

**GESTACIÓN SUBROGADA EN COLOMBIA: UNA PROPUESTA DE PRINCIPIOS
PARA ORIENTAR EL CONTENIDO DE UNA EVENTUAL REGULACIÓN**

**JHON NEIDER GALÁN BLANCO
JHEFERSON IVÁN MARRIAGA RODRÍGUEZ
ELKIN VILLADIEGO IMITOLA**

**UNIVERSIDAD DEL SINÚ
FACULTAD CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO
CARTAGENA DE INDIAS D. T. Y C.**

2022

**GESTACIÓN SUBROGADA EN COLOMBIA: UNA PROPUESTA DE PRINCIPIOS
PARA ORIENTAR EL CONTENIDO DE UNA EVENTUAL REGULACIÓN**

**JHON NEIDER GALÁN BLANCO
JHEFERSON IVÁN MARRIAGA RODRÍGUEZ
ELKIN VILLADIEGO IMITOLA**

**DIRECTORES:
MARTHA BENÍTEZ IZQUIERDO. Ms.
ELIZABETH RAMÍREZ LLENERA. PhD.**

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO

**UNIVERSIDAD DEL SINÚ
FACULTAD CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO
CARTAGENA DE INDIAS D. T. Y C.**

2022

AGRADECIMIENTOS.

A la escuela de Derecho de la universidad del Sinú Cartagena y su equipo docente y administrativo.

Sin ustedes y sus virtudes, su paciencia y constancia para con nosotros, este trabajo de grado no se hubiese logrado.

Con consejos siempre útiles aun cuando eran pocos los pensamiento e ideas para escribir lo que hoy se ha concretado.

Ustedes formaron parte esencial de esta historia de formación profesional; Gracias especiales A los docentes a lo largo de esta carrera, los que aún están y a los que ya no se encuentran con nosotros “Sus palabras fueron sabias, sus conocimientos rigurosos y precisos, a ustedes nuestros profesores, les debemos nuestros conocimientos.

Su semilla de conocimientos germinó en el alma y espíritu, gracias por su paciencia, por compartir de manera profesional e invaluable, por su dedicación perseverancia y tolerancia.

Sin dejar de recordar a nuestros guías y tutores en el proceso de investigación y Semilleros lus Gentium e lus Puniendi, gracias.

A nuestros padres y madres, ustedes han sido siempre el motor que impulsa nuestros sueños y esperanzas, quienes estuvieron siempre a nuestro lado en los días más difíciles durante nuestro proceso de estudio. Siempre han sido los mejores guías de vida. Hoy que concluye está etapa de estudios, les dedicamos este logro, amados padres, como una meta más conquistada Gracias por estar siempre allí.

“Hemos luchado mucho para estudiar y graduarnos, pero lo irónico de todo esto es que... hoy empieza la verdadera lucha”. Fernando Anfus.

RESUMEN: Este tipo de procedimiento, gestación subrogada, en conjunto con sus diferentes clasificaciones, no cuentan con una regulación clara y específica en diferentes Estados debido a su “novedad”, como es el caso del ordenamiento jurídico colombiano, lo que ha permitido que ésta práctica se ejerza sin control aparente, y a su vez, conlleva a que Colombia se convierta en un país para la práctica de lo que se denomina turismo reproductivo, pues existen personas que desde esta cosmovisión incurren en la ejecución de convenciones aparentemente legales, en razón de satisfacer sus deseos de ser padres, sin medir consecuencias jurídicas como en los casos donde la persona contratada para el alquiler del vientre, luego de concebir ponga resistencia en la entrega del recién nacido o en su defecto, al aportar material genético, se sienta con derechos sobre el menor. Se observó una omisión legislativa para el tratamiento de este tema, evidenciando los distintos problemas que pueden surgir en materia de filiación y los acuerdos de voluntades entre la mujer gestante y los comitentes, por lo que por medio del derecho comparado teniendo en cuenta el tratamiento que se le ha dado a la gestación subrogada en el ámbito internacional, Se logró establecer los lineamientos de principios que debe contener una eventual regulación de la gestación subrogada en Colombia.

Palabras claves: Gestación Subrogada, Acuerdo de Voluntades, Filiación, Principios.

ÍNDICE DE CONTENIDO.

Introducción	Pág. 7
1. Capítulo I. Pronunciamientos Constitucionales: (...)	Pág.9
1.1. Sentencia T-968- 2009.	Pág.12
1.2. Sentencia T- 528- 2014.	Pág.15
1.3. Sentencia T- 274- 2015.	Pág.17
1.4. Sentencia SU- 696- 2015... ..	Pág.19
1.5. Sentencia T- 316- 2018.	Pág.20
1.6. Sentencia SU- 074- 2020.	Pág.22
2. Capítulo II. El Acuerdo de Voluntades y la filiación de la Mujer Gestante.....	
.....	Pág.26
2.1. Clases de Maternidad Subrogada.....	Pág.28
2.1.1. Tradicional.....	Pág. 28
2.1.2. Gestacional.....	Pág. 28
2.1.3. Altruista.....	Pág.28
2.1.4. Comercial.....	Pág.28
2.1.5. Transfronteriza.....	Pág.29
3. Capítulo III. Gestación Subrogada en el Escenario Internacional como referencia normativa para Colombia.	Pág.33
3.1. Argentina.	Pág. 34.
3.1.1. Proyecto de ley 5700-D- 2016.....	Pág.35
3.1.2. Proyecto de Ley 5759-F-2016.....	Pág.35
3.1.3. Proyecto de Ley S- 825/18.....	Pág.36
3.2. Estados Unidos de América.	Pág.37
3.2.1 Algunos Ejemplos Relevantes De Estados Que Admiten La Gestación Subrogada:	Pág. 37
3.2.2 Algunos ejemplos relevantes de Estados que prohíben la gestación subrogada comercial:	Pág. 39

3.3. México.	Pág. 39
3.4. Rusia.	Pág. 43
3.5. India.	Pág.45
4. Conclusiones.....	Pág.48
6. Referencia Bibliográfica.....	Pág. 50
7. Anexo 1 Proyecto de Principios normativos de ley.....	Pág.56

Lista de tablas

Tabla 1. Pronunciamientos constitucionales bajo estudio	pág.11
Tabla 2. Criterios expuestos por la Corte Constitucional acerca de la gestación subrogada	pág.14
Tabla 3. Asuntos sugeridos por la corte constitucional a ser regulados	pág.21
Tabla 4. Clases de filiación	pág.27

INTRODUCCIÓN.

El tema sobre la gestación subrogada genera controversias tanto éticas como jurídicas, que se agudizan más cuando la madre gestante que participa en el proceso también aporta su material genético, lo cual coloca entre dicho su relación filial con el menor y la de éste con los padres comitentes. Es importante y necesaria esta investigación, toda vez que el tema objeto de estudio ha sido poco explorado y representa uno de los desafíos contemporáneo dentro del derecho privado; habida cuenta, son muchos los retos que se plantean a nivel social y jurídico, de los cuales se requiere de un análisis coherente y situado con relación a los principales pronunciamientos emitidos por las Altas Cortes a nivel nacional, como internacional con referencia a la gestación subrogada.

Así las cosas, el enfoque de éste trabajo investigativo planteó el abordaje a partir de métodos y herramientas cualitativas para dar respuesta a la pregunta problema, que incluyeron análisis documental y recolección de información secundaria, partiendo del análisis jurisprudencial y de categorías de investigación jurídico-propositiva, dando origen a profundas transformaciones en las concepciones jurídicas tradicionales, aportando al desarrollo del terreno normativo y sus efectos a nivel social, resaltando la importancia que debe prevalecer en el respeto y estricto reconocimiento al derecho que tienen los ciudadanos, y las minorías objeto de la presente temática; al acceso a una herramienta procedimental clara en materia filial, que ayude a la protección del menor y por ende a establecer los limitantes normativos para el ejercicio de la maternidad subrogada, que hoy se implementa y es observada como una necesidad real.

Esta práctica a nivel mundial va en aumento, de manera general se ha visto como una solución para acabar con los problemas de infertilidad y esterilidad de aquellas personas o parejas que tienen el deseo de ser padres y conformar una familia. El ordenamiento jurídico colombiano no cuenta con una reglamentación expresa de este proceso, por tal motivo, la presente investigación jurídico-propositiva estuvo encaminada y estableció los lineamientos de principios que debe contener una eventual regulación de la gestación subrogada en Colombia.

Se realizó principalmente un examen exhaustivo de los distintos pronunciamientos que constitucionalmente se han dado con relación a la gestación subrogada en Colombia, como punto de partida para el fomento de principios que fundamenten un proyecto de ley que la regule; seguidamente se identificaron los vacíos normativos y procedimentales, que dan origen a la reclamación de derechos de filiación de las mujeres que han realizado un acuerdo de voluntades, al aportar material genético para la procreación de un menor a través del alquiler de vientre; y finalizar con un parangón acerca del tratamiento normativo de la gestación subrogada en el escenario internacional, tomando como referentes los países de Argentina, Estados Unidos, México, Rusia e India. Todo lo anterior dándole respuesta a nuestra pregunta problema: ¿Cuáles deben ser los lineamientos de principios que debe contener una eventual regulación de la gestación subrogada en Colombia? Que se desarrolló en el abordaje de los siguientes capítulos; pronunciamientos constitucionales: un punto de partida para el fomento de principios como bases de una regulación, el acuerdo de voluntades y la filiación de la mujer gestante y gestación subrogada en el escenario Internacional como referencia normativa para Colombia, concluyendo con la propuesta de principios normativos para Colombia.

CAPÍTULO I. PRONUNCIAMIENTOS CONSTITUCIONALES.

En este capítulo se examinan los distintos pronunciamientos que constitucionalmente se han dado con relación a la gestación subrogada en Colombia, como marco inicial para el fomento de principios que aborden el fundamento de una eventual regulación del tema estudiado. Es necesario tener en cuenta, qué es un principio constitucional y la función de estos en el Estado Social de Derecho, centrando el desarrollo de este capítulo de estudio, al Estado colombiano y sus bases normativas; en aras de forjar puntos de disertación, sobre la regulación de la gestación subrogada en Colombia y su urgente pertinencia, puesto que dicha práctica va en aumento.

1.- Pronunciamientos Constitucionales: Un Punto de Partida para el Fomento de Principios como bases de una Regulación.

Así pues, se puede establecer a título general que, la constitución aborda principios que hacen referencia a unos valores ideológicos, legales, éticos, sociales, y culturales que se encuentran consagrados en la carta política de un Estado, y como parte inicial surge la normatividad derivada del ordenamiento jurídico. De ahí que, el conjunto normativo que emerge de ellos establece criterios constitucionales que dan lugar a los derechos fundamentales, por lo que, estos principios pueden llamarse también fundamentales.

Estos principios son para el Estado Social de Derecho la regla esencial del sistema de orden político-social del Estado y por ende tienen fuerza vinculante. Así las cosas, cada ley, decreto, resoluciones, y/o reglamento normativo deben contener, fortalecer y respetar estos principios; en ese orden de ideas, la Corte Constitucional del Estado colombiano incrementa su papel protagónico en este espacio de discusión, ya que para tales efectos es la garante del pacto social entre el Estado y los ciudadanos, tarea que realiza por medio de sus diferentes sentencias de tipo constitucional, de tutela y unificación.

Los pronunciamientos Constitucionales en Colombia, como se ha señalado, se encuentran en cabeza de la Honorable Corte Constitucional pues la carta fundamental así lo expone al señalar: “*A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (...)*” (Constitución política de Colombia, 1991, Art 241).

Es importante resaltar que la jurisprudencia como fuente formal del derecho, resulta ser uno de los instrumentos esenciales y vitales para dar solución a los vacíos legales que genera el Congreso de la República. La jurisprudencia cumple dos funciones primordiales: (A) ser interpretador, (B) integradora, es decir, se centra en estudiar preceptos normativos que se debaten y también ayuda a cubrir los vacíos normativos en los casos en los que no existe una ley que regule una problemática (Ríos, 2020).

El órgano antes mencionado, se pronunció por primera vez sobre la gestación subrogada o maternidad por sustitución, en el año 2009 esto a través de la sentencia T-968 de 2009, donde se dejó en evidencia el vacío normativo en nuestra legislación colombiana respecto de la gestación subrogada; este vacío normativo puede terminar afectando derechos fundamentales de la ciudadanía colombiana, tales como: la dignidad humana, la integridad personal, la salud, la vida, los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y sobre todo los derechos fundamentales y superiores de los niños.

Debemos señalar que el órgano Constitucional colombiano, no puede ir más allá de sólo analizar y precisar criterios que se deben tomar en cuenta para que no se vulnere la integridad de la Constitución Nacional y sus preceptos. Como regla general la tarea de este alto tribunal de regular problemáticas en nuestro país se encuentra en cabeza del legislador, es decir, el Congreso de la República de Colombia, quien se encuentra en mora para regular esta temática que resulta ser importante para la sociedad colombiana. Resulta incoherente el actuar del Congreso cuando aprueba y saca adelante proyectos como la ley 2139 de 2021: “***Por medio de la cual se reconoce el guarniel - carriel antioqueño como patrimonio cultural de la nación (..)***”, no pretendemos decir que ello esté mal; en ninguna manera, pero debe existir prelación respecto de ciertas problemáticas en el país que hoy se encuentran a la deriva sin regulación alguna.

Luego del pronunciamiento en el año 2009 la Corte Constitucional muy poco ha seguido hablando de esta materia, por tal razón, es prudente realizar el estudio de una línea jurisprudencial, que como señala López Medina (2006) es un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí y que dan origen al derecho judicial, que es la creación lenta y progresiva de unos parámetros señalados como subreglas de interpretación en un momento dado.

Así las cosas, los pronunciamientos a examinar para darle cumplimiento al primer objetivo específico, son los siguientes fallos emanados de la Corte Constitucional, relacionados en la siguiente tabla:

Tabla 1

Pronunciamientos constitucionales bajo estudio

IDENTIFICACIÓN DE PROVIDENCIA	TIPO	N.º DE CONSECUTIVO	AÑO
Sentencia	T (Tutela)	968	2009
Sentencia	T (Tutela)	528	2014
Sentencia	T (Tutela)	274	2015
Sentencia	SU (Unificación)	696	2015
Sentencia	T (Tutela)	316	2018
Sentencia	SU (Unificación)	074	2020

Fuente: Tabla elaboración propia

A continuación, se realiza un análisis descriptivo de las sentencias reseñadas:

1.1 Sentencia T-968-2009:

En esta providencia proferida por la H. Corte Constitucional, se decide revisar el conflicto jurídico surgido en virtud de un acuerdo de gestación subrogada entre una joven de nacionalidad colombiana y una pareja radicada en los Estados Unidos, ya que la joven se negaba a entregar los niños que se obtuvieron de este procedimiento de reproducción asistida, porque ella había aportado material genético y la pareja los reclamaba con el argumento de haber suscrito un acuerdo con la madre gestante donde ella se obligaba a cambio de una remuneración a realizar la gestación y luego entregar los menores. Estos argumentos fueron conocidos por un juez de familia, en el curso de una demanda que inicia el padre con la pretensión de obtener el permiso para la salida del país de los menores, pretensión que fue concedida por el juez, al considerar que se suscribió un contrato de gestación subrogada verbal, y por ende la madre se había obligado a entregar los menores; complementando su decisión con el argumento de mejor calidad de vida para los niños en un país desarrollado.

La madre interpone acción de tutela contra la providencia del juez, toda vez que, según su perspectiva consideraba que la decisión tomada por el togado, violentaba los mandatos superiores que amparan los derechos de sus hijos a tener una familia y no ser separada de ella, así como recibir un trato de igualdad.

Surtido el debido trámite del mecanismo constitucional, es decir, superado las instancias de decisión e impugnación, el órgano de cierre constitucional decide estudiarla. En su análisis el cuerpo colegiado argumenta que una decisión drástica como lo es separar de su familia a un niño, no puede fundamentarse en circunstancias de carácter socio económicas, ya que debe hacerse un examen a profundidad que permita identificar situaciones de peso para tomar dicha decisión, pues al no realizar este ejercicio se impondría sanciones jurídicas desproporcionadas a la institución, núcleo de nuestra sociedad, la familia, por lo que se debe atender cada caso en concreto conforme

a sus particularidades y observar unos criterios básicos que a su juicio deben ser los siguientes:

“Existen hechos cuya simple verificación es motivo suficiente para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia, dada su gravedad; tal es el caso de (i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor, (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (ii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a los niños (...)” (Corte Constitucional, Sentencia T-968/09,2009)

La Corte Constitucional complementa sus fundamentos reiterando que las autoridades públicas como el Bienestar familiar, autoridades judiciales, donde se encuentra incluidos los jueces de tutela; una vez se encuentren próximos a tomar decisiones relacionadas con niños, deben observar su interés superior, principio que ha sido decantado por el tratado de los Derechos del Niño y la codificación de la niñez y adolescencia, como un mandato imperativo que impone la obligación a todos los individuos de garantizar de manera integral el cumplimiento de la totalidad de derechos humanos, caracterizados por ser interdependientes, universales y prevalentes, que además debe ser un principio observado por las instituciones privadas y públicas de bienestar social, cuando sus decisiones sean dirigidas a transformar situaciones reales de los niños.

Con base a esto, el órgano constitucional de cierre, tomó la decisión de confirmar la providencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación civil, sentencia que avaló lo resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sede de primera instancia, en la cual se dejó sin efectos el pronunciamiento del juzgado accionado, que permitía la salida de los menores del país. No obstante, el cuerpo colegiado constitucional aprovechó la ocasión para referirse a la gestación subrogada, pues estimó que el Juzgado accionado consideró probado la ocurrencia de la maternidad subrogada y lo tomó como factor determinante para brindar un menor derecho a la madre sobre sus hijos. Según lo establecido por la Corte Constitucional, en sentencia bajo

estudio, la maternidad por subrogación puede catalogarse como un contrato y encuentra soporte constitucional en el mandato superior número 42 inciso sexto, como bien argumentan los estudiosos del derecho, pues el articulado señala que: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Es tajante el Tribunal al señalar que actualmente en Colombia no existe una regulación tácita para la gestación subrogada, sin embargo, tampoco se encuentra expresamente prohibida. Jurídicamente existen pocos fundamentos relacionados con el abordaje de la temática, como es el caso de avances hacia un proyecto de ley que regule lo concerniente a esta práctica, que no han superado los debates en las cámaras del Congreso y como tal, están archivados, es por esto que, exhorta al poder legislativo a legislar acerca de esta temática que hoy se ha transformado en un ejercicio recurrente, a la cual acuden las parejas infértiles con el ideal de moldear una familia. Adicionalmente, el órgano constitucional estableció unos requisitos mínimos que el legislador debería observar al momento de legislar sobre la figura de maternidad por subrogación, los cuales se exponen dentro de la siguiente tabla:

Tabla 2: *Criterios expuestos por la Corte Constitucional acerca de la gestación subrogada*

CRITERIO	ESFERA	PARTE A QUIEN APLICA
Impedimentos fisiológicos para concebir.	Salud	Padres interesados
No aportar sus propios gametos para el procedimiento de gestación subrogada.	Salud y personal	Mujer gestante
No tener una causa y/o móvil lucrativo para someterse al procedimiento.	Personal	Mujer gestante

Cumplir con algunos criterios básicos como la mayoría de edad, haber tenido como mínimo un hijo, buena salud psicofísica.	Personal, legal y salud	Mujer gestante
Durante y después de la gestación someterse periódicamente a exámenes psicológicos y de salud física.	Salud	Mujer gestante
Permanecer en el anonimato.	Personal	Mujer gestante y padre
No retractarse de la entrega del menor luego de haber recibido el implante del material reproductor.	Personal	Mujer gestante
No rechazar al hijo bajo ninguna circunstancias.	Personal	Padres y/o interesados
Protección garantizada para el menor ante un posible deceso de los padres durante el proceso de gestación.	Personal y legal	Padres y/o interesados
Interrupción del embarazo bajo prescripción médica.	Personal, salud y legal	Mujer gestante

Fuente: Tabla elaboración propia.

1.2 Sentencia T- 528 – 2014:

El tema central de esta sentencia se ocupa del tratamiento de fertilización in vitro el cual expone la negativa de una EPS de no autorizar dicho procedimiento, por otra parte, se alega que existe vulneración a sus Derechos relacionados con los tratamientos

y técnicas de reproducción Humana asistida e inclusión en el sistema público de salud; dicha problemática que en la misma se ocupa de la inclusión de tales tratamiento en el servicio de salud, lo que a su vez conceptualiza la necesidad de observar si existen derechos vulnerados en conexidad con el Derecho Fundamental a la salud, en su faceta de salud reproductiva y Derecho a la reproducción humana.

Debemos dejar en claro, que la sentencia no aborda la gestación subrogada propiamente dicha, pero resulta pertinente examinarla toda vez que, precisa aspectos importantes que se deben tomar en cuenta respecto de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada o mal llamada popularmente como, alquiler de vientres.

Propiamente la sentencia enfatiza que la infertilidad es catalogada por la OMS (Organización mundial de la salud) como una enfermedad que ocasiona el sistema reproductivo. El Alto Tribunal reconoce que dicha enfermedad no involucra de manera grave la vida y, no necesariamente, la integridad personal o dignidad, en un aspecto concluyente de la condición general de la salud de la persona, si puede interferir negativamente en otros aspectos vitales cuando la paternidad, o maternidad hace parte del proyecto de vida de la persona o la pareja, por lo que la presente sentencia estimula al estudio de regulaciones relacionadas con los tratamientos de fertilidad en general, que puedan establecer una mejor calidad de vida, de las personas afectadas por enfermedad reproductiva. Lo anterior es acorde a lo que hemos señalado respecto de la maternidad subrogada, puesto que, la esencia de ésta, es ayudar a las personas con problemas de fertilidad y así poder conformar una familia, lo cual es un derecho de conformidad con el Artículo 42 de la Constitución Política de Colombia.

La Discusión sobre la situación planteada en la Corte deja en evidencia que existe una relación prestacional con el derecho a la salud, que, para efectos de la protección de derechos relacionados con el tema, se ha avanzado de forma lenta o no se ha avanzado en lo absoluto, dejando desprotegido a un sector de la población afectada por la no realización de procedimientos de fertilización, y que se deben incluir en los servicios

médicos, como lo tiene otra cualquier causa de salud. Así las cosas, ratifica la sentencia que: *“El Estado debe adoptar acciones afirmativas tendientes a incluir en el sistema de seguridad social en salud técnicas o procedimientos de reproducción asistida (...)”*, ya que dichas técnicas y procedimientos ayudan a superar afectaciones en la salud reproductiva del paciente y por ende el no hacerlo, puede resultar en una vulneración a los derechos fundamentales.

1.3 Sentencia T- 274- 2015:

Esta sentencia también aborda el tema sobre el tratamiento de fertilidad, en la cual se recalca jurisprudencialmente sobre la procedencia excepcional de este tipo de tratamientos, en los ya señalados por la Corte Constitucional:

“En algunos casos excepcionales la Corte ha considerado que los tratamientos de reproducción asistida deben ser autorizados por las entidades prestadoras de servicios de salud cuando con ello: (i) se pretende garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud; y (ii) se busca garantizar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, según se explica a continuación (...)”. (Corte Constitucional, Sentencia T-274/15,2015).

Teniendo en cuenta ésta línea jurisprudencial acerca del alcance del mecanismo Constitucional de la acción de tutela, se debaten temas como el tratamiento de fertilidad con un particular estudio sobre la infertilidad primaria y secundaria, así las cosas, lo que para los efectos de la pertinencia del material de estudio con relación a la maternidad subrogada, se toman en consideraciones temas como: Derechos sexuales y reproductivos, las diferencias de los mismos, su igualdad, tratamiento como derechos fundamentales, el tratamiento de la reproducción asistida en la legislación colombiana, los lineamientos o parámetros que jurisprudencialmente se han dado acerca del acceso a la fertilización in vitro por parte del sistema de salud; los anteriores como ejes centrales de la discutida sentencia.

También hay que tomar en cuenta que en algunos casos excepcionales la Corte ha considerado que este tipo de tratamientos de reproducción asistida deben ser plenamente autorizados EPS (entidades prestadoras de servicios de salud) y con ellos se persigue proteger los derechos de las personas afectadas por la enfermedad de infertilidad. La Corte por lo anterior explica que, de una forma excepcional, se ha concedido la protección invocada por medio de la estudiada tutela, cuando se solicita la autorización de tratamientos de fertilidad excluidos del POS (Plan Obligatorio de Salud) toda vez que, en estos casos, del mismo depende la vida, la integridad personal de o la salud de la persona.

En la misma, se enfatiza la línea jurisprudencial que ha tenido esta corporación, ya que dentro de los aspectos más relevantes toma en cuenta el derecho a la salud sexual y reproductiva en el bloque de constitucionalidad y en la Carta Política; dentro del Marco general del derecho a la salud y de la salud sexual y reproductiva. Así las cosas, la Corte desarrolla un análisis uniforme sobre lo que tiene que ver con la titularidad, reconocimiento, contenido y naturaleza de los derechos sexuales y reproductivos. Es por ello se expone y se pondera el reconocimiento y protección de los derechos de manera general, de las personas en cuanto a que son libres de tomar decisiones en lo que respecta a su sexualidad y reproducción, lo que para sus efectos implicaría una obligatoriedad del Estado, en brindar y colocar al servicio los recursos necesarios para hacer efectiva la determinación de las personas de una forma segura.

En esta misma línea la Corte ha diferenciado los derechos sexuales de los reproductivos, acotando lo siguiente:

“sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano, ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda (...)” (Corte constitucional sentencia T-274/15 de 2015), aunque ambos parten de una base común.

Por otra parte, se toman aspectos ya antes debatidos por la Corporación, la cual sostuvo: *“Esta primera aproximación nos indica que abarcan pretensiones de libertad, que exigen del Estado abstenciones, pero también contienen reivindicaciones de tipo prestacional, que requieren del mismo una actividad concreta, las cuales deberán ser desarrolladas por el legislador y la administración para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan, tal y como sucede con todos los derechos según la jurisprudencia constitucional. En esta tarea, tanto el legislador como la administración deberán respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas”* (Corte Constitucional, Sentencia T-732/09,2009).

1.4 Sentencia SU- 696- 2015:

La sentencia trata sobre la negación de La Registraduría Nacional del Estado Civil y la Notaría Segunda del Circuito de Medellín, de inscribir a menores gemelos de una pareja homosexual en el Registro de acta de Nacimiento; los gemelos nacieron gracias al procedimiento de fertilización in vitro mediante el cual, se utilizaron dos óvulos de mujer donante siendo fertilizados por esperma de la pareja.

La pareja alegó que dicha negativa vulnera sus derechos Constitucionales, tales como: el reconocimiento a la personalidad jurídica y la prevalencia de los derechos de los niños, la igualdad y no discriminación y por ende la dignidad humana. Es menester precisar que el procedimiento de fertilización se llevó a cabo en Estados Unidos, la pareja viajó a Colombia y acudió a la notaría antes mencionada para realizar el registro civil de los menores, dicha pretensión fue negada precisando que el caso debía ser resuelto por la Registraduría Nacional del Estado Civil. En las intervenciones el Ministerio de Relaciones Exteriores afirma que:

“Aunque la jurisprudencia de la Corte ha tomado posturas que reconocen derechos para las parejas del mismo sexo, aún persisten vacíos legislativos que impiden que las autoridades administrativas tomen decisiones. ‘sin que previamente se valore cada caso concreto por parte de la judicatura” Esto hace que, “en algunos eventos en los que se ha solicitado la inscripción de registro civil de nacimiento de menores que han nacido producto de la inseminación artificial o el alquiler de vientres por decisión de una pareja del mismo sexo, surge la duda sobre la filiación natural del menor que se pretende registrar, es decir, la filiación legítima reconocida en un país extranjero en virtud de su propio ordenamiento jurídico, puede variar de su verdadera filiación natural, por cuanto ellos reconocen la condición de padres del menor a las parejas del mismo sexo y así queda probado en algunas de las actas de registro civil extranjeras”. (Corte Constitucional, Sentencia SU-696/15, 2015).

Por lo anterior, podemos evidenciar un claro ejemplo de la vulneración de derechos fundamentales por los vacíos normativos a los que nos ha sometido el legislador, al omitir regular y parametrizar esta problemática. Si bien el órgano Constitucional terminó concediéndole los derechos a la pareja homosexual, afirmando que la omisión en el registro de los hijos biológicos de una pareja del mismo sexo con base a la interpretación heterosexual y tradicional de la familia, incurre en el desconocimiento de la existencia de otras uniones, las cuales están protegidas por la Constitución; dicha vulneración se pudo evitar si desde el año 2009 cuando en la sentencia T- 968 - 2009 la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la Republica a regular esta problemática y que aun el día de hoy, se encuentra en mora.

1.5 Sentencia T- 316 – 2018:

En esta sentencia se estudia la improcedencia para ordenar el procedimiento de fecundación in vitro a una ciudadana que desea concebir un hijo en su propio vientre, pese a que cuando era joven, al realizarle una cirugía le extirparon sus ovarios; todos los

especialistas que le atendieron le manifestaron que la única posibilidad para que pudiera concebir, era a través del tratamiento de fecundación in vitro. El debate de la sentencia se centra en que no existía orden médica que justificara el procedimiento pretendido por la ciudadana.

Resulta pertinente citar las palabras textuales de la Corte Constitucional en las consideraciones de esta sentencia, cuando precisa lo siguiente: “Es importante resaltar que las nuevas técnicas artificiales de concepción y la posibilidad de crear embriones por fuera del cuerpo humano plantean una serie de cuestiones legales, éticas y sociales que indudablemente requieren un escenario de discusión ampliamente democrático en cabeza del legislador y limitan la actividad discrecional del juez constitucional en virtud del principio de separación de poderes. No es dable, pues que, en ejercicio del control concreto por vía de acción de tutela, el juez expida órdenes que directa o indirectamente tengan efectos de carácter general, o constituyan un precedente de aplicación sistemática para casos con similitud fáctica, orientando por vía judicial la actividad de la administración pública y afectando aspectos de tan alta trascendencia como el valor de la vida en un Estado Social de Derecho”. (Corte Constitucional, Sentencia T-316/18, 2018). Por lo anterior, seguimos evidenciando que es muy clara la Corte al precisar que el escenario de discusión de estas técnicas de reproducción, se encuentra en cabeza del legislador, por ende, aplica también para la gestación subrogada en la cual se ocupa esta investigación.

Posteriormente sigue la Corte señalando la suma importancia de una regulación por parte del ente legislador sobre asuntos necesarios como:

Tabla: 3: *Asuntos sugeridos por la corte constitucional a ser regulados*

I	La donación de óvulos.
II	La congelación de embriones sobrantes.

III	La afiliación legal como resultado de embriones luego de la muerte de los padres.
IV	Inexistencia para la implementación de óvulos fecundados en distintos vientres de madres biológicas; lo que se conoce como “maternidad subrogada” o “maternidad por sustitución”
V	Las cuestiones relativas al registro de la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos.
VI	Número de descendientes de cada donante.
VII	La obligatoriedad en que estarían las entidades promotoras de salud de conseguir óvulos cuando quien solicita la fecundación in vitro, no los produce; y, la posibilidad de comercio de óvulos, entre otras.

fuentes: tabla elaboración propia.

La omisión del legislador al no abordar y/o desarrollar la problemática en mención genera una laguna legislativa en nuestro sistema.

1.6 Sentencia SU- 074 – 2020:

En esta oportunidad el órgano constitucional se ocupa de estudiar la temática referente a la posibilidad que personas con problemas de fertilidad, ocasionada por padecimientos patológicos, accedan a procedimiento de reproducción asistida con cargo al plan de beneficios en salud del sistema de seguridad social y su UPC (unidad de pago por capitación), es decir; que el procedimiento sea costado por el Estado. Se estudian en esta providencia cinco acciones de tutela donde las accionantes pretenden acceder a técnicas de reproducción asistida, como tratamiento a su infertilidad mediante el plan de beneficios en salud, pues argumentan que carecen de factor económico y monetario para costear el procedimiento. Indican que la negación por parte de las EPS en acceder a sus peticiones, violenta sus derechos fundamentales a la autonomía reproductiva, a la

dignidad humana, a la vida privada y familiar, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad, a la igualdad, a la salud y a conformar una familia.

En la línea jurisprudencial referenciada acerca de la temática el Tribunal Constitucional, en primera medida, había tomado una postura negativa en cuanto al acceso a estos tipos de procedimientos, sin embargo, se señala en esta sentencia que excepcionalmente se permitió acceder a esta tipología de procedimientos de reproducción asistida para tratamientos de infertilidad, bajo unos parámetros como:

"Cuando se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud; Cuando de la práctica del procedimiento de fertilidad dependen los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad personal del paciente; Cuando la infertilidad es un síntoma o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades. En estos casos, procede la tutela para garantizar el tratamiento de tales padecimientos con lo cual, de forma indirecta, se combate la infertilidad" (Corte Constitucional, Sentencia SU-074/20, 2020).

En ese orden de ideas, en el pronunciamiento constitucional de unificación que nos atañe, la Corte accede a las pretensiones de las accionantes y permite que inicien sus procesos de reproducción asistida como tratamiento a su infertilidad toda vez que, como lo ha determinado en su jurisprudencia, relacionada con el derecho de acceso a la prevención y tratamiento de las enfermedades del sistema reproductivo masculino y femenino; los servicios de salud reproductiva son una prerrogativa para garantizar este derecho, como también: *"El acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y procrear hijos, es decir, la posibilidad de acceder a procedimientos de reproducción asistida, entre los cuales se encuentran los tratamientos de fertilización in vitro"*. (Corte Constitucional, Sentencia SU-074/20, 2020).

Complementariamente, el órgano Constitucional estableció que el principio de progresividad dentro de la seguridad social imperativamente obliga a desarrollar y ampliar cada vez más el ámbito de realización del derecho a la salud y su prestación,

todo esto con miras a no reducir el nivel de satisfacción alcanzado con anterioridad. Cabe señalar que en el curso del estudio adelantado por los magistrados acerca de las acciones de tutela seleccionadas, se expidió la Ley 1953 de 2019 mediante la cual se señalan lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad, y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva, normatividad que coadyuvó a tomar la decisión de proteger los derechos de las accionantes. En esta referencia legal se advirtió que, si bien se expidió una ley en referencia a la temática tratada, se observa:

Un déficit de protección de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud y de los derechos reproductivos debido a la imposibilidad para las personas de menor capacidad económica de acceder a tratamientos de fertilización in vitro” (...) (Corte Constitucional, Sentencia SU-074/20, 2020).

Después de haber examinado los distintos pronunciamientos Constitucionales acerca de la gestación subrogada o maternidad por sustitución; se pudo evidenciar que la corporación Constitucional profundiza el tema en el año 2009 con la sentencia T - 968 - 2009 señalando unos requisitos y condiciones que como mínimo debería contener una regulación de esta. Lo que establece el enfoque principal del presente trabajo, no obstante, es necesario acotar que pese a los intentos que desde la corte se han iniciado estableciendo condiciones, criterios, lineamientos etc. exhortando al Congreso de la República que tienen como principal función la de legislar, y que es esta entidad, la competente para unificar legislativamente los procedimientos y criterios normativos con relación a la gestación subrogada.

En el año 2019 se dio un avance a través de la Ley 1953 de 2019 “por medio de la cual se establecen lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”; dicha ley ordenó al Ministerio de Salud regular el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida, tarea que hasta la fecha no ha realizado, toda vez que en la resolución 0228 del 20 de febrero de 2020, el Ministerio de

Salud, solo establece adoptar medidas en políticas públicas referentes al tema de tratamientos de infertilidad, haciendo hincapié en las competencias de los entes territoriales ejecutarlas conforme a la heterogeneidad de la población afectada; así pues, ordena a las entidades prestadoras de servicios de salud ejecutar tales medidas conforme a la prestación de tratamientos de infertilidad, y por lo tanto una vez más el ministerio de salud no enfatiza, y no fija una orden clara en cuanto a la eventual regulación de tales tratamientos de reproducción asistida.

Se pudo constatar en la Sentencia SU - 074 de 2020 le correspondió a la Corte establecer unos lineamientos provisionales mientras el Ministerio dicta la reglamentación correspondiente. Así las cosas, los acercamientos normativos frente al tema profundiza la necesidad de establecer líneas normativas en aras de una regulación en el procedimiento de la gestación subrogada, debido a que estos acercamientos, por decirlo de forma metafórica, hablan del género mas no de la especie, puesto que la gestación subrogada hace parte de las técnicas de reproducción asistida, lo que dentro de las generalidades de esos acercamientos sobre los tratamientos de infertilidad, no se hace mención de la realidad imperante de aquellas situaciones en que se dan estos acuerdos de voluntades entre las personas que no pueden procrear.

Recientemente se ha introducido el proyecto de ley que trata sobre la modificación de la referenciada ley 1953 de 2019, con la naprotecnología como tratamiento para la infertilidad en Colombia, Proyecto de Ley 034 (Pacheco, Rodríguez *et al.* 2021) No obstante, es notorio el interés de avanzar sobre la necesidad de crear alternativas legislativas, en aras de preservar el derecho de las personas a procrear, por medio de la incorporación de nuevas técnicas de reproducción en los avances de esas políticas públicas y en dicha propuesta tampoco se menciona la maternidad subrogada. Resulta ambiguo que se aluda acerca de los tratamientos de infertilidad o técnicas de reproducción y no se especifique, ni indique qué reglas aplicarían o no, a la gestación subrogada como técnicas de reproducción asistida.

CAPÍTULO II. EL ACUERDO DE VOLUNTADES Y LA FILIACIÓN DE LA MUJER GESTANTE.

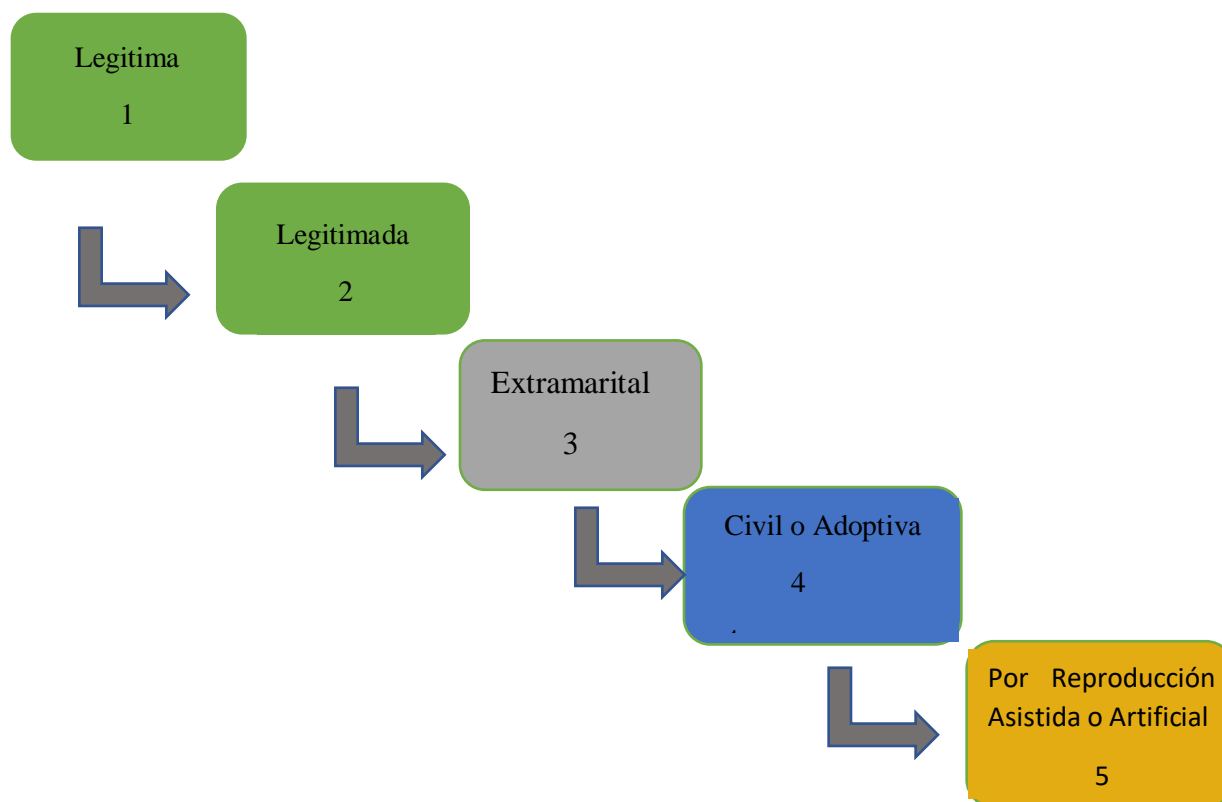
Identificados los vacíos normativos y procedimentales que podrían dar origen a la reclamación de derechos de filiación, de las mujeres que han realizado un acuerdo de voluntades al aportar material genético para la procreación de un menor, primeramente, en este segundo capítulo, se explica qué se entiende por acuerdo de voluntades y en qué consiste el derecho de filiación.

2. El Acuerdo de Voluntades y la Filiación de la Mujer Gestante.

Con respecto al acuerdo de voluntades, se puede definir de una forma sucinta, como aquel acto o hecho a través del cual dos o más partes se comprometen de manera recíproca a realizar determinada prestación. Es decir, el acuerdo de voluntades es un hecho generador de obligaciones; autores como Ortiz Álvaro (2019) definen la obligación como un vínculo en virtud de una persona llamada acreedor, pueda exigir a otra denominada deudor, constituyéndose en un acto de presentación, el cual está llamada a dar, hacer o no hacer.

Seguidamente, encontramos que la filiación es un elemento presente en la correlación familiar que se puede definir, como aquel entramado de relaciones jurídicas que están supeditadas a la maternidad o paternidad de un hijo, que a su vez los une para imponerles una serie de obligaciones y derechos recíprocos, es decir; es aquel vínculo jurídico que liga a los padres con sus descendientes de primer grado a raíz de la procreación de este último llamado hijo (García Sarmiento, 1999 como se citó en Torrado, 2020). Sin embargo, la definición aquí expresada del derecho de filiación es de carácter general, toda vez que existen dentro de nuestro ordenamiento jurídico, varios tipos y/o clasificaciones de este derecho, que precisamente no parten del vínculo consanguíneo. Así las cosas, podemos encontrar:

Tabla 4: Clases de filiación



Nota: Tomada de Torrado, Heli (2020). Derecho de familia, matrimonio, filiación y divorcio. Editorial Legis, p. 107.

Por otra parte, la mujer gestante es aquella que decide someterse a los procedimientos científicos conocidos como técnicas de reproducción asistida, para llevar en su vientre a una criatura obligándose a entregar después del parto, es menester precisar que la mujer gestante puede o no aportar material genético (óvulos) para la fecundación. Para comprender correctamente la temática, es imperativo tener claridad sobre las formas de gestación subrogada de carácter general existentes, las cuales son las siguientes:

2.1 Clases de Maternidad Subrogada.

2.1.1. Tradicional

Es cuando la madre es inseminada artificialmente, usando su propio óvulo. Esto la vuelve también la madre biológica.

2.1.2. Gestacional

Ocurre cuando el óvulo es proveído por la pareja que se quedará con el bebé. Otros autores como Bruent y otros (2012, citado en Cadavid, Karla M. & Barrera, Amalia, 2016) donde se menciona la existencia de otras formas de maternidad.

2.1.3. Subrogación Altruista

Lo que según los autores es un acuerdo de voluntad de carácter subrogaciones en que una madre -sustituta- no tiene retribución ninguna en el caso concreto, más que aquellos gravámenes económicos que devengan del procedimiento del alquiler de vientre. En general son los futuros padres los encargados de suplir las necesidades económicas correspondientes a dicho procedimiento.

2.1.4. Subrogación Comercial.

Es aquel acuerdo por medio del cual se le ofrece como retribución económica a la mujer que llevará a cabo la subrogación, un monto adicional superior a los gastos médicos correspondientes al tratamiento; lo que para los autores se le puede llamar una tasa compensatoria por el trauma que esto genera, esta carga recae sobre los futuros padres.

2.1.5. Subrogación Transfronteriza.

Este tipo de acuerdos se da lugar una mujer de alquiler y los padres posteriores son de diferentes países; es decir, se da un intercambio que trasciende fronteras, es más que todo la vinculación de dos países, lo que se daría un acuerdo internacional en materia gestacional.

Este tipo de procedimiento, gestación subrogada, en conjunto con sus diferentes clasificaciones, no cuentan con una regulación clara y específica en diferentes Estados debido a su “novedad”, como es el caso del ordenamiento jurídico colombiano, lo que ha permitido que ésta práctica se ejerza sin control aparente, y a su vez, conlleva a que Colombia se convierta en un país para la práctica de lo que se denomina turismo reproductivo. Pues existen personas desde esta cosmovisión que incurren en la ejecución de convenciones aparentemente legales, en razón de satisfacer sus deseos de ser padres, sin medir consecuencias jurídicas como en los casos donde la persona contratada para el alquiler del vientre, luego de concebir, ponga resistencia en la entrega del recién nacido o en su defecto, al aportar material genético se sienta con derechos sobre el menor. Asimismo, se deja de observar problemas de carácter personal, biomédico, psicológico y jurídico, motivados por el vacío normativo que ha emergido a raíz de este tipo de procedimientos.

El debate de este capítulo se centra en la filiación artificial o asistida, pero para mayor comprensión hay que tomar en cuenta las otras clases de filiación tal como se muestra en la tabla número 2 del presente capítulo, que para Torrado (2020) se comprenden de la siguiente manera:

“Hijos concebidos dentro de un vínculo originado del matrimonio o, en unión marital de hecho, estamos hablando de una **filiación legítima**; y si es fruto de una relación extramarital, nos referimos a una **filiación ilegítima** o, mejor llamada **filiación extramarital**, anteriormente llamada natural; si es consecuencia de la adopción, estamos

hablando de una **filiación civil** o **filiación adoptiva**. pero el artículo 42 de la constitución política también contempla los hijos procreados con asistencia científica, que da lugar a **la reproducción artificial o asistida** (p.106).

Por otro lado, La Corte Suprema de Justicia lo explica de la siguiente manera: “La diferencia entre la reproducción "natural" y la "artificial" consiste en que la primera se da por la cópula de los órganos sexuales masculino y femenino; mientras que en la segunda la fecundación del óvulo se hace sin unión sexual o ayuntamiento, aunque tales conceptos no son del todo precisos, porque ambos procesos son biológicos y siguen las leyes naturales de la reproducción celular. **La inseminación artificial es, entonces, la fecundación científicamente asistida del óvulo, que puede hacerse en el útero de la madre o fuera de éste (in vitro); con semen de la pareja o de un donante**”. (Corte Suprema de Justicia, sentencia SC/6359/17,2017).

Por lo visto previamente, y teniendo en cuenta las sentencias analizadas en el primer capítulo se puede constatar la posición de la Corte Constitucional frente a la gestación subrogada conocida como total o tradicional, donde no deja dudas de que evidentemente en esta modalidad no se discute el vínculo de filiación para con el menor, puesto que la mujer aportó material genético para su procreación. Paralelamente a las dos posturas existentes con relación al tema planteado, ya estudiado por la Corte Constitucional y que más tarde la Corte Suprema de Justicia aborda conceptualmente la diferencia entre reproducción natural y asistida (lo que en su momento no abordó la Corte Constitucional), dan lugar a otros interrogantes con relación a la filiación, acotando que la Corte Suprema de Justicia funda su postura citando el inciso 6to del artículo 42 de la Carta Política, lo que para tales efectos cita el **“principio de unidad de filiación”**, la polémica que puedan dar lugar en torno a la filiación podrían ser con relación al nexo existente entre el consentimiento y el vínculo filial, esto es, que de acuerdo a la tesis planteada desde la Corte Constitucional en el año 2009, si la mujer aporta material genético para la fecundación del menor, estará facultada para exigir derechos de filiación, puesto que, en la filiación natural la maternidad o paternidad se desvirtúa mediante la prueba científica; por otro lado la tesis de la Corte Suprema se centra en que la

impugnación de la maternidad o paternidad debe tener como eje la falta de consentimiento libre e informado para realizar el procedimiento científico, conocido como inseminación artificial.

En palabras textuales de la Corte Suprema, resulta completamente irrelevante que en la filiación artificial se impugne la maternidad o paternidad, demostrando la ausencia del vínculo consanguíneo; ciertamente esta práctica se puede considerar lícita en cuanto que no existe una regulación de la misma, lo cual hace referencia a la locución popular en derecho que indica que **“aquello que no está prohibido está permitido”** sin embargo, mirando a profundidad el objeto del contrato o el acuerdo de voluntad de la gestación subrogada, el que está por nacer según ese concepto es tratado como **“una cosa”** esto por hacer una analogía de lo que se conoce comúnmente como contrato; entendiendo que la mujer debe ceder los derechos del que está por nacer a favor de otra mujer que figura como madre de éste, considerando que la filiación es un derecho fundamental, resulta pertinente preguntarse: *¿Sería esta una excepción a la regla general de que los derechos fundamentales son irrenunciables? Teniendo en cuenta los conceptos ya discutidos, se pueden evidenciar los vacíos normativos respecto a la temática en cuestión, en la cual puedan dar lugar a innumerables situaciones de tipo civil-filiación.* análogamente podemos evidenciar la falta de claridad jurídica para un caso de reclamación filial, en el entendido que la subrogación de vientre, gestación subrogada o gestación por sustitución, es una alternativa para aquellas parejas o personas que por alguna razón no puedan lograr un embarazo, o de otra manera no puedan concebir hijos y así concretar el sueño de formar una familia.

Recientemente en la Sentencia SC-1171/22 (Corte Suprema de Justicia, 2022) la Corporación ratificó el derecho de filiación sin tomar en cuenta el vínculo consanguíneo, resaltando las distintas formas en que una persona puede llamarse hijo sin dicho vínculo. Para la Corte el resultado del 99.9% en una prueba de ADN, no resulta ser irrefutable para establecer la maternidad o paternidad, es por ello que la misma Corte realiza también una interpretación de familias de crianza conceptualizando como, *aquella que*

nace de las relaciones de comprensión, protección, de afecto, respeto y solidaridad, y que no es necesario un lazo de consanguinidad o vínculo jurídico.

A modo de conclusión, queda en evidencia que definitivamente existe un vacío normativo y procedimental de la maternidad subrogada versus el derecho de filiación. Más allá de la existencia de un acuerdo de voluntades; merece la pena subrayar que con lo planteado por la Corte Suprema de Justicia en el año 2017, queda claro hasta cierto punto que jurídicamente la filiación mediante las técnicas de reproducción asistida es totalmente factible, tal como lo señala el cuerpo colegiado a la luz del inciso seis del artículo 42 de la Carta Política. Ciertamente, la Corte Suprema argumentó de manera racional y lógica la forma como debe entenderse el derecho de filiación por reproducción artificial o asistida, siendo el eje central de dicho procedimiento el consentimiento libre e informado, y que en éste no prima el vínculo biológico; pero que no por ello, se pueda decir, que no quedan dudas e interrogantes por resolver respecto de la temática en cuestión, puesto que, es una tarea que le corresponde al legislador el precisar y establecer las reglas de juego de la gestación subrogada, y el derecho de filiación; dicha tarea deberá realizarse de una manera minuciosa tratando en la medida de lo posible evitar que esa futura y necesaria regulación caiga en diversas interpretaciones; es decir, que el texto normativo que regule la forma, la pertinencia y principios procedimentales, establezca también de forma concreta los matices éticos, bioéticos, de derecho, y conceptuales, de la imprescindible regulación, lo que también con ello, no dé lugar, a que surjan lagunas normativas en cuanto a dicho procedimiento; en tanto que, si no se hace de esa manera puede resultar siendo peor el tratamiento que la enfermedad.

CAPÍTULO III. GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL COMO REFERENCIA NORMATIVA PARA COLOMBIA.

En este capítulo se analiza, uno de los aspectos relevantes, dentro de la investigación jurídica que tiene como objetivo recolectar información de carácter legal, para proponer soluciones a problemáticas presentes en el marco normativo interno de un determinado país, es el derecho comparado, el cual desde tiempos inmemorables permite la referencia de mandamientos, códigos o preceptos normativos entre diferentes Estados, con el objetivo de establecer criterios de convivencia que permitan regular conductas del ser humano, que si bien están presente dentro de su compuesto social, estas no cuentan con una reglamentación clara y expresa.

El Derecho comparado es un método de estudio jurídico que, como expresa (Rene, David, 2002 como se citó en González, 2006) tiene un papel fundamental en los estudios y/o investigaciones del derecho ya que le permite al estudioso tener una mirada amplia de su ordenamiento jurídico, para así observar la evolución y las problemáticas presentes en el mismo, y por consiguiente buscar una idónea solución a los flagelos identificados; por esta razón, según su postura, este método tiene un papel semejante a la historia. Cabe señalar que, si bien este mecanismo es relativamente nuevo, ya ha sido utilizado en la antigüedad, como, por ejemplo, en la famosa obra de Platón llamada Las leyes, donde el filósofo realizó el estudio comparativo de los diferentes sistemas jurídicos internos que gobernaban a cada una de las ciudades Estados griegas.

Es pertinente el estudio comparativo sobre el tratamiento normativo de la maternidad subrogada en el escenario internacional; lo que en gran medida ayudará a la elaboración de principios que fundamenten la eventual regulación de esta realidad que también se encuentra en Colombia. En cuanto al tema que nos ocupa, se han dado muchas referencias normativas o iniciativas tanto en países próximos y lejanos, en ese sentido, para llegar a una comprensión más clara, es importante tener en cuenta dichas referencias, lo que nos permitirá analizar las diferentes regulaciones desde la perspectiva

de las distintas concepciones culturales, así como también desde distintas formas de gobierno.

Es por ello por lo que se tomaran como muestra las siguientes legislaciones o proyectos legislativos en los siguientes países; **Argentina, Estados Unidos de América, México, Rusia e India**, por lo que también, se hace pertinente un diálogo interdisciplinar constante en las esferas del derecho como ciencia social y humana, que nos lleve a una concepción realmente holística que contribuya en la generación de preceptos normativos acordes al real. Seguidamente, se procede a destacar de manera sucinta los aspectos relevantes de la maternidad subrogada en los países en mención:

3.1 ARGENTINA.

El escenario jurídico de la maternidad subrogada en la República Argentina es parecido al nuestro, puesto que, la práctica tampoco se encuentra expresamente prohibida por la ley, a lo cual varios doctrinantes señalan que la gestación subrogada en Argentina se encuentra legitimada por la parte final del artículo 19 de la constitución nacional de ese país, el cual reza: “(...) ***Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe***”.

Sin embargo, en este país han existido importantes proyectos de Ley para regular la gestación subrogada, los cuales resultan pertinente tomarlos como base en la medida en que, realizando un comparativo con los intentos de proyectos de ley que se han tramitado en nuestro país, los de Argentina han sido más robustos y contienen aspectos que le podrían servir a nuestra legislación al momento de regular la gestación subrogada. Dicho lo anterior, se hace necesario citar los proyectos 5700-D-2016, 5759-F-2016 y el Proyecto de ley S-825/18 de la República de Argentina.

A Continuación, se menciona los aspectos relevantes de los proyectos de ley mencionados:

3.1.1. Proyecto de ley 5700-D- 2016:

Fundamenta que en cualquier sentido de la práctica de la implementación de las técnicas de reproducción asistida resulta imperativo la voluntad procreacional, como el principal componente para el nacimiento, lo que a la luz del presente proyecto de ley es necesario el prescindir de los elementos biológicos y genéticos para tal fin. En consecuencia, de ello, los ponentes de este proyecto indican que con la mera voluntad de que nazca el menor, de la pareja o persona, es causa justa y suficiente para que se produzca la gestación subrogada. Lo que para ellos se trata de una desmitificación del requisito único y central acerca de lo biológico con relación a la filiación y que el presente proyecto consolida la determinación de la filiación en concordancia con la procreación por medio de técnicas de reproducción asistida. Los proponentes categorizan el actuar como un componente necesario en el hecho jurídico, lo que sería para tal caso el de la “**parentalidad voluntaria**” ya que por medio de la misma se manejan los elementos volitivos, afectivos y sociales no exclusivos de características genéticas. Proyecto de ley 5700 -D- 2016 (Ferreira et al, 2016).

3.1.2. Proyecto de Ley 5759-F-2016:

Se presenta como una realidad en el ámbito jurídico que cuestionó al legislador quien es el obligado a responder a tal necesidad que para el caso argentino ha incurrido en omisión, a la causa del proyecto busca motivar la misma, maximizando principios como el de **IGUALDAD** y la **NO DISCRIMINACION**. En ese orden de ideas, los proponentes toman en cuenta las personas o parejas que puedan contar con capacidades económicas para ejecutar la práctica de gestación subrogada en el exterior del país, y luego realizan los registros pertinentes en el país argentino. En ese sentido para la propuesta de ley resulta injusto e incoherente el negar la práctica de Gestación Subrogada en el país, ya que la conducta prohibitiva, solo afectaría a aquellas mujeres o parejas que no tengan condiciones económicas para su realización y manifiesten el deseo de procrear ante una condición médica que les impida ser padres, por los costos que esto implicaría. Por lo descrito anteriormente, reiteran los proponentes que este

proyecto de ley propone la regulación en su alcance, las relaciones jurídicas y los derechos de la Gestación Subrogada y el procedimiento jurídico, para lo cual lo enmarcan en tres categorías como finalidad, que son las siguientes;

- La protección de los comitentes, lo que sería el amparo de todas las partes intervinientes; gestante y comitentes.
- Las garantías del ejercicio de los derechos.
- Garantizar el interés superior del menor gestado que pueda nacer de un eventual procedimiento de gestación subrogada. Proyecto de Ley 5759-F-2016 (Rach et al., 2016)

3.1.3. Proyecto de Ley S- 825/18:

Este proyecto de ley señala un principio el cual se denomina, principio de **No Discriminación**, dejando claro que al ser regulada la práctica de la gestación o maternidad subrogada, no deben establecerse ninguna serie de exclusiones, restricciones u obstáculos en ocasión a la identidad de género, sexo u orientación sexual de la gestante o de los comitentes (persona o pareja que solicita a la mujer que geste al niño del cual figurarán como padres) este principio termina señalando que cualquier obstaculización que se fundamente en dichas restricciones serán considerada como discriminatoria.

Resulta pertinente traer a colación el principio de esta ley, puesto que el eje central de esta investigación es proponer los lineamientos de principios que debe contener una eventual ley que regule la gestación subrogada en Colombia. Por otra parte, el Proyecto de Ley S-825 (Cobos, 2018) desarrolla aspectos importantes como los siguientes:

- La Gestante y comitente/s deberán acreditar tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país.
- Las partes de este procedimiento (gestante y comitente/s) de manera conjunta deberán realizar solicitud al Juez de Familia para que este autorice

el procedimiento, manifestando de forma expresa que consienten el vínculo jurídico de filiación que se tendrá entre los comitentes o comitente y el menor nacido, en ocasión al procedimiento de gestación subrogada y precisando que la gestante no tendrá vínculos de filiación con el menor que gestó por determinado tiempo.

- No se podrá impugnar la filiación del niño nacido de la gestación subrogada cuando ha mediado autorización judicial.
- El centro de salud que interviene en el proceso de la gestación subrogada, no podrá proceder a la transmisión embrionaria en la gestante, sin que haya mediado la autorización judicial correspondiente de la gestación por sustitución.

3.2 ESTADOS UNIDOS.

Este país detenta una regulación disímil de la gestación subrogada, pues es prudente señalar que dentro de su forma de Estado cuenta con independencia legislativa para los Estados que conforman la unión, por tal motivo, se encuentran territorios donde se prohíbe la gestación sustituta; se permite la gestación por sustitución o simplemente no se menciona esta figura en el ámbito legislativo.

3.2.1 Algunos Ejemplos Relevantes De Estados Que Admiten La Gestación Subrogada:

El estado de California en sus inicios aceptó esta práctica de reproducción asistida a través de la jurisprudencia, donde en general los jueces apelaban a la iniciativa privada de las partes para acordar el desarrollo del proceso de gestación subrogada, dejando como resultados de sus sentencias la paternidad de los menores a favor de los padres contratantes o comitentes.

Por lo anteriormente dicho, se estableció dentro del *california family code*, precisamente en la sección 7630 (f), que los padres comitentes o cualquiera de las partes involucradas en un acuerdo de gestación, deberían iniciar un proceso judicial para establecer, por medio de lo que llaman la unidad de acto establecido en sentencia; la filiación a favor de los padres contratantes, mandato que hasta el día de hoy se mantiene y es conocida como orden prenatal. Para el año del 2013 se establecieron pautas o mandatos dentro del *California Family Law, Sections 7960–7962* que expresamente permiten la gestación subrogada en este Estado, tanto para parejas homosexuales como heterosexuales sin importar si se encuentran casadas o no; con el cumplimiento de algunos requisitos como los siguientes: Cada parte debe contratar por separado los servicios de un abogado experto en el tema, para explicar a profundidad las consecuencias del contrato; la intervención de un psicólogo y galeno, para resguardar estándares éticos y biomédicos del proceso; que se suscriba el acuerdo de gestación ante notario para tener validez ante la ley; señalar en el acuerdo suscrito el origen de los gametos, identificación de las partes y el proceso que se seguirá para obtener la orden prenatal; dentro de los requisitos no se observa limitación de edad para la madre que llevará a cabo la gestación (Cifuentes & Guerra, 2019, p. 31).

Nueva Jersey, posee una regulación a favor de la gestación subrogada consagrada en la Ley del Acuerdo de Portador Gestacional de Nueva Jersey (*New Jersey Gestational Carrier Agreement Act*) que tuvo su entrada en vigor para el año 2018. Esta ley permite llevar a cabo gestaciones subrogadas de carácter altruistas o remuneradas, sin embargo, dentro de esas modalidades está prohibido que la madre gestante aporte material genético, es decir, en este estado no se le da vía libre a la maternidad subrogada tradicional, como se le conoce en los Estados Unidos de América a esta clase de gestación subrogada. Otro aspecto interesante es la condición establecida en cuanto a la vinculación genética que debe tener el menor con algunos de los padres comitentes, pues de lo contrario no sería viable el acuerdo de gestación. Asimismo, se establece unos requisitos para la mujer que desee gestar, como una edad superior a los 21 años; una valoración médica y psicológica antes de suscribir el acuerdo de gestación; haber

dado a luz por lo menos una vez antes y una asesoría legal que le permita entender el contrato y sus consecuencias (Cifuentes & Guerra, 2019, p. 31).

3.2.2 Algunos ejemplos relevantes de Estados que prohíben la gestación subrogada comercial:

Los ejemplos más apropiados para enfatizar una prohibición de la maternidad subrogada dentro de los **Estados Unidos de América** son los estados de **Nueva York** y **Michigan**, en el primero de los mencionados se establecen una serie de multa que van desde los 10.000 USD, pues así, se encuentra establecido en la *Domestic Relations Act* (Sección 8 - 122) donde declara nulo este tipo de contratos y contrarios a la política pública del estado; por otra parte, Michigan en su *Surrogate Parenting Act* (Sección 722.855) y (Sección 722.855) señala que la gestación subrogada con fines comerciales se encuentra prohibida rotundamente y en caso del desconocimiento de dicho mandato se impondrá multa desde los 10.000 USD hasta 1 año de prisión, lo cual se puede agravar si dentro del proceso participa una mujer gestante menor de edad, con discapacidad o enfermedad mental. Estos estados si bien prohíben expresamente la clasificación comercial han permitido que se lleve a cabo dentro de su territorio la gestación subrogada altruista (Cifuentes & Guerra, 2019, p. 30).

3.3 MÉXICO.

Por ser este país un Estado federal, la maternidad subrogada se encuentra enmarcada dentro de tres realidades a lo largo de sus Estados. **Primero:** la ley establece su regulación de una forma positiva, es decir, la permite; **Segundo:** la ley establece su regulación, pero de forma negativa, es decir, la prohíbe; **Tercero:** la ley no establece alguna regulación respecto de esta especie de técnica de reproducción asistida.

La regulación positiva, se encuentra en el **Estado de Tabasco**, donde la codificación civil establece mandatos que permiten la ejecución de este tipo de técnicas de reproducción asistida en el articulado 92, bajo algunos parámetros relevantes. En

primera medida esta codificación clasifica y define lo que se debe entender por madre gestante sustituta, entendiéndose como la mujer que lleva a término el embarazo, pero no aporta material genético en ninguna de las etapas del proceso, es decir, no aporta óvulos; madre gestante subrogada, definida como la persona del sexo femenino que en principio aporta sus óvulos y además lleva a cabo la gestación; madre contratante, es aquella que acuerda utilizar los servicios de una madre gestante sustituta o madre gestante subrogada, según las características del caso en concreto. (Código civil para el Estado de Tabasco)

Igualmente, este artículo 92 brinda nociones pertinentes acerca de la maternidad, es decir, la filiación o vínculo entre el niño producto de la gestación y la madre contratante, dejando claridad que si el procedimiento se realizó con la participación de una madre gestante sustituta, bastará con la presentación del niño ante el oficial del registro civil para que éste asiente a la madre contratante como madre legal del menor, toda vez que, el simple hecho de haber realizado la contratación implica que ésta última ha aceptado la maternidad. Por otra parte, cuando existe una participación de madre gestante subrogada; la madre contratante deberá iniciar un proceso de adopción plena para obtener la maternidad del menor. En cuanto a la filiación del padre contratante, si lo existiere dentro del proceso de gestación, el conjunto legal expresa que el funcionario del registro civil no podrá asentar como padre al contratante, si el proceso se realizó con la participación de una madre gestante subrogada casada, ya que en ese sentido se tendría como padre del niño al esposo de la madre gestante, salvo que éste último desconozca al bebe con sentencia ejecutoriada, es decir, que la autoridad judicial a través del proceso legal pertinente, establezca que es viable el desconocimiento del menor. (Código civil para el estado de Tabasco)

Cabe señalar que la maternidad subrogada dentro de este ordenamiento jurídico es igual e incluso, catalogada como un contrato, al expresar el artículo 382 bis 2 de la codificación civil que existen dos tipos de gestación por contratación, la subrogada y la sustituta, las cuales son definidas acorde a la participación de una madre gestante subrogada o sustituta, es decir, subrogada donde la gestante aporta óvulos y sustituta

donde solo se limita a brindar su vientre, como bien se aclaró anteriormente. Es importante precisar que la normativa local en este estado permite que los contratos de gestación se realicen de forma altruista. (Código civil para el estado de Tabasco).

Otros aspectos relevantes dentro del ordenamiento jurídico-civil del estado de Tabasco de México es la restricción que establece para los padres contratantes en cuanto a su nacionalidad, toda vez que, sólo se le permite a las personas nacionales de México iniciar estos procesos de gestación subrogada, al igual que de forma tajante manifiesta como requisito sine qua nom, la certificación de infertilidad por parte de instituciones médicas acreditadas para las madres contratante que deseen iniciar el proceso de gestación; pero no es la única parte involucrada, en el proceso se encuentra parámetros de restricción para acceder a estos procedimientos de reproducción, ya que la madre gestante tiene que cumplir algunos requisitos como la edad, que va desde los 25 a 35 años de edad; superar estudios que están a cargo de la secretaría de salud, para establecer su perfil clínico, social y psicológico y brindar su consentimiento libre e informado para suscribir el contrato de gestación. (Código civil para el estado de Tabasco)

El **Estado de Sinaloa** es otra circunscripción territorial de México que permite el desarrollo de los procedimientos de gestación subrogada dentro de su jurisdicción. La normativa referente a esta técnica de reproducción se encuentra entre los artículos 283 y 297 del Código Familiar del estado de Sinaloa, que en gran parte es semejante a la regulación que se maneja en Tabasco, pues establece igualmente una clasificación para la maternidad subrogada donde se observa que se permite la gestación subrogada parcial, la cual consiste en el contrato que se realiza entre la pareja interesada y la gestante, donde esta última aporta su vientre para que se le implante un embrión previamente fecundado in vitro con los óvulos y espermatozoide de la pareja contratante; Asimismo se identifica la gestación subrogada total, que es aquella donde la madre gestante aporta sus óvulos para la procreación del niño; la gestación subrogada onerosa, que implica una retribución de una cantidad cierta y determinada, por fuera de los gastos médicos de antes y después del embarazo, para aquella mujer que decide embarazarse

por otra; Gestación subrogada altruista, que es la decisión libre y clara que toma una mujer para embarazarse por otra sin recibir pago a cambio. A la vez, esta codificación establece una restricción de edad, entre los 25 y 35 años para la gestante y el impedimento para llevar a cabo un embarazo por problemas de fertilidad o gestación para la madre contratante, como requisito indispensable para acceder a la gestación subrogada. Un valor agregado de esta legislación local es lo consagrado en el artículo 296, pues permite que la madre gestante demande a la pareja contratante el pago de los gastos médicos que le ocasione una patología derivada de la gestación. (Decreto número 742: código familiar del estado de Sinaloa)

Otros estados como, **Ciudad de México D.F., Michoacán, Colima, Sonora, Zacatecas y el Estado de México**, hacen una referencia legislativa abierta y general de las técnicas de reproducción asistida para las parejas como opción de procreación, lo que hace presumir que se encuentra permitida, sin embargo, por ser estos postulados de carácter generales, adolecen de algunos requisitos básicos para los procesos de gestación subrogada. Ejemplo de esto es el artículo 162 del código civil para el distrito federal donde se enfatiza que:

“Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia” (Código civil para el distrito federal).

En otro sentido, la legislación negativa de la gestación subrogada dentro de México se encuentra en el **Estado de Querétaro**, ya que el artículo 400 de su codificación civil prohíbe que se contrate una tercera persona para llevar a cabo la gestación de un embrión debidamente fecundado, cuando la pareja haya iniciado un proceso de adopción de embriones, es decir, la pareja interesada en adoptar embriones deberá realizar la gestación de éste en el vientre de la mujer interesada ya que no podrán hacer uso de la maternidad sustituta y/o subrogada. (Código civil del estado de Querétaro) Igualmente, el **Estado de San Luis Potosí** permite técnicas de reproducción asistida para los

cónyuges, pero cataloga como inexistente este mecanismo de reproducción asistida en el artículo 243. (Código familiar del estado de San Luis Potosí) Los demás estados que componen el país mexicano, han omitido pronunciamiento en cuanto a la implementación de esta técnica de reproducción asistida al interior de su jurisdicción territorial, dejando un vacío importante en su legislación local.

3.4 RUSIA.

Para la República de Rusia, el procedimiento de las técnicas de reproducción asistida como la maternidad subrogada es admitida desde los años 90 la cual se introduce en el código de familia federal de 1995 y en la ley federal del registro civil de 1997; todos estos avances normativos llevaron a la federación Rusa a establecer el procedimiento regulado sobre las bases de protección a la salud, esto fue para el año 2012; en la ley federal de protección a la salud de los ciudadanos rusos, esta misma ley excluye a las parejas homosexuales; Si bien es cierto que la regulación de la maternidad subrogada en el gobierno ruso era necesaria y pertinente desarrollar de forma tal que la estipula como una protección en salud para sus ciudadanos, y que pese al avance y evolución normativa no deja de ser paradigmático la exclusión del procedimiento para las parejas del mismo sexo, entendiendo esto en su contexto nacional, cultural y político.

Aunado a lo anterior, mirando el contexto global con relación a la regulación normativa rusa sobre maternidad subrogada, podríamos inferir que, al estipular la exclusión de las parejas homosexuales, estaríamos incurriendo en una vulneración del derecho sexual y reproductivo del ciudadano, a la igualdad, a la dignidad humana entre otros. Si miramos esta perspectiva para el ámbito Colombia resultaría prudente tomar apartes que lleven a garantizar tales derechos en la población, toda vez que, en el art. 5 de la CP. de la República de Colombia en el que se establece que **“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”** cabe anotar que, los adelantos normativos rusos sobre las técnicas de reproducción asistidas para la maternidad subrogada, resultan ser novedosos en el contexto del derecho de familia y

por su componente social en materia de salud como una ley federal, la cual debe regirse en todos los estados autónomos y repúblicas rusas; lo que pone en manifiesto de la protección y garantía que ofrece el Estado Social de derecho para sus ciudadanos, así resulte contradictorio en el caso de la exclusión de aquellos ciudadanos que se identifican como género diverso.

La Ley Rusa No 323 -FZ en su Art. 55 y siguientes, desarrolla el procedimiento de forma concreta sobre aplicación de tecnologías de reproducción asistida; resulta pertinente destacar los siguientes numerales del articulado:

- Numeral tercero: *“Un hombre y una mujer, tanto casados como solteros, tienen derecho a solicitar tecnologías de reproducción asistida en presencia de personas mutuamente **informadas consentimiento voluntario para la intervención médica**. Una mujer soltera también tiene derecho a el uso de tecnologías de reproducción asistida en presencia de su madre informada consentimiento voluntario para la intervención médica.*
- Numeral cuarto: *Al utilizar técnicas de reproducción asistida, **elegir el sexo del futuro hijo no está permitido**, excepto en los casos de posibilidad de heredar enfermedades.*
- Numeral séptimo: *Podrán ser donantes de células germinales los ciudadanos con edades comprendidas **entre los dieciocho y los treinta y cinco años, sanos física y psíquicamente**, que hayan sido sometidos a un examen médico genético.*
- Numeral octavo: *Al utilizar células germinales y embriones de donantes, **los ciudadanos tienen derecho a obtener información sobre los resultados de un examen médico**, médico y genético de un donante, sobre su raza y nacionalidad, así como datos externos.*
- Numeral décimo:
Puede ser madre sustituta una mujer de entre veinte y treinta y cinco años.

I. Tener al menos un hijo propio sano, que haya recibido un certificado médico de un estado de salud satisfactorio.

II. Que de una declaración voluntaria informada por escrito consentimiento para la intervención médica.

III. Una mujer que está casada de acuerdo con el procedimiento establecido por la legislación de la Federación Rusa, puede ser una madre sustituta sólo con el consentimiento por escrito del cónyuge.

IV. Una madre subrogada no puede ser donante al mismo tiempo de óvulos.

3.5 INDIA.

Partiendo desde el año 2002, las técnicas de reproducción asistida por subrogación fue una práctica permitida, tanto para ciudadanos como para extranjeros. No obstante, a partir del año 2015 se introdujo un cambio en la Ley, la cual dispone sólo permitir la práctica a ciudadanos extranjeros en parejas heterosexuales y que sean procedentes de países donde la gestación por subrogación sea permitida. A la vigencia de la nueva Ley en el 2016, solo es permitida a parejas legalmente constituidas en matrimonio de nacionalidad india y con problemas de fertilidad y solo se permite de forma altruista. Lo que se puede decir que a partir de la ley del **21 de noviembre del año 2016** bajo el nombre *Surrogacy (Regulation) Bill, 2016*; se resaltan las características principales:

- Los comitentes deben ser de ciudadanía India, es decir, se restringe el tratamiento para extranjeros.
- El tratamiento se realiza en parejas heterosexuales.
- Los comitentes deben haber constituido unión marital legal -matrimonio- con cinco años o más, impedidos para procrear o con problemas de fertilidad.
- La técnica de subrogación se realizará de forma altruista y con pariente cercano entre 25 y 35 años, y de ningún modo tendrá fines comerciales u

onerosos, pero si se garantiza una cobertura de seguro de cuantía razonable y adecuada a favor de la madre sustituta.

- Ninguna persona, organización, clínica de subrogación, laboratorio o establecimiento clínico de ningún tipo realizará la subrogación comercial, abandonará al niño, explotará a la madre subrogada, venderá embriones humanos o importará embriones con fines de subrogación. La violación de dicha disposición será un delito punible con prisión por un período que no será inferior a diez años y con una multa que puede extenderse a diez lakh de rupias (moneda legal india).
- Las clínicas de subrogación deberán mantener todos los registros por un período de 25 años.
- Las autoridades acreditadas para establecer criterios, trámites, procedimiento y acreditaciones para la práctica, será la junta nacional y estatal para la maternidad subrogada, que estará compuesta por funcionarios superiores del Ministerio de Salud, Bienestar Familiar, como Presidente, el Secretario del Gobierno de la India a cargo del Departamento que se ocupa del asunto de la subrogación, como Vicepresidenta y tres mujeres Miembros de Parlamento, de los cuales dos serán elegidos por la Cámara del Pueblo y uno por el Consejo de Estado como miembros.

Del tercer capítulo se puede concluir que el análisis comparativo debe centrarse en evidenciar que aspectos aplican y cuáles no, en la legislación de un determinado país; aquellos que apliquen desarrollarlos o nutrirlos en consonancia con la realidad social y normativa del país. En ese orden de ideas, en el contexto colombiano propiamente resulta necesario pasar por el filtro de la concepción que tenemos de Estado Social de Derecho, aquellos aspectos normativos que contemplan los países antes descritos respecto a la gestación subrogada como complemento para la elaboración de principios que fundamenten la eventual regulación de esta realidad social.

En consecuencia, comparar el tratamiento normativo de la maternidad subrogada en el escenario internacional dentro de los países referenciados brinda una visión amplia

de la temática en cuestión, y por ende permite observar los puntos de encuentro de las distintas legislaciones, así como los valores agregados que se encuentran dentro del marco legal local analizado. Se puede precisar que existe una similitud en la mayoría de las regulaciones del plano internacional en cuanto a la edad que debe tener la madre gestante que desee involucrarse dentro del proceso de gestación subrogada, que va desde los 21 años hasta los 35 años de edad en promedio, como estipulan las normativas de México (Sinaloa, Tabasco); Estados Unidos (Nueva Jersey); India y Rusia. Asimismo, la necesidad de una valoración integral en salud para la madre gestante antes y después del procedimiento para determinar su perfil psicológico y social, ha sido uno de los temas presentes en la mayoría de las regulaciones acompañado esto de valores agregados como lo establecido en los estados analizados de México que le permiten a la madre gestante iniciar demanda contra los padres contratantes para obtener el cubrimiento o pago de gastos médicos ocasionados por patologías desarrolladas a raíz de la gestación, ampliando un poco más el alcance del cubrimiento de gastos médicos; y la obligación de asesoría jurídica para cada una de las partes como requisito para acceder al proceso de gestación subrogada. Igualmente, someter ante autoridades institucionales, pertenecientes al ámbito administrativo como sucede en México o judicial como se observa en Estados Unidos; el acuerdo de gestación que se suscribe, con el objetivo de determinar la filiación del menor antes que este nazca y evitar posibles conflictos entre las partes es otro aspecto agregado que se ha identificado en el análisis.

Por otra parte, existe una marcada dicotomía referente al tinte presente dentro de estos procedimientos, es decir, si permiten o prohíben la gestación subrogada onerosa, conocida esta por la remuneración que recibe la mujer gestante por llevar al menor en su vientre. Esta discordia sin duda alguna se encuentra marcada dentro de aquellos Estados federados como México y Estados Unidos, donde la gran mayoría de estados que regulan de forma positiva, negativa o guardan silencio de esta actividad acepta el contexto altruista. A ellos se suman países como Rusia y la India, donde se acepta este tipo de procedimientos dentro del altruismo. En ese orden de ideas, dentro de las regulaciones internacionales es claro el aval que se le brinda a la gestación subrogada altruista, sin embargo, esto dependerá del contexto jurídico social de cada país.

CONCLUSIÓN.

Considerando la labor investigativa realizada y después de haber acotado cada uno de los objetivos específicos planteados, se puede concluir de forma razonada que existe una omisión legislativa y/o vacío legal referente a la gestación subrogada, pues no se encuentra expresamente una ley que regule esta práctica en el ordenamiento jurídico colombiano.

Sin embargo, desde la jurisprudencia Constitucional se ha tocado de forma leve el asunto, proponiendo unos criterios mínimos que se deben tener en cuenta para la práctica de este procedimiento de reproducción asistida, los cuales no son suficientes para obtener una tutela efectiva de los derechos fundamentales que se encuentran en riesgo dentro de los acuerdos de maternidad subrogada, por tal razón, es necesario que el legislativo establezca reglas claras y específicas para este tipo de acuerdo, ya que el órgano Constitucional no puede desbordar sus facultades Constitucionales y entrar a cumplir las obligaciones que se encuentran atribuidas al Congreso de la República en virtud de la división de poderes que es propio de todo Estado democrático.

Seguidamente, se evidenció el vacío normativo y procedimental respecto de la gestación subrogada y el derecho de filiación de las personas participantes en este proceso para con el menor fruto de dicha práctica; dado que no existen enunciados lúcidos y enfáticos que permitan dirimir los conflictos de paternidad y maternidad que se presenten entre las partes dentro de un acuerdo de maternidad subrogada, pues si bien, en primera medida conforme a los preceptos normativos vigentes que regulan estas figuras, se podría colegir que un vínculo consanguíneo sería determinante para dar una solución; lo cierto es que existe una visión jurídica novedosa donde la autonomía y el consentimiento para llevar a cabo procesos de reproducción asistida establecen lo que la Corte Suprema de Justicia ha expuesto como filiación artificial, la cual carece de un elemento consanguíneo pero de igual forma establece derechos e impone obligaciones.

Por otra parte, en el ámbito internacional se ha avanzado un poco acerca de la regulación de la maternidad subrogada de acuerdo a las situaciones socio culturales de cada país, con el objetivo de brindar una solución clara a la problemática en mención, lo que ha marcado un tránsito legislativo relevante que converge en llevar a cabo estos procedimientos de forma altruista, con la suscripción formal de un acuerdo, la participación activa de entes de salud pública, el resguardo del interés superior del menor y el respeto de la autonomía. En ese orden de ideas, se proponen los siguientes lineamientos de principios que debe contener una eventual regulación de la Gestación Subrogada en Colombia: Autonomía, Idoneidad, Atención integral en salud, confidencialidad, Juridicidad, Igualdad y no Discriminación, Lex Art medici, Prohibición, Unidad de filiación y Solidaridad; que son desarrollados en el anexo número 1.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Beetar Bechara, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Revista Socio-Jurídicos*, 21(2), 135-166. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>.
- Torrado, H.A. (2020). *Derecho de familia Matrimonio, filiación y divorcio* (4. ed.). Legis Editores S.A.
- Martínez-Muñoz, K. X. y Rodríguez-Yong, C. A. (2021). La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica *Revista Jurídicas*, 18(1), 74-90 <https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5>
- Burgos, Cañón J & Lombana, Rincón S. (2018). *El derecho de familia colombiano y el contrato de maternidad subrogada*. Universidad cooperativa de Colombia.
- Cadavid, K. & Barrera, A. (2016). *Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema* [Trabajo de grado, Universidad CES de Colombia]. Repositorio Institucional CES. https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/2221/Maternidad_subrogada.pdf;jsessionid=66A7EF67FD68224C513E96FAB4C45D30?sequence=1
- Lopez, Medina D. (2011). *El derecho de los jueces* (2. ed.). Legis Editores S.A.
- Ríos, J. (2020). *El análisis del papel de la corte en la omisión legislativa absoluta: la construcción de una línea jurisprudencial desde la metodología de Diego Eduardo Lopez* [Trabajo de grado, Universidad CES de Colombia]. Repositorio Institucional CES. <https://repository.ces.edu.co/handle/10946/4982>

- Cifuentes, P. & Guerra, P.(2019). Gestación por sustitución o maternidad subrogada: Chile y la legislación comparada (Informe N°SUP: 121924). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27928/1/BCN_gestacion_por_sustitucion_o_maternidad_subrogada_DEFINIT.pdf

Ortiz Monzalve, A.(2021). Obligación o derecho personal o crédito. Temis S.A (Ed.), Manual de Obligaciones (séptima edición).

Normatividad nacional

- Constitución Política de Colombia. (1991). Gaceta Constitucional n.º 116. <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>
- Corte Constitucional de la República de Colombia (2009, 18 de diciembre). Sentencia T- 968/09 (Maria Victoria Calle Correa, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia (2001, 5 de diciembre). Sentencia C-1287/01 (Marco Gerardo Monroy Cabra, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia (2014, 18 de julio). Sentencia T- 528/14 (María Victoria Calle Correa, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-528-14.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia (2015, 12 de mayo). Sentencia T- 274/2015 (Jorge Iván Palacio Palacio, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-274-15.htm>

- Corte Constitucional de la República de Colombia (2015, 12 de noviembre). Sentencia SU- 696/15 (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU696-15.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia (2018, 2 de agosto). Sentencia T- 316/18 (Cristina Pardo Schlesinger, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-316-18.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia (2020, 20 de febrero). Sentencia SU- 074/20 (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU074-20.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia (2009, 15 de octubre). Sentencia T- 732/09 (Humberto Antonio Sierra Porto, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-732-09.htm>
- Corte Suprema de Justicia (2017, 29 de marzo). Sentencia SC-6359/17 (Ariel Salazar Ramírez, M.P.). [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_sc6359-2017_\[2009-00585-01\]_2017.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_sc6359-2017_[2009-00585-01]_2017.htm)
- Corte Suprema de Justicia (2022, 8 de abril). Sentencia SC-1171-2022 (Arold Wilson Quiroz Monsalvo, M.P.). <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/04/SC1171-2022-2012-00715-01.pdf>

Normatividad internacional

- Congreso del estado de Tabasco. (1997, 09 de abril) Código civil para el estado de Tabasco. <https://congresotabasco.gob.mx/wp/wp-content/uploads/2019/11/Codigo-Civil-para-el-Estado-de-Tabasco-1.pdf>
- Congreso del estado de Sinaloa. (2013, 06 de febrero) Código familiar del estado de Sinaloa. https://gaceta.congresosinaloa.gob.mx:3001/pdfs/leyes/Ley_4.pdf

- Asamblea Legislativa del Distrito Federal. (1928, 26 de mayo) Código civil para el distrito federal. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-0bd3121a0334f53844d2fe92b52fb5a2.pdf>
- Congreso del estado de Querétaro. (2009, 22 de octubre) Código civil del estado de Querétaro. https://site.legislaturaqueretaro.gob.mx/CloudPLQ/InvEst/Codigos/COD001_60.pdf
- Congreso del estado de San Luis Potosí. (2018, 10 de diciembre) Código familiar para el estado de San Luis Potosí. https://congresosanluis.gob.mx/sites/default/files/unpload/legislacion/codigos/2021/10/Codigo_Familiar_para_el_Estado_de_San_Luis_Potosi_05_Junio_2021.pdf
- Ley Federal N° 323-FZ de noviembre de 2011 sobre Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos en la Federación Rusa, modificada el 29 de diciembre de 2015.

Cobos, J (2018). Proyecto de ley S-825. Por medio del cual se regula el alcance, las relaciones, consecuencias jurídicas y el proceso judicial de autorización de gestación por sustitución (iniciativa archivada).

Lok Sabha Parliament of India (2016, 28 Octubre). Bill No. 257 The Surrogacy (Regulation). http://164.100.47.4/billstexts/lbills/257_Is_2016_eng.pdf

ANEXO 1
REPÚBLICA DE COLOMBIA
PROYECTO DE PRINCIPIOS NORMATIVOS DE LEY N° _____
AÑO 2022
GESTACIÓN SUBROGADA O VIENTRE POR SUSTITUCIÓN EN COLOMBIA:

Proyecto de Principios normativos de Ley No. _____ de 2022 “Por medio de la cual se consolida una infraestructura de principios normativos y procedimentales de equidad, dignificación y oportunidad gestacional para la Gestación Subrogada sostenible, para fortalecer la política de tratamientos de técnicas de reproducción asistida, a través de la redefinición de la regla de ética médica, el fortalecimiento procedimental y focalización del gasto de prestación social en salud y la redefinición de acuerdos de voluntades que convergen en la maternidad por subrogación, bajo los criterios de solidaridad y altruismo, que permitan atender los efectos generados por los procedimientos de los acuerdos de voluntades de la gestación subrogada y se dictan otras disposiciones”

1. Disposición legal; Asuntos que le rigen y Obligatoriedad: La Norma y postulados le rigen sobre derechos humanos conexos a la salud, que se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales harán parte integral para Establecer los lineamientos de principios que debe contener una eventual regulación de la gestación subrogada en Colombia.

2. De los principios: tendrán como fundamento central el Respeto a la Dignidad humana, los siguientes principios:

1. **Autonomía:** Toda persona es autónoma de realizar voluntades para la gestación subrogada. En virtud del mismo, es necesario el consentimiento pleno, libre e informado del procedimiento; y, afirma amplia libertad en los acuerdos, sus obligaciones y de los derechos correlativos, sujetos a lo establecido en el orden normativo que le rigen; ninguna de las partes involucradas debe estar sujeta a constreñimiento alguno.

2. **Atención Integral En Salud:**

La autoridad encargada del cubrimiento legal, procedimental y de salubridad, deberá supervisar la atención óptima e integral de la madre gestante, como de los comitentes, tanto en salud como los aspectos físicos y psicológicos, evidenciando también la ecuanimidad del procedimiento técnico médico. La gestante recibirá los servicios médicos que requiere para el procedimiento antes, durante y después de la gestación, la autoridad debe garantizar todas las facetas establecidas en las normativas del derecho a la salud de forma calificada, oportuna y eficaz.

3. **Idoneidad:** En el marco del surgimiento de un acuerdo de voluntades de gestación subrogada entre particulares, tanto los comitentes como la futura gestante deben demostrar a priori las óptimas condiciones legales, fisiológicas, físicas y psicológicas para hacer frente a las diferentes etapas del procedimiento y las obligaciones que se desprendan de este.

4. **Confidencialidad:** Con la observancia de lo establecido constitucionalmente su finalidad es proteger el interés superior del menor, del gestante y comitentes; en el cual las partes que intervienen en el proceso tanto

naturales, como jurídicas que realizan el acuerdo de gestación y que estén o tengan a su disposición los datos personales de los mismos y la administración de la información que no tengan carácter público, estarán en la obligación de garantizar la circunspección de datos personales, aun en la cesación del vínculo del acuerdo, salvo solicitud judicial.

5. **Juridicidad:** La autoridad en su competencia debe hacer uso del poder que le confiere la ley, sometiendo a revisión del debido proceso las actuaciones por gestación subrogada en la condición de jurídico; dando cuenta al ente judicial que el proceso por subrogación que se ajusta o corresponde a lo determinado en el derecho colombiano. En tanto, al conjunto de las normas y las reglas que permiten la regulación de los vínculos entre los comitentes que integran el acuerdo de voluntades por gestación subrogada, y éste debe establecer la idea de orden y justicia del estado.

6. **Igualdad y no Discriminación:** No deben establecerse ninguna serie de exclusiones, restricciones u obstáculos en ocasión a la identidad de género, sexo u orientación sexual de la gestante o de los comitentes.

7. **Lex Art Medici:** El servicio Profesional médico funcionará como un concepto jurídico indeterminado en la gestación subrogada, facultado de forma integral con experiencia; se deberá tener en cuenta la exigencia normativa en cuanto a la ética profesional del galeno, unido a las políticas públicas en salud; este principio exige una actitud concreta del profesional sanitario cuya corrección va a depender de toda actuación conforme a los protocolos y normas sanitarias. Teniendo como eje central los aspectos éticos, bioéticos y biomédicos.

8. **Prohibición:** En virtud de lo establecido en la ley y los méritos procedimentales de la misma, el Estado sólo puede restringir los derechos de los comitentes y futura gestante, en aras de cumplir el fin conferido constitucionalmente y la prohibición debe ser decretada por el ente legitimado,

cuando sea imprescindible y únicamente en la medida necesaria de evitar daños irremediables para las partes o pongan en riesgo la salud, la integridad y la dignidad del futuro gestante y comitentes del acuerdo de gestación subrogada. Por ninguna razón podrá realizarse el acuerdo con fines comerciales.

9. **Unidad De Filiación:** El recién nacido debe recibir idéntico trato jurídico conforme a los derechos del niño y principios constitucionales, independientemente del origen diverso que pueda tener la familia.

10. **Solidaridad:** Direcciona el conjunto de aspectos que relacionan o unen a las personas, la colaboración y ayuda mutua que ese conjunto de relaciones promueve con relación a las familias, parejas o personas con dificultad de procreación.