la historia demuestra que esta práctica viene desde el Antiguo Testamento (Génesis 16), libro sagrado de los judíos,

cristianos y musulmanes. Uno de ellos es Sarai, la esposa de Abram (Sara y Abraham se llamarán un poco más tarde), quien era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo. Sarai dijo a Abram: "Ya que el Señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos", a lo que Abraham accedió y aunque tenía 86 años no fue impedimento para conseguir la anhelada concepción.

Lo anterior permite indicar que este tema viene siendo visto desde la óptica y aspectos religiosos, los cuales implantan muchos aspectos de índole moral que llevan a cabo muchas restricciones, las cuales en el aspecto normativo colombiano generan un semblante coercitivo dada esa carga moral que se lleva impregnada por el legislador.

Para la Corte Constitucional es innegable la relación existente entre el derecho y la moral, lo que conlleva entonces a que las normas en ordenamiento jurídico de Colombia estén pensadas de manera coercitiva. Es inevitable entonces, apartar la moral del derecho, la misma puede incluso ser vista como sinónimos en el entendido que la norma requiere de algunos requisitos y exigencias de la moral para poder fundamentarse.

No obstante la moral y la religión no han sido obstáculo para el estudio del tema, pues existen otros antecedentes de carácter jurisprudencial como la Sentencia T-968 de 2009, primera decisión que estudió e hizo análisis sobre el alquiler de vientres en Colombia, citándola asimismo sin distinción como, maternidad por sustitución, maternidad subroga o alquiler de útero; de allí la importancia de su análisis y estudio para esta investigación, pues en ella, se desarrollan conceptos básicos sobre la definición de menor de edad, familia, unidad familiar, cuidado y custodia de los menores y las TRHA, esto es, las técnicas de reproducción humana asistida. De igual manera, se exponen argumentos constitucionales soportados en el bloque de constitucionalidad, derechos fundamentales del menor como sujeto de especial protección y debido proceso.

Dichos argumentos han perdurado, y a pesar de haberse intentado regularizar este fenómeno social con varios proyectos de ley presentados por los legisladores, no ha sido posible que se conviertan en ley, creando ello una laguna jurídica al no encontrar en nuestra legislación una norma que al menos pueda ser acogida por analogía para resolver las controversias, teniendo que ser solucionada de manera particular por el máximo Órgano Constitucional con las Sentencias

de Tutela 968 de 1999 y 275 de 2022 en interpretación amplia del artículo 42 de la Constitución Nacional.

Como antecedente histórico, la maternidad subrogada se ha tratado en varias investigaciones jurídicas encontradas en la literatura científica. En una de ellas describen cómo desde el año 1975, fecha en que se publicó por primera vez en California, Estados Unidos, un aviso en prensa solicitando el alquiler de un vientre para una pareja con imposibilidad de tener de manera natural un descendiente, por una suma de dinero a cambio, y se cumplió (Brajim, 2019, p.2); sin embargo, es desde 1986 donde se inician los problemas jurídicos derivados de esa figura de alquiler de vientres, pues una mujer, de nombre Mary Whithead, es contratada por una pareja de esposos conocidos como los Stern quienes después de todo el proceso de la gestación no reciben a su hija, dado el cariño que la madre sustituta había creado hacia ella, llegando este caso a los Tribunales de Justicia, donde se concede la custodia a la pareja contratante por cuanto tenían mejores condiciones económicas para el sostenimiento de la menor, pero reconociendo que la madre era la señora Whithead, quien la podía visitar cada fin de semana (Cadavid y Barrera, 2016, p.4).

Desde allí, ha sido vertiginosa la utilización de este método de procreación para las parejas con imposibilidad física de tener hijos de manera natural, práctica que mientras en Colombia se encuentra aceptada de forma tácita, según las decisiones de la Corte Constitucional en la interpretación del artículo 42 de la Constitución Política, en otros países es aceptada de forma expresa mediante leyes que la regulan y que en otros es prohibida y penalizada

Con base en ello, hay que identificar las normas jurídicas aplicables al asunto y de las cuales echó mano la Corte en la Sentencia T-968 de 2009 y la T-275 de 2022, para resolver el caso planteado en protección de los derechos fundamentales del menor, los de la mujer y los derechos relacionados con la familia; igualmente, se explorará todo lo relacionado con las normas de carácter constitucionales tratadas, las normas internacionales integradas por bloque de constitucionalidad a nuestra legislación y se definirán las garantías para el desarrollo integral del menor, encontrando un equilibrio justo entre los derechos de este y los de los padres, teniendo presente la prioridad de los derechos del niño sobre los de los adultos.

Así mismo, se identificará en la sentencia qué tipo de contrato están utilizando las partes contratantes y madres subrogadas o sustitutas, que de una vez se anuncia es un contrato innominado por los vacíos legislativos existentes sobre el tema, por lo que se buscará a través de una propuesta jurídica bajo la teoría de los contratos, legitimar aquellas manifestaciones de voluntad y que den efectos de obligatoriedad a esa voluntad manifiesta, entendiendo que es esta práctica el medio eficaz de cumplir el deseo de las personas de conformar familia y que puedan hacerlo de forma responsable, con el respeto de las garantías mínimas de los derechos del menor, de la gestante y de los contratantes.

Lo primero será interpretar de manera lógica y sistemática todos y cada uno de los elementos del negocio jurídico, determinando desde la teoría del derecho privado, cuál es la finalidad, cómo llevar a cabo la práctica, para finalmente establecer los alcances del resultado, logrando así el reconocimiento de derechos mediante la fijación de unas disposiciones legislativas permisivas, pero con límites.

En la sentencia de 2009 antes citada, se hizo reconocimiento de la figura de maternidad por sustitución o subrogada. En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos (Gómez, 1994, p.136) pero se comprometen a que una vez dan a luz entregan el hijo a los futuros padres que hicieron el encargo e hicieron el pago de los gastos ocasionados en todo el proceso hasta el parto.

Del dicho pronunciamiento se extraen unas características esenciales: de las voluntades expresadas en el compromiso o acuerdo: (i) Es en favor de el o los comitentes, la entrega del hijo producto de la gestación y según el encargo; (ii) la mujer que gesta cede de los derechos de cuidado y custodia sobre el recién nacido, (iii) Los que encargan el hijo, hacen el reconocimiento de este como suyo (Lobo, 2019, p.26).

Es decir que, esta técnica de reproducción llega a su materialización como contrato, con la manifestación expresa de voluntades arrojando como resultado, una serie de derechos y obligaciones mutuas, unas de la o las personas que tienen el anhelo de ser padres, y otras de la

mujer que será la portadora o subrogada que acepta la gestación por cuenta de la pareja que así lo encargó (Marín, Barrera y Patiño, 2015 citado en Lobo, 2019, p.26).

Al analizar la maternidad subrogada en Colombia desde una perspectiva jurídica, es esencial que se cumplan los requisitos de existencia y validez que se han establecido en la doctrina para que se lleve a cabo en conformidad con el marco legal existente. De esta manera, se puede enmarcar dentro del ámbito del derecho de familia. Según Valencia y Ortiz (2011, p.545), un hecho jurídico es aquella declaración o conjunto de declaraciones de voluntad, reconocidas como idóneas por el sistema jurídico, que tienen como objetivo construir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial o familiar.

Además de lo anterior, hay que señalar que en la actualidad las formas de relacionarse de las personas van cambiando, en la medida que dichas relaciones giran en torno a satisfacer sus intereses propios, a su vez esos intereses también varían de tal forma que se desarrollan vínculos que en ocasiones no son ajustables a los efectos y contenidos de los actos jurídicos, aun cuando se apele a la llamada autonomía de la libertad.

Es así como los sujetos en razón a un interés en particular van sumando diferentes elementos que lo llevan a la creación de un contrato o pactos obligacionales que, al no ajustarse de manera precisa a una norma existente, serán innominado, es decir, atípico, pues el derecho no se ha encargado de regular las prestaciones que de allí se deriven y es por ello debe acudir al análisis de los principios que orientan su aplicación.

En Colombia los contratos son entendidos como típicos, en cuanto estén regulados en la ley, o atípicos o innominado si no lo están (Castañeda, 1999, pp. 97-98) y es precisamente por el vacío normativo para la regulación de estos acuerdos que son atípicos, razón por la que debe analizarse si el contrato que se realice sobre vientres o úteros para gestar, cumple con los requisitos propios de la teoría obligacional en el Derecho Privado, esto es, además de la capacidad y de la manifestación de la voluntad de las partes, los requisitos de existencia y validez, de cara al artículo 1502 del Código Civil Colombiano, punto que igualmente será analizado en el presente trabajo de investigación.

Además, se deben considerar los tratados y convenios internacionales sobre los derechos de los niños que Colombia ha ratificado, como la Declaración de los Derechos del Niño y la Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño, que se han reproducido en otros instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Todo esto se integra en el bloque de constitucionalidad a través del artículo 93 de la Constitución Política.

En cuanto a la legislación interna, el Código de Infancia y Adolescencia es la base que garantiza el pleno y armonioso desarrollo de los niños, niñas y adolescentes para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. La igualdad y la dignidad humana deben prevalecer sin discriminación alguna (Ley 1098 de 2006) y el Código Civil Colombiano, en lo relacionado con el tema de Familia y de los Contratos Civiles (Ley 57 de 1887), también se considera relevante.

Finalmente las sentencias de tutela T-968 de 2009 y T-275 de 2022, decisiones que plantean la necesidad de una regulación, a fin de evitar el desconocimiento de los derechos fundamentales de los menores, y de las partes intervinientes en los acuerdos de maternidad subrogada o sustituta, para atender, las problemáticas de desprotección del recién nacido, ante el desacuerdo o inconformidad de las partes intervinientes, pues determinando la filiación del menor, se establece a quién o quiénes se reclaman los derechos del menor, respecto a los cuidados de éste, sin que tenga ninguna afectación por los conflictos que lleguen a suscitarse entre las partes, que de paso, encontraran con tal regulación la solución ante el incumplimiento de los acuerdo pactados. De la misma manera los derechos que en consecuencia de tal pacto nacen para los contratantes y la misma gestante.

Pregunta de investigación

¿Cómo podría regularse la figura de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano, particularmente, desde una perspectiva contractual a la luz del derecho civil?

Objetivo General

Proponer elementos para la regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano en el marco del derecho civil contractual

Objetivos Específicos

- Determinar cómo desde una perspectiva doctrinal y jurídica se ha definido la figura de la maternidad subrogada haciendo énfasis en la naturaleza, características y elementos constitutivos.
- Analizar las categorías jurídicas relativas a la maternidad subrogada y sus respectivas características conceptuales desarrolladas por la Corte Constitucional en sus sentencias hito T-968 de 2009 y T-275 de 2022.
- Realizar una propuesta académica de regulación normativa particularmente en lo relativo al contrato de la maternidad subrogada en Colombia, desde el derecho civil.

Delimitación conceptual, temporal y espacial

La presente investigación se basa sobre una figura jurídica propia del derecho contractual, en particular en el área civil como son los pactos, acuerdo o convenios de los cuales por su falta de regulación generan serias implicaciones en cuanto a los derechos sexuales y reproductivos de las personas específicamente en lo relativo a la maternidad subrogada y consecuencias negativas respecto de los derechos de los niños, en el territorio colombiano, tomando como base el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia T-968 de 2009 , y de referencia otros estudios y pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales.

Diseño metodológico

Esta investigación tiene un enfoque cualitativo, para el caso de estudio, se da inicio con algunos antecedentes doctrinales y hasta llegar al primer pronunciamiento judicial sobre la maternidad subrogada, que inicia con la Sentencia de Tutela 968 de 2009, para luego de realizar un estudio doctrinal sobre el tratamiento que se ha dado a esta figura, para continuar con la Sentencia de Tutela 275 de 2022, llegando entonces a ampliar los conceptos sobre el tema objeto de investigación, para proceder si a identificar los problemas sociales que se están presentando al momento de la gestación y el nacimiento de ese nuevo bebé, analizando el contexto social, cultural e ideológico de los grupos poblacionales que acuden a esta forma de gestación, ya que los mismos han sido resueltos en particular desde la óptica del derecho civil en particular desde el contrato..

Asimismo, la investigación tiene elemento de un enfoque interpretativo o comprensivo, si tenemos este término como la comprensión de los fenómenos sociales a través de la realidad objetiva, percibida y construida, es decir, se analizó lo pertinente al tratamiento que se ha dado a dicha práctica, es decir, visto este fenómeno, no solo local, sino mundial trayendo un poco de derecho comparado, (González, 2019, pp. 3-5)

Por consiguiente, el proceso de recolección de datos se hizo mediante la búsqueda de

se refiere al método utilizado por el estudiante para obtener la información necesaria para el diseño y desarrollo de la investigación. Como lo señala Arias (2006, p.53), las técnicas de recolección de información incluyen la observación en sus diferentes formas y el análisis documental, entre otros.

Dado el enfoque de esta investigación, una vez que se ha obtenido la información, es necesario seguir una serie de pasos para organizarla y tratar de responder a los objetivos planteados. Los datos empíricos obtenidos a través de las técnicas e instrumentos de recolección se clasificarán, registrarán y tabularán para su posterior análisis e interpretación.

Para obtener los datos requeridos, se utilizaron diversas técnicas de recopilación de información, incluyendo la búsqueda de fuentes bibliográficas como libros, revistas, publicaciones periódicas, textos legales y páginas web. La información obtenida se revisó, organizó y analizó a

través de un resumen crítico y analítico de los hechos relacionados con el tema de estudio. Este análisis permitió mejorar la base para futuras investigaciones y eliminar errores en los datos.

Además de la búsqueda de fuentes bibliográficas, se llevó a cabo un proceso de selección y ordenamiento del material encontrado durante las revisiones bibliográficas, hemerográficas e internet, utilizando otras fuentes como las documentales secundarias, como sentencias de constitucionalidad, normas constitucionales y normas internacionales para construir los fundamentos teóricos que sustentan el estudio.

CAPÍTULO 1

PERSPECTIVA DOCTRINAL Y JURÍDICA DE LA FIGURA DE MATERNIDAD SUBROGADA

En este capítulo, se determinará cómo desde una perspectiva doctrinal y jurídica se ha definido la figura de la maternidad subrogada haciendo énfasis en la naturaleza, características y elementos constitutivos

El desarrollo de las sociedades y sus constantes cambios han sido la base fundamental de la transformación de las estructuras familiares teniendo gran incidencia en la forma de relacionarse de los sujetos y nuevas características en la conformación, pues las modificaciones que ocurren son consecuencia de su adaptación a las variaciones en la sociedad (Umaña Luna, 2004 mencionado en Millán, 2013, p.109).

Aun cuando la familia nuclear, ha sido históricamente el modelo normativo en la sociedad, en la actualidad se ha convertido en sólo una de las tantas alternativas de familia que se forman por parte de los individuos dependiendo de la ubicación geográfica, las creencias religiosas, las

costumbres, el estrato social y de las posibilidades que tenga o no de acceder a las nuevas tecnologías y avances científicos.

Estas nuevas tecnologías y avances de la ciencia hacen relación a las técnicas de reproducción humana asistida, es decir, a los métodos médico-científicos utilizados en la fertilización de óvulos con la única finalidad de conseguir un embarazo, convirtiéndose entonces, en la oportunidad para ser padres, de las personas que en pareja o de manera individual desean serlo y están en imposibilidad física o biológica para ello.

Estas técnicas son conocidas como la fecundación in vitro, la inseminación artificial, la microinyección de espermatozoides, entre otras.

La inseminación artificial es un procedimiento simple que implica la manipulación de los gametos masculinos con el objetivo de lograr la fecundación, el embarazo y el nacimiento de un bebé (Mendoza, 2008 p.5).

En términos generales, esta técnica consiste en depositar una concentración óptima de espermatozoides manipulados en laboratorio en el útero para aumentar la probabilidad de fecundación del óvulo.

La fecundación in vitro (FIV) es una técnica que implica la estimulación de los ovarios con gonadotropinas humanas o sintéticas, seguida de la extracción mínimamente invasiva de los óvulos mediante aspiración folicular guiada por ecografía. Luego, los óvulos se fertilizan en el laboratorio después de una selección y clasificación de la calidad ovocitaria y capacitación espermática, y se cultivan sistemáticamente antes de transferir los embriones a la cavidad uterina con la esperanza de una implantación exitosa (Kushner, 2010 p.35).

Esta técnica se utiliza cuando la pareja tiene dificultades para concebir debido a problemas biológicos. Otras técnicas que se pueden utilizar incluyen -La inseminación artificial homóloga, que utiliza el material biológico del esposo o compañero de la mujer. -La inseminación artificial heteróloga, que utiliza material biológico de un tercero ajeno a la pareja. -La inseminación post mortem, que utiliza el material genético previamente criogenizado del esposo fallecido de la mujer. -La inseminación de mujer soltera (Mendoza, 2006 p.8).

1.1. Maternidad subrogada o gestación por sustitución

De acuerdo con la definición de la Real Academia Española, subrogar se refiere a "sustituir a alguien o algo por otra persona o cosa". Por lo tanto, cuando se habla de maternidad subrogada, se trata de una situación en la que una mujer reemplaza a otra para llevar y gestar al hijo de otra persona o pareja.

La subrogación o sustitución de la maternidad se refiere a la práctica en la que una mujer acepta llevar a un hijo de otra persona o pareja en su vientre, comprometiéndose a entregar al recién nacido al final del período de gestación. La mujer renuncia a cualquier posible filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo gestado. (Sánchez, 2015).

Existen dos clases de maternidad subrogada, según quien sea la mujer que aporta el óvulo, se presentan las siguientes variantes: a) Cuando la mujer que gesta no aporta su propio ovulo y que una vez fertilizado el embrión le es implantado en su útero para gestarlo y una vez nacido entregue el niño a quien lo encargó, es lo que se ha denominado como subrogación de útero o maternidad subrogada; y b) Cuando la mujer que gesta aporta su propio ovulo, lo que conlleva a que además de llevar el embrión en su vientre, es su madre biológica, pero igualmente una vez nacido debe entregarlo por compromiso previo.

A pesar de ser una práctica cada vez más recurrente, la gestación por sustitución no cuenta con una regulación normativa, pues siempre se ha relacionado a nivel social con temas de índole, moral, religiosos y éticos que no han permitido darle una mirada distinta como por ejemplo atender los principios de la autonomía de la voluntad, libre desarrollo de la personalidad, y solidaridad entre otros, coartando esa falta de regulación en la materia los derechos fundamentales (C.P., 1991, arts. 42, 43 y 44), de las parejas cuyo deseo tener un hijo a través de esta modalidad de procreación, de hombres o mujeres sin pareja que igualmente quieren ser padre o madre y de las mujeres que posibilitan ese deseo de aquellos que por cualquier situación médica, sexual o social no lo puedan realizar.

Precisamente por la falta de regulación no se encuentra uniformidad en la designación de dicha práctica, y se denomina como sinónimos subrogación de vientre, subrogación de útero,

maternidad subrogada, entre otros. Esa falta de regulación permite que se presenten varias definiciones y caracterizaciones.

Según la doctrina, algunas definiciones son:

La gestación subrogada es una técnica novedosa de la fertilización asistida que conlleva el nacimiento de un bebé con un vínculo biológico unilateral a la pareja que padece infertilidad. La portadora es una mujer fértil que, mediante un acuerdo contractual, se somete a una inseminación artificial con el espermatozoides de un hombre casado con otra mujer, lleva a cabo el embarazo y da a luz al niño o niña. Una vez que el bebé nace, la portadora o sustituta renuncia a su custodia en favor del padre biológico y, además, renuncia a todos sus derechos de filiación sobre el bebé para que la esposa del hombre con cuyo espermatozoides fue inseminada pueda adoptarlo (Coleman, 1982, p.75).

La gestación subrogada surge de la utilización de la técnica de la fecundación in vitro, que produce el nacimiento de un bebé con un vínculo biológico unidireccional con la pareja infértil. En este proceso, una mujer fértil es inseminada artificialmente con el espermatozoides de un hombre que está casado con otra mujer, y lleva al niño hasta su nacimiento o lo concibe. Una vez que el bebé nace, la gestante o sustituta renuncia a su custodia en favor del padre biológico y, además, renuncia a todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo espermatozoides fue inseminada lo adopte (Lamm, 2013, p.17).

La gestación por sustitución es un procedimiento en el cual una mujer lleva a término un embarazo para otra(s) persona(s) con quienes se ha acordado previamente que el niño será entregado tras el parto (Brazier, 2013, p.23).

La maternidad sustituta surge como resultado de la decisión libre de los adultos que ejercen sus derechos y libertades sin afectar a terceros, por lo que no se puede cuestionar ni objetar a las personas que la practican ni a la práctica en sí misma (Camacho, 2009, p.15).

1.2.Elementos y características constitutivos de la gestación por subrogación de vientre

Entendidas las definiciones y las técnicas por las cuales puede darse esta forma de maternidad, es importante determinar cuáles son las características y elementos constitutivos de ésta.

Como elementos constitutivos de dicha práctica y sus características se pueden concluir las siguientes:

- Nace de la utilización de los procedimientos médico científicos para reproducción humana asistida.
- Según la doctrina nacional la utilización de estas prácticas para la fecundación, conllevan a un convenio, un contrato o un acuerdo de voluntades entre las personas que participan el proceso de encargo de la criatura y en la gestación de la misma.
- Se entiende por parte de la gestante una renuncia desde antes del embarazo a ejercer el rol de madre, así como a los otros derechos que otorga le ley sobre el recién nacido.
- La persona o personas interesadas en esa paternidad adquiere(n) los derechos sobre el niño, desde antes del nacimiento en razón del convenio, acuerdo o contrato.

Dicha práctica tiene por definición según la RAE, concreta en formas simples como: 1. “Mujer que gesta un embrión ajeno. 2. m. gestación subrogada”.

La Corte Constitucional en la definición y finalidad que de esta figura desarrolló en la sentencia de tutela del año 2009, precisó, que, en este proceso, la mujer que acepta la gestación y da a luz no aporta sus propios óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y, una vez que se da el parto, entregan el hijo por compromiso previo que adquirieron para con las personas que lo encargaron y que asumieron el pago de una suma establecida de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

Recogiendo entonces lo antes descrito, se tiene que, la maternidad subrogada, gestación por sustitución, entre otras denominaciones son figuras que están íntimamente relacionadas, en cuanto en cuanto, a que es el medio para alcanzar el fin buscado, ser padre o madre, y utilizando cualquiera de las técnicas de reproducción humana asistida, para lo cual previamente, la gestante, acepta mediante convenio celebrado con quienes encargan la gestación, asumiendo un compromiso que básicamente se resume en llevar el producto de la fecundación en su vientre, hasta el momento de dar a luz, y tras el nacimiento, deberá entregar el recién nacido a quienes serán sus padres, momento en el cual terminara el convenio o acuerdo.

1.3. Análisis de la posición en algunos países

Varios países a nivel mundial encontraron respuesta a este reto jurídico social. Tomando como base sus Códigos Civiles, sus legisladores dieron los primeros pasos para regular normativamente la maternidad subrogada, o por sustitución. Haremos referencia a algunos de ellos.

1.4. Ucrania

Exige como requisito que la pareja sea casada y su matrimonio se encuentre registrado a través de la ley civil. El código de familia de Ucrania, Ley Nro. 524-V del 22 de diciembre de 2006, en su artículo 123 numeral 2, indica lo referente a la maternidad subrogada.

Por su parte la orden N771 del Ministerio de Salud, hace referencia a ciertos requisitos exigidos para aplicar la maternidad subrogada, entre los que están, la ausencia de útero, bien sea desde el nacimiento o bien porque haya sufrido una extirpación del mismo, deformidad de la cavidad del útero, o deformación del cuello, lo que ha imposible lograr un embarazo y por tanto un parto y por enfermedades de carácter crónico graves que hagan inviable el embarazo.

Con base en lo anterior, la legislación ucraniana admite que exista un acuerdo entre la mujer gestante y los padres que encargaron el bebé, lo que se traduce en que no hay prohibición alguna para acordar con ella un pago por alquilar de su útero para fecundar allí el cigoto de la pareja que la contrató, así no haya ningún tipo de regulación jurídica de dicho contrato, pues es un acuerdo entre partes que, además, debe ser firmado por parte del instituto de medicina encargada de realizar la práctica de inseminación y el posterior control médico a la gestante, así como la agencia de gestación subrogada. Una vez se da el resultado de la aplicación de las tecnologías de la reproducción, esto es, nace el bebé, se da a los padres de manera expresa, la potestad sobre el menor nacido, significando que se registra como hijo de los contratantes.

Según la Ley Nro. 121-VI las circunstancias para la realización de la fecundación artificial en su artículo 48 “fundamentos de la legislación Ucraniana sobre la sanidad pública”, hace referencia a que la mujer gestante no tiene derechos parentales sobre el hijo, ordenando guardar

según el acuerdo escrito y firmado entre las partes, el anonimato del donador e igualmente conservar el secreto médico. Igualmente, se dispone que el procedimiento deba realizarse en establecimientos médicos debidamente reconocidos y acreditados para ello, en donde las edades de las mujeres mayores de edad oscilen entre los 20 y 35 años, que hayan sido madres biológicas y con ovocitos de familiares, propios o de donantes anónimas que los facilitaron, donación de esperma o programas de adopción de embriones entre otros.

1.5.Rusia

Desde el año 2012, la maternidad subrogada en este país está regulada mediante la Ley Federal "Normativa de Protección de la Salud de la Federación de Rusia". Uno de los requisitos establecidos es que solo las parejas de esposos debidamente registrados o las mujeres solteras sin hijos pueden recurrir a esta opción. El proceso de subrogación se lleva a cabo después de firmar un acuerdo con una mujer que se compromete a dar a luz un bebé y entregarlo a una pareja o persona soltera que no tenga hijos.

El contrato, lleva impreso entre los acuerdos de las partes, que la mujer aceptará llevar en su vientre, el hijo de los futuros padres o madre soltera quien no pueda quedar en embarazo por cuestiones, que gestará por inseminación de un cigoto donado.

La mujer que sirve como madre gestante, debe estar en una edad entre los 20 a los 35 años, debe contar con buen estado de salud y debe ya haber tener al menos un hijo, lo cual será verificado previo a la firma del consentimiento escrito obligatorio para poder llevar a cabo la intervención voluntaria. Una particularidad de la legislación rusa, tiene que ver con que la mujer casada puede participar en un programa de subrogación, previo consentimiento dado por el esposo.

A su vez el Código Civil de Rusia , señala en los artículos 51 y 52 que una pareja casada podrá participar en este programa de gestación, y ser inscrita como padres legales del bebé si obtiene el consentimiento escrito para ello por parte de la mujer gestante, lo que ocasiona que una vez obtenida la certificación del nacimiento del menor, la gestante no podrá exigir ningún tipo de derecho maternal sobre el menor y la pareja quedará como padres biológicos del menor concebido.

1.6.Uruguay

La normativa 19167 de noviembre de 2013 regula en Uruguay las técnicas de fertilización in vitro, las cuales deben ser llevadas a cabo exclusivamente por instituciones públicas o privadas. Estas técnicas comprenden los procedimientos para tratar gametos o embriones humanos con el fin de lograr un embarazo en una mujer.

La mencionada regulación presenta ciertas exigencias, entre las cuales se encuentra la aplicación de diversas técnicas reproductivas como la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia de gametos, entre otras.

Además, es importante destacar que solo se permite el uso de estas técnicas en parejas biológicamente imposibilitadas para concebir un hijo y en mujeres sin importar su estado civil, y que su financiamiento es cubierto por el Estado hasta en tres ocasiones para alcanzar su objetivo.

Si se trata de la práctica de la gestación subrogada, todos los acuerdos comerciales entre una pareja o mujer que aporte los gametos, ya sean propios o de terceros, para la gestación en el vientre de otra mujer, son considerados inválidos. No obstante, se hace una excepción en el caso de aquellas mujeres que no pueden llevar un embarazo a término debido a enfermedades genéticas o adquiridas. En estos casos, sólo se permite la gestación subrogada con parientes que estén relacionados hasta el segundo grado de consanguinidad de la mujer o su esposo.

Respecto al acuerdo, señala la legislación uruguaya que éste debe ser gratuito y firmado por todos los intervinientes y en caso de nacer el bebé, deberá ser registrado a nombre de los padres que hayan solicitado la gestación por subrogación.

1.7.Brasil

En este territorio no existe ninguna normativa referente a esta categoría legal, sin embargo, el Consejo Federal de Medicina estableció limitaciones al proceso de reproducción humana por

medio de ella. En consecuencia, el apartado 7° de la resolución CFM n 1.358/92 reguló este método de gestación y lo denominó cesión de útero.

Puntualizó tales exigencias así:

- La modalidad del acuerdo o contrato será gratuita.
- Solo será procedente cuando la madre que tiene la intención de utilizar este método no tiene la capacidad de gestar, y
- Esta forma de reproducción es aceptada para parejas heterosexuales u homosexuales, sin contar con las mujeres y hombres solteros (Salgado, 2017)

De igual forma, la madre en gestación debe ser familiar del primer al cuarto grado de parentesco con los padres de intención. En situaciones distintas, la gestante necesitará la autorización de la junta médica regional. En cualquier circunstancia, se respetará su privacidad, así como la de los donantes.

1.8.México

No posee una regulación federal de la maternidad subrogada, pero puede citarse a manera de ejemplo el estado de Querétaro que en el artículo 400 del Código Civil, tiene por disposición que las parejas receptoras de embriones no podrán buscar la fertilización asistida o la gestación subrogada, ni contratar a una mujer tercera para llevar a cabo la gestación; además que en la adopción de embriones está prohibido elegir el género del niño a adoptar, y no se permitirá rechazar al producto si nace con alguna enfermedad o discapacidad física. No obstante en los estados de Tabasco y Sinaloa se permite únicamente a favor de sus ciudadanos.

El estado de Tabasco reguló tal figura haciendo además distinción entre la mujer que gesta en sustitución sin aportar material genético, solo la gestación y madre subrogada, la que efectivamente además de aportar la gestación también aporta componente genético, pues así lo señala el artículo 92 del Código Civil del Estado de Tabasco cuando establece que en el evento de hijos nacidos a través de una madre gestante sustituta, se presumirá que la madre contratante es la

madre biológica, ya que su aceptación implica este hecho. En aquellos casos en los que se utilice una madre subrogada, se deberá seguir lo estipulado para la adopción total.

Norma que además define la madre gestante sustituta, refiriéndose a ella como una mujer que lleva a término un embarazo y proporciona el útero, pero no los genes. Por el contrario, una madre subrogada proporciona tanto los genes como el útero para la reproducción. La mujer que acuerda utilizar los servicios de una madre gestante sustituta o de una madre subrogada, según corresponda, se considera la madre contratante.

Por su parte el Estado de Sinaloa México dentro del Código Familiar, dispuso el capítulo V definir y regular lo concerniente a dicha figura; capítulo que dedicó a la reglamentación de la reproducción humana asistida y la gestación subrogada.

1.9.Grecia

Desde el año 2004, en Grecia se regula la gestación por sustitución según el Código Civil, específicamente en el artículo 1458, modificado por la Ley 3089 de 2002 en su artículo 8 y la ley 3305 de 2005, que se titula "imposición de la reproducción medicamente asistida". Para dar inicio al proceso, es necesario presentarse ante un juez quien lo autoriza y revisa que la madre contratante tenga un certificado que demuestre su incapacidad para llevar a cabo un embarazo. La madre no puede tener más de 50 años y la gestante sustituta no puede aportar los óvulos. Aunque se considera esta figura como altruista, se debe pagar una compensación a la madre gestante por el tiempo que deja de trabajar y las molestias causadas por el embarazo.

Debido a la decisión del Juez, la madre subrogada no puede retractarse, la patria potestad, con sus deberes y derechos recae sobre los o el padre contratante, para que una vez nazca los padres se convierten en padres legítimos, quedando la filiación determinada por la decisión judicial. Se conoce que inicialmente la figura fue expresamente consagrada para ciudadanos griegos, pero a partir del año 2015, con decisión del máximo Tribunal se dio vía libre para que extranjeros pudiesen acudir a Grecia a efectos de realizar el procedimiento para una gestación por sustitución, la cual tiene un precio en euros a partir de los 78.000, valor que varía de acuerdo con la dificultad para encontrar mujeres griegas que acepten llevar a cabo dicho procedimiento, por lo que en su

mayoría, la gestación por subrogación se realiza con mujeres provenientes de Ucrania y Georgia, dado que su indemnización es mucha más económica que la exigida por las nacionales.

1.10. India

Actualmente, este territorio es indudablemente el más renombrado por su práctica de maternidad subrogada, ya que cuenta con aproximadamente 200.000 clínicas privadas que brindan este servicio, según una investigación de Amador en 2010. Debido a esto, se le ha otorgado diversos nombres como "la fábrica de bebés", "turismo de la procreación" y "la capital global de la gestación subrogada", entre otros, según Wallis en 2013.

En 2013, el Ministerio del Interior publicó unas pautas relacionadas con los individuos extranjeros que deseen visitar la India con el fin de llevar a cabo el alquiler de vientres "Regarding Surrogacy issues involving Foreigners" (Ministerio del Interior, India, 2012). Según estas pautas, cualquier extranjero que desee someterse a este procedimiento debe obtener una visa médica antes de ingresar al país. Además, necesitarán una carta de su embajada que certifique que el país de origen del extranjero reconoce la subrogación y admite la entrada de niños nacidos mediante maternidad subrogada. También se requerirá la firma de un acuerdo ante un notario, el cual deberá ser suscrito por todas las partes involucradas. Para poder regresar a su país de origen con el menor, se deberá contar con una autorización de salida que confirme la paternidad o custodia, junto con el paz y salvo de la madre sustituta.

En el 2008, la Corte Suprema del país dictaminó que la práctica de maternidad subrogada debía ser considerada legal, tras el caso Manji, el cual consistió en que un matrimonio japonés conformado por Ikufumi Yamada, de 45 años, y su cónyuge Yuki, de 41 años, contrataron a una mujer india para llevar a cabo el proceso de gestación subrogada por un valor de 15 mil dólares en noviembre de 2007. Sin embargo, en junio, antes de que el embarazo llegara a su fin, se separaron. Tras el nacimiento de la niña, surgió un conflicto: ambas madres la rechazaron y el gobierno indio le negó a Ikufumi -quien era el único interesado en asumir la paternidad- la adopción de Manji debido a que es un padre soltero y a quien finalmente se le permitió llevarlo a su país, ya que el proceso se había realizado de acuerdo a las leyes del país.. (Clinique Rotundá, s.f.)

CAPÍTULO 2

ANÁLISIS SENTENCIAS HITO SOBRE LA FIGURA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Este apartado se enfocará en examinar las decisiones T-968 de 2009 y T-275 de 2022, como resoluciones fundamentales de la Corte Constitucional en relación al arrendamiento de vientres o útero, gestación subrogada, razonamientos y estándares constitucionales expuestos en las mismas

2.1.Sentencia T-968 de diciembre 18 de 2009¹

En dicha instancia, la Corte decretó medidas de salvaguardia para garantizar la recuperación de los derechos de los menores y de la progenitora, mientras se resuelven los juicios de custodia, tutela y autoridad parental correspondientes.

2.1.1. Hechos de la sentencia

Se tiene como supuestos fácticos que el señor Salomón (colombiano), y su esposa Raquel (de origen dominicano) residentes en los Estados Unidos en Estados Unidos, decidieron tener un hijo , para lo que la señora Sarai (colombiana) acordó con ellos realizarse varios tratamientos, con el fin de que Salomón pudiera ser padre, acudiendo a un centro especializado donde recibió la implantación de los óvulos de Raquel, pero su cuerpo los rechazó.

A pesar de lo ocurrido, Salomón viajó a Colombia para conocer a Sarai en persona, y después de varias visitas a su hogar en Vijes, Valle del Cauca, iniciaron una relación. Bajo la promesa de una posible mejora económica y que ambos se encargarían de la crianza de un futuro hijo, está accede a la petición de realizarse otro procedimiento de fertilización in vitro, pero en esta ocasión aportando sus óvulos propios, para inseminarlos con espermatozoides de Salomón, el cual resultó efectivo con resultado de un embarazo de gemelos.

¹ Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa. Expediente No. T-2220700

Salomón sufragó algunos gastos de manutención y el pago a la salud hasta el quinto mes de embarazo. Producto del procedimiento de inseminación, nacieron en el municipio de donde es oriunda la señora Sarai, los mellizos, Samuel y David, pero para poder darles salida, ante la hospitalización de la madre y la usencia del padre, ella registró a los menores a los niños con sus dos apellidos.

Por un término de nueve (9) meses que estuvieron los recién nacidos al cuidado de Sarai, Salomón no proporcionó manutención alguna para los menores, a pesar de que ya habían sido registrados por él, a pesar no obstante, dado que la vivienda en la que habitaban en Vijes se encontraba en las cercanías de un horno para la producción de cal, lo cual representaba un riesgo para la salud de los niños, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de Yumbo decidió retirar temporalmente la custodia y cuidado de los menores a su madre el 20 de diciembre de 2006, asignándosela provisionalmente a una tía paterna..

A partir de ese momento, el progenitor de los niños emprendió una acción legal para obtener la custodia y la privación de la patria potestad con el objetivo de alejar a los hijos de su madre. Además, solicitó permiso para que los menores pudieran trasladarse a los Estados Unidos, presentando la documentación correspondiente. El juez de familia encargado del caso emitió una sentencia el 29 de agosto de 2008, en la que se concedió la solicitud de salida del país para los niños Samuel y David, en compañía de su padre, y se garantizó el derecho de la madre a mantener contacto con ellos.

Dicha decisión fue planteada por la Corte de la siguiente forma:

1. Entre Salomón y Sarai, hubo un acuerdo verbal para llevar a cabo un proceso de gestación subrogada, en el cual ella cedía su capacidad reproductiva para concebir un embrión con el esperma del contratante, comprometiéndose a entregar el producto de la fecundación a la pareja compuesta por Salomón y Raquel.
2. Sarai, tras recibir una suma importante de dinero, atención médica adecuada y la afiliación a una EPS, violó el contrato y optó por retener a los niños.
3. Dadas las circunstancias económicas de la madre y el contexto de subdesarrollo, inestabilidad y pobreza que afecta la ciudad de Cali, los hijos estarán en compañía de

su padre, quienes recibirán el amor de una familia y tendrán acceso a todas las oportunidades que ofrece un país desarrollado.

2.1.2. Análisis jurídico de la Corte Constitucional

La Corte enfatizó que la renta de vientres o úteros, también conocida como maternidad subrogada o maternidad sustituta, no está claramente definida en el marco legal, pero se ha definido doctrinalmente como "un acto reproductivo que resulta en el nacimiento de un niño gestado por una mujer que se compromete a ceder todos los derechos sobre el recién nacido a otra mujer que se convertirá en su madre". En tal caso, la mujer que lleva y da a luz al niño no contribuye con sus propios óvulos.

En este acuerdo de compromiso, la madre sustituta se compromete a llevar y entregar al niño después del nacimiento a las personas que se denominan madre sustituta y quienes asumieron los costos incurridos durante el embarazo y el parto. Esta práctica se considera beneficiosa para parejas que no pueden concebir hijos por sí mismas, en comparación con otras opciones, incluso la adopción, ya que el niño que nace es biológicamente hijo de la pareja que alquila el vientre y la madre sustituta solo gesta un embrión que proviene del óvulo de la madre y el esperma del padre..

Se enfatizó en la carencia de regulación en el marco legal en relación a la práctica, y que no existe una prohibición explícita de dichos acuerdos o convenios. Sin embargo, se ha establecido que las técnicas de reproducción asistida, que incluyen la maternidad subrogada o sustituta, cuentan con una justificación jurídica en base al artículo 42 de la Constitución, el cual establece que tiene los mismos derechos y obligaciones los hijos que hayan sido concebidos bien dentro o bien fuera del matrimonio, adoptados, con asistencia científica o de manera natural

2.1.3. Problemas jurídicos que se presentan por no existir regulación alguna.

En la sentencia que se está analizando, la alta Corte sostiene que la doctrina ha considerado la opción de maternidad sustituta o subrogada como una solución para las parejas que tienen problemas para concebir un hijo propio. Allí destaca la necesidad urgente de regular esta materia

para evitar la intermediación lucrativa en acuerdos de este tipo, la falta de protección de los derechos e intereses del recién nacido, los actos ilegales de disposición del propio cuerpo y los conflictos que surgen cuando las partes involucradas no están de acuerdo e incumplen lo pactado.

Por lo tanto, en lo que respecta al caso examinado, se indica la importancia de una regulación estricta y el cumplimiento de una serie de criterios y términos" tales como los siguientes: (i) que la mujer que desea ser madre posea cualquier dificultad fisiológicas para concebir; (ii) que los óvulos que se requieren para que la gestante conciba no sean los de ella misma; (iii) que quien proporciona su vientre para gestar, no lo hagan con la finalidad de obtener beneficios de carácter económico; (iv) que la mujer que va a gestar cumpla una serie de requerimientos como, estar en buenas condiciones de salud, tanto mental como física, haber tenido ya hijos, haber cumplido la mayoría de edad, entre otros; (v) la obligación por parte de la de realizarse todo los exámenes que sean los que requieren para determinar sus condiciones, desde el inicio del proceso, en el desarrollo del embarazo y al finalizar el mismo. Evaluaciones que incluyen la psicológicas (vi) que la identidad de las partes siempre sea la misma; (vii) que, no le asiste a la gestante el derecho a retractarse a la entrega del menor, una vez a firmado el consentimiento informado y se le ha implantado el material reproductivo o gametos,; (viii) de la misma manera que no le asista a los padres la oportunidad de rechazar al hijo bajo por ninguna razón; (ix) que, ante el eventual fallecimiento de los padres biológicos de la criatura, esta no va a quedar desprotegida; y (x) que la opción de interrupción del embarazo por parte de la gestante solo puede darse bajo prescripción médica, entre otras medidas. (Emaldi, 2001, pp.409-413).

2.1.4. Algunas definiciones relevantes encontradas en el texto

Es necesario hacer referencia a los términos encontrados y su definición en la Sentencia de primera instancia y la decisión de la Corte sobre la figura en estudio, pues para los funcionarios judiciales encargados de resolver el problema jurídico que se presenta allí, el alquiler de vientre, de útero, madre sustituta, madre gestante o subrogación de maternidad son sinónimos.

Igualmente, se traerá a colación la definición del acuerdo entre la pareja que a través de la figura del alquiler de vientres consigue y llega a un acuerdo verbal con quien prestará ese servicio para gestar en su vientre una nueva criatura.

- **Contrato verbal.** Cuyo objeto no era otro que un acuerdo hablado cuyo propósito era el "arriendo del útero mediante el cual la mujer acuerda permitir que su óvulo sea fecundado con el semen del contratante, comprometiéndose a ceder al contrato el producto de dicha fecundación
- **Contrato o Negocio.** Acuerdo en el que la finalidad era alquilar un vientre o subrogar la maternidad para conseguir la gestación de un bebé.
- **Convenio o Acuerdo.** Así trata la Corte la figura de acuerdo entre las partes para darle un nombre al llamado alquiler de útero o de vientre.

Y sobre esta figura denominada de varias formas, tanto del Juez de primera instancia como de la revisión realizada por la Corte Constitucional, citaron algunos términos:

- **Subrogación de maternidad.** Subrogar, de acuerdo con la definición de la Real Academia de la Lengua, se refiere al proceso mediante el cual una persona toma el lugar de otra en los deberes y derechos inherentes a una relación legal específica. En este caso puede definirse como esa sustitución de una madre por otra, pero limitado el tema de la gestación de un óvulo en un vientre diferente al de la madre que lo aporta.
- **Madre sustituta.** Persona que sustituye a otra en una actividad o función, término utilizado por el Instituto Médico que prestó la asesoría para el procedimiento de embarazo.

La Corte le adiciona, a esta definición el objeto del contrato, que se presenta al terminar la gestación y una vez producido el parto existe el compromiso de hacer entrega del bebé a las personas o a quien o quienes lo encargaron y se abrogaron pagar los gastos generados con ocasión del embarazo y parto, o una suma determinada de dinero.

- **Alquilar el vientre.** Prestar el vientre para que otros puedan ser padres, termino utilizado en común tanto por la institución médica, el Juez que decisión en primera instancia y la Alta Corte.

- **Arriendo de vientre o útero, gestación subrogada o maternidad sustituta.** Son expresiones equivalentes que utiliza la Corte para describir, de acuerdo a la jurisprudencia, el "...proceso reproductivo que da lugar al nacimiento de un niño gestado por una mujer que se compromete a ceder todos los derechos sobre el recién nacido a otra mujer que será considerada su madre"
- **Madre genética.** Es la mujer que aporta material genético (óvulo) para ser fecundado por un espermatozoide, el hijo nacido es hijo biológico de ella.

2.1.5. Hallazgos del análisis

De lo anterior podemos concluir varias situaciones planteadas al interior de este trabajo y son las siguientes. El caso objeto de análisis, no cumple con los requisitos de la maternidad o gestación subrogada, pues aquí la madre – Sarai- aportó uno de sus óvulos para poder llevar a cabo el ciclo de engendrar un nuevo ser. Ese aporte, como lo describe la sentencia da las calidades indudables de madre biológica quien tiene iguales derechos que el padre biológico a la custodia, cuidado, crianza y disfrute de sus hijos.

Esta situación jurídica hace que cambie el planteamiento del problema en cuanto a que no se estaba en presencia del llamado alquiler de vientre y por lo tanto lo pactado de manera verbal no tenía validez respecto al favorecimiento del padre en las decisiones que beneficiaban o afectaban a sus hijos.

En lo económico, hubo un favorecimiento privado e institucional a quien más poder económico tenía, en este caso Salomón, padre de los menores, tuvo asesoría médica para escoger la mujer que facilitaría, inicialmente su útero para cristalizar el anhelo de él y su esposa de ser padres. Se le presentó una mujer joven, humilde, de escasos recursos económicos y con buenas condiciones físicas, sin enfermedades de base y dispuesta a facilitar su útero por una suma de dinero tal y como está establecido en la sentencia.

Sumado a ello, obtuvo una asesoría jurídica que logró a través de abogados, conocedores de la ley, privar inicialmente del cuidado a la madre biológica por los continuos resfriados que padecían los bebés, posteriormente el cuidado y la custodia de los dos menores, y paralelo a ello

adelantaron el trámite del proceso de privación de la patria potestad en contra de la madre de estos. En este proceso, aun estando en etapa probatoria y sin decisión, hicieron la solicitud para obtener la salida del país de los menores y de esta manera lograr el propósito con el que desde un inició a arribó a Colombia, cual era convertirse nuevamente en padre al lado de su nueva esposa, bajo una premisa económica.

Esta utilización de recursos económicos nos lleva a plantear dos situaciones: la primera, es la discusión que se presenta sobre la contraprestación o contenido económico de los acuerdos, y la falta de regulación en muchos países para regular o no la figura tantas veces dicha, tendiente a evitar que las mujeres caigan en una mercantilización que en ánimo de obtener recursos, beneficien a los grupos económicos dedicados a ofrecer estos servicios o se creen redes de explotación sexual reproductiva ante la desprotección en la que se encuentran las mujeres que facilitan su útero para dar vida.

Y la segunda, sobre la finalidad y sentido altruista de la maternidad subrogada. Los análisis realizados han demostrado que las mujeres que alquila no que prestan su útero no lo hacen de manera altruista para que una pareja pueda cumplir el sueño de ser padres. No hay ningún tipo de vínculo afectivo, familiar, social o emocional con quienes las contratan, de allí, lo que conlleva a concluir que la motivación es únicamente económica, por lo que, como lo señala la Corte, es necesaria la regulación jurídica de esta figura.

Analizada la decisión encontramos que se buscó proteger los derecho de los niños, ante la sentencia del Juez de primera instancia por no dar aplicación a la Constitución Política afectando la relación materna una vez fueron separados de su madre, pues así lo puntualizó la Corte:

- (i) la garantía del desarrollo integral del menor;
- (ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales;
- (iii) el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor.

Por lo tanto, la Corte urge al legislador a abordar la situación global de la maternidad sustituta en Colombia, lo que conducirá a la implementación de soluciones legales a los problemas actuales que enfrenta esta práctica en expansión. El número de mujeres que buscan en ella una solución económica temporal está aumentando, lo que plantea preguntas sobre si la mujer gestante debe o no proporcionar sus propios óvulos para la concepción. Es importante proteger los derechos e intereses de los recién nacidos y abordar los posibles problemas legales que podrían surgir de la falta de cumplimiento de los acuerdos entre las partes involucradas en un contrato o acuerdo verbal.

2.2.Sentencia T 275 del 1 de agosto de 2022²

2.2.1. Hechos de la sentencia

Con el fin de lograr la paternidad, Mauricio celebró un acuerdo de prestación de servicios médicos el 30 de septiembre de 2020 con un centro especializado en tratamientos de fertilidad. Según el contrato, el centro se comprometió a lograr el objetivo de un embarazo mediante la técnica de fecundación in vitro utilizando óvulos donados.

Más tarde, el 19 de noviembre de 2020, suscribió un "contrato de gestación subrogada" con Lorena, quien actuó como la portadora del bebé sin aportar material genético. En efecto, el 3 de noviembre de 2021, la señora Lorena dio a luz a la niña, quien fue inscrita el mismo día con el nombre de Amalia, teniendo a Mauricio como su único progenitor.

El demandante pidió a la EPS Sanitas, a la que está inscrito, el reconocimiento y desembolso de la licencia de paternidad correspondiente al mismo período que la licencia de maternidad, para poder cuidar a su hija recién nacida en ese momento, sustentando tal petición en la forma en como había nacido la menor, esto es, mediante la práctica de los procedimientos para lograr la gestación subrogada; no obstante a pesar de las explicaciones brindadas, solo le fue autorizado por parte de la EPS una licencia de catorce (14) días por la paternidad.

² Expediente T-8.585.986 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Debido a esta negativa, el 10 de diciembre de 2021, Mauricio, quien actúa en su propio nombre y en representación de Amalia, presentó una acción de tutela contra su EPS. Considera que sus derechos fundamentales al mínimo vital, a una vida digna, a la igualdad, a la familia y a la licencia de paternidad han sido vulnerados. El tener que cumplir con sus obligaciones laborales ha afectado la calidad de vida de la recién nacida y les ha privado de las dieciocho (18) semanas que habría podido compartir con la menor para cuidarla y protegerla en es parte inicial de su desarrollo.

Por este motivo pidió que se ordene a la EPS:

- (i) conceder "la licencia de paternidad en las mismas condiciones que la licencia de maternidad, esto es, dieciocho semanas"; (ii) realizar el pago en un plazo máximo de diez días calendario a su empleador, y (iii) que las 16 semanas que no pudo tomar para cuidar a su hija comiencen "desde el momento de la notificación de su decisión", teniendo en cuenta que se vio obligado a seguir trabajando.

2.2.2. Análisis jurídico de la Corte

Planteó el problema jurídico y así lo resolvió sobre el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la cual reclamó el padre de la menor bajo el argumento de ser padre único, sin madre para su hija Amalia, dado que todo fue por medio de la maternidad por subrogación y como tal tiene derecho al tiempo que otorgar este beneficio, para compartirlo con su hija recién nacida.

La Corte rastreo las regulaciones relacionadas con la licencia de maternidad y no encontró ninguna disposición que respaldara la situación del demandante y su recién nacida para acceder a ella. Por lo tanto, en un análisis constitucional de protección, la decisión de amparo se basó en los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, en particular la igualdad (artículo 13) y la primacía del interés superior de los niños (artículo 44).

Estos derechos garantizan que la protección de los niños tenga prioridad sobre otros intereses, lo que asegura que la figura jurídica de la maternidad esté presente para que el padre soltero pueda asumir el papel de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de su hija, basados en el amor, el cuidado y un desarrollo integral y armónico.

Además, afirmó que la ausencia de regulación en cuanto a la gestación subrogada, está relacionada con diversos problemas legales que deben ser resueltos, tales como: “(i) «la donación de gametos»; (ii) «la criopreservación de los embriones sobrantes»; (iii) «la determinación legal de la filiación que resulta de la utilización de embriones después del fallecimiento de los progenitores»; (iv) «la falta de limitaciones o protocolos para la transferencia de embriones fecundados en úteros diferentes a los de las madres biológicas, también conocido como “gestación subrogada” o “maternidad sustituta”»; (v) «la identificación de los donantes de espermatozoides y/o óvulos; (vi) «el número máximo de descendientes de cada donante», y (vii) «la obligación de las entidades promotoras de salud de obtener gametos cuando el solicitante de la fecundación in vitro no los produce; y, la posibilidad de comercio de gametos».

Del mismo modo, indica que es importante considerar los acuerdos entre particulares que establecen los procedimientos para la transferencia de embriones a úteros distintos al de la madre biológica, conocida como "maternidad subrogada" o "maternidad sustituta". Estos acuerdos deben ser regulados con una fuerte intervención estatal, ya que afectan la dignidad humana, especialmente la de la madre subrogada.

2.2.3. Definiciones relevantes encontradas al interior de la decisión

- **Gestación subrogada.** Término traído por la Corte Constitucional de la anterior decisión sobre el tema, para definir el procedimiento por medio del cual nació Amalia como hija Mauricio el padre contratante.
- **Contrato de prestación de servicios de salud de tratamientos de fertilidad.** Documento privado que soporta el acuerdo pactado entre el padre contratante y la institución médica privada para llevar a cabo el procedimiento.
- **Contrato de maternidad por subrogación.** Firmado entre el padre contratante y la madre gestante subrogada
- **Alquiler de vientre.** Señala la sala que se presentó un alquiler de vientre, con la finalidad de la implantación de un óvulo fecundado con transferencia embrionaria del cual nació una menor llamada Amalia.

- **Técnicas de reproducción asistida.** Métodos mediante los cuales se fecunda un óvulo para que de él surja un embrión, que luego se inserta en el útero de la madre sustituta, para llevar a cabo su gestación.

2.2.4. Hallazgos del análisis

Las sentencias una del año 2009 y la otra expedida 14 años después, sobre la maternidad subrogada trae claros conceptos sobre esta figura. Utiliza términos más técnicos pues aborda la definición de la OMS, es decir, gestación subrogada, separándola del alquiler de vientre, al considerar que esta fue la figura que se presentó en los hechos narrados, se alquiló el vientre de Lorena, por parte de contratante para que gestara el cigoto puesto en su útero y naciera Amalia.

Las decisiones para el reconocimiento de los derechos deprecados en amparo, no profundizan el análisis sobre términos de los acuerdos celebrados por las partes, el tipo de contrato, cláusulas, los compromisos, el acuerdo económico al que se llegó, la entrega de la bebé, su nacimiento y registro, por considerar que no está regulada la figura no el procedimiento pero tampoco prohibida, por lo que se puede acudir a tal práctica para alcanzar el fin de ser padre o madre a través de este tipo de contratos.

Utiliza sí, un sólo término como es el Contrato, tanto con la madre subrogada, como con la entidad de salud que le prestó todos los servicios que fueron necesarios para realizar el procedimiento de fertilidad, sin que apareciera allí la denominación de convenio, acuerdo o pacto verbal entre los sujetos intervinientes.

Llama la atención la intervención de la EPS Sanitas, al responder lo relacionado con la licencia de maternidad, pues trae dos afirmaciones construidas por sus profesionales en derecho, donde indican que para que sean tenido como legales las prácticas relacionadas con la maternidad por subrogación, la mujer gestante, no debe aportar sus óvulos, pues de lo contrario se estaría en presencia de una conducta denominada trata de seres humanos y sin conceder la licencia de maternidad, pues se ha entendido como el derecho de la madre biológica, no del padre. Pronunciamientos de la EPS, que demuestran su desconocimiento sobre el tema pues en Colombia

no se ha regulado en derecho civil al respecto, ni creado un tipo penal para sancionar a las mujeres o parejas que acudan a esta figura de gestación subrogada para tener su propio hijo.

Finalmente con base en el precedente la sentencia de 2009 y a fin de conocer el trámite dado en Senado y Cámara para regular la maternidad subrogada la Corte, solicitó al legislativo, información sobre los diferentes proyectos de ley presentados, estableciendo que se presentaron 16 proyectos de ley para su estudio, desde 1998 hasta el 2021, todos ellos archivados por diferentes causas, la principal de ellas, retiro del proyecto, solicitud de archivo o tránsito de legislatura.

Los títulos de los proyectos han variado buscando restringir o negar el reconocimiento de la maternidad subrogada, es decir mediante la prohibición, e incluso la creación de tipos penales específicos para proteger a la mujer de la explotación sexual reproductiva, la cosificación de los bebés, los fines lucrativos y la trata de personas.

En 2016 se presentaron dos proyectos en Cámara los cuales prohibían directamente esta práctica por considerar que estábamos en presencia del tipo penal de trata de personas y la explotación de la mujer con fines reproductivos.

En 2017, ante la Cámara se presentó un proyecto que prohibía expresamente la maternidad por subrogación mediada por el lucro y creaba formas de control para su prevención.

Ante el Senado, se han presentados varios proyectos, entre los que se destacan los de 2017 y 2018, porque el contenido estaba dirigido a prohibir esta práctica con fines de lucro y se reglamentaba su práctica frente a otras situaciones.

En el año 2019 en Senado se presentó uno más que reglamentaban las técnicas reproductivas humanas, mediante técnicas asistidas y ante la Cámara, otro por medio del cual, se prohibía la estas prácticas y convenios, siempre que se hicieran en forma onerosa, estableciendo además en tal proyecto directrices para una regulación, siempre que fuera con fines altruistas.

En 2020 y 2021 hubo dos nuevos proyectos, uno de ellos tipificaba como una conducta penal dicha práctica, lo que permitía sancionar a quien constriña una mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro, prohibía su práctica y la cosificación de los bebés.

Como se puede apreciar de todo lo analizado, solo se desprende que ha faltado voluntad política de los legisladores para regular lo relacionado con la maternidad subrogada, teniendo presente que uno solo de ellos hace referencia al alquiler de vientres y otro más asimila la figura con lo referente a la reproducción humana asistida o procreación con asistencia científica.

Todos los proyectos, sin excepción tienden a evitar que este mecanismo de procreación sean de carácter oneroso, es decir para obtener lucro y en cambio fijan reglas para que la maternidad subrogada sea con fines altruistas, protegiendo de esta manera a la mujer, para evitar su explotación con fines reproductivos y la trata de personas, sin embargo si se retoma lo dicho en párrafos anteriores es imposible desligar lo económico de la maternidad subrogada.

De allí entonces, que esta decisión nuevamente requiera al Legislativo para que se regule sobre la materia y buscando así una solución legal a los problemas jurídicos que la práctica de esta figura de creación de vida está ocasionando en la sociedad.

CAPÍTULO 3

PROPUESTA ACADÉMICA DE REGULACIÓN NORMATIVA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA DESDE EL DERECHO CIVIL

Como viene de explicarse en los anteriores capítulos de este trabajo de investigación, en Colombia, la maternidad subrogada no cuenta con una definición y mucho menos con una regulación normativa, por lo que los dos casos que se analizaron en las sentencias de los años 2009 y 2022, no son más que una muestra de la necesidad de regular dicha situación social, ya que con trece años transcurridos entre una y otra decisión, es claro que este fenómeno está presente y con seguridad se presentarán cada vez más casos similares.

Es que no es posible establecer cuantos conflictos se han generado y que vulneraciones o desprotección han padecido los intervinientes en tales convenios o acuerdos, pues no llegan a ser puestos en análisis y decisión de los jueces de la república, quedándose por tanto sin un reconocimiento y protección derechos humanos fundamentales.

3.1.La maternidad por subrogación de vientre y los derechos humanos

Como sustento previo a la propuesta normativa, académica, se encuentra que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la autoridad encargada de atender los actos u omisiones del Estado que violen la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos humanos. En este sentido, emitió un fallo en el caso Artavia Murillo contra Costa Rica, que se refiere a la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional por los daños causados a un grupo de personas debido a la prohibición total de la fecundación in vitro.

Este pronunciamiento es importante, ya que resaltó que los preceptos de la Convención Americana que salvaguardan de manera complementaria la vida familiar en el artículo 17, reconocen la importancia fundamental de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. El derecho de protección a la familia implica promover, de manera extensa, el crecimiento y la solidez del núcleo familiar. Asimismo, se establece que la familia es un "elemento natural y esencial de la sociedad" que debe ser resguardado por la sociedad y el Estado.

De igual manera, se expresó acerca de la autonomía reproductiva reconocida en el artículo 16 de la Convención, que busca eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer. Este artículo establece el derecho de las mujeres a "decidir libre y responsablemente el número de hijos que desean tener, el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, educación y medios necesarios para ejercer estos derechos". Este derecho se ve violado cuando se obstaculizan los medios y la voluntad de la mujer para controlar su fertilidad. Por lo tanto, la protección de la vida privada incluye el respeto a las decisiones de la mujer para convertirse en madre o padre, incluyendo la decisión individual de convertirse en padres o madres biológicos. Esto está directamente relacionado con el derecho de acceso a la tecnología médica necesaria para ejercer el derecho a la fertilidad.

La ejecución de los procedimientos para lograr la maternidad o paternidad mediante la gestación subrogada, empleando las últimas tecnologías y progresos científicos, goza de una presunta legalidad, ya que como viene de explicarse, no cuenta con una normatividad que la regule de manera prohibitiva, pues de los diecisiete (17) proyectos o para su regularización en Senado y Cámara, dieciséis (16) de ellas han fracasado por diferentes aspectos. Razón por la cual quienes acuden a la celebración de dicho "pacto" o "compromiso" no cuentan con unos lineamientos claros que los lleve a conocer si está permitido en Colombia su práctica, cuáles son sus límites, qué condiciones deben existir y cuáles obligaciones deben cumplir.

No obstante, tal falta de regulación no ha impedido que se sigan acudiendo a la práctica que es claro crea derechos civiles y que precisamente por ello es que, aunque en pocas oportunidades, ha llegado hasta los Tribunales para que mediante una decisión judicial se dé el reconocimiento de los mismos.

La interpretación de este fenómeno, acudiendo a las normas civiles, en este caso, teoría de los contratos, como propuesta académica, da lugar entonces a que se fijen las condiciones en que se deben realizar dichos pactos y cómo debe cumplirse; cuáles son las prohibiciones que acarrea el acuerdo, y las consecuencias que tendrá que asumir quien lo incumpla, para así amparar los derechos del que está por nacer, y la madre la madre subrogada, y de igual manera los derechos de quienes tienen el interés en que efectivamente se dé el resultado esperado.

3.2. Teoría doctrinal sobre el negocio jurídico y su aplicación a la gestación subrogada en Colombia

Para que los acuerdos basados en técnicas de reproducción asistida sean reconocidos legalmente, es esencial que las expresiones autónomas de voluntad sean legítimas en relación a los efectos obligatorios que se derivan de ellas. Luego se debe verificar que dichas expresiones se ajusten a la definición de los elementos necesarios para la existencia y validez de un contrato, según la doctrina, para que su práctica se ajuste al marco legal existente.

Valencia y Ortiz (2011) definen el hecho legal como una o varias declaraciones de voluntad reconocidas como la forma adecuada por el sistema legal, que buscan directa o indirectamente construir, modificar o extinguir una relación legal patrimonial o familiar (p.545).

Esos acuerdos de voluntades deben responder a unos principios que doctrinariamente han sido definidos como:

- **Autonomía de la voluntad (libre contratación)**, entendido el respecto por la simple libertad de las partes a generar con su consentimiento vínculos jurídicos, iniciando tal libertad con la elección de quien será su co-contratante, objeto y prestación del acuerdo, equilibrio y reciprocidad en el alcance de sus obligaciones.
- **Igualdad jurídica** de las partes frente a las normas que rigen el contrato; e igualdad económica, relativa a los sacrificios que ambas partes asumen (Rezzónico, 1999).
- **Buena fe**, constitucionalmente definido con o el actuar bajo mandatos de honestidad, lealtad, honorabilidad entre otros, lo que se traduce en no actuar con intención de causar daño.

- **Orden público,** Considerando un conjunto adaptable de valores éticos, religiosos, políticos y financieros, que predominan en un contexto social.

De esta forma, la conformidad del acuerdo de voluntades acordado por los involucrados en el contrato de gestación sustituta ha sido limitada en el contrato de alquiler, definido en el Código Civil Colombiano artículo 9, estipulando que en dicho acuerdo una de las partes se compromete con la otra a proporcionar el uso y disfrute de algo por el tiempo que acuerden y a su vez, quien lo recibe se obliga a pagar por los beneficios que se le conceden, lo que precisamente es lo que no se encuentra.

En conformidad con lo establecido en el capítulo anterior, la Corte asume que dicha práctica no está regulada de manera permisiva, pero tampoco está explícitamente prohibida. Por lo tanto, los acuerdos que se establecen en relación a la gestación por subrogación no pueden ser considerados ilegales, ya que la ley no los prohíbe explícitamente.

A esta conclusión se llega sin mayor esfuerzo al revisar lo que el mismo Órgano señaló, en la Sentencia de Tutela 629 de 2010, cuando en lo pertinente expuso que la legalidad o ilegalidad de una obligación o un acuerdo dependerá de cómo se apliquen los bienes constitucionales que impulsan el ejercicio de la autonomía privada, las leyes de derecho público y el principio de solidaridad establecido por el Estado social de derecho en las relaciones entre particulares.

Y puntualizó, además, que dependerá del consentimiento y capacidad del individuo que actúa en el ejercicio de su libertad y dignidad humanas y de todos los valores constitucionales que se derivan de ello, para cumplir con la regulación que rige la actividad en cuestión, de acuerdo con sus normas y principios.

Es evidente que la gestación subrogada no está vedada en la normativa colombiana, ya que no hay una regulación legal específica al respecto. En consecuencia, es necesario examinar en primer lugar el Código Civil Colombiano en lo que se refiere a los acuerdos contractuales.

Según lo establecido en el artículo 1602, "los contratos son vinculantes para las partes. Todo contrato que se celebre de forma legal es vinculante para las partes contratantes, y solo puede ser anulado por su mutuo acuerdo o por causas legales.

Para continuar con el estudio, es necesario hacer referencia al contrato como fuente de obligaciones, donde unos originan obligaciones de dar, y otros, por su naturaleza, obligaciones de hacer, o lo que es igual a decir que el marco de las obligaciones a las cuales pueden comprometerse las partes en una relación contractual se encuentra que éstas pueden ser, de **dar, hacer o no hacer**.

De esta manera, el deber de otorgar implica la responsabilidad de transferir un objeto, y si se trata de un tipo o entidad específica, también conlleva la obligación de preservarla hasta la transferencia, de lo contrario se debe indemnizar al beneficiario por los daños causados. Es decir, todas las obligaciones de este tipo llevan en forma implícita la de entregar de lo contrario no se cumpliría la finalidad del contrato como fuente de obligación.

Ahora, las obligaciones de **hacer** son las que someten al deudor a la ejecución de un hecho en forma positiva, esto es, a cumplir cualquier prestación diferente transferir del dominio.

Resulta de gran importancia resaltar las diferencias de estas dos formas de obligarse, pues solo así entienden los requisitos esenciales de las mismas y las implicaciones de un eventual incumplimiento. Es así como con relación a las obligaciones de hacer, el beneficio que obtiene el acreedor deriva del acto sobre el cual comprometió el deudor su cumplimiento.

En cambio, en las obligaciones de dar, el beneficio lo obtiene el acreedor de la cosa respecto de la cual se quiere transferir el dominio, es decir, cuando efectivamente cambia la titularidad, es decir, se acude necesariamente al modo de adquirir dominio, como por ejemplo firma y de una escritura pública.

Comprendido lo anterior, para definir las obligaciones de no hacer, basta con decir que consisten simplemente en la abstención de realizar determinado comportamiento o ejecutar cualquier acto que se entiende prohibido en lo pactado o que se deriven del mismo.

No obstante, la anterior clasificación, cualquiera que sea la forma de obligación pactada, está sujeta al principio de buena fe y así deberá ejecutarse, en tanto, las partes se comprometen no

solo a lo establecido en los contratos, sino también a cualquier cosa que se derive de la naturaleza de la obligación o de la ley, quedando por tanto sujetas a cumplir, según fue su intención.

Así las cosas, Puede afirmarse que, si existe un acuerdo entre las partes interesadas, se estaría ante un contrato que indefectiblemente tiene efectos legales. Esto se desprende del análisis de Higuera Cardozo (2011) sobre el contrato atípico de maternidad subrogada. Y que define el pacto de gestación subrogada como un objeto lícito, ya que la madre portadora ofrece altruistamente su capacidad biológica para gestar y colaborar en la incorporación del gameto de otra pareja en su útero. A firmando que el procedimiento no incumple las normas públicas de la nación, ya que no implica la comercialización de órganos o personas y que por el contrario, es un acto que se basa en la voluntad libre y consciente de individuos capaces de ejercer su libertad contractual legal y constitucionalmente otorgada (p.446).

3.3. De la existencia y validez de los actos jurídicos

Revisados los principios que rigen los contratos, la creación de las obligaciones, y las formas en que se pueden pactar estas en los contratos, es necesario definir los requisitos para entender como legítimos, existentes y válidos tales acuerdos de voluntades.

El artículo 1502 del Código Civil de Colombia establece los siguientes requisitos: 1o.) Ser legalmente capaz. Esto se refiere a la habilidad de ejercer los términos del contrato, con la posibilidad de que se puedan requerir requisitos adicionales según lo que acuerden libremente las partes. 2o.) Consentir en dicho acto o declaración y su consentimiento no puede ser defectuoso. Las partes deben actuar con total libertad y sus decisiones no pueden estar viciadas por error, fuerza o dolo. 3o.) Que recaiga sobre un objeto. El objeto se refiere a los hechos o cosas sobre las que versa el acto jurídico. 4o.) Que tenga una causa lícita. La causa se refiere a la finalidad misma del acuerdo y lo que las partes buscan obtener.

3.4. Propuesta académica

Las dinámicas sociales, la forma es como los individuos se relacionan con su entorno y entre sí, cambian y evolucionan constantemente por como consecuencia de varios aspectos, entre los que se encuentran los avances médicos y científicos, razón por la cual es imperante que el derecho se adapte y normativice las nuevas realidades, en el caso de estudio, resulta fundamental establecer directrices precisas sobre el uso de las técnicas de reproducción asistida, a fin de que todos los involucrados cuenten con una comprensión clara al respecto.

Se debe considerar entonces tal y como señala el experto Arrubla Paucar, 2004, son los individuos pertenecientes a la sociedad los que, haciendo uso de su libertad privada, buscan regular sus propios intereses a través de herramientas tradicionales o innovadoras que se ajusten a las demandas y complejidades del mundo contemporáneo con el fin de alcanzar una autorregulación efectiva. (p.22), y son ello precisamente los que de acuerdo con esas necesidades desarrollan las formas contractuales y es por ello entonces que, en este estudio de propuesta regulativa a las nuevas formas familiares, se plantea la creación de una nueva figura de contractual, que se denominará **“Subrogación de vientre para la gestación”**

Esta propuesta está pensada con plena observancia de algunos ordenamientos jurídicos de otros países que autorizan la gestación por subrogación o sustitución mediante un sistema que busca prevenir o evitar controversias futuras mediante la aprobación previa de las convenciones plasmadas por las partes en los contratos por ellos celebrados, claro está, en donde la atención se centre en la protección de los derechos de los niños y el interés superior de éstos.

En el sistema que se propone se busca que sea el juez mediante un trámite judicial previo de aprobación, con apoyo de un equipo de profesionales compuesto por un profesional en Psicología, otro en Ginecología especialmente formado sobre las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), y un trabajador social, garantizando que con ello se aborden y analicen todos y cada uno de los aspectos que envuelven el tema. Y finalmente imponerse la exigencia de que dicho trámite sea presentado por un profesional del derecho.

Se sustenta entonces la propuesta académica, en la premisa de que desde siempre se ha tenido que desde un enfoque psicológico y sociológico, una fracción de la población responde con asombro y resistencia ante lo desconocido; no obstante, con el transcurso del tiempo, se observa una aceptación gradual que culmina en una aceptación generalizada y mayoritaria. Este proceso se aplica a las técnicas de reproducción humana

3.5. Contrato de Subrogación de vientre para la gestación.

Requerirá entonces en primer término:

De los intervinientes:

1. Que la **gestante** haya tenido por lo menos un hijo vivo y desarrollado su rol de madre, para luego si manifestar su consentimiento libre expreso y de la cual se tiene certeza de su capacidad para decidir y de haber recibido antes de expresar su voluntad asesoría y atención psicológica. Debe la gestante entonces, ser madre, tener capacidad plena y contar con una buena salud mental y física pudiendo realizar dicha práctica por una única vez. De esto s deberá llevar un registro en que el juez antes de aprobar pueda consultar

2. El acuerdo debe estar basado estrictamente en la sustitución gestacional, es decir, la gestante no podrá aportar material genético propio, es decir no aportará sus óvulos sólo gestará, porque de lo contrario se perdería la esencia del asunto, en cuanto sería la madre biológica.

3. De los **comitentes** se requiere igualmente la capacidad para decisión y acompañamiento psicológico, dado las obligaciones y responsabilidades que asumirá en adelante una vez cumplido el contrato. Esto sin importar si son dos los comitentes, de distinto o mismo sexo o incluso si se trata de una sola persona. Esto con fundamento en las nuevas formas y modelos de familia.

4. La o el comitente o alguno o al menos uno, si son dos, debe aportar material genético (Ovulo o Semen), esto por cuanto la figura de sustitución en la gestación, está planteada como solución a para quienes, por cualquier causa, médica o biológica, no pueden concebir, pero no renuncia a la esa posibilidad. Es requisito entonces que quien sea comitente, tengan alguna imposibilidad.

5. Con relación el principal objetivo en la protección del niño, se priorizará su interés superior, que solo se alcanzará si el acuerdo establece de manera clara las responsabilidades de cada una de las partes, asume los riesgos inherentes a la gestación, el período de embarazo y el parto, y considera la posibilidad de realizar abortos en los casos y condiciones permitidos por la ley como parte de dichos riesgos..

6. Frente a la retribución monetaria, para la gestante y la cual será igualmente acordada por las partes, ha de tenerse en especialmente el principio de igualdad jurídica e igualdad económica.

Es sabido que este aspecto es el que ha generado mayor contrariedad, pero no puede desconocerse el papel fundamental de la mujer gestante y por tanto debe analizarse de manera objetiva todos y cada uno de los momentos de la vida de esta, que rodean la ejecución de dichos acuerdos, como, por ejemplo, el tiempo al inicio, que en ocasiones varios intentos para una efectiva fertilización, de tiempo de reposo, los cambios físicos, hormonales durante el periodo de embarazo y hasta los cambios anímicos, después del parto. Por estas razones, es que debe tenerse en cuenta una retribución, no como pago, no se trata de una manera de comerciar con el cuerpo femenino, ni mucho menos con el feto en gestación, sino de reconocer el esfuerzo y los riesgos que conlleva este proceso.

Para la retribución no se fijarán tablas para su tasación, pero si será tarea del juez, establecer en la aprobación previa, que la retribución o compensación, cumplan con unos estándares mínimos de aplicación analógica de aspectos que son tenidos en cuenta para tasar indemnizaciones un lucro

cesante, daño emergente y hasta perjuicio moral. Ello con el fin de evitar transacciones excesivas al respecto.

Con el reconocimiento de una compensación no puede afirmarse necesariamente una explotación de la mujer o una cosificación del cuerpo y mucho menos un tráfico de personas (el menor). En tanto dentro de la clasificación de las obligaciones vista, el contrato de Subrogación de Vientre para la gestación es por esencia de hacer y no de dar.

Conclusiones

Uno de los argumentos más sólidos y humanitarios para abogar por la regulación afirmativa de la gestación subrogada radica en la protección del bienestar del feto por nacer. En este contexto, la gestación subrogada se presenta como una opción excepcional, ya que antes de la concepción, el futuro hijo es concebido y anhelado con profundo amor y deseo por parte de los padres comitentes. Este amor previo a la concepción, esta intención sincera de ser padres, establece un vínculo emocional profundo y significativo que va mucho más allá de una simple concepción. El reconocimiento de este aspecto emocional y afectivo es esencial, ya que sienta las bases para la seguridad jurídica en lo que respecta a la filiación y los derechos legales del feto por nacer.

La regulación positiva de la gestación subrogada no solo se limita a reconocer este elemento emocional, sino que también establece las bases legales para garantizar que los derechos del feto se protejan desde el momento de la concepción. Proporciona un marco sólido para la filiación, garantizando que el hijo sea legalmente reconocido como el hijo de los padres comitentes, lo que otorga estabilidad y seguridad jurídica desde el principio de su vida. Esto es fundamental para asegurar que el bienestar del feto sea una prioridad y que se proteja en todos los aspectos posibles.

La regulación afirmativa de la gestación subrogada no busca de ninguna manera fomentar una proliferación descontrolada de esta práctica. Por el contrario, tiene como objetivo principal establecer una planificación responsable de los acuerdos entre las partes involucradas. Esto implica que las libertades reproductivas se respeten, pero de una manera que garantice la seguridad y el

bienestar de todos los implicados. Se trata de una regulación que vela por la integridad de los derechos de todas las partes y se esfuerza por prevenir posibles abusos.

La regulación proporciona directrices claras sobre la elección de procrear, los medios a utilizar, el momento adecuado para llevar a cabo el proceso y la cantidad de hijos que se pueden tener a través de la gestación subrogada. Estas pautas sirven como salvaguarda para evitar que se realicen acuerdos injustos o explotadores. Aseguran que todas las partes involucradas participen de manera informada y voluntaria en un proceso ético y transparente. Al abordar la gestación subrogada de esta manera, se garantiza que la práctica sea justa y responsable en todos los aspectos.

La gestación subrogada es un campo que ha sido profundamente influenciado por los avances en la ciencia y la tecnología. Estos avances han transformado la forma en que las personas pueden concebir y traer al mundo a sus hijos. La regulación afirmativa no puede ignorar estos avances, ya que son esenciales para mantenerse al día con las realidades cambiantes de la reproducción humana.

Al reconocer y abordar de manera adecuada los avances científicos y tecnológicos, la regulación garantiza que la gestación subrogada se realice de manera ética y segura. Esto significa que se pueden aplicar las últimas técnicas médicas y científicas en el proceso, lo que beneficia tanto a los padres comitentes como a las gestantes subrogadas. Además, proporciona una base legal sólida para resolver cualquier disputa que pueda surgir debido a estos avances tecnológicos. En última instancia, esto asegura que la práctica sea coherente con los principios éticos y legales en constante evolución.

El derecho es un campo dinámico que evoluciona con el tiempo para reflejar las cambiantes circunstancias y realidades de la sociedad. La regulación afirmativa de la gestación subrogada es un testimonio de cómo el derecho debe adaptarse para garantizar que las nuevas circunstancias y realidades estén debidamente normadas. Esto asegura que se respeten los derechos humanos fundamentales en todas las etapas del proceso de gestación subrogada.

Abordar la gestación subrogada de manera positiva y proactiva es fundamental para mantener el equilibrio entre la innovación médica y tecnológica y los valores éticos y legales. La regulación establece una base legal sólida que proporciona claridad y coherencia en un campo que

de otro modo podría quedar en la incertidumbre jurídica. Al hacerlo, se evita que los problemas relacionados con la gestación subrogada se resuelvan de manera parcial y discrecional por los tribunales, lo que a menudo conduce a incertidumbre jurídica para los ciudadanos. La regulación proporciona un marco sólido para abordar los desafíos y dilemas éticos de la gestación subrogada de manera más coherente y justa, garantizando así la protección de los derechos de todas las partes involucradas.

Bibliografía

- Agar Asociacion, (2017), Gestacion Subrogada en Ucrania. Recuperado de <http://www.agarasociacion.org/gestacion-subrogada/destinos/ucra>
- Agencia de gestación Subrogada en Grecia. <https://www.gestlifesurrogacy.com/grecia-gestaci%C3%B3n-subrogada-maternidad-subrogada-en-grecia.php>
- Albarracín, F., Barajas, D., & Palacios, D. (2017). *La Maternidad Subrogada Como Alternativa De Procreacion Para Parejas Infértiles En Colombia*.
- Amador, M. (2 de Noviembre de 2010). Biopolítica y biotecnología: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. Nehru, India. Obtenido de https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/466/1370
- Areiza, L. (2019). *La viabilidad de la maternidad subrogada en Colombia desde la teoría del negocio jurídico*.
- Aitziber Emaldi Cirión. El Consejo Genético y sus implicaciones jurídicas. Cátedra Interuniversitaria. Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Bilbao, Granada, 2001, pp. 409-413
- Beetar, B. (2019). *La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente*. [Tesis de Maestría] Barranquilla, Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73360074007/html/index.html>
- Blasco Mira, J. E., & Pérez Turpin, J. A. (2007). *Metodologías de investigación en educación física y deportes: ampliando horizontes*.
- Blog de Maternidad subrogada en Ucrania, (2017) Gestacion Subrogada ley Ucraniana, Recuperado de <http://maternidad-subrogada-ucrania.blogspot.com.co/2016/10/gestacionsubrogada-ley>
- Bonniecse, Julien. "Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones". Traducción de José M. Cajica Jr. Tomo II. Puebla: Biblioteca Jurídico-Sociológica. 1945. p. 28.
- Burgos, E., & Lombana, S. (2018). *El Derecho De Familia Colombiano y El Contrato De Maternidad Subrogada*.
- Camacho, J. (2001). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*.
- Castañeda, Adalberto. *Los contratos atípicos en Colombia Joint Venture en Revista de Derecho*, N. ° 11 Universidad del Norte, enero de 1999, Barranquilla, pp. 97-98
- Chía, Eduardo A, & Contreras, Pablo. (2014). *Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa rica de la corte interamericana de derechos humanos. Estudios constitucionales*, 12(1), 567-588
- Clinique Rotundá. (s.f.). Surrogacy is legal in India. Obtenido de <http://www.iwannagetpregnant.com/legislation/>
- Coleman, P. (1982). Maternidad subrogada: Análisis del problema y sugerencias de soluciones. *Tennessee Law Review*, 71-118

- Cubillos, J. (2013). Técnicas de reproducción asistida. Universidad nacional de cuyo, Mendoza, Argentina. Volumen. (28).
- De la Barreda, N. J. (2017). *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. Cuadernos de bioética*, 28(2), 153-162.
- Delgado, A. (2019). *Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Constitucional*.
- Escrich Albelda, L. (2015). *Maduración in vitro de ovocitos humanos desestimados de ciclos de estimulación ovárica*.
- Famá, M. (2011). *Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación. Buenos Aires: Ed. La Ley*
- Gómez, C, (1999). *De los Principales Contratos Civiles*, tercera edición, Bogotá 1999, Temis, Pág.182
- González, A. C. (2016). *Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas: el derecho a conocer los orígenes. ¿Legislación versus subjetividad? Acta bioethica*, 22(2), 221-227.
- Jiménes Sosa, I. P., 2016, “Tabasco el paraíso de la maternidad subrogada”, *Ecos Sociales*, Tabasco, vol. 4, núm. 10.
- Jouve de la Barrera, N. (2017). *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. Cuadernos de bioética*, 28(2), 153-162
- Lamm, E. (2012). *Gestación por sustitución: Realidad y Derecho. Indret: Revista para el análisis del Derecho*, (3), 10-49.
- Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013, p. 17.
- Lobo, G. (2019). *Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada*.
- Millán de Benavides, Carmen. 2013. *Estudios de familia y agendas emergentes. Revista VIA IURIS*, (15)
- Montañez, L. T. (2020). *Las técnicas de reproducción asistida y su gran debate con los derechos sexuales y reproductivos*. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10654/39766>
- Montero, Étienne, *La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas y las cosas*, en *Revista Persona y Derecho*, N°72, 2015, pp. 229-230.
- Mota Rodríguez, A., & Ruíz Canizales, R. (2020). *Gestación por sustitución: libertad y autonomía de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo: Un acercamiento desde la ética y el derecho. DIXI*, 22(2), 1-41.
- Muñoz-Gómez, D. S. (2018). *La omisión legislativa: una mirada desde el caso de la práctica de la maternidad subrogada en Colombia* (Doctoral dissertation, Universidad del Rosario).
- Olmos, A. C. R., Martínez, D. F. M., & Nieto, J. N. P. *La maternidad subrogada en Colombia. de investigación*, 345.
- Peña Hernández, L. V. (2022). *Maternidad subrogada, un vacío jurídico en la legislación colombiana*.
- Pérez Contreras, M. M., 2012, “El debate”, en BRENA SESMA, I. L., *Reproduccion Asistida*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- Pérez, G. M., & Cantoral, K. (2014). *La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia. Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (17), 230-250.
- Pinzón Marín, I. Y., Rueda Barrera, E., & Mejía Patiño, O. A. (2015). *La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre*. *Rev. derecho genoma hum*, 83-122.
- Proyecto del Código de familia. [Internet], 12 de enero del 2022 [consultado el 25 de junio del 2022] (Cuba). Disponible en: <http://www.cubadebate.cu/especiales/2022/01/28/descargue-enpdf-proyecto-del-codigo-de-las-familias/>
- Restrepo Vargas, J. G., & Valderrama Serrano, G. *Validez del contrato de maternidad subrogada en la legislación colombiana*
- Rodríguez-Yong, Camilo A, & Martínez-Muñoz, Karol Ximena. (2012). *El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense*. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 59-81
- Rubio, C. A. R. (2019). *Maternidad subrogada: lagunas en el ordenamiento jurídico colombiano. ¿ Con qué elementos cuenta el juez para adoptar su decisión?. Iusta*, (50), 175-189.
- Russi, S. P. (2015). *Régimen jurídico de la maternidad subrogada en Colombia: un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la validez del contrato y sus efectos para las partes*
- Salgado, S. (2017, Abril 27). *La gestación subrogada en Brasil*. Recuperado de: <https://www.babygest.es/brasil/>
- Sánchez Aristi, Rafael “Gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, *Revista Humanitas, Humanidades Médicas*, N° 49. Barcelona, España, Abril 2010. Disponible on line en http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/papel.pdf
- Sánchez, S. (2017). *El Contrato de Gestación por Sustitución: La Validez en Colombia*.
- Tamayo, L. (1997) . *Manual de Obligaciones, Teoría del acto Jurídico y Otras*
- Taramona, J. (1994). *Manual de contratos civiles y comerciales*. Lima: Editora Jurídica Grijley
- Valencia, A., & Ortiz, A. (2011). *Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas*. Bogotá. Ed. Temis
- Velero, A. (2019). *La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales*.
- Zambrano, N. N. (2017). *Regulación de la Maternidad Subrogada en Colombia: Análisis de la Viabilidad Jurídica en Colombia para la celebración de los contratos de gestación “Altruistas” y/o “Comerciales”*.

Proyectos de Ley

- Benedetti, A, (Julio 27, 2016), Proyecto de ley Estatutaria No. 56 de 2016 Senado “Por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones. <https://www.comisionprimerasenado.com/proyectos-de-ley-en-tramite/12-proyecto-de-ley-estatutaria-no-56-de-2016-senado-por-medio-de-la-cual-se->

[reglamenta-la-inseminacion-artificial-la-procreacion-con-asistencia-cientifica-y-se-dictan-otras-disposiciones.](#)

Guerra, M, (Agosto 01, 2018) Proyecto de ley Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos. [http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2018-2019/article/70-por-medio-de-la-cual-se-prohibe-la-maternidad-subrogada-con-fines-de-lucro-en-colombia-y-se-reglamenta-en-otros-casos.](http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2018-2019/article/70-por-medio-de-la-cual-se-prohibe-la-maternidad-subrogada-con-fines-de-lucro-en-colombia-y-se-reglamenta-en-otros-casos)

Guerra, M. (julio 25, 2016) *Proyecto de Ley No. 241 de 2017 Senado - 026 de 2016 Cámara. Por medio de la cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivo.*

[https://www.comisionprimerasenado.com/proyectos-de-ley-en-tramite/170-proyecto-de-ley-no-241-de-2017-senado-026-de-2016-camara-por-medio-de-la-cual-se-prohibe-la-practica-de-alquiler-de-vientres-al-ser-una-categoria-de-trata-de-personas-y-explotacion-de-la-mujer-con-fines-reproductivos.](https://www.comisionprimerasenado.com/proyectos-de-ley-en-tramite/170-proyecto-de-ley-no-241-de-2017-senado-026-de-2016-camara-por-medio-de-la-cual-se-prohibe-la-practica-de-alquiler-de-vientres-al-ser-una-categoria-de-trata-de-personas-y-explotacion-de-la-mujer-con-fines-reproductivos)

Benedetti, A. (Agosto 7, 2019), Por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2019-2020/1633-proyecto-de-ley-162-de-2019>

Guerra, M, (2020), 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 Congreso de la República de Colombia, Proyecto de ley 263 de 2020 Senado.

<http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2020-2021/2050-proyecto-de-ley-263-de-2020>

(<https://www.worldcenterofbaby.es/la-ley-de-gestacion-subrogada-en-ucrania/>).

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia T-968 de 2009, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.html>

Corte Constitucional de Colombia (2010). Sentencia T-629 de 2010, Magistrado Ponente JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-629-10.htm>

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de de Tutela. Providencia STC13776-2019, Magistrado Ponente LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA. <https://www.cortesuprema.gov.co> > B DIC2019

Corte Constitucional de Colombia (2022). Sentencia T-275 de 2022, Magistrado Ponente. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-275-22.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010), Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Sentencia Juez Eduardo Vio Grossi, 12.361 6 # Caso ante la Corte IDH Serie C No. 257
https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235

Constitución Política

Constitución Política de Colombia de 1991. Gaceta Constitucional 116 de 20 de julio de 1991.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Códigos

Congreso de los Estados Unidos de Colombia,(1873). Ley 84 de 1987. Por la cual se expide el Código civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial 2867 de 31 de mayo de 1983. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Congreso de la República de Colombia,(2006). Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia. Diario Oficial 46.446 de 08 de noviembre de 2006.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Congreso de la República de Colombia,(2000). Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial 44.097 de 24 de julio del 2000.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedo-c/ley_0599_2006.html.

Legislación Internacional

Declaración Americana de los Derechos del Hombre. IX Conferencia Internacional Americana, Art. VI y VII. <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/americana/DADH/1948-DADH.htm#a1>.

Protocolo de San Salvador, (1988), Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.
<https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>

Ciudad de México. (1928). *Decreto del 3 de enero de 1928*. Ciudad de México

Código de familia de Ucrania, Ley Nro. 524-V del 22 de diciembre de 2006 (<https://www.worldcenterofbaby.es/la-ley-de-gestacion-subrogada-en-ucrania/>).

Convención americana sobre derechos humanos “Pacto de San José de Costa Rica” Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención Depositario: Secretaría General OEA (Instrumento Original y Ratificaciones) Serie sobre Tratados OEA N° 36 – Registro ONU 27/08/1979 N° 17955.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0001.pdf>

Convención sobre los derechos del niño (1989), Entrada en vigor 2 septiembre 1990. Naciones Unidas, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

Consejo de Europa, convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, de 4 de abril de 1997.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2290/37.pdf>.

Estado de Tabasco. (2008). *Decreto 105 de 2008*. Tabasco.

Estado de Sinaloa. (2013). *Decreto 742 de 2013*. Sinaloa. Definición de a la reproducción humana asistida

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2014). *Mennensson v. France*, no.65192/11

UNICEF. (20 de Noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Madrid, España