

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: OMISIÓN LEGISLATIVA Y REPERCUSIONES SOCIALES

Javier Andrés Agudelo Jiménez, Sergio Alejandro Suárez Fiesco



Derechos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Universidad La Gran Colombia

Bogotá

2022

Gestación por sustitución: omisión legislativa y repercusiones sociales

Javier Andres Agudelo Jiménez, Sergio Alejandro Suarez Fiesco

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Abogado

**Profesora Claudia Patricia Martínez Londoño docente universitaria y directora del
Semillero de Investigación**
Ciro Angarita Barón



Derechos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Universidad La Gran Colombia

Bogotá

2022

Dedicatoria

El presente trabajo de grado está dedicado a nuestras familias, por su amor, trabajo y sacrificio, y por habernos brindado su apoyo incondicional durante todos estos años de aprendizaje; a nuestra alma mater por brindarnos los conocimientos y forjarnos como profesionales con excelente calidad humana, con valores y principios sólidos; y a todos nuestros amigos y allegados quienes de una u otra manera aportaron su granito de arena para que pudiéramos lograr tan anhelado objetivo.

Agradecimiento

Expresamos nuestra gratitud primero a nuestra alma mater quien a lo largo de nuestra formación nos brindó las herramientas para la elaboración de este trabajo de grado, segundo a nuestra tutora la doctora Claudia Martínez Londoño por su acompañamiento y direccionamiento durante la investigación y finalmente, al semillero de investigación Ciro Angarita Barón por brindarnos los espacios para impulsar nuestra tesis de grado.

Tabla de contenido

Resumen	9
Abstract	10
Introducción	11
Objetivos.....	15
Objetivo General	15
Objetivos específicos	15
CAPITULO I: Aproximaciones al Concepto, Origen y Formas de la Gestación por Sustitución.....	16
Familia y modelos de familia en la actualidad.....	16
Termino, origen y antecedentes históricos de la gestación por sustitución.	19
Concepto de la gestación por sustitución desde la doctrina.	20
Formas de la Gestación por Sustitución	23
Gestación por sustitución tradicional.	23
Gestación por sustitución gestacional.....	25
Infertilidad como causa de la aparición de las THRA.....	28
Sucesos que involucraron la gestación por sustitución.	29
Vacío legal y desarrollo jurisprudencial de la práctica en Colombia.	30
CAPITULO II: Características y Requisitos del Contrato de Gestación por Sustitución.....	34
Aspectos importantes del acuerdo.	34

Etapas del contrato de gestación por sustitución.	36
Elementos de validez del contrato de gestación por sustitución.	36
Características del contrato de gestación por sustitución.....	40
Bilateralidad contractual, partes e intervinientes.	40
Gratuidad u onerosidad contractual.	41
Ni conmutativo ni aleatorio.....	43
Principal	45
Solemne	45
Elementos esenciales, accidentales y de naturaleza del contrato	46
Requisitos del contrato de gestación por sustitución	46
Requisitos de la parte gestante	49
Requisitos de la parte constituida por los padres de intención	50
Requisitos de los donantes e intervinientes y normas de políticas públicas para el tratamiento de la infertilidad	53
CAPITULO III: Apreciaciones para la implementación de un modelo legislativo viable en Colombia.....	57
Objeto de aplicación de la ley	58
Definición legal de conceptos.....	58
Requisitos que exige la ley a las partes e intervinientes	60
obligaciones de las partes.....	61
Intervención estatal.....	62
Políticas públicas de fertilidad	63

Creación de equipos legales y multidisciplinarios.....	64
Sanciones en materia administrativa, civil y penal.....	65
Reserva de información y tratamiento de datos.....	67
Otros aspectos que se deben tener en cuenta	67
Aborto	68
Filiación desde la firma del contrato.....	69
Conclusiones y Recomendaciones.....	72
Lista de Referencias	76

Lista de Figuras

Figura 1	Escenario 1 de la Gestación por Sustitución Tradicional	23
Figura 2	Escenario 2 de la Gestación por Sustitución Tradicional	24
Figura 3	Escenario 1 de la Gestación por Sustitución Gestacional.....	26
Figura 4	Escenario 2 de la Gestación por Sustitución Gestacional	27
Figura 5	Escenario 3 de la Gestación por Sustitución Gestacional	27
Figura 6	Escenario 4 de la Gestación por Sustitución Gestacional	28

Resumen

La gestación por sustitución es una práctica que se lleva a cabo en Colombia y sobre la cual no hay normativa. Por ello, se hace necesaria y urgente una regulación para la materia, pues la gestación por sustitución es la solución más plausible a los problemas de infertilidad o imposibilidad para gestar, la omisión legislativa resulta lesiva a derechos fundamentales como los reproductivos y a la libre conformación familiar, máxime cuando la constitución reconoce la familia como el pilar fundamental de la sociedad y establece igualdad entre las familias constituidas naturalmente o con “*asistencia científica*”. Por ello, el objetivo de la investigación es determinar cuál es el modelo legislativo más adecuado para aplicar en Colombia en cuanto a la gestación por sustitución, por lo que se realizó un análisis cualitativo, con enfoques socio-jurídicos y de carácter descriptivo a partir del análisis jurisprudencial, doctrinario, legal y constitucional. Además, se tuvieron en cuenta los principios constitucionales, el respeto por los derechos humanos y el interés superior del menor como sujeto de especial protección constitucional. Se concluyó que, el modelo legislativo ideal es aquel; que permite la celebración del contrato, pero que impone restricciones; que contempla la creación de un ente público y de equipos legales multidisciplinarios; que admite la práctica con fines altruistas y solo bajo la forma *gestacional*, lo que permite la creación de la *Filiación asistida* como figura jurídica que da lugar al vínculo filial entre los padres de intención y el nasciturus desde la firma del contrato.

Palabras Clave: Gestación por Sustitución, Formas de la Gestación por Sustitución, Modelos Legislativos de la Gestación por Sustitución, Omisión Legislativa, Características Contractuales de la Gestación por Sustitución, Turismo Reproductivo, Filiación Asistida, Asistencia Científica.

Abstract

Surrogate motherhood is a practice that is conducted in Colombia and for which there are no regulations. Therefore, it is necessary and urgent to regulate this topic, since gestational surrogacy is the most plausible solution to the problems of infertility or inability to gestate, the legislative omission is detrimental to fundamental rights such as reproductive rights and the right to freely make up a family, especially when the constitution recognizes the family as the fundamental pillar of society and establishes equality between families constituted naturally or with "scientific assistance". Therefore, the objective of the research is to determine which is the most appropriate legislative model to apply in Colombia regarding surrogate motherhood, for that reason a qualitative analysis was conducted, with a socio-legal and descriptive character based on jurisprudential, doctrinal, legal, and constitutional analysis. Furthermore, constitutional principles, respect for human rights and the best interest of the underage as a subject of special constitutional protection were considered. It was concluded that the ideal legislative model is one that allows the conclusion of the contract, but imposes restrictions; that contemplates the creation of a public entity and multidisciplinary legal teams; that accept the practice for altruistic purposes and only under the gestational form, what allows the creation of Assisted Filiation as a legal figure that gives rise to the filial bond between the intentional parents and the unborn child from the signing of the contract.

Keywords: Gestation Surrogacy, Way of Gestational Surrogacy, Legislative Model of Gestational Surrogacy, Legislative Omission, Contractual Characteristics of Gestational Surrogacy, Reproductive Tourism, Assisted Filiation, Scientific Assistance.

Introducción

La gestación por sustitución es una práctica que apareció en la década de los 80's con el uso y desarrollo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Fecundación Intra Uterina [FIU] y Fecundación In Vitro [FIV]). Los primeros casos relevantes fueron conocidos primero en Reino Unido con el nombre de “Baby Cotton” y luego en Estados Unidos como “Baby M”, en ambos casos la mujer gestante aportó el material genético y la inseminación se realizó mediante la FIU. Luego de la ocurrencia de estos hechos algunos países legislaron ya sea prohibiendo o permitiendo la práctica, pero con la imposición de requisitos para la celebración del contrato.

El fenómeno en cuestión tomo fuerza a nivel mundial pues les ofrecía la posibilidad a parejas con problemas de infertilidad, esterilidad o imposibilidad para gestar la oportunidad de tener hijos con vinculo genético con al menos uno de los padres de intención. Se estima que en Colombia la practica empezó a llevarse a cabo en la década de los dos mil, sin embargo, no hay antecedentes documentados que corrobore dicha aproximación. El primer antecedente conocido judicialmente fue el desarrollado en la sentencia T-968 en el año 2009 y que dio a entender que resulta necesaria una regulación urgente a la materia, para el año 2015 la Corte Constitucional tuvo que expedir la Sentencia Unificada 696 ya que se presentó una situación en la que instituciones estatales se negaron a registrar a menores gestados mediante la gestación por sustitución en el extranjero y cuyos padres de intención eran una pareja homosexual.

La omisión legislativa ocasiona problemas como el turismo reproductivo y vulnera derechos fundamentales como los reproductivos y la libre conformación de la familia al no reglar, ni otorgarle la misma categorización de la que goza la forma tradicional de procrear al no desarrollar preceptos Constitucionales (1991), como los establecidos en el inciso 6 del artículo 42 cuando menciona que “Los hijos (...) procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.” En vista de la inseguridad jurídica que recae sobre los contratos de gestación por sustitución, las personas infértiles se ven coaccionadas a no acudir a

la práctica a pesar de ser la única opción para desarrollar su derecho fundamental a conformar una familia.

Aunque en el Congreso de la Republica se han debatido varios proyectos de ley ninguno de ellos se ha convertido en norma, por lo tanto, en Colombia la práctica no está regulada, su contrato es de los denominados atípicos y frente a ello es pertinente determinar ¿Cómo se debería legislar frente a la gestación por sustitución en Colombia? Por ello, el presente trabajo se estructuró en tres capítulos, en el primero se analizó el concepto, el origen y la evolución histórica de la practica tanto en el extranjero como en Colombia, y las formas de esta; en el segundo se abordaron las características, los requisitos y los elementos de validez en materia contractual con la finalidad de determinar si conforme al derecho civil y constitucional la gestación por sustitución es válida o no; y finalmente, en el tercer capítulo se determinó cuál es el modelo legislativo más adecuado para aplicar en Colombia teniendo en cuenta el respeto por los derechos humanos, el desarrollo jurisprudencial en cuanto al derecho de familia y la igualdad entre parejas heterosexuales con vínculo matrimonial o Unión Marital de Hecho, parejas homosexuales en las mismas condiciones y personas solas.

Al respecto, se puede afirmar que la gestación por sustitución debe estar disponible tanto para parejas heterosexuales como homosexuales y personas solas indistintamente de si cuentan con vínculo matrimonial o no, dado que en la actualidad existen varios modelos de familia diferentes al tradicionalmente reconocido, permitirlo solo para un o unos modelos determinados sería injusto y desigual. Ahora bien, el hecho de que la practica esté ampliamente disponible no significa que todo el mundo pueda acceder a ella, pues la ley debe determinar una serie de requisitos como que él o los interesados presenten problemas de fertilidad, incapacidad física o fisiológica para concebir, y de esta forma el contrato pueda celebrarse, sea válido y surta efectos jurídicos.

Si bien existen varios trabajos de investigación, monografías y tesis de grado que ya hablaban y pregonaban la urgente legislación y el vacío jurídico existente, en este trabajo de grado se abordó la problemática desde distintos puntos de vista, se ofrece un modelo legislativo aplicable a Colombia acorde con el ordenamiento jurídico y el derecho constitucional, y se tienen en cuenta posibles escenarios y situaciones que en caso de ocurrir requieren que la ley prevea una solución, lo que a la larga evita el congestionamiento del sistema judicial. La metodología utilizada para la investigación consistió en un análisis cualitativo, con enfoques socio-jurídicos y de carácter descriptivo, pues se analizó la jurisprudencia, la doctrina, el ordenamiento jurídico y la constitución. La hipótesis planteada determina que,

el modelo legislativo de aplicación recomendable debería ser aquel que permita la conducta, pero imponga restricciones que garanticen que no se vulneraran derechos humanos de ninguno de los actores en el contrato, máxime cuando de por medio hay un nasciturus y la constitución de 1991 protege en mayor medida los derechos del menor; que la realización de la conducta debe ser altruista, es decir que no se generen honorarios por el servicio y así evitar la comercialización; que el estado debe fijar mediante el órgano encargado los parámetros y requisitos mínimos que en salud física y mental deben cumplir los intervinientes en el proceso, para así evitar posibles complicaciones de salud tanto para la mujer gestante como para el nasciturus (Agudelo, 2021).

Además, se debe llevar registro y control de los procesos de gestación por sustitución realizados en Colombia y debe establecerse una figura de filiación que garantice el reconocimiento de los “padres de intención” como padres legales del menor.

Finalmente, con base en el desarrollo que la ley debe darles a los derechos fundamentales, teniendo en cuenta la compatibilidad del modelo legislativo propuesto con el ordenamiento jurídico y el interés más beneficioso para la sociedad, se concluyó que la

normativa aplicable más adecuada es aquella que, no prohíbe la práctica de la gestación por sustitución, sino que la regula. Pero para ello se deben implementar políticas públicas, crear un ente público para que registre, vigile y controle la celebración de estos contratos y que garantice el cumplimiento de los derechos y deberes de las partes y el interés superior del menor durante todo el proceso. También es necesaria la creación de una figura jurídica denominada “*filiación asistida*” que garantice el vínculo filial entre los padres de intención y el nasciturus desde la firma del contrato. Ello, sumado a la prohibición de la gestación por sustitución tradicional en la que la gestante aporta el material genético, evitan que luego del nacimiento del bebé la gestante alegue vínculo filial con base en la relación genética. Eso significa que solo la gestación por sustitución gestacional debe ser permitida.

Objetivos

Objetivo General

1. Determinar cuál es el modelo legislativo más adecuado para implementar en Colombia respecto de la gestación por sustitución.

Objetivos específicos

1. Estudiar el concepto, el origen y la evolución de la maternidad subrogada.
2. Analizar las características del contrato de gestación por sustitución.
3. Analizar los posibles modelos legislativos aplicables.

CAPITULO I: Aproximaciones al Concepto, Origen y Formas de la Gestación por Sustitución

Familia y modelos de familia en la actualidad.

El concepto tradicional de familia en Colombia está ampliamente permeado por la religión y determina que esta debe constituirse solemnemente mediante un vínculo matrimonial entre una pareja heterosexual y que además está integrada por los hijos consanguíneos habidos dentro del matrimonio. Por supuesto que también se reconocen como hijos aquellos acogidos en el seno familiar sin un vínculo consanguíneo sino civil, pues la ley les otorga tal carácter al consagrar la adopción como figura jurídica de filiación en el régimen civil.

Con posterioridad surge una variante del concepto tradicional de familia tan trascendente que la ley tuvo que regular la materia: se le denominó Unión Marital de Hecho y la única diferencia consiste en que ahora las parejas heterosexuales no solemnizan el vínculo marital, es decir, no hay matrimonio religioso o civil, en los demás aspectos, al menos en el diario vivir de las familias la situación es igual. Sin embargo, jurídicamente las dos figuras, aunque son equiparables gracias a la Ley 54/90 no son iguales pues tienen diferencias sustanciales.

El matrimonio como institución solemne no permitía a las parejas del mismo sexo que pudieran conformar una familia, por lo que estos acudieron a la figura de la unión marital de hecho para poderlo hacer y ser reconocidas como tal. Frente a ello la Sentencia C-075/2007 emitida por la Corte Constitucional (2007), estableció que:

el ordenamiento jurídico reconoce los derechos que como individuos tienen las personas homosexuales, pero, al mismo tiempo *las priva de instrumentos que les permitan desarrollarse plenamente como pareja*, ámbito imprescindible para la realización personal, no solo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida [énfasis añadido].

Cuando la corte habla de otras dimensiones hace también referencia al ámbito familiar, es decir, que no es solo reconocer igualdad de derechos a personas homosexuales como meros individuos, sino que debe también extenderle las garantías para que puedan realizarse como personas y como miembros de un núcleo familiar. En ese orden de ideas la Corte Constitucional permitió el matrimonio civil a parejas del mismo sexo en la sentencia C-577 de 2011.

Lo anterior denota que en la actualidad existen diversos tipos de familia con una composición diferente a la tradicional y que la jurisprudencia se ha encargado de reconocer y otorgarle garantías, al menos a algunas de ellas. Ejemplos de modelos de familia son: las extensas o generacionales, de padres separados, compuestas, de parejas sin hijos, monoparentales, adoptivas, unipersonales, personales (mascotas), de matriarcado, de patriarcado y finalmente las familias homoparentales compuestas por personas del mismo sexo (gais y lesbianas).

Es así como al existir tantos y diversos modelos de familia no hay un concepto exacto, amplio y suficiente que defina el término, además el concepto también puede abordarse desde diferentes puntos de vista.

Si bien es cierto que el artículo 42 de la constitución política (1991), establece que la familia “Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un *hombre y una mujer*” [énfasis añadido], la Corte Constitucional considera que la expresión anterior incluye también a parejas del mismo sexo y ha hecho extensiva la aplicación a estos. Por consiguiente, el artículo tiene una interpretación amplia permitiendo que la ley regule la materia, lo que da cabida a que se pueda adecuar cualquier modelo de familia. Lo anterior gracias a que el artículo no brinda una definición objetiva, no reconoce un modelo de familia determinado, sino que se refiere a las obligaciones, las garantías, los derechos y los deberes, que debe cumplir un individuo como integrante de la familia. Bien hizo el constituyente al no dar un concepto rígido, objetivo y único de lo que el estado reconoce como familia, pues esto iría

en contra del derecho a la igualdad, a la libre formación de una familia, al libre desarrollo de la personalidad y orientación sexual, ya que esto ocasionaría que se excluyeran los demás modelos de familia. Así mismo, la Corte Constitucional de manera acertada extendió los derechos de las parejas heterosexuales a las parejas homosexuales y permitió la figura del matrimonio para estos.

La llegada de las Técnicas de Reproducción Asistida a Colombia y con ella la Gestación por Sustitución representaron para las parejas heterosexuales la solución a los problemas de fertilidad y para las parejas homosexuales la posibilidad de conformar una familia con hijos consanguíneos, pues estas les otorgan los medios para que puedan gestar un bebé y que este tenga vínculo genético con al menos uno de los padres o madres de intención. Ahora bien, el tema en que las parejas que más están ocupando y utilizando esta práctica sean del mismo sexo sobresalta la manera en que la sociedad ha visto a la familia tradicional durante varios años, bien sea por temas religiosos o por aspectos de discriminación, el hecho es que los casos han existido y cada vez con mayor fuerza.

La incertidumbre social radica directamente en qué tan adecuado es para el niño o niña el entorno en el que convive con dos papás o en su defecto dos mamás para su desarrollo psicológico y de formación sexual, y si esto traerá consecuencias futuras irremediables para el menor. Al respecto Golombok (2017), determina que,

ni uno solo de los estudios ha concluido que los niños criados por madres lesbianas corran más riesgo de sufrir problemas emocionales o de conducta que sus iguales criados en hogares heterosexuales. No solo no se han detectado diferencias al comparar directamente las familias formadas por progenitores heterosexuales con las formadas por madres lesbianas, sino que también se ha demostrado que los niños criados en familias de madres lesbianas funcionan dentro del rango de normalidad; es decir, no

tienen más probabilidades que la población en general de experimentar trastornos psicológicos (pp. 77-78).

Dejando de lado la teoría y los modelos de la familia y habiendo hecho una breve sinopsis de estas y la incidencia que tienen las técnicas de reproducción asistida y la gestación por sustitución tanto en parejas heterosexuales como en parejas homosexuales, es preciso conocer el significado del término gestación por sustitución y que se abordará a continuación.

Termino, origen y antecedentes históricos de la gestación por sustitución.

Etimológicamente hablando, la palabra “gestación” viene del latín “gestatio” o “gestationis” que significan *acción de llevar o llevar algo encima*. Por otro lado, tenemos la palabra sustitución, proveniente del latín “substitutio”, que significa acción y efecto de poner en lugar de otro. En suma, no es más que el nasciturus sea llevado por otra persona, una mujer gestante diferente a la madre de intención.

No es posible determinar la fecha y el lugar exactos del origen de la práctica o el contrato de gestación por sustitución, sin embargo, el primer antecedente documentado aparece en la antigua Mesopotamia. Como indican Ardila Arciniegas y Bustamante Rúa (2020), se logró demostrar que una de las tablillas cuneiformes encontradas en lo que hoy es Turquía contenía un contrato matrimonial. En el contrato se establecía que, en caso de infertilidad de la consorte, el esposo tendría la opción de procrear descendencia con una prostituta o esclava y los hijos habidos de esta relación se entenderían como hijos matrimoniales. En retribución a la esclava (si fuere el caso) se le otorgaba la libertad.

Aunque para muchos la maternidad subrogada es algo que surge gracias a los avances que en materia científica y médica se han venido dando esto no es cierto, porque como se vio con anterioridad existe un antecedente en la antigua Mesopotamia y con posterioridad se ha documentado también en la Biblia, más exactamente en el antiguo Testamento. En Reina Valera Revisada (1977, Génesis 16:1), Sarah le ofrece a su esposo Abraham la posibilidad de procrear

descendencia mediante Agar, una sierva. De esta manera nace Ishmael quien es reconocido como hijo de Abraham y Sarah.

Según Reina Valera Revisada (1977, Genesis 30:3), una situación similar se vuelve a presentar, pero esta vez entre Jacob y Raquel quienes son pareja y presentan el mismo problema de infertilidad. Es allí, donde Bilha (esclava) sustituye las funciones maritales de Raquel y como resultado de la relación entre Bilha y Jacob (amo y esclava) nace un varón al que nombran Dan. Se observa con claridad como en los relatos bíblicos anteriores, las mujeres que presentan problemas de fertilidad acuden a sus esclavas como último recurso para tener descendencia, esto es porque tienen la voluntad de ser madres. Es así, que se vislumbra un factor importante como lo es la clara intención y el deseo de tener hijos por medio de un vientre sustituto. Puede que con posterioridad se presentaran otros sucesos dentro de los cuales se usara de manera indirecta la práctica de la gestación por sustitución pero que no fueron documentados y por tanto no se encuentran consignados para el aprovechamiento investigativo y uso académico.

Es preciso aclarar que estas gestaciones son las denominadas *tradicionales* (que para la época eran las únicas posibles) porque hablando en materia médico-científica, las esclavas o prostitutas sagradas eran las madres genéticas de los bebés, mientras sus amas sólo eran madres de intención.

Concepto de la gestación por sustitución desde la doctrina.

Antes de continuar con algunos aportes sobre la historia de esta práctica es menester definir qué es la gestación por sustitución. En la doctrina hay variedad de definiciones, pero para el presente trabajo sólo se citarán las más relevantes. Aparece entonces el aporte de Coleman, (1982), quien establece que:

La maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la

insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darlo a luz o procrearlo. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte (p. 75, [Traducción propia]).

Para el autor sólo era posible una gestación por sustitución en donde la mujer gestante aportaba el material genético, es decir, sus óvulos. Pero a pesar de que esta es una apreciación un poco desactualizada, quizá por la época, sí dio grandes avances jurídicos porque estableció que el material genético masculino (esperma) debía ser aportado por la pareja de esposos. Así, el nasciturus inevitablemente era hijo biológico del hombre, mientras que la esposa mediante un proceso de filiación debía adoptarlo. Lo anterior siempre y cuando la infertilidad esté presente en la mujer. También resaltó que los “*padres de intención*” debían ser una pareja heterosexual con problemas de fertilidad.

De igual forma, la gestación por sustitución es definida por la doctora Lamm (2014), como:

Una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente (p. 24).

Antes de continuar con otros conceptos un poco más precisos es necesario determinar cuál es la forma correcta de llamar esta práctica. La terminología que se utiliza a nivel mundial es muy variada y puede ir desde alquiler de útero, gestación subrogada, madres suplentes, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, maternidad de encargo, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, madres de alquiler y madres gestantes, entre otros muchos. Sin embargo, las anteriores

son palabras que de cierta manera denigran a la mujer gestante y se recomienda utilizar el término “*gestación por sustitución*”.

Con el tiempo aparecieron definiciones un poco más completas y que incluían el relativamente reciente descubrimiento científico de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (THRA), además, ya no era requisito indispensable que las parejas tuvieran un vínculo matrimonial vigente y en consecuencia podían acceder personas con unión marital de hecho u hombres y mujeres sin pareja afectiva y beneficiarse de la práctica. En este punto se debe aclarar que a lo largo del presente trabajo de grado cuando se habla de “*padres de intención*” no sólo se hace referencia a parejas heterosexuales, sino que el término incluye tanto a pajaras del mismo sexo como a hombres y mujeres solos(as).

En consecuencia, jurídicamente florecieron apreciaciones como la de Pérez Monge (2002), quien lo define:

Como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino) (p. 329).

Desde el punto de vista de Cárdenas Rojas (2015), la maternidad subrogada es una forma de permitirles a las parejas que por cualquier motivo no pueden procrear, realizarlo por medio de avances tecnológicos y genéticos. Este tipo de maternidad se presenta cuando, por alguna razón, alguno de los padres presenta una alteración en su sistema reproductivo y/o sufre trastornos en algunas de las etapas gestacionales (p. 101).

De estas definiciones surge un nuevo elemento que no se había mencionado anteriormente y es el aporte de material genético de *donantes heterólogos*¹. Pero para entender por qué, primero es necesario analizar y comprender cómo funcionan las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (THRA).

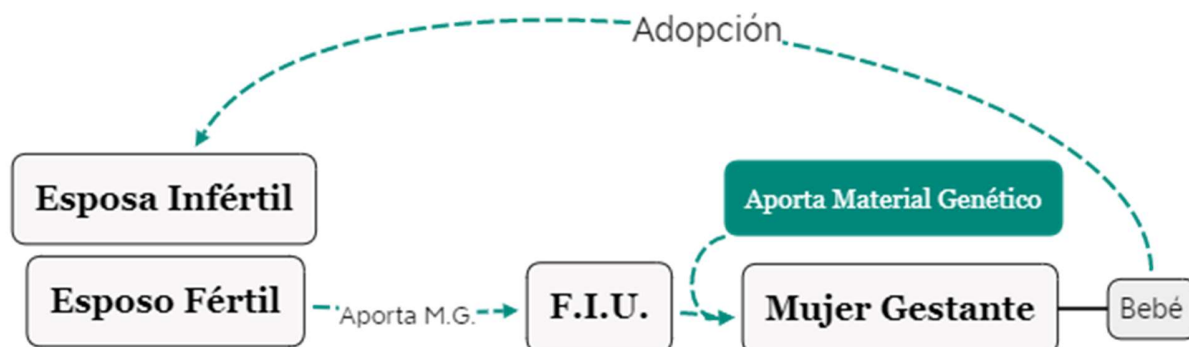
Formas de la Gestación por Sustitución

Gestación por sustitución tradicional.

Hasta antes de la década de 1970 solo existía la *gestación por sustitución tradicional*, que no es más que aquella en la cual la mujer gestante es la que aporta el material genético, ósea que el bebé tendrá vínculo genético con aquella que lo gesta. Frente al padre de la criatura pueden darse dos posibilidades: la primera es que el esposo aporte su propio espermatozoides, lo que hace que el bebé tenga vínculo genético con uno de los consortes. Esta situación se presenta cuando la madre de intención presenta problemas de fertilidad.

Figura 1

Escenario 1 de la Gestación por Sustitución Tradicional



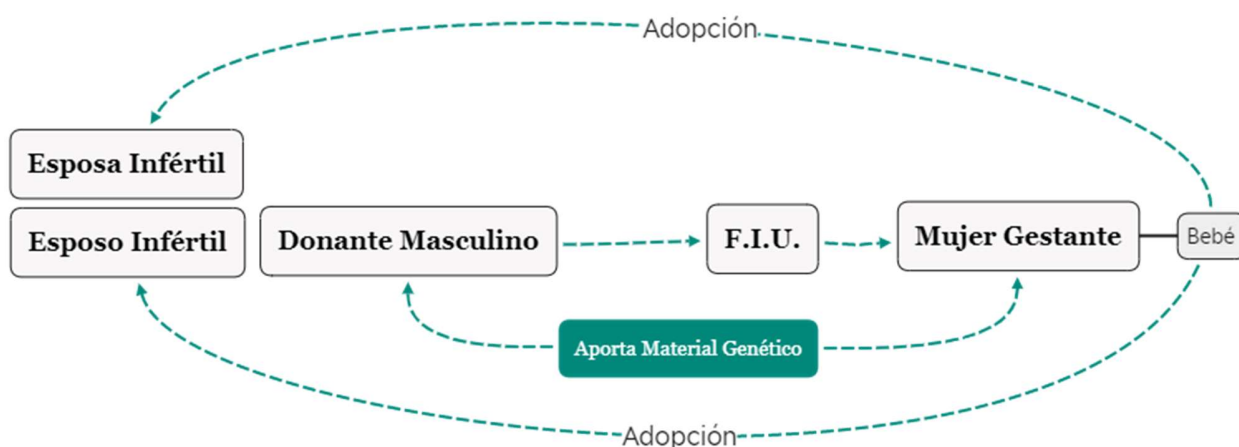
Elaboración propia.

¹ Según el Decreto 1546 de 1998 los donantes heterólogos son personas que de manera anónima o conocida y con fines reproductivos aportan su material genético para ser inseminado en persona diferente de su pareja.

Por otro lado, la segunda opción es que el material genético sea aportado por un donante heterólogo (anónimo). Esta situación se presenta cuando los padres de intención presentan problemas de fertilidad.

Figura 2

Escenario 2 de la Gestación por Sustitución Tradicional



Elaboración propia.

Lo anterior teniendo como base el requisito de matrimonio heterosexual que inicialmente se tuvo y que aún es obligatorio en algunos países que regularon la materia. En las gráficas se ilustraron los posibles escenarios teniendo en cuenta la función que cumple cada interviniente en el método de la gestación por sustitución tradicional.

Se debe aclarar que en los dos posibles escenarios mostrados anteriormente la mujer gestante es la que aporta el ovulo (material genético) y es por ello por lo que se denomina tradicional. El termino tradicional surge gracias a la forma inicial en la que se usó la práctica, porque antes de que existieran las Técnicas de Reproducción Humana Asistida era necesario que el hombre (esposo) sostuviera relaciones sexuales con la mujer gestante (sustituta). Con la llegada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida ya no se hacía necesario que el hombre y la mujer gestante sostuvieran relaciones pues mediante la *Fecundación Intra Uterina*

el semen se implantaba directamente en el útero de la mujer. Sin embargo, conserva el nombre pues el material genético femenino es aportado siempre por la mujer gestante.

Gestación por sustitución gestacional.

Ahora bien, frente a la segunda modalidad denominada *gestación por sustitución gestacional* los posibles escenarios cambian y para entender a cabalidad el método se deben primero explicar los avances que en materia científica se dieron en las décadas de 1970, 1980 y posteriores. Apareció una de las más grandes innovaciones que en medicina de fertilidad se pudo haber dado: las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (THRA). Dentro de estas se encuentran dos variantes:

1. La Fecundación Intra Uterina (en adelante FIU).
2. La Fecundación In Vitro (en adelante FIV).

En primer lugar, está la (FIU) que consiste en realizar un procedimiento denominado lavado de semen a la muestra que con anterioridad la pareja o un donante depositó para así concentrar el espermatozoide dejando los más saludables e introducirlos en el útero de la mujer, de este modo se garantiza una mayor eficacia en la fecundación, pues el recorrido que tienen que hacer los espermatozoides al óvulo es más corto. Se le conoce también como Inseminación Intra Uterina (IIU) y es porque todo el procedimiento se hace dentro del útero femenino. En segundo lugar; está la (FIV) que consiste en retirar el óvulo más saludable de la mujer y en un laboratorio inseminarlo (fecundarlo) con el espermatozoide más sano del hombre y pasados de 3 a 5 días implantar el embrión en el útero de la mujer. La FIV significa por fuera del cuerpo femenino y en un plato de laboratorio.

La definición doctrinaria más cercana es la de Ardila Arciniegas y Bustamante Rúa, (2020), quienes mencionan que:

La maternidad subrogada o alquiler de vientre consiste en la implantación de un embrión en el útero de una mujer, quien se encargará de la gestación de la criatura, y cuando nazca, entregarla a los padres de intención con quienes se ha firmado un contrato previamente (p. 3).

Ahora bien, la gestación por sustitución *gestacional* posee este nombre porque en todos los escenarios posibles la mujer gestante NO aporta su material genético, es decir solo gesta al bebé y para ello necesita obligatoriamente de la FIV. Pueden darse cuatro escenarios:

En el primero, el material genético es aportado en su totalidad por los padres de intención, caso en el cual estos tendrán vínculo genético con el embrión y la mujer gestante solo gestara la criatura. Esta situación se presenta cuando la mujer (esposa) produce óvulos saludables y es capaz de quedar embarazada, pero durante el embarazo presenta anomalías que concluyen en abortos espontáneos o que el embarazo en sí es tan riesgoso que puede producirse la muerte tanto de la madre como del bebé.

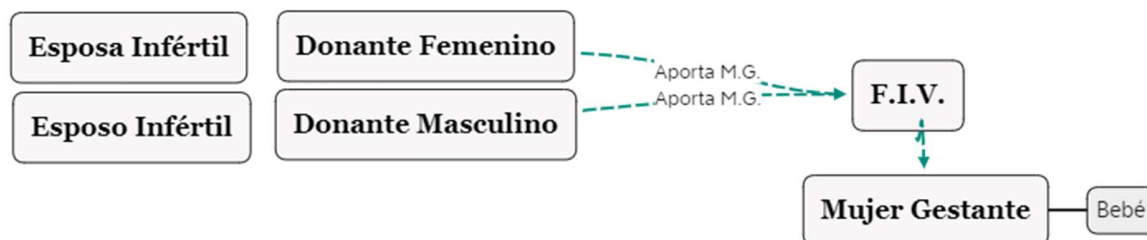
Figura 3

Escenario 1 de la Gestación por Sustitución Gestacional



Elaboración propia.

En el segundo, los padres de intención son estériles por lo que necesitan de donantes heterólogos tanto masculino como femenino y una vez los gametos son fecundados el embrión se implanta en el útero de la mujer gestante. En este caso ni los padres de intención ni la mujer gestante guardan vínculo genético con el bebé.

Figura 4*Escenario 2 de la Gestación por Sustitución Gestacional*

Elaboración propia.

En el tercero, la madre de intención es estéril y el padre de intención se encuentra saludable, por lo tanto, este aporta su material genético. El embrión es implantado en la mujer gestante, lo que significa que el bebé tendrá vínculo genético con el padre de intención y la donante heteróloga femenina (preferiblemente anónima).

Figura 5*Escenario 3 de la Gestación por Sustitución Gestacional*

Elaboración propia.

En el cuarto, el padre de intención es estéril y la madre de intención se encuentra saludable, por lo tanto, esta aporta su material genético. Una vez fecundado el ovulo de la madre de intención con el espermatozoides del donante se implanta en la mujer gestante, por lo que el bebé no tendrá vínculo genético con esta ni con el padre de intención. Esta situación se presenta cuando la madre de intención a pesar de ser apta para tener hijos por sí misma no desea gestarlo.

Figura 6

Escenario 4 de la Gestación por Sustitución Gestacional



Elaboración propia.

Infertilidad como causa de la aparición de las THRA.

Ahora bien, la Organización Mundial de la Salud [OMS] (2022), dice que:

La infertilidad es un problema de salud mundial que afecta a millones de personas en edad de procrear en todo el mundo. Los datos disponibles indican que entre 48 millones de parejas y 186 millones de personas tienen infertilidad en todo el mundo. Se trata de una enfermedad del sistema reproductivo masculino o femenino consistente en la imposibilidad de conseguir un embarazo después de 12 meses o más de relaciones sexuales habituales sin protección (párr. 1).

Para la humanidad era necesaria una solución al problema de infertilidad y la gestación por sustitución representó precisamente eso. Por su parte Cárdenas Rojas (2015), mencionó que la gestación por sustitución es una:

Forma de permitirles a las parejas que por cualquier motivo no pueden procrear, realizarlo por medio de avances tecnológicos y genéticos. Este tipo de maternidad se presenta cuando, por alguna razón, alguno de los padres presenta una alteración en su sistema reproductivo y/o sufre trastornos en algunas de las etapas gestacionales. Las técnicas de reproducción asistida fueron concebidas y desarrolladas para dar solución a esta serie de problemas (p. 101).

En conclusión, las técnicas de Reproducción Humana Asistida nacen como solución al problema de infertilidad de las parejas y la gestación por sustitución se vale de ellas para lograr su objetivo. En la mayoría de las parejas los problemas para concebir hijos están en la mujer, entonces la solución radica en buscar una mujer saludablemente fértil e introducir el embrión engendrado con el ovulo y el espermatozoide de los padres de intención. De esta manera los dos padres de intención pueden tener vínculo genético con el nasciturus tal como se observa en la figura 3 y la mujer gestante sólo lo gestará.

Sucesos que involucraron la gestación por sustitución.

La gestación por sustitución alcanzo la fama en los Estados Unidos de América en 1987, cuando a los tribunales de Nueva Jersey llego el caso conocido como “Baby M”. En este caso Elizabeth (pediatra) y William Stern (bioquímico) estaban imposibilitados para tener hijos debido a una enfermedad que padecía la señora. Es aquí donde pactan con los esposos Whitehead un contrato de gestación por sustitución. El contrato consistía en que la señora Whitehead seria inseminada artificialmente mediante la técnica de FIU con el espermato del señor Stern, luego del nacimiento el apellido que se registraría sería el de los Stern y la señora Whitehead cedería todos los derechos maternofiliales a expensas del matrimonio Stern. A cambio los esposos Whitehead recibirían la suma de 10.000 dólares más gastos médicos. El 27 de marzo de 1987 nació la niña y los primeros días se quedó con los Whitehead quienes decidieron no entregarla ni tampoco ceder los derechos maternofiliales (Basterra, 1987).

Así mismo el autor narra que el tribunal superior de Nueva Jersey no solo determinó que el contrato era ineficaz e ilícito, sino que lo más importante era el bienestar superior de la menor. El fallo concedió la custodia de la menor a los Stern, pero no porque existiera un contrato previo, sino porque se tuvieron en cuenta factores como el económico y social. A los Whitehead se les reconoció derecho de visita; esto denota que también hay derechos por parte de la mujer gestante (por lo menos para el caso en estudio). Aunque en el pasado más de 500

bebés nacieron bajo un contrato de gestación por sustitución, aquella fue la primera vez que un caso llegaba a instancias judiciales.

En Reino Unido la práctica se dio a conocer de la misma manera que en Estados Unidos solo que dos años antes. Esta vez el caso se denominó “*Baby Cotton*” pero no fue a los tribunales judiciales. La mujer gestante se llama Kim Cotton y al igual que en el caso estadounidense ella aportó sus óvulos y se inseminó con el esperma de un hombre anónimo cuya esposa era infértil. El contrato consistía en entregar el bebé al nacer y comprometerse a perder todo rastro de los padres de intención; como remuneración obtuvo 6.500 libras esterlinas (Tubella, 2019).

El caso es de relevancia por ser el primero y a la vez el que impulsó un movimiento para regular este tipo de prácticas. En consecuencia, el Reino Unido se convirtió en uno de los primeros países en legislar frente al tema de la gestación por sustitución. Permitiéndola, pero no con fines comerciales, en pocas palabras, se pueden llevar a cabo contratos de esta índole, pero sin remuneración económica y bajo la connotación altruista de ayudar a parejas con problemas de esterilidad o imposibilidad para gestar.

En este punto de la historia es en donde se genera una dicotomía y surge una nueva característica como variable determinante a la hora de legislar. Ya no sólo se tiene en cuenta si la gestación es *tradicional* mediante la FIU o *gestacional* mediante la FIV, sino que ahora el carácter *comercial* o *altruista* de la práctica es determinante. Habiendo hecho un pequeño recorrido por la historia de la gestación por sustitución resaltando aquellos países en donde se dio a conocer de manera temprana el innovador fenómeno, se puede hablar sobre el desarrollo histórico de esta práctica en Colombia.

Vacío legal y desarrollo jurisprudencial de la práctica en Colombia.

En Colombia al igual que en muchos países del mundo no se legisló frente a la materia, lo que significa que existe un vacío legal y normativo. El único antecedente jurídico del cual se puede tratar fue cuando llegó a instancias judiciales un proceso por incumplimiento al contrato

de gestación por sustitución y que quedo consignado en la Sentencia *T-968 del año 2009*. Según lo indica la Sentencia T-968/09 emitida por la Corte Constitucional (2009), prevalece el interés superior de los menores sobre las circunstancias en la que se desarrolló el litigio. Como los gemelos fueron retirados del entorno materno abruptamente y llevados fuera del país a convivir con los padres de intención, la corte ordena un régimen de visitas en el cual ellos puedan ver a su madre en Colombia y reconoce que a la “*mujer gestante*” le asisten derechos maternofiliales.

Según indica Gómez Sánchez (1994), la gestación por sustitución es

el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste (Como se cita en CC, T-968/09, 2009).

Continúa la Corte Constitucional diciendo que

En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

Posteriormente, la misma corporación profiere la Sentencia SU-696/15 emitida por la Corte Constitucional (2015), que soluciona un conflicto originado de la gestación por sustitución dada en el extranjero. En dicho caso, no se debate la validez o el cumplimiento de la obligación contractual, sino el actuar de varias notarias y la Registraduría Nacional del Estado Civil que se negaron a registrar a dos menores de edad. Los menores fueron gestados con ayuda de la FIV y reconocidos como hijos de la pareja homosexual al momento de su nacimiento en San Diego (CA). Al intentar registrar los menores en Colombia los funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil negaron la posibilidad alegando que no existía norma que regulara la

materia. Este es uno de los problemas que surgen a raíz del vacío legal existente pues el estado estando obligado a prestar la función registral falla en el servicio y vulnera derechos fundamentales y personalísimos tales como el nombre, la nacionalidad y el domicilio, entre algunos otros.

En consecuencia, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-696/15 (2015), ordena a la Registraduría Nacional del Estado Civil que inscriba en el registro civil a los menores de edad y además que:

implemente un nuevo formato de Registro Civil de Nacimiento en el que claramente se señale que en las casillas destinadas a identificar al “*padre*” y “*madre*” del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o dos mujeres.

Este pronunciamiento es muy importante por cuanto en Colombia ahora es posible inscribir en el Registro Nacional del Estado Civil a menores gestados mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida e hijos de parejas homosexuales. Que a la larga no es más que la aplicación del artículo 42 de la Constitución política (1991), en donde se establece que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o *procreados naturalmente o con asistencia científica*, tienen *iguales derechos y deberes*” [énfasis añadido].

Es decir, que el constituyente previó la aplicación de las THRA en Colombia y les otorgo protección y garantías a los menores que se gesten con asistencia científica, como la gestación por sustitución en sus dos modalidades necesita de ella, los menores gestados por este método no pueden tener un trato diferente o especial a la hora de ser registrados o realizar trámites en entidades públicas, pues se estaría violando de manera flagrante e injustificada la constitución.

Lo anterior obedece al vacío normativo y al respecto Monroy (2013), dice que:

por la falta de regulación, no hay una claridad sobre las condiciones que debe cumplir las personas que acuden a recibir estos tratamientos, no está determinado una edad mínima

o máxima para recurrir a este tipo de ayuda, el factor de las condiciones familiares que es indispensable cuando hablamos de seres humanos, en qué estado de salud se encuentra la persona y sobretodo *[sic]* en su parte psicológica, tal vez una de la menos relevantes es la económica, ya que como quedo plasmado el acceso a este tipo de técnicas su costo es bastante elevado, pero estos son temas que deben estar previstos por la ley (p. 147).

No hay más antecedentes judiciales en los que se trate directa o indirectamente a la gestación por sustitución, sin embargo, es bastante probable que se hayan presentado muchos más casos. El silencio legislativo vulnera directamente derechos como el de igualdad y el de la familia, también congestiona el sistema judicial, pues a falta de regulación las personas (partes del contrato) solicitan que un juez de la república dirima el conflicto y haga valer sus intereses. Cosa que pudiera evitarse si se tuviera una regulación clara y consistente con las políticas públicas y de salud del estado.

CAPITULO II: Características y Requisitos del Contrato de Gestación por Sustitución.

Aspectos importantes del acuerdo.

El acuerdo de gestación por sustitución es propio del derecho de familia porque surgió como solución a problemas de infertilidad e imposibilidad para gestar un bebe, y como en Colombia el derecho de familia está inmerso dentro de la codificación civil entonces el contrato debe regirse por las normas civiles y no comerciales. En efecto, el acuerdo de voluntades mediante el cual se lleva a cabo la práctica de gestación por sustitución cabe dentro de la definición de *contrato* establecida en el artículo 1495 del Código Civil (1873), y que determina que un “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. Ahora bien, como dentro del acuerdo de gestación por sustitución indiscutiblemente debe haber un acuerdo de voluntades entre las partes y cada una puede constituirse por una o más personas (como se verá más adelante) a este se le denomina *contrato*.

Dicho contrato no está regulado dentro de la legislación colombiana debido a que el Código Civil data de 1873, lo que lo convierte en un contrato *atípico* ya que para la época era impensable hablar de gestación por sustitución con ayuda de las THRA, aunque como se vio con anterioridad si podía llegarse a dar el caso mediante el método tradicional, es decir, que cuando la consorte tenía problemas de fertilidad el consorte podría procrear mediante una tercera interviniente y el hijo gestado se consideraba del matrimonio. Lo anterior era poco probable debido a que para la época de promulgación de la ley civil en Colombia la mayoría de la población era católica y esta religión prohíbe a las parejas las relaciones sexuales extramatrimoniales, en consecuencia, se vio truncado el desarrollo de la gestación por sustitución.

Desde entonces y hasta el momento el congreso de la república ha ignorado legislar al respecto y una de las consecuencias que acarrea la omisión del deber de legislar temas relativamente actuales y ahora ampliamente usados a nivel mundial es el fenómeno conocido como *turismo reproductivo*. Frente a ello Femenía (2019), lo define como el “consistente en el desplazamiento a países donde el acuerdo de gestación por sustitución resulta admitido legalmente, con la pretensión, tras el nacimiento, de inscribir al así nacido como hijo de la pareja comitente” (p. 18).

Aquellos interesados en tener hijos acuden a otros países para usar las THRA y de paso la gestación por sustitución porque en aquellos lugares la práctica es legal, lo que les brinda seguridad jurídica a los intervinientes durante el proceso y la garantía de que el menor gestado será reconocido legalmente como hijo de los padres de intención. La celeridad en el proceso, y la facilidad de acceder a esta práctica junto con otros servicios y una regulación moderna y flexible son factores determinantes (Femenía, 2019). Los países con mayor turismo reproductivo son “India, Rusia, México, Polonia, Tailandia y Ucrania (...) aunque quienes pueden permitírselo viajan también a Estados Unidos” (Golombok, 2017, p. 131).

Una de las consecuencias del silencio legislativo más notables y lesivas para la familia como pilar fundamental de la sociedad es la inseguridad jurídica, pues a falta de ley que regule la materia las personas prefieren no acudir a solucionar su problema de infertilidad o imposibilidad para gestar un bebé a partir de la gestación por sustitución debido a que no hay un sustento legal que garantice el cumplimiento de las obligaciones o deberes y los derechos de cada parte en el contrato. Lo anterior representa para la sociedad un impedimento de gran envergadura que a su vez lesiona de manera directa derechos fundamentales como el de constituir una familia con ayuda de asistencia científica, máxime cuando la Constitución Nacional expresamente lo garantiza y de manera indirecta afecta el derecho a la igualdad, pues

legalmente el estado no le brinda el mismo trato a las familias constituidas con asistencia científica que sí le brinda a las constituidas de forma natural.

Etapas del contrato de gestación por sustitución.

Para la firma del contrato las partes contratantes deben agotar la *etapa precontractual* que está conformada por una serie de requisitos y protocolos que determinaran si éstos cuentan con las actitudes, aptitudes y calidades necesarias para iniciar la ejecución del contrato y que en ultimas están encaminadas en determinar si el menor gestado contará con todas las garantías y condiciones mínimas con las que cualquier menor debe nacer. La *etapa contractual* inicia y se perfecciona con la firma del contrato de gestación subrogada que en todo caso no puede ser anterior a la realización de los estudios y las certificaciones de estos, ni posterior a la inseminación del material genético en la gestante con ayuda de la FIV o la FIU. A partir de este momento, durante la gestación y hasta la entrega del menor a los padres de intención se entiende la *ejecución del contrato*.

Elementos de validez del contrato de gestación por sustitución.

Como en cualquier contrato, para que haya validez debe existir la *capacidad, el consentimiento libre de vicios, el objeto* y la *causa lícitas*: esto es que de ninguna manera se transgredan las normas preexistentes en la sociedad, más cuando se trata del derecho a la familia y de menores de edad como sujetos de especial protección constitucional.

La **capacidad** recae sobre las partes del contrato y garantiza que estos puedan ser titulares de derechos y obligaciones. Por su parte, el Código Civil presume la capacidad legal total de las personas cuando llegan a la mayoría de edad, excepto aquellas que la ley declara como incapaces, es decir que cualquier persona mayor de 18 años puede constituirse como parte de un contrato de gestación por sustitución, sin embargo, al existir de por medio el interés superior de un menor sí es necesario que la ley determine cuál es la edad mínima y máxima aceptable para que las personas puedan acceder a la práctica, así como también es necesario que

se determine junto con otros requisitos que serán tratados más adelante, cuál es el rango de edad adecuado para que una mujer pueda prestar su vientre en pro de llevar a cabo una gestación subrogada.

Frente al **consentimiento** el numeral segundo del artículo 1502 del Código Civil (1873), establece como requisitos para obligarse que “el individuo consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.” Es decir, que ninguna de las partes este viciada de error, fuerza o dolo, pues en dicho caso la consecuencia sería la nulidad relativa del contrato como lo manifestó (CSJ Sala de Casación Civil, 11001-3103-010-2001-00026-01, 2012).

Por ello, en la etapa precontractual a las partes se les debe efectuar un riguroso y reiterativo protocolo de asesoramiento en donde se les informe sobre cuáles son los deberes y obligaciones a los que se compromete, para que de esta manera no haya lugar a recaer en uno de los vicios del consentimiento y de la misma forma este sea irrevocable. Dentro de ese consentimiento informado obligatoriamente deben tratarse temas como las posibles implicaciones o riesgos propios del embarazo y circunstancias adversas ocasionadas por casos fortuitos o fuerza mayor que si bien no hacen parte del riesgo normal de cualquier embarazo, sí deben dejarse claros antes de iniciar la ejecución del contrato, pues con la ocurrencia de algún hecho extraordinario una de las partes o las dos partes podrían no querer seguir con el proceso.

Ese consentimiento informado debe quedar consignado tanto en el contrato como en los estudios y certificaciones emitidos en la etapa precontractual para que de esta manera las partes puedan tener una mayor seguridad de que ninguno se vaya a echar para atrás en la ejecución del contrato.

Dentro de la **causa** se identifican dos variantes: la primera, *causa fuente* que se refiere al hecho o circunstancias que da origen al acto jurídico (contrato); y la segunda, *causa fin* que es la finalidad perseguida por las partes del contrato. Para el caso en estudio en principio la causa fuente para los padres de intención sería la imposibilidad de procrear vida ya sea por esterilidad

de uno o ambos, por problemas físicos o psicológicos que impiden la adecuada gestación de un bebe o simplemente porque la biología no lo permite como es el caso de las parejas homosexuales o personas sin una pareja afectiva. La relación que guardan cada uno de ellos es el deseo de ser padres y la necesidad psicológica y emocional de conformar su propia familia, pues el hombre es un ser social por naturaleza y necesita suplir el deseo de sentirse parte de algo. Ahora bien, la causa fin para los padres de intención es la gestación y posterior filiación del bebé que por medios propios fue imposible de lograr, en ultimas la conformación de un núcleo familiar, y para la mujer gestante la satisfacción de haber contribuido a la conformación de dicha familia, al menos para los casos en que la practica tiene una connotación altruista y no económica, pues en caso de existir incentivo monetario la causa fin de la mujer gestante seria la obtención de un pago por la prestación del servicio.

Ahora, el **objeto** es aquello sobre lo que recaen las obligaciones adquiridas, pero también es el punto más controversial ya que el objeto puede verse desde dos puntos de vista diametralmente opuestos. Por un lado y de manera errónea, se ha dicho que el objeto puede recaer sobre el nasciturus ya que se estaría comerciando con él, lo que afecta el principio de la dignidad humana. El apoyo legal usado sería la expresa prohibición del numeral primero del artículo 1521 del Código Civil (1873), que establece que “Hay un objeto ilícito en la enajenación: 1.) De las cosas que no están en el comercio.” Y como es natural las personas ni son cosas ni son aptas para comerciar, es decir que los contratos en donde verse una persona como objeto contractual son nulos de pleno derecho según lo preceptuado por el artículo 1741 del Código Civil que trata directamente la nulidad producida por el objeto ilícito. Del mismo modo si la practica tiene una connotación comercial se le estaría dando valor económico al ser humano, situación que va en contra del principio de dignidad humana y de los derechos humanos.

Por otro lado y de manera acertada, el objeto recae es sobre la **prestación de la obligación** que cada parte se obliga a hacer en el contrato y al respecto González de Cancino (2014), menciona que:

El convenio de gestar un niño no vinculado a los genes de la mujer gestante para entregarlo a otros después del nacimiento no resulta objeto de una descalificación tan tajante, pues la prestación no se considera de dar sino hacer; *la mujer no entregaría a su hijo sino que prestaría un servicio necesario para que otra mujer pueda hacer efectivo el derecho a la procreación* reconocido constitucionalmente (como se cita en Sánchez, 2018, p. 18), [énfasis añadido].

En este caso las prestaciones de cada parte en el contrato son por un lado la de gestar un bebe y entregarlo al momento de su nacimiento a los padres de intención y del otro lado, la de proveer y garantizar todos los gastos económicos propios e inherentes del embarazo y además el de recibir al bebé una vez nazca. Es necesario aclarar que el aporte de la gestante al contrato es una obligación de *hacer y no de dar* porque solo gestará un bebe, puesto que si ella aportara el material genético no solo estaría haciendo sino también dando (sus óvulos). En resumen, el material genético femenino debe ser aportado por la madre de intención o en su defecto por una donante, pues el hecho de que la gestante aporte sus gametos genera una prestación o aporte adicional al contrato.

En conclusión, una vez analizados los elementos de validez del contrato de gestación por sustitución se puede asegurar que se cumple con cada uno de los presupuestos que en materia civil exige el ordenamiento jurídico siempre y cuando se haga bajo los preceptos y principios constitucionales y dando garantía a derechos fundamentales. En esa misma línea de pensamiento está Cárdenas Rojas (2014), quien concluye que:

de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano vigente, es viable, valido y eficaz la implementación de un contrato de maternidad subrogada sin que exista impedimentos

morales o religiosos, mediante la aplicación de los preceptos constitucionales desarrollados en figuras legales como lo son los tratados internacionales ratificados por Colombia, que protegen el derecho a la vida, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, los derechos del niño entre otros (p. 17).

Características del contrato de gestación por sustitución.

Dentro de la doctrina se encuentran conceptos que determinan en que consiste la ejecución de la práctica de gestación por sustitución y que lo hacen desde una arista meramente médica, pero también existen conceptos que definen la situación contractual y que la diferencian de su ejecución, frente a ello Sánchez (2018), determina que:

Es aquel contrato bilateral, gratuito, conmutativo, principal, consensual y atípico, mediante el cual, una parte, denominada gestante, se obliga a realizar principalmente una prestación de hacer, que consiste en llevar a cabo la gestación y posterior parto de un bebé a cambio de que la otra parte, denominada padre(s) o madre(s) sustituido(s), quien(es) deben tener la voluntad de ser padre(s) o madre(s), como también, imposibilidades naturales para llevar a cabo la gestación, realicen una prestación de dar, que consiste en cubrir los gastos propios del embarazo (p. 48).

Bilateralidad contractual, partes e intervinientes.

La primer característica importante por dilucidar es la bilateralidad del contrato y al respecto es importante determinar quiénes son las partes del contrato y quienes son terceros intervinientes. En primer lugar, se constituyen como partes del contrato por un lado la *mujer gestante* y por otro lado los *padres de intención*, porque son ellos los titulares de la obligación contractual y en últimas quienes mediante su voluntad crean, modifican o extinguen el contrato y en este sentido se considera bilateral. Aunque las partes del contrato sólo son dos, estas pueden estar compuestas por más de una persona, pues de un lado los padres de intención pueden ser uno o dos y del otro lado, en caso de que la mujer gestante tenga pareja afectiva

estable este debe involucrarse dentro de la relación contractual por cuanto lo afecta de manera directa.

En segundo lugar, se constituyen como intervinientes aquellos que realizan un mero aporte a la consecución del contrato, pero que la ley no les otorga facultades para exigir la toma de decisiones dentro de la relación contractual, en consecuencia, son intervinientes los donantes de material genético o embrión, la institución de salud que efectúa el procedimiento y cualquier otro que preste una mera ayuda.

Gratuidad u onerosidad contractual.

Este es tal vez el punto más controversial a la hora de tratar el contrato de gestación por sustitución porque pueden darse dos posibilidades.

La primera es que el contrato contemple una obligación económica por parte de los padres de intención y en favor de la mujer gestante como pago o compensación por la prestación del servicio. Dicha compensación se traduce en un incremento al patrimonio de la gestante y que en todo caso es diferente de los gastos propios e inherentes del embarazo que también corren por cuenta de los padres de intención, pero que no representan un aumento patrimonial. Como el contrato es de carácter *comercial* por contener una obligación monetaria a cambio de la prestación de un servicio se puede afirmar que existe un “alquiler” de vientre. Aquí se presenta el primer problema en materia legal pues el carácter comercial del contrato no sería regido por las leyes civiles sino por la codificación comercial.

La onerosidad del contrato de gestación por sustitución representa para la sociedad varios problemas: como que las mujeres de escasos recursos en pro de solventar su precaria situación económica sean las únicas que se presten para alquilar el vientre, lo que significa que no están llevando a cabo una gestación subrogada por convicción y deseo propios sino por necesidad. También es probable que se presenten casos en los cuales las clínicas o agencias de fertilidad como intermediarias recluten y ofrezcan estos servicios utilizando formas poco éticas

como ofrecimientos por catálogo, en páginas de internet y hasta por redes sociales, lo que ocasiona una explotación femenina y abre paso a la cosificación de la mujer, ya que dejan de ser percibidas como personas para convertirse en contenedores o incubadoras humanas que sólo prestan un servicio.

De la misma forma la onerosidad contractual en cuanto a su objeto, como se vio con anterioridad, recaería sobre el bebé pues si bien es cierto que los padres de intención aportan su material genético o el de un donante heterólogo anónimo y la gestante únicamente se encarga de gestarlo, en definitiva, estos estarían comprando el nasciturus como si de un objeto se tratara. También ocasiona que la gestante no preste su útero, sino que lo ofrece en *alquiler*, nuevamente, como si de un objeto se tratara, yendo en contra de los derechos humanos, pues el comercio de partes anatómicas es antiético por no decir ilegal. Por supuesto que dentro de los países que han regulado la practica existen algunos que permiten expresamente el pago o compensación económica como en algunos estados de Estados Unidos, Ucrania, Georgia, India, Rusia, y el estado de Sinaloa en México.

La segunda es que el contrato no tenga exigencias de carácter económico, por lo que la gestación subrogada es *gratuita* y cuenta con una *connotación altruista*, en donde las gestantes no obtienen lucro económico y por tanto no perciben un incremento patrimonial. Es así como ellas están amparadas bajo el principio de solidaridad, puesto que ayudan a personas con problemas de fertilidad o imposibilidad para gestar un bebe a que por medio de una subrogación de vientre puedan hacerlo.

Desde todos los puntos de vista, al menos en la legislación colombiana, lo mejor es que la práctica de gestación por sustitución sea altruista, pues eso elimina la nulidad del contrato ya que el objeto como elemento de validez de este no recae sobre el bebé, sino sobre el servicio que presta la gestante. Además, se elimina el problema de explotación a la mujer porque aquella que quiera “prestar” su vientre para tal fin, lo hará con el ánimo de ayudar a los padres de intención

a conformar una familia y porque así lo desea, más no en busca de un pago. Ello también evita que sólo las mujeres de escasos recursos accederán a subrogar su vientre, pues como no hay beneficio económico sólo accederán si es que a bien tienen hacerlo.

Así mismo, se evita la cosificación de la mujer pues en definitiva no será vista como un contenedor o incubadora que sólo presta un servicio y al que cualquiera puede acceder con solamente disponer del dinero. Cuando el contrato es gratuito a los padres de intención les corresponde la tarea de encontrar una mujer que desinteresadamente desee solucionar el problema de fertilidad o imposibilidad para gestar que ellos presentan, es decir, la gestante no es tratada o considerada como una cosa que presta un servicio. En ese sentido Arteta Acosta, (2011), menciona que,

al mirar esta posibilidad con un carácter comercial y económico, deja de lado el loable objetivo que tenía, para ajustarse a una realidad donde lo que prevalece es el sentido monetario sobre el sentido humano, es en esta situación donde aparece el desacuerdo con el desarrollo científico, y con la vulnerabilidad de la persona (p. 96).

En conclusión, el ánimo lucrativo del contrato de gestación por sustitución es a grandes luces un impedimento monumental para una regulación que permita la práctica, pero no total sino con la imposición de unos límites, unos requisitos y bajo criterios normativos y objetivos que cuenten con un sustento médico-científico y que garanticen el cumplimiento de derechos fundamentales a las partes e intervinientes en el contrato. Así, se evita el mal funcionamiento de esta y las consecuencias que puedan llegar a surgir.

Ni conmutativo ni aleatorio

El artículo 1498 del Código Civil (1873), determina cuándo los contratos adquieren la característica de conmutatividad o aleatoriedad y lo expresa de la siguiente manera:

El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio. [énfasis añadido].

Se entiende entonces que un contrato es conmutativo cuando las dos partes tienen obligaciones y perciben beneficios en igualdad de condiciones y tienen de presente el momento, las circunstancias y la forma en que obtendrán tanto ganancias como pérdidas. En este tipo de contratos nada se deja al azar porque este contempla todos los escenarios posibles, es decir, todo es previsible. Ahora bien, un contrato es aleatorio cuando las partes están sujetas a una incertidumbre de ganancia o pérdida basada en una contingencia o hecho futuro incierto y la ganancia de una de las partes condiciona la forzosa pérdida de la otra. En estos contratos el cumplimiento de las obligaciones de las partes depende de ese hecho futuro que, aunque es previsible, su ocurrencia es indeterminada.

Se debe aclarar que la aleatoriedad o conmutatividad contractual son características que clasifican a los contratos onerosos, pues en ambos las partes persiguen el lucro económico mientras que en los contratos gratuitos ninguna de las partes busca lucrarse. Para el caso del contrato de gestación por sustitución los padres de intención buscan solo la gestación de un bebe con ayuda de una mujer que lo haga de manera voluntaria y en donde no persigue interés económico, sino la satisfacción de ayudar a los padres de intención a conformar una familia. Si bien los padres de intención se comprometen a pagar los gastos ocasionados por el embarazo, estos no pueden entenderse como un pago o remuneración por la prestación del servicio.

Algunos autores como es el caso de Sánchez (2018), mencionan que el contrato de gestación por sustitución es conmutativo, pero que esta condición entendiendo la naturaleza especial del contrato, está desligada de la onerosidad. Sin embargo, como se vio con anterioridad, la ley civil prevé que todo contrato oneroso es de carácter conmutativo y lo

establece de manera expresa, en consecuencia, el autor le está dando una interpretación errónea a la norma. Por consiguiente, el contrato de gestación por sustitución es gratuito y no puede ser clasificado dentro de la óptica del artículo 1498 del Código Civil.

Principal

Al respecto en el artículo 1499 del Código Civil (1873), se establece que “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”. Esto quiere decir que el contrato de gestación por sustitución es principal toda vez que no necesita del cumplimiento de otro para subsistir. Ahora bien, teniendo en cuenta que a este contrato se le debe dar un trato especial porque de por medio hay un nasciturus (sujeto de especial protección constitucional) no podría llegar a ser accesorio ya que bajo ninguna circunstancia puede depender de otro.

Solemne

El artículo 1500 del Código Civil (1873), establece que los contratos pueden perfeccionarse de manera real, solemne o consensual. Frente a al primero es necesaria la tradición de la cosa; en cuanto al segundo, está sujeto a formalidades determinadas por la ley y que sin ellas no produciría efectos civiles; y por último el consensual solo necesita del consentimiento de las partes.

Ahora bien, bajo el entendido de que el contrato de gestación por sustitución es atípico porque no está regulado dentro del ordenamiento jurídico, se entiende que para su celebración basta el solo acuerdo de voluntades entre las partes, lo que lo convierte en un contrato consensual. Sin embargo, la ley no puede permitir que los contratos de gestación por sustitución se celebren tan solo con el acuerdo de voluntades, es decir de forma consensual. Como se ha analizado a lo largo del presente trabajo este contrato es especial porque encierra los derechos fundamentales de las partes del contrato, así como los derechos y el interés superior del menor

que se va a gestar. Por ende, en pro de velar por el cumplimiento de esos derechos y garantías la ley debe establecer una serie de requisitos y formalidades necesarios para que las personas puedan celebrar este tipo de contratos con total seguridad, lo que los convertiría en contratos solemnes.

Elementos esenciales, accidentales y de naturaleza del contrato

El artículo 1501 del Código Civil indica que se entienden como elementos esenciales de un contrato aquellos sin los cuales este no produce efectos jurídicos o degenera en otro tipo de contrato; como elementos de naturaleza aquellos propios del mismo y que no necesitan de clausula especial y; como elementos accidentales aquellos que no son esenciales ni naturales y se requiere de clausula para su cumplimiento.

En el contrato de gestación por sustitución se entienden como elementos esenciales:

1. **Las partes:** por un lado, los padres de intención y, por otro lado, la mujer gestante quien solo aporta su vientre (prestación del servicio) para gestar un bebé.
2. **El consentimiento** total e informado y libre de vicios.
3. **Entrega del bebé** inmediatamente después de nacer.

Como elementos de naturaleza del contrato pueden considerarse, por ejemplo, el pago de los gastos médicos ocasionados por el embarazo y que los padres de intención deben cubrir; y el cuidado que la gestante debe tener para consigo misma dada su condición de embarazo. Finalmente, son elementos accidentales, por ejemplo, que las partes determinen un lugar especial para el parto o para la entrega del menor. Elementos que no son esenciales pero que una vez establecidos dentro del contrato se convierten en ley para las partes.

Requisitos del contrato de gestación por sustitución

Frente a los requisitos del contrato de gestación por sustitución Lamm (2014), menciona que existen dos sistemas imperantes en aquellos países en donde se regulo la práctica. En el

primero la filiación entre el nasciturus y los padres de intención se realiza una vez el niño nace, lo que trae consigo problemas como que la mujer gestante cambie de parecer y se niegue a entregar al menor o que los padres de intención decidan no recibirlo. En el segundo grupo, el contrato de gestación por sustitución debe ser avalado por un juez o comité legal e interdisciplinario designado por la ley y que determina si el contrato cumple con los requisitos, para así autorizar el inicio del procedimiento.

En este, la ley otorga la filiación entre el menor y los padres de intención desde la firma del contrato (que debe ser por escrito) y el hecho de que el estado intervenga y avale el acuerdo, da como resultado que las partes adquieran un mayor grado de compromiso pues sienten que de por medio está el sistema judicial que exige el cumplimiento de sus obligaciones. Además, el estado estaría cumpliendo con su obligación de velar por la protección a los menores, protección que no es especial para la gestación por sustitución, sino que constitucionalmente es garantizada a todos los niños. En definitiva, el modelo más recomendable para aplicar legalmente en busca de una regulación y no una prohibición de la práctica es el segundo escenario, en donde el estado tiene una participación activa en la celebración de contratos de gestación por sustitución, lo que también conforma el cumplimiento de formalidades que configuran la característica de **solemnidad** contractual.

Lo más adecuado es que el comité legal y multidisciplinario esté conformado por un juez, un médico profesional especializado en ginecología u obstetricia, un profesional especialista en psicología, y un médico especialista en medicina general. Dicho comité legal y multidisciplinario deberá constatar que la mujer que gestará al nasciturus no tiene de por medio un interés económico y así mismo que durante la ejecución del contrato, no recibirá ningún aporte monetario diferente de los gastos propios del embarazo; también deberá analizar los resultados de las evaluaciones y exámenes médicos físicos y psicológicos a fin de verificar que las partes son aptas para iniciar la ejecución del contrato.

Los requisitos que con mayor recelo deben verificar los integrantes del comité legal y multidisciplinario es que, durante la etapa precontractual siempre se tenga en cuenta **el interés superior del menor** a gestar y se de garantía de que en la etapa contractual siga prevaleciendo; que los padres de intención acuden a la práctica de gestación por sustitución como último recurso y porque uno de ellos **presenta esterilidad o imposibilidad para gestar** un bebé por problemas físicos o psicológicos; que el **material genético provenga de los padres de intención o en su defecto de donantes** heterólogos (gestación gestacional), pero nunca de la mujer gestante y; que **se determinen los tutores legales** para que se hagan responsables al menor en caso de que ambos padres de intención fallezcan durante la etapa contractual.

Pues como se mencionó con anterioridad, el hecho de que la mujer gestante aporte el material genético le impone una carga más allá de la de solo prestar el servicio de gestar a un bebe (obligación de hacer) y ello implica que se configure una duplicidad de obligaciones entre dar y hacer, lo que para otro tipo de contratos no está mal, pero para el presente contrato representaría que el objeto del mismo no recaiga sobre la prestación del servicio sino sobre el bebé y permitiría que a futuro bajo el argumento del vínculo genético la gestante reclame como suyo el nasciturus.

Se pudiera asegurar que con la firma del contrato se entiende el comprometimiento de las partes a cumplir las obligaciones que pesan en cabeza de cada uno, sin embargo, se hace necesario que los actores en presencia del juez constituyan una **carta de consentimiento informado y de no retractación** en donde hacen constar que las obligaciones, deberes y derechos que van a constituir a partir de la firma del contrato son bajo verdadero consentimiento total e informado. Por su parte, el juez debe constatar que esa decisión de compromiso sí es totalmente informada, que la voluntad de ninguna de las partes esta viciada y,

por tanto, que no habrá lugar a retractación una vez firmado el contrato e iniciado el procedimiento de inseminación.

Por otro lado, en cuanto a la limitación que pueden exigir los padres de intención a la gestante por estar embarazada Lamm (2014), menciona que “El acuerdo de gestación por sustitución no puede contener cláusulas que, de alguna manera, limiten los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía” (p. 267). Esto con el fin de evitar que los padres de intención o las clínicas de fertilidad atenten contra los derechos humanos de la gestante, pues a fin de cuentas el embarazo no es un impedimento. Sin embargo, es claro que la gestante debe tener ciertos cuidados en la etapa de gestación, pues debe evitar hacer actividades que pongan en riesgo al bebé, y de igual forma consumir sustancias, bebidas o comidas que atenten contra el bienestar de este.

Finalmente, en lo referente al tratamiento y cuidado de gametos humanos con fines reproductivos o investigativos y la donación de estos, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el *Decreto 1546 de 1998* y que además establece las condiciones mínimas para que los centros de biomedicina reproductiva como las clínicas de fertilidad funcionen.

Requisitos de la parte gestante

Respecto a los requisitos que debe cumplir la mujer que va a gestar al menor, se necesitan los siguientes:

El primer requisito que debe cumplir la mujer gestante es que **tenga entre 25 y 35 años de edad**. Si bien es cierto que las personas mayores de 18 años son legalmente capaces para adquirir obligaciones, no puede entenderse que gocen de la madurez mental suficiente y necesaria para comprometerse en este tipo de prácticas. Como dicha madurez se adquiere es a través de la vida, se entiende entonces que a los 25 años la persona ha adquirido la madurez mental y comprende a cabalidad el compromiso que adquiere. Por otro lado, en cuanto al límite máximo de edad lo recomendable es que sea hasta los 35 años, pues el desfasar este término

podría ocasionar un embarazo riesgoso dado que el periodo de máxima fertilidad de la mujer ya pasó.

El segundo requisito es que la posible gestante acredite la **realización de una serie de exámenes físicos, de laboratorio y psicológicos** tendientes a determinar que se encuentra en buen estado de salud física y mental, y por tanto en condiciones de llevar a cabo un embarazo sin ningún riesgo; que no posee enfermedades que puedan ser transmitidas al nasciturus durante el embarazo como “el VIH, diabetes, cáncer de mama u ovarios, asma, malformaciones cardiacas, etc.” (Sánchez, 2018, pp. 10-11). En cuanto al aspecto psicológico, la gestante debe acreditar que goza de plena capacidad mental, que no presenta trastornos psicológico o psiquiátricos y que por tanto entiende el alcance de las decisiones que está tomando.

El tercer requisito consiste en que la posible gestante **mediante embarazo haya tenido al menos un hijo propio** al momento de llevar a cabo el proceso de gestación por sustitución. Para Lamm (2014), “Este requisito asegura que la gestante comprende su compromiso, porque ella ha sufrido los rigores de la gestación y el parto de un niño” (p. 258). Además, el hecho de que una mujer haya gestado hijos con anterioridad genera confianza no solo para los padres de intención, sino para el estado quien debe garantizar el cumplimiento de los derechos de la gestante y del bebe a gestar.

El cuarto requisito que debe acreditar la mujer gestante es que **no se ha sometido a más de dos procesos de gestación por sustitución** para poderse obligar al cumplimiento del presente contrato. El impedimento de solo permitirle a las mujeres llevar a cabo dos gestaciones por sustitución en toda su vida garantiza que estas no abusen de la práctica y evita que sean tomadas como meros objetos de reproducción de hijos ajenos.

Requisitos de la parte constituida por los padres de intención

Como se mencionó en el primer capítulo del presente trabajo, los modelos de familia hoy en día son variados y están totalmente desligados del concepto tradicional de familia, y por ello

deben entenderse como padres de intención las parejas tanto homosexuales como heterosexuales, ya sea que tengan o no un vínculo matrimonial vigente y también los hombres o mujeres solos(as) sin pareja afectiva. Lo anterior en pro de garantizar igualdad de derechos a las personas independientemente de la situación jurídica respecto a su estado civil, su orientación sexual o demás factores.

No obstante, si bien es cierto que la gestación por sustitución pareciera quedar disponible para todos esto no es del todo cierto, puesto que para acceder a la práctica los padres de intención deben cumplir una serie de requisitos que limitan su acceso y dentro de los cuales se encuentran los siguientes.

Primero, **los gametos deben ser aportados por los padres de intención** o en caso de imposibilidad, estos deben ser **obtenidos a través de donante** preferiblemente anónimo, en todo caso y bajo ninguna circunstancia la mujer gestante debe aportar el material genético.

Segundo, obligatoriamente uno o ambos **padres de intención deben presentar problemas de infertilidad o imposibilidad física**. Dichos problemas al menos para el caso de las parejas heterosexuales y personas solas pueden ser la esterilidad, la imposibilidad por problemas fisiológico como el padecimiento de enfermedades como el síndrome de ovario poliquístico, falla ovárica prematura, fibromas uterinos, o por intervenciones quirúrgicas como la histerectomía que ataca directamente a las mujeres. También puede presentarse el caso en donde la mujer quede en embarazo, pero este representa un riesgo para ella y el bebé; que existe un riesgo latente de contagio de enfermedades congénitas o ETS; o bien que la mujer presente abortos espontáneos.

En lo referente a los problemas de fertilidad en los hombres se encuentra también la esterilidad o la existencia de alta probabilidad de que este le herede enfermedades de carácter genético o cromosómico al bebe, que ocasionarían el injustificado padecimiento de

enfermedades, malformaciones o problemas cognitivos. Para el caso de las parejas homosexuales no se hace necesario que presenten problemas de esterilidad o infertilidad, pues la sola naturaleza les impide procrear por cuenta propia, ya que necesitan de la intervención de un actor del sexo opuesto.

Tercero, los padres de intención deben someterse a **exámenes médicos tanto físicos como psicológicos** que determinen que cuentan con las actitudes y aptitudes necesarias para cuidar y criar un menor. Frente a este punto debe hacerse extensiva la regla de tener al menos 25 y como máximo 45 años de edad, ya que en muchos casos (sin llegar a generalizar) la madurez mental de una persona de menos de 25 años no es total, el criterio propio no está bien formado y ello podría conllevar a la toma de decisiones equivocadas, carga que con posterioridad no debe soportar el recién nacido. En cuanto al máximo de 45 años lo que se quiere es evitar que personas de la tercera edad o cercana a ella accedan a esta práctica, pues dependiendo de la expectativa de vida y previendo las posibles enfermedades que se desarrollan en esta etapa ya no estarían en condiciones de velar por el buen cuidado y bienestar de un bebé.

Cuarto, **los padres de intención deben ser colombianos o residir en el país.** El término que la ley establezca con el fin de evitar que Colombia se convierta en un país receptor de *turistas reproductivos*. Dicho aspecto debe ser regulado por la ley, sin embargo, lo recomendable inicialmente es permitir la realización de la práctica a nacionales colombianos y extranjeros que lleven un tiempo razonable viviendo en Colombia, y posteriormente estudiar la posibilidad de permitirle a extranjeros no radicados en Colombia acceder a la práctica. Por supuesto ese estudio debe hacerse teniendo en cuenta la experiencia vivida en el ámbito nacional desde el punto de vista social, legal, judicial y práctico.

Quinto, los **padres de intención deben comprometerse a recibir al bebé** independientemente de las condiciones de salud tanto físicas como cognitivas que pueda traer el menor o los problemas que durante el embarazo llegaren a surgir. La aceptación de recibimiento

del bebé debe ser total y no puede estar sujeta a eventos o factores futuros como lo sería el padecimiento de enfermedades congénitas, síndromes o el hecho de que nazca más de un bebé, pues en definitiva la única obligación de la gestante es la de gestar un bebé y ella no puede hacerse responsable de la crianza del menor. Ese compromiso ni siquiera puede ser considerado como un elemento esencial del contrato pues se entiende propio de este, es decir, es natural.

Sexto, los **padres de intención están en la obligación de cubrir los gastos médicos** en que incurra la gestante durante la etapa de gestación del bebé. Dicho pago no debe entenderse como un aporte económico por la prestación del servicio de la mujer, pues el contrato es gratuito, pero ello no significa que la gestante se vea en la obligación injustificada de cubrir los gastos de salud en que incurra por motivos del embarazo, ni tampoco de los cuidados o las atenciones propias que cada caso en particular exija.

Requisitos de los donantes e intervinientes y normas de políticas públicas para el tratamiento de la infertilidad

El Decreto 1546 (1998), reglamenta de manera directa la donación de órganos y de manera parcial la donación de gametos y preembriones con fines reproductivos e investigativos. De igual forma “adopta las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares”, es decir, las clínicas de fertilidad, donde se ofrecen tratamientos que buscan solucionar problemas de infertilidad con ayuda de métodos científicos como la FIV y la FIU y que de manera necesaria requieren la obtención de gametos.

Si bien es cierto que la gestación por sustitución no está regulada en Colombia, si lo está de manera parcial la utilización de los Métodos de Reproducción Humana Asistida y de los cuales necesita la gestación por sustitución. Dicho Decreto, por un lado, exige el cumplimiento de una serie de requisitos que los donantes deben efectuar y, por otro lado, establece también las condiciones que los centros o clínicas de fertilidad necesitan para llevar a cabo programas de biomedicina reproductiva. De este modo los requisitos exigidos a los donantes son:

1. La realización de exámenes físicos, psicológicos, genéticos, de laboratorio y de cariotipo.
2. Ser mayor de edad.
3. No tener vínculo laboral o directivo con la clínica de fertilidad o algún empleado de esta.
4. No ser el médico tratante de la clínica o tener alguna relación familiar con los pacientes.
5. No tener enfermedades infecciosas, transmisibles o hereditarias como el VIH o ETS.

El objetivo de cada uno de los requisitos que deben cumplir los donantes de gametos y preembriones es la demostración de buena salud física, psicológica y genética para evitar riesgos o complicaciones durante el proceso de gestación y en donde el afectado directo es el bebé. También establece prohibición de participación en calidad de donante a médicos, directivos y trabajadores del centro de fertilidad, ello con la finalidad de evitar conflicto de intereses o favorecimiento de ciertas muestras.

Es apenas natural que los donantes estén sometidos a dicha serie de requisitos, pues esta materia debe ser tratada con mucho cuidado, dado que se trata del material primario para la obtención de la vida humana. Incluso se puede asegurar que el Decreto resulta insuficiente en cuanto la donación de gametos y preembriones, pues el desarrollo de la medicina, las ciencias y la tecnología ha evolucionado considerablemente.

Ahora bien, el Decreto 1546 (1998), también establece una serie de requisitos y obligaciones que deben cumplir los centros o clínicas de fertilidad como intervinientes en el proceso de obtención de gametos y preembriones con fines reproductivos e investigativos. Estos requisitos son:

1. Garantizar la ausencia de alteraciones genéticas, enfermedades congénitas o hereditarias de los donantes (Art. 44).
2. Establece también, el descarte de los donantes y/o sus gametos cuando:
 - Se logren 10 embarazos con el semen del mismo donante.
 - Los resultados de las pruebas practicadas sean insatisfactorios.

- Las condiciones normales de congelación hayan sido alteradas.
- Se compruebe que esté en el registro de donantes de dos o más instituciones.
- Haber recibido transfusión sanguínea dentro de los seis meses anteriores a la donación o poseer cualquiera de los factores de riesgo para el virus de la inmunodeficiencia [sic] Humana (VIH), enfermedades de transmisión sexual (ETS) u otras enfermedades infecciosas (Art. 46).

Finalmente, el Decreto 1546 (1998), es enfático en determinar que las muestras con fines reproductivos deben someterse a un periodo de cuarentena de al menos 6 meses y con una temperatura no superior a -196°C mientras se le realizan los estudios pertinentes; en caso de transporte del material genético la responsable será la institución receptora quien deberá verificarlo y recibirlo en el recipiente y con la temperatura adecuada; el personal del centro de fertilidad debe estar jerarquizado y contar con titulación o experiencia en el área de biomedicina reproductiva dependiendo el cargo que ocupen; además, los directivos del centro o clínica de fertilidad deben enviar trimestralmente a las Direcciones Departamentales o Distritales de Salud u Oficina de Epidemiología una relación de los nuevos donantes junto con la fecha de congelación del material y el éxito de cada uno de ellos, una relación de los donantes rechazados o descartados y la causa de esto y, una relación de los procedimientos realizados y que involucren las THRA.

La Resolución 3199 de (1998), desarrolla el anterior Decreto y establece los requisitos que en materia sanitaria y administrativa deben cumplir los centros de fertilidad en cuanto a su funcionamiento y planta física. También contempla otras medidas y exámenes a los que se deben someter los donantes y receptores de gametos y, por último, establece y condiciona la creación de un registro de donantes, receptoras, pajillas y viales.

Aunque dicha normativa no regula la gestación por sustitución ni tampoco las THRA, sí regula la obtención de gametos de donantes que son necesarios para el desarrollo de esta

práctica. En cuanto a la normativa que regula las THRA el congreso de la república de Colombia expidió la Ley 1953 de 2019 "por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva". En dicha ley se pide al Ministerio de Salud y Protección Social que en un plazo no superior a un año expida una política pública de infertilidad y reglamente el acceso a tratamientos de infertilidad mediante las THRA. El ministerio dando cumplimiento a esta ley expidió la resolución número 0228 de 2020.

CAPITULO III: Apreciaciones para la implementación de un modelo legislativo viable en Colombia.

Desde hace años se ha intentado regular esta práctica y son varios los proyectos de ley que se han debatido y hundido en el Congreso de la República al parecer por la falta de interés en la materia. Algunos de estos proyectos de ley establecían la **penalización de la práctica** por considerar que va en contra de la naturaleza y dignidad humana tanto de la mujer gestante como del nasciturus, argumentando que no se puede considerar lícito un contrato que tiene por objeto un menor, porque sería tanto como “*cosificar*” la vida misma.

Por supuesto que dicho modelo legislativo es también una posibilidad que el estado colombiano tiene para “regular” la gestación por sustitución, sin embargo, no es lo más recomendable máxime cuando el artículo 42 de la Constitución Nacional (1991), estableció que los hijos habidos naturalmente o con asistencia científica gozan de igualdad de derechos y deberes ante la ley. Si bien es cierto que la Constitución Nacional no instituyó expresamente la protección de la gestación por sustitución, sí lo hizo con las THRA al expresar el término “asistencia científica”. Ahora bien, como la gestación por sustitución indiscutiblemente necesita de las THRA para llevarse a cabo se puede afirmar que ésta tiene protección constitucional.

El objetivo de las leyes es regular el comportamiento de los individuos dentro de la sociedad para que estos puedan convivir en armonía, pero en el estado social de derecho al estado dentro de esas mismas leyes le corresponde garantizar el acceso a los derechos fundamentales. Frente a la omisión legislativa de la gestación por sustitución el estado está faltando a ese deber de garantía, porque le está vulnerando derechos reproductivos y a la libre constitución de la familia, consagrados en la Carta Política, a esa población que presenta problemas de fertilidad, pues existiendo la solución, el silencio legislativo provoca que estos no puedan beneficiarse. Al respecto Arteta (2011), menciona que es necesario

que el Estado legisle y controle la maternidad subrogada para evitar que se convierta en un negocio lucrativo, además se evitarían abusos y problemas que pudieran surgir en el proceso. Porque ante los avances científicos, deben actuar los valores y principios éticos, bioéticos y morales que defiendan ante todo la dignidad y el respeto por el ser humano (p. 96).

Ahora bien, el modelo legislativo más adecuado para aplicar en Colombia y aquel que el estado debería implementar, es el que **regula la práctica de la gestación por sustitución** y le permite conformar una familia a quienes por sus propios medios no pueden hacerlo, ya que padecen problemas de fertilidad, pero que con la exigencia del cumplimiento de requisitos específicos imponga restricciones a la celebración de estos contratos y de esta forma, evitar que quienes no lo necesitan y por mero capricho, accedan a ella. Esto es, porque la esencia de la práctica es brindar la posibilidad a personas con problemas de fertilidad de ser padres y no sería justificado que aquellos que por medios propios pueden procrear, también acudan a esta.

Objeto de aplicación de la ley

El legislador en el proyecto de ley debe primero determinar cuál será el objeto de aplicación de la ley y que aspectos regulará, **lo conveniente es que determine la legalidad del contrato de gestación por sustitución** de forma gratuita en virtud del artículo 42 de la Constitución Nacional. Y que además establezca lineamientos más actualizados en cuanto a la obtención, preservación, transporte, y demás verbos rectores referentes a la donación de gametos y las THRA, pues si bien existe legislación que regula la materia esta ya no está a la vanguardia tecnológica y actualmente es insuficiente.

Definición legal de conceptos

Lo segundo que debe contener el proyecto de ley estatutaria es una definición clara y concisa acerca de términos como:

1. **Contrato de Gestación por sustitución:** es aquel contrato **escrito** en el que los padres de intención presentando problemas de fertilidad o imposibilidad para gestar certificada por un médico, y motivados por el deseo de ser padres pactan con una mujer que, gozando de buena salud física y psicológica también certificada, accede a que mediante la técnica de Fecundación In Vitro se le insemine con el embrión o el material genético aportado por los padres de intención o de donantes y de esta manera llevar un proceso de gestación en su vientre, donde además se compromete a entregar al bebé a la parte contratante una vez este nazca.
2. **Padres de intención:** entiéndase por padres de intención tanto a parejas heterosexuales y homosexuales ya sea que tengan vínculo matrimonial vigente o no, y a hombres o mujeres sin una relación afectiva existente.
3. **Mujer gestante:** es aquella mujer que siendo fértil accede a que mediante THRA se le insemine con el embrión o material genético distinto del propio para llevar a cabo el proceso de gestación de manera solidaria y voluntaria. Comprometiéndose además a entregar al menor a sus padres de intención una vez este nazca.
4. **Intervinientes:** entiéndase aquellos que solo prestan una ayuda para llevar a cabo la práctica y proceso de gestación por sustitución, pero sin los cuales tampoco fuera posible. Son intervinientes los donantes y los centros o clínicas de fertilidad autorizados por la ley.
5. **Partes del contrato:** el contrato es bilateral y las partes son los padres de intención y la mujer gestante.
6. **Gratuidad contractual:** el contrato de gestación por sustitución está sustentado en el principio constitucional de solidaridad, voluntariedad y ayuda, por ende, debe ser gratuito y las partes no deben obtener ningún beneficio económico o incremento patrimonial.

7. **Gestación por sustitución gestacional:** entiéndase como aquella práctica en la que el material genético femenino **NO** es aportado por la mujer gestante y como la única forma de gestación por sustitución permitida para efectos legales.

Requisitos que exige la ley a las partes e intervinientes

Lo tercero que debe contener el proyecto de ley son los requisitos que deben cumplir las partes y los intervinientes para acceder a la práctica de la gestación por sustitución. La mujer gestante debe:

1. Mediante exámenes médicos acreditar el goce de buena salud física y psicológica.
2. Ser colombiana
3. Estar habilitada legalmente y gozar de capacidad legal plena.
4. Tener al menos 25 años y no más de 35 años al momento de la firma del contrato.
5. Al momento de la firma del contrato debe haber gestado al menos un hijo propio.
6. Demostrar que no se ha sometido a más de dos procesos de gestación por sustitución con anterioridad.
7. Carta de consentimiento informado y de no retractación firmada ante juez de la república.

En cuanto a los requisitos que deben cumplir los padres de intención se encuentran los siguientes:

1. Acreditar mediante certificación medica que al menos uno de ellos presenta problemas de fertilidad por motivos físicos, psicológicos o genéticos que imposibiliten o haga inviable la gestación saludable de un bebé y, por tanto, la gestación por sustitución es el último medio de procreación posible.
2. En principio ser colombianos o estar radicados en el país por un término no inferior a 3 años. Con posterioridad se debe evaluar la posibilidad de permitir la celebración del contrato de gestación por sustitución a extranjeros no radicados en Colombia.

3. Tener entre 25 y 45 años.
4. Acreditar mediante exámenes psicológicos que tienen las actitudes, aptitudes y calidades necesarias para ser padres y brindarle un espacio adecuado al bebé.
5. Acreditar que cuentan con los recursos económicos suficientes para solventar el pago de la intervención médica, los gastos propios del embarazo y los gastos del menor una vez este nazca.
6. Acreditar la existencia de parientes cercanos que se hagan cargo del menor en caso de que ambos padres de intención fallezcan o les ocurra algo extraordinario que les imposibilite el cuidado del menor.
7. Carta de consentimiento informado y de no retractación firmada ante juez de la república.

Ahora bien, frente a los requisitos que deben cumplir los intervinientes como los donantes y el centro o clínica de fertilidad debe observarse lo previsto en el Decreto 1546 de 1998, la Ley 1953 de 2019, las Resoluciones 3199 de 1998 y 228 de 2020 expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social y demás normas concordantes, exigencias que fueron analizadas en el segundo capítulo del presente trabajo de grado. Dicha normativa no regula la gestación por sustitución sino las THRA y la donación de gametos, por lo tanto se deben tener en cuenta, sin embargo, lo ideal es que el Congreso de la República expida también una regulación que condense en un mismo cuerpo normativo todos lo referente a temas de fertilidad como las THRA, los centros de fertilidad, la gestación por sustitución, la donación de gametos, etc.

Obligaciones de las partes

El modelo legislativo debe contener un acápite denominado “obligaciones de las partes” en donde establezca de manera clara que la parte constituida por **los padres de intención se comprometen a** no retractarse de lo pactado en el contrato y, a:

1. Aportar el material genético o en caso de estar imposibilitados, con ayuda del centro o clínica de fertilidad u obtenerlo por intermedio de donantes.
2. A cubrir los gastos económicos en que incurra la gestante por motivo del embarazo y consistentes en controles prenatales, gastos de transporte, vitaminas, medicamentos o alimentos especiales necesarios para el buen desarrollo del embarazo, etc.
3. Recibir al menor independientemente de las condiciones referentes a su sexo, color de piel, rasgos o afecciones físicas o cognitivas con las que pueda nacer el bebé o los bebés en caso de que llegue a presentarse la situación.
4. No imponer cláusulas que limiten los derechos de la gestante.
5. Registrarlo bajo los efectos de la filiación asistida.

En cuanto a las **obligaciones que debe cumplir la parte gestante** está como es natural, la de no retractarse o incumplir los compromisos que adquirió al firmar el contrato y dentro de las que resaltan las siguientes:

1. No recibir pago por la prestación del servicio que incremente su patrimonio económico.
2. Tener los cuidados suficientes que garanticen el buen estado de salud del menor durante la etapa de ejecución del contrato, es decir, el embarazo.
3. Informar a los padres de intención sobre cualquier percance o incidente relacionado con el embarazo.
4. Realizar los controles prenatales según lo establezca el médico o institución tratante.
5. Entregar al menor a los padres de intención una vez este nazca.

Intervención estatal

El legislador debe contemplar la creación de una entidad pública encargada de vigilar, regular y llevar control de todos los procesos de gestación por sustitución que se lleven en el país. Lo ideal sería que dicha entidad también se haga cargo de llevar el registro y control de la donación de gametos y uso de las THRA, y que cuenten con un sistema unificado de consulta de

información en bases de datos con acceso restringido, pues es claro que este tipo de asuntos debe tratarse con reserva.

En dado caso que no sea viable la creación de una entidad pública lo recomendable sería que el Ministerio de Salud y Protección Social se haga cargo del registro, control y vigilancia de todo lo relacionado con problemas de fertilidad y que usen métodos científicos como tratamiento. Dicha entidad, sea cual sea, mediante el registro de los procesos que se lleven de gestación por sustitución o uso de las THRA, dependiendo cada caso, debe informar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que registre a los menores bajo la figura de la filiación asistida.

El objetivo principal de la vigilancia estatal es garantizar que se cumplan los derechos e intereses del menor como sujeto de especial protección constitucional, no solo durante la etapa de gestación sino hasta al menos la primera infancia. Por supuesto que también debe vigilar y garantizar el cumplimiento de los derechos de las partes en el contrato y de esta forma evitar que una de estas se vea socavada.

Políticas públicas de fertilidad

Si bien es cierto que el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 228 de 2020 adoptó la Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad, este no contempla el uso de las THRA ni mucho menos de la gestación por sustitución. En consecuencia, lo recomendable es que esa política pública sea ampliada e integrada no solo con el uso de alternativas terapéuticas sino también científicas, ya que debe ponerse de presente que en muchos casos la eliminación de comorbilidades y problemas que ocasionan la infertilidad transitoria no funcionan y la solución recae en el uso de Técnicas de Reproducción Asistida y como último recurso la gestación por sustitución.

Lamm (2014), considera que si ambos padres de intención son estériles y ninguno de ellos puede aportar el material genético para el proceso de gestación por sustitución no hay posibilidad de que puedan acceder a esta práctica y lo último que les quedaría por hacer es adoptar. En el contexto colombiano, de manera acertada la Resolución 228 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social contempló la adopción en caso de que sea imposible procrear por cuenta propia. Es decir, la adopción solo es contemplada una vez se ha comprobado que hay esterilidad y no se les ofrece a las personas la posibilidad de adopción cuando acuden en un principio en busca de ayuda profesional por presentar problemas de fertilidad.

Es así como la política pública de fertilidad debe ser robustecida y ampliada para que la adopción sea propuesta a las personas antes de iniciar cualquier proceso que involucre las THRA o la gestación por sustitución. Las dos opciones, tanto la reproducción con ayuda de asistencia científica o la gestación por sustitución y la adopción, deben ser evaluadas por los padres de intención y una no se contrapone a la otra, sin embargo, si son excluyentes por cuanto si deciden adoptar deben abandonar la posibilidad de iniciar procesos con ayuda de asistencia científica o la gestación por sustitución.

Con políticas públicas fuertes en materia de fertilidad el estado estaría cumpliendo con el deber de protección a los niños, niñas y adolescentes, pues ingresaría un número más grande de personas consideradas como alternativa para ser padres mediante adopción y de esta forma también les brinda más posibilidades a los niños que están bajo el cuidado del ICBF y que están en condición de adoptabilidad de tener una familia.

Creación de equipos legales y multidisciplinarios

La entidad pública creada para vigilar, registrar y controlar los procesos de gestación por sustitución debe conformar equipos multidisciplinarios constituidos por un juez de familia de la

república, un médico profesional especializado en ginecología u obstetricia, un profesional especialista en psicología, y un médico especialista en medicina general. Este equipo de profesionales se encargará en primera medida de verificar que los exámenes entregados por las partes cumplan con los estándares mínimos para llevar a cabo el proceso de gestación por sustitución.

Así pues, cada profesional desde su área de conocimiento evaluará a fondo el cumplimiento mínimo de las condiciones físicas y psicológicas que tanto la mujer gestante como los padres de intención deben cumplir, con el fin de comprobar la voluntad e intención de estos para evitar problemas o inconvenientes una vez iniciada la ejecución del contrato. El juez deberá comprobar el cumplimiento de los requisitos en materia legal y estudiar el contrato que como borrador y sin efectos legales remitieron las partes.

El equipo multidisciplinario debe emitir una autorización en donde se relacione de manera clara quienes integrarán las partes del contrato y en qué centro o clínica de fertilidad se llevará a cabo el proceso, además otorgarán legalidad contractual. Una vez emitida la autorización las partes están autorizadas para firmar el contrato y de esta manera pueden iniciar el proceso de inseminación embrionaria o de material genético según sea el caso, lo que significa que ha iniciado la etapa de ejecución contractual.

Sanciones en materia administrativa, civil y penal

El estado dentro del cuerpo normativo que regule la gestación por sustitución debe prohibir de manera expresa que las instituciones o clínicas de fertilidad o las partes den inicio a la ejecución del contrato con la inseminación embrionaria sin la autorización del equipo legal y multidisciplinario. En cuanto a las sanciones que se les debe imponer a las partes del contrato por incumplir la prohibición está la de pagar en favor del estado cierta cantidad de SMLMV que la misma ley debe determinar y la posibilidad de aborto si es que aún no han pasado más de seis

meses de gestación siempre y cuando así lo permita un juez de familia. Es decir, que dicha prohibición es subsanable dependiendo cada caso en particular y queda a discreción judicial.

El modelo legislativo debe contemplar la creación de un nuevo tipo penal y, por ende, la adición de un artículo a la Ley 599 de 2000. Este artículo prohíbe la celebración de contratos de gestación por sustitución con **ánimo lucrativo**, así como la **aplicación de la forma tradicional**, y es pertinente que el legislador debata también acerca de si se debe castigar penalmente a quienes contraten habiendo evadido la autorización del equipo legal y multidisciplinario o que se detecten irregularidades en los documentos presentados atribuibles a las partes.

Otros aspectos que debe tener en cuenta el legislativo es la imposición de cláusulas penales por incumplimiento contractual. Es claro que son muchos los posibles incumplimientos a que están sujetas las partes y en donde se destaca para la mujer gestante, el daño culposos o doloso que esta le ocasione al nasciturus; la renuencia a entregarlo una vez nazca; la sustracción injustificada de los controles prenatales y cuidados médicos; etc. En cuanto al incumplimiento que pueden cometer los padres de intención esta la sustracción injustificada al pago de los gastos del proceso de inseminación o del embarazo; la renuencia a recibir al bebé una vez nazca o el desentendimiento total del proceso de gestación por sustitución, entre otros.

Teniendo en cuenta la situación y la gravedad de la acción u omisión que configuran el incumplimiento contractual el legislador debe prever la implementación de sanciones aplicables dependiendo que tan lesivo fue para el contrato. En todo caso las sanciones o cláusulas penales que las partes pueden implementar en el contrato deben respetar el interés y los derechos superiores del menor y también de las partes, así como también es necesario que el incumplimiento contractual sea decretado por el juez miembro del equipo legal y multidisciplinario a fin de que bajo su sabiduría y criterio, y dependiendo las circunstancias especiales de cada caso determine: primero si hay incumplimiento, segundo cual es la sanción a

imponer, y tercero si el contrato debe rescindirse o es algo subsanable y lo mejor es continuar con la ejecución del mismo.

De igual forma frente a la ocurrencia de circunstancias ocasionadas por fuerza mayor o caso fortuito en que se vea amenazada la ejecución contractual, las partes deben acudir a la jurisdicción ordinaria para que el juez ordene o les autorice una forma determinada de proceder. En realidad, el contrato puede contener un sin número de posibilidades que para el momento se escapen y muy seguramente lo mismo pasará con la ley que lo regule, pues es imposible prever todo. En ese caso será el desarrollo jurisprudencial el encargado de dirimir los conflictos u ocurrencias suscitadas.

Reserva de información y tratamiento de datos

La ley debe determinar un régimen especial para la reserva de la información y protección de datos de la entidad pública que lleve el registro y control del uso de las THRA, la donación de gametos y la gestación por sustitución. Al respecto lo más conveniente es que la información sea resguardada y solo sea posible acceder a ella, porque así lo desean el o los legitimados (partes del contrato); el sujeto gestado con ayuda de las TRHA o gestación por sustitución una vez tenga la mayoría de edad; o un tercero siempre y cuando posea orden judicial.

Otros aspectos que se deben tener en cuenta

El modelo legislativo debe además prever la ocurrencia de circunstancias como es el nacimiento de gemelos, situación que sin haberse previsto, se presentó durante el proceso de gestación. En dicho escenario los padres de intención están obligados a recibir a los dos menores y se deben hacer los estudios que para el caso sean necesarios a fin de garantizar el buen estado de salud tanto de la gestante como de los menores. Puede también presentarse el caso en el que los padres de intención deseen tener dos hijos, frente a ello debe existir valoración y concepto médico que viabilicen dicha petición, no solo en cuanto a si la gestante está en condiciones de

llevar a cabo la gestación de dos niños, sino de si está dentro de los estándares legales y éticos. Por supuesto que también se necesita de la autorización voluntaria de la gestante y del comité legal y multidisciplinario.

Aborto

El aborto en Colombia está tipificado como delito en la codificación penal y la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006 estableció que no habría lugar a sanción cuando se cumpliera con una serie de requisitos y causales como peligro para la vida de la gestante, malformaciones en el feto y cuando el embarazo es fruto de un acceso carnal o acto sexual abusivo. A partir de la sentencia C-055 de 2022 el aborto es legal siempre y cuando se haga antes de la semana 24 y se conservan las causales anteriores si es que el termino se ha excedido.

Ahora bien, al Congreso de la Republica le corresponde debatir si el aborto libre hasta la semana 24 es permitido también para las mujeres gestantes sujetas a un contrato de gestación por sustitución o si sopesan más los derechos y las razones expresadas por la corte en la sentencia del 2022. No sería admisible que la gestante aborte de manera voluntaria e injustificada y a su propio arbitrio aun cuando no hayan pasado las 24 semanas, sin que se llegue a configurar una de las causales de la sentencia C-355 de 2006. Ya que no es justo ni sensato que luego de haber hecho todo un proceso de inseminación y haber pagado los costos por el mismo la gestante simplemente decida no seguir con el embarazo.

Lo ideal es que el legislador mantenga la permisión del aborto hasta la semana 24 pero no para mujeres gestantes que han celebrado un contrato de gestación por sustitución a menos que cumplan con una de las causales establecidas en la sentencia del 2006, pues el hecho de comprometerse contractualmente y teniendo en cuenta los derechos y las garantías que se les debe ofrecer a los padres de intención, la posibilidad de aborto libre y voluntario es injustificada. En caso de configurarse una causal de aborto la gestante debe contar con la autorización expresa del equipo multidisciplinario y además debe comunicarles dicha situación a los padres de

intención, aquí los gastos surgidos también deben ser parte del compromiso contractual y corren por cuenta de la parte contratante.

Como ya se mencionó, la ley debe prever este tipo de situaciones, pero también es recomendable que el contrato establezca cláusulas que desarrollen lo establecido en la ley.

Filiación desde la firma del contrato

La filiación es el vínculo o la relación de descendencia que existe entre dos personas en donde una, es el padre o la madre, y la otra, es el hijo o la hija; es también considerada por la Corte Constitucional como un atributo de la personalidad jurídica. La filiación en Colombia está determinada en el Código Civil que contempla una clasificación surgida del estado civil y de la existencia o no de vínculo matrimonial de los padres y que no tiene ninguna relación con los hijos. En la actualidad la clasificación válida depende de si los padres procrearon a los hijos y, por ende, hay una relación *consanguínea*, o de si por el contrario lo adoptaron, existiendo entonces una relación de carácter *civil*.

Ahora bien, en la actualidad las THRA han provocado que se tenga en cuenta una nueva forma de filiación que Abello (2007), denomina como “**filiación asistida**” y que consiste en “la filiación de hijos o hijas concebidos mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida” (p.71). Con la implementación de dichos métodos científicos es posible que la mujer que gesta al niño, la que tiene vínculo genético y la que lo registra sean personas diferentes. En ese orden de ideas, las tres mujeres desde distintos puntos de vista pueden ser consideradas como “madres” del menor. Al respecto, la autora establece que madre biológica es aquella con la que el bebé guarda vínculo genético; madre gestante es aquella que sin aportar el óvulo es quien lo gesta; y madre jurídica es quien lo registra ante la ley independientemente de si aportó el material genético o lo gestó. Así mismo, menciona que la madre gestante debería ser la misma que registra al menor, pero que esa circunstancia no se presenta al menos para el caso de la gestación por sustitución.

Actualmente la ley considera como madre aquella que gestó al bebé y para registrarlo lo único que hace falta es presentar el certificado de nacido vivo emitido por la Institución Prestadora de Salud en donde se dio el parto, sin embargo, la ley también respalda a la mujer que con posterioridad inicia un proceso de impugnación de la maternidad presentando como prueba un examen de ADN cuyo resultado es “compatible” con porcentaje de certeza de 99.99%.

El modelo legislativo de la gestación por sustitución debe contemplar la creación de la nueva figura denominada **filiación asistida** que para efectos jurídicos es muy parecida a la figura civil de la adopción, pero aplicable a aquellos menores que nacen con la ayuda de Técnicas de Reproducción Asistida y que requieren de terceros bien sea para el aporte del material genético o la gestación. El vínculo jurídico de la adopción surge una vez el adoptado es registrado con los apellidos de quien lo adopta, pero para el caso de la filiación asistida, al menos en cuanto a la gestación por sustitución, el vínculo jurídico entre el nasciturus y los padres de intención surge una vez las partes firman el contrato y se ha inseminado a la mujer gestante, y su perfeccionamiento se da posteriormente con la expedición del Registro Civil de Nacimiento.

Es decir, jurídicamente desde la firma del contrato se entiende que el nasciturus es hijo de los padres de intención y ello no depende de si guardan vínculo genético o no. Ahora bien, ello también elimina cualquier tipo de impugnación o reclamo legal de la mujer gestante posterior al nacimiento del niño y les brinda mayor seguridad a las partes del contrato. Claro está que para el registro del menor ante el estado es necesario que se aporte copia del contrato que demuestre el proceso de gestación subrogada y de esta manera mediante dicha figura sea registrado. En lo que respecta a la gestación por sustitución la madre del menor es la mujer que tiene la intención de tener y criar un niño, en consecuencia, **bajo ninguna circunstancia puede entenderse que la mujer que lo gesta es la madre**, máxime cuando no tiene

aporte genético por cuanto la única forma de gestación por sustitución permitida es la **gestacional**, y su contribución es solo la de gestar.

Conclusiones y Recomendaciones

En conclusión, la gestación por sustitución es una práctica que valiéndose de las THRA se presenta como una solución no solo para los modelos de familia tradicionales que presentan problemas de fertilidad o esterilidad, sino también para nuevos modelos como las familias **homoparentales** o **unipersonales**, quienes por razones biológicas no pueden concebir por cuenta propia. En Colombia la gestación por sustitución no ha sido regulada a pesar de que es un fenómeno que viene presentándose a nivel mundial desde hace décadas, lo que ocasiona un vacío normativo de grandes dimensiones que perjudica los intereses de la sociedad al no garantizar el desarrollo de derechos constitucionales como los reproductivos y al de la constitución familiar, máxime cuando este último se considera como el pilar fundamental de la sociedad indistintamente de cómo se constituya.

La omisión legislativa ocasiona la aparición de fenómenos como el **turismo reproductivo** en donde las personas acuden a países como India, Rusia, Estados Unidos, México y Ucrania que ya han regulado la práctica, puesto que allí se les brinda seguridad jurídica y acompañamiento a lo largo de todas las etapas del proceso, y con posterioridad la personas regresan a su país de origen. El problema del turismo reproductivo y de la omisión legislativa en los países de origen, es que cuando los padres de intención regresan con el menor el estado se niega a registrarlo como nacional argumentando que no hay ley al respecto, tal y como se evidenció en la sentencia SU-696 de 2015 para el caso colombiano.

Debe reiterarse que el derecho a tener una familia es universal y aplicable a todas las personas independientemente de su forma de familia, orientación sexual o género, en consecuencia, el uso de las THRA y la gestación por sustitución no pueden ser exclusivas para las parejas heterosexuales y que además tengan un vínculo matrimonial o de hecho, sino que debe extenderse también a la parejas homosexuales y personas solas. Es decir, el termino padres

de intención cobija a todos aquellos que, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley, tienen el deseo de constituir una familia.

Ahora bien, en cuanto a las formas en las que la gestación por sustitución puede darse, está el método tradicional en donde la mujer gestante hace el aporte del material genético (óvulo), y el método gestacional en donde el aporte de gametos proviene de los padres de intención o de donantes. Frente a ello se advierte que lo más recomendable para la implementación de un modelo legislativo que regule la práctica en Colombia es que únicamente sea permitido el método gestacional, pues de esta forma se elimina cualquier reclamo de maternidad por parte de la gestante luego del nacimiento del menor basándose en el vínculo genético. También se determinó que el contrato es **principal, solemne, bilateral, gratuito, atípico, no es conmutativo ni aleatorio**, y que es **válido** por cuanto cumple con todos los elementos establecidos en la codificación civil y además tiene sustento constitucional según el inciso 6 del artículo 42 superior al establecer el uso de “asistencia científica” para la constitución familiar.

El legislador debe establecer una serie de requisitos y obligaciones que deben cumplir los padres de intención, la mujer gestante, los donantes y las instituciones, centros o clínicas de fertilidad tanto en la etapa precontractual como en la contractual, tendientes al desarrollo gestacional adecuado, en donde se respete siempre y sobre todo concepto el interés superior del menor y los derechos de las partes. Así pues, como requisitos indispensables se encuentra, al menos para las parejas heterosexuales, el padecimiento de problemas de fertilidad, imposibilidad para gestar o esterilidad, mientras que para las parejas homosexuales o personas solas este requisito no es necesario por cuanto tan solo por razones biológicas les es imposible procrear; el cumplimiento de un rango de edad determinado para ambas partes; que no haya aporte de gametos de la gestante; que se sometan a rigurosos exámenes físicos, psicológicos y genéticos; que sean nacionales o domiciliados en el país; entre algunos otros. En cuanto a las

obligaciones que deben cumplir las partes se encuentra, la no retractación una vez firmado el acuerdo; que los padres de intención reciban al menor sin importar la ocurrencia de imprevistos durante el proceso de gestación; y por parte de la gestante a gestar al bebé y a entregarlo una vez nazca; entre otros.

En vista de que la gestación por sustitución, las THRA y la donación de gametos están estrechamente relacionados y entendiendo que la regulación de estas últimas está desactualizada como consecuencia de los avances científicos, lo más recomendable es que el legislador dentro de un mismo cuerpo normativo regule de manera amplia, completa e integral y teniendo en cuenta la evolución científica todo lo relacionado a temas de fertilidad. Así mismo, debe implementar nuevas políticas públicas de fertilidad que tengan en cuenta no solo tratamientos terapéuticos, sino que contemple el uso de métodos científicos, la gestación por sustitución y la adopción como maneras eficientes de tratar los problemas de fertilidad. Además, para garantizar el cumplimiento de los requisitos, las garantías y el interés superior de los menores que se gesten con asistencia científica, es necesario que el estado cree una entidad pública que lleve registro y control de los procesos y que a su vez conforme equipos legales multidisciplinarios encargados de viabilizar y permitir la celebración de contratos de gestación por sustitución.

Con la implementación de una ley sólida, integral y amplia junto con adecuadas políticas públicas de fertilidad, el estado está contribuyendo con la garantía y el desarrollo de los derechos fundamentales propios de un estado social de derecho y además evita la congestión judicial, pues entre más escenarios y aspectos se regulen menos necesidad tienen los individuos de la sociedad de accionar el aparato judicial. Si bien es cierto que todo no se puede prever de ante mano, lo mejor sería que la ley esté diseñada para abordar un sin número de posibilidades y tenga en cuenta todos los escenarios y circunstancias que podrían llegar a presentarse a lo largo del camino. Debe entenderse que el legislar sobre esta materia es complicado y debe

tratarse con mucho cuidado, porque siempre de por medio estarán los intereses de un menor, que no tiene la culpa de absolutamente nada de lo que llegue a pasar durante el proceso y que espera una familia que lo reciba con amor y que le brinde los cuidados y el respeto de sus derechos.

Finalmente, debe crearse una figura jurídica similar a la adopción denominada **“filiación asistida”** que crea vínculo filial entre los padres de intención y el menor que será gestado. Si bien, la figura no debe ser exclusiva para la gestación por sustitución, por cuanto es aplicable también a aquellos casos en que esté de por medio el uso de las THRA y la donación de gametos, el escenario ideal para su aplicación sí es el de la gestación subrogada. Dicha figura goza de efectos jurídicos desde la firma del contrato de gestación por sustitución y en consecuencia desde ese preciso momento se entiende también que el nasciturus es jurídicamente hijo de los padres de intención independientemente de si existe vínculo genético o no. Ello va de la mano con que una vez el bebé haya nacido, de inmediato pasará al cuidado y estará bajo la tutoría de los padres de intención, pues la figura de la filiación asistida les brinda esa garantía.

Lista de Referencias

Abello, J. (2007). *Filiación en el derecho de familia*. (Grafí-Impacto Ltda).

<http://34.75.204.93/sites/default/files/biblioteca/m6-4.pdf>

Agudelo, J. (2021, junio 14 a julio 30). ¿Cómo Colombia debería legislar frente a la gestación por sustitución? [Conferencia]. *Estancia Virtual del XXVI Verano de la Investigación Científica y Tecnológica del Pacífico*, Ciudad de Tepic, Nayarit; México.

<https://www.programadelfin.org.mx/recursos/memoriaverano2021/paginas/resumenes-est-a.htm>

Ardila Arciniegas, M. C., & Bustamante Rúa, S. (2020). *Panorama general sobre la maternidad subrogada y análisis de la propuesta de penalizarla*. [Trabajo de Grado, Universidad EAFIT]. Repositorio Institucional. <http://hdl.handle.net/10784/17046>

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

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

Basterra, F. (1987, 18 de enero). El dilema de 'Baby M'. *El País*.

https://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html

Cárdenas Rojas, L. (2015). Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano. *Conflicto & Sociedad*, volumen (3), 101-110.

<https://app-vlex-com.bibliodigital.ugc.edu.co/#search/jurisdiction:CO/Validez+y+eficacia+del+contrato+de+maternidad+subrogada+en+el+ordenamiento+jurídico+colombiano/WW/vid/648110209>

Código Civil de los Estados Unidos de Colombia [Cód. C.] (1873). (Colombia). Obtenido el 07 de abril de 2022.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html#1

Coleman, P. (1982). Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions. *Tennessee Law Review*, volumen 50 (1), 71-119.

<https://repository.library.georgetown.edu/handle/10822/795106>

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia. Obtenido el 16 de marzo de 2022.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional [CC], diciembre 18, 2009. M. P.: M. Calle Correa. Sentencia No. T-968/09. (Colombia). Obtenido el 16 de marzo de 2022.

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

Corte Constitucional [CC], febrero 07, 2007. M. P.: R. Escobar Gil. Sentencia No. C-075/07. (Colombia). Obtenido el 16 de marzo de 2022.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>

Corte Constitucional [CC], mayo 10, 2006. M. P.: J. Araujo Rentería y C. Vargas Hernández. Sentencia No. C-355/06. (Colombia). Obtenido el 29 de abril de 2022.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

Corte Constitucional [CC], noviembre 12, 2015. M. P.: G. Ortiz Delgado. Sentencia No. SU-696/15. (Colombia). Obtenido el 16 de marzo de 2022.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU696-15.htm>

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, marzo, 06, 2012. M. P.: W, Namén. SC-11001-2012. (Colombia). Obtenido el 07 de abril de 2022.

<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/Normas%20sustanciales/Providencias/1100131030102001-00026-01%20%5B06-03-2012%5D.doc>

Decreto 1546/98, agosto 04, 1998. Presidencia de la Republica. (Colombia). Obtenido el 20 de abril de 2022.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14522>

Femenía, P. (2019). *La determinación de la filiación «en interés del menor»*. «Turismo reproductivo» y nuevos modelos de familia. Dykinson. <https://eds-p-ebSCOhost-com.bibliodigital.ugc.edu.co/eds/detail/detail?vid=4&sid=1ca6530e-0c1b-45c6-a384-f9d1c8709bc1%40redis&bdata=JmxhbmC9ZXMc2loZT1lZHMtbg12ZQ%3d%3d#AN=2423012&db=edsebk>

Golombok, S. (2017). *Familias modernas: Padres e hijos en las nuevas formas de familia*. Ediciones Akal. <https://eds-p-ebSCOhost-com.bibliodigital.ugc.edu.co/eds/detail/detail?vid=0&sid=421dcb8d-a9c9-4eb9-9ebf-4c7fccc1474b%40redis&bdata=JmxhbmC9ZXMc2loZT1lZHMtbg12ZQ%3d%3d#AN=1546626&db=edsebk>

La Organización Mundial de la Salud [OMS] (febrero,2022). *Temas de Salud/Infertilidad*. https://www.who.int/es/health-topics/infertility#tab=tab_3

Lamm, E. (2014). *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona (UBE), España. http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf

Ley 1953/19, febrero 20, 2019. Diario Oficial. [D.O.]: 50.873. (Colombia). Obtenido el 20 de abril de 2022. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1953_2019.html

Monrroy, J. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incedencia en Colombia. *Verba Iuris*, volumen (30), 135-150. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.30.2162>

Pérez Monge, M. (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=58673>

Reina Valera Revisada (1977). Genesis. <https://www.biblegateway.com/versions/Reina-Valera-Revisada-RVR/>

Resolución 3199/98, agosto 06, 1998. Ministerio de Salud y protección Social. (Colombia).

Obtenido el 20 de abril de 2022.

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCIÓN%203199%20DE%201998.pdf

Sánchez, S. (2018). El contrato de gestación por sustitución: la validez en Colombia. Tesis de Grado, Universidad Externado de Colombia. DSpace
<https://bdigital.ueexternado.edu.co/handle/001/1651>

Tubella, P. (2019, 19 de abril). En el Reino Unido todo empezó con ‘Baby Cotton’. *El País*.
https://elpais.com/sociedad/2019/04/17/actualidad/1555506649_845481.html