

GESTACIÓN SUBROGADA Y SU IMPLICACIÓN EN EL CONCEPTO JURÍDICO DE  
FILIACIÓN MATERNA.

Nicolás Mateo Reyes Angarita



Programa académico de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Universidad La Gran Colombia

BOGOTÁ D.C

2023

GESTACIÓN SUBROGADA Y SU IMPLICACIÓN EN EL CONCEPTO JURÍDICO DE  
FILIACIÓN MATERNA.

Nicolás Mateo Reyes Angarita

Trabajo de Grado como requisito para optar por el título de Abogado

Director del trabajo de grado.

Dr. Mario Alexander Beltrán Hernández



Programa académico de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Universidad La Gran Colombia

BOGOTÁ D.C

2023

## Agradecimientos

Al Creador por haberme dado la voluntad suficiente y el coraje necesarios para iniciar este proyecto y culminarlo como siempre esperé; a mi madre Paola Angarita y mi padre Asdrúbal Reyes, los cuales me han acompañado en todo el proceso académico y de formación humana; al Dr. Mario Beltrán por haberme apoyado en todo el proceso de la investigación y enseñarme la importancia de una escritura clara y sencilla; a Angie Roza por haberme ayudado en cada uno de los pasos a seguir en la presente investigación y a la Universidad la Gran Colombia por darme la oportunidad de adquirir un conocimiento jurídico que no solo me ha servido intelectualmente sino que se ha convertido en mi forma de vida.

Nicolás Mateo Reyes Angarita.

## Tabla de Contenido

Resumen.....	1
Abstrac .....	2
Introducción .....	3
Planteamiento del problema.....	5
Objetivo General.....	7
Objetivos Específicos.....	7
Justificación. ....	7
Capitulo I: antecedentes de las TRHA.....	12
Inseminación artificial.....	12
Fecundación in vitro.....	13
Capitulo II: En qué consisten las TRHA.....	15
Gestación Subrogada Heteróloga.....	15
Gestación Subrogada Homóloga.....	16
Fecundación In Vitro .....	17
Inseminación artificial.....	18
Capitulo III: Consideraciones Jurídicas .....	21
Regulación Constitucional .....	21
Regulación legal.....	23
Contrato de gestación subrogada .....	26
<i>Proyecto de Ley 334 de 2023</i> .....	32
<i>Proyecto de ley 345 de 2023</i> .....	37
Perspectiva jurisprudencial .....	39

<i>Sentencia T- 968 de 2009. Corte Constitucional</i> .....	39
Filiación en el Marco de la Gestación subrogada .....	42
Capitulo IV: Criterios que determinan la filiación materna en el contrato de gestación subrogada. .....	49
Voluntad procreacional .....	49
Conclusiones .....	54
Metodología .....	57
Lista de referencias .....	59

**Lista de Figuras.**

<b>figura 1.</b> Mujeres que ofrecen sus vientres para el procedimiento de gestación subrogada por medio de un alquiler. ....	9
<b>figura 2.</b> Partes en el procedimiento de gestación subrogada Heteróloga. ....	15
<b>figura 3.</b> Denominación de las partes en la gestación subrogada Homóloga. ....	16
<b>figura 4.</b> Procedimiento gráfico de la fecundación in vitro. ....	18
<b>figura 5.</b> Procedimiento grafico de la inseminación artificial. ....	20

## Resumen

En esta investigación se abordará el estudio de la gestación subrogada y sus efectos jurídicos en la filiación, para lo cual se realiza un análisis sobre las técnicas de reproducción humano asistida (TRHA), retrotrayéndose a los inicios de estas; posteriormente se analiza la técnica de fecundación in vitro e inseminación artificial para así poder entrar en materia jurídica, dando paso al estudio de algunos antecedentes históricos y legales de la gestación subrogada, se realiza un acercamiento jurídico de la situación en la que se encuentra la maternidad subrogada actualmente respecto a su desarrollo legislativo y jurisprudencial para sustentar la tesis central de la investigación, en la que se estudian los factores que determinan la filiación en el marco de la gestación subrogada y por último establecer los conceptos que resultan de la investigación en apoyo de reflexiones doctrinarias.

En el desarrollo de esta investigación se emplea el termino gestación subrogada debido a que el proceso específico es gestar la vida, por lo que la mujer receptora ejerce su función de gestación mas no de maternidad, por lo tanto, para efectos de la misma se utilizará en todo el desarrollo el termino gestación subrogada.

**Palabras clave:** Gestación, Subrogación, Maternidad, Filiación, Inseminación artificial, fecundación in vitro, contrato, voluntad, subrogación uterina.

### **Abstrac**

The purpose of this research is to study surrogacy and its legal effects on filiation, for which analysis is carried out on assisted human reproduction techniques, going back to the beginnings of these. Subsequently, it is intended to analyze each technique in order to enter into legal matters, giving way to the study of some background of surrogacy, a legal approach to the situation in which surrogate motherhood is currently found regarding its legislative and jurisprudential development. to support the central thesis of the investigation, in which the factors that determine filiation in the framework of surrogacy are studied, to finally conclude by establishing the concepts that result from the investigation in support of doctrinal reflections on the subject. In the development of this research, the term surrogate pregnancy is used because the specific process is to gestate life, in the maternal womb, for which the receiving woman exercises her function of gestation but not maternity, therefore, for the purposes of the same will be used throughout the development the term surrogacy.

**Keywords:** Gestation, Surrogacy, Maternity, Affiliation, artificial insemination, in vitro fertilization, contract.



## Introducción

Con los avances científicos en materia de reproducción asistida humana, se evidencian las posibilidades que actualmente tienen las personas en el acto de procrear. Es sabido lo que en la actualidad se conoce como “técnicas de reproducción humano-asistida, en adelante (TRHA). Por lo que es necesario definir qué tipos de técnicas han marcado asiduamente la manera como se lleva a cabo las TRHA que, apoyada de la ciencia, cuenta con un campo de acción mucho más amplio que en el pasado. Se tratarán las formas de llevar a cabo la reproducción asistida de seres humanos que se utilizan con regularidad en la actualidad, las cuales se conocen como fecundación in vitro y la inseminación artificial. Cuentan con características particulares y con factores comunes en el ámbito jurídico que se desarrollarán en el avance de la presente investigación.

Es imperativo, entender la finalidad con la cual se llevan a cabo las mencionadas prácticas. Tales prácticas se realizan generalmente con fines de asistir a los padres en potencia que en principio no pueden realizar un proceso de procreación ordinario a causa de deficiencias fisiológica que no permitan el funcionamiento adecuado de sus sistemas reproductivos de manera tal, que, en ocasiones, las parejas buscan terceros que, con apoyo científico, lleven a cabo el proceso de gestación cuando factores biológicos se los impiden.

Lo que interesa a la presente investigación, es el analizar los elementos jurídicos que sirven para determinar el vínculo filial de quienes pretenden ser madres y los nacidos, como también el conseguir un claro concepto respecto al acto jurídico que contraen quienes se apoyan en un tercero que aporta sus gametos o su vientre, generando un acuerdo de voluntades (en la actualidad no se encuentra regulado por el legislador, más sí, consagrado por la constitución política de Colombia en su artículo 42-6) que por supuesto producirá obligaciones recíprocas

como también las nacientes responsabilidades que emanan del incumplimiento del contrato de gestación subrogada. Por tanto, es necesario entender cuál es la situación jurídica actual de la gestación subrogada.

Con fundamento en conceptos doctrinales como los de Jorge Parra Benítez, en su tratado sobre derecho de familia, respecto a la parte sustancial que enseña una detallada investigación sobre el contrato de maternidad subrogada, los problemas morales y jurídicos que ha traído tal discusión a las facultades de derecho en los últimos años. La jurista María Stella García del Río la cual aporta importantes avances a la presente investigación, conceptos precisos y de vanguardia con respecto a la gestación subrogada. La Corte Suprema de Justicia en sentencia SC-6359-2017 realiza un análisis sobre la verdad biológica y la verdad volitiva como fundamento para la determinación filial del nacido. La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-968-2009 que ha establecido una orientación con la cual en la actualidad se llevan a cabo tales prácticas, aportando una definición concreta del marco en el que podría denominarse a la práctica como gestación subrogada y cuando no.

## **Planteamiento del problema**

Se investiga acerca de la gestación subrogada, abordando reflexiones jurídicas respecto a su implementación por parte de los ciudadanos a pesar de no estar regulada por el legislador, los consecuentes conflictos sociales que acarrearán este vacío legislativo con relación a la filiación materna, tomando sustento de sentencias que tienen relación con el tema central de la investigación para abordar las problemáticas que surgen en la familia como consecuencia de la gestación subrogada.

Entre las diferentes opciones que tienen las personas con respecto a la procreación, cuando existe algún factor fisiológico anormal en sus sistemas reproductivos o cuando conforman una familia del mismo sexo se encuentran tanto la inseminación artificial como la fecundación in vitro, las cuales se ejecutan por medio de convenios o contratos de gestación subrogada. Estos convenios no están regulados por el legislador, de manera tal, que no se establece de forma clara los factores que determinan la maternidad del nacido, poniendo en peligro derechos fundamentales como la personalidad jurídica de este (García, 2014). En consecuencia, es necesario comprender el factor que determina el vínculo filial del nacido con su madre y con la portadora subrogada.

Debido a que, en la legislación colombiana el factor que determina la filiación materna es el parto, se origina una problemática en el contexto de la gestación subrogada que debe ser solucionado por el legislador, pues el derecho debe actualizarse a las necesidades que la sociedad demanda para regular las relaciones filiales entre el nacido, su madre y la portadora subrogada.

En el contexto de la gestación subrogada los factores jurídicos que determinan la filiación del nacido con su madre se establecen por la relación biológica del nacido con la comitente en caso de ser homologa y la voluntad procreacional, en cualquier caso. Este último se establece

desde el momento en que los comitentes suscriben un contrato de gestación subrogada con la portadora subrogada.

## **Objetivo General**

Identificar cuáles son las características jurídicas que determinan la filiación materna en el marco del contrato de gestación subrogada.

## **Objetivos Específicos**

Los temas que se deben tratar para conseguir la satisfacción del objetivo general son:

- Analizar cuáles son las técnicas de reproducción humano asistida.
- Examinar el marco jurídico de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano.
- Investigar la naturaleza jurídica del contrato de gestación subrogada.
- Explorar el concepto de filiación en el marco de la gestación subrogada.

## **Justificación.**

Dentro del marco de la procreación humana, se pueden encontrar métodos extraordinarios como las TRHA que a medida que transcurre el tiempo, pierden la perspectiva de extraordinarios, ya que se puede evidenciar cómo las TRHA pasan de ser un medio extraño para procrear y empieza a consolidarse como un método ordinario. Este no solo es un método alternativo para parejas que tienen capacidad biológica para procrear por medios naturales, sino que sirven como una herramienta necesaria para distintas formas de familias que en el presente hacen parte de la diversidad sociocultural que existe en Colombia, como ejemplo de esta diversidad se presentan familias homoparentales, las cuales están conformadas en su núcleo por una pareja del mismo sexo, de lo que se deduce que no cuentan con los medios suficientes para llevar a cabo el acto de procreación naturalmente. También existen hoy familias monoparentales las cuales son conformadas en su núcleo por una sola persona, la cual es cabeza de hogar y en ocasiones busca

formas de procreación con el fin de tener una descendencia, claro ejemplo de estas formas familiares se encuentra en la Sentencia de la Corte Constitucional T-275/22, en la que se expone el caso de un accionante que solicita por vía de tutela el reconocimiento de licencia de maternidad extendida dado que con anterioridad había realizado un procedimiento de fecundación in vitro con la señora Lorena y producto de este procedimiento nace Amalia, de manera tal, que el accionante forma una familia monoparental en tanto que solo es un progenitor quien constituye esta familia (C.C. T-275/22. 2022).

Lo que ocupa esta investigación, es el acto jurídico mediante el cual se realizan las TRHA. Se encuentra que el acto jurídico es denominado como contrato de gestación subrogada, sin embargo, también se haya que este contrato no está debidamente regulado por el ordenamiento jurídico colombiano, de tal suerte que se presta para diversas formas de enriquecimiento utilizando al cuerpo como un medio de lucro por parte de mujeres que se ofrecen en canales digitales de comunicación como Facebook para lo que ellas denominan “alquiler de vientre”. Se puede hallar en periódicos como “EL PAIS” artículos de prensa que exponen las formas como las mujeres colombianas y extranjeras ofrecen su cuerpo a colombianos y extranjeros con el fin de alquilar sus vientres y recibir por esto una remuneración como se evidencia en la siguiente imagen.



**Nota:** La figura ejemplifica cómo las mujeres ofrecen sus vientres a cambio de dinero para realizar un proceso de gestación subrogada. Tomado de “El mercado de los vientres de alquiler en Colombia: un bebé a 4.000 dólares.” EL PAIS, 2023.

<https://elpais.com/america-colombia/2023-01-03/el-mercado-de-los-vientres-de-alquiler-en-colombia-un-bebe-a-4000-dolares.html>

La periodista Lucía Franco, también expone conversaciones que con regularidad tienen las mujeres que realizan estos procedimientos, mostrando con esto cómo se cosifica el cuerpo femenino con el fin de obtener una remuneración por esto:

“¿Cuánto me ofrece?

— 20 millones [unos 4.000 dólares].

— Pero es un alquiler muy barato.

— Yo en total pido 40 millones. Me pagaría un millón y medio mensual y el resto cuando le entregue al bebé.” (Franco, 2023. Par. 3).

La falta de regulación expresa sobre el contrato de gestación subrogada suscita que se transgreda el ordenamiento jurídico de una forma sutil y con mucha facilidad, pues comenta la periodista, cómo se realizan actos de corrupción en las notarías que consisten en “pagarle por debajo de cuerda a un notario para que en el registro civil de nacimiento quede directamente a nombre de los compradores y estos no tengan que pasar por el proceso normal de adopción.” (FRANCO, 2023. Par. 5). Además, la falta de regulación facilita que se comentan delitos como los consignados en la ley 919 de 2004, (*por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico*) ejemplo de esto es el artículo 2° que indica “Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión.” Es notorio que tanto las mujeres que se prestan para realizar acuerdos de gestación subrogada como los “compradores” transgreden el ordenamiento jurídico colombiano, pero es difícil identificar cuando esto sucede, porque en apariencia no hay una parte que se sienta afectada en tanto que bajo la premisa utilitarista de que todos ganan, se violenta la dignidad humana de la mujer tanto como del nacido, sin embargo se patenta por los contrayentes de estos convenios una complicidad utilitaria que solo busca provecho económico en detrimento del cuerpo femenino en tanto que se cosifica, siendo un medio por el cual se enriquece la mujer que “alquila” su vientre, adicionando a ello el hecho de que renuncia a los derechos del nacido con fundamento en este enriquecimiento. Como se mencionó anteriormente, existen formas de familia como las monoparentales y homoparentales que también representan una demanda efectiva de las TRHA por medio del contrato de gestación subrogada y mientras no haya regulación expresa se corre el riesgo de que gran parte de la sociedad violente el ordenamiento jurídico ofreciendo sus vientres



a personas que lo demanden, para que se satisfaga su deseo de ser padres por un lado y por el otro se satisfaga el deseo de enriquecerse por este medio.

Esta investigación tiene por objeto delimitar cuales son los factores que determinan la filiación del nacido, de manera tal que tiene dentro de sus objetivos específicos un estudio del contrato de la gestación subrogada, para identificar cuándo se estaría tratando de este y cuando se estaría tratando de convenios antiéticos que fomentan una visión utilitaria y materialista a quienes lo practican, de forma tal, que es necesaria la investigación para comprender los peligros jurídicos que subyacen en estos convenios mientras no se regule por vía legislativa la práctica de gestación subrogada tanto para los comitentes, como para la portadora subrogada y más importante aún, para el nasciturus, pues el estado civil de este último está en riesgo permanente mientras no se reglamente sobre la materia.

## Capítulo I: antecedentes de las TRHA.

### **Inseminación artificial**

La inseminación artificial, surge a finales del siglo XVIII, más específicamente en el año de 1785, cuando el médico cirujano John Hunter, es consultado por un paciente que presentaba una deformación en su aparato reproductor conocida como hipospadias, esto es que existe “una configuración anormal del pene en el cual el meato uretral está localizado en la región ventral del pene proximal” (Marín & Rojas, 2005. P. 1.). Hunter, decide tomar los espermatozoides del paciente que lo consultaba, los cuales fueron recogidos en una jeringa especial y fueron introducidos en la vagina de la mujer que pretendía ser madre, a este método se le conoció como “Spallanzani” (Arteta, 2011). Este hecho es considerado un hito respecto de las TRHA.

En 1890, se populariza la práctica de inseminación artificial con donantes anónimos de gametos masculinos para que se produzcan embarazos de manera artificial, en consecuencia, en la década de 1950, estas prácticas eran llevadas a cabo con el semen de donadores anónimos, que se mantenía almacenado y congelado para que se llevara a cabo la fecundación (Bernal, 2009). Esta práctica empezó a tener una popularidad cada vez mayor, a tal punto, que en Estados Unidos, en 1987 aproximadamente 60 mil mujeres, por año concebían un ser humano después de haber sido inseminadas artificialmente. (Parra, 2019).

La práctica se formaliza en Colombia en el año de 1997, cuando el Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad (CECOLFES) lleva a cabo un proceso de inseminación artificial heteróloga, en cabeza del doctor Elkin Lucena Quevedo, el cual tuvo un resultado exitoso, siendo el primer procedimiento realizado en Colombia de reproducción humano asistida (García, 2014).

## **Fecundación in vitro**

Aun encontrándose la humanidad en la edad media, cuando la alquimia estaba en boga de los eruditos más notables de occidente, existió un hombre llamado Felipe Teofrasto, más conocido como Paracelso, de origen suizo. Paracelso, es de quien se tiene el primer antecedente histórico sobre lo que se conoce como fecundación in vitro. Este, llevó a cabo un intento de fecundación artificial, tomando estiércol caliente e introduciendo en él, semen humano y sangre menstrual con la expectativa de que se diera la fecundación por este método, lo cual fue un experimento fallido, pero dio inicio a una serie de experimentos, que fueron suponiendo una sofisticación del método.

En el año de 1890, en Inglaterra Walter Heape, realizó la primera transferencia de embriones, de una coneja de raza angora a una liebre belga, por lo que tuvo que extraer de las trompas de Falopio de la angora el embrión e introducirlo en la liebre, de tal manera, que el embrión se desarrolló y llegó a buen término el embarazo de la liebre, dándose por vez primera, un nacimiento producto de un trasplante de embrión. (García, 2014).

En el transcurso de los años, los métodos devinieron en sofisticaciones científicas las cuales hacen de la reproducción humano asistida, una práctica en la que ya ni siquiera se hace necesaria la introducción de los gametos masculino dentro del útero de la mujer, pues en el año de 1978, la comunidad científica dio testimonio del nacimiento de la denominada “bebé probeta” que tuvo por nombre Louise Brown, nacida en Inglaterra el día 25 de julio, por medio de un procedimiento conocido como fecundación *in vitro*; consiste a grandes rasgos en que se utilicen los gametos masculino y femenino fuera de la cavidad uterina, se efectúe un procedimiento de fecundación artificial, de manera tal, que se produzca un cigoto que en etapa pre-embriónica será introducido en la cavidad uterina de la mujer e inicia el proceso de gestación del embrión;

este procedimiento, es realizado con el fin de permitir el embarazo a mujeres que presentan alguna obstrucción en las trompas de Falopio (Bernal, 2009).

La fecundación in vitro comienza a practicarse en Colombia y en el año de 1985 nace el primer bebé probeta en cabeza del gineco-obstetra Elkin Emilio Lucena, después de llevar a cabo el procedimiento con éxito. (García, 2014).

## Capítulo II: En qué consisten las TRHA.

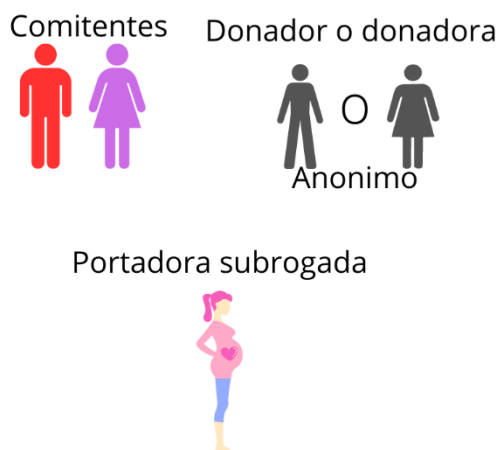
Una breve contextualización permitirá comprender las clases de gestación subrogada que existen y clasificarlas en dos grupos generales, los cuales son, Gestación compartida (GC) y la Gestación Subrogada (GS) propiamente dicha, entendiendo la primera (GC) como la practica en la cual la mujer que presta su vientre para la gestación es la misma que aporta el material genético para que se realice la inseminación artificial o bien la fecundación in vitro. En tanto que en la segunda (GS), una mujer, ajena a las partes que tienen la voluntad de procrear, aporta exclusivamente su vientre para llevar a cabo la gestación, mas no su material genético, denominada como portadora subrogada. (García del Río, 2014).

Para el alcance investigado, el investigador se focalizará en la gestación subrogada en la cual encontramos dos formas de llevarse a cabo; heteróloga y homóloga.

### Gestación Subrogada Heteróloga

La gestación subrogada heteróloga, consiste en que al menos una de las partes que tiene la voluntad de devenir en padre o madre (comitentes), no aporta su material genético, el cual proviene de un tercero (donante), distinto de la mujer que realizará el proceso de gestación (portadora subrogada).

*figura 2. Partes en el procedimiento de gestación subrogada Heteróloga.*

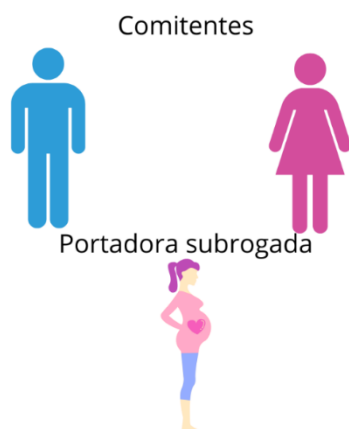


**Nota.** Esta figura ilustra cuales son las partes que participan en el proceso de gestación subrogada heteróloga; cuando se utilizan gametos de un tercero anónimo. Desarrollo propio del investigador.

### Gestación Subrogada Homóloga

En la gestación subrogada Homóloga, son las mismas partes interesadas (comitentes) las que aportan su material genético al procedimiento ya sea de inseminación artificial o fecundación in vitro para que una mujer distinta a la de los comitentes, sea quien realice el proceso de gestación (portadora subrogada) (Parra Benítez, 2019).

*figura 3. Denominación de las partes en la gestación subrogada Homóloga.*



**Nota.** Esta figura facilita una ejemplificación de los participantes del procedimiento de gestación subrogada homóloga, en el cual, a diferencia del anterior, no hay una participación por parte de terceros anónimos. Desarrollo propio del investigador.

La gestación subrogada Heteróloga se realiza utilizando los gametos del futuro padre, esto es, los espermatozoides y/o de la futura madre, esto es los óvulos. Siendo denominados los

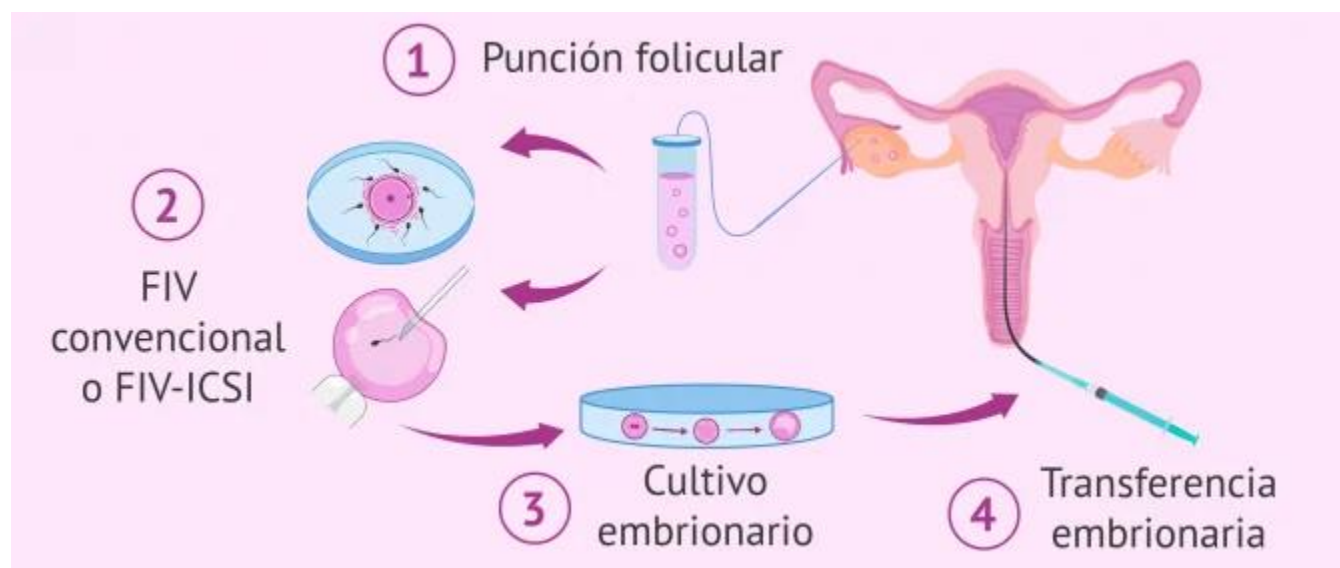
padres como comitentes; de acuerdo a las circunstancias que lo determinen, para que dicho gameto, sea óvulo o sea espermatozoide, se fusione al gameto de un tercero denominado donante, que consciente y plenamente capaz ha aceptado que se utilice su información genética para dar creación al embrión. Para evitar conflictos de filiación con el nasciturus, se opta por realizar estos procedimientos con gametos de donantes anónimos. Por contraparte se predica de la Homologa, aquella que es practicada utilizando los gametos de la pareja (comitentes), sin embargo, se seleccionan los espermatozoides o los óvulos debido a que el porcentaje de fertilidad de los gametos de ambos o de alguno de los dos no cuenta con la eficacia necesaria para llevar a cabo un embarazo de forma natural también conocido como fecundación *in vivo*. (García, 2014).

### **Fecundación In Vitro**

Se entiende por fecundación *in vitro* a una técnica científica que se ocupa de sustraer de los órganos reproductivos del hombre y la mujer sus respectivos gametos con el fin de llevarlos dentro de una probeta especializada, para que los gametos femenino y masculino se unan en un proceso de fecundación, produciéndose el respectivo cigoto y posteriormente se iniciaría en teoría un proceso de construcción embrionaria. En palabras del doctor Kushner Dávalos, (2010. P. 2.) “previa selección y clasificación de la calidad ovocitaria y capacitación espermática; cultivo embrionario sistemático; y transferencia de embriones en la cavidad uterina, a la espera de una implantación satisfactoria.”

Aquel proceso tendría como punto culminante el hecho de introducir en la portadora subrogada el embrión que empezará a gestarse dentro del vientre, produciéndose el embarazo y en consecuencia el nacimiento del respectivo ser humano por medio esta práctica.

**figura 4.** Procedimiento gráfico de la fecundación in vitro



**Nota:** En la presente se muestra cómo se lleva a cabo el procedimiento de fecundación in vitro. Tomado de “¿Cómo es el proceso de la fecundación in vitro paso a paso?” 2011.

Reproducción Asistida ORG.

Recuperado de: <https://www.reproduccionasistida.org/el-proceso-de-la-fecundacion-in-vitro/>

### **Inseminación artificial**

La inseminación artificial consiste en que, al hombre, de ser homóloga, le sean extraídos sus espermatozoides y por medio de una selección a nivel microscópico, se tomen los gametos que cuenten con mayor probabilidad para llevar a cabo la concepción en el ovulo de la pareja de sexo femenino. Se seleccionan los espermatozoides más aptos y se introducen en el órgano reproductor de la pareja y de esta manera se lleva a cabo la concepción sin contacto físico-sexual que medie para conseguir dicha fecundación.

Contrario a ello también puede darse que una de las personas que componen a la pareja esto es, los comitentes, no tengan capacidad fisiológica de llevar a cabo la concepción y se

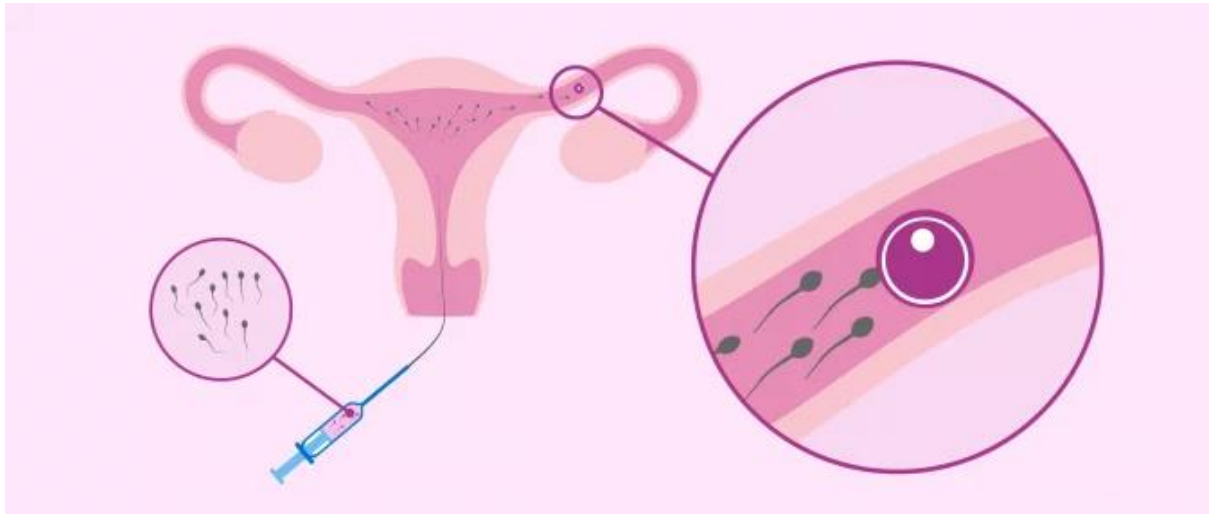


apoyen en un tercero donante, anónimo, ya sea hombre o mujer, el cual aportará el espermatozoide u óvulo, y se introducirá en la comitente de sexo femenino generando la concepción de esta manera.

El proceso de inseminación artificial es ejecutado dentro del cuerpo femenino, y hay dos formas de emplear esta práctica, (I) días anteriores a que la mujer comience su proceso de ovulación (II) cuando se realiza el proceso de hiperestimulación ovárica, es decir, que la mujer consume una serie de medicamentos hormonales que estimulan la producción de óvulos en los ovarios. (Bernal, 2009). A partir de estas dos formas de llevar a cabo el procedimiento, existen unas maneras específicas de ejecutarlo:

- Inseminación intrauterina directa; introduciendo los espermatozoides en la cavidad uterina previo sometimiento de superovulación a la mujer.
- Inseminación Intraperitoneal; por medio del fómix vaginal posterior se introducen de doscientos mil a seis millones de espermatozoides.
- Transferencia cervical-intratubárica de gametos; por medio de un catéter se introducen los espermatozoides a través de la cerviz hasta llegar a las trompas de Falopio
- Transferencia tubárica de ovocitos: se realiza cuando se imposibilita la comunicación entre los gametos femeninos con las trompas de Falopio, en consecuencia, se toman los óvulos por vía laparoscópica y son implantados en la parte superior de las trompas, de este modo, se puede ejecutar el acto sexual de manera normal por parte de la pareja y conseguir un embarazo exitoso. (Bernal, 2009).

*figura 5. Procedimiento grafico de la inseminación artificial.*



**Nota:** En la presente figura se ejemplifica cómo es llevado a cabo el proceso de inseminación artificial. Tomado de “¿Cómo se hace una inseminación artificial paso a paso?” 2023.

Recuperado de: <https://www.reproduccionasistida.org/el-proceso-de-la-inseminacion-artificial/>

### Capítulo III: Consideraciones Jurídicas

#### Regulación Constitucional

En la Constitución Política de Colombia se encuentran dos derechos de categoría fundamental que se circunscriben como legitimadores de las TRHA, estos por sí mismos permiten una inferencia que sitúa a la sociedad colombiana dentro de un marco de acción, en lo que respecta a la ciencia, bastante amplio, pues se puede evidenciar en el artículo 42-6 de la Constitución, cómo se faculta a la sociedad para que esta lleve a cabo TRHA sin impedimento, “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.” (Const. P., art.42, 1991). La anterior cita literal del artículo 42-6, pone en evidencia la acogida constitucional sobre la práctica en cuestión. Estos derechos, los cuales se encargan de asegurar las condiciones materiales mínimas de las personas para garantizar su dignidad humana, emanan de los principios y valores que dan vida a los derechos fundamentales, de los cuales se desprende uno que es de indiscutible pertinencia a la hora de abordar el desarrollo de las TRHA, y es el libre desarrollo de la personalidad encontrado en el artículo 16 de la constitución Política de Colombia. Este derecho, es de especial importancia en tratándose del concepto de familia, dado que al ser un derecho que asegura las condiciones necesarias de libertad de los sujetos que conforman a la sociedad colombiana, es indispensable para que se conformen familias que se sostengan bajo las sólidas bases de la dignidad humana, pues el Estado, como ente regulador, no podría introducirse en las esferas personales del individuo estimando qué es lo mejor para él en su intimidad más personal, de tal manera, que el constituyente, al introducir como fundamental al libre desarrollo de la personalidad, asegura simultáneamente la libertad la cual es necesaria para que todo individuo

alcance sus aspiraciones, más aún si tiene la pretensión de conformar una familia bajo las condiciones de dignidad humana adecuadas a su vida personal. Por lo que el libre desarrollo de la personalidad, permite como derecho fundamental, la realización del individuo en sociedad, de manera tal, que pueda también escoger su forma de familia y cómo desarrollarla.

Así las cosas, se sostiene entonces que uno de los cimientos del citado artículo 42-6 es el hecho de que la persona individual, pueda conformar una familia en las condiciones que considere adecuadas siempre y cuando se sitúe en los lineamientos de la dignidad, por lo cual, es adecuado señalar, que el Estado, no tiene la capacidad jurídica para comprometer el derecho de una mujer (que por defectos fisiológicos no tenga la capacidad de concebir), que tiene la firme resolución de traer al mundo un hijo que contenga su propio material genético, de tal suerte que pueda conformar una familia en las condiciones que su propia personalidad le plantee. El artículo 16 de la constitución, esto es el libre desarrollo de la personalidad, garantiza a las personas el derecho de llevar a cabo las TRHA cuando exista una deficiencia anatómica a la hora de intentar un embarazo, permitiendo así que existan condiciones biológicas adecuadas para que se geste un embrión en su propio vientre o cuando existen familias homoparentales, es decir familiar del mismo sexo que tienen deseos de procrear. Por lo que el constituyente al prever tal situación, permite en el artículo 42-6, la conformación de familias que con la ayuda de las TRHA puedan satisfacer tal necesidad, permitiendo que existan condiciones jurídicamente viables, para que las parejas o mujeres que no tengan la capacidad natural de concebir, lo puedan hacer siempre y cuando se mantenga el margen de la dignidad humana desarrollada en el caso en concreto en los parámetros del libre desarrollo de la personalidad.

Adicionalmente el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, garantiza previamente la igualdad entre los nacidos por procesos biológico naturales y los nacidos por

medio de las TRHA, de tal manera, que llevando a cabo una interpretación sistemática de la cuestión, es procedente indicar que los hijos nacidos en el marco de las técnicas bajo estudio, cuentan con una legítima igualdad, como bien lo indica el aparte citado del artículo 42-6, adicionado a ello lo que literalmente se establece en el artículo 13 “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”(Const. P, art.13,1991).

Siguiendo lo expuesto por la carta política en el artículo 42-7, se hace manifiesto que la norma indica de manera clara y puntual, el deber que tiene el legislador de regular “la progeneración responsable” (Const. P., art. 42. 1991), de tal forma que la magna norma impone la creación de un cuerpo normativo que mantenga el control de las TRHA.

Es necesario analizar lo expuesto por el por el legislador y las cortes, como también lo que por vías de hecho practica la sociedad colombiana con relación al tema bajo estudio y qué considera la Corte Constitucional puntualmente sobre las formas de llevar a cabo tales prácticas.

### **Regulación legal**

De acuerdo al camino que abre la corte constitucional con relación a las TRHA, se hace necesaria una regulación de tales prácticas por lo que, estudiando el cuerpo legislativo colombiano, se aprecia una ausencia regulatoria de esta práctica, lo cual pone de manifiesto una evidente omisión legislativa.

Para definir el tipo de omisión legislativa es necesario referirse a la definición dada por la Corte Constitucional en sentencia C- 533- 2012, del magistrado ponente NILSON PINILLA PINILLA en la cual se indica que en la omisión legislativa absoluta “el Legislador no ha

producido norma alguna en relación con la materia de que se trate, en tanto que, en la omisión relativa, sí existe desarrollo legislativo vigente, pero imperfecto” (C.C. C-533/12, 2012).

Por lo que, atendiendo a los conceptos indicados, es procedente afirmar que en la presente situación se configura una omisión legislativa absoluta.

El legislador, ha realizado diversos proyectos de ley en los últimos años, sin embargo, no ha habido una clara solución al vacío jurídico que se tiene frente a esta situación (Arteta, 2011).

Se pueden citar proyectos de ley que en el pasado han servido al legislador de discusión para considerar la viabilidad de la regulación de la gestación subrogada, sin embargo, estos proyectos han quedado inconclusos por lo que ninguno se ha aprobado.

Dentro de la gama de proyectos de ley que se han discutido respecto a la maternidad subrogada, se encuentra el proyecto de ley número 161 de 1996 (Cámara de representantes) por medio del cual se pretendían establecer normas sobre bioética como de manipulación humana asistida. Pretendiéndose regular temas sobre inseminación artificial post mortem y penalizar a quienes practicaran la manipulación embrionaria.

También se encuentra el proyecto de ley 45 del 2000 con el cual se pretendía regular todo lo referente a la aplicación de métodos de reproducción humano asistida como también la forma en que se debía dar manejo al genoma humano la diversidad étnica colombiana. Al año siguiente, se discutió el proyecto de ley 151 de 2001, en el cual se pretendía penalizar la manipulación genética, dictar normas civiles respecto a la reproducción humano asistida y nuevamente regular el manejo al genoma humano de la diversidad étnica colombiana. En el año 2002 y en el año 2003, también se tuvo la iniciativa de legislar todo lo referente al manejo del genoma humano de la diversidad étnica colombiana, regulación sobre procesos de reproducción humano asistida, pero no fue sino hasta el proyecto de ley 46 de 2003, que se empezó a debatir sobre la

regulación – imperativa hoy en día- de las relaciones contractuales que existen entre las personas que llevan a cabo los acuerdos de gestación subrogada gracias a las TRHA, en cabeza de la senadora Leonor serrano de Camargo. (García, 2014). Por último, el proyecto de ley 172 de 2006, con la iniciativa del senador Jairo Clopatofsky Ghisays, el cual, proponía que con este proyecto se estableciera una solución definitiva a las relaciones civiles que se derivan de las prácticas de reproducción humano asistidas, como también propone que se permita la experimentación pre-embriónica. Ninguno de estos proyectos de ley pudo promulgarse como una ley propiamente dicha, en consecuencia, en el Estado colombiano no hay regulación legal en lo que concierne a las relaciones jurídicas de carácter civil que se derivan de las prácticas de gestación subrogada como lo sería la inseminación artificial o la fecundación in vitro, (García, 2014).

Analizado el proyecto de ley 113/2021C que se debatió en congreso de la república (cámara de representantes). Sin embargo, según lo expuesto en sentencia de la Corte Constitucional T-275 de 2022 con magistrada ponente Cristina Pardo Schilesinger (2022) el proyecto fue archivado, manteniéndose la omisión legislativa absoluta sobre la gestación subrogada, a pesar de que en la parte resolutoria de la sentencia en mención se exhorta al Gobierno Nacional que proponga al congreso de la república un proyecto de ley que regule el tema. Posteriormente, se expone un análisis de los proyectos de ley 334 de 2023 y 345 de 2023, que sirve para abordar con mayor precisión las características del contrato de gestación subrogada como también sus efectos jurídicos en materia de filiación.

Así las cosas, es importante definir jurídicamente cómo se denomina a la práctica por medio de la cual se han llevado a cabo las TRHA, por lo que es necesario indagar sobre los inicios de estas prácticas que devienen en acuerdos de voluntad entre las partes que se plantean la

situación de tener un hijo utilizando el vientre de una tercera a la relación por medio de un contrato de gestación subrogada.

### **Contrato de gestación subrogada**

Se encuentran registros históricos del año de 1976 en Estados Unidos, Dearborn, Michigan, en los que se explica que el abogado Noel Kane, creó el instituto “Surrogate Family Service Inc”, en el cual, se llevaban a cabo contratos previos entre mujeres con parejas que deseaban tener un hijo, pero por diversas circunstancias anatómicas les era vedado tal deseo. Existió un caso concreto el cual era denominado “Baby m”. Una mujer que había llevado a cabo lo que se empezaría a denominar desde entonces como maternidad subrogada, había suscrito dicho acuerdo con una pareja, por lo que se llevó a cabo un procedimiento de inseminación artificial. Resultado de este proceso fue la etapa de embarazo que culminó con el nacimiento de una bebé, por consiguiente, era necesario como se había acordado anteriormente, que la mujer que llevó a cabo el proceso de gestación, entregara a la recién nacida a la pareja con la que había suscrito el contrato, sin embargo, la mujer se opone a la entrega de la recién nacida. En consecuencia, la pareja inicia un proceso judicial en contra de la madre sustituta con el fin de que se cumpla el contrato previamente establecido. La decisión judicial en primera instancia se da a favor de los comitentes, en este caso, una pareja homoparental, que había suscrito contrato de “maternidad subrogada” bajo la condición de que a la portadora subrogada se le asignaría como contraprestación la suma de 10.000 dólares. La razón de la decisión constó de hacer prevalecer las obligaciones establecidas en el contrato de maternidad subrogada, no obstante la portadora subrogada decide apelar la decisión, y en segunda instancia el Tribunal Supremo de New Jersey confirmó la concesión de la custodia al padre natural, adicionalmente decide otorgarle el derecho a la madre sustituta de realizar visitas periódicas pero renunciando a las prestaciones dinerarias



del contrato razonando que estos acuerdos deben llevarse a cabo bajo el marco de motivaciones altruistas. Es así como empieza a denominarse a esta práctica jurídica como “contrato de maternidad subrogada” o de madre sustituta (Arteta, 2011).

Surgen diversas controversias respecto al contrato de maternidad subrogada, denominándose al contrato en la actualidad como de “gestación subrogada” debido a que el proceso específico es gestar la vida, en el vientre de la portadora subrogada, por lo que la portadora ejerce su función de gestación mas no de maternidad, además es un término que permite generar una comprensión más específica en el entendido de que la terminología utilizada disipa las dudas con relación a quién es la parte que se encarga específicamente de gestar y quién es la parte que se vinculará jurídicamente con el nasciturus y posteriormente el nacido, esto es, la parte comitente. Este contrato, al no estar prohibido por inferencia lógica está permitido, pues como lo establece la Corte Constitucional (2009), en su auto A-059-09 “El individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley.”. Se torna conducente afirmar que dicha práctica es legítima, lo cual no implica que con ello se está legitimando toda consideración moral o religiosa que pueda suscitarse en medio de tales prácticas.

El día 21 de julio de 2021, los senadores María del Rosario Guerra , Santiago Valencia, y los representantes a la cámara José Jaime Uscátegui Pastrana y Juan Fernando Espinal Ramírez pertenecientes al partido del Centro Democrático, han radicado “proyecto de ley número 113/2021C” , tendiente a regular dichas prácticas, por medio de lo que sería una ley estatutaria la cual tiene por objeto penalizar los contratos de gestación subrogada realizados “con fines de lucro”, aduciendo que esta práctica cosifica a los nacidos como a la mujer que se presta o es obligada a realizar esta práctica con un fin lucrativo, atentando contra la dignidad humana de la mujer y el procreado.

Surtido el primer debate el 28 de septiembre de 2021, en la comisión primera constitucional permanente se gestaron llamativos argumentos por parte del ponente José Jaime Uscátegui (2021) el cual indicaba.

la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia T- 968 de 2009 aproximándose al concepto de alquiler de vientre o útero, manifiesta que esta

La técnica de reproducción no está prevista en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, es definido por la doctrina como "el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figuraba como madre de éste." En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. (Si lo aportara estaríamos frente a la hipótesis de la mujer que se compromete a entregar su hijo biológico a cambio de una suma de dinero, la cual sí está prohibida en nuestro ordenamiento por constituir trata de seres humanos) (Uscategui, 2021. P. 2).

Por lo que se puede inferir del texto anteriormente citado, se busca la penalización de la gestación subrogada en caso de que quien alquila su vientre lo haga utilizando sus propios gametos (óvulos) y después entrega al concebido que mantiene una relación biológica con la madre en apariencia sustituta, por lo que, en palabras del Senador Uscátegui, esto constituirá una trata de seres humanos. Se concuerda con esta proposición por cuanto la ley 919 de 2004, "por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico." Establece en su artículo primero que está prohibida la utilización de componentes anatómicos con el fin de recibir una remuneración a cambio, y en su artículo segundo se establece "Quien trafique, compre, venda o comercialice

componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión.” Por lo que no podría existir una regulación de carácter legislativo que tenga por objeto la permisibilidad de la gestación subrogada cuando se pretenda recibir una remuneración como fin de la práctica.

Posteriormente en la misma ponencia, argumenta (Uscátegui, 2021. P. 8) que estas prácticas deben enmarcarse en un tipo penal debido a que atentan contra la dignidad humana (artículo 1 de la constitución Política de Colombia) puesto que la madre sustituta es tratada como una “máquina de bebés y el mismo nacido es objeto de compra y venta en el mercado”.

En consecuencia, aduce (Uscátegui, 2021. P. 8) que la legitimación de tales prácticas, darían paso a que un país como Colombia pasara a ser lo que él denomina un país de “turismo reproductivo”.

De acuerdo con la Cancillería de Colombia, en los meses de marzo a septiembre de 2020, cuando no estaban permitidos los vuelos comerciales, la oficina de visas del Ministerio de Relaciones Exteriores fue receptora de varias solicitudes de visado de cortesía, donde se busca ingresar al país a recoger a su bebé, producto del contrato realizado con la intermediación de clínicas de fecundidad que localizan mujeres para dicho fin. El panorama es alarmante, y evidencia el vacío legal existente en Colombia, que se ha convertido en un destino de turismo reproductivo, degradando la condición de la mujer y cosificando a los bebés (Uscategui, 2021. P. 9).

Se considera que el hecho de que no haya una reglamentación de carácter legislativo no solo atenta contra la dignidad humana de parte de los colombianos con las mujeres de su propio país, sino que aún más, la cosificación de la mujer en Colombia puede figurarse en una escala

internacional, donde se consideraría que en Colombia esta práctica es más factible en tanto que no tienen una regulación expresa más que su evidente permisividad.

Es pertinente traer a colación lo expuesto por la doctrina en relación a la naturaleza jurídica que en el presente, sin regulación expresa, tendría el contrato de gestación subrogada, así pues, podría decirse que su naturaleza “es la que lo asimila a un arrendamiento. En general se trata como bilateral o plurilateral; gratuito u oneroso, según el caso; *intuito personae*; de tracto sucesivo y consensual o solemne, también según el caso” (Parra Benítez, 2019. P. 455). Adicionalmente, sería un contrato atípico, pues carece de nominación expresa en el ordenamiento jurídico, pero algo que es importante precisar, es una consideración que sostiene el proyecto de ley 345/2023.

Se deja a un lado la posibilidad de hacer referencia a hablar de “alquiler”, pues esto haría referencia al contrato de arrendamiento, descrito en el artículo 1973 del Código Civil. Como parte de la definición de este contrato, es posible evidenciar uno de sus elementos esenciales, es la compensación o el denominado canon. En este sentido, utilizar la denominación “alquiler” dotaría de un contenido comercial a la práctica (Min justicia y derecho & Min. Salud y Protección social, 2023. P. 16).

Por consiguiente, se hace la precisión de que no podría ser un contrato que se asimile al arrendamiento como afirma Parra Benítez en tanto que sí al contrato de comodato. Es así como se da tratamiento de las relaciones que surgen entre quienes contraen dichas obligaciones, sin embargo, las personas llegan a realizar estos acuerdos sin importar si existe o no regulación expresa. Es evidente el vacío en el ordenamiento jurídico en medio de este contexto, pues la ausencia de control legislativo que establezca claramente los elementos esenciales y parámetros que no pueden faltar cuando se lleve a cabo esta práctica ponen en riesgo los derechos del

nasciturus, quedando este desprovisto de un claro vínculo filiar al momento en que quede completamente separado de quien dio a luz y sea una persona legalmente constituida como indica el artículo 90 del Código Civil.

Respecto a lo anterior, se hace evidente la intencionalidad que tuvo el legislador de prohibir tales prácticas, más sería apresurado y hasta casi despótico interferir penalizando estos acuerdos sin realizar una rigurosa motivación de la penalización, debido a que es ya una realidad, que pone en riesgo derechos fundamentales del nacido, en el entendido de que el Estado no está asegurando holísticamente el mandato constitucional del artículo 14, en lo referente a la personalidad jurídica en tanto que el nacido no tiene seguridad jurídica al intentar establecerse una justa relación filial, entre quien lo da a luz y quien realmente aportó el material genético para que se produjera la gestación, siendo que la filiación está estrechamente ligada con el estado civil a que se hace acreedor todo nacido que ha sido separado completamente de su madre y ha permanecido vivo por lo menos un instante como establece el artículo 90 del Código Civil. Cabe señalar que el legislador centra parte de su argumentación en el hecho de que se deben penalizar los acuerdos de gestación subrogada en los que subyace furtivamente una condición lucrativa para la gestante subrogada, empero, no es un motivo para que de facto se considere la penalización absoluta de estas prácticas, pues al ser ya una realidad, se ha de tener en cuenta que el derecho no es una fuente de poder inamovible que sujeta a las personas a voluntad del legislador, sino que “el derecho y el estado son para el hombre, es decir son el medio puesto al servicio de la persona humana para la realización de los fines de esta”. (García, 2014.P. 123).

### ***Proyecto de Ley 334 de 2023***

Al margen de lo expuesto sobre el contrato de gestación subrogada, es pertinente exponer lo que sobre este contrato se ha dicho en el congreso de la república por medio del proyecto de ley 334/ 2023 C, el cual fue presentado el día 13 de febrero de 2023 por el Representante a la Cámara Alejandro Ocampo Giraldo. Por medio de este proyecto de ley, se pretende regular las relaciones jurídicas de las partes que pretendan suscribir un contrato de gestación subrogada, significa que el legislador tiene por objeto crear una norma de carácter permisivo que se encarga de establecer cuáles son los requisitos para llevar a cabo el contrato de gestación subrogada, se regulan también las responsabilidades que tienen los comitentes, (o como se denominan en el proyecto de ley; los encargantes) con la portadora subrogada. Se introduce el termino de subrogación gestacional, haciendo la precisión de que lo que se subroga no es la maternidad sino el proceso gestacional únicamente, además sostiene que el contrato de gestación subrogada sólo puede llevarse a cabo en el marco de la fecundación in vitro, es importante tener en cuenta esto, pues como se verá más adelante, el legislador pretende establecer como requisito para que se realice el contrato de gestación subrogada, el hecho de que la portadora subrogada o gestante subrogada, tenga prohibido aportar su propio material genético. Entendiendo cómo funciona la inseminación artificial, se debe resaltar que esta siempre se lleva a cabo con los genes de la gestante, de manera tal, que no se estaría subrogando la gestación y se podría caer en el supuesto de hecho de que la mujer que realice el contrato de gestación subrogada utilizando como medio científico para su ejecución, a la inseminación artificial, necesariamente estaría renunciando al vínculo filial que en derecho corresponde con el nacido, lo cual resulta un obstáculo entendiéndose que cuando la mujer que gesta es la misma que aporta su material genético y da a luz, *ipso iure* adquiere el vínculo filial de madre con el nacido, pues la maternidad “consiste en el hecho de ser

una mujer madre de una persona y ser esta aquella que dio a luz”(Parra, 2019. P. 520).

Adicionalmente, en su artículo 3 pretende crear el tipo penal de “constreñimiento a la gestación subrogada” que establece que el que por medio de un tercero o por sí mismo constriña a una mujer a realizar un procedimiento de gestación subrogada en busca de un beneficio incurrirá en prisión de setenta y dos (72) a ciento veinte (120) meses y tendrá una multa que podrá ser de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Establece unas condiciones específicas y necesarias para que se pueda realizar el contrato en debida forma. El artículo 4 señala que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) deberá intervenir en todo proceso de gestación subrogada garantizando que se respeten los derechos tanto del nasciturus como del nacido desde el día en que inicia el proceso de fecundación in vitro, hasta el día en que se hace entrega del nacido a los comitentes o encargantes.

Por lo que respecta a las condiciones específicas del convenio, sostiene una serie de requisitos que deben ser cumplidos para que se establezca una relación jurídica que pueda denominarse como “contrato de gestación subrogada”. Expone en el artículo 5 los requisitos mínimos para ser portadora subrogada, entre estos se encuentra, (I) que la edad de la portadora subrogada sea de 24 años o más, (II) esta debe haber tenido un hijo con anterioridad a la ejecución del proceso de fecundación in vitro, (III) La IPS encargada del procedimiento tiene el deber de realizar un examen ginecológico y psicológico para examinar la viabilidad del procedimiento, comprobando que la gestante esté en óptimas condiciones para la realización del procedimiento, (IV) Entre el último parto de la gestadora subrogada y la ejecución del procedimiento de fecundación in vitro deberá haber pasado un año o más. Si alguna de estas

condiciones no se cumple, el proyecto de ley 334 de 2023 deduce la prohibición tacita para la mujer que planea realizar un contrato de gestación subrogada.

Adicionalmente, en el artículo 6, se mencionan los requisitos mínimos para ser comitente o encargante, sin los cuales se prohíbe la realización del contrato de gestación subrogada, entre estos se establecen, (I) Los comitentes deberá ser mayor de 28 años de edad, (II) se deberá haber formalizado una familia mediante el matrimonio o la unión marital de hecho debidamente declarada, (III) Los comitentes tienen que ser personas que no tengan más de 50 años de edad (IV) deben tener un ingreso mensual superior a 5 SMLMV, (V) Debe acreditarse mediante examen médico realizado por la IPS encargada del procedimiento, que los comitentes son personas que se encuentran en condiciones óptimas de salud mental y física para ser padres, (VI) No haber sido condenados por delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual de menores, ni delitos contra menores de cualquier índole como también, que no hayan sido condenados por delitos que atenten contra la familia, (VII) Deberán asistir a seminarios en el ICBF en los que se expongan charlas sobre el proceso de adopción en Colombia, las obligaciones de los adoptantes y el conocimiento de los menores en custodia del ICBF. Respecto a la segunda condición que ostenta el proyecto de ley en cita, se tiene una discrepancia en el entendido de que antena contra el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, pues se transgrede el derecho a la igualdad que tienen las familias Monoparentales con las familias que se constituyen por la formalización de un matrimonio o una unión marital de hecho

En el artículo 8 del proyecto de ley 334, se establece que los gametos destinados a la concepción deberán ser aportados al menos en un cincuenta por ciento por los encargantes o comitentes, de lo que resulta que al menos uno de los comitentes deberá aportar sus gametos. Adicionalmente aclara que la portadora subrogada nunca podrá ser la misma que aporta sus



gametos en el procedimiento. Al respecto de esto último, el proyecto de ley (Ocampo, 2023. P. 3) realiza unas definiciones de utilidad a la investigación, pues define dos formas en las que se ejecuta la práctica de fecundación in vitro:

**Fecundación in vitro con encargante simple:** Se entenderá por encargante simple la parte que solicita el procedimiento de gestación subrogada y aporta o acepta la donación anónima de uno de los dos gametos requeridos para el proceso de fertilización, bien sea masculino o femenino para la creación del embrión objeto de implantación en la gestante subrogada.

**Fecundación in vitro con encargante doble:** Se entenderá por encargante doble la parte que solicita el procedimiento de gestación subrogada y aporta o acepta la donación anónima de los gametos masculino y femenino requeridos para el proceso de fertilización, para la creación del embrión objeto de implantación en la gestante subrogada. (Ocampo, 2023. P. 3)

Con relación al aparte citado, resulta del examen del mismo, que la modalidad de fecundación in vitro que se permite, sería la Fecundación in vitro con encargante simple en tanto que el artículo 8 anteriormente citado, prohíbe que el contrato de gestación subrogada se realice cuando ninguno de los encargantes aporte su material genético, pues se menciona que al menos uno de los encargantes deberá aportar su material genético en el proceso de la gestación subrogada, por lo tanto, se hace evidente que el contrato de gestación subrogada sólo se realiza en el marco de la fecundación in vitro con encargante simple y con relación al encargante doble sólo cuando ambos comitentes han aportado su material genético.

Posteriormente, en el artículo 9, enuncia los elementos del contrato de gestación subrogada, los cuales son (I) La identificación de cada uno de los suscribientes y el lugar de

notificaciones, (II) El objeto por el cual se contrata, (III) La obligación por parte de los comitentes de conceder a la portadora subrogada su sostén económico en todo el proceso de gestación y 40 días después del proceso gestacional, lo que deberá acordarse dentro del contrato, (IV) Apoyo de terapias psicológicas a la portadora subrogada en todo el proceso de gestación, (V) La garantía del acompañamiento de personal médico apto para este procedimiento, (VI) los comitentes deberán cubrir todos los gastos médicos que se den durante el procreo gestacional, (VII) deberá consignarse una indemnización de parte de los comitentes en favor de la portadora subrogada en tanto que a esta última se le ocasionan daños tanto físicos como psicológicos por el proceso de gestación, (VIII) la portadora subrogada se deberá comprometer a entregar la custodia del nacido, como a asistir a todos los controles médicos necesarios anteriores al parto. Algunas circunstancias a tener en cuenta antes de realizarse este contrato deberán ser consignada en el contrato, las cuales son el consentimiento informado, una póliza de seguro de vida y la designación de un tutelante que se haga cargo del menor en caso de que los comitentes fallezcan.

Algo importante por resaltar, es que estos contratos serían llevados a cabo con móviles altruistas, lo que quiere decir que ni los comitentes ni la gestante subrogada deben suscribir el contrato usándolo como un medio para lucrarse. Sin embargo, en el artículo 18 del proyecto, se establece una indemnización que si bien, a primera vista es una suerte de enriquecimiento, si se examina con cuidado, terminaría siendo una indemnización propiamente y no una forma de enriquecimiento en tanto que la gestante subrogada pone su salud en riegos y la expone a distintas dificultades como “desgastes físicos y psicológicos acaecidos durante el proceso de gestación” (Ocampo, 2023. P. 10). Por lo que se propone un monto de indemnización mínimo de 48 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

***Proyecto de ley 345 de 2023***

Por otra parte, se toma sustento de lo señalado en el proyecto de ley 345/2023C propuesto por el Ministerio de Justicia y del Derecho en dirección de Néstor Iván Osuna Patiño y por el Ministerio de Salud y Protección Social en dirección de Diana Carolina Corcho Mejía del que se resalta las consideraciones expuestas respecto de las implicaciones que tendría el contrato de gestación subrogada en lo relativo a la filiación. Se hace un análisis del artículo 49 del decreto 1260 de 1970:

**ARTICULO 49. <CERTIFICADO DE NACIMIENTO>** El nacimiento se acreditará ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles.

Los médicos y las enfermeras deberán expedir gratuitamente la certificación.

Los testigos declararán ante el funcionario sobre los hechos de que tengan conocimiento y la razón de éste, y suscribirán la inscripción. El juramento se entenderá prestado por el solo hecho de la firma. [subrayado del autor].

Del análisis que se realiza se infiere que la maternidad se deduce del hecho de dar a luz, sin embargo, se sostiene que este artículo deberá ser modificado para el caso de la subrogación uterina teniendo en cuenta que no es la madre quien gesta sino una portadora subrogada, de tal suerte que el artículo sería modificado en el apartado subrayado por “ que haya asistido en el parto” quitando del texto “a la madre” debido a que en el marco de la subrogación gestacional la portadora subrogada, que es la que da a luz, no es la madre del nacido.

Por otro lado, en el artículo 18 del proyecto de ley 345 de 2023 se pretende establecer que la filiación del nacido se determine con la parte comitente sin tener en cuenta quien haya aportado el material genético sino teniendo como fundamento a la “voluntad procreacional” en consecuencia, prohíbe en su inciso segundo que los comitentes tengan la posibilidad de impugnar la filiación, esto en el entendido de que al suscribir libre y voluntariamente el contrato mediante la firma que ostenta el consentimiento informado, inmediatamente se determina la filiación del nasciturus, por lo que debe ser protegida.

En su artículo 19 del proyecto de ley 345 de 2023 señala que la portadora subrogada no ostenta relación filial con el nacido producto del acuerdo. Y finalmente resalta que los donadores anónimos tampoco tendrán vínculo filial con el nacido.

Como se puede observar, este proyecto de ley, tiende a establecer como elemento fundamental de la filiación, la voluntad procreacional, esto se puede evidenciar en el artículo 18 citado anteriormente.

Por contraparte en el proyecto de ley 334-2023 se sostiene como elemento fundamental de la filiación, la relación genética del nacido con los comitentes, es por eso que solo admite a la fecundación in vitro, en tanto que, en el proyecto de ley propuesto por el gobierno, se admite la subrogación gestacional mediante la inseminación artificial como se establece del proyecto de ley 345 de 2023 en el artículo 7 numeral 4 en su literal a, de lo que se deduce que el proyecto de ley 345 de 2023 propuesto por el gobierno nacional enfatiza en el elemento de la voluntad procreacional como elemento fundamental que determina la filiación del nacido, pues no es de recibo afirmar que se permita la realización de un contrato de gestación subrogada por medio de la inseminación artificial heteróloga y que aun así sea el vínculo genético el elemento que determine la filiación con los comitentes, sería imposible en el entendido de que este

procedimiento imposibilita que la mujer comitente pueda aportar su material genético a la concepción, como también se debe tener en cuenta el hecho de que existen familias monoparentales y homoparentales de sexo masculino que realicen contratos de gestación subrogada utilizando como método la inseminación artificial, de forma tal que es necesario determinar como elemento fundamental de la filiación en el marco de la gestación subrogada a la voluntad procreacional consignada en el contrato suscrito entre las partes.

### **Perspectiva jurisprudencial**

Si bien es cierto, en materia jurisprudencial hay poco contenido explícito que atañe de manera directa al objeto de estudio de esta investigación, sin embargo, esto no impide tomar por asidero diversos pronunciamientos jurisprudenciales que de manera indirecta pero que teniendo en cuenta una interpretación sistemática, son totalmente pertinentes para a partir de ellos elaborar una posición jurídicamente válida respecto de la regulación que se puede tornar como la más aceptada en respuesta a la ausencia legislativa absoluta sobre el tema, en tanto que además, dichos pronunciamientos sirven como argumentos para redefinir los conceptos actuales de la filiación y en consecuencia dar una nueva perspectiva de la misma.

#### ***Sentencia T- 968 de 2009. Corte Constitucional***

En sentencia T-968-09 de la Corte Constitucional (2009) con magistrada ponente; María Victoria Calle Correa, la corte constitucional, ha tomado la determinación de definir puntos fijos en ausencia de legislación expresa.

Dicha sentencia es emitida ya que los sujetos procesales de la sentencia de tutela; Raquel y Salomón (cónyuges), Saraí (nombres designados por la Corte en virtud de la protección de

datos personales), llevan a cabo la concepción por medio de los métodos de reproducción humano asistida, siendo que el señor Salomón, en unión matrimonial y de acuerdo con su esposa Raquel, deciden acudir al centro médico “ Imbanaco de Cali” con el fin de llevar a cabo un embarazo por medio de fecundación in vitro con modalidad homóloga, con lo cual no se obtuvieron los resultados pretendidos, por lo que el señor Salomón y la señora Raquel , por medio del mismo centro de salud contactan a la señorita Saraí, la cual contaba con 21 años de edad al momento en que se realiza el primer intento de embarazo, es así como se ejecuta la práctica de maternidad subrogada que consistía en que Saraí alquilara su vientre para que pudiera gestar un embrión producto de la unión de los gametos femeninos y masculino de la señora Raquel y el señor Salomón respectivamente.

Infortunadamente para la pareja, el procedimiento no tuvo los resultados esperados después de varios intentos, por lo que se intenta realizar la concepción por medio de la inseminación artificial en modalidad heteróloga, ergo, los gametos en esta ocasión serían de Salomón y de quien prestaría en principio el vientre; Saraí.

este procedimiento tampoco tuvo el resultado esperado, por lo que, por recomendación del centro de salud, la pareja cesó de acudir a Imbanaco de Cali.

En consecuencia, Salomón contacta directamente a Saraí y le propone llevar a cabo la práctica de inseminación artificial en el “Centro Médico de Reproducción Asistida Fecundar Cali” en esta ocasión con resultado positivo de mellizos, por lo que Salomón envía periódicamente dineros a Saraí destinados al proceso de gestación por los nueve meses.

Una vez nacidos los mellizos, Saraí se abstiene de entregarlos, contrariando lo que en principio (según manifestaba Salomón) habían pactado.

En el proceso de revisión de la sala de selección de sentencia de tutela de la Corte Constitucional, la citada corporación, realiza la revisión del fallo de tutela interpuesto por Raquel y Salomón y en sus consideraciones, de manera concisa, establece unas condiciones mínimas por medio de las cuales debe llevarse a cabo el de gestación subrogada con el fin de evitar la mayor cantidad de desavenencias que puedan surgir a partir del contrato de gestación subrogada de la siguiente manera:

- 1 Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.
- 2 Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre).
- 3 Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
- 4 Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como la mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.
- 5 Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes. antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.
- 6 Que se preserve la identidad de las partes.
- 7 Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
- 8 Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
- 9 Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.

10 Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica. (C.C. T-968/09, 2019).

Para la Corte Constitucional, es fundamental que, en palabras llanas, este procedimiento sea realizado con motivo de una incapacidad fisiológica (fertilidad y/o esterilidad) de la pareja ya sea homosexual, heterosexual, casada o en unión marital de hecho. Que además no se dé con fines lucrativos sino más bien altruistas, que haya un pleno consentimiento informado de las partes que pactan el acuerdo, y más importante aún, que quien presta su vientre para la actividad gestacional, sea diferente de las personas que entregan su material genético para que se realice el embarazo, pues si quien presta su vientre es también quien aporta el gameto, sostiene la corte que se estaría “frente a la hipótesis de la mujer que se compromete a entregar a su hijo biológico a cambio de suma de dinero, la cual sí está prohibida en nuestro ordenamiento por constituir trata de seres humanos”. Además, se asegura una protección de los derechos del nasciturus por cuanto se establece que los padres biológicos no podrán rechazar al nacido bajo ninguna circunstancia.

Es necesario en este punto establecer un concepto de filiación que opere en el marco de los contratos de gestación subrogada teniendo en cuenta lo manifestado por la jurisprudencia con relación a las TRHA.

### **Filiación en el Marco de la Gestación subrogada**

En la ley 75 de 1968, se encuentra regulada la filiación de forma tal, que se pueda dividir en dos bloques para efectos ilustrativos de esta investigación. La filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial, la primera tiene por regla general la característica principal que los



hijos nacen, en el marco de un matrimonio vigente según lo estipulado en el artículo 213 del Código Civil.

Los presupuestos para que se genere la filiación matrimonial son los siguientes: (I) La maternidad, implica el hecho físico de dar a luz y que el dado a luz tenga una identidad con el hijo que se señala; (II) la concepción surgida dentro del marco del matrimonio, lo que significa que en el momento en que se genera la concepción la madre se encuentre casada, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 214 del Código Civil, esto es que se presume la paternidad cuando el hijo nacido en el matrimonio, lo es con posterioridad a 180 días siguientes al matrimonio; (III) presunción de paternidad *pater is est quem nuptiae domnstrat*, significa que el padre es quien mantiene un vínculo conyugal con la que concibe. Es una presunción de carácter legal, *iuris tantum*, quiere decir esto que admite prueba en contrario. La ley otorga esta presunción al hijo, dando a entender que se presume por ley que el concebido por la madre es hijo también de quien sea su cónyuge (Parra Benítez, 2019). O, según lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 1° del año de 1975, que establece que si con anterioridad a la celebración del matrimonio, la mujer estuviere embarazada y el hombre decide aun así contraer matrimonio con ella legitima al hijo *ipso iure* esto es, de pleno derecho; como se explica en el salvamento de voto realizado por el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo en sentencia de la Corte Constitucional C-310 de 2004 con Magistrado ponente Marco Gerardo Monrroy Cabra (2004) “el responsable de la concepción es el marido de la mujer casada, pues se entiende que el hombre que contrae matrimonio con quien se encuentra en estado de gravidez lo hace porque se considera el padre de la criatura en gestación”(CC. C-310/04, 2004). Adicionalmente el Código Civil en el artículo 239 y subsiguientes, establece las formas específicas de llevar a cabo la legitimación de hijos por medio de declaración expresa cuando no opere la legitimación *ipso iure*, es decir cuando no se

presenten los supuestos de hecho expuestos anteriormente. Es así, como indica que los padres que pretendan establecer una relación filiar con sus hijos matrimoniales o extramatrimoniales, deberán hacerlo mediante documento público, lo cual se constituye “en el acta de matrimonio o escritura pública en la que este se solemnice o en escritura pública posterior” (Parra Benítez, 2019. Pág. 472). Según lo dispuesto en el artículo 240 *ibidem*, se deberá notificar a la persona que se trate legitimar y esta deberá aceptarla o repudiarla como indica el artículo 243 *ibidem*.

Con la entrada en vigencia de la ley 1060 de 2006, presupuestos que conforman la filiación matrimonial, empezaron a operar también para los hijos que se conciban en el marco de una unión marital de hecho declarada como se advierte en el artículo 213 del Código Civil. Así mismo, el artículo 214 *ibidem*, también fue modificado por la ley en mención, por lo tanto, se entiende que el hijo que nazca expirados los 180 días después de declarada la unión marital de hecho, se presume *ipso iure* hijo de quien ostente la calidad de compañero permanente de la mujer que lo concibe. Como se puede observar es así como tradicionalmente se determina la filiación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales en el ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, para efectos de la presente investigación, es necesario abordar posturas alternativas a las expuestas con antelación, pues respecto de las TRHA en el marco de la gestación subrogada, los conceptos de filiación necesariamente deben variar con relación a los ya estudiados.

Es importante señalar que las TRHA traen como consecuencia un cambio en la perspectiva en el concepto de filiación materna, se puede definir a la filiación como el vínculo jurídico que existe entre el procreador y el procreado (Parra Benítez, 2019) o, como como ha definido el magistrado Pedro Octavio Munar Cadena en sentencia de la Corte Suprema de Justicia SC-170-06, “la filiación es la afirmación jurídica de un nexa biológico que une al padre

o la madre con el hijo” entendida así la filiación, se puede ver que la misma no tiene que ver con rasgos meramente biológicos, sino que para que se establezca la relación de paternidad o maternidad entre procreado y procreador, debe haber una relación jurídica que afirme dicha relación de tal manera, que la filiación no se produce solamente por los nexos biológicos entre el nacido y quien lo engendró.

Teniendo en cuenta lo anterior, es adecuado afirmar que los criterios determinantes de la filiación materna en el contexto de contratos de gestación subrogada funcionarían de manera excepcional en contraste con el funcionamiento ordinario de la filiación materna en el marco de una concepción y gestación naturales con respecto a quien da a luz y al nacido, pues, la conocida locución latina en la cual se fundamenta la presunción de maternidad “*mater est quem gestatio demonstra*” no aplicarían en el escenario de la gestación subrogada, puesto que la madre, siguiendo los preceptos establecidos en la sentencia T-968-09 no es únicamente la que gesta al nacido, sino precisamente quien tiene una relación biológica con este, más esto no debe ser aceptado en un sentido absoluto pues la Corte Constitucional, en sentencia T-339-94, con magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa ha indicado que “Por maternidad, pues, se entiende el acto de ser madre, y dicho acto supone una volición, es decir, un querer ser, y una manifestación externa de ese querer ser” (CC, T-339/94, 1994) *ergo* la maternidad no se establece simple y llanamente como una relación que es determinada por la vinculación biológica.

Así las cosas, es conducente de momento afirmar que la maternidad no se configura por el hecho primigenio de la concepción, tampoco por el hecho de dar a luz, ni tampoco simplemente por las relaciones biológicas de las partes, de manera tal, que, para explicar por qué la corte en sentencia T-968-09 indica que en el numeral 8 que los padres biológicos no podrán

rechazar al hijo en ninguna circunstancia, es para dar una garantía jurídica al que está por nacer, sin embargo, esto no debe confundirse con el hecho de que por ser una mujer quien tiene parentesco biológico de primer grado de consanguinidad con el nacido, sea por ello la madre de éste, pues debe recordarse además, que puede ser una mujer distinta de la de la pareja que pretende establecer una relación jurídico-filial con el concebido la que termine ejerciendo el acto de la maternidad.

Es así como se permite entonces definir a la maternidad, ya no solo como aquella que se establece por el hecho de dar a luz, ni por el hecho de ser quien aporta su material genético, sino por el elemento *sine qua non* de voluntad en el acto de ser madre, por lo tanto, la maternidad se define (en tratándose de gestación subrogada) finalmente como una relación jurídica que nace de la voluntad de quien con anterioridad ha acordado con la mujer gestante, el hecho de ser la madre del nacido, esto es de ejercer los deberes y derechos con y para el nacido.

Para apoyar dicha tesis, se trae a colación lo indicado en sentencia de la Corte suprema de justicia SC- 170-06 Magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena (2006):

No puede olvidarse que los conceptos de padre, madre e hijo, hunden sus raíces en definiciones eminentemente culturales, antes que biológicas; es decir, que si se quisieran mirar las cosas desde una perspectiva rigurosamente natural, habría que hablar de progenitor y de procreado, pero, en los términos de la ley, el criterio relevante es el de padre o madre, relaciones estas que el ordenamiento jurídico construye a su medida, sin adoptar, necesariamente, la causalidad física o biológica propia de la naturaleza. De ahí que el artículo 42 de la Constitución Política prescribe que “La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”. Es decir, que corresponde al legislador reglamentar lo correspondiente al estado civil de las personas,

sin que al respecto el constituyente le hubiese impuesto los criterios que imperiosamente debiera aquél incorporar o desarrollar al efecto y, mucho menos, sin que hubiese privilegiado explícitamente el nexo biológico como único sustento de la misma (CSJ Sala Plena, SC- 170/06).

Es así, como se sostiene que la maternidad es por tanto un acto nacido de la voluntad de los contratantes en lo que se refiere a la gestación subrogada. Dadas las circunstancias en las que se estudia el tema en la presente investigación, en las que recientemente se tramitó el proyecto de ley 113-2021C anteriormente citado que pretendía penalizar la gestación subrogada a quien constriña a una mujer a realizar el proceso con fines lucrativos, pertinente es afirmar que sólo en casos en que la pareja no pueda realizar el embarazo por circunstancias de infertilidad o esterilidad, como bien establece la corte constitucional en sentencia T-968-09 numeral primero del apartado citado literalmente, esto es “que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir” es legítimo llevar a cabo dicho contrato el cuál constituiría plena prueba de maternidad para con la mujer que se compromete en el contrato a ser la madre del nacido.

Adicionalmente y, por último, con la finalidad de reforzar aún más la tesis que se sustenta, esto es que la madre en este caso es quien se compromete en el contrato de maternidad subrogada a serlo a causa de una manifestación expresa de su voluntad procreacional, es importante recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC-6359-2017 con Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez:

Dado que en la procreación asistida heteróloga la filiación no se produce por la unión sexual de los miembros de la pareja, la determinación de la paternidad no depende de la verdad biológica, sino del consentimiento en la realización de la técnica reproductiva, el cual supone la *voluntad* de asumir la responsabilidad en la procreación y la misma

primogenitura, es decir, ejercer la función paterna con todas las obligaciones y derechos que ello implica (CSJ Sala Plena, SC-6359/17, 2017).

Es evidente que el apartado citado indica de manera directa la definición de la paternidad ante la gestación subrogada, mas esta sirve a la presente investigación, como un argumento a favor de la tesis la cual, como la paternidad , la maternidad cuando se trata de contratos de gestación subrogada, se define a raíz no de una verdad biológica cuando no es la misma contratante quien entrega sus gametos (óvulos) para llevar el proceso de gestación, sino con fundamento en una verdad jurídica, que tiene como fuente la voluntad de la mujer que pretende ser madre, pues, de acuerdo con García del Río en 2014, se pone de presente la necesidad de establecer como factor fundamental para determinar la filiación, el consentimiento de quien lo pone de manifiesto cuando se lleva a cabo el acuerdo de gestación subrogada por medio de la inseminación artificial o la fecundación in vitro, teniendo como base de todo ello, la buena fe esto es “la voluntad procreacional”.

## **Capítulo IV: Criterios que determinan la filiación materna en el contrato de gestación subrogada.**

Entendiendo a la filiación, como el vínculo jurídico que formaliza la relación jurídica entre procreador y procreado. Este concepto no podría abordarse de manera clara en el marco de la gestación subrogada, por lo que el concepto en la que se apoya la presente investigación, tiende a replantear lo referente a la filiación materna, toda vez que la misma, en circunstancias de gestación subrogada, no puede tomarse como se toma cuando se da un proceso de concepción, gestación y parto natural, pues en este caso, no es el hecho del parto el que determina la maternidad, sino como lo platea García del Río (2014) lo determinan dos elementos *sine qua non* que *ipso facto* establecerían la filiación materna cuando de gestación subrogada se tratara. Dichos factores serían la razón material; esto es, el vínculo genético de la madre que entrega sus gametos con el fin de que sean fecundados y trasladados a una portadora subrogada y la razón formal; esto es, la intención procreacional. Siendo la última razón, la determinante en casos de que se quieran llevar a cabo contratos de gestación subrogada, pues estos deben realizarse como consecuencia de la expresión de la voluntad libre y consentida por parte de los contrayentes, de reproducirse y adquirir un vínculo filiar con el nacido.

### **Voluntad procreacional**

La voluntad; aspecto fundamental para la determinación filial materna, tiene sus cimientos en aspectos jurídicos, no legales, - entendiéndose que el derecho no termina donde termina la ley- sino de carácter constitucional, por lo que es necesario abordar el fundamento constitucional de esta voluntad libre y consentida de reproducirse y en consecuencia adquirir una relación filiar con el nacido por parte de la madre.

La gestación subrogada, al ser un acto que no se encuentra prohibido mientras no violenta la dignidad de quienes lo contraen ni a terceros, está permitido.

Incluyendo entre los aspectos que violentan la dignidad individual, el hecho de que se lleve a cabo esta práctica con fines lucrativos, pues cosifica no solo a la portadora subrogada sino también al nasciturus y al nacido, entendiéndolo a este como un medio lucrativo para mujeres que se dedican a esta práctica. Por lo que es indispensable garantizar los derechos mínimos del menor siendo que este cuenta con especial protección y se debe velar por su interés con prioridad al de los otros, es por tanto pertinente considerar en este punto si el interés superior del menor se violenta al llevar a cabo contratos de gestación subrogada.

De los enunciados constitucionales, el que mayor importancia tiene en cuanto a la gestación subrogada, sería el derecho al libre desarrollo de la personalidad encontrado en el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia, por lo tanto, en este contexto, este derecho es el umbral por medio del cual se entraría a examinar derechos más específicos, como que “la gestación subrogada como acto jurídico, satisface el derecho a la atención de la salud reproductiva, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella; respetando la dignidad e intimidad de la misma” (García, 2014. P. 165) en consecuencia, el hecho de prohibir esta práctica llevaría consigo un impedimento a las personas que, al no tener la capacidad de concebir por medio naturales, no puedan hacerlo mediante de acuerdos de gestación subrogada, pues la negativa del legislador, para permitir dichos acuerdos, afectaría de manera directa el derecho en mención cuando se ejerza para realizar acuerdos sin fines lucrativos que tengan por finalidad el traer a una familia un hijo con los genes de quienes tienen la voluntad de procrearlo, trayendo como consecuencia que se vean principios como la solidaridad, la libertad individual y la privacidad. En este punto, sería pertinente señalar que la libertad individual y el libre desarrollo



de la personalidad no deben prohibirse hasta tanto cuando se afecta a un tercero, pues todo lo que un individuo hace o deja de hacer en la vida en sociedad, en desarrollo de su personalidad, afecta a terceros de manera directa o indirecta, de tal suerte que el *quid* del asunto se debe centrar no en el hecho de que la libertad de un individuo llega hasta donde comienza la de terceros sino más específicamente, la libertad de un individuo llega hasta donde no dañe a terceros.

Bajo la anterior premisa, se puede afirmar entonces que las personas pueden ejercer libremente sus derechos reproductivos mientras no vulneren derechos de terceros, de tal suerte que puedan contraer libremente acuerdos de gestación subrogada tendientes a ejercer sus derechos reproductivos con libertad bajo los parámetros de la dignidad humana si necesariamente coartar o suprimir los derechos del nacido, en tanto que en este punto, el determinante de la filiación materna podría ser aún más preciso pues como indica el magistrado Vladimiro Naranjo Mesa (1994).

La maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad (C.C.T-339/94, 1994).

Esto para afirmar que la maternidad, más que un asunto biológico, es un asunto de carácter volitivo, en tanto que cuando se trata de acuerdos de gestación subrogada, es la mujer, que acude a una portadora subrogada para acordar con ella los términos en que se llevará a cabo el proceso de gestación, la que determina su vínculo jurídico de filiación con el nasciturus en efecto suspensivo hasta el día en que nazca y adquiera los derechos que le son propios a la

persona, como su correspondiente personalidad jurídica encontrada en el artículo 14 de la Constitución Política de Colombia de manera tal, que la voluntad, más que la relación biológica o el parto, sería el elemento determinante fundamental de la filiación en el marco del contrato de gestación subrogada por tanto, esto conlleva el hecho de que prime una verdad jurídica sobre una biológica, como el hecho de que la voluntad procreacional sirve como criterio principal absoluto en el marco de la gestación subrogada en tanto que el nexo biológico como criterio auxiliar.

Así las cosas, se afirma entonces que el criterio de voluntad procreacional es el principal criterio, como también su consecuente responsabilidad procreacional para establecer la filiación del nacido con la que se determinaría como su madre, no aquella que da a luz o lo gesta, sino aquella que, o bien aportó su material genético y tuvo la voluntad de tenerlo, manifestando libre y consentidamente por medio de un acuerdo de gestación subrogada este hecho, o bien la voluntad únicamente, cuando no sea ella quien aportó su material genético ni la portadora subrogada, sino una tercera de carácter anónima donadora de gametos. Pues como afirmó el magistrado Pedro Octavio Munar Cadena (2006).

En la actualidad, el consentimiento se robustece con el auxilio de un nuevo principio que cada vez tiende a ser más relevante, en la medida en que evolucionan y se popularizan los avances de la reproducción asistida. Se trata del principio de la responsabilidad en la procreación (CSJ Sala Plena, SC- 170/06, 2006).

Por todo lo anterior, se sintetiza que el criterio determinante para establecer la filiación en el marco del contrato de gestación subrogada es el de la voluntad procreacional, de tal suerte que la responsabilidad procreacional es el principio fundamental que sostiene todo este postulado, ya que al valorarse los elementos de la filiación en el marco de la gestación subrogada, se determina que a falta del vínculo biológico entre el nacido y la comitente, el único criterio que sirve para

determinar la filiación en último término es la voluntad que se manifiesta en el contrato siempre.

Como sostiene Claudia Morán de Vicenzi:

La descendencia biológica no es o no debería ser el único presupuesto del vínculo de filiación, pues en ella confluyen otros factores, tanto o más importantes que el anterior, como son los de tipo sociológico y de responsabilidad. Con ello, pretenden resaltar el aspecto afectivo que subyace en las relaciones paternas poniendo el énfasis en la diferencia que existe entre las figuras del progenitor, que brinda su aporte genético, y la del padre que asume los derechos y deberes derivados de la paternidad (Morán, 2004. P. 59).

La responsabilidad es un factor que fundamenta la voluntad procreacional y de esta forma se colige que, en el marco de la maternidad, lo que es relevante es que la comitente se apropia de los derechos y deberes del nacido, como resultado de su manifestación vinculante de voluntad procreacional en el suscrito contrato, en sentido contrario de aquella que solo es procreadora, como se observó con anterioridad cuando se realizaba el estudio del proyecto de ley 345-2023, por lo que es oportuno deducir que el contrato de gestación subrogada puede llevarse a cabo con apoyo de técnicas de inseminación artificial como de fecundación in vitro, más aun cuando la Corte Constitucional (2022), en sentencia T-275-2022 con magistrada ponente Cristina Pardo Schilesinger, hace extensiva al tutelante la licencia de maternidad a pesar de ser hombre, pues este tuvo un hijo por medio del contrato de gestación subrogada y la mujer renuncia a sus derechos filiales de manera que prevaleció la voluntad procreacional.

## Conclusiones

A partir de lo analizado, resulta adecuado afirmar que las TRHA, son en primer lugar una herramienta por medio de la cual, personas de diversas latitudes del país y del mundo pueden llevar a cabo el acto de ser padres o madres, presentándose entonces como una solución a los problemas de infertilidad y esterilidad que puedan sobrevenir a los seres humanos que busquen tales prácticas, o a las familias homoparentales y monoparentales que tengan la aspiración de tener hijos o hijas. Por lo que, al haber diversas maneras de llevar a cabo estas técnicas; fecundación in vitro e inseminación artificial homóloga y heteróloga, es necesario para quienes acuden a las TRHA una figura jurídica que dote esta práctica, de garantías como lo que sería una regulación legal expresa sobre el contrato de gestación subrogada, pues es de este donde nacen los actos voluntarios de las personas que tienen la intención de procrear, garantizándose con esto una forma de progenitura responsable por parte del Estado cuando se presentan circunstancias biológicas como también uniones homoparentales que dificultan los procesos de procreación ordinarios.

Adicionalmente es importante atender por parte del legislador, a la exhortación de la corte constitucional en el entendido de que mientras no haya regulación expresa se seguirán configurando situaciones que susciten el alquiler de vientres y se entiendan como contratos de gestación subrogada cuando no lo son, poniendo a la mujer en una desprotección tanto de ella misma como también de la sociedad.

La ausencia de regulación expresa genera cada día más posibilidades de que se lleven a cabo conductas delictuosas como la trata de seres humanos y que la sociedad lo pase desapercibido por no tener lineamientos concretos con respecto a lo que bajo este escenario constituiría un contrato de gestación subrogada dentro de los parámetros de la dignidad humana,

o lo que fácilmente se podría confundir con esto pero que a la postre sería una evidente trata de seres humanos aunado al hecho de que las mujeres se lucren realizando estas prácticas.

En consecuencia, se hace necesario determinar la forma por medio de la cual puede llevarse a buen término el contrato de gestación subrogada teniendo en cuenta lo expuesto en desarrollo de todo el texto, y es así como se entiende que este contrato, a pesar de ausencia de regulación expresa legislativa, cuenta con unas pautas establecidas por la doctrina y la corte constitucional, las cuales son de utilidad para enmarcar lo que constituirá la gestación subrogada y no una práctica que se le parezca y por tanto se le denomine erróneamente así.

Por lo que es importante enfatizar que la gestación subrogada lo es, cuando la mujer gestante no es donadora de los óvulos, esta no realiza el contrato con un fin lucrativo, adicionalmente, se tiene en cuenta que serán responsables del nacido los que tienen una relación biológica con él para dar seguridad jurídica al ser humano que se concibe, es indispensable por ello, que quien presta su vientre sea una mujer que se someta a diversos exámenes psicológicos, antes durante y después de realizada la gestación, y que quien pretenda subrogar sea una mujer que no esté en capacidades fisiológicas para adelantar la gestación de manera adecuada.

Por lo que se descarta que pueda llamarse contrato de gestación subrogada al que se realice por el hecho de que la madre acuerde gestaciones subrogadas por motivaciones diversas a la de problemas biológicos, que además de ello quien se postule a madre sustituta tenga como móvil el lucrarse por ello o no esté en capacidades psicológicas para realizarlo y por último, la aclaración más importante, pues es aquí donde se encuentra el punto de confusión sobre lo que puede denominarse o no, contrato de maternidad subrogada y que por tanto pueda producir efectos jurídicos con base en lo indicado por la Corte en sentencia C-968-09; que la mujer que alquila su vientre no sea de ninguna manera la que aporta a los gametos para llevar a cabo la

concepción, de manera tal, que cuando quien presta sus gametos es la misma mujer que presta el vientre, no es posible denominar al contrato que antecede a la gestación, como de maternidad subrogada.

Finalmente, es necesario entonces concluir con los factores que determinan la maternidad, y en apoyo de la jurisprudencia citada, se concluye que la maternidad no es un aspecto que nazca de la relación biológica de procreación, pues si la maternidad se definiera por rasgos biológicos únicamente, se estaría dictaminando que el vínculo de maternidad se da en términos de procreadora y procreado. No es el hecho de dar a luz, el que define a la maternidad pues “la aceptación del contrato de maternidad sustituta significa el remplazo del concepto de maternidad dependiente del parto” (Parra Benítez, 2019. pág. 456). Por tanto, la maternidad se define por el acto de la manifestación de la voluntad de la mujer por ser madre en adición con el vínculo biológico como criterio auxiliar, adquiriendo esta un vínculo jurídico directo con el dado a luz y en el caso de gestación subrogada, la maternidad del nacido quedaría definida, desde el momento en que se llevó a cabo el contrato en la debida forma anteriormente explicada. En consecuencia, la maternidad es un acto que nace de la voluntad procreacional y el vínculo genético cuando la comitente es la misma que aporta sus gametos y así se afirma que prevalece una verdad jurídica sobre una verdad biológica en el marco de la gestación subrogada respecto a la filiación del nacido.

## **Metodología**

En el presente texto de carácter investigativo, se ha llevado a cabo una metodología cualitativa, socio jurídica, en el entendido de que esta se encamina a analizar los problemas latentes en la sociedad colombiana y cómo el derecho incide en estos, de manera tal que los problemas analizados en ese sentido, se sustentan en marcos de referencia jurídicos, como la jurisprudencia vigente, la doctrina más autorizada del país, por lo que, apoyándose el investigador en métodos de carácter deductivo, primero analiza los problemas desde una perspectiva general, esto es desde las normas y los conceptos abstractos que se sirven como su herramienta fundamental para el estudio de la problemática concreta en la actualidad, la cual, en el desarrollo del trabajo se ha puesto en evidencia al lector; una ausencia legislativa absoluta en materia de contratos de maternidad como de las implicaciones profundamente problematizadoras en el marco de las prácticas de reproducción humano asistida cuando son llevadas a cabo por medio de dichos contratos.

Por ello, se toman en cuenta los acontecimientos que suceden en la actualidad, no sin dejar a un lado algunos antecedentes que se presentan como necesarios para comprender la problemática actual, sin embargo, en lo que se focaliza esta investigación, es en identificar una posible respuesta jurídica a la ausencia de regulación expresa que se presenta para muchas personas que conforman la sociedad, como un interrogante respecto a las implicaciones de llevar a cabo el contrato de gestación subrogada, por esa razón se analizaron proyectos legislativos vigentes y los efectos sociales, así como la doctrina actual y la jurisprudencia, que permite reforzar las perspectivas jurídicas de la investigación con respecto a la necesidad de una regulación legal.





## Lista de referencias

Arteta Acosta, C. (2011). Maternidad subrogada. *Revista Ciencias Biomédicas*, 2(1), 91–97.

<https://doi.org/10.32997/rcb-2011-3397>

Bernal-Camargo, DR. (2009). Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia. *Revista Republicana*.

<http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/viewFile/170/140>

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia: TEMIS, 2.da ed. 10/02/2020

<http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>

Código civil de Colombia mayo 16, 1873. *Diario Oficial*. [D.O.] No. 2.867. (Colombia)

Obtenido el 10 de febrero de 2023.

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

Corte Constitucional [CC] julio 21, 1994. M.P. V. Mesa. Sentencia T-339/94.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-339-94.htm>

Corte Constitucional [CC] marzo 31, 2004. M.P. M. Monroy. Sentencia C-310 de 2004.

(Colombia). Obtenido el 10 de febrero de 2023.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-310-04.htm>

Corte Constitucional [CC], febrero 10, 2009. M.P. C. Reales. Auto A-059-09. (Colombia),

Obtenido el 10 de febrero de 2023.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A059-09.htm>

Corte Constitucional [CC] diciembre 18, 2009. M.P. M. Calle. (Colombia). Obtenido el 10 de febrero de 2023.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

Corte Constitucional [CC], julio 11, 2012 M.P. N. Pinilla. Sentencia C-533/12 (Colombia). Obtenido el 10 de febrero de 2023.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-533-12.htm>

Corte Constitucional [CC], agosto 1, 2022. M.P.C. Pardo. Sentencia T-275/22. (Colombia), Obtenido el 10 de febrero de 2023.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-275-22.htm>

Corte Suprema de Justicia [CSJ] diciembre noviembre 30, 2006. M.P. P. Munar. Sentencia SC-170/06. (Colombia). Obtenido el 10 de febrero de 2023.

Corte Suprema de Justicia [CSJ] diciembre mayo 10, 2017. M.P. A. Salazar. Sentencia SC-6359-2017.

[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj\\_scc\\_sc6359-2017\\_\[2009-00585-01\]\\_2017.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_sc6359-2017_[2009-00585-01]_2017.htm)

CLAUDIA MORÁN DE VICENZI, La voluntad procreacional como criterio de determinación en la fecundación artificial, Revista de derecho, volumen 5, 2004. Pág. 57-91.

Decreto 1260 de 1970. Julio 27, 1970. Presidencia de la República. (Colombia). Obtenido el 10 de febrero de 2023.

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_1260\\_1970.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1260_1970.html)

Franco. (2023, enero 02). El mercado de los vientres de alquiler en Colombia: un bebé a 4.000 dólares. *EL PAÍS*.

<https://elpais.com/america-colombia/2023-01-03/el-mercado-de-los-vientres-de-alquiler-en-colombia-un-bebe-a-4000-dolares.html>

GARCÍA DEL RÍO, *Gestación Subrogada* 21 Ed, Bogotá D.C. Edit. IBAÑEZ. 2014

Kushner-Dávalos, Luis. (2010). La fertilización in vitro: beneficios, riesgos y futuro. *Revista Científica Ciencia Médica*, 13(2), 77-80. Recuperado en 07 de marzo de 2023, de

[http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1817-74332010000200006&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1817-74332010000200006&lng=es&tlng=es).

Ley 75 de 1968. Diciembre 30, 1968. Diario Oficial [D.O.]: 32.682. (Colombia). Obtenido el 10 de febrero de 2023.

[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0075\\_1968.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0075_1968.htm)

Ley 1° de 1976, enero 19, 1976. Diario oficial. [D.O.]: 34492. (Colombia). Obtenido el 10 de febrero de 2023.

<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1556211>

Ley 919 de 2004. Diciembre 22, 2004. Diario Oficial [D.O.]: 45.771 (Colombia). Obtenido el 10 de febrero de 2023.

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0919\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0919_2004.html)

Ley 1060 de 2006. Julio 26, 2006. Diario Oficial [D.O.]: 46.341 (Colombia). Obtenido 10 de febrero de 2023.

[https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/ley\\_1060\\_de\\_2006.pdf](https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/ley_1060_de_2006.pdf)

Marín M, Carlos R, & Rojas A, Tibisay del C. (2005). Aspectos etiopatogénicos del paciente con

Hipospadias. *Revista del Instituto Nacional de Higiene Rafael Rangel*, 36(2), 72-97.

Recuperado en 07 de marzo de 2023, de

[http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0798](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798)

[04772005000200005&lng=es&tlng=es.](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S079804772005000200005&lng=es&tlng=es)

Ministro de Justicia y del Derecho - Néstor Iván Osuna Patiño, Ministra de Salud y Protección

Social - Diana Carolina Corcho Mejía. Proyecto de Ley 345- 2023C.

<https://www.camara.gov.co/subrogacion-uterina>

OCAMPO GIRALDO, 2023. Proyecto de Ley 334-2023C.

<https://www.camara.gov.co/maternidad-subrogada-1>

PARRA BENITEZ, Derecho de Familia, tomo I. 3 Ed, Bogotá D.C. Edit. TEMIS. 2019.

USCÁTEGUI, 2021. Proyecto de Ley 113- 2021C.

<https://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2021-2022/2335->

[proyecto-de-ley-113-de-2021](https://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2021-2022/2335-proyecto-de-ley-113-de-2021)

