



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 2

Neiva, 23 de agosto de 2023

Señores

CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Ciudad

El (Los) suscrito(s):

Natalia Cortes Gómez, con C.C. No. 1075238452,

_____, con C.C. No. _____,

_____, con C.C. No. _____,

_____, con C.C. No. _____,

Autor(es) de la tesis y/o trabajo de grado o _____

Titulado La maternidad subrogada hacia un nuevo paradigma de filiación asistida en Colombia presentado y aprobado en el año 2023 el 08 de agosto como requisito para optar al título de Maestría en derecho privado;

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

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

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

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

2 de 2

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma: _____

Firma: _____

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma: _____

Firma: _____



TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: LA MATERNIDAD SUBROGADA HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE FILIACIÓN ASISTIDA EN COLOMBIA

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
CORTES GÓMEZ	NATALIA

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
ORTIZ TOVAR	DIANA MARCELA

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
GARCÍA MANRIQUE	CARLOS ANDRÉS

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: MAGISTER EN DERECHO PRIVADO

FACULTAD: FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA O POSGRADO: MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO

CIUDAD: Neiva AÑO DE PRESENTACIÓN: 2023 NÚMERO DE PÁGINAS: 131

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas___ Fotografías___ Grabaciones en discos___ Ilustraciones en general Grabados___
Láminas___ Litografías___ Mapas Música impresa___ Planos___ Retratos___ Sin ilustraciones___
Tablas o Cuadros

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

MATERIAL ANEXO:



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

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

Español

1. Técnicas de reproducción asistida
2. Maternidad subrogada
3. Filiación
4. Consentimiento

Inglés

1. Assisted reproductive techniques
2. Surrogate motherhood
3. Filiation
4. Informed consent

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

El propósito de este trabajo es examinar el fenómeno jurídico de la filiación en los casos de alquiler de vientre en Colombia, para esto se utilizó la metodología de investigación aplicada de carácter socio jurídico, la cual estuvo compuesta del análisis de conceptos sobre la filiación, además, de indagar la normativa de otros países donde es permitido o prohibido la subrogación maternal, asimismo, identificando los proyectos de ley y jurisprudencia sobre el tema y realizando una propuesta de regulación sobre los procesos de filiación en la maternidad subrogada en nuestro país. Como resultado de esta investigación se denotó que la filiación parental puede variar respecto a las circunstancias en las cuales se presenta y la discrecionalidad del juez de familia en dirimirlos y se concluye que, aunque existe una evidente ausencia de regulación normativa frente a esta técnica de reproducción asistida, el ordenamiento jurídico no lo prohíbe expresamente, por el contrario, la Constitución legitima este tipo de procedimientos en la concepción humana.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

The purpose of this work is to examine the legal phenomenon of filiation in cases of surrogacy in Colombia, for this the applied research methodology of a socio-legal nature was used, which was composed of the analysis of concepts about filiation, in addition to , to investigate the regulations of other countries where maternal surrogacy is allowed or prohibited, likewise, identifying the bills and jurisprudence on the subject and making a proposal for regulation on the filiation processes in surrogate motherhood in our country.

As a result of this investigation, it was denoted that parental affiliation may vary with respect to the circumstances in which it occurs and the discretion of the family judge in resolving them and it is concluded that, although there is an evident lack of normative regulation against this reproduction technique assisted, the



legal system does not expressly prohibit it, on the contrary, the Constitution legitimizes this type of procedure in human conception.

APROBACION DE LA TESIS

Nombre presidente Jurado: CARLOS ANDRÉS GARCÍA MANRIQUE

Firma:

**LA MATERNIDAD SUBROGADA HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE
FILIACIÓN ASISTIDA EN COLOMBIA**

Natalia Cortes Gómez

Universidad Surcolombiana

Maestría Derecho Privado

Neiva- Huila

2023

Tabla de Contenido

Resumen	6
Introducción	7
I. CAPÍTULO I. ANTECEDENTES TEORICOS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA	16
II. CAPITULO II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DEL PROCESO DE FILIACIÓN MATERNO Y PATERNO EN COLOMBIA	25
2.1. Concepto y clases de Filiación	28
2.2. Clases de filiación según Código Civil Colombiano	30
2.2.1 La Filiación Natural	30
2.2.2 Filiación adoptiva o civil	31
2.2.3 Filiación asistida	32
2.2.4 Derecho fundamental a la filiación a partir de la Constitución de 1991	34
2.3. Principio de unidad de filiación	39
2.4. Principio de responsabilidad en la procreación	39
2.5. Investigación e Impugnación de la paternidad y la maternidad	40
III. CAPÍTULO III. SUBROGACIÓN MATERNAL EN DERECHO COMPARADO	44
3.1. Concepción de maternidad	44
3.2. Técnicas de reproducción asistida (TRHM)	46
3.3. La Inseminación Artificial	47
3.4. La fecundación in vitro	50

	3
3.5. Microinyección espermática (ICSI)	51
3.6. Maternidad subrogada	52
3.7. Maternidad subrogada en el contexto internacional	55
3.8. Maternidad subrogada en Colombia	67
IV. CAPÍTULO IV. PROYECTOS DE LEY Y JURISPRUDENCIA SOBRE SUBROGACIÓN MATERNAL EN COLOMBIA	71
4.1. Proyectos de ley maternidad subrogada en Colombia	71
4.2. Proyecto de ley 202 de 2016	75
4.3. Proyecto de ley 186 de 2017	77
4.4. Proyecto de ley 70 de 2018	78
4.5. Proyecto de ley 113 de 2021	78
4.6. Proyecto de ley 88 de 2017	79
4.7. Proyecto 334 de 2023	80
4.8. Análisis jurisprudencial	82
4.9. Análisis estático Sentencias sobre maternidad subrogada	83
4.9.1 Sentencia T-968 de 2009 Corte Constitucional Colombia	83
4.9.2 New Jersey Supreme Court. Matter of Baby M. 09 N.J. 396 (1988)	84
4.9.3 Corte suprema del estado de California. Johnson vs. Calvert. Radicación S023721. 20 de mayo de 1993	90
4.10. Análisis dinámico: T-968 de 2009	94
4.11. Jurisprudencia internacional	96

V. CAPÍTULO V. PROPUESTA DE REGULACIÓN O MODIFICACIÓN LEGISLATIVA QUE AMPARE LOS DERECHOS DE FILIACIÓN EN LOS CASOS DE SUBROGACIÓN MATERNAL EN COLOMBIA	99
5.1. Modificación en materia penal	100
5.2. Modificación en materia civil	103
5.3. Críticas a los proyectos de ley sobre maternidad subrogada en Colombia	105
5.4. Argumentos a favor de la maternidad subrogada	106
5.5. Debate de filiación en casos de maternidad subrogada	107
5.6. Filiación por consentimiento en Colombia en casos de maternidad subrogada	108
5.7. Aspectos importantes de un contrato de maternidad subrogada en Colombia	110
5.7.1 Contrato de Maternidad Subrogada	110
5.8. Historias de vida- maternidad subrogada	112
5.9. Subrogadas cumplen el sueño de otra mujer- perspectiva de la madre subrogada	113
5.10. Maternidad subrogada y bebés con condición de salud especial- La historia de Gammy, Delaney y Bridget- perspectiva de la madre gestante y niños nacidos	113
VI. Conclusiones	116
Referencias	125

Ilustraciones

Ilustración 1	Mapa conceptual Técnicas de reproducción asistida	34
Ilustración 2	Procedimiento de inseminación artificial	36
Ilustración 3	Proceso de fecundación in vitro	37
Ilustración 4	Comparación entre la FIV convencional y la ICSI	39
Tabla 1		73
Tabla 2		95

Resumen

El propósito de este trabajo es examinar el fenómeno jurídico de la filiación en los casos de alquiler de vientre en Colombia, para esto se utilizó la metodología de investigación aplicada de carácter socio jurídico, la cual estuvo compuesta del análisis de conceptos sobre la filiación, además, de indagar la normativa de otros países donde es permitido o prohibido la subrogación maternal, asimismo, identificando los proyectos de ley y jurisprudencia sobre el tema y realizando una propuesta de regulación sobre los procesos de filiación en la maternidad subrogada en nuestro país. Como resultado de esta investigación se denotó que la filiación parental puede variar respecto a las circunstancias en las cuales se presenta y la discrecionalidad del juez de familia en dirimirlos y se concluye que, aunque existe una evidente ausencia de regulación normativa frente a esta técnica de reproducción asistida, el ordenamiento jurídico no lo prohíbe expresamente, por el contrario, la Constitución legitima este tipo de procedimientos en la concepción humana.

Palabras clave: Técnicas de reproducción asistida, maternidad subrogada, filiación, consentimiento.

Introducción

Una de las problemáticas más comunes en las parejas a nivel mundial que están en edad de procrear, está relacionado con temas de fertilidad que no les permiten un goce y disfrute pleno de la paternidad y se ha convertido en un reto para la salud global.

Algunas estadísticas generales sobre la infertilidad como problema de salud global, revelan que aproximadamente el 15% de las parejas en edad reproductiva en todo el mundo experimentan problemas de infertilidad, según la OMS.

Asimismo, según un informe de la Fundación Internacional de la Fertilidad (IFFS), se estima que actualmente hay alrededor de 48.5 millones de parejas infértiles a nivel mundial. Es decir que la infertilidad afecta por igual tanto a hombres como a mujeres. Se estima que aproximadamente el 40-50% de los casos de infertilidad se deben a factores masculinos, el 40-50% se deben a factores femeninos y el 10-20% son causados por factores combinados o desconocidos.

La infertilidad puede estar relacionada con una serie de factores, como la edad avanzada, trastornos ovulatorios, problemas estructurales en el sistema reproductivo, trastornos hormonales, enfermedades de transmisión sexual, factores genéticos, estilo de vida y factores ambientales.

Las tasas de infertilidad varían en diferentes regiones del mundo. Según la OMS, se estima que, en los países de ingresos altos, aproximadamente el 8-12% de las parejas experimentan infertilidad, mientras que, en los países de ingresos bajos y medianos, esa cifra puede llegar al 12-15%.

Es fundamental reconocer que la infertilidad no debe ser motivo de estigmatización ni de juicio. Cada pareja tiene su propio camino y circunstancias únicas, y es importante respetar su decisión y su proceso de búsqueda de opciones para concebir.

En este sentido, es positivo que existan avances en las técnicas de reproducción asistida y otros tratamientos de fertilidad, que pueden ofrecer esperanza y oportunidades a las parejas que desean tener hijos biológicos. Estos avances médicos pueden brindar nuevas posibilidades y opciones, permitiendo a las parejas cumplir su deseo de formar una familia.

Además, es esencial que se brinde un apoyo integral a las parejas que enfrentan problemas de fertilidad. Esto puede incluir acceso a información adecuada, servicios de asesoramiento y apoyo emocional, así como la disponibilidad de tratamientos de fertilidad asequibles y de calidad.

Mientras que algunos no consideran la idea de ser padres, porque no lo tienen dentro de su proyecto de vida, y es totalmente respetable esa decisión, también hay muchos que desean procrear, pero biológicamente se les dificulta lograr este objetivo.

En este sentido, las soluciones creadas para resolver estos inconvenientes iniciaron con el descubrimiento de la denominada ingeniería genética, conjugando y desarrollando la ciencia y la medicina reproductiva para brindar alternativas para todas las parejas con problemas de fertilidad, abriendo así una puerta al concepto de embarazo. (López,2016)

A propósito del tema que nos ocupa la atención en esta oportunidad, se ha venido abriendo paso a una alternativa que se ha consolidado recientemente como una solución pacífica y oportuna a las problemáticas planteadas, esto es, la elección de la “maternidad de alquiler” como técnica de reproducción asistida, la cual está creciendo de manera acelerada, aunque con unas connotaciones de tipo legal, social, incluso debatido en la parte ética, siendo objeto de controversias frecuentes a nivel mundial.

En efecto hay países que denominan esta técnica de diferente forma y le dan un tratamiento legal distinto, como se podrá analizar en un capítulo de este texto sobre derecho comparado; una de las más conocidas es “vientre de alquiler”, “gestación subrogada o por sustitución”, entre otras, que finalmente se traducen a una misma finalidad, consistente en que a través de un contrato, una mujer llevará a término un embarazo para, posteriormente, entregar al bebé a una pareja renunciando a sus derechos como madre.

Desde el punto de vista de la técnica de reproducción asistida, la maternidad subrogada ha brindado una opción adicional para parejas o personas que enfrentan problemas de infertilidad y desean tener hijos biológicos. Para muchas personas, esta técnica ha sido una fuente de esperanza y la posibilidad de cumplir su deseo de formar una familia.

Sin embargo, es crucial considerar las implicaciones legales y éticas que rodean a la maternidad subrogada. Existen preocupaciones relacionadas con la explotación y la mercantilización del cuerpo de la mujer gestante, así como con la protección de los derechos de todas las partes involucradas, incluyendo a los padres de intención y al niño o niña que nace a través de este proceso.

Es importante establecer regulaciones y marcos legales claros que protejan los derechos y el bienestar de todas las partes involucradas en la maternidad subrogada, garantizando la autonomía y el consentimiento informado de la mujer gestante, así como la protección de los

derechos del niño. Esto implica establecer mecanismos de control, supervisión y seguimiento adecuados para evitar cualquier forma de explotación o abuso.

Aunque es una práctica que le falta regulación legal en algunos países latinoamericanos incluyendo a Colombia, hay unos donde sí existe legislación a la gestación subrogada comercial como Rusia, Israel, Estados Unidos, Georgia, Bielorrusia y otros regulados para la forma altruista como Canadá, Reino Unido, Grecia, India, Sudáfrica, Australia.

Llama la atención que, en Colombia falta regulación normativa en temas de reproducción asistida, incluida la gestación subrogada, desencadenando una posible vulneración al derecho de los niños a tener una identidad y un parentesco debidamente establecido, pues aún el parentesco materno se fundamenta en el hecho del parto, por lo cual los padres contratantes tendrían la dificultad de acudir a otros medios que generen el vínculo filial con el menor.

Por ello, se generan críticas a esta forma de determinar la filiación en Colombia, pues hasta cierto punto, esto va en contra del interés superior, porque atribuir la maternidad a mujeres que no están de acuerdo con tener hijos para ellas mismas, y mucho menos asumir las responsabilidades legales, emocionales o materiales del parto, sacrificaría a los hijos en su bienestar y el desarrollo integral.

Un estudio que exploró la situación de la maternidad subrogada en Colombia fue realizado por Estupiñán y Llano (2017), quienes examinaron las decisiones judiciales relacionadas con este tema y analizaron los criterios utilizados por los tribunales para otorgar la filiación en casos de maternidad subrogada.

En el contexto de la maternidad subrogada en Colombia, existen varios problemas jurídicos que se presentan debido a la falta de una regulación clara y completa sobre el tema. Algunos de los principales problemas son los siguientes:

Vacío legal: Actualmente, en Colombia no existe una ley específica que regule la maternidad subrogada, lo que genera incertidumbre jurídica y dificulta la protección de los derechos de todas las partes involucradas.

Reconocimiento de la filiación: Uno de los problemas más importantes es el reconocimiento legal de la filiación en los casos de maternidad subrogada. La falta de regulación dificulta la determinación de la filiación del niño o niña nacido a través de este proceso, lo que puede generar conflictos legales y afectar los derechos del niño y de los padres de intención.

Protección de los derechos de la gestante: La ausencia de una regulación adecuada puede poner en riesgo los derechos y el bienestar de la mujer gestante. Se requiere establecer medidas que garanticen su autonomía, su consentimiento informado, así como su protección durante todo el proceso de gestación.

Comercialización y explotación: La falta de regulación puede abrir la puerta a prácticas que puedan conducir a la comercialización y explotación de la maternidad subrogada. Es necesario establecer controles y salvaguardias para prevenir cualquier forma de abuso o violación de los derechos humanos.

Acceso equitativo y costos: Otro problema radica en el acceso equitativo a la maternidad subrogada y los altos costos asociados. La falta de regulación puede limitar el acceso a esta opción solo a quienes tienen los recursos económicos para sufragarla, lo que genera desigualdades y excluye a aquellos que no pueden acceder a estos servicios.

En resumen, los principales problemas jurídicos de la maternidad subrogada en Colombia se relacionan con la falta de una regulación clara y completa que proteja los derechos de todas las partes involucradas, asegure un acceso equitativo y evite la comercialización y explotación. Es necesario que el marco legal aborde estas problemáticas para garantizar la protección de los derechos y el bienestar de todas las personas involucradas en este proceso.

Bajo este contexto, este sería uno de los principales problemas jurídicos de la maternidad subrogada en Colombia y el objeto precisamente de esta investigación por lo que se debe adoptar legislación (no solo jurisprudencia) para abordarla y evitar congestiones judiciales innecesarias en la determinación de la verdadera relación filial.

Por tanto, debido al vacío regulatorio de la gestación subrogada, como se ha dejado evidenciado en líneas anteriores, quienes acuden a esta técnica de reproducción asistida en el país se podrían llegar a encontrar con dificultades en la determinación del estado parental, afectando directamente los derechos básicos de los menores.

En Colombia, las diferentes técnicas de reproducción humana asistida bien sea la que es objeto de análisis, la inseminación artificial, la fecundación in vitro, inyección intracitoplasmática de un espermatozoide (ICSI), transferencia intratubárica de gametos (GIFT) e inseminación intrauterina, no han sido desarrolladas legalmente, pese a diferentes intentos legislativos (proyectos de ley) que permitan tener una claridad, un norte respecto a las condiciones y límites

para su celebración, procedimiento y ejecución, por lo que su práctica se ha llevado a cabo sin ningún tipo control.

Sin embargo, se evidencian un crecimiento veloz en los últimos tiempos del número de clínicas de fertilidad en Colombia que ofrecen excelentes tasas de éxito de los tratamientos de reproducción asistida y prometen responder todas las inquietudes que genera ello, como el tiempo del proceso, costos, responsabilidades.

Esto se debe a varios factores, como el avance de la tecnología médica, el aumento de la demanda de servicios de fertilidad y la mejora en las tasas de éxito de estos tratamientos.

Las clínicas de fertilidad en Colombia suelen contar con profesionales altamente capacitados en el campo de la medicina reproductiva, así como con equipos y tecnología de última generación. Esto les permite brindar una amplia gama de opciones de tratamiento, como la fertilización in vitro (FIV), la inseminación artificial y la donación de óvulos o espermatozoides.

El crecimiento de estas clínicas ha sido impulsado por el deseo de muchas parejas y personas solteras de concebir un hijo biológico cuando enfrentan dificultades para lograrlo de manera natural. Estas clínicas ofrecen esperanza y soluciones a aquellos que buscan formar una familia y tienen problemas de fertilidad.

Es importante destacar que, si bien el crecimiento de las clínicas de fertilidad ha sido positivo en términos de brindar opciones a las personas que desean ser padres, también es fundamental garantizar que estas clínicas cumplan con altos estándares de ética y calidad en la prestación de servicios. Es esencial que se realicen con responsabilidad y respeto por los derechos de todas las partes involucradas, asegurando una atención médica de calidad y el cumplimiento de los protocolos establecidos.

En conclusión, el crecimiento de las clínicas de fertilidad en Colombia ha proporcionado a muchas personas la oportunidad de tener hijos biológicos a pesar de los desafíos de fertilidad. Sin embargo, es fundamental que este crecimiento vaya de la mano con una regulación adecuada y una supervisión rigurosa para garantizar la seguridad, la ética y el bienestar de todos los involucrados en los tratamientos de reproducción asistida.

Entonces, la falta de normativa provoca el problema de la inseguridad jurídica frente a la validez del acto jurídico de la maternidad delegada, y relativo a la filiación por consentimiento. Así las cosas, se debe adoptar un nuevo concepto de familia y parentesco en Colombia, haciendo

urgente la necesidad de ajustar, actualizar y aprobar leyes en respuesta a nuevos paradigmas y realidades tecnológicas y científicas.

Por consiguiente, el presente estudio tiene como objetivo mostrar cómo se determina la filiación en el caso de alquiler de vientres, por lo que no solo es necesario incluir disposiciones legislativas en reproducción asistida, sino hacer las respectivas reformas legales que garanticen los derechos de los intervinientes y del niño brindando una protección adecuada.

Se ha planteado como pregunta de investigación la siguiente: ¿Cómo se determina la filiación materna y paterna en los casos de alquiler de vientre en Colombia ante la inminente ausencia de regulación normativa sobre el tema?

El objetivo general es analizar el fenómeno jurídico de la filiación materna y paterna en los casos de alquiler de vientre en Colombia ante la inminente ausencia de regulación normativa sobre el tema. Como objetivos específicos, están: en primer lugar, definir una aproximación conceptual del proceso de filiación materno y paterno en Colombia; en segundo lugar, estudiar la discusión sobre prohibición o permiso de la subrogación maternal en Derecho comparado en Latinoamérica; en tercer lugar, revisar los proyectos de ley y jurisprudencia que en materia de subrogación maternal han surgido en Colombia y finalmente, proponer una regulación o modificación legislativa que ampare los derechos de filiación en los casos de subrogación maternal en Colombia.

Para ello, se utilizó una metodología de investigación aplicada de carácter socio jurídico, en virtud a que se estudia la práctica social contemporánea de una de las técnicas de reproducción asistida como lo es la maternidad subrogada y su relación con el Derecho, evalúa la falta de regulación normativa en Colombia y propone modificaciones sobre el tema de la filiación en los casos de alquiler de vientre.

El enfoque de la investigación es cualitativo ya que se centra en el estudio del fenómeno de la maternidad subrogada dentro de un sistema jurídico con vacíos legales, que necesita profundizarse para comprender la razón por la cual en otros países, se han dado significativos avances legislativos y jurisprudenciales sobre el tema, pero en Colombia, aún con casos evidentes y con la exhortación de la Corte Constitucional al Congreso de la República para que legisle, no se presenta ninguna evolución al respecto, más que proyectos de ley que se quedan en el camino.

En efecto, esta investigación tiene una metodología con enfoque sociológico, ya que se plantea como una alternativa de las ciencias sociales denominada investigación- acción (Stronquist, 1983), que sirve de instrumento para la transformación social, centrando la atención

en el grupo social de las personas que han sufrido de infertilidad y acuden a técnicas de reproducción asistida como la maternidad subrogada. No se trata solo de describir una problemática social, sino que trae un compromiso de cambio social, privilegiando el conocimiento práctico.

Se usa como instrumento de recolección de información la denominada historia de vida, que ejemplifique los problemas jurídicos que han suscitado el alquiler de vientre en Colombia.

Esta investigación es de tipo descriptiva, ya que permite conocer la regulación que se le ha dado al tema tanto en los diferentes proyectos de ley, a nivel jurisprudencial contrastando con las leyes vigentes sobre filiación y, en especial, de lo que ha sucedido en otros países mediante la técnica de derecho comparado, generando así posibles soluciones para que la práctica de la maternidad subrogada en Colombia cuente con un marco incluyente, equitativo y justo para todos los actores intervinientes en el proceso convenido.

De allí, su importancia de tratar un tema actual, con una problemática jurídica definida frente a la subrogación maternal con respecto a la filiación y los derechos de los nacidos bajo esta modalidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano. A través del ejercicio académico propuesto, se demuestra el gran interés en el tema objeto de estudio mediante la revisión de diversos escritos académicos que conforman el estado del arte.

La maternidad subrogada, también conocida como gestación subrogada o alquiler de vientre, es un proceso en el cual una mujer, llamada madre gestante o subrogada, lleva y da a luz a un bebé en nombre de otra persona o pareja, llamados padres comitentes o intencionales. La maternidad subrogada puede ser gestacional, cuando se utiliza el óvulo de la madre comitente o de una donante y se fecunda con el espermatozoides del padre comitente o de un donante, o tradicional, cuando la madre gestante también proporciona el óvulo.

La maternidad subrogada ha sido objeto de debate ético, legal y social en varios países. Las opiniones varían según las legislaciones y las culturas de cada lugar. Algunos argumentos a favor de la maternidad subrogada incluyen la posibilidad de que las personas que no pueden concebir o llevar a término un embarazo tengan la oportunidad de ser padres biológicos. Se sostiene que permite la realización del deseo de formar una familia y puede brindar una opción a parejas del mismo sexo y a personas solteras.

Por otro lado, existen críticas y preocupaciones relacionadas con la explotación de las mujeres gestantes, la mercantilización del cuerpo humano y los derechos y bienestar de los niños

nacidos a través de la maternidad subrogada. Se argumenta que la práctica puede generar desigualdad, coerción y explotación económica de las mujeres gestantes, así como dificultades para establecer la filiación y garantizar el bienestar de los niños involucrados.

El presente trabajo se divide en cinco capítulos. El primer capítulo se encuentra dedicado a dar una breve introducción sobre los temas a desarrollar, permitiendo identificar los antecedentes normativos, académicos y jurisprudencia que fundamentan la investigación

En el segundo capítulo, a tratar está relacionado con una aproximación conceptual del proceso de filiación materno y paterno en Colombia, haciendo una breve contextualización sobre el concepto, clases de filiación, un recuento de este derecho en la Constitución Política de Colombia y su consagración normativa.

En el tercer capítulo, se trata la temática de la subrogación maternal en derecho comparado en la Unión europea como Latinoamérica, para describir los países donde está prohibido o permitido esta técnica de reproducción asistida, y a su vez identificando las otras técnicas más conocidas como la Inseminación artificial, la fecundación in vitro, entre otras desde el contexto internacional hasta llegar al caso específico de Colombia. Allí, se explica sobre los países donde actualmente está permitida la subrogación materna, como estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Rusia, Ucrania; y menciona los países en donde tiene restricción o prohibiciones como Francia, Alemania, Italia, España, Australia. Cada país tiene sus propias regulaciones y condiciones específicas para la maternidad subrogada.

En el cuarto capítulo, se hace una descripción de los proyectos de ley y la jurisprudencia más relevante en Colombia sobre la subrogación maternal, mencionando los principales proyectos de ley desde el 202 de 2016 al reciente 334 de 2023 sobre maternidad subrogada, con la descripción de las exposiciones de motivación de la ley, ponente y críticas a cada uno de ellos, para finalizar realizando una análisis jurisprudencial a nivel nacional con la sentencia de la Corte Constitucional T- 968 de 2009 y sentencias a nivel internacional que han sido emblemática en el tema bajo estudio, como la de New Jersey- baby M (1988) y el de Johnson Vs Calvert en California (1993).

Por su parte en el quinto capítulo, trata sobre la propuesta de regulación o modificación legislativa que hace falta para amparar los derechos de filiación en los casos de maternidad subrogada, en el cual se plantean algunas modificaciones en materia penal y civil, se genera un debate importante sobre la filiación asistida, donde prima el consentimiento y no la maternidad biológica.

Finalmente se presentan unas conclusiones sobre la falta de regulación normativa de la maternidad subrogada en Colombia, lo cual ha generado diversas implicaciones y desafíos en la protección de los derechos de todas las partes involucradas. A través de un análisis exhaustivo de la situación, se pueden extraer como conclusiones que la ausencia de una regulación clara y específica sobre la maternidad subrogada en Colombia ha dejado un vacío legal que dificulta la protección de los derechos de los niños, las madres gestantes y las parejas de intención. Esto puede generar inseguridad jurídica y conflictos en torno a la filiación y la protección de los derechos de todos los sujetos involucrados.

Sin una regulación adecuada, existe el riesgo de que las personas se involucren en acuerdos de maternidad subrogada sin contar con las protecciones legales y los controles necesarios. Esto puede exponer a las madres gestantes y a las parejas de intención a situaciones de explotación, abuso o incumplimiento de los acuerdos establecidos.

La maternidad subrogada plantea interrogantes éticos, legales y sociales complejos que requieren una respuesta adecuada por parte del sistema jurídico. Es fundamental garantizar la protección de los derechos de todos los involucrados, especialmente los derechos del niño, el interés superior del menor y el derecho a la identidad.

La falta de regulación no implica que la maternidad subrogada deba ser prohibida por completo, sino que se requiere una regulación equilibrada que proteja los derechos y evite la explotación de los actores involucrados. Es fundamental establecer normas claras que salvaguarden la dignidad de las mujeres gestantes, aseguren el consentimiento informado y protejan los derechos del niño.

Es decir, la falta de regulación normativa debe ser abordada a través de un debate informado y amplio que involucre a diversos actores, como expertos en derecho, ética, salud, derechos humanos y sociedad civil. Es fundamental considerar diferentes perspectivas y experiencias para encontrar soluciones que protejan los derechos de todas las partes involucradas.

En conclusión, la falta de regulación normativa de la maternidad subrogada en Colombia plantea desafíos significativos en la protección de los derechos de todas las partes involucradas. Es necesario que el Estado aborde esta problemática mediante la implementación de una regulación equilibrada que proteja los derechos de los niños, las madres gestantes y las parejas de intención, asegurando un marco legal claro y seguro para todos los involucrados.

I. CAPÍTULO I. ANTECEDENTES TEORICOS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Considerando la imperiosa necesidad de llenar el vacío regulatorio que recae sobre la técnica de reproducción humana asistida denominada subrogación maternal, así como todas las demás existentes (inseminación artificial, fecundación in vitro, inyección intracitoplasmática de un espermatozoide (ICSI), transferencia intratubárica de gametos (GIFT) e inseminación intrauterina), se comenzará afirmando que en Colombia, se han presentado diferentes intentos legislativos en la búsqueda de una normatividad que desarrolle y establezca los parámetros, exigencias, formalidades, condiciones y límites para su celebración, procedimiento y ejecución, en tanto su práctica se ha llevado a cabo sin ningún control legislativo desencadenando lesivas decisiones sobre los derechos básicos de los menores, especialmente la decisión sobre la determinación del estado parental, que ha ocasionado congestiones judiciales innecesaria en la determinación de la verdadera relación filial con los padres comitentes.

Es entonces la falta de normativa la que propicia la inseguridad jurídica frente a la validez del acto jurídico de la maternidad delegada y también en lo relativo a la filiación por consentimiento.

Así las cosas la determinación de la filiación materna y paterna del niño o niña que nazca producto de la subrogación del vientre ha generado interés académico en los profesionales de derecho que con sus escritos pautan el requerimiento social de una propuesta legislativa que admita, prohíba o limite de manera definitiva la maternidad subrogada, puesto que Beetar Bechara, en su artículo denominado “la maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente (Bechara, 2019), expuso varias definiciones de esta técnica de reproducción humana, además de concluir en que existe la necesidad de un marco jurídico que regule esta materia en virtud a la realidad actual de las parejas de punto a la posibilidad de concebir un hijo independientemente si son casadas o solteras, al igual que describe la situación de los países en donde está prohibido expresamente esta técnica como en España.

En consonancia con lo anterior, Bautista, Yenny en su artículo “Análisis de la subrogación maternal en Colombia” (Bautista Rodríguez, 2020), busco mostrar la importancia de regular la subrogación maternal en el ordenamiento jurídico al que querer ponderar los derechos y principios constitucionales del bebé que pueden resultar afectados con esta práctica, la cual Colombia trató

de regular pero no mantuvo una posición clara porque al tratar de regular y permitir todos los métodos de reproducción asistida bajo la modalidad del altruismo.

Por su parte, Quiroz, Andrés y Jácome, Jorge, en su trabajo “Hacia una postura intermedia de la maternidad subrogada en Colombia como medio para la garantía de derechos fundamentales” (Quiroz Mesa & Jácome Quinche, 2020), llegaron a las principales conclusiones que demuestran que al no regular la maternidad subrogada se acrecienta el turismo reproductivo, y pese a que hoy día ya se están dando casos de maternidad subrogada en Colombia, muestra de ello es la sentencia T-968 de 2009, así como la evidencia publicitaria que puede encontrarse actualmente junto a los fundamentos normativos internacionales de la maternidad subrogada, y el panorama colombiano con las ponencias legislativas.

Del mismo modo Campo Carmen, en su monografía titulada “El papel del derecho frente a la regulación de la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada en Colombia” (Campo, 2019), estudio los aspectos que deben ser considerados en las leyes, reglamentos y jurisprudencial de reproducción humana asistida y gestación subrogada, y determina el desafío legal que enfrenta la legislación colombiana sobre el manejo de la tecnología de reproducción asistida artificial-subrogación puesto que debe incluir principios y valores contenidos en la Constitución Política con el apoyo de comisiones interdisciplinarias que orienten y protejan los valores éticos que regulan la conducta de los individuos, para el adecuado control ético-jurídico de estas prácticas en Colombia. Asimismo, insta a que la regulación del alquiler del vientre o maternidad subrogada es urgente, y se debe prevenir que esta actividad se convierta en un negocio, no tanto para las Unidades de Biomedicina Reproductiva en Colombia, sino en un comercio de explotación de mujeres de bajos recursos, que ofrezcan sus úteros no con fines altruistas sino como fuente de ingresos, y se aproveche esta condición social para hacer de Colombia un país atractivo para los extranjeros ávidos de concebir un hijo con un costo muy favorable para ellos. Por lo cual se deben reglamentar las técnicas de reproducción humana que les resuelva problemas de infertilidad a muchas personas pero que de ninguna manera se permita que las mujeres comercialicen sus cuerpos como un modo de subsistencia. Además, presenta unas bases para una legislación colombiana sobre nuevas formas de reproducción asistida y las posibilidades de regular la maternidad subrogada.

En el mismo sentido Lobo, Gustavo, en su artículo titulado “Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada o por sustitución en el marco de la teoría del negocio jurídico en Colombia”

(Lobo, 2019), planteo la importancia de analizar el negocio jurídico de la maternidad por sustitución o subrogada con el fin de identificar su naturaleza jurídica en el marco de la teoría del negocio jurídico, ya que de acuerdo con la normativa vigente en Colombia, los contratos de gestación subrogada o subrogación se clasifican como contratos atípicos y sin nombre porque no se describen en tipos legales específicos y no existen supuestos fácticos que reflejen la misma práctica. Sin embargo, en el marco de la teoría jurídica, mediante la identificación y análisis de los supuestos de existencia y validez, los contratos de gestación subrogada son legalmente válidos, puesto que plantea las modalidades de ejecución del alquiler de vientre, y analiza las obligaciones y naturaleza jurídica del negocio de la maternidad por sustitución.

Conviene en tanto resaltar lo dicho por Romero, Carlos, en su artículo titulado “Maternidad subrogada: lagunas en el ordenamiento jurídico colombiano. ¿Con qué elementos cuenta el juez para adoptar su decisión?” (Romero Rubio, 2018), quien analizó los vacíos legales del ordenamiento jurídico colombiano en materia de gestación subrogada y describir los elementos que los jueces deben tomar en una decisión sobre este tema.

Asimismo, concluyo en que existen lagunas o no hay legislación y en este sentido señaló que, en el caso de la gestación subrogada, la ley debe mantener los derechos básicos, proteger a las madres en un plano de igualdad de derechos, como el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad.

Cómo antecedente se une Montoya en su artículo “Maternidad Subrogada, Una práctica no reglamentada en el ordenamiento jurídico colombiano” (Montoya Avila, 2019), que afirma que Colombia no cuenta con una adecuada implementación y normatividad, y aunque existen múltiples leyes y precedentes, continúa un vacío legal porque no existen pautas claras sobre gestación subrogada para proteger a las partes y los derechos básicos del niño, los procedimientos, requisitos y condiciones del contrato.

La autora logró concluir que la reglamentación de la gestación subrogada en nuestro país es muy necesaria y por tanto se puede hacer de forma concreta, pues la sentencia analizada no tiene base suficiente para abarcar todas las situaciones posibles. Por ello, para mayor claridad se deben considerar las leyes de otros países / regiones que han regulado sobre el tema, para implementar en Colombia mediante un proyecto de ley, pero este debe cumplir con todas las expectativas sobre el concepto de contrato de arrendamiento uterino, existencia y validez de requisitos, estándares básicos, análisis de las consecuencias legales del incumplimiento de contratar, así pues presenta

una descripción teórica y conceptual de la maternidad subrogada, clasificación y estadísticas, y la regulación en Colombia mencionando los principales intentos legislativos y jurisprudenciales.

También suma los argumentos presentado en la Revista de Derecho Privado, núm. 52, julio-diciembre, 2014, pp. 1-18 de la Universidad de Los Andes Bogotá, Colombia, que explica como la ciencia ha permitido colaborar en el nacimiento de un bebé a través de diferentes técnicas de reproducción asistida para aquellas parejas que desean ser padres, haciendo énfasis i en que la filiación asistida no está regulada en cuanto a los hijos habidos con estas.

Por último Mancero, Michelle con su tesis denominada “La Maternidad Subrogada desde la perspectiva del Interés Superior y los Derechos Filiativos Involucrados” (Mancero Valencia, 2019), estableció que todos los niños y niñas tienen derecho a tener una condición parental específica, a conocer a sus padres y a ser criados por sus padres, y a mantener relaciones familiares; para los niños nacidos sin reproducción asistida, estos derechos como la identidad de los padres es completamente irrelevante. Sin embargo, para los niños nacidos con subrogación y material genético de terceros, estos derechos se aplican no solo a sus (futuros) padres, sino también a los donantes de gametos e incluso a las madres subrogadas. En este sentido, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación, los niños tienen derecho a conocer la forma en que fueron concebidos y quiénes son sus padres intencionales, además de conocer sus orígenes genéticos y biológicos.

En definitiva, de los antecedentes académico analizado se evidencia que existe apuro de adoptar un proyecto de ley que abarque las dos líneas de trabajo que la maternidad subrogada trae consigo, por un lado, se relaciona con la validez del contrato, que estipula el alquiler del vientre; por otro lado, se relaciona con la determinación de la filiación materna y paterna, la cual se seguirá desarrollando a lo largo de este escrito.

En lo referente a este capítulo introductorio en Colombia se evidencia pronunciamientos judiciales hitos, tales como la sentencia SC6359-2017 (SC6359-2017; 10/05/2017 Magistrado Ponente ARIEL SALAZAR RAMÍREZ) que analiza la utilización de técnicas de reproducción humana y el conflicto jurídico entorno a la filiación por la procreación científica porque la impugnación de la paternidad no solo se limita a las causales señaladas en el art 214 del C.C. sino también exige el requisito del consentimiento libre e informado para realizar la inseminación artificial por parte de la pareja que no aporta ningún dato genético. Esto es importante porque el consentimiento es considerado un criterio reconocido por el ordenamiento jurídico para determinar

filiación y parentesco, es decir que la voluntad es relevante constitucionalmente para asumir la paternidad en estos casos. Por lo cual el honorable tribunal concluyo que la inseminación artificial también da lugar a la filiación sin importar la consanguinidad por prueba de ADN, sino el consentimiento libre e informado que otorga la fuente para el proceso de inseminación.

Ahora bien, con el objetivo de sentar bases que permitan entender el desarrollo del tema objeto de estudio, se precisa que la subrogación es una práctica controvertida que implica considerar diferentes dimensiones de análisis, tener en cuenta las posibles diferencias entre las partes y cuestionar nociones preconcebidas sobre la familia y la reproducción. Aunque hay muchos factores a considerar en torno a estos acuerdos, hay tres temas teóricos y prácticos principales en todo el mundo. Primero, hay una discusión sobre si la gestación subrogada debe regularse o prohibirse. En segundo lugar, la remuneración económica de las mujeres embarazadas. En tercer lugar, ¿quién tiene derecho a estos contratos?. (Jimenes, 2019).

Bajo este entendido se reitera nuevamente que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa contra la realización de tales convenios o acuerdos. Sin embargo, en lo que respecta a las tecnologías de reproducción asistida para gestantes subrogadas o gestantes, según el artículo 42-6 de la Constitución, la doctrina sostiene que son legales, que estipula: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.”

Como se afirmó para la doctrina existen dos tendencias una que considera madre solo a la mujer embarazada y da luz y por su parte la teoría que considera que madre es cualquier mujer, así pues se ha posesionado la gestación subrogada como un mecanismo activo para solucionar el problema de la infertilidad en las parejas, y enfatiza la urgente necesidad de regular este asunto para evitar una mediación rentable entre las partes, desprotección de los derechos e intereses de los recién nacidos; violaciones a la ley para disponer del cuerpo; y los grandes conflictos que surgen cuando ocurren desacuerdos entre las partes. (Corte Constitucional, 2009) puesto que en Colombia se encuentra vigente la teoría que toma como presupuesto determinante al elemento biológico de la maternidad subrogada, donde afirma, “tratándose de la maternidad, la determinación de la misma se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor tipo sociológico”,(p. 495- 511, Traducía, go1987), por lo que se evidencia que a través de esta teoría que, en pocas palabras, el embarazo y el parto son uno, es decir, si una mujer da a luz, debe ser una persona que crea y atiende sus derechos y obligaciones en la llamada

sociedad. Nacer para ser madre, es un elemento natural de la maternidad que aún se encuentra preinstalado en el general de los colombianos.

A contrario sensu, existe la teoría que considera determinante el elemento genético que crea un vínculo más fuerte con el nacido, puesto que así lo evidencia (Gorassini, 1993) en su escrito

Si el óvulo de una mujer negra gestado por una mujer blanca no hace blanco al nacido, tampoco la mayor duración del embarazo garantiza que la mujer blanca sea mejor madre que la negra, de igual manera, la madre genética puede vivir con mayor intensidad la gestación que la madre uterina, así como el padre no tiene un vínculo afectivo menor con el concebido por no llevarlo en su seno. A ello se añade que siempre es técnicamente posible crear una máquina para la gestación artificial, de manera que es posible que exista nacimiento sin parto, supuesto en el cual este dato pierde su utilidad para determinar la maternidad, a menos que se piense atribuir la maternidad a tal máquina incubadora. (p. 1251)

Por lo tanto, el autor en el párrafo precedente trató de lidiar con la noción de que la madre es cualquier mujer, bióloga o no, y contradice.

Dentro de este orden de ideas, con la finalidad de ampliar más la comprensión del tema las próximas líneas se centran en cinco aspectos claves: la maternidad, la paternidad, la reproducción asistida, la maternidad subrogada y la filiación.

En relación a la Maternidad es definida como “interacciones emocionales recíprocas entre madre e hijo.” (Roselló, 1980), es decir se entiende como la demostración o actuación de amor mutuo que se tiene por ambas partes, es decir madre e hijo y el cariño que tiene un hijo por su madre.

En el mismo sentido, Cassanova (1989) define la maternidad como “la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues se entiende por madre “la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos, etc.” (p. 25), eso quiere decir que una madre es aquella mujer que se encarga de la crianza de su hijo.

Para el caso de la Paternidad, según Oiberman, (1998) se define como un Proceso psicoafectivo por el cual un hombre realiza una serie de actividades en lo concerniente a concebir, proteger, aprovisionar y criar a cada uno de sus hijos jugando un importante y único rol en el desarrollo del mismo, distinto al de la madre” (p. 52). Por lo que se da a entender que la paternidad

es aquella donde un padre se encarga de demostrarle un afecto a su hijo, con el fin de protegerlo y criarlo a través de su rol como papá.

Ante estos conceptos anteriores, debemos tener en cuenta que la maternidad y paternidad no se asocian solamente a la concepción del hijo, sino a el rol que desempeñan socio afectivo entre ellos.

Mientras tanto la Reproducción Asistida, tema central de este trabajo se define de la siguiente manera: “La reproducción humana asistida es la denominación genérica de diversas técnicas desarrolladas en las últimas décadas, para el tratamiento de la esterilidad, las cuales se caracterizan por la manipulación de los gametos de la pareja, sin que para tal fin sea necesaria la presencia de relaciones sexuales” (Suarez 2014, p.12)

Como resultado del anterior párrafo la definición de la reproducción asistida se entiende como la forma genética mediante la cual se presta una asistencia médica a las parejas que no pueden concebir un hijo y que anhelan conformar una familia de manera segura.

Asimismo, se agrega que entre las técnicas de reproducción asistida se encuentran: Inseminación artificial con semen de la pareja (IAC), Inseminación artificial con donante de semen (IAD), Fecundación in vitro (FIV) y Microinyección espermática (ICSI), Diagnóstico genético preimplantacional (DGP), Extracción espermática, Donación de ovocitos, Preservación de la fertilidad, entre otras.

Por último la maternidad subrogada, también denominada maternidad sustituta, gestación de sustitución, de alquiler de vientre o de gestación subrogada, fue definida como el negocio jurídico mediante el que una mujer fértil (subrogada, madre subrogada o portadora) acuerda gestar y alumbrar un hijo en favor de una persona o una pareja (subrogante, contratante o comitente), cediéndole(s) la custodia y renunciando a los derechos materno filiales, quienes se obligan a reconocerlo como hijo u adoptarlo (León Vélez & Millán Forero, 2013)

Los futuros padres del bebé se llaman habitualmente padres de intención. La situación ideal es que la gestante solamente aporte el útero para mantener el embarazo y dar a luz al futuro bebé, renunciando a su derecho a la maternidad, pues los óvulos y espermatozoides son aportados por los padres de intención.

En razón a la maternidad subrogada, la Filiación es la figura jurídica estudiada la cual es la relación de parentesco entre padres e hijos que produce unos derechos y obligaciones. Por lo

que “la filiación es el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo y otra el padre o la madre del mismo” (Moreno, p. 519).

Ahora bien, los aportes científicos en el tema de reproducción humana, han permitido constituir un nuevo modelo de familia el cual ha sido muy utilizado por las parejas o personas solteras. Por ello, resulta tan importante determinar la influencia del derecho, que como se ha reseñado, ante la omisión de regulación, se han presentado distintas problemáticas relacionadas con la validez del contrato de maternidad delegada y la determinación de la filiación y parentesco en estos casos. La relación del derecho con la práctica social de maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida, permite cambiar la noción tradicional de familia y de las relaciones paternas filiales. Se requiere cambiar paradigmas jurídicos y concepciones éticas para regular una realidad que se ha extendido en los últimos años, pues si no existen normas que prohíban o regulen el alquiler de vientre, se van a seguir presentando, llegando al turismo reproductivo, afectación a la dignidad humana de la mujer, al interés superior del menor, entre otros.

Desde esta perspectiva el único referente legal sobre la práctica de maternidad subrogada en Colombia es la sentencia T - 968 de 2009 de la Corte Constitucional MP MARÍA VICTORIA CALLE CORREA (Corte Constitucional, 2009), en esta sentencia, la Corte estudió el caso de una pareja que acudió al método de alquilar el vientre para tener un bebé y por ello, definió esta práctica como:

El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. (Partido Centro Democrático Senado de la República de Colombia, 2018)

Allí, se expone un caso de alquiler de vientre, pero indican que es necesario en el acuerdo establecer determinadas cláusulas tales como “... a la mujer a someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; que se preserve la identidad de las partes; que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica”.

En la sentencia se estudia el principio del interés superior del niño respecto a las prácticas de reproducción asistida, por lo que este caso se resuelve entorno a tres procesos de familia: permiso de salida del país, regulación de custodia, visitas y la privación de la paternidad y no entorno a la validez del contrato de maternidad subrogada en virtud a que en este caso la madre gestante también aportaba el gameto (ovulo). Es útil el concepto y requisitos que la Corte refiere frente al contrato de maternidad sustituta y deja sentado la importancia de regular este tipo de contrato por el uso habitual de esta técnica de reproducción por las parejas o personas solteras para tener un hijo y constituir familia.

Sumado a lo anterior, es preciso subrayar que en Colombia existen normas que de manera tímida a dilucidado el tema objeto de estudio:

Pues bien, el Decreto 1546 de 1998, modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004, en su artículo 2° fijó algunas definiciones en relación con la donación de gametos y preembriones a utilizar en las Unidades de Biomedicina Reproductiva y la Resolución 8430 de 1993 expedida por el Ministerio de Salud, « establecen que se entiende por Consentimiento Informado en el acuerdo escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o en su caso, su representante legal, autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos, beneficios y riesgos a que se someterá.

Por su parte el Art 42 de la constitución política dispone que “todos los hijos incluso los procreados con asistencia científica tienen derechos y deberes” y en el sentido que se podría interpretar esta norma en armonía con otras de carácter internacional como la declaración universal de derechos humanos art 16. Para permitir el contrato de maternidad subrogada, en aras que internacionalmente es un derecho “fundar una familia”.

En síntesis, el capítulo presento los principales antecedentes académicos que han alertado sobre la falta de regulación de la maternidad subrogada, así como expuso las principales teorías arraigadas al contexto social colombiano junto con la aproximación conceptual a las palabras claves que se desarrollarán en los próximos capítulos. Además de la mención de algunas normas y sentencias que sirven de base para afirmar que existe una tendencia clara de parte del sistema jurídico a hacia la aprobación de la maternidad subrogada, pero con algunas restricciones en su aplicación. A continuación, se realizará las precisiones conceptuales.

II. CAPITULO II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DEL PROCESO DE FILIACIÓN MATERNO Y PATERNO EN COLOMBIA

La filiación materna y paterna en Colombia se refiere al establecimiento legal de la relación de parentesco entre los progenitores y sus hijos. Este proceso tiene como objetivo reconocer y proteger los derechos y deberes tanto de los padres como de los hijos.

En Colombia, la filiación materna se establece de forma automática y se presume a favor de la mujer que dio a luz al niño. Esto significa que, salvo prueba en contrario, la mujer que da a luz se considera la madre legal del niño.

En cuanto a la filiación paterna, puede ser establecida de diferentes formas. Si los padres están casados al momento del nacimiento del niño, el esposo se presume como el padre legal. Si los padres no están casados, el padre puede reconocer voluntariamente al niño, lo cual puede ser hecho en el momento del registro civil de nacimiento. En caso de disputa o duda sobre la paternidad, se puede acudir a un proceso judicial para determinarla a través de pruebas de ADN u otros medios.

Es importante destacar que en Colombia se reconoce y protege el derecho de los hijos a conocer su filiación biológica y a mantener una relación con sus padres, independientemente de su estado civil o situación de pareja. Además, se promueve el principio del interés superior del niño, que busca proteger su bienestar físico, emocional y social en todas las decisiones relacionadas con la filiación.

En resumen, el proceso de filiación materno y paterno en Colombia implica el reconocimiento legal de la relación de parentesco entre los padres y sus hijos. Este proceso se rige por la legislación colombiana y busca proteger los derechos y el bienestar de los hijos en todo momento.

Resulta indispensable para lograr el objetivo principal de la investigación, analizar el fenómeno jurídico de la filiación materna y paterna en los casos de gestación subrogada en Colombia, comenzar con una breve contextualización del tema, y para ello precisamente en este primer capítulo, se abordan conceptos tan relevantes como la filiación, las clases de filiación según la normativa constitucional, civil, de familia y su respectiva evolución jurisprudencial.

Definitivamente, toda la temática de la maternidad subrogada o alquiler de vientres que interesa esta investigación, junto con las Técnicas de Reproducción Asistida, han replanteado los conceptos y el régimen legal de la figura jurídica de la filiación que venía de una tradición romana

trascendente. Ello ha desbordado las estructuras jurídicas existentes al lograr separar la reproducción humana de la sexualidad, lo cual sin duda ha desencadenado una “revolución reproductiva” en materia de filiación. (Beetar, 2019)

Pues bien, la atención en la salud reproductiva fue desencadenando avances médicos y científicos en tratamientos de infertilidad, siendo consecuentes con el derecho a la autonomía reproductiva, a fundar una familia, a la vida privada, a beneficiarse de aquellos progresos científicos, los cuales imponen libertad frente a las restricciones al acceso a estas técnicas.

A nivel internacional hay un marco de Derechos Humanos que reconoce precisamente el acceso a técnicas de reproducción asistida como parte de los derechos reproductivos. No obstante, hay muchas aristas en el tema, como los altos costos de las técnicas, el reconocimiento de la infertilidad como enfermedad, la cobertura asistencial del Estado para quienes acuden a estos mecanismos, las condiciones socioeconómicas, entre otras que se deben revisar con detenimiento para garantizar esos derechos.

Estos derechos se derivan de los principios establecidos en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Estos instrumentos reconocen que todas las personas tienen derecho a decidir libremente sobre cuestiones relacionadas con su salud reproductiva, incluido el acceso a tecnologías y tratamientos de reproducción asistida. Esto implica que las personas tienen el derecho de buscar asistencia médica para superar problemas de fertilidad y lograr el embarazo deseado.

El acceso a técnicas de reproducción asistida se considera parte de los derechos reproductivos, que incluyen el derecho a formar una familia, el derecho a decidir el número de hijos, el derecho a recibir información y educación en materia de salud reproductiva, entre otros. Estos derechos se basan en los principios de autonomía, dignidad, igualdad y no discriminación.

Sin embargo, es importante destacar que, si bien existe un reconocimiento internacional de estos derechos, su implementación y alcance pueden variar en cada país. Cada Estado tiene la responsabilidad de garantizar el acceso a servicios de reproducción asistida de manera segura, accesible y respetando los derechos y la dignidad de las personas involucradas.

En conclusión, el marco de Derechos Humanos a nivel internacional reconoce el acceso a técnicas de reproducción asistida como parte de los derechos reproductivos. Esto

implica que las personas tienen el derecho de buscar asistencia médica para superar problemas de fertilidad y lograr el embarazo deseado. Sin embargo, la implementación y alcance de estos derechos pueden variar en cada país, y es responsabilidad de cada Estado garantizar su cumplimiento.

Por ello, a medida que se evoluciona con estas prácticas que ayudan en los problemas de fertilidad a las personas que anhelan esa paternidad, debe evolucionar también el derecho para ir reconociendo y regulando en las dinámicas que se presenta en la sociedad.

Entonces surge la duda de si ¿en Colombia se cuenta con una regulación normativa que establezca la voluntad procreacional como fuente para determinar la filiación en caso de aplicarse la maternidad subrogada? o ¿si hay por lo menos un desarrollo jurisprudencial que permita determinar la filiación no solo por la verdad biológica, sino por el consentimiento o voluntad de procreación?

Es claro que actualmente la determinación de la filiación no es solo producto de la fecundación resultante de la relación sexual, sino también de la manifestación de la voluntad como en el caso de las adopciones. Pero cuando se trata de nacidos en virtud de las Técnicas de Reproducción Asistida, no se ha encontrado gran avance legislativo en la determinación de la filiación en estos casos.

De allí, la importancia de indagar sobre aspectos conceptuales, etimológicos o de origen sobre la filiación, que permitan unas bases claras sobre las modificaciones normativas que se proponen en el desarrollo de este trabajo investigativo, en atención a los avances de la ciencia en el mundo globalizado y a esas nuevas prácticas que generan situaciones que debe resolver el Derecho. Así las cosas, en este capítulo se presentan aquellos fundamentos conceptuales que favorecen la interpretación y el sentido de la figura jurídica de la filiación ante la práctica de alquiler de vientres en Colombia.

Así, por ejemplo, en un caso de alquiler de vientre, ¿Se hace un contrato por escrito con qué especificaciones? ¿Qué pasaría si la madre que presta su vientre apenas nazca él bebé decida quedarse con el nacido y no entregarlo a los padres contrayentes? Si llegara a nacer él bebe con alguna discapacidad y los padres sustitutos deciden no acogerlo como hijo, ¿qué los obliga a recibirlo y reconocerlo como hijo a pesar de su condición? ¿Los padres sustitutos pueden registrar el nacido como hijo en la notaría, y darles sus apellidos? En general son muchos los interrogantes

que pueden surgir ante estas nuevas situaciones que no son tan comunes, ni tradicionales en esta sociedad colombiana.

Pues bien, a continuación, se presentan tres subtemas del primer capítulo: el primero sobre concepto y clases de filiación desde apreciaciones teóricas de diferentes autores hasta el estudio en el Código Civil Colombiano; el segundo sobre el derecho fundamental a la filiación a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991; y el tercero sobre el proceso de investigación e impugnación de la paternidad y maternidad en el ordenamiento jurídico vigente.

2.1. Concepto y clases de Filiación

Partiendo de la generalidad, se entiende la filiación como aquella relación jurídica que se establece entre padres e hijos y que generan derechos y obligaciones. Se trata de un atributo de la personalidad que va ligado al estado civil de una persona, que proporciona una identidad.

Resalta el concepto que ha realizado la Corte Constitucional de Colombia sobre la filiación, como en la sentencia C-285 de 2015, en donde la define como aquel derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias, nacionalidad, entre otros. La protección de este derecho se concreta en las garantías superiores como tener una familia, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. En el mismo sentido, en la sentencia T- 207 de 2017 señala la filiación como un derecho fundamental y un atributo de la personalidad.

Por su parte, según el diccionario de la lengua española, filiación, del latín filus, hijo, es la relación que procede entre los hijos y los padres, originado principalmente en la procreación. Consecuentemente “este nexo en relación con el padre, toma el nombre de paternidad, y mirado por el lado de la madre, se le denomina maternidad.” (Parra, 2002, p. 405)

Tal como arguye Serrano (2020) la filiación permite establecer derechos y deberes de la potestad parental muy importantes como los órdenes sucesorales, el derecho de alimentos, la nacionalidad, que son normas de orden público, inmodificables. (Serrano, 2020, p. 105)

Con esta reciente definición, el autor hace énfasis en la importancia de la filiación desde dos puntos de vista: por el tema de los derechos y deberes que surgen, y por sus efectos de orden público, irrenunciables, intransferibles e imprescriptibles, pues los padres no pueden sustraerse de cumplir con las obligaciones que tienen con los hijos, a menos que haya una restricción de la patria potestad por decisión judicial.

Según Cañas (1987), la filiación hace referencia a la situación jurídica del hijo frente a la familia y sociedad, por eso explica sobre el parentesco genealógico, consanguíneo y el estado civil, sin tener en cuenta aun el consentimiento o las Técnicas de Reproducción Asistidas. Argumenta que el estado civil de las personas es uno e indivisible por lo que la filiación es la relación que se da entre dos seres de los cuales uno emana del otro por generación.

Esta figura jurídica de la filiación, como se dejó dicho en líneas anteriores, trata sobre la relación que se tiene entre padre/madre e hijos, el primero llamado paternidad y el segundo maternidad, y sustenta unos derechos y obligaciones entre ellos como por ejemplo los relacionados con la patria potestad, el derecho de alimentos, régimen de visitas, entre otros. En principio se habla de dos clases de filiación, como la natural, por los medios naturales de reproducción, y la civil o adoptiva. (López y Amado, 2014)

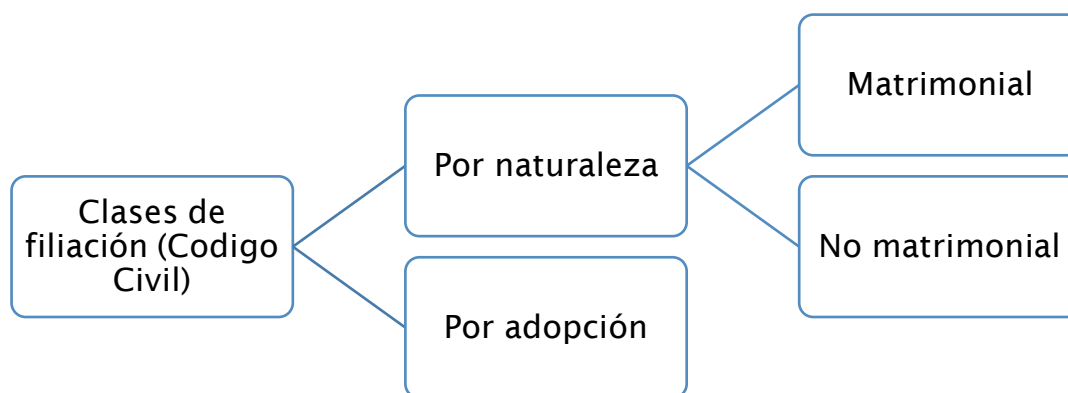
No obstante, para autores como Abello (2007) se puede entender la filiación “(deriva del vocablo latino filius-filii) desde fuentes no solo naturales por la procreación, sino también de la adopción y reproducción asistida”. (p. 24)

Entonces con las definiciones anteriores, y teniendo claro que la filiación no solo la determina el vínculo natural, se hace necesario hacer la diferenciación en dos clases: la natural que hace referencia a la consanguínea, partiendo del hecho biológico de la concepción hasta el nacimiento y por otra parte la civil que se relaciona con la adopción. (Piedrahita, 1992)

Según nuestro Código Civil, artículo 108, existen dos clases de filiación: la que tiene lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

Gráfica 1

2.2. Clases de filiación según Código Civil Colombiano



Nota: Elaboración propia.

Como se observa, este artículo del Código Civil no menciona una tercera e importante clase de filiación que es la asistida, la cual si tiene un desarrollo doctrinario que se expondrá de manera seguida.

2.2.1 La Filiación Natural

Se considera que este tipo de filiación, hace referencia a la existente de manera biológica entre padres e hijos o bien sea mediante técnicas de reproducción asistida. Es decir, se toma en cuenta el hecho biológico de la concepción hasta el alumbramiento, el cual en el código civil colombiano se encuentra atado a presunciones legales según el tiempo de nacimiento (López y Amado, 2014). Ahora bien, la filiación por naturaleza puede ser de dos tipos: matrimonial, y no matrimonial.

La matrimonial, como su nombre lo indica, es cuando los padres están casados al momento del nacimiento del hijo, en vista que la Ley Civil en el artículo 214 del código civil tiene por padres a los cónyuges cuando el hijo nace pasados los 180 días desde la constitución del vínculo, puesto que se presume el deber de fidelidad de parte de la esposa (Medina. J., 2022). Pero también, cuando los padres se casan después que nace el hijo y se registra el nacimiento junto con la del matrimonio de los padres, o bien por sentencia firme.

La no matrimonial precisamente es cuando los padres no están casados, es decir, en unión marital de hecho o relación extraconyugal, en donde el reconocimiento de los hijos naturales es irrevocable y puede hacerse en el momento en la inscripción del nacido en el Registro Civil, en testamento o en otro documento público; por resolución, por sentencia en virtud del proceso judicial de filiación o en cualquier proceso tramitado ante un juez donde se presente la asunción

de paternidad voluntaria donde así se declara la nulidad de lo actuado, el reconocimiento guarda plena eficacia (Medina, J. 2022)

Sobre este tipo de filiación matrimonial y extramatrimonial, llama la atención que la Corte Constitucional en sentencia C-451 de 2016 y C-131 de 2018, los conceptualiza y deja claro que los modos de filiación no repercuten en la igualdad de derechos y deberes de todos los hijos. De allí que hoy en día se hable de hijos sin hacer referencia a categorías o tipificaciones discriminatorias.

Se enfatiza en que los efectos jurídicos del estado civil son iguales para todas las relaciones de filiación, independiente de la forma en que se produzcan, o si son matrimoniales o extramatrimoniales.

Ahora bien, el legislador ha pretendido bajo la Ley 75 de 1968, con las modificaciones introducidas por la Ley 721 de 2001 y la Ley 1060 de 2006, que no haya diferencia entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales, dotando a las personas de los instrumentos jurídicos para ejercer sus derechos, en aras de buscar su verdadera filiación o de impugnarla. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013)

2.2.2 Filiación adoptiva o civil

Este tipo de filiación tiene lugar mediante resolución judicial en proceso de jurisdicción voluntaria de adopción.

Encuentra su fundamento legal en el artículo 176 del Código Civil, donde se señala que, en la resolución judicial de adopción, se debe tener presente el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Además, ha sido regulada la Ley 140 de 1960, la Ley 5ª de 1975, el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor y la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, actualmente vigente, que lo precisa como una medida de protección bajo vigilancia del Estado, en el que se establece de manera irrevocable la relación paterno- filial entre adoptable y adoptivo.

A nivel jurisprudencial, también encuentra sustento en la sentencia de la Corte Constitucional T-071/16 en donde se explica sobre el vínculo filial que se adquiere con la adopción, como una forma de integrar una familia pese a que no se comparten lazos de consanguinidad (C. C; T 071/16)

De manera armónica, la sentencia C-893 de 2007, explica también que lo que se pretende con la adopción, es garantizar al menor un lugar estable donde se pueda desarrollar de manera integral, construyendo una relación paterno-filial pese a que no tienen lazos biológicos. En definitiva, los padres adoptivos tienen los mismos derechos y obligaciones que los padres que los procrearon.

2.2.3 Filiación asistida

Al respecto, se encontró un artículo de Mesa y Giraldo (2017) que presenta unas consideraciones importantes sobre la figura jurídica de filiación asistida, que interesan para análisis de este trabajo de investigación y que se traen a colación.

Por ejemplo, para Suárez (2001) la filiación asistida, “resulta ser un estado jurídico civil que se la asigna a un hijo frente a la familia y a la sociedad, deducido de la relación natural de procreación que la liga con la otra y que determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones”. (p. 236)

El Código Civil Colombiano distingue entre la filiación natural y la adoptiva. El artículo 179 del Código Civil comienza diciendo que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial y en su inciso 2° establece que la filiación adoptiva se rige por la ley respectiva. (Valencia, 2013)

Por ello, es un tema jurídico novedoso, pese a las grandes discusiones que ha generado, al permitir hoy con los avances médicos tener hijos a personas infértiles con intervención no sexual. (Mesa y Giraldo, 2017)

Si bien es cierto como se dijo anteriormente, la filiación, puede ser natural o adoptiva, hoy en día, debido a los avances científicos en los campos de la biomédica y la biotecnología, las formas de reproducción han evolucionado al punto de ser posible acceder a la fecundación in vitro, inseminación artificial, transferencia de embriones y demás. Ello nos permite reflexionar que hay otro tipo de filiación denominada asistida, relacionada con la reproducción artificial.

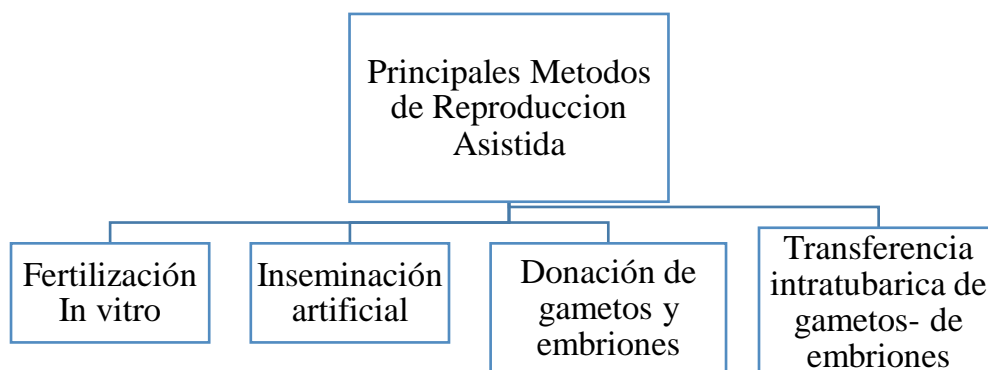
Inclusive jurisprudencialmente se ha desarrollado este tipo de filiación asistida o también llamada filiación por medio de reproducción artificial como una modalidad más de las situaciones cobijadas por la presunción pater ist est prevista en el artículo 213 del Código Civil, como es el caso de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil SC6359-2017, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Se destaca que a partir de la norma superior (numeral 6 del artículo 42) en la que establece que los hijos habidos en el matrimonio o por fuera de el con asistencia científica tienen el mismo estatus jurídico que los adoptados o procreados de manera natural, repercute en la consideración de este tipo de filiación asistida, tomando valor el consentimiento como uno de los criterios que junto al lazo genético ha reconocido el ordenamiento jurídico para determinar la filiación.

En la siguiente grafica se muestran las principales técnicas de reproducción asistida reconocidas por el campo medico en los últimos años.

Gráfica 2

Principales Técnicas de Reproducción Asistida



Nota: Elaboración propia.

De todas las técnicas de reproducción asistida, la que es objeto de esta investigación y ahora ocupa la atención es la de arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, de la cual se ha venido hablando en este texto, sin haber sido aún definida.

Pues bien, consiste en la gestación del embrión fecundado con semen y óvulo de los donantes, el cual es implantado en el útero de persona, diferente a la madre biológica, con la condición de que al nacer sea regresado a tales peticionarios.

Pueden suceder varios casos. Por un lado, se encuentra cuando la madre biológica le resulta de alto riesgo la gestación o no tiene predisposición natural para gestar y se ve obligada a contratar.

También se presentan casos en que las parejas en aras de evitar molestias o impedimentos del embarazo acuden a contratar.

De acuerdo con lo que explica Suárez (2010), el vínculo de la filiación materna y paterna se puede establecer por la manifestación de voluntad de quien desee tener como hijo a quien no lo es biológicamente (adoptivo) o ante una técnica de reproducción humana asistida.

Se evidencia entonces que a medida que avanza la ciencia y se transforman las nociones tradicionales de familia, se necesita que el derecho vaya regulando dichas situaciones para enfrentar esos vacíos normativos.

De este primer subcapítulo, se puede concluir que, atendiendo a la conformación, la filiación puede clasificarse en natural (matrimonial o extramatrimonial), adoptiva o por reproducción artificial o asistida.

Tanto la filiación natural como la reproducción asistida se dan por un proceso genético. No obstante, se diferencian 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. Así las cosas, queda claro que los efectos jurídicos sobre el estado civil son iguales para todas las relaciones de filiación, independiente de la forma en que se produzcan, o si son matrimoniales o extramatrimoniales, conforme lo estipula el inciso 6 del artículo 42 Constitucional, como arriba se dejó explicado.

Se destaca de este subtema que, para determinar la filiación, se tiene en cuenta el criterio genético, pero también el consentimiento.

2.2.4 Derecho fundamental a la filiación a partir de la Constitución de 1991

En nuestro país, se tiene un referente normativo importante que antecede la Carta Constitucional del 91 y es la ley 29 de 1982, que en su artículo 1° puso en discusión de que dada la realidad social existente no era razonable continuar haciendo discriminación de la filiación antes diferenciada en legítima, legitimada, natural y adoptiva. (Gutiérrez, 2020)

Luego con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se deja establecida la posibilidad de que se consideren hijos los procreados de manera natural dentro o fuera del matrimonio, o con asistencia científica o en virtud de adopción, tal como se encuentra en su inciso sexto del artículo 42 que expresa “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.”

Sin embargo, estando de acuerdo con lo señalado por Bernal (2013) han transcurrido más de 20 años desde cuando la Constitución Política de Colombia de 1991 consagró sobre la igualdad de los derechos y deberes de los hijos procreados con asistencia científica, y entonces surge la pregunta de si ¿el Congreso ha legislado sobre el asunto?

Pues bien, se evidencia una falta de legislación específica sobre la materia de reproducción asistida, así como también una falta de adecuación del ordenamiento jurídico, lo cual ha dejado que los conflictos que se han suscitado en relación con este tema sean resueltos por nuestros jueces.

Es menester resaltar también, que no solo la legislación y la jurisprudencia colombiana ha contribuido históricamente a la construcción y el desarrollo del tema de la filiación, sino también la adhesión de tratados y pactos internacionales a nuestro país, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como el Tratado de Derecho Civil Internacional firmado en Montevideo en 1889, la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada en 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles de 1966 y la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

Se debe tener en cuenta, además de los anteriormente mencionados, que, para reconocer el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a la verdadera filiación, el cual trata el artículo 44 de la C.N, se acude a la Convención de los Derechos del Niño la cual fue acogida en Colombia gracias a la Ley 12 de 1991, de donde se deriva el derecho al buen nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

De acuerdo con la Jurisprudencia Constitucional, a partir del 1991 comenzaron los pronunciamientos relacionados con la filiación como un derecho fundamental de los menores por guardar directa relación con su dignidad humana y su identidad, indicando con precisión que aparte del derecho de llevar los apellidos de los padres, los niños deben tener seguridad sobre su filiación materna y paterna para poder llegar a reclamar las obligaciones de sus progenitores, y que sean cumplidas en su beneficio.

(...) El derecho del menor a un nombre y al conocimiento de su filiación resulta fundamental no solamente por el ya aludido mandato constitucional sino por cuanto en ello está de por medio su dignidad humana, ya que supone la posibilidad de ser Identificado y diferenciado respecto de los demás individuos y el ejercicio de otros derechos, como los relativos a su alimentación, crianza, educación y establecimiento. (C. C; T 191/95)

Se puede establecer entonces que hay una relación de conexidad entre la filiación y derechos fundamentales como el reconocimiento de la dignidad humana o el libre desarrollo de la

personalidad, lo cual se hace exigible ante las autoridades judiciales a través de procesos como la investigación o impugnación de la paternidad o maternidad.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Casación del 10 de mayo de 2017 SC 6359-2017, Radicación n° 54001-31-10-009-2009-00585-01, hace referencia a la filiación como el vínculo jurídico entre madre o padre con su hijo, parentesco legal entre ascendiente y su descendiente de primer grado. (CSJ SC, 1976, p.12)

En el mismo sentido, se encuentra una sentencia fundadora de línea en materia de reconocimiento del derecho fundamental a la filiación, con la C-105 de 1995, que la define como uno de los atributos de la personalidad jurídica, indisoluble ligada al estado civil de la persona.

En cuanto al vacío legal de las TRHA y la filiación, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Casación, Referencia No. 11001-3110-002-2006-0537-01, de M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez arguye que no hay una normatividad que regule de manera integral los diferentes aspectos jurídicos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y, en particular, lo atinente al estado civil de las personas fruto de esos avances científicos.

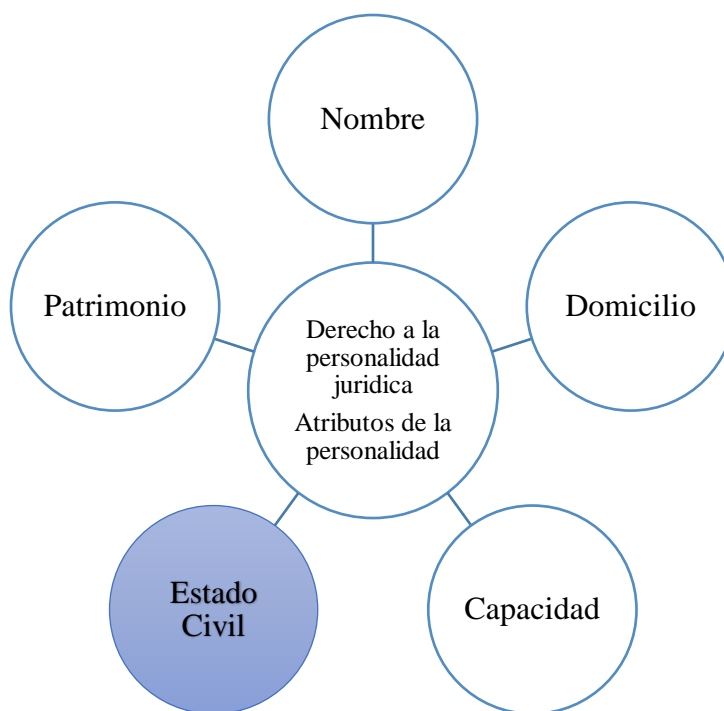
Advierte también la Corte, que es al Congreso de la República que le concierne precisar el trascendencia y proyección de la normatividad en esta materia, bajo los derroteros de la Constitución Política, y del inciso 5° del artículo 42. (C.S.J. Rad No. 11001-3110-002-2006-0537-01)

Se puede concluir de este subcapítulo, que es a partir de la consagración del artículo 14 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que se menciona en rango de derecho fundamental el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, comprendiendo tanto la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones en el tráfico jurídico, así como también la de poseer rasgos particulares que individualicen cada ser, tradicionalmente denominados atributos de la personalidad.

En la siguiente grafica se muestra los atributos de la personalidad, los cuales son identificados de manera tradicional en el ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia nacional, como por ejemplo la Sentencia de la Corte Constitucional T- 241 de 2018, en donde se ilustra de manera muy detallada sobre el derecho a la personalidad jurídica, su contenido, alcance y hace una explicación muy específica del estado civil como atributo de la personalidad y la importancia constitucional del registro civil de nacimiento que importa para esta investigación.

Gráfica 3

Atributos de la personalidad



Nota: Elaboración propia.

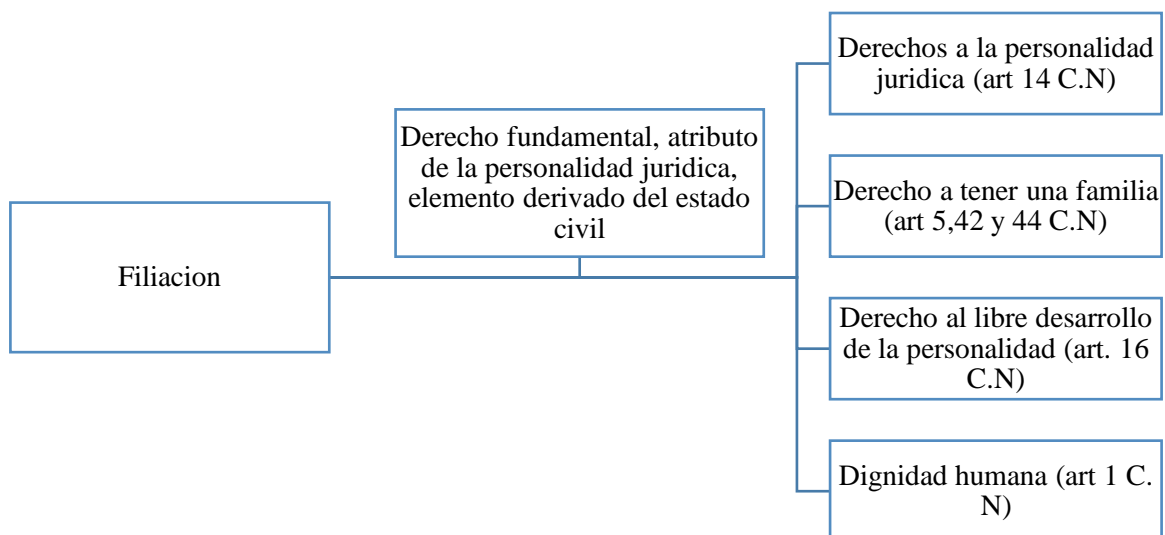
Precisamente, el reconocimiento del estado civil, como se aprecia en la gráfica, es uno de los atributos de la personalidad consistente en que las personas logran su ubicación jurídica en su núcleo familiar y social, y allí se fundamenta el derecho a la filiación, como el establecimiento de una relación jurídica entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptado, de la cual se derivan ciertas obligaciones en sentido bilateral.

Por ello, como se mencionó en líneas anteriores, la Corte se ha encargado de explicar sobre la relación de conexidad entre la filiación y derechos fundamentales como el reconocimiento de la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad. Por ejemplo, en la sentencia T-207 de 2017 explica sobre la filiación como derecho fundamental ligado a un atributo de la personalidad como lo es el estado civil, al nombre y reconocimiento de la personalidad jurídica, los cuales son ampliamente protegidos con la dignidad humana y acceso a la justicia.

En la siguiente grafica se muestra la relación de la filiación con otros derechos fundamentales, según la jurisprudencia nacional:

Gráfica 4

Filiación y relación con otros derechos fundamentales



Nota: Elaboración propia.

Así las cosas, la gráfica evidencia que el derecho de filiación es un elemento integrador del estado civil.

Por un lado, la filiación lleva certeza y reconocimiento legal sobre la línea de parentesco que une a los padres con sus hijos y por el otro, el estado civil es una institución jurídica, la cual de las personas demuestra el relacionamiento familiar, mediante los datos de filiación real y del registro civil de matrimonio. (C. Const. Sentencia T-609 -04)

En consecuencia, la filiación salvaguarda el derecho fundamental de toda persona a tener una familia porque se conoce efectivamente la relación paterno filial de quienes conforman el núcleo fundamental de la sociedad, quienes están llamados a brindar al hijo un lugar seguro donde pueda crear su identidad personal y obtener de esta manera el reconocimiento como miembro de la sociedad (Corte Constitucional Sentencia T-900/06). Es así como mediante la protección que brinda una familia, el Estado le permite al hijo construir su personalidad, decidiendo sin coacción sobre el diseño y el estilo de vida que busca llevar, de acuerdo con su temperamento y carácter, sin transgredir los derechos de las demás personas y las restricciones impuestas por el Estado para mantener el orden público. En todo caso la dignidad humana es el valor superior, que guía al juez

en los procesos de filiación para conocer el verdadero padre y madre del menor. (Sentencia T/411/04 – sentencia T-160/13) De este modo se representa la relación existente, entre la filiación y los derechos fundamentales.

2.3. Principio de unidad de filiación

La institucionalización del Estado Social de Derecho trajo consigo deberes y garantías para el núcleo fundamental de la sociedad: La familia, A partir del artículo 42 de la Constitución Política la jurisprudencia ha desarrollado el principio de “Unidad de la filiación”, el cual estipula que todos los hijos deben recibir semejante trato jurídico, sin importar su origen, teniendo así efectos jurídicos igualitarios sobre el estado civil. (SC 069/19). Lo anterior previniendo posibles litigios en derechos sucesorales y de distinta índole que incluya el reconocimiento del hijo nacido con técnicas de reproducción asistida.

Además, la jurisprudencia ha dicho que “la filiación tiene un fundamento que no necesariamente atiende a la evidencia científicas, es así como la familia está construida bajo la égida de valores como la solidaridad, el afecto, y la dependencia” (C.C, T 357/22) esto significa que en ciertos casos prevalecen los vínculos afectivos que los biológicos.

2.4. Principio de responsabilidad en la procreación

Las nuevas tecnologías han impulsado la evolución humana y en este sentido la procreación por medios que incluyen la tecnología como fuente principal de una concepción exitosa. Es así que el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia deben estar a la vanguardia de dichos avances.

El principio de responsabilidad en la procreación señala el consentimiento libre, voluntario pero comprometido de una o dos personas en concebir por medio de técnicas de reproducción asistida. Cabe enfatizar que surge también una responsabilidad moral que no atiende a la reciprocidad del padre- hijo, sino que corresponden a deberes naturales como padres (Pérez, 2005). Lo anterior sucede cuando un hijo nacido como resultado de una técnica de reproducción asistida tiene malformaciones genéticas u otras afectaciones de salud, en estos casos esta responsabilidad es inalienable e incontrovertible.

En resumen, este principio evoca los derechos fundamentales y principios éticos que conlleva la práctica de la medicina, frente a los riesgos que generan este tipo de prácticas por una

parte y por la otra la del derecho, desde la cual se consiente que estos procedimientos surgen de la voluntad de las partes, contrayendo así obligaciones irretractables.

2.5. Investigación e Impugnación de la paternidad y la maternidad

En virtud del derecho a la filiación, que integra el establecimiento de la relación paterno-materna filial, así como la modificación y extinción de tales relaciones, se identifican los procesos legales de determinación de la filiación, tal y como lo son la investigación y la impugnación paterna y la materna, lo cual resulta importante explicar en este capítulo, para ahondar en la figura jurídica de filiación en Colombia.

Pues bien, por una parte, se tiene que la investigación de la paternidad es un proceso judicial que tiene por finalidad restituirle el derecho a la filiación de las personas, que no han sido reconocidas de manera voluntaria por sus progenitores, mientras que, por otra parte, la impugnación de la paternidad o la maternidad se refiere a la oportunidad que tiene una persona para refutar la relación filial que fue previamente reconocida. Ambos procesos mencionados, se presentan cuando no hay claridad de la relación paterno-materno filial.

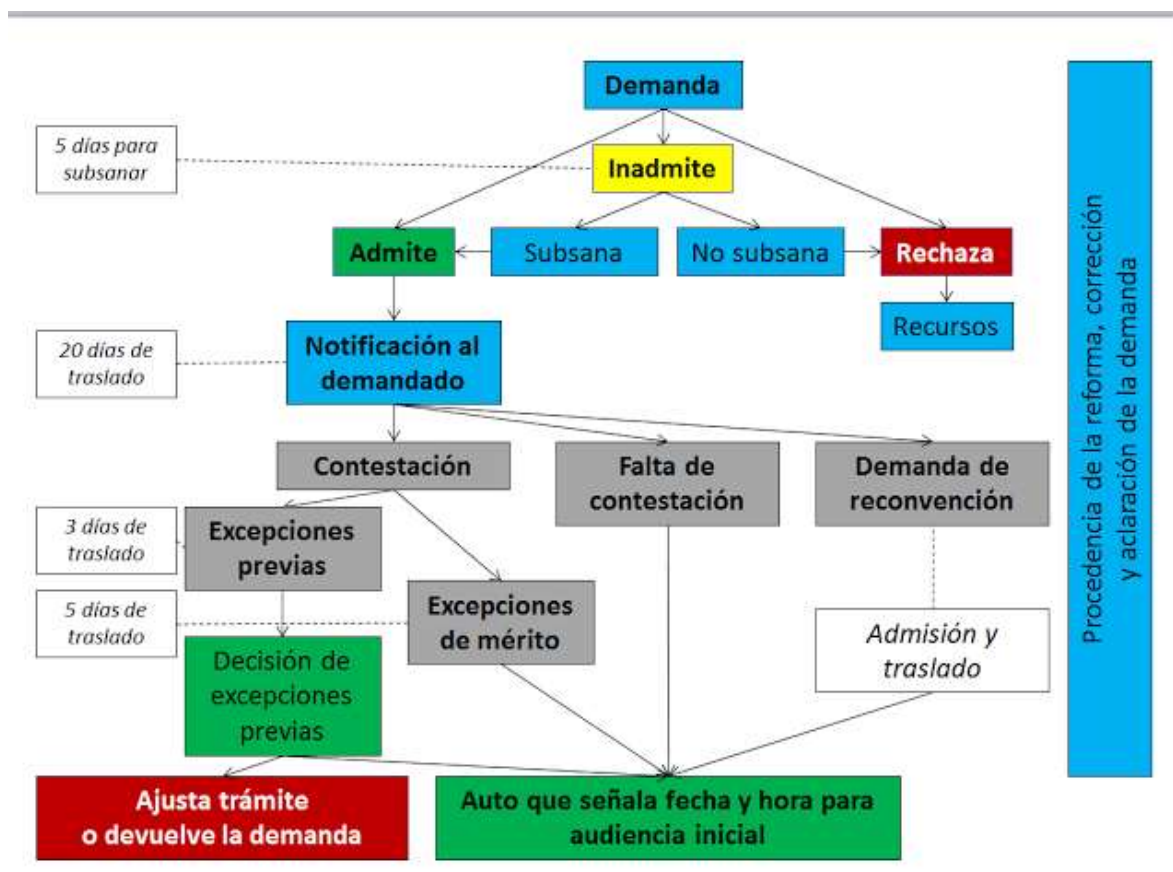
El proceso de investigación de paternidad se adelanta ante un Juez de Familia, quien debe solicitar y practicar pruebas, que le permitan establecer la paternidad, incluida la prueba biológica de ADN, prueba por excelencia en este tipo de procesos, la cual puede ser ordenada por la autoridad competente, o aportada por las partes interesadas en el proceso.

Se aprecia que la acción de investigación de la paternidad mencionada, se dio con la vigencia de la Ley 45 de 1936, permitiendo que actualmente los hijos extramatrimoniales tengan derecho a investigar judicialmente su paternidad, optando por obtener su calidad de manera voluntaria conforme lo estipula el artículo 1 de la Ley 75 de 1968, es decir mediante: (a) escritura pública; (b) por medio de testamento; caso en el cual la revocatoria de éste no implica la del reconocimiento o (c) por manifestación expresa y directa hecha ante un juez.

Con respecto al procedimiento, los procesos de investigación de la paternidad se tramitan a través del proceso verbal de que trata el artículo 368 y ss. del Código General del Proceso, tal como se muestra cada paso en la siguiente gráfica.

Gráfica 5

Proceso Verbal Código General del Proceso



Nota: La grafica muestra el procedimiento de investigación de la paternidad señalado en el artículo 368 ss. del Código General del Proceso. <https://gmhabogados.com.co/el-proceso-verbal-en-el-codigo-general-del-proceso/>

Por otra parte, es menester aclarar que cuando la finalidad es atacar una relación filial por ser contraria a la realidad, se acude al proceso de impugnación de la maternidad y la paternidad, para declarar su inexistencia. Por lo mismo, se requiere la existencia jurídica de la filiación bien sea porque el hijo haya sido legitimado por escritura pública, o bien haya sido reconocido como extramatrimonial. Por el contrario, no se pueden impugnar las filiaciones establecidas mediante sentencia judicial, por sus efectos de cosa juzgada.

Se debe tener en cuenta que la impugnación debe ser judicial, mediante las acciones legales que establezcan la verdadera filiación, excluyendo por tanto cualquier pretensión de impugnación unilateral o bilateral de carácter voluntario.

La impugnación es entendida como la posibilidad de refutar la filiación que fue reconocida legalmente, según lo afirma la Corte Constitucional en sentencia T- 381 de 2013, es decir que es

una figura empleada para desvirtuar la presunción señalada en el artículo 214 del Código Civil; para impugnar el reconocimiento voluntario de quien admitió ser padre; o, cuando se objeta la maternidad en el evento de un falso parto o de la suplantación del menor.

En relación con las pruebas en este tipo de procesos, según el artículo 7 de la Ley 75 de 1968, el juez de oficio o a solicitud de las partes puede decretar los exámenes que considere indispensables para reconocer las características heredo-biológicas, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia.

Por ello, posteriormente en el 2001 con la ley 721 se determinó sobre el asunto probatorio también que se ordena la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%, y señala más adelante que se usa la técnica de ADN con el uso de marcadores genéticos, hasta que los desarrollos no ofrezcan una mejor alternativa.

En efecto, la necesidad de la práctica de las pruebas científicas fue reiterado con la expedición de la Ley 1060 de 2006, en la cual se habló de una nueva norma relativa a la impugnación de la paternidad. (C.C; C- 2-58/15)

Para concluir este capítulo sobre el concepto de filiación, se puede resumir como lo hace Giraldo (2018) en 4 aspectos sobresalientes: por una parte, de que es un vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre, el cual consiste en una relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado. También arguye que está ligado de manera invariable al estado civil de la persona, que se trata de un derecho constitucional que va ligado al derecho a la personalidad jurídica y finaliza refiriendo que, a través de éste, se concreta el contenido de otras garantías superiores, tales como, tener una familia, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

En igual sentido se puede concluir unos aspectos fundamentales que contextualizan la materia de filiación. En una primera parte, desde un ámbito general, se puede valorar el concepto de Abello (2007) como el más completo, ya que incluye dentro de la definición de la filiación, las tres clases a saber, la natural, la adoptiva y la de reproducción asistida, siendo destacada dentro de la perspectiva académica.

Si bien es cierto, el Código Civil Colombiano en el artículo 179 establece dos tipos de filiación: natural y adoptiva, resulta plausible el desarrollo teórico que le ha dado Mesa y Giraldo

(2017), quien, con una perspectiva moderna, refiere sobre la filiación asistida, implicando múltiples desafíos ante el vacío legal evidente de este tipo de figura jurídica.

En relación con el segundo subtema, se resalta el importante desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre la filiación, como un derecho promulgado en la Constitución de 1991, que, en conexidad con la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad, puede hacerse exigible ante las autoridades judiciales, mediante los procesos de investigación de la paternidad o maternidad, y la impugnación de la paternidad o maternidad.

Se destaca que a nivel normativo, con la Ley 1060 de 2006 en Colombia se realizaron sustanciales modificaciones al Código Civil en lo relativo a la institución de la filiación matrimonial y extramatrimonial, así como también sobre la presunción de paternidad y maternidad del hijo concebido o nacido dentro del matrimonio o de la unión marital de hecho y las reglas atinentes a la impugnación de paternidad y maternidad, todo ello con la finalidad de ajustarse a las circunstancias actuales teniendo en cuenta los postulados constitucionales sobre la familia y reconociendo el aporte de la genética como herramienta probatoria a que acude el derecho para definir la filiación de una persona.

La jurisprudencia constitucional, en sentencias T-488 de 1999, T-071 de 2016, T-207 de 2017 ha señalado que la filiación es un derecho fundamental y uno de los atributos de la personalidad, que se encuentra ligada al estado civil de las personas e, inclusive, al nombre, y al reconocimiento de su personalidad jurídica, derechos que protege en conjunto con la dignidad humana y el acceso a la justicia.

Un hecho de suma importancia desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional, la cual ha mantenido una posición homogénea, en lo relativo al tema que nos ocupa ocurrió por primera vez en el año de 1995 en cuya oportunidad la Corte Constitucional se pronunció sobre la filiación como derecho fundamental por medio de la sentencia C-109 con ponencias del magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero ante una demanda del artículo 3° de la ley 75 de 1968, en la cual se da un carácter de derecho fundamental a la filiación, porque está ligada de manera invariable al estado civil que es uno de los atributos de la personalidad, y que según el artículo 14 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

III. CAPÍTULO III. SUBROGACIÓN MATERNAL EN DERECHO COMPARADO

Para entrar en contexto con el tema desarrollado en el presente capítulo sobre subrogación maternal en derecho comparado, se hace necesario en primer lugar profundizar en los conceptos de maternidad, paternidad, Técnicas de Reproducción Asistida, entre otras, desde las diferentes perspectivas de autores académicos, lo cual es de suma importancia para la comprensión del cuerpo del texto, ya que muchos asumen posiciones conceptuales variadas a partir de constructos culturales y sociales.

A lo largo del primer capítulo, se desarrollaron conceptos importantes sobre la filiación, sus clases, y entendimiento desde la perspectiva jurídica, pasando por fundamentos constitucionales, legales, y jurisprudenciales, dentro de los cuales se mencionó en reiteradas oportunidades sobre la relación filial de maternidad, paternidad y los avances médicos que han cambiado o evolucionado esta figura de la filiación a causa de las TRHA. Por ello, es menester conectar en este capítulo con esas bases conceptuales que permitan dimensionar la necesidad de la evolución dogmática- jurídica en el campo de la maternidad subrogada, como una práctica actual que plantea grandes desafíos en la regulación normativa colombiana, aprendiendo asimismo de las experiencias en otros países.

En efecto, resulta apropiado y conveniente en este punto, hacer la revisión de la normatividad en Colombia sobre la materia para pasar a comparar con las legislaciones que prohíben o permiten la figura de la maternidad subrogada, así sea denominada, en otros términos, como alquiler de vientres, alquiler sustituido, por ejemplo.

3.1. Concepción de maternidad

En primer lugar, la Maternidad es definida de manera general como “interacciones emocionales recíprocas entre madre e hijo.” (Roselló, 1980), haciéndola entender como la demostración o actuación de amor mutuo que se tiene por ambas partes, es decir madre e hijo y el cariño que tiene un hijo por su madre.

En el mismo sentido, autores como Cassanova (1989) nos define la maternidad como “la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues se entiende por madre “la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de

vestirlos, bañarlos, alimentarlos, etc.” (p. 25), lo cual significa que una madre es aquella mujer que se encarga de la crianza de su hijo.

Ahora bien, según teóricos como Molina (2006) el concepto de maternidad está asociado a factores culturales y sociales que van evolucionando en su interpretación, creencia y significado de la mujer, a la procreación y a la crianza. Se trata de la investidura más poderosa para la autodefinición y autoevaluación de cada mujer.

En el mismo sentido, autores como Palomar (2005), afirman que la maternidad no se asocia a un mero “hecho natural”, sino una construcción cultural organizada por normas que se desprenden de las necesidades de un grupo social específico y de una época definida de su historia, conformado por un imaginario complejo y poderoso que tiene dos piezas centrales: el instinto materno y el amor maternal Badinter (1980) y Knibiehler (2001).

En la misma línea de pensamiento, encontramos autores como Cáceres, Molina y Ruiz, que asocian la maternidad a componentes culturales, siguiendo una corriente teórica de interaccionismo simbólico.

La maternidad es un fenómeno sociocultural complejo que trasciende los aspectos biológicos de la gestación y del parto, pues tiene además componentes psicológicos, sociales, culturales y afectivos del ser madre que se construyen en la interacción de las mujeres con otras personas en escenarios particulares, donde se viven universos simbólicos con significados propios, tal como lo plantea la corriente teórica del Interaccionismo Simbólico (Cáceres, et.al, 2014)

En términos generales, hay muchas concepciones de la maternidad, asociados al componente cultural, social que ha trascendido a lo largo de la historia. No solo se refieren al concepto biológico o natural de la procreación, sino también afectivo, de crianza, de grandes responsabilidades.

Durante mucho tiempo, se ha considerado la maternidad desde la perspectiva de ese vínculo fuerte entre un hijo y su progenitora, dado la etapa de la gestación, que crea ese apego emocional de sentir en su vientre la formación de un nuevo ser, de dar vida a este mundo, es decir, como un hecho natural que despierta ese instinto de protección, cuidado, amor incondicional. Luego debido a los avances científicos se transforma el concepto de maternidad, tomando como referencia los partícipes de la fecundación y quienes aportan su genética para engendrar ese nuevo ser.

En segundo lugar, la Paternidad, según Oiberman, (1998) se define como un Proceso psicoafectivo por el cual un hombre realiza una serie de actividades en lo concerniente a concebir, proteger, aprovisionar y criar a cada uno de sus hijos jugando un importante y único rol en el desarrollo de este, distinto al de la madre” (p. 52). En otras palabras, es aquella donde un padre se encarga de demostrarle un afecto a su hijo, con el fin de protegerlo y criarlo a través de su rol como papá.

Ante estos conceptos anteriores, debemos tener en cuenta que la maternidad y paternidad no se asocian solamente a la concepción del hijo, sino a el rol que desempeñan socio afectivo entre ellos.

3.2. Técnicas de reproducción asistida (TRHM)

Desde un inicio de este trabajo, se ha hecho referencia a las técnicas de reproducción asistida, como posibles soluciones a las familias que tienen problemas de fertilidad. Pues bien, la Reproducción Asistida, es definida por Suárez (2014) como la denominación genérica de diversas técnicas desarrolladas en los últimos tiempos, para tratar la esterilidad, caracterizados por manipular los gametos de la pareja, sin necesidad de relaciones sexuales.” (p 12)

En la investigación realizada por este mismo autor Suárez, se logró determinar que en la reproducción asistida se proporciona una asistencia médica a las parejas que no pueden concebir un hijo y que anhelan conformar una familia de manera segura.

Entre las técnicas de reproducción asistida se encuentran: Inseminación artificial con semen de la pareja (IAC), Inseminación artificial con donante de semen (IAD), Fecundación in vitro (FIV) y Microinyección espermática (ICSI), Diagnóstico genético preimplantacional (DGP), Extracción espermática, Donación de ovocitos, Preservación de la fertilidad, entre otras, de las cuales se explica a continuación las principales o mayormente comunes y recurridas en las clínicas donde se presta estos servicios de medicina avanzada para la gestación.

Aunque en el primer capítulo, se mencionaron las principales técnicas de reproducción asistida, se expone a continuación un breve mapa conceptual realizado por González (2013) en el que relaciona en efecto los métodos más utilizados, una descripción que incluye los posibles riesgos y su relación con la bioética.

Ilustración 1

Mapa conceptual Técnicas de reproducción asistida



Nota: Esta ilustración muestra las técnicas o métodos utilizados en la reproducción asistida. Fuente:

<https://es.slideshare.net/jazgonzalez92/mapa-conceptual-de-reproduccion-asistida>

Para algunos autores, las técnicas de reproducción asistida se dividen en dos: las técnicas de baja complejidad como la Inseminación artificial, y la preservación de la fertilidad; y técnicas de alta complejidad como la fecundación in vitro convencional, transferencia de embriones, Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).

3.3. La Inseminación Artificial

Esta es una técnica de reproducción asistida que consiste, según Tarasco, Bach y Marco (2002) en poner una gran concentración de espermatozoides en la zona de entrada del útero de la mujer con el objetivo de acortar el trayecto que estos realizan para llegar al ovocito. Todo ello significa que este tipo de métodos remplazan la copulación y “la introducción del semen se realiza

de forma mecánica y no mediante el acto conyugal natural, siendo necesaria la obtención previa del semen.” (p.)

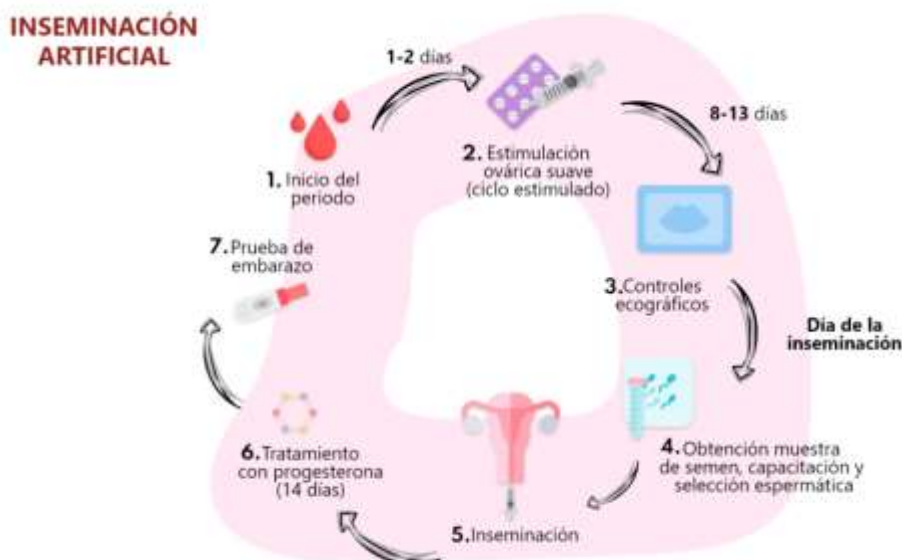
Actualmente, esta técnica consiste en una estimulación suave del ovario mediante inyecciones subcutáneas diarias, durante 7-10 días, para asegurar que la ovulación ocurra un día determinado a una hora concreta. allí, el semen que ha sido procesado para elegir los espermatozoides con mayor capacidad de fecundar es incrustado, en el interior del útero mediante una cánula a través del cuello del útero, sin causar alteración alguna en el ritmo cotidiano de la mujer o pareja (Clínica EmbryoCenter, s.f.).

Hay dos tipos de inseminación artificial: 1) Inseminación Artificial Homóloga (conyugal), es aquella que se lleva a cabo con el esperma de la pareja. 2) Inseminación Artificial Heteróloga (de donante), es aquella que se lleva a cabo con semen de donante anónimo.

En la siguiente ilustración, se muestra de manera muy práctica y sencilla el procedimiento de la inseminación artificial, con los números de días para efectuar cada paso hasta conseguir el objetivo que es el embarazo.

Ilustración 2

Procedimiento de inseminación artificial



Nota: Esta ilustración muestra el proceso de inseminación artificial. *Fuente:* <https://aisafiv.com/es/tratamientos-de-inseminacion-artificial/>

A propósito de este tema, la sentencia SC6359-2017, señala una de las situaciones que se pueden llegar a presentar en la inseminación artificial cuando acontece la muerte del padre. Conforme los hechos, los causahabientes del señor J.C demandan la sentencia proferida el diecinueve de julio de 2013 por la Sala Civil. Familia del Tribunal superior del distrito de Cúcuta. En la mencionada providencia solicitan se impugne la paternidad de J.C a M.V.C, puesto M.V.C fue concebida por medio de inseminación artificial con donante externo y con voluntad consentida del señor J.C.

Respecto a la sentencia de primera y segunda instancia no concedieron las pretensiones de los demandantes por considerar que M.V.C fue concebida en pleno consentimiento del J.C. En esta misma línea, la Corte consideró que la impugnación de paternidad no se rige por los procedimientos habituales como la prueba del ADN, si no que versa sobre la presunción del consentimiento del padre. Por lo anterior no casa la sentencia.

Cabe denotar, que en la donación heterologa, la Corte clarifica que para que sea viable el reconocimiento de los hijos nacidos por esta técnica de reproducción asistida, los requisitos deben estar acorde a la Resolución 8430 de 1993, en este sentido, la manifestación libre y voluntaria debe constar por escrito y cumplir con lo dispuesto en el artículo 1502 del C.C.

Se observa entonces, que el Estado reconoce la evolución en la procreación y garantiza los derechos de los niños nacidos con técnicas de reproducción. Asimismo, la sentencia T 357-2022 ha reiterado:

cuando es paso del tiempo ha sido inexorable y se tiene la certeza de que no existe vínculo biológico, la jurisprudencia ha sido clara en darle prevalencia al interés del menor, precisamente por el carácter voluntario, de aceptación de la relación filial, de apoyo de la solidaridad que con el paso del tiempo se afianza con el niño, teniendo en cuenta que al no ejercer las acciones dentro del término señalado en la ley, se convalida la existencia de la relación padre e hijo que se afianza más allá del vínculo genético.

(p.24)

3.4. La fecundación in vitro

En términos de Rivera (2012), la fecundación in vitro representa uno de los grandes avances en la medicina reproductiva.

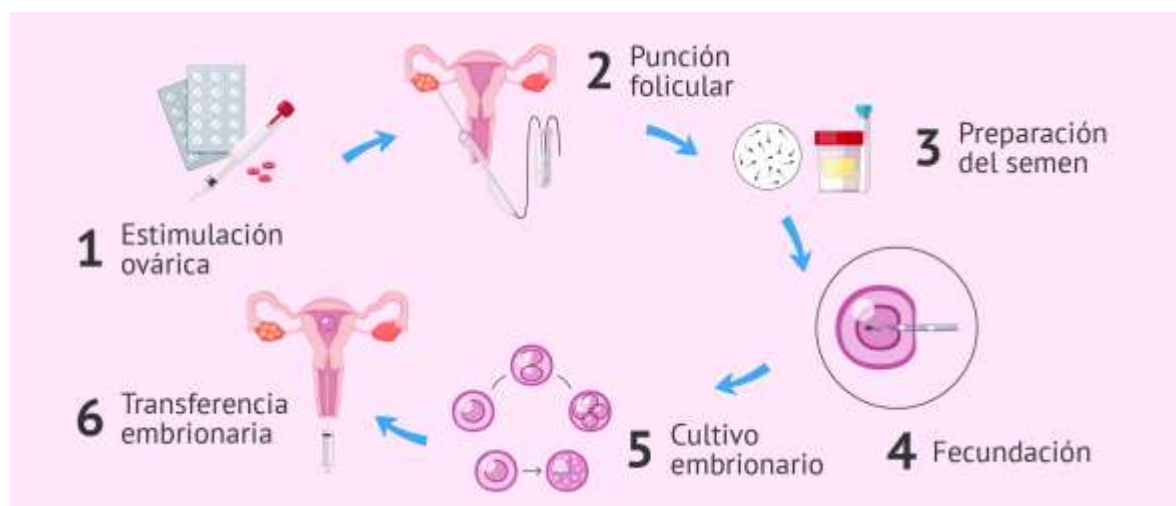
Según Monroy, (2013) La fecundación in-vitro (FIV), es apta para quienes padecen incapacidad biológica para concebir y consiste en reunir óvulos y espermatozoides en un contorno de cultivo fuera del aparato genital de la mujer, hasta lograr la fertilización.

Necesita de una mayor estimulación de los folículos del ovario para asegurar que, al menos, 3 de ellos puedan ser puncionados para obtener óvulos. Además, para evitar que el cerebro, como consecuencia de los elevados valores hormonales conseguidos, lance estímulos que pudieran resultar lesivos para los folículos y el endometrio, el tratamiento estimulador es completado con otro de frenación.

Esta definición está acorde con la de Enciclopedia medica Medline Plus, en donde resalta que la palabra In vitro significa por fuera del cuerpo. Fecundación significa que el espermatozoide se ha fijado y ha ingresado al óvulo. En la siguiente ilustración se muestra el proceso para lograr la fecundación in vitro.

Ilustración 3

Proceso de fecundación in vitro



Nota: La ilustración muestra el proceso de fecundación in vitro. Fuente: <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/tipos-de-fecundacion-in-vitro/>

Conforme a la ilustración anterior, los pasos del tratamiento de FIV son los siguientes:

1. Estimulación ovárica en la mujer.
2. Punción folicular para obtener los óvulos.
3. Capacitación del semen en el laboratorio.
4. Fecundación mediante FIV convencional o ICSI.
5. Cultivo de los embriones en el laboratorio.
6. Transferencia del embrión o embriones de mejor calidad.

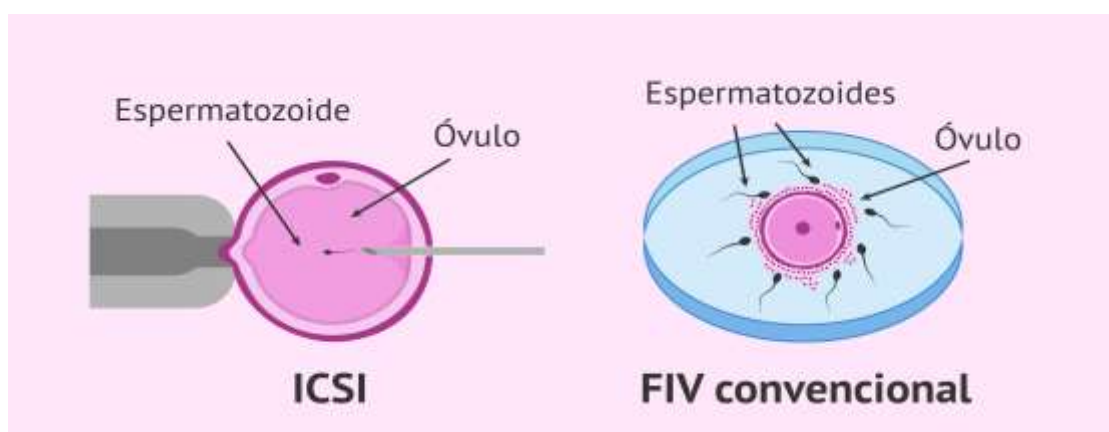
La fecundación in vitro (FIV) se puede dar de dos tipos: por un lado, la fecundación in vitro convencional y la ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides), la cual se explica a continuación.

3.5. Microinyección espermática (ICSI)

Esta técnica conocida como ICSI por sus siglas en inglés (Intra Cytoplasmic Sperm Injection) es una intervención activa en el proceso de fecundación y consiste, según la sociedad española de fertilidad (2011), en introducir un único espermatozoide que ha sido previamente seleccionado, en el interior de cada ovocito. Cuando se consigue fecundación y desarrollo in vitro de los embriones obtenidos, se selecciona el número adecuado de éstos para ser transferidos al útero, con el fin de lograr una gestación evolutiva (HM Fertility Center, s.f.).

Ilustración 4

Comparación entre la FIV convencional y la ICSI



Nota: La ilustración muestra las técnicas de reproducción asistida de Microinyección espermática (ICSI) y Fecundación In Vitro (FIV). Fuente: <https://www.reproduccionasistida.org/microinyeccion-intracitoplasmica-de-espermatozoides-icsi/fiv-convencional-vs-fiv-icsi-comparativa/>

3.6. Maternidad subrogada

Cuando se menciona a la maternidad subrogada, también denominada maternidad sustituta, gestación por sustitución, alquiler de vientre o gestación subrogada, se hace referencia al acuerdo jurídico mediante el que una mujer fértil llamada también subrogada, conviene en gestar y alumbrar un hijo para una persona o una pareja subrogante, cediéndole(s) la custodia y renunciando a los derechos materno filiales, quienes se obligan a reconocerlo como hijo u adoptarlo (León y Millán 2013)

La idea, es básicamente que la gestante aporte el útero para mantener el embarazo y dar a luz un bebé y entregarlo a los padres de intención, quienes aportaron los óvulos y espermatozoides.

Ilustración 5

Maternidad subrogada



Nota: La ilustración muestra las dos aristas de la maternidad subrogada. Fuente: <https://es.slideshare.net/ALEJANDRADIAZ498181/la-maternidad-subrogada-250367466>

En este orden de ideas, luego de ver las técnicas de reproducción asistida más comunes en los últimos tiempos, se pasa a revisar en profundidad el de la maternidad subrogada, siendo el tema principal de esta investigación.

En efecto, desde una perspectiva académica se realizó la respectiva investigación sobre los artículos relacionados con la temática planteada “maternidad subrogada” en páginas como Google académico, que relaciona publicaciones de repositorios institucionales internacionales y nacionales, encontrándose los siguientes:

Por un lado, Bechara (2019) en su artículo denominado “la maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente” con una investigación de tipo cualitativo y una metodología de revisión y análisis documental de las fuentes secundarias de información, busca exponer varias definiciones de esta técnica de reproducción humana, también describir los países en donde está prohibido expresamente esta técnica como en España.

Las principales conclusiones del autor es que se muestra la necesidad de un marco jurídico que regule esta materia en virtud a la realidad actual de las parejas, la posibilidad de concebir un hijo independientemente si son casadas o solteras, si es por fertilización homóloga o heteróloga.

Por otra parte, Bautista (2020) en su artículo “Análisis de la subrogación maternal en Colombia”, pretende exponer la importancia de una regulación de la subrogación maternal en el ordenamiento jurídico utilizando una metodología de tipo descriptiva mediante la recopilación documental que permite ponderar los derechos y principios constitucionales del menor que puedan verse afectados con esta práctica.

La autora concluyó que Colombia trató de regular la gestación subrogada materna, pero no mantuvo una posición clara porque trató de regular y permitir todos los métodos de esta práctica, pero existen limitaciones al propósito del altruismo.

Recientemente, Quiroz y Jácome (2020) en su trabajo “Hacia una postura intermedia de la maternidad subrogada en Colombia como medio para la garantía de derechos fundamentales”, se propone como objetivo general, explicar las normas, jurisprudencia, posiciones doctrinales y bioéticas sobre la gestación subrogada en Colombia y los derechos humanos de las personas involucradas en esta práctica. El contenido anterior se obtiene a través de investigaciones bibliográficas de tipo ley dogmática, así como métodos de análisis y síntesis.

Las principales conclusiones de los autores se centran en demostrar que al no regular la maternidad subrogada acrecienta el turismo reproductivo, y actualmente se están presentando casos de maternidad subrogada en Colombia, ante la evidencia publicitaria del tema y muestra de ello es la expedición de la sentencia T-968 de 2009, que da cuenta de esta realidad.

Por su parte, Gustavo Lobo, en su artículo titulado “Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada o por sustitución en el marco de la teoría del negocio jurídico en Colombia” (Lobo, 2019), busca plantear la necesidad de analizar el negocio jurídico de la maternidad por sustitución o subrogada con la finalidad de identificar su naturaleza jurídica bajo los presupuestos del negocio jurídico. Esta investigación es de tipo dogmático-teórica jurídica. Se empleó una metodología cualitativa documental.

El autor logra concluir que, de acuerdo con la normativa vigente en Colombia, los contratos de gestación subrogada o subrogación se clasifican como contratos atípicos y sin nombre porque no se describen en tipos legales específicos y no existen supuestos fácticos que reflejen la misma práctica. Sin embargo, en el marco de la teoría jurídica, mediante la identificación y análisis de los supuestos de existencia y validez, los contratos de gestación subrogada son legalmente válidos.

Por otra parte, Romero (2018) en su artículo titulado “Maternidad subrogada: lagunas en el ordenamiento jurídico colombiano. ¿Con qué elementos cuenta el juez para adoptar su decisión?” tiene como propósito analizar los vacíos legales del ordenamiento jurídico colombiano en materia de gestación subrogada y describir los elementos que los jueces deben tomar en una decisión sobre este tema.

El autor concluye que cuando existen lagunas o no hay legislación sobre temas específicos, como en la situación actual, los jueces tienen poder legislativo, autonomía y discreción para tomar decisiones. No debe confundirse con arbitrariedad, porque debe tener argumentos que puedan justificar su decisión y no violar la ley. Asimismo, señaló que, en el caso de la gestación subrogada, la ley debe mantener los derechos básicos; las madres protegen la igualdad de derechos, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad; a la vez, para los futuros hijos, se debe seguir el principio del interés superior de los menores.

En el mismo sentido, autores como Montoya (2019) en su artículo “Maternidad Subrogada, Una práctica no reglamentada en el ordenamiento jurídico colombiano”, tiene como propósito analizar el ordenamiento jurídico en materia de gestación subrogada, ya que no cuenta con una adecuada implementación y normatividad, y aunque existen múltiples leyes y precedentes, sigue un vacío legal porque no existen pautas claras sobre gestación subrogada para proteger a las partes y los derechos básicos del niño, los procedimientos, requisitos y condiciones del contrato.

La autora logró concluir que la reglamentación de la gestación subrogada en nuestro país es muy necesaria y por tanto se puede hacer de forma concreta, pues la sentencia analizada no tiene

base suficiente para abarcar todas las situaciones posibles. Por ello, para mayor claridad se deben considerar las leyes de otros países / regiones que han regulado sobre el tema, para implementar en Colombia mediante un proyecto de ley debe cumplir con todas las expectativas sobre el concepto de contrato de arrendamiento uterino, existencia y validez de requisitos, estándares básicos, análisis de las consecuencias legales del incumplimiento de contrato.

Finalmente, y no menos importante, se encontró este artículo de Mancero (2019), quien en su tesis denominada “La Maternidad Subrogada desde la perspectiva del Interés Superior y los Derechos Filiativos”, tiene como objetivo demostrar que, efectivamente, a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano se produce una vulneración al derecho a la identidad personal y al derecho a tener una filiación determinada, de los niños y niñas nacidos mediante maternidad subrogada.

La principal conclusión del autor es que todos los niños y niñas tienen derecho a tener una condición parental específica, a conocer a sus padres y a ser criados por sus progenitores, y a mantener relaciones familiares; para los niños nacidos sin reproducción asistida, estos derechos como la identidad de los padres es completamente irrelevante. Sin embargo, para los niños nacidos con subrogación y material genético de terceros, estos derechos se aplican no solo a sus (futuros) padres, sino también a los donantes de gametos e incluso a las madres subrogadas. En este sentido, de conformidad con los principios de no discriminación y de igualdad, los niños tienen derecho a conocer la forma en que fueron concebidos y quiénes son sus padres intencionales, además de conocer sus orígenes genéticos y biológicos.

3.7. Maternidad subrogada en el contexto internacional

Al hablar de maternidad subrogada se hace necesario conocer sobre la discusión internacional alrededor del tema, ya que es una tecnología que ha evolucionado en la ciencia médica que aplica no solo en Colombia sino en todo el mundo; en efecto, la historia de la maternidad subrogada comienza aproximadamente desde 1975 en Estados Unidos, abriéndose paso gracias al método de inseminación artificial como una polémica forma de conformar una familia.

Para ello, Quiroz y Jácome (2020) nos brinda una información completa sobre las 3 vías por las que han optado en los diferentes países: a) prohibir la práctica de forma absoluta; lo que significa que no se puede realizar ningún acuerdo de maternidad subrogada, sin importar su forma;

b) permitirla de manera expresa, bien sea en modalidad altruista o remunerada, cada una con sus propias reglas; c) no regular el asunto normativamente.

Comenzando con el bloque de países donde está prohibida la maternidad subrogada, se muestra a continuación un cuadro que parece ser muy acertado, confiable y de fácil comprensión, como el que expone el autor Guerrero:

Figura 1

Países donde está prohibida la maternidad subrogada

País	Situación de la gestación subrogada	Legislación, fecha, modificaciones y características.
Alemania, Austria y Suiza	Prohibida	Las Leyes que tratan sobre reproducción asistida en estos países prohíben que el material genético de una mujer, fecundado o no, pueda ser dispuesto en otra distinta a ella. Esto imposibilita la práctica.
Italia	Prohibida	Están prohibidas expresamente todas las técnicas de reproducción asistida por lo cual no hay lugar a la maternidad subrogada.
Suecia	Prohibida	Se prohibió porque las investigaciones realizadas alrededor de la maternidad subrogada demostraron que no es posible que se dé en su componente altruista.

Nota: Información tomada de Guerrero, M. 2017. *Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal* (p. 536)

De la anterior gráfica, se aprecia que, en estos cinco países del viejo continente, se encuentra prohibida la maternidad subrogada de manera expresa al no permitir transferir material genético a una mujer con el objetivo de que gestic en su vientre el hijo de un tercero, lo que imposibilita la práctica y en consecuencia se entiende que la subrogación del vientre no se permite ni siquiera bajo la modalidad altruista.

Llama la atención, las razones por las que está prohibida esta praxis en estos países, incluso así sea de modalidad altruista, y la forma legal en que lo prohíben.

Pues bien, en Italia existe disposiciones legales que establece sanciones para quienes promuevan, publiciten, organicen o participen en acuerdos de maternidad subrogada mediante la imposición de multas que van desde 600.000 hasta un millón de euros o la cárcel de 3 meses a 2 años y la posible privación de la patria potestad sobre el niño. Inclusive los partidos conservadores,

han llegado a proponer modificaciones legislativas para convertir los vientres de alquiler en delito universal.

Así pues, la Ley 40/2004 establece claramente que en Italia cualquier forma de maternidad subrogada, ya sea gestacional o tradicional, está prohibida, dado que el legislador se basa en principios éticos, que buscan proteger que la reproducción y la concepción del cuerpo humano no se han objeto de comercio ni explotación.

Igualmente, la Ley 40/2004 establece que cualquier acuerdo de maternidad subrogada, ya sea realizado dentro o fuera de Italia, es nulo y no tiene efectos legales.

Por consiguiente, la postura de Italia hacia la maternidad subrogada se basa en la idea de que la gestación de un niño debe estar vinculada al vínculo biológico y que la maternidad no puede ser objeto de un contrato o acuerdo comercial. Esta prohibición legal se ha mantenido y reafirmado a lo largo de los años en el país.

Es importante destacar que la legislación puede evolucionar con el tiempo, y es recomendable consultar fuentes legales actualizadas y obtener asesoramiento legal específico si se está interesado en el tema de la maternidad subrogada en Italia.

Se añadiría a este listado de países, a Francia y Polonia donde también prohíben la subrogación de vientres pues tienen penas de prisión de 3 años, las cuales son incluso más alta que en Italia, y multas de hasta 45.000 euros, sumado al hecho que ambos países tienen fuertes sanciones para las clínicas que promuevan esta práctica con la imposición de medidas de aseguramiento va desde los 5 años y multa de 75.000 euros.

También se enlista, Holanda en donde no está permitido la gestación comercial, prohibiendo todo tipo de publicidad sobre este tipo de maternidad y más aún se sancionan a la mujer que elija ser madre en esta modalidad.

Para el caso de Alemania por ilustrar mejor el tema de la prohibición, la Ley de Protección de Embrión (Embryonenschutzgesetz) y el Código Civil alemán establecen la improcedencia de la gestacional tradicional y altruista pues imponen sanciones penales y civiles a quienes participan de acuerdos privados de alquiler de vientre. A lo anterior se suma el hecho que la subrogación del vientre para algunos se puede considerar obsoleto ante los avances en medicina reproductiva, por lo cual argumentan que la ley de protección de embriones de 1990 necesita una actualización.

Así las cosas, la prohibición alemana se basa en la idea de que la maternidad subrogada socava la dignidad humana, al considerar que el cuerpo humano y la capacidad de reproducción

no deben ser objeto de explotación ni comercio y sostiene que el derecho del niño a conocer y ser criado por sus padres biológicos es fundamental y debe ser protegido.

En consecuencia, la ley alemana establece que cualquier acuerdo de maternidad subrogada es nulo y no tiene efecto legal. Además, se imponen sanciones penales tanto para las personas que ofrecen servicios de maternidad subrogada como para quienes participan en dichos acuerdos. Las sanciones pueden incluir multas significativas y, en algunos casos, incluso penas de prisión.

Es importante tener en cuenta que Alemania tiene una postura muy restrictiva con respecto a la maternidad subrogada y se enfoca en proteger la dignidad y los derechos del niño. Sin embargo, es posible que existan casos en los que ciudadanos alemanes viajen a otros países donde la maternidad subrogada sea legal para buscar este tipo de arreglo. En estos casos, se pueden plantear desafíos legales frente al reconocimiento de la filiación con el menor al regresar a Alemania.

En términos generales, son fuertes las sanciones de cárcel y multa en estos países europeos que han optado por prohibir la práctica de la gestación subrogada, y todo tipo de publicidad al respecto.

Por supuesto, estas prohibiciones generan discusiones aun moralistas sobre el tema, de un lado quienes están de acuerdo en que no se permita una situación de cosificación de la mujer, y que la maternidad subrogada se basa en la desigualdad social y práctica comercial y por el otro, quienes afirman se debe dar paso a los avances médicos en las técnicas de reproducción asistida, que permitan solucionar problemas de infertilidad.

Por ello, tanto como volverlo un delito universal como pretenden en Italia, no se encontraría procedente, pues eso depende mucho de los legisladores de cada país. Vemos por ejemplo como en Alemania, organizaciones feministas, periodistas y el mismo Bundestag (Parlamento alemán) está dominado por Partidos conservadores escépticos de levantar la prohibición.

Antes de pasar al otro grupo de países donde está permitido de manera expresa la maternidad, pero solo cuando se realiza de manera altruista, apelando al mismo cuadro aportado por el autor Guerrero, es menester en este punto, recordar que existen países como Irlanda, Países Bajos, Bélgica y República Checa donde no existe legislación que reconozca la maternidad subrogada, por lo cual no hay forma de transferir la paternidad a los padres que la solicitan bajo esta técnica de reproducción asistida.

Figura 2

Países donde hay permisión expresa de la maternidad subrogada en modalidad altruista.

País	Situación de la gestación subrogada	Legislación, fecha, modificaciones y características.
Canadá	Permitida, pero solo ha sido prohibida en Quebec. Altruista con sanciones para la comercial	Está prohibido el pago de un salario a la madre o de cualquier concepto, pero sí se permite la compensación por los gastos derivados del embarazo . La salud en Canada es pública y sufraga todos los servicios. Las multas, si se demuestra retribución económica, son de 500 mil dólares canadienses y se contemplan penas de cárcel de hasta 10 años. Abierta a extranjeros y todo tipo de parejas, pero con la dificultad de sortear el marco altruista al hacerse por vía de intermediarios.
Portugal	Permitida	El 22 de agosto de 2016 se publicó la ley 25/2016, en la que establecen las condiciones para aplicar a la gestación por sustitución, no permitida hasta entonces.
Reino Unido	Permitida	Regulada desde 1985. Se garantizan los derechos de filiación de la madre, quien tiene seis meses para decidir si renuncia a ella, asemejándose a los procedimientos de adopción. La confianza es el sustento de la relación entre la madre y los padres de intención. Sin embargo de esta permisión, no hay oferta suficiente de mujeres en el Reino Unido, por lo que la demanda se ha dirigido a otros países. No existen problemas al inscribir a los bebés nacidos por fuera del registro nacional.

Nota: Información tomada de Guerrero, M. 2017. *Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal.* (p. 536)

De la anterior gráfica, se aprecia que en estos tres países si está permitida la maternidad subrogada, pero con fines altruistas, no comerciales, como se desarrollará a continuación.

En países como Canadá, si está permitido de manera altruista a todo tipo de parejas, bien sean homosexuales, heterosexuales y solteros materializar sus deseos de ser padres con esta técnica de reproducción asistida. Por ello los padres comitentes deben asumir los gastos asociados al embarazo, pero bajo ninguna circunstancia está permitido entregar a la mujer gestante un salario o retribución económica por prestar sus servicios, porque las multas si se comprueba que es comercial, son de cárcel de hasta 10 años y multa.

En estos casos la legislación canadiense, exige tener en cuenta ciertas regulaciones y requisitos al llevar a cabo un acuerdo de maternidad subrogada, puesto que, a diferencia de otros países, en Canadá la maternidad subrogada se basa en el enfoque del "altruismo", lo que significa

que no está permitido el pago a la madre gestante más allá de los gastos relacionados con el embarazo y el parto. Esto implica que no se puede realizar un acuerdo comercial para la maternidad subrogada, y la madre gestante no puede recibir una compensación financiera por llevar a cabo el embarazo.

Además, en Canadá se requiere que tanto los padres comitentes como la madre gestante sean ciudadanos canadienses o tengan la residencia permanente en el país y demostrar una necesidad médica o una incapacidad para llevar a cabo un embarazo.

Es así que Canadá ha establecido un marco legal que protege los derechos y el bienestar tanto de la madre gestante como del niño nacido a través de la maternidad subrogada. Por lo tanto, las partes involucradas deben buscar asesoramiento legal independiente y someterse a un proceso legal para asegurarse de que se cumplan todos los requisitos legales.

A contrario censu, en Portugal la gestación subrogada se permite de manera altruista pero solo para parejas heterosexuales que tengan necesidades médicas, excluyendo a los homosexuales y los solteros. También se agrega que la ley que regula la maternidad subrogada en este país, fue promulgada recientemente en el año 2016.

Reino Unido, por su parte está dentro de este grupo, precisamente porque permite la subrogación materna solo si es altruista, tanto para heterosexuales, como para homosexuales, excluyendo a los solteros.

Acerca del acuerdo de maternidad subrogada, en Canadá se suscribe con observancia a condiciones específicas entre las cuales se destaca que aquí, la madre puede arrepentirse tras el parto. Asimismo, se añade que la motivación de la mujer gestante debe basarse siempre en la voluntad de ayudar a los padres comitentes y no en un interés económico, lo que significa que no se permite el pago o compensación financiera más allá de los gastos razonables relacionados con el embarazo y el parto.

Dentro de este orden de ideas la ley del Reino Unido establece que la madre gestante no tiene derechos legales sobre el niño y no puede ser considerada legalmente como la madre. En cambio, los futuros padres intencionales son reconocidos legalmente como los padres del niño nacido a través de la maternidad subrogada.

Pues bien, para que se lleve a cabo el reconocimiento legal en estos casos, los padres necesitan de una Orden de Parentesco Subrogado aprobada por un tribunal. Esta orden establece

la transferencia de la responsabilidad legal y los derechos parentales de la madre gestante a los padres comitentes.

Es importante destacar que el proceso de maternidad subrogada en el Reino Unido está regulado por la Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), que establece pautas y regulaciones detalladas para garantizar la protección de todos los involucrados, incluyendo la madre gestante, los padres comitentes y el niño.

Ahora se pasa a un siguiente grupo de países donde está permitida la maternidad subrogada, en la modalidad comercial, convirtiéndolos en los destinos preferidos para quienes desean recurrir a esta técnica de reproducción asistida.

Figura 3

Países donde se permite de manera expresa de la maternidad subrogada en modalidad comercial.

Tailandia	Permitida solo si una de las personas de la pareja es tailandés. Además, debe ser heterosexual.	Modificada en 2015. Se ha restringido a los extranjeros, en la medida de los varios escándalos ocurridos durante su práctica, con el caso <i>Babby Gammy</i> .
Ucrania	Permitida solo a personas heterosexuales.	Permitida desde el año 2009. Se ha convertido, tras las restricciones ocurridas en 2012, en una de las mecas del turismo reproductivo. El <i>boom</i> ha coincido con la crisis y política en ese país a partir de 2014. Ucrania está entre los países más pobres de Europa. La regulación legal es laxa y quienes sufren las consecuencias son los niños, dado que pueden acabar en orfanatos si surgen discrepancias entre la madre, las agencias y los padres que contratan el "servicio".
Pais	Situación de la gestación subrogada	Legislación, fecha, modificaciones y características.
India	Permitida a parejas heterosexuales quienes en su país de origen tengan permitida la práctica.	La última modificación relacionada con la denuncia de "granjas reproductivas" hecha por defensores de los derechos humanos y de casos de bebés no aceptados en otros países.
Rusia	Permitida a parejas heterosexuales y mujeres solteras.	Regulada desde el 2012 por la Ley federal sobre las bases de protección a la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia. La madre tiene que renunciar a su derecho de filiación según el artículo 51.4. No obstante, es uno de los países en los que más ha crecido el enfoque mercantilista para servir a la demanda nacional y extranjera.

Nota: Información tomada de Guerrero, M. 2017. *Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal.* (pp. 536-537)

Se percibe en común de estos países relacionados en el cuadro que es permitida de manera comercial la subrogación materna para heterosexuales, en contraste con Rusia que permite la maternidad subrogada a mujeres solteras, pero excluyen la posibilidad para los homosexuales, debido a las creencias religiosas de este país.

En tanto en India, la maternidad subrogada es legal y ha sido uno de los destinos populares para los llamados "turistas de la maternidad subrogada". Sin embargo, es importante tener en cuenta que las regulaciones y pautas relacionadas con la maternidad subrogada han sufrido cambios significativos en los últimos años.

En 2018, se aprobó el Acta de Regulación de la Tecnología de Reproducción Asistida (ART) en India, que establece las pautas y los requisitos legales para la maternidad subrogada en el país. Según esta ley, la maternidad subrogada solo está permitida para parejas heterosexuales casadas, con al menos cinco años de matrimonio, y que no puedan tener hijos de manera natural o a través de tratamientos de fertilidad.

La ley también establece que la madre gestante debe ser una pariente cercana de la pareja comitente, y el acuerdo de maternidad subrogada debe ser registrado en un tribunal indio antes de la concepción. Además, se requiere el consentimiento por escrito de todas las partes involucradas, incluida la madre gestante, los padres comitentes y sus cónyuges.

Es importante destacar que, en 2020, el Ministerio del Interior de India emitió un aviso suspendiendo temporalmente los visados de turismo relacionados con la maternidad subrogada, lo que ha limitado el acceso a este servicio para extranjeros.

Ahora bien, en Rusia, la maternidad subrogada es legal y está regulada mediante la Ley Federal No. 323-FZ sobre Actos Civiles del 21 de noviembre de 2011. Según esta Ley, la maternidad subrogada está permitida para parejas heterosexuales casadas y mujeres solteras que sean ciudadanos rusos o tengan residencia permanente en el país y que cumplan con la condición de no poder llevar a cabo un embarazo por razones médicas.

En cuanto al acuerdo contractual, debe ser aprobado por un tribunal y registrado ante las autoridades competentes. Al momento de la filiación los padres comitentes son reconocidos legalmente como tales frente al niño nacido a través de la maternidad subrogada, y la madre gestante no tiene derechos legales sobre el niño.

Es importante tener en cuenta que Rusia ha experimentado cambios en sus regulaciones sobre maternidad subrogada en los últimos años. Por ejemplo, en 2020, se prohibió la maternidad subrogada para parejas del mismo sexo y extranjeros no casados.

Acorde con lo anterior, también se tiene un listado de países donde se permite en la modalidad altruista y comercial de manera expresa:

Figura 4

Países donde se permite de manera expresa de la maternidad subrogada, altruista y comercial.

	Prohibida en Coahuila y Querétaro. Altruista por indicación médica.	la maternidad subrogada en el Código Civil desde 1997. En el año 2015 se introdujo una modificación, prohibiendo la figura para los extranjeros e imponiendo como requisito probar que la pareja es médicamente incapaz de tener un hijo.
Unión Europea	Hay diversas posiciones en las políticas públicas dependiendo del Estado.	Ha tendido a considerar la prohibición de la maternidad subrogada desde el Consejo de Europa.
Grecia	Permitida solo a personas heterosexuales y a mujeres solteras hasta los 50 años.	reproductivo. El contrato tiene que ser llevado a término sin excepción alguna. La última modificación legal se introdujo en el año 2013. Regulada en el año 2002 y actualizada en 2014. Intervienen los tribunales y se solicita consentimiento informado. Se considera a sí misma altruista, pero contempla un pago de 10 mil euros por las molestias. Es ofrecida como destino de turismo reproductivo en muchas agencias transnacionales de subrogación.
México	Permitida la modalidad comercial en Tabasco y Sinaloa a ciudadanos mexicanos heterosexuales.	Difiere por Estados, pero el Senado de la República aprobó una ley federal en abril de 2016. El caso de Tabasco ha saltado a la prensa por testimonios de explotación reproductiva. Se reconocía la figura de

Nota: Información tomada de Guerrero, M. 2017. *Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal.* (p. 537)

Llama la atención, que, respecto a la regulación en la Unión Europea, su posición es prohibir la práctica de la maternidad subrogada, justificados en que con estos procedimientos se lleva a cabo la violación a los derechos de las mujeres y los niños, todo esto a través de la explotación de sus cuerpos con el agravante que cuando esto ocurre se da contra las personas más vulnerables, existiendo un aprovechamiento de sus necesidades económicas. Posición semejante a

la que ha tomado Colombia, evidenciada en los diferentes proyectos de ley presentados sobre la materia, los cuales se desarrollan en el siguiente capítulo.

Cabe resaltar también, que, en relación con España y Colombia, la maternidad subrogada está en similares condiciones, pues pese a ser planteada como una problemática social, cuentan en el derecho civil en ambos países con un evidente antecedente del derecho romano y el código de Napoleón, de esta manera se puede afirmar que al igual que en Colombia esta práctica se determina por la llevada cabo del parto.

En España, la maternidad subrogada está prohibida y se considera nula de acuerdo con el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. La ley establece que cualquier contrato de maternidad subrogada es nulo y no tiene efectos legales en el país. Además, se establece una serie de sanciones y multas para aquellos que participen en acuerdos de maternidad subrogada.

Sin embargo, España permite el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos a través de la maternidad subrogada en países donde es legal, siempre que se cumplan ciertos requisitos establecidos por la legislación española. Los padres pueden iniciar un proceso legal para obtener una sentencia judicial que reconozca su paternidad y establezca la filiación del niño.

En contraposición, una vez revisada la regulación normativa en un país como la India, conocida como “la capital mundial de la gestación subrogada”, “la fábrica de bebés”, “turismo de la procreación”, se tiene que se ha preocupado por regular el tema inclusive de los extranjeros que ingresan a su País a acordar servicios de maternidad subrogada; en efecto, se emitió en 2013 por parte del Ministerio de interior unas directrices respecto de los extranjeros que tengan intención de visitar la India para el alquiler de vientres.

Mientras tanto, en los países latinoamericanos se evidencia que el poder legislativo ha intentado mediante diversos proyectos de Ley sentar una posición clara que establezca los parámetros que sirvan para guiar a los Estados en el tratamiento del fenómeno de la maternidad subrogada.

Es así que, en el caso de Uruguay, la gestación subrogada se encuentra prohibida por Ley, puesto que el artículo 25 de la Ley No. 19167 de 2013, establece la nulidad absoluta de los acuerdos privados celebrados entre una pareja o mujer que busque la gestación en el útero de otra. No obstante, el mismo artículo admite una excepción cuando la mujer tenga una enfermedad que le imposibilite su embarazo al afirmar que:

Exceptuase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio. (Artículo 25)

En el artículo 26 de la misma Ley, ordena a las partes intervinientes que el contrato debe ser de naturaleza gratuita, es decir, el ordenamiento jurídico uruguayo únicamente acepta la modalidad altruista.

Por lo que la filiación del hijo recién nacido se refiere, no se presenta mayor controversia puesto que se establece el vínculo filial con los padres que hayan solicitado y acordado la subrogación en la gestación (Burgos, 2020).

Por el lado de Brasil, existe un vacío legislativo en relación a la reproducción asistida, en vista que el Registrador Civil en este País en principio solo se encontraba autorizado para inscribir los hijos de adopción u otras formas de filiación reconocidas judicialmente, excluyendo a la subrogación por vientre en alquiler (Tesón y Rita de Holanda, 2017).

Sin embargo, el Consejo Federal de Medicina de este país se ha caracterizado por expedir normas de carácter ético dentro de las cuales sobresale la Resolución 2168 del 21 de septiembre de 2017, que dispone los lineamientos que deben cumplirse a la hora de celebrar un contrato de maternidad subrogada, por ejemplo se dice que la cesión es gratuita y la filiación según sugerencia de los médicos sería con la contratante, haya aportado o no material genético (Tesón & Rita de Holanda, 2017).

Entonces frente a esta nueva realidad social creada por los órganos administrativos, el Consejo Nacional de Justicia -CNJ- en respuesta a la demanda de los hijos subrogados, impuso a los registradores civiles a través de la sección III de la disposición 63/2017, la obligación de inscribir al menor, como hijo de la madre no gestante, sin interesar si media autorización judicial o la ley vigente no permita la filiación por reproducción asistida. (Tesón y Rita de Holanda, 2017).

Desde otro punto de vista, en Argentina se han presentado diversos proyectos de Ley, entre los cuales se encuentra el proyecto S-3859/05 cuyo rasgo dominante es la intención de prohibir la maternidad subrogada con la imposición de la pena privativa de la libertad de cuatro a ocho años a los intervinientes en el contrato.

Asimismo, ante el Senado Nacional se tramitó el proyecto de Ley S-2439/07 el cual tenía como objetivo viciar de nulidad absoluta los acuerdo sobre subrogación del vientre aun cuando

sea a título gratuito. En consecuencia, se encuentra un legislador renuente a aceptar la maternidad subrogada como una técnica asistida de reproducción humana.

Con todo, la jurisprudencia argentina determinó que la filiación del menor se realizaría en observancia de la voluntad de las personas que desean ser padres a través de un acuerdo formal suscrito previamente a la gestación (Martínez y Rodríguez, 2021).

Es así que Nórdico (2017) a través del análisis de distintos pronunciamientos de los Juzgados Nacionales de Argentina identificó tres estrategias judiciales para determinar la filiación del menor nacido por maternidad subrogada.

En primer lugar, se encuentra la impugnación de la maternidad de la mujer gestante con el objetivo que se establezca el vínculo filial con la madre y el padre contratantes, cuyos referentes jurisprudenciales son los autos caratulados “B., M. A. c/ F. C., C. R.” del 19 de noviembre de 2013 del Juzgado de Familia de Gualeguay, y autos “C., F. A. y otros c/ R. S., M. L. proferidos por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 102, del 18 de mayo de 2015 (Notrica,2017).

En segundo lugar, está la estrategia judicial que consiste en no inscribir al niño nacido mediante el uso de la gestación por sustitución hasta tanto se pueda determinar la filiación a favor de los comitentes, a través de una acción declarativa o medida autosatisfacía (Nórdico, 2017, p.2)

Y la última estrategia judicial, es iniciar un proceso previo a la gestación para conseguir la autorización de transferencia del embrión en la gestante y por lo tanto al finalizar el embarazo se realice directamente la inscripción del menor como hijo de los contratantes (Juzgado de Familia N° 3, en autos “H. M. y otro/a s/ medidas precautorias” de fecha 30/12/2015)

De modo que en Argentina existe una negación reiterada de parte del Senado Nacional por aceptar que la maternidad subrogada es una tendencia social que debe ser regulada, ya que, ante la falta de acción de la rama legislativa, el órgano judicial ha tenido que dirimir los conflictos acaecidos por la filiación del nacido en vientre subrogado.

A propósito de Perú, el Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria - DIDP- (2018) enfatiza que la maternidad subrogada es una práctica real sin control y regulación de parte del Estado, lo que dificulta la resolución de los conflictos suscitados con ocasión a la celebración de los contratos de gestación subrogada por causa de la carencia de normas que admitan, prohíban o limitan de manera expresa esta técnica de reproducción asistida, por ejemplo La Ley 26842, prohibió tácitamente la práctica, lo que deja lugar a interpretaciones ambiguas.

Ante la latente necesidad el Congreso de la República del Perú se han tramitado diversos proyectos de ley como el 2839/2013-CR con la finalidad de incorporar la modalidad de maternidad sustituta altruista, sin embargo, no han sido aprobados. De tal suerte que existe un vacío legislativo que cada día los medios periodísticos denuncian con el objetivo de llamar la atención de quienes hacen leyes en el Perú (-DIDP- 2018).

Paralelamente en Venezuela la gestación subrogada bajo la modalidad altruista ha tomado fuerza gracias a la jurisprudencia dado que rechaza de plano el alquiler del vientre de carácter remunerado con la finalidad de evitar que la mujer sea vista como un simple ser procreador, sin el reconocimiento de la dignidad humana y la titularidad de derechos fundamentales. Asimismo, el Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional, sentencia N. 1456/2006) guía su razonamiento bajo el principio de voluntad procreacional que permite a las personas que han tenido la voluntad de tener descendencia y brindar efecto a un menor puedan conseguirlo con ayuda de otro vientre gestante.

En conclusión, existe distintas posturas en los sistemas jurídicos Latinoamericanos debido a que sus discusiones se mueven entre el limbo jurídico de permitir la maternidad subrogada con limitaciones y la prohibición total de la práctica de la subrogación del vientre.

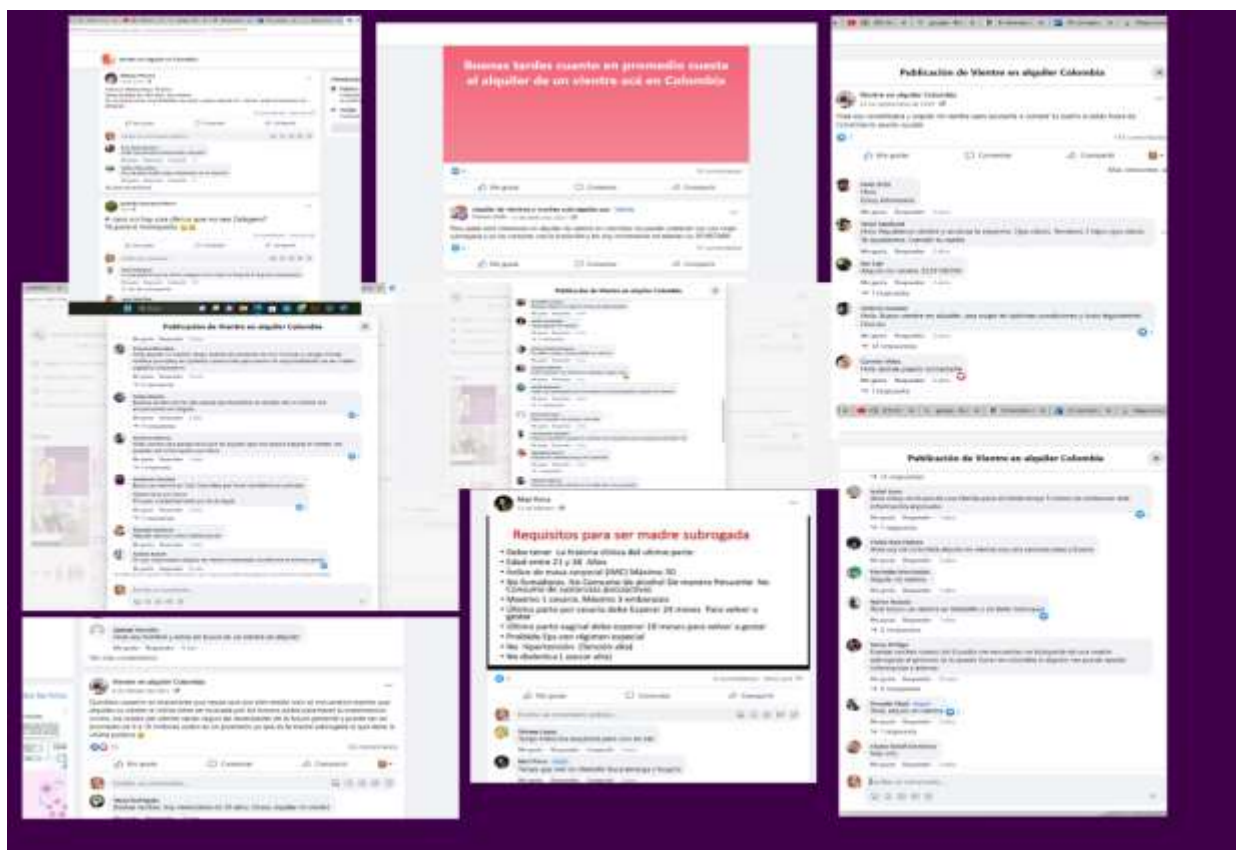
3.8. Maternidad subrogada en Colombia

Aunque no hay un dato exacto que permita deducir desde cuando en Colombia se comenzó a dar esta práctica, lo cierto es que hay una proliferación de anuncios por redes sociales en los que se ofrece el negocio de vientre de alquiler en el país.

A continuación, se ha reunido un grupo de anuncios de páginas creadas en Colombia que ofrecen el vientre en alquiler. Unas en donde se promete un procedimiento 100% legal y garantista, otras en donde están en búsqueda de contactos de mujeres que cumplan requisitos como tener entre 23 y 38 años, ser colombiana, tener 1 hijo vivo, no tener más de 4 partos vaginales, no tener más de 2 cesáreas, no tener sobrepeso, o que hayan transcurrido más de 9 meses después del último parto.

Ilustración 1

Anuncios de vientres de alquiler en Colombia



Nota: Elaboración propia.

Actualmente en Colombia no hay ley que prohíba o permita específicamente la maternidad subrogada; no obstante, la Corte Constitucional en la sentencia T 968 de 2009, avanzó sobre esta temática, citándola como un contrato reconocido legalmente, por lo cual no hay una prohibición expresa; de la misma manera también se han identificado en Colombia, Instituciones Médicas o Centros de Reproducción Asistida que llevan a cabalidad esta práctica sin el control respectivo, aunque no cuentan con una regulación expresa pero que sí cuentan con aceptación tácita que el ordenamiento jurídico ha otorgado, es decir, están legitimadas jurídicamente (C.C ; T 968 / 09).

En la misma Constitución Política de Colombia hay un articulado que protege la subrogación de maternidad, pues el artículo 42 habla de la familia, que para Daza (2016) ha cambiado a la nueva noción del Estado Social de derecho ya que considera que la familia puede estar compuesta indiferentemente, sin importar si su cabeza es hombre o mujer, es decir por parejas heterosexuales, homoparental y unipersonal e independientemente de la manera de la concepción de los hijos.

Tal como afirma Montoya (2019) este artículo es la única norma de rango constitucional a la que se puede acudir frente al tema de subrogación de maternidad, ya que en primer lugar indica la importancia del núcleo familiar que puede componerse por vínculos naturales y jurídicos, en segundo lugar, que el Estado debe garantizar la protección integral de la familia, y en último lugar, los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen igualdad de derechos y deberes.

Según concepto del ICBF del 1 de junio de 2020, la figura de alquiler de vientre o maternidad subrogada en Colombia tiene reconocimiento o está legitimado en la Corte Constitucional con la sentencia T-968 de 2009, al manifestar que se trata de una forma de resolver problemas de infertilidad en las parejas, pues es una técnica que guarda relación con el derecho a la salud, sexual y reproductivo. En efecto fue definida en esta sentencia como el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.

Continúa el concepto, argumentando que la técnica de maternidad subrogada tiene dos modalidades: i) por un lado la tradicional, plena o total consistente en que la madre gestante es la misma madre genética pues con sus propios óvulos son fecundados por un donante por medio de la inseminación artificial y ii) por otro lado está la gestacional o parcial, consistente en que la concepción tiene lugar a partir de un óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, normalmente la madre comitente. (ICBF, 2020)

Como puede deducirse, la maternidad subrogada no se encuentra permitida ni prohibida en Colombia, ya que no hay un marco normativo que regulen el tema, salvo la sentencia anteriormente enunciada del 2009. Si bien hace parte de las técnicas de reproducción humana asistida como las demás, es necesario regularla integralmente para garantizar su ejercicio de forma responsable con los derechos que ellas comprenden.

En este orden de ideas, se concluye que en lo que concierne a Colombia, hay un vacío normativo sobre la materia, más aún porque cuando se trata de prohibir o permitir, debe ser el legislador el competente y encargado por la Constitución para esta tarea. Lo que si es cierto es que con la sentencia de la Corte Constitucional se abrió un importante debate o discusión sobre el tema, y se han pasado una cantidad de proyectos de ley que aún no han salido adelante.

Dentro de los criterios establecidos por la Alta Corte para regular sobre la maternidad subrogada, ante la evidente necesidad de una regulación exhaustiva, se encuentran los siguientes:

(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros. (C. C; T 968/09)

A partir de estas condiciones establecidas por la Corte Constitucional, se puede tener en cuenta por el legislador colombiano para una regulación normativa sobre una práctica que en la realidad está ocurriendo sin ningún tipo de reglas cuando se realiza con fines altruistas. Estos criterios buscan tener unos parámetros, que, de darse así aprobados por el legislador, estaríamos dentro de los países que permiten la maternidad subrogada, pero en la modalidad altruista y que protegen los derechos del menor nacido, de la mujer gestante, y de los padres de intención en congruencia con los derechos a la salud, reproductivos y sexuales.

IV. CAPÍTULO IV. PROYECTOS DE LEY Y JURISPRUDENCIA SOBRE SUBROGACIÓN MATERNAL EN COLOMBIA

Como bien se ha enunciado, se requiere que el legislador en su facultad constitucional promueva leyes que, para el caso en concreto, se necesita regular sobre el tema de maternidad subrogada en Colombia, pues no basta con el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la materia. De allí, que, en este capítulo, se muestre los proyectos de ley que se han suscitado en torno al tema, su estado, evolución, ponentes, críticas y así poder concluir sobre las razones por las cuales en este país aún no ha salido una ley que regule la técnica de reproducción asistida denominada subrogación maternal.

4.1. Proyectos de ley maternidad subrogada en Colombia

Para empezar, es necesario recordar lo que se entiende por un proyecto de ley, cuáles son los pasos para presentarlo, quienes lo proponen, haciéndolo de una manera gráfica y resumida, para después adentrarse en los proyectos de ley sobre esta materia que nos atañe.

Así entonces, se entiende por proyecto de ley como la propuesta que se presenta ante el Congreso de la República para su aprobación. Antes de ser aprobados, estos deben cumplir con una trayectoria para que congresistas y ciudadanos puedan analizar el tema y dictaminar la conveniencia para el país. En la siguiente ilustración se muestra de manera resumida los pasos para presentar un proyecto de ley.

Ilustración 2

Presentación de un proyecto de ley en Colombia



Nota: La ilustración muestra la guía para la presentación de un Proyecto de Ley ante el Congreso de la República. Fuente: [Proyectos de Ley en Colombia: un camino largo y culebrero \(uniminutoradio.com.co\)](http://uniminutoradio.com.co)

Una vez consultada la página web del Congreso de la República de Colombia, en la ventana proceso legislativo, link proyectos de ley, y buscando por la palabra clave “maternidad subrogada”, se encuentran los siguientes resultados sobre el asunto de interés, relacionando desde el año 2016 al 2023, aquellas iniciativas que se han radicado, el estado actual, el origen y la legislatura.

Desde el 2016 se comenzaron a presentar proyectos de ley en Colombia en torno al tema, a partir de escenarios en los que se observó que en la práctica de maternidad subrogada se estaban aprovechando de la situación económica de las mujeres al manipular las condiciones para decidir con autonomía y al carecer de regulación específica. Por ejemplo, en la exposición de motivos del primer proyecto de ley 202 de 2016, se señaló que se hicieron previamente mesas de trabajo con distintos actores de la sociedad interesados, en donde se plantearon los riesgos, se analizó el derecho comparado con los países donde se ha prohibido esta práctica al considerarse una trata de personas y en donde por consenso se determinó que se debe prohibir o limitar la que tiene modalidad comercial o se realiza por fines económicos.

Se han planteado importantes debates que originaron estos proyectos de ley. Por un lado, si al prohibir la maternidad subrogada, se puede constituir una vulneración a la libertad de la mujer

en decidir sobre su cuerpo, ponderando por ello, con los derechos del menor que está por nacer. Por otro lado, se analiza el tema desde la perspectiva médica, es decir, de cuando se presentan casos de infertilidad o alguna imposibilidad para ser padres.

Por ello, en general se han presentado proyectos de ley que han tendido a prohibir esta práctica para evitar el tráfico de menores, la cosificación de la mujer, y evitar que los extranjeros lleguen a Colombia a promover esta situación, tratando a la mujer como un objeto mercantil. Precisamente es en el recinto del Congreso donde se discuten y aprueban decisiones sobre estos sucesos que se comenzaron a presentar en el país, dados los avances médicos sobre el tema, y que es justo en los países en vía de desarrollo donde más se concentra esta práctica.

Por ejemplo, en Colombia, en comparación con otros países, resulta ser bastante económico el alquiler de vientre, pues oscila entre 4 mil y 10 mil dólares, mientras que en EE. UU. y Europa Occidental oscila entre 100,000 y 150,000 dólares.

Los costos de la maternidad subrogada pueden variar significativamente según el país y las circunstancias específicas del acuerdo. En el caso de Colombia, donde la maternidad subrogada está permitida bajo ciertas condiciones, los costos pueden ser considerablemente más bajos en comparación con otros países donde la práctica está más establecida.

En general, los costos de la maternidad subrogada incluyen honorarios legales, honorarios de la agencia o intermediario, compensación para la madre gestante, gastos médicos, gastos de viaje y alojamiento, entre otros. Sin embargo, es importante tener en cuenta que los costos exactos pueden variar ampliamente dependiendo de factores como el país, la clínica o agencia seleccionada y los servicios adicionales proporcionados.

En países como Estados Unidos, Canadá o Ucrania, donde la maternidad subrogada es legal y está más establecida, los costos tienden a ser más altos. Estos costos pueden oscilar entre los \$80,000 a 150,000 dólares o incluso más, dependiendo de los servicios y acuerdos adicionales.

En comparación, en países como Colombia, donde la maternidad subrogada está en una etapa de desarrollo, los costos pueden ser más bajos. Sin embargo, es importante tener en cuenta que los costos específicos pueden variar según los servicios y acuerdos individuales

Tabla 1

Proyectos de ley maternidad subrogada

No.	Proyecto	Tipo	Autor	Estado	Comisión	Origen Legislatura
334/2023 C	Maternidad Ley subrogada	ordinaria	Jorge Alejandro Ocampo Giraldo	Tramite en Comisión	Comisión Constitucional Permanente	Primera Cámara 2022-2023
113/2021C	Maternidad Ley subrogada	Estatutaria	José Jaime Uscátegui Pastrana, Juan Fernando Espinal Ramírez María del Rosario Guerra de la Espriella, Santiago Valencia González	Trámite en Comisión	Comisión Constitucional Permanente	Primera Cámara 2021 - 2022
70/2018	Prohíbe la Ley maternidad subrogada	Estatutaria	María del Rosario Guerra de la Espriella y Santiago Valencia González,	Archivado	Comisión Constitucional Permanente del Senado de la República,	Primera Senado 2018-2019
186/2017C	Maternidad Ley subrogada	Estatutaria	Santiago Valencia González, María del	Retirado	Comisión Constitucional Permanente	Primera Cámara 2017 - 2018

		Rosario Guerra de la Espriella	
202/2016C	Prohíbe la Ley maternidad Ordinaria subrogada	Santiago Valencia González, María del Rosario Guerra de la Espriella	Archivado Comisión Primera Cámara 2015 - 2016 Constitucional Permanente

Nota: Información tomada de ([Proyectos de ley | Cámara de Representantes](#)).

De la anterior tabla, se evidencian elementos comunes entre los proyectos de ley, como la intención de prohibición de la maternidad subrogada cuando se realiza con fines comerciales y no altruistas, asimilándola al delito de trata de personas, y el interés del legislador de adicionar un tipo penal, lo cual será ampliado en detalle en la explicación de cada proyecto de ley como se expondrá.

4.2. Proyecto de ley 202 de 2016

En la ponencia para primer debate del proyecto de ley 202 de 2016 “Por medio del cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos”, se observa que fue presentado el 9 de marzo 2016 y publicado en la Gaceta del Congreso N° 86 de 2016, proyecto de origen parlamentario con autoría de la Senadora María del Rosario Guerra y del Representante a la Cámara Antioquia, Santiago Valencia Gonzales.

¿Cuáles fueron los motivos y razones para adelantar el debate al proyecto de ley?: casos de problemas fisiológicos para concebir, los fines económicos o altruistas, las implicaciones que se están produciendo con la práctica en mujeres que son menores de edad, las consecuencias en la salud psicofísica derivadas de una mala praxis, determinar el valor de la identidad de quienes han realizado esta práctica, la obligatoriedad de un consentimiento informado, la obligatoriedad de

poder o no retractarse de la entrega del menor, las consecuencias por un eventual rechazo del menor por parte de los contratantes, e incluso la muerte de los padres contratantes antes del nacimiento, y la eventual desprotección en la que quedaría el menor.

Se proponen 5 artículos, relacionados con el objeto de la ley encaminado a la prohibición de la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, un concepto sobre la materia así

Se entiende por maternidad subrogada, todo acuerdo de voluntades, verbal o escrito, a título gratuito u oneroso, unilateral o bilateral, a título personal o por interpuesta persona, que tenga por objeto el compromiso de gestar un bebé y entregarlo a una persona o a una pareja, cediendo la filiación derivada de la maternidad o renunciando a los derechos sobre el recién nacido. (Cámara de Representantes, 2016)

Además, menciona que incurrirán en los delitos contemplados en los artículos 188A del Código Penal y 2° de la Ley 919 de 2004, quienes participen de cualquier forma, en esta práctica, ya sea como partes, apoderados o afiliados.

Se destaca de esta ponencia, que menciona que el 9 de diciembre de 2015, se realizó una mesa de trabajo convocando a distintos actores de la sociedad interesados en el tema de la maternidad subrogada, en donde se analizaron casos de estudios en derecho comparado y las razones de los países desarrollados que han decidido prohibir esta práctica, por considerarse una especie de la trata de personas.

No obstante, se critica de la exposición de motivos de este proyecto de ley, que menciona casos de otros países y la sentencia de la Corte Constitucional, lo cual se considera insuficiente para tener claridad frente al fenómeno del alquiler de vientres o maternidad subrogada en Colombia.

El Consejo Superior de Política Criminal, mediante concepto No. 16.06, considera que la iniciativa del PL 202 de 2016 es “inconveniente desde el punto de vista político-criminal, además de ser inconstitucional”. Señala que falta rigor en las definiciones, y hay una desproporcionalidad en la tipificación de la conducta de la maternidad subrogada al asociarla con la trata de personas y el tráfico de órganos, pues no hay claridad frente al sentido de la sanción a la que se remite y es violatorio del principio rector del derecho penal como lo es la tipicidad.

4.3. Proyecto de ley 186 de 2017

En la ponencia para primer debate del proyecto de ley 186 de 2017 “Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica”, se menciona que esta iniciativa legislativa ya había sido radicada en el Congreso de la República el 26 de julio de 2016 y se presenta nuevamente, fortaleciendo el articulado con mayor control y prevención de la práctica, pues no se trata solo de penalizar la práctica, sino que también se deben tomar controles efectivos para prevenirla, como lo es, la veracidad del certificado de nacimiento vivo y la celeridad para registrar al recién nacido.

En aras de justificar la necesidad de la ley estatutaria, se realiza una explicación jurídica de la práctica, en donde relaciona la sentencia de tutela T-968 de 2009, que la define como el contrato entre una pareja de solicitantes y una mujer, para que esta última gesté un bebé en su vientre, y cuando nazca lo entregue a los solicitantes, renunciando a la filiación sobre el menor, reconoce que el alquiler de vientre es una práctica en auge y da cuenta del vacío normativo que desencadena vulneración de derechos superiores en los menores.

Seguidamente, se realiza un análisis de la maternidad subrogada con fines lucrativos como trata de personas, menciona los derechos vulnerados de los menores y la madre con la práctica de alquiler de vientre, y finaliza con derecho comparado donde se ha decidido prohibición absoluta (Alemania, Francia, China, España, Italia), permisión regulada (Canadá, Dinamarca) y permisión expresa o tácita (India, Perú, Argentina).

El articulado consta de seis numerales relacionados con el objeto (artículo 1), concepto de maternidad subrogada (artículo 2), nulidad del derecho (artículo 3), sanción penal (artículo 4), y otras medidas.

Al respecto, se critica este proyecto de ley, en el sentido de que no regula aspectos inherentes al ejercicio, límites y prohibiciones de derechos fundamentales. Asimismo, persiste la ausencia de fundamentos empíricos que den cuenta de la pertinencia de la propuesta.

El Consejo Superior de Política Criminal, al estudiar el proyecto de ley, lo considero inconveniente y emite concepto negativo, pues las modificaciones con respecto al proyecto de ley 202 de 2016 fueron muy mínimas, como, por ejemplo, la presentación ahora como ley estatutaria. (Consejo Superior de Política Criminal, 2018)

4.4. Proyecto de ley 70 de 2018

El día 1º de agosto de 2018, fue presentada la iniciativa al Congreso de la República por la Senadora María del Rosario Guerra y el Senador Santiago Valencia, pese a que en dos ocasiones anteriores ya había sido presentado, sin poder culminar su trámite legislativo, con el Proyecto de ley número 026 de 2016 y el número 186 de 2017.

En la exposición de motivos de este proyecto de ley, se mencionan los siguientes aspectos:

1. Presenta cómo se ha entendido la maternidad subrogada en Colombia.
2. Explica por qué la subrogación de la maternidad con fines lucrativos es una forma de explotación a la mujer y una comercialización de menores.
3. Expone los derechos vulnerados a la mujer y al bebé.
4. Hace un recuento de cómo se ha tratado la problemática en otros países.
5. Analiza el problema de la filiación en la permisión de la maternidad subrogada.
6. Presenta los principales argumentos obtenidos en la Mesa de Trabajo que se adelantó en compañía de varios expertos el pasado 9 de diciembre de 2015. (Senado de la República, 2018)

En aras de desarrollar los ítems más relevantes, interesa sobre el tema de derecho comparado, que menciona como países donde hay prohibición absoluta a Alemania, Francia, China, España, Italia; asimismo, refiere que donde hay permisión regulada es en Canadá, Dinamarca, y donde finalmente hay permisión expresa o tácita en India, Perú y Argentina.

No obstante, aunque no se encuentra un concepto del Consejo Superior de Política Criminal del proyecto de ley 70 de 2018, como sí ocurrió con los otros proyectos presentados como el 202 de 2016 y el 186 de 2017, en los que el sentido del concepto fue desfavorable, se puede de su estudio, concluir que son los mismos presentados por los senadores Valencia y María del Rosario, que consta de 6 artículos, con la diferencia que aquí el delito en el que se incurre por participar en la contratación subrogada no es el de trata de personas, o tráfico, venta o comercialización de componentes anatómicos urbanos, sino uno individual de “maternidad subrogada con fines de lucro”, con prisión de 6 a 8 años, y multa de 50 a 100 SMLMV (Art, 188F). Además, proscribire que el Ministerio de Salud reglamentará la maternidad subrogada.

4.5. Proyecto de ley 113 de 2021

Mediante este Proyecto de Ley se pretendía crear el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la ‘cosificación de los bebés’, el cual fue presentado por José Jaime Uscategui, estructurándolo en 5 parámetros fundamentales, así:

1. Contextualización de la maternidad subrogada en Colombia.
2. Subrogación de la maternidad con fines lucrativos, como explotación al cuerpo de la mujer y comercialización de los menores.
3. Derechos vulnerados con la práctica de la maternidad subrogada con fines económicos.
4. Turismo reproductivo en Colombia.
5. Derecho comparado sobre la subrogación de la maternidad.

El articulado propuesto en este proyecto de ley consta de 7 artículos, enfocados en prohibir y penalizar la maternidad subrogada con fines de lucro, y busca frenar la ‘cosificación de los bebés’. El tipo penal se incluye en el artículo 188F de la ley 599 de 2000, el cual se configurará cuando se promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer para alquilar su vientre con fines de lucro; es decir, cuando haya un provecho económico o contraprestación de algún tipo a cambio de la gestación. La sanción es cárcel de 6 a 8 años y multa de 50 a 100 SMLMV.

Sin embargo, en este proyecto de ley se evidencia también el interés por penalizar la maternidad subrogada con fines de lucro, proponiendo una adición al código penal, que, a diferencia del PL de 2018, aquí es más completo al incluir no solo a quienes participen en la contratación, sino que detalla que a quien promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer, es decir, aquí el delito es más explícito, aunque la sanción sigue siendo la misma que se ha considerado en años anteriores. Se destaca un cambio sustancial en este PL 113, en el sentido de permitir la subrogación con fines altruistas sólo para parejas colombianas, lo cual quiere decir, que no se les permite a parejas extranjeras, como estaba acostumbrado hacer, pero que, además, plantea una condición y es que tengan una incapacidad biológica que no les permita concebir.

4.6. Proyecto de ley 88 de 2017

Pese a que este proyecto de ley no se mencionó en el cuadro de los relacionados con maternidad subrogada directamente, si resulta importante mencionarlo, por tratar de reglamentar las Técnicas de Reproducción Asistida. A pesar de que el espíritu del proyecto es sobre la protección a la dignidad humana de los involucrados en el procedimiento de reproducción asistida, el proyecto acoge y legaliza graves violaciones a la dignidad, como la Fertilización In Vitro, el uso de donantes de gametos, impidiendo de paso la posibilidad de que el hijo de un donante pueda conocer su identidad, y el alquiler de vientres.

Refiere Torres y Zuluaga (2019) que el proyecto de Ley 88 de 2017, también llamado “Ley Lucía” buscó reglamentar la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica, uso del vientre, y ser humano procreado por técnicas de humana asistida.

Este proyecto fue archivado el 21 de junio de 2018 por tránsito de legislatura.

4.7. Proyecto 334 de 2023

Este reciente proyecto de ley fue presentado por el Representante a la Cámara Alejandro Ocampo Giraldo, con el objeto de permitir la gestación subrogada con fines altruistas con indemnización, lo cual significa que queda prohibida con fines de lucro, en aras de garantizar los derechos a la dignidad humana, autonomía, salud, igualdad, protección a la mujer y al que está por nacer.

Resalta de este cuerpo normativo que hace importantes definiciones sobre el tema, describe como tipo penal el constreñimiento a la gestación subrogada con sanciones de prisión (72 a 120 meses) y multa (100 a 300 SMLMV) y el constreñimiento e inducción a la gestación subrogada en menor de edad con multas (de 200 a 300 SMLMV) y prisión (120-200 meses). También define 5 requisitos mínimos para ser gestante subrogada en una IPS autorizada, como mínima edad de 24 años, al menos 1 hijo previo al inicio del proceso de fertilización in vitro, concepto médico, del ginecólogo y psicólogo de la IPS donde conste el estado de salud, y tiempo mínimo de 1 año al último parto. En esta oportunidad se limita el número de embarazos para gestación subrogada a 1.

Por su parte, regula también estableciendo unos requisitos mínimos para ser encargante como ser mayor de 28 años y máximo 50 años, conformar una familia en matrimonio o unión marital de hecho, tener ingresos superiores de 5SMLV, estar en óptimas condiciones de salud mental y física, no haber sido condenado por unos delitos específicos y por último asistir a charla sobre adopción.

Se destaca que en su articulado se preocupa por el contrato, sus mínimos elementos constitutivos, el consentimiento informado, la póliza de seguro de vida, la obligación del sostenimiento económico durante el periodo de gestación y hasta finalizar los 40 días del puerperio sin ser inferior a 1.5 SMLMV, aportes a seguridad social, sus efectos jurídicos en cuanto a custodia y cuidado personal del menor después del parto, los derechos y obligaciones del encargante y el registro.

Se hace referencia también a los controles médicos antes del procedimiento, durante el embarazo y post parto en el área psicológica. Regula el tema tan debatido del registro civil de nacimiento del nacido e implementa una indemnización a la gestante subrogada al finalizar el proceso de gestación mínimo de 48 SMLMV, con derecho a incrementar su valor en casos de complicaciones o secuelas producto del embarazo, también cuando sea embarazo múltiple e incluso las partes pueden acordar un mayor valor al tope mínimo de la indemnización establecido. Igualmente reconoce la licencia de maternidad y paternidad por extensión al en cargante bajo unas condiciones, así como también el descanso remunerado para la gestante subrogada de 6 semanas.

Desarrollando críticas frente a este último proyecto de ley, se tiene que el mismo restringe el derecho a las parejas del mismo sexo a tener hijos, teniendo en cuenta que, al momento de registrar el bebe fruto del proceso de maternidad subrogada se trata de un encargo doble (hombre y mujer), llevará el primer apellido de la encargante, quien aporó el gameto femenino y luego el primer apellido del encargante que proporcionó el material genético masculino y si es un encargante simple únicamente llevará los apellidos de esta. Esto permite inferir que el art 17 ibídem excluye de manera directa a las parejas homosexuales a tener una familia por medio de las TRHA.

Asimismo, limita a los colombianos estériles a ser padres, mediante el alquiler de vientre sino cuentan con los ingresos señalados, lo cual es contradictorio con la presunción legal que una persona gane un salario mínimo mensual para satisfacer sus necesidades básicas. Contrario sensu, a pesar que en Argentina no está regulado la maternidad subrogada en una de sus iniciativas de proyectos de ley, se refirieron que al procedimiento de gestación solidaria podrían acudir las personas sin distinción de la orientación sexual, identidad de género o condición social de los gestantes o concomitantes PL 5.700 del 2016 texto derecho comparado.

Es importante mencionar de la exposición de motivos de este proyecto de ley, que aparte del análisis constitucional con la sentencia T-968 de 2009 en donde se evidenció un vacío jurídico en el ordenamiento colombiano sobre la maternidad subrogada, menciona también la reciente tutela T-275 de 2022 en la que la Corte Constitucional exhorta en esta oportunidad al Gobierno Nacional para que en el término de 6 meses presentara ante el Congreso de la Republica un proyecto de ley para regular esta temática en Colombia para no poner en riesgo los derechos de los contratantes y del que está por nacer.

4.8. Análisis jurisprudencial

En Colombia, la práctica de la maternidad subrogada, es relativamente nueva, pues desde el año 2009 paso una situación con una familia Estadounidense, en la cual la Corte Constitucional analizó el caso de una tutela contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali interpuesto por una mujer por desconocer su derecho fundamental a tener una familia y por ser separada de sus hijos en un pacto de “alquiler de vientre”, es decir pactando bilateralmente un contrato de gestión para - la maternidad subrogada parcial con una obligación de dar, el embarazo dio como resultado gemelos que no habían sido previamente negociados.

La Corte Constitucional estableció mediante sentencia del 2009, unos requisitos mínimos para validar esa figura en el ordenamiento colombiano, dentro de los cuales incluye que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir, que los gametos requeridos sean distintos a la de la mujer gestante, que ésta no tenga un fin lucrativo, y cumpla unos mínimos requisitos relacionados con la edad, salud, la obligación de exámenes antes, durante y post parto entre otras prebendas para protección del que está por nacer

En la sentencia T-968 de 2009 se explica de manera concreta el concepto de alquiler de vientre:

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.” [1] En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto. (C. C; T 968 /09)

A partir de este importante concepto que hace la Corte Constitucional, se deja mayor claridad sobre lo que significa la maternidad subrogada, usando otros términos como alquiler de vientres, maternidad sustituida, dentro del cual operan características como el compromiso de la cesión de los derechos del recién nacido, el acuerdo de voluntades sobre la contraprestación económica por el embarazo. Más adelante se presenta un análisis más detallado de esta sentencia.

4.9. Análisis estático Sentencias sobre maternidad subrogada

4.9.1 Sentencia T-968 de 2009 Corte Constitucional Colombia

Los fundamentos facticos de esta sentencia, están relacionados con un interesante caso donde una pareja de casados Raquel y Salomón, residentes de EEUU, deciden acudir a ser padres mediante una fertilización in vitro.

Para ello, el Dr. Velázquez, especialista en reproducción asistida, les presento a Sarai, para que les alquilara el vientre a los casados con óvulos de Raquel fecundados con el esperma de Salomón.

Después de varios intentos fallidos en los que Sarai no quedaba embarazada, Salomón comenzó a visitarla para lograr un embarazo natural, pero tampoco dio resultado, por lo que tuvieron que acudir a otro Centro Especializado para el tratamiento de fertilización. Allí le implantaron 4 embriones a Sarai, de los cuales nacieron mellizos el 2 de marzo de 2006. Los registraron como hijos extramatrimoniales

Según Salomón, Sarai se arrepintió de entregar a sus hijos en noviembre de 2005, después de que le había girado cerca de \$14.208.750.

A partir del registro de los menores como hijos extramatrimoniales, sin padre conocido, y de la escogencia de sus nombres sin el concurso de Salomón, empezó un tortuoso camino de enfrentamientos, denuncias y demandas, que culminó con la asignación de la custodia provisional al padre y la consecuente salida definitiva del país de los menores, el 5 de septiembre de 2008, debido a la autorización del Juez Décimo de Familia de Cali, contenida en la providencia del 29 de agosto de 2008 (sentencia de primera instancia), objeto de la presente acción de tutela.

Ratio Decidendi: El alquiler de vientre no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.” En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos.

Por ello, Las técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro, combinadas con, maternidad subrogada, permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y

semen de su cónyuge, compañero o donante. Generalmente, las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios gametos femenino y masculino.

Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción, es que el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el esperma del padre.

En varios estados de Estados Unidos, Reino Unido, Australia, Canadá, India, Rusia y en Ucrania la maternidad sustituta está permitida y atienden una gran demanda de ciudadanos de todo el mundo. Para el año 2001 sólo en Estados Unidos nacieron unos 41.000 bebés mediante el procedimiento de fertilización in vitro (FIV), cerca de 6.000 surgieron de óvulos donados, y aproximadamente 600 se gestaron en úteros prestados o alquilados. El costo de contratar una madre de alquiler en Estados Unidos para el año 2004, era de aproximadamente 59.000 dólares.

Uno de los casos más reconocidos en los que se ha recurrido a esta práctica y que ha tenido gran cubrimiento por los medios de comunicación, es el caso conocido como “Baby M”.

4.9.2 New Jersey Supreme Court. Matter of Baby M. 09 N.J. 396 (1988)

En este caso, del año 1985, William Stern y su esposa Elizabeth que era infértil acudieron a Mary Beth Whitehead, para un contrato de subrogación.

El 6 de febrero de 1985, el Sr. Stern y el Sr. y la Sra. Whitehead firmaron el acuerdo de crianza sustituta. Después de varias inseminaciones artificiales durante varios meses, la Sra. Whitehead quedó embarazada. El embarazo transcurrió sin incidentes y el 27 de marzo de 1986 nació Baby M.

La Sra. Whitehead se dio cuenta, casi desde el momento del nacimiento, que no podía separarse de este niño. Había sentido un vínculo con él incluso durante el embarazo. Algunos indicios del apego se transmitieron a los Stern en el hospital cuando le dijeron a la Sra. Whitehead cómo iban a llamar al bebé. Al parecer, rompió a llorar e indicó que no sabía si podía entregar al niño. Ella habló sobre cómo el bebé se parecía a su otra hija y dejó en claro que estaba experimentando grandes dificultades con la decisión.

No obstante, la Sra. Whitehead fue, por el momento, fiel a su palabra. A pesar de poderosas inclinaciones en sentido contrario, ella entregó a su hijo a los Stern el 30 de marzo en la casa de los Whitehead.

Los Sterns estaban encantados con su nuevo hijo. Habían planeado extensamente su llegada, mucho más allá del equipamiento práctico de una habitación para ella. Fue un momento de celebración alegre no solo para ellos sino también para sus amigos. Los Stern esperaban con ansias criar a su hija, a la que llamaron Melissa. Si bien para entonces eran conscientes de que la Sra. Whitehead estaba atravesando una crisis emocional, todavía no eran conscientes de la profundidad de esa crisis y sus implicaciones para su familia recién ampliada.

Más tarde, en la noche del 30 de marzo, la Sra. Whitehead se sintió profundamente perturbada, desconsolada, golpeada por una tristeza insoportable. Tenía que tener a su hijo. No podía comer, dormir ni concentrarse en otra cosa que no fuera la necesidad de su bebé. Al día siguiente fue a la casa de los Stern y les dijo cuánto estaba sufriendo.

La profundidad de la desesperación de la señora Whitehead sorprendió y asustó a los Stern. Les dijo que no podía vivir sin su bebé, que debía tenerla, aunque solo fuera por una semana, que después entregaría a su hijo. Los Stern, preocupados de que la Sra. Whitehead pudiera efectivamente suicidarse, no queriendo bajo ninguna circunstancia correr ese riesgo y, en cualquier caso, creyendo que la Sra. Whitehead cumpliría su palabra, le entregaron el niño. No fue hasta cuatro meses después, luego de una serie de intentos por recuperar la posesión del niño, que Melissa fue devuelta a los Stern, habiendo sido sacada a la fuerza de la casa donde vivía entonces con el Sr. y la Sra. Whitehead, la casa en Florida propiedad de los padres de Mary Beth Whitehead.

La lucha por Baby M comenzó cuando se hizo evidente que la Sra. Whitehead no podía devolver al niño al Sr. Stern. Debido a la negativa de la Sra. Whitehead a entregar al bebé, el Sr. Stern presentó una denuncia solicitando la ejecución del contrato de subrogación. Alegó, con precisión, que la Sra. Whitehead * 416 no sólo se había negado a cumplir con el contrato de subrogación, sino que había amenazado con huir de Nueva Jersey con el niño para evitar incluso la posibilidad de que él obtuviera la custodia. Los documentos judiciales afirmaron que si la Sra. Whitehead recibiera un aviso de la solicitud de una orden que le exigiera renunciar a la custodia, ella, antes de la audiencia, dejaría el estado con el bebé. Y eso es precisamente lo que hizo. Luego de que se ingresó la orden, ex parte, el notificador del proceso, ayudado por la policía, en presencia de los Stern, ingresó a la casa de Whitehead para ejecutar la orden. El Sr. Whitehead huyó

con el niño, que le habían entregado a través de una ventana, mientras que los que vinieron a hacer cumplir la orden perdieron el equilibrio debido a una disputa sobre el nombre actual del niño.

Los Whitehead huyeron inmediatamente a Florida con Baby M. Inicialmente se quedaron con los padres de la Sra. Whitehead, donde uno de los hijos de la Sra. Whitehead había estado viviendo. Durante los siguientes tres meses, los Whitehead y Melissa vivieron en aproximadamente veinte hoteles, moteles y hogares diferentes para evitar ser detenidos. De vez en cuando, la Sra. Whitehead llamaba al Sr. Stern para discutir el asunto; Las conversaciones, grabadas por el Sr. Stern por consejo de un abogado, muestran una creciente disputa sobre los derechos, la moralidad y el poder, acompañada de amenazas de la Sra. Whitehead de suicidarse, matar al niño y acusar falsamente al Sr. Stern de abusar sexualmente de la otra hija de la Sra. Whitehead.

Finalmente, los Stern descubrieron dónde se alojaban los Whiteheads, iniciaron procedimientos complementarios en Florida y obtuvieron una orden que exigía a los Whiteheads que entregaran al niño. La policía de Florida hizo cumplir la orden, sacando por la fuerza a la niña de la casa de sus abuelos. Poco tiempo después la llevaron a Nueva Jersey y la entregaron a los Stern. La orden previa del tribunal, emitida ex parte, que otorga la custodia del niño al Sterns pendiente lite, fue reafirmada por el tribunal de primera instancia después de considerar las declaraciones certificadas de las partes (ambas representadas por un abogado) con respecto a la secuencia inusual de eventos que se había desarrollado. En espera del juicio final * 417, la Sra. Whitehead recibió visitas limitadas con Baby M.

La denuncia de los Stern, además de buscar la posesión y, en última instancia, la custodia del niño, buscaba la ejecución del contrato de gestación subrogada. De conformidad con el contrato, solicitó que el niño sea puesto permanentemente bajo su custodia, que se terminen los derechos de paternidad de la Sra. Whitehead y que se le permita a la Sra. Stern adoptar al niño, es decir, que, a todos los efectos, Melissa se convierta en los Sterns. ' niño.

La prueba duró treinta y dos días durante un período de más de dos meses. Incluyó numerosas apelaciones interlocutorias e intentos de apelaciones interlocutorias. Hubo veintitrés testigos de los hechos antes citados y quince peritos, once declararon sobre el tema de la custodia y cuatro sobre el tema de la esclerosis múltiple de la señora Stern; la mayor parte del testimonio se dedicó a determinar el arreglo parental más compatible con el interés superior del niño. Poco después de la conclusión del juicio, el tribunal de primera instancia anunció su opinión desde el

tribunal. 217 NJ Super. 313 (1987). Sostuvo que el contrato de gestación subrogada era válido; ordenó que se terminara la patria potestad de la Sra. Whitehead y que la custodia exclusiva del niño fuera otorgada al Sr. Stern; y, después de escuchar el breve testimonio de la Sra. Stern, Inmediatamente ingresó una orden que permitía la adopción de Melissa por la Sra. Stern, todo de acuerdo con el contrato de gestación subrogada. A la espera del resultado de la apelación, concedimos una continuación de la visita a la Sra. Whitehead, aunque un poco más limitada que la permitida durante el juicio.

Ratio Decidendi: según estas leyes, la rescisión de la patria potestad no puede basarse en un contrato, sino que solo se puede otorgar mediante prueba de los requisitos legales. Esa conclusión fue una de las bases para invalidar el contrato de gestación subrogada. Aunque excluimos el contrato como base para la rescisión por parte de los padres, no abordamos explícitamente la cuestión de si existían las bases legales para la rescisión.

Como se señaló anteriormente, si se justifica la terminación de los derechos de paternidad de la Sra. Whitehead, la Sra. Whitehead no tendrá más reclamos ni de custodia ni de visitas, y la adopción por parte de la Sra. Stern puede proceder de conformidad con el estatuto de adopción de colocación privada, NJSA 9: 3 -48. Si la terminación no está justificada, la Sra. Whitehead sigue siendo la madre legal, e incluso si no tiene derecho a la custodia, normalmente se esperaría que tuviera algunos derechos de visita. *Wilke contra Culp*, supra, 196 NJ Super. en 496.

Como se discutió, supra en 425-429, las bases adecuadas para la terminación se encuentran en el estatuto relacionado con los procedimientos de las agencias aprobadas para la terminación de la patria potestad, NJSA 9: 2-18, el estatuto que permite la terminación que conduce a una colocación privada. adopción, NJSA 9: 3-48c (1), y el estatuto que autoriza una terminación de conformidad con una acción de DYFS, NJSA 30: 4C-20. Las descripciones legales de las condiciones requeridas para terminar la patria potestad difieren; su interpretación en la jurisprudencia, sin embargo, tiende a equipararlos. Comparar Nueva Jersey * 445 Div. de Servicios para la Juventud y la Familia. v. AW, supra, 103 NJ en 601-11 (intento de rescisión por parte de DYFS) con *In re Adoption por JJP*, supra, 175 NJ Super. en 426-28 (intento de terminación en relación con la adopción de una ubicación privada).

Nada en este expediente justifica un hallazgo que permitiría a un tribunal rescindir los derechos de paternidad de Mary Beth Whitehead según el estándar legal. No es simplemente que obviamente no hubo "abandono intencional o negligencia muy sustancial de los deberes de los

padres sin una expectativa razonable de reversión de esa conducta en el futuro", NJSA 9: 3-48c (1), todo lo contrario, pero además que el tribunal de primera instancia nunca encontró a la Sra. Whitehead como una madre inadecuada y, de hecho, afirmó afirmativamente que Mary Beth Whitehead había sido una buena madre para sus otros hijos. 217 NJ Super. en 397.

Aunque la cuestión del interés superior del niño es determinante en el tema de la custodia en una disputa entre padres biológicos, no rige la discusión de la terminación. Hace tiempo que se decidió que el mero hecho de que un niño estaría mejor con un par de padres que con otro es una base insuficiente para terminar con los derechos de los padres biológicos. Consulte la División de Nueva Jersey. de Servicios para la Juventud y la Familia. v. AW, supra, 103 NJ en 603; En re Adoption of Children por D., supra, 61 NJ en 97-98; In re Adoption by JJP, supra, 175 NJ Super. en 428. Además, está igualmente bien establecido que la entrega de un niño y el consentimiento para la adopción a través de la colocación privada no justifican por sí solos la terminación. Véase Sees v. Baber, supra, 74 NJ 201. Cabe señalar, a pesar de algunos términos en contrario, que los intereses del niño no son los únicos intereses involucrados cuando se plantean cuestiones de terminación. Los derechos de los padres, tanto constitucionales como estatutarios, tienen su propia vitalidad independiente. Consulte la División de Nueva Jersey. de Servicios para la Juventud y la Familia. contra AW, supra, 103 NJ en 601.

Aunque los estatutos son claros, no se aplican de manera rígida en todas las ocasiones. El estándar legal, estrictamente interpretado, parece severo cuando los padres biológicos, habiendo entregado * 446 a su hijo en adopción a través de la colocación privada, cambian de opinión y buscan la devolución de su hijo y cuando el problema llega al tribunal con los padres adoptivos que han tenido custodia durante años, y habiéndola asumido con bastante inocencia.

Estas dimensiones adicionales en Sees v. Baber, supra, 74 NJ 201, no persuadieron a este Tribunal de variar los requisitos de terminación. En ese caso, la madre natural cambió de opinión dos días después de entregar al niño, buscó su regreso de manera inequívoca y así avisó a los padres adoptivos. Dado que ella estaba lucidamente en forma y claramente no había abandonado al niño en el sentido legal, se denegó la terminación, a pesar de que los padres adoptivos habían tenido la custodia del niño durante aproximadamente un año y la madre nunca había tenido la custodia.

Sin embargo, una variación significativa de estos hechos ocurrió en Sorentino II, supra, 74 NJ 313. La entrega no fue a través de una colocación privada sino a través de una agencia aprobada.

Aunque el consentimiento para la entrega se consideró inválido debido a la coerción de la agencia, los padres biológicos no iniciaron la demanda para reclamar al niño durante más de un año después de la renuncia. Para cuando este Tribunal llegó a la cuestión de si los derechos de los padres biológicos podían terminarse, los padres adoptivos habían tenido la custodia durante tres años. Estas circunstancias finalmente persuadieron a este Tribunal de permitir la terminación de los derechos de los padres biológicos y permitir una adopción posterior. Se descubrió que los hechos singulares de *Sorentino II* equivalen a un abandono de las obligaciones parentales. Identificación, en 322.

El presente caso se distingue de *Sorentino II*. Mary Beth Whitehead tuvo la custodia de Baby M durante cuatro meses antes de que se llevaran al niño. Su entrega inicial de Baby M fue de conformidad con un contrato que declaramos ilegal e inaplicable. Los Stern sabían casi desde el mismo día que se llevaron a Baby M que sus derechos estaban siendo desafiados por la madre biológica. En definitiva, aquí no se encuentran los factores que persuadieron a este Tribunal de dar por terminada la patria potestad en *Sorentino II*.

Simplemente no hay base, ni en el estatuto ni en los hechos peculiares de esa clase limitada de casos tipificados por *Sorentino II*, para justificar la terminación de la patria potestad de la Sra. Whitehead. Por tanto, concluimos que la madre biológica tiene derecho a conservar sus derechos como madre.

En conclusión, El caso "*Matter of Baby M*" (09 N.J. 396, 1988) fue un caso emblemático en Estados Unidos que involucró un acuerdo de maternidad subrogada y planteó importantes cuestiones legales y éticas en torno a este tema.

Resumiendo, en el caso, una mujer llamada Mary Beth Whitehead actuó como madre gestante para una pareja infértil, los Stern, quienes deseaban tener un hijo a través de la maternidad subrogada. Sin embargo, después del nacimiento del bebé, Mary Beth Whitehead cambió de opinión y buscó retener la custodia del niño, argumentando que el acuerdo de maternidad subrogada era inconstitucional y violaba sus derechos como madre biológica.

La decisión del tribunal en este caso fue compleja y se tomaron en cuenta múltiples factores legales y éticos. El tribunal concluyó que el contrato de maternidad subrogada era válido y ejecutable, pero que la disposición que otorgaba la custodia total del niño a la pareja infértil era inconstitucional y violaba los derechos de Mary Beth Whitehead como madre biológica.

Frente a lo planteado anteriormente se destacan importantes cuestiones éticas y legales en relación con la maternidad subrogada. Por un lado, se reconoce el deseo legítimo de las parejas infértiles de tener hijos y la posibilidad de que la maternidad subrogada pueda ayudarles a lograrlo. Sin embargo, también es fundamental considerar los derechos y el bienestar de la madre gestante y protegerlos adecuadamente.

Este caso destaca la necesidad de una regulación clara y equilibrada de la maternidad subrogada, que garantice la protección de todos los derechos involucrados, tanto los de la pareja infértil como los de la madre gestante y, sobre todo, los mejores intereses del niño. Es importante encontrar un equilibrio que permita que la maternidad subrogada sea una opción válida para aquellos que la deseen, pero que también asegure salvaguardias adecuadas para proteger los derechos y el bienestar de todas las partes involucradas.

4.9.3 Corte suprema del estado de California. Johnson vs. Calvert. Radicación S023721. 20 de mayo de 1993

Mark y Crispina Calvert son un matrimonio que deseaba tener un hijo. Crispina se vio obligada a someterse a una histerectomía en 1984. Sin embargo, sus ovarios siguieron siendo capaces de producir óvulos y la pareja finalmente consideró la subrogación. En 1989, Anna Johnson se enteró de la difícil situación de Crispina a través de un compañero de trabajo y se ofreció a servir como sustituta de los Calvert.

El 15 de enero de 1990, Mark, Crispina y Anna firmaron un contrato que estipulaba que un embrión creado por el esperma de Mark y el óvulo de Crispina sería implantado en Anna y el niño nacido sería llevado a la casa de Mark y Crispina "como su niño." Anna estuvo de acuerdo en que cedería "todos los derechos de paternidad" del niño en favor de Mark y Crispina. A cambio, Mark y Crispina le pagarían a Anna \$ 10,000 en una serie de cuotas, la última a pagar seis semanas después del nacimiento del niño. Mark y Crispina también iban a pagar una póliza de seguro de vida de 200.000 dólares por la vida de Anna. fn. 4

El cigoto fue implantado el 19 de enero de 1990. Menos de un mes después, una prueba de ultrasonido confirmó que Anna estaba embarazada.

Desafortunadamente, las relaciones se deterioraron entre las dos partes. Mark se enteró de que Anna no había revelado que había sufrido varios mortinatos y abortos espontáneos. Anna sintió

que Mark y Crispina no hicieron lo suficiente para obtener el [5 Cal. 4º 88] póliza de seguro. También se sintió abandonada durante el inicio de un parto prematuro en junio.

En julio de 1990, Anna envió a Mark y Crispina una carta exigiendo el saldo de los pagos adeudados o de lo contrario se negaría a entregar al niño. Al mes siguiente, Mark y Crispina respondieron con una demanda, buscando una declaración de que eran los padres legales del feto. Anna presentó su propia acción para ser declarada madre del niño, y los dos casos finalmente se consolidaron. Las partes acordaron un tutor ad litem independiente a los efectos de la demanda.

El niño nació el 19 de septiembre de 1990 y se obtuvieron muestras de sangre tanto de Anna como del niño para su análisis. Los resultados de los análisis de sangre excluyeron a Anna como madre genética. Las partes acordaron una orden judicial que estipulaba que el niño permanecería con Mark y Crispina de forma temporal con las visitas de Anna.

En el juicio de octubre de 1990, las partes estipularon que Mark y Crispina eran los padres genéticos del niño. Después de escuchar pruebas y argumentos, el tribunal de primera instancia dictaminó que Mark y Crispina eran el padre y la madre "genéticos, biológicos y naturales" del niño, que Anna no tenía derechos "parentales" sobre el niño y que el contrato de subrogación era legal y exigible contra Las afirmaciones de Anna. El tribunal también dio por terminada la orden que permitía las visitas. Anna apeló la sentencia del tribunal de primera instancia. La Corte de Apelaciones del Cuarto Distrito, División Tres, afirmó. Otorgamos revisión.

Ratio Decidendi: Los avances recientes en la tecnología médica han ampliado drásticamente los medios de reproducción humana. Entre las nuevas tecnologías se encuentran la fertilización in vitro, la congelación y almacenamiento de embriones y gametos, la transferencia intra-falopio de gametos y el trasplante de embriones. (Shultz, Tecnología reproductiva y paternidad basada en la intención: una oportunidad para la neutralidad de género, Rev. 297, 299 y sigs. 5 de Wisconsin, en adelante, Tecnología reproductiva). La subrogación gestacional es el resultado de dos de estas técnicas: in vitro fertilización y trasplante de embriones. (Ver Shalev, Birth Power: The Case for Surrogacy (Yale U. Press 1989) p. 115.)

La fertilización in vitro o FIV es la fertilización de un óvulo humano fuera del cuerpo humano en un laboratorio. Los niños que han sido concebidos de esta manera a menudo se denominan "bebés probeta" porque su concepción real tuvo lugar en una placa de Petri. El primer nacimiento vivo de un niño concebido in vitro ocurrió en 1979 en Gran Bretaña después de 20

años de investigación por parte de un equipo británico. (Shalev, *Birth Power: The Case for Surrogacy*, supra, en la p. 105.)

Para facilitar la recuperación o "recolección" de óvulos para la fertilización in vitro, una mujer ingiere hormonas de fertilidad para inducir la "superovulación" o la producción de múltiples óvulos. Luego, los óvulos se extraen mediante aspiración, una técnica no quirúrgica o mediante un procedimiento quirúrgico invasivo conocido como laparoscopia. (Véase, en general, *Desarrollos en la ley: Tecnología médica y la ley* (1990) 103 *Harv.L.Rev.* 1519, 1537-1542 [en adelante *Tecnología médica*].) Someterse a la superovulación y la recuperación de óvulos es agotador, tanto física como emocionalmente; las hormonas utilizadas para la superovulación producen cambios corporales similares a los que se experimentan durante el embarazo, mientras que la extracción quirúrgica de óvulos maduros se ha comparado con el parto por cesárea. (Id., En la p. 1540; Shalev, *Birth Power: The Case for Surrogacy*, supra, en las págs. 117-118.)

Después de la extracción, los óvulos se exponen a espermatozoides vivos en una placa de Petri. Si se fertiliza un óvulo, se permite que el cigoto resultante se divida y se vuelva multicelular antes de la implantación uterina. El costo y la baja tasa de éxito de la fertilización in vitro demuestran cuánto están dispuestos a soportar los futuros padres para lograr la paternidad biológica. (*Tecnología médica*, supra, 103 *Harv.L.Rev.* En p. 1539.)

Generalmente, un óvulo fertilizado in vitro se implanta en el útero de la mujer que lo produjo. Sin embargo, la técnica permite el trasplante de embriones, que es la transferencia de un embrión formado a partir del óvulo de una mujer al útero de otra mujer que gestará el feto a término. Esto puede [5 Cal. 4to 106] tener lugar en al menos tres situaciones diferentes: (1) una mujer puede donar un óvulo que, una vez fertilizado, se implantará en el útero de una mujer que tenga la intención de criar al niño; (2) la mujer que proporciona el óvulo puede tener la intención de criar al niño llevado a término por una madre sustituta gestacional; o (3) una pareja que desee tener un hijo puede hacer arreglos para que una madre sustituta gestare un embrión producido a partir de un óvulo y esperma, ambos donados (quizás por parientes cercanos de la pareja). (Goodwin, *Determinación de la paternidad legal en la donación de óvulos, el trasplante de embriones y los acuerdos de subrogación gestacional* (1992) 26 *Fam.LQ* 275, 276-277 [en adelante, *Determinación de la paternidad legal*].)

La división del papel reproductivo femenino en la subrogación gestacional señala los tres aspectos diferenciados de la maternidad: genético, gestacional y social. La mujer que aporta el

óvulo que se convierte en feto ha desempeñado el papel genético de la maternidad; el aspecto gestacional lo proporciona la mujer que lleva al feto a término y da a luz al niño; y la mujer que en última instancia cría al niño y asume las responsabilidades de la paternidad es la madre social del niño. (Shalev, *Birth Power: The Case for Surrogacy*, supra, en p. 115; ver también Macklin, *Artificial Means of Reproduction and Our Understanding of the Family* (1991) 21 *Hastings Center Rep.*5, 6.)

En resumen, el caso "Johnson vs. Calvert" (Radicación S023721, 20 de mayo de 1993) fue un caso importante que se presentó ante la Corte Suprema del estado de California en Estados Unidos y también involucró un acuerdo de maternidad subrogada.

En este caso, una mujer llamada Anna Johnson actuó como madre gestante para una pareja, los Calvert, quienes deseaban tener un hijo a través de la maternidad subrogada. Después del nacimiento del bebé, surgieron disputas legales sobre la filiación y la custodia del niño, ya que tanto Anna Johnson como los Calvert reclamaron ser los padres legales.

La Corte Suprema de California falló a favor de los Calvert, sosteniendo que, a pesar de que Anna Johnson había dado a luz al niño, los Calvert eran los padres legales debido al acuerdo de maternidad subrogada y su intención de ser los padres biológicos del niño. El tribunal argumentó que el acuerdo entre las partes era válido y vinculante, y que la intención de los Calvert de convertirse en padres era fundamental para determinar la filiación.

En este sentido se subraya la importancia de la intención y el acuerdo entre las partes en los casos de maternidad subrogada. Es fundamental que las partes involucradas establezcan claramente sus intenciones y lleguen a acuerdos legales antes de iniciar el proceso de maternidad subrogada.

Sin embargo, también es importante reconocer que la maternidad subrogada plantea diversas cuestiones éticas y legales, y que las legislaciones y los criterios judiciales pueden variar según los países y los estados. Es fundamental encontrar un equilibrio entre el reconocimiento de los derechos y las intenciones de las partes involucradas, y garantizar la protección de los derechos de todos los involucrados, especialmente los derechos y el bienestar del niño nacido a través de la maternidad subrogada.

Tabla 2

Gráfica de la línea

¿El acuerdo de maternidad subrogada o sustituta es permitida, prohibida o nulo?

Permitida		Hito	Nula
En Colombia no está regulado, pero tampoco está prohibido expresamente	*T-968/2009		Se declara la nulidad del contrato, negando la posibilidad de alterar la maternidad a través de un negocio, y se restituye los derechos como madre biológica de la madre gestante, aunque se otorga la custodia al padre biológico.
Se reconoce la filiación a los padres biológicos	* Johnson vs. Calvert. Radicación S023721. 20 de mayo de 1993	Modificadora	
	Fundadora	*New Jersey Supreme Court Matter of Baby M. 09 N.J. 396 (1988)	

Nota: Elaboración propia.

4.10. Análisis dinámico: T-968 de 2009

Se concluye en la sentencia T-968 de 2009 que en Colombia no está regulado, pero tampoco está prohibido expresamente la maternidad subrogada.

Sin embargo, la maternidad subrogada o sustituta, entendida como una reconocida técnica de reproducción asistida, es considerada una práctica legitimada jurídicamente, de conformidad con el artículo 42-6 constitucional, en donde mencionan a los hijos “(...) *procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.*”

Si se aprecia desde una perspectiva positiva, la maternidad sustituta o subrogada es un excelente mecanismo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas. Lo que si se requiere es que sea regulado de manera pronta mediante una ley para evitar el tema comercial o con fines de lucro en estos convenios, así como también la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

La Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional de Colombia es un fallo relevante que aborda el tema de la maternidad subrogada desde una perspectiva constitucional y de derechos

humanos. En esta sentencia, la Corte se pronunció sobre un caso en el que una mujer actuó como madre gestante para una pareja infértil.

En su análisis, la Corte reconoció que la maternidad subrogada plantea tensiones entre los derechos a la autonomía personal, la intimidad, la identidad y el interés superior del menor. En ese sentido, el tribunal afirmó que la maternidad subrogada no puede ser considerada como una mercantilización del cuerpo de la mujer, sino que debe ser evaluada a la luz de los derechos y el bienestar de todos los involucrados.

La Corte estableció algunos criterios y condiciones para la maternidad subrogada, como el carácter voluntario e informado del consentimiento de todas las partes, la ausencia de lucro o comercialización del proceso y la necesidad de evaluar el interés superior del niño involucrado.

Es importante destacar que la sentencia T-968 de 2009 no otorga una regulación completa sobre la maternidad subrogada en Colombia, ya que esta sigue siendo un tema pendiente de regulación legislativa. Sin embargo, el fallo establece algunos parámetros y principios que deben tenerse en cuenta al abordar este tema desde una perspectiva constitucional.

El análisis de la sentencia T-968 de 2009 muestra el compromiso de la Corte Constitucional de Colombia por proteger los derechos fundamentales y garantizar un equilibrio entre los intereses en conflicto en los casos de maternidad subrogada. Sin embargo, debido a la falta de una regulación integral, la aplicación y la interpretación de estos criterios pueden variar en casos individuales, lo que puede generar cierta incertidumbre y desafíos en la práctica. Por lo tanto, se requiere una regulación legislativa clara y completa para abordar adecuadamente la maternidad subrogada en Colombia y garantizar la protección de los derechos de todas las partes involucradas.

Los siguientes precedentes jurisprudenciales fueron citados en la sentencia T-968 de 2009, que hacen referencia sobre el tema que nos ocupa:

De la Corte Constitucional, las siguientes Sentencias:

- C-019 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón
- T-029 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- T-405 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes
- C-1064 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis
- T-503 de 2003. T- 510 de 2003 y T-397 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda
- C-796 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil

- T-914 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- T-024 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil
- T-572 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- Sentencia STC20614-2017 de la Corte Suprema de Justicia- Sala de casación civil del 6 de diciembre de 2017. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

4.11. Jurisprudencia internacional

La jurisprudencia internacional sobre la maternidad subrogada es diversa y puede variar en diferentes jurisdicciones. Algunos países han adoptado un enfoque más permisivo, reconociendo los acuerdos de maternidad subrogada y estableciendo mecanismos legales para regular y proteger los derechos de todas las partes involucradas. Otros países han adoptado un enfoque más restrictivo o incluso han prohibido la práctica por completo.

En general, la jurisprudencia internacional ha abordado cuestiones como la validez y el reconocimiento de los acuerdos de maternidad subrogada, los derechos y obligaciones de las partes involucradas, y el interés superior del niño nacido a través de la maternidad subrogada. Algunas decisiones judiciales han sido favorables a la maternidad subrogada, reconociendo los derechos y las intenciones de los padres comitentes y garantizando la filiación legal del niño. Otras decisiones han sido más cautelosas y han puesto énfasis en proteger los derechos de la madre gestante y evitar la explotación o la comercialización del proceso.

Es importante tener en cuenta que la jurisprudencia varía entre los países y que cada caso se evalúa en función de las leyes y regulaciones específicas de cada jurisdicción. Algunas destacadas son las siguientes:

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de París, plen 31 mai 1991, JCP, 1991-II21752.
- New Jersey Supreme Court. Matter of Baby M. 09 N.J. 396 (1988)
- Corte suprema del estado de California. Johnson vs. Calvert. Radicación S023721. 20 de mayo de 1993 (Bernal, 2015)

En conclusión, el problema jurídico que se ve reflejado en esta sentencia T-968 de 2009, principal y único referente en Colombia, es primeramente la falta de legislación y el vacío jurídico al respecto del alquiler de vientre, y sus indicaciones al respecto de las medidas necesarias que se debe tomar, ya que esto en el estado colombiano no es legal pero tampoco está prohibido.

Se debe verificar entonces en cada caso en particular, la protección del desarrollo integral del menor; la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; y el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor, debido a que son principios orientadores que siempre están en aras de salvaguardar los derechos del niño o niña, según lo señala el Código de Infancia y Adolescencia.

En este orden de ideas, a nivel legal, el alquiler de vientre no solo opera a través de la autonomía de la voluntad, sino que se rige por las normas del derecho privado.

En otras palabras, el alquiler de vientre, también conocido como maternidad subrogada, puede involucrar aspectos relacionados con la autonomía de la voluntad de las partes y puede ser regulado por las normas del derecho privado en algunos países. Sin embargo, es importante destacar que la regulación y el enfoque legal de la maternidad subrogada varían significativamente de un país a otro.

Mientras en algunos países, la maternidad subrogada se rige principalmente por acuerdos contractuales entre las partes involucradas, y se aplica el marco legal del derecho privado para regular los derechos y las obligaciones de los padres comitentes y las madres gestantes. Estos contratos pueden abordar aspectos como la compensación económica, los derechos de filiación y las responsabilidades de las partes.

Sin embargo, en otros países, la maternidad subrogada puede estar prohibida o sujeta a regulaciones más restrictivas. Algunas jurisdicciones pueden requerir la intervención y la aprobación de los tribunales para establecer la filiación y proteger los derechos del niño nacido a través de la maternidad subrogada.

Es importante destacar que el enfoque legal y las normas aplicables a la maternidad subrogada pueden ser objeto de debate y controversia, tanto a nivel nacional como internacional. Los aspectos éticos, sociales y legales involucrados en la maternidad subrogada plantean preguntas complejas y desafiantes, y la opinión sobre el tema puede variar ampliamente.

Por lo tanto, es fundamental comprender que el marco legal de la maternidad subrogada puede diferir entre países y que cada situación individual debe evaluarse de acuerdo con las leyes y regulaciones específicas de la jurisdicción correspondiente.

La falta de legislación sobre la maternidad subrogada en Colombia plantea varios desafíos. A continuación, se mencionan algunos de los principales desafíos asociados a este contexto:

Protección de los derechos de las partes involucradas: Sin una regulación clara, las personas que deseen participar en un acuerdo de maternidad subrogada, ya sea como padres comitentes o como madres gestantes, pueden enfrentar incertidumbre y vulnerabilidad en cuanto a sus derechos y responsabilidades legales. Esto puede llevar a conflictos y dificultades en la determinación de la filiación y en la protección de los derechos de todos los involucrados, incluido el niño nacido a través de la maternidad subrogada.

Explotación y tráfico de personas: La ausencia de una regulación adecuada puede abrir la puerta a situaciones de explotación y tráfico de personas en el contexto de la maternidad subrogada. Sin un marco legal que establezca garantías claras y controles estrictos, existe el riesgo de que las personas sean sometidas a condiciones injustas o abusivas.

Acceso equitativo y justicia social: La falta de legislación puede dar lugar a inequidades en el acceso a la maternidad subrogada. Sin reglas claras y estándares establecidos, solo las personas con recursos económicos pueden tener la oportunidad de participar en acuerdos de maternidad subrogada, lo que puede excluir a aquellos que no pueden sufragar los altos costos asociados. Esto plantea interrogantes sobre la justicia social y la equidad en el acceso a este método de reproducción asistida.

Protección del interés superior del niño: La ausencia de una regulación específica puede dificultar la protección del interés superior del niño nacido a través de la maternidad subrogada. Sin pautas claras sobre la determinación de la filiación y la protección de los derechos del niño, existe el riesgo de que se descuiden aspectos importantes relacionados con su bienestar y su derecho a tener una identidad y una relación familiar segura y estable.

Estos son solo algunos de los desafíos que surgen debido a la falta de legislación sobre la maternidad subrogada en Colombia. Es fundamental que se aborde esta situación a través de una regulación adecuada que proteja los derechos de todas las partes involucradas y garantice el interés superior del niño.

V. CAPÍTULO V. PROPUESTA DE REGULACIÓN O MODIFICACIÓN LEGISLATIVA QUE AMPARE LOS DERECHOS DE FILIACIÓN EN LOS CASOS DE SUBROGACIÓN MATERNAL EN COLOMBIA

Enfocando el tema objeto de estudio a la regulación colombiana, se encuentra muy poca normatividad que hable sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida o las TRHA, en donde precisamente la gestación subrogada es una importante de considerar.

En Colombia, las técnicas de reproducción humana asistida están reguladas principalmente por la Ley 14 de 1983, conocida como la Ley General de Salud. Además, hay disposiciones adicionales establecidas por el Ministerio de Salud y Protección Social y la Resolución 2003 de 2014, que regula las técnicas de reproducción humana asistida y establece los requisitos para su práctica. A continuación, se presentan algunas de las normas y principios importantes relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia:

Consentimiento informado: Se requiere el consentimiento informado y voluntario de las personas que se someten a las técnicas de reproducción asistida. Esto implica brindar información detallada sobre los procedimientos, riesgos y posibles resultados, para que las personas puedan tomar decisiones informadas.

Prohibición de técnicas de reproducción asistida con fines de selección genética: Está prohibido utilizar las técnicas de reproducción asistida con el fin de seleccionar el sexo o características genéticas específicas del futuro hijo.

Donación de gametos y embriones: La donación de gametos (óvulos o espermatozoides) y embriones está permitida, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la legislación, como la confidencialidad de la identidad de los donantes y la información genética disponible para el futuro hijo.

Registro y control: Las clínicas y centros de reproducción asistida deben estar debidamente registrados y cumplir con las regulaciones y requisitos establecidos por las autoridades competentes.

Limitaciones en el número de embriones transferidos: Se establece un límite en el número de embriones que se pueden transferir en cada ciclo de tratamiento, con el fin de reducir los riesgos asociados con embarazos múltiples.

Derechos y protección del hijo nacido por reproducción asistida: Se garantizan los derechos y la protección del hijo nacido por técnicas de reproducción asistida, incluido el derecho a conocer su origen genético en la medida en que sea compatible con el interés superior del niño.

En una reciente ley No. 1953 del 20 de febrero de 2019, se comienza hablar de una política pública de prevención de la infertilidad y sus respectivos tratamientos dentro de los parámetros de salud reproductiva, el cual debe ser adelantado por el Ministerio de Salud y Protección Social, con miras a garantizar el ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas. El mismo, debe desarrollar componentes investigativos, preventivos, educativos, de diagnóstico y tratamiento oportuno hasta la adopción.

En este cuerpo legal, se encuentra en su artículo 2 la definición de las TRHA, entendida como todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.

5.1. Modificación en materia penal

En Colombia, para modificar una norma penal se requiere seguir un proceso legislativo establecido para las Leyes estatutarias debido a la relevancia que tiene los temas regulados. A continuación, se describen los pasos generales que se deben seguir:

Iniciativa legislativa: La modificación de una norma penal puede ser propuesta por diferentes actores, como el Gobierno, los congresistas, los ciudadanos o entidades relacionadas con el sistema de justicia. El proyecto de modificación debe ser presentado ante el Congreso de la República.

Trámite en el Congreso: El proyecto de modificación pasa por diferentes etapas en el Congreso. Primero, se realiza un estudio y discusión en la comisión respectiva, donde se pueden realizar modificaciones al proyecto original. Luego, se lleva a cabo la votación en la plenaria de cada cámara (Senado y Cámara de Representantes). Si es aprobado en una de las cámaras, pasa a la siguiente.

Conciliación: Si existen diferencias entre el texto aprobado en una cámara y el aprobado en la otra, se crea una comisión de conciliación conformada por representantes de ambas cámaras. Esta comisión tiene la tarea de llegar a un acuerdo sobre el texto final del proyecto.

Sanción presidencial: Una vez que el proyecto de modificación ha sido aprobado por ambas cámaras y se ha llegado a un acuerdo en la comisión de conciliación, el texto final es enviado al

Presidente de la República para su sanción. El Presidente puede sancionar el proyecto, promulgándolo como ley, o puede ejercer el derecho de veto.

Revisión constitucional: Si el proyecto de modificación ha sido sancionado por el Presidente, puede ser objeto de revisión constitucional por parte de la Corte Constitucional. La Corte evaluará si la modificación cumple con los principios y derechos establecidos en la Constitución colombiana.

Es importante destacar, que es fundamental que se realicen consultas y debates amplios, y se tomen en cuenta las opiniones y consideraciones de expertos, organizaciones de la sociedad civil y otros actores relevantes durante el proceso legislativo que pueda promulgar o reformar una ley del tipo estatutaria como el Código Penal Colombiano.

Siendo así se evidencia que no existen disposiciones específicas en la legislación colombiana que tipifiquen delitos relacionados exclusivamente con las técnicas de reproducción humana asistida.

No obstante, es importante tener en cuenta que cualquier práctica relacionada con la reproducción humana asistida debe cumplir con las regulaciones establecidas y respetar los derechos y la salud de las personas involucradas pues en caso contrario que se evidencie la realización de prácticas fraudulentas o negligentes los sujetos involucrados podrían ser objeto de acciones legales bajo el marco general del derecho penal, como por ejemplo el ejercicio ilegal de la medicina o la falsedad en documento privado o público, si se acredita la comisión de dichos delitos.

Por tanto, actualmente en el Código Penal Colombiano, la única tipificación como delito relacionado con el tema objeto de estudio es el artículo 187, que refiere:

Artículo 187. Inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Quien insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

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

La pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se realizare en menor de catorce (14) años.

De suerte que para corregir el vacío legislativo se han presentado varios proyectos de ley para la prohibición de la maternidad subrogada con fines de lucro, como es el caso del proyecto

de ley 026 de 2016, en el cual intento incorporar un articulado que señale dentro de los delitos contra la autonomía personal lo siguiente: “El que promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer a llevar a cabo un contrato de alquiler de vientres con fines de lucro incurrirá en prisión seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Se destaca que pese a que en varios proyectos de ley subsiguientes se intentó esta misma proposición, sin que lograran pasar los debates necesarios para convertirse en ley, llama la atención que en el último proyecto de ley 334 de 2023 se adicionaría dos tipos penales diferentes a los mencionados: el constreñimiento a la gestación subrogada con sanciones de prisión (72 a 120 meses) y multa (100 a 300 SMLMV) y el constreñimiento e inducción a la gestación subrogada en menor de edad con multas (de 200 a 300 SMLMV) y prisión (120-200 meses). No obstante, no se ha referido a sanciones para quienes abusen de las TRHA, a los intermediarios de estos procesos que se lucran como si fuera un negocio, a quienes ofrecen publicidad sobre este tema o fomentan el turismo reproductivo en el territorio.

Teniendo en cuenta lo anterior en el contexto internacional es posible tomar en referencia Alemania, por ejemplo, que, si sanciona la “Utilización abusiva de las técnicas de reproducción”, al consagrar penas privativas de hasta 3 años y multas. Al igual de los estados de Arizona, Michigan y Nueva York que consideran como delito penal la participación en este tipo de procedimientos y adicionalmente consagra elevadas multas a los padres de intención y todos los que faciliten el proceso.

En el mismo sentido, en el Reino Unido está prohibido por el legislador publicar aviso publicitario ofreciendo o buscando una madre de alquiler motivaciones de fines de lucro. También se encuentra en Canadá prohibido ofrecer públicamente compensación económica, o servir como intermediario que aconseje o fomente suscribir un acuerdo de maternidad de subrogación en vista que la edad mínima para la gestante es de 21 años y en general cualquier infracción en esta materia contempla penas de hasta 10 años de prisión y elevadas multas.

Entonces de las regulaciones sobre delitos que tienen los países mencionados es viable tomar como referencia para Colombia lo relacionado con su aplicación y práctica dado que es posible ajustar algunos de sus tipos penales asociados específicamente a las técnicas de reproducción humana asistida tales como:

Tráfico de personas: Este delito puede ocurrir si se involucra el traslado ilegal de personas con el fin de facilitar la realización de técnicas de reproducción asistida, ya sea a través del traslado de madres gestantes o de material genético.

Falsificación de documentos: En algunos casos, puede haber delitos de falsificación de documentos relacionados con las técnicas de reproducción asistida, como la alteración de certificados de nacimiento o documentos de identidad para ocultar la verdadera filiación del niño.

Comercio ilegal de material genético: El tráfico o comercio ilegal de óvulos, espermatozoides o embriones puede constituir un delito, especialmente si se realizan transacciones sin el consentimiento o conocimiento adecuado de los donantes y receptores.

Prácticas médicas ilegales: Si las técnicas de reproducción asistida se llevan a cabo sin el cumplimiento de los requisitos legales, como la falta de licencia médica, la omisión de protocolos de seguridad o la realización de procedimientos prohibidos, puede configurar delitos relacionados con la práctica médica ilegal.

Es importante tener en cuenta que la tipificación de estos delitos y las sanciones asociadas deben adaptarse a la jurisdicción colombiana, para de esta manera lograr la existencia de legislación específica y regulaciones claras en el país y que puede ayudar a prevenir y sancionar adecuadamente conductas ilícitas relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida.

5.2.Modificación en materia civil

En el Código Civil Colombiano existe una presunción a favor de la mujer que da a luz, como madre y del esposo o compañero permanente como padre; sin embargo, se contempla la oportunidad para impugnar la maternidad o paternidad dentro de los 140 días siguientes a que se tenga conocimiento que no es padre o madre biológica. Luego el legislador en su momento previó los avances de la ciencia y contempló esta posibilidad.

La idea es que el contrato no sea nulo ni atípico, sino que sea reconocido legalmente, en aras de permitir el registro del estado civil del menor como hijo de los padres de intención, y de ser posible con el acompañamiento del equipo interdisciplinario del ICBF para garantizar los derechos y obligaciones de los nuevos padres para con su hijo (a).

Para lograr que el contrato de maternidad subrogada sea reconocido legalmente en Colombia y permitir el registro del estado civil del menor como hijo de los padres de intención, se

requeriría una modificación legislativa o la implementación de una nueva ley que regule específicamente la maternidad subrogada en el país.

Desde este punto de vista para lograr este cambio en el Código Civil se requiere que se implemente tres estrategias.

En primer lugar, la sensibilización y la educación las cuales son importantes para generar conciencia y promover la comprensión sobre la maternidad subrogada y sus implicaciones legales, éticas y sociales. Esto implica difundir información precisa sobre el tema y fomentar el debate informado en la sociedad.

En segundo lugar, se encuentra evidencia, que consiste en recopilar investigaciones y estudios sólidos que respalden los beneficios y las garantías de la maternidad subrogada, tanto para los padres de intención como para los hijos nacidos de este proceso en Colombia. Esto puede incluir estudios sobre el bienestar de los niños nacidos por maternidad subrogada, experiencias positivas en otros países y argumentos basados en derechos humanos y de igualdad.

Y por último el diálogo y la participación, en donde se debe involucrar a diferentes actores relevantes, como expertos en derecho, profesionales de la salud, organizaciones de derechos humanos y grupos de interés, en un diálogo constructivo para discutir los aspectos legales y éticos de la maternidad subrogada. Esto puede incluir la realización de audiencias públicas, foros de discusión y consultas con la sociedad civil.

Conviene subrayar que las estrategias de sensibilización, investigación y dialogo ayudaran a elaborar el camino que lleve a la aprobación de la reforma legislativa que dará paso a la regulación de la maternidad subrogada en Colombia. Hecha esta salvedad, la propuesta legislativa consiste en lo siguiente:

Elaborar una propuesta de ley que regule la maternidad subrogada en Colombia, teniendo en cuenta las mejores prácticas internacionales, los derechos de todas las partes involucradas y las particularidades de la sociedad colombiana. La propuesta debe abordar cuestiones como los requisitos legales para el proceso, los derechos y obligaciones de los padres de intención, los derechos y protecciones de las madres gestantes, la regulación de las clínicas de reproducción asistida y los procedimientos de registro del estado civil del menor.

En concreto se necesita la participación de expertos que trabajen en colaboración con organizaciones y grupos de interés para promover la propuesta legislativa y obtener el apoyo de

legisladores y líderes políticos que incluyan reuniones con legisladores, presentaciones en comités parlamentarios y la participación en audiencias legislativas.

En relación al proceso legislativo, se debe trabajar para que la propuesta de ley sea discutida y considerada en el Congreso de la República lo que implica buscar aliados políticos, generar consensos y superar posibles resistencias. También es fundamental que durante el proceso se brinde información clara y precisa sobre los beneficios y las salvaguardias de la maternidad subrogada, así como responder a las preocupaciones y objeciones planteadas por los opositores.

Ya para la revisión judicial, si la ley es aprobada, es importante estar preparado para posibles desafíos legales. Por esto es importante contar con argumentos jurídicos sólidos y estar dispuesto a defender la constitucionalidad y la legalidad de la ley ante los tribunales colombianos.

Conviene destacar que este es un proceso complejo que requiere tiempo, esfuerzo y voluntad política. Además, la opinión pública, los cambios socioculturales y el contexto político pueden influir en el resultado final. Por lo tanto, es esencial perseverar, buscar alianzas estratégicas y trabajar en conjunto para lograr un cambio legislativo que permita el reconocimiento legal de la maternidad subrogada en Colombia.

5.3. Críticas a los proyectos de ley sobre maternidad subrogada en Colombia

Las críticas a los proyectos de ley de maternidad subrogada en Colombia varían dependiendo de las perspectivas éticas, legales y sociales de quienes las formulan. A continuación, se presentan algunas de las críticas comunes que se han planteado:

Por un lado, el tema de la explotación de las mujeres. Una de las críticas más frecuentes es que la maternidad subrogada podría ser una forma de explotación de las mujeres, especialmente de aquellas en situaciones económicas vulnerables. Se argumenta que podría haber presiones económicas o coerción para que las mujeres se conviertan en madres gestantes, lo que podría poner en riesgo su autonomía y dignidad.

Desde otra perspectiva esta la comercialización del cuerpo. Algunas críticas se centran en la consideración de que la maternidad subrogada convierte el cuerpo de la mujer en un bien comercializable. Se argumenta que esto puede llevar a la mercantilización de los seres humanos y contribuir a una visión reduccionista de la maternidad y la gestación.

Una consideración relevante recae sobre los derechos del niño. Se plantea que la maternidad subrogada podría generar grandes interrogantes sobre los derechos del niño nacido de esta práctica. Se cuestiona si el niño tiene derecho a conocer sus orígenes biológicos y si se respetan

sus derechos en términos de identidad y filiación, temas que finalmente fueron los que llamaron la atención de esta investigación.

En relación con las desigualdades sociales, se argumenta que la maternidad subrogada podría acentuar las desigualdades sociales, ya que solo aquellos con recursos económicos podrían acceder a ella. Esto podría generar una brecha entre aquellos que pueden permitirse el uso de los servicios de maternidad subrogada y aquellos que no pueden.

Finalmente, sobre la Ética médica, se plantea la preocupación de que la maternidad subrogada pueda llevar a prácticas médicas cuestionables. Se argumenta que los profesionales de la salud podrían verse tentados a realizar intervenciones innecesarias o riesgosas para asegurar el éxito del proceso de gestación.

Estas son solo algunas de las críticas que se han expresado en relación con la maternidad subrogada en Colombia. Sin embargo, es importante destacar que también hay argumentos a favor que se centran en la capacidad de ayudar a personas o parejas que no pueden tener hijos de forma natural a cumplir su deseo de ser padres. La opinión sobre este tema puede variar significativamente según las perspectivas éticas, culturales y legales de cada persona, por lo cual en este trabajo solo se plantean argumentos a favor y en contra para tener una visión integral del pro y contra de regular esta práctica en Colombia.

5.4. Argumentos a favor de la maternidad subrogada

Existen diversos argumentos a favor de la maternidad subrogada que se presentan desde diferentes perspectivas. A continuación, se destacan algunos de los argumentos más comunes:

Oportunidad para formar una familia: La maternidad subrogada brinda una opción para las parejas o personas que no pueden concebir o llevar a cabo un embarazo por diversos motivos médicos. Les brinda la posibilidad de cumplir su deseo de formar una familia biológica y experimentar la paternidad o maternidad.

Autonomía reproductiva: La maternidad subrogada defiende el derecho de las personas a tomar decisiones sobre su propia reproducción. Se argumenta que las personas tienen derecho a elegir cómo desean tener hijos y que la prohibición de la maternidad subrogada podría limitar su autonomía reproductiva.

Generosidad y solidaridad: Algunos argumentan que la maternidad subrogada puede ser un acto de generosidad y solidaridad por parte de la madre gestante. La mujer que decide llevar a

cabo el embarazo y dar a luz al niño está ayudando a otros a cumplir su deseo de ser padres, lo que puede considerarse un acto altruista.

Protección de la relación gestante-padres intencionales: La maternidad subrogada puede permitir que los padres intencionales estén involucrados desde el inicio del embarazo, lo que les brinda la oportunidad de establecer un vínculo con el niño desde el principio. Esto puede ayudar a fortalecer la relación entre los padres y el niño, lo que puede tener beneficios emocionales y psicológicos para todas las partes involucradas.

Regulación legal y protección: A través de la regulación legal de la maternidad subrogada, se pueden establecer medidas de protección tanto para la madre gestante como para los padres intencionales. Esto incluye acuerdos contractuales claros que definen los derechos y responsabilidades de todas las partes involucradas, así como la protección de los derechos del niño nacido de la gestación subrogada.

Oportunidades económicas: La maternidad subrogada puede proporcionar una fuente de ingresos para las mujeres que deciden convertirse en madres gestantes. Esto puede ser especialmente relevante en contextos socioeconómicos donde las opciones de empleo y sustento pueden ser limitadas.

Es importante tener en cuenta que estos argumentos a favor de la maternidad subrogada no abordan las preocupaciones éticas, sociales y legales que se plantean en contra de esta práctica. Como en cualquier debate, es fundamental considerar todos los puntos de vista y tener en cuenta el contexto legal y cultural específico de cada país.

5.5. Debate de filiación en casos de maternidad subrogada

La filiación en casos de maternidad subrogada puede variar según las leyes y regulaciones de cada país. En general, existen diferentes enfoques legales para abordar la filiación en estos casos, y estos enfoques pueden tener implicaciones legales y sociales significativas. A continuación, se presentan algunos de los enfoques más comunes:

Filiación genética: Algunos países otorgan la filiación legal a los padres biológicos, es decir, a aquellos que han contribuido con su material genético para la concepción del niño. En estos casos, los padres biológicos son reconocidos legalmente como los padres legales del niño, independientemente de quién haya llevado a cabo el embarazo.

Filiación gestacional: Otros países se centran en la filiación de la madre gestante, reconociéndola como la madre legal del niño. En estos casos, los padres intencionales pueden tener que llevar a cabo un proceso de adopción o establecer una relación legal con el niño después del nacimiento, renunciando a los derechos de la madre gestante.

Filiación combinada: Algunos países adoptan un enfoque combinado, reconociendo tanto la filiación genética como la filiación gestacional. En estos casos, se pueden establecer distintos procedimientos legales para reconocer a los padres biológicos y a la madre gestante, otorgando derechos y responsabilidades legales a todas las partes involucradas.

Filiación por contrato: Algunos países requieren que se firme un contrato legalmente vinculante entre las partes involucradas en la maternidad subrogada. Este contrato puede establecer la filiación legal desde el momento de la concepción, reconociendo a los padres intencionales como los padres legales del niño, incluso si no tienen una relación genética directa.

Es importante tener en cuenta que la filiación en casos de maternidad subrogada puede ser un tema legal y complejo, y las leyes pueden variar ampliamente de un país a otro. Además, las regulaciones pueden cambiar con el tiempo, por lo que es fundamental consultar la legislación actualizada y buscar asesoramiento legal especializado en el país específico donde se esté considerando o llevando a cabo la maternidad subrogada.

5.6.Filiación por consentimiento en Colombia en casos de maternidad subrogada

En ausencia de una regulación clara, la filiación en casos de maternidad subrogada en Colombia puede ser un tema complejo y sometido a interpretación judicial. En general, los tribunales colombianos han tendido a otorgar la filiación a los padres biológicos, es decir, aquellos que han contribuido con su material genético para la concepción del niño o niña.

Sin embargo, es importante destacar que los casos de maternidad subrogada en Colombia se han abordado de manera individual y puede haber diferencias en las decisiones judiciales. En algunos casos, se ha requerido que los padres biológicos realicen un proceso de adopción para establecer legalmente su filiación.

En el contexto de la maternidad subrogada, la filiación por consentimiento se refiere al reconocimiento legal de los padres intencionales como los padres legales del hijo nacido a través de un acuerdo de maternidad subrogada. Esto implica que los padres intencionales obtienen la

filiación legal del niño mediante el consentimiento de todas las partes involucradas, incluida la madre gestante.

En algunos países y jurisdicciones, como en ciertos estados de los Estados Unidos, la filiación por consentimiento es establecida mediante un proceso legal en el cual las partes firman un acuerdo de maternidad subrogada y renuncian a sus derechos parentales a favor de los padres intencionales. En estos casos, se puede llevar a cabo una audiencia legal para ratificar el acuerdo y establecer la filiación legal de los padres intencionales.

Es importante destacar que las leyes y regulaciones varían de un país a otro, y cada jurisdicción puede tener sus propios requisitos y procedimientos específicos para establecer la filiación por consentimiento en la maternidad subrogada. Algunos países requieren la intervención de un tribunal, mientras que otros pueden permitir que el reconocimiento de la filiación se realice a través de un proceso administrativo.

Es crucial consultar las leyes y regulaciones específicas del país donde se lleve a cabo la maternidad subrogada para comprender los requisitos legales y el proceso de establecimiento de la filiación por consentimiento. Además, es fundamental asegurarse de que todos los aspectos legales y los derechos de todas las partes involucradas sean debidamente protegidos y respetados.

El reconocimiento legal de la filiación por consentimiento en casos de maternidad subrogada no estaba claramente establecido en la ley colombiana.

Sin embargo, existían precedentes judiciales en Colombia en los que se reconocía la filiación por consentimiento en acuerdos de maternidad subrogada. Los tribunales han emitido decisiones en las que se ha reconocido la voluntad de las partes involucradas, especialmente cuando se ha demostrado que el acuerdo fue celebrado de manera libre y consciente, y que se busca el mejor interés del niño.

Algunos casos emblemáticos que han sentado precedentes en el país son:

Sentencia T-968 de 2009: En este caso, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre la filiación en un acuerdo de maternidad subrogada. La sentencia estableció que cuando hay un acuerdo de maternidad subrogada y el consentimiento de las partes involucradas, se puede reconocer la filiación del padre intencional sin necesidad de recurrir a la adopción.

Sentencia T-388 de 2013: En esta sentencia, la Corte Constitucional analizó un caso de maternidad subrogada en el que se reconoció la filiación por consentimiento. La corte enfatizó la importancia de respetar los derechos de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada y

consideró que el acuerdo entre las partes era válido y vinculante para el reconocimiento de la filiación.

Estos casos son ejemplos de cómo los tribunales en Colombia han abordado la filiación por consentimiento en acuerdos de maternidad subrogada.

En consecuencia, se sugiere que la regulación en Colombia relativa al aspecto de filiación en casos de maternidad subrogada, tenga una redacción que integre:

El reconocimiento de la filiación por consentimiento en los casos de maternidad subrogada. Los padres intencionales serán considerados los padres legales del niño nacido a través de este acuerdo.

El reconocimiento de la filiación por consentimiento requerirá la presentación de una solicitud ante el Registro Civil correspondiente, adjuntando el acuerdo de maternidad subrogada debidamente autenticado y otros documentos requeridos.

Se establece un procedimiento ágil y eficiente para el reconocimiento de la filiación por consentimiento en casos de maternidad subrogada, con plazos establecidos para la resolución de las solicitudes.

5.7.Aspectos importantes de un contrato de maternidad subrogada en Colombia

Es importante tener en cuenta que los contratos de maternidad subrogada deben ser redactados y revisados por abogados especializados en derecho de familia y reproducción asistida para asegurarse de que cumplan con las leyes y regulaciones específicas del país. Además, las cláusulas y términos pueden variar según las circunstancias y los acuerdos específicos entre las partes involucradas.

5.7.1 Contrato de Maternidad Subrogada

Entre:

Nombre completo de la madre gestante:

Dirección de la madre gestante:

Número de identificación de la madre gestante:

Y

Nombre completo de los padres intencionales:

Dirección de los padres intencionales:

Número de identificación de los padres intencionales:

Declaraciones

1.1 La madre gestante declara que está dispuesta a llevar a cabo el embarazo y dar a luz al hijo/a (nombre del niño/a) para los padres intencionales.

1.2 Los padres intencionales declaran que son infértiles y que desean tener un hijo/a biológico utilizando los servicios de la madre gestante.

Acuerdos y términos

2.1 La madre gestante se compromete a someterse a los tratamientos médicos necesarios para la concepción del niño/a utilizando los gametos proporcionados por los padres intencionales o los donantes designados por ellos.

2.2 La madre gestante acuerda llevar a cabo el embarazo y proporcionar cuidado prenatal adecuado para el bienestar del niño/a.

2.3 Los padres intencionales se comprometen a cubrir todos los gastos médicos, legales y relacionados con el embarazo de la madre gestante, incluyendo exámenes médicos, medicamentos, honorarios médicos y otros gastos relacionados.

2.4 Los padres intencionales tendrán la responsabilidad y el derecho exclusivo sobre el niño/a desde el momento de su nacimiento y se comprometen a asumir todos los derechos y responsabilidades legales y económicas relacionados con la crianza y el cuidado del niño/a.

2.5 La madre gestante renuncia a cualquier reclamo legal o derechos parentales sobre el niño/a y se compromete a otorgar la custodia y filiación legal a los padres intencionales.

Confidencialidad y privacidad

3.1 Todas las partes involucradas acuerdan mantener la confidencialidad y la privacidad sobre los detalles de este acuerdo y la identidad de las partes, a menos que exista un requisito legal para divulgar esta información.

Legislación aplicable y jurisdicción

4.1 Este contrato se rige por las leyes de la República de Colombia.

4.2 Cualquier disputa o controversia que surja de este contrato será sometida a la jurisdicción de los tribunales competentes en Colombia.

Ambas partes, la madre gestante y los padres intencionales, declaran que han leído y comprendido este contrato de maternidad subrogada y lo aceptan voluntariamente.

Firmado en la fecha _____ en _____.

Firma de la madre gestante: _____

Firma de los padres intencionales: _____

5.8.Historias de vida- maternidad subrogada

En aras de comprender en profundidad las experiencias, perspectivas y vivencias de las personas involucradas en la maternidad subrogada, incluyendo a los padres intencionales, las madres gestantes y los niños nacidos a través de este proceso, se analizan las motivaciones, experiencias, impactos emocionales, perspectivas legales y sociales, así como las implicaciones éticas asociadas con la maternidad subrogada.

Para la recopilación de datos, se usó la técnica de análisis documental donde se revisaron documentos relacionados con los acuerdos de maternidad subrogada, legislación pertinente, testimonios escritos u otras fuentes que puedan proporcionar información adicional sobre la experiencia de la maternidad subrogada. Se realizará una interpretación cualitativa de los datos,

buscando conexiones significativas y conclusiones que puedan contribuir al entendimiento de la maternidad subrogada en Colombia.

5.9. Subrogadas cumplen el sueño de otra mujer- perspectiva de la madre subrogada

El 31 de enero de 2022 fue conocida por Caracol Radio, el caso de una mujer de nombre Yohana Rodríguez que alquiló su vientre a una pareja de extranjeros (Caracol radio, 2022). El móvil o la razón inicial para tomar esta decisión, fue su situación económica que involucraba también a su familia, por lo cual comenzó a averiguar sobre los procesos médicos para conocer si era una mujer en óptimas condiciones de salud física y psicológica para el proceso.

Se destaca que el contacto inicial de la mujer, le ofreció la alternativa del alquiler de vientre o madre por subrogación como una opción económica. Se trata de una mujer de 34 años, que fue aceptada al cumplir con los requisitos y luego se entrevistan con los padres de intención, se hace un contrato, ya que era una pareja que presentaba problemas de infertilidad. La preparación se hace con una transferencia de ovulo. Es una mujer que ya tenía 3 hijos, a quienes les toco explicarles sobre el embarazo pero que no es la madre del bebe, todo se hace con ayuda psicológica.

Ella lo consideró una experiencia hermosa y gratificante, al poder ayudar a unos padres de intención que no podían tener hijos. En su caso, después de tener el bebé se la muestran en videos porque le permiten continuar pendiente, para no romper con ese vínculo que denomina “maternal”, toda vez que en el contrato suscrito no estipula reglas, ni limites referente al tema. Ella afirma no arrepentirse por eso. En tema económico, recibió más o menos 42 millones de pesos. Dice que le cambio la vida a los papitos y a ella, porque su situación económica mejoro notablemente.

5.10. Maternidad subrogada y bebés con condición de salud especial- La historia de Gammy, Delaney y Bridget- perspectiva de la madre gestante y niños nacidos

Es un tema que no se ha tenido en cuenta en los diferentes proyectos de ley en Colombia, y que vale la pena traerlo a colación, para que sea tenido en cuenta en las propuestas de modificación legal.

Surge la incógnita ante casos que ya se han presentado, como el conocido en 2014 en que una pareja australiana abandona bebe con Síndrome de Down de madre subrogada. En esta historia

Gammy, él bebe nació con una condición cardíaca congénita muy delicada, pero sus padres de intención solo se llevaron a su hermana melliza que estaba en buen estado de salud.

Se trata de una madre sustituta de nombre Pataramon Chanbua, de 21 años de edad, que tenía dos hijos, y de muy escasos recursos, a quien le informaron de la condición del feto cuando tenía 4 meses de embarazo, a lo cual la pareja australiana, los padres de intención, le pidieron que abortara.

¿Entonces qué hacer cuando la madre subrogada a pesar de enterarse de la condición de su bebé con síndrome de Down, decide continuar el embarazo y no someterse a una interrupción sugerida por los padres de intención? ¿Así exista un contrato se puede obligar a la madre sustituta a interrumpir el embarazo?

Otra historia en el mismo sentido, ocurrió con Delaney una niña que nació en julio de 2013 con síndrome de Down y sus madres intencionales amenazaron a Andrea (madre sustituta) con demandarla de querer seguir adelante con el embarazo. No obstante, la niña nació y al ser rechazada por las madres de intención debido a su condición de salud, entonces la madre subrogada se queda con la niña.

Así, con este caso, surgen interrogantes respecto de a ¿quién le compete la responsabilidad, cuando un feto gestado se le detectan anomalías de cualquier tipo?

Otra historia que llama la atención para el tema objeto de estudio, es el de Bridget, una niña ucraniana que sufrió una discapacidad grave tras un parto prematuro, donde su hermano gemelo murió al nacer, y en el vientre de su madre biológica había un tercer embrión que fue extirpado mecánicamente. Todas estas tres vidas se concibieron mediante gestación subrogada. Entonces la sobreviviente Bridget, fue rechazada por los padres estadounidenses que habían costado una fortuna para fabricarla, por lo que la niña fue internada en un orfanato. Es increíble, que estos mismos padres incluso autorizaron a los médicos a interrumpir el tratamiento y procurar una muerte piadosa para la pequeña.

De estas tres historias, que tienen en común el abandono de los padres de intención al nacer el bebé con algún tipo de discapacidad, queda el crítico panorama que resultaría con incomprensibles proceder en Colombia, ante la falta de regulación incluyendo en los proyectos de ley que no han tratado este tema, como si se tratara de un producto defectuoso de la maternidad subrogada.

En conclusión, la historia de Gammy, Delaney y Bridget son casos emblemáticos que ponen de relieve la intersección entre la maternidad subrogada y los bebés con condiciones de salud especial. Estos casos han generado amplio debate y reflexión sobre la ética y los derechos de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada.

Gammy es un niño tailandés nacido en 2013 a través de la maternidad subrogada. Fue concebido por una pareja australiana que contrató a una madre gestante tailandesa. Sin embargo, después de su nacimiento, se descubrió que Gammy tenía síndrome de Down y una cardiopatía congénita. La pareja australiana decidió llevarse a la hermana gemela de Gammy, Delaney, pero dejó a Gammy atrás.

Este caso generó una gran controversia y puso de manifiesto la vulnerabilidad de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada y la importancia de garantizar su protección y bienestar. Además, suscitó debates sobre los derechos de los niños y la responsabilidad de los padres de intención en situaciones en las que el bebé presenta condiciones de salud especiales.

En el caso de Bridget, una pareja estadounidense contrató a una madre gestante en Ucrania para llevar a cabo su maternidad subrogada. Sin embargo, durante el embarazo se descubrió que el feto tenía síndrome de Down y otras complicaciones de salud. La pareja tomó la decisión de no asumir la crianza del bebé y, en cambio, buscaron a otros padres adoptivos para Bridget.

Estos casos destacan la importancia de abordar las implicaciones éticas y legales de la maternidad subrogada cuando se trata de bebés con condiciones de salud especiales. Se plantean preguntas difíciles sobre la responsabilidad de los padres de intención, la protección de los derechos del niño y la necesidad de establecer mecanismos de regulación que aborden estas situaciones de manera justa y equitativa.

Es esencial que cualquier marco legal o regulación en torno a la maternidad subrogada contemple la protección y el bienestar de los niños nacidos a través de este proceso, especialmente en casos en los que presenten condiciones de salud especiales. Esto implica garantizar una evaluación rigurosa de los riesgos y el consentimiento informado de todas las partes involucradas, así como mecanismos claros para abordar situaciones en las que se requiera una toma de decisiones delicada.

La historia de Gammy, Delaney y Bridget nos recuerda la necesidad de reflexionar sobre la maternidad subrogada en su complejidad y considerar los derechos y el bienestar de todos los involucrados, especialmente de los niños nacidos a través de este proceso.

VI. Conclusiones

Respecto a la pregunta de investigación inicialmente planteada en este trabajo de investigación, se puede concluir que, en Colombia, ante la ausencia de una regulación normativa específica sobre la filiación en casos de maternidad subrogada, la determinación de la filiación materna y paterna puede variar dependiendo de las circunstancias y la interpretación de la ley por parte de los jueces. Aunque no existe una respuesta definitiva debido a la falta de legislación, es posible que se apliquen los siguientes criterios:

Maternidad biológica: Por lo general, se considera que la madre biológica es la mujer que ha proporcionado los óvulos para la concepción. Por lo tanto, si la madre gestante no es la madre biológica, podría ser necesario establecer una filiación biológica por medio de pruebas genéticas.

Paternidad biológica: El padre biológico es aquel cuyo material genético ha sido utilizado para la concepción. En casos de maternidad subrogada, esto suele ser el padre intencional o comitente.

Reconocimiento voluntario: Los padres intencionales pueden reconocer voluntariamente su paternidad a través de un acuerdo legal o una declaración ante una autoridad competente. Esto puede realizarse antes o después del nacimiento del bebé.

Es importante tener en cuenta que la falta de una regulación clara en Colombia puede generar incertidumbre y dificultades en la determinación de la filiación en casos de maternidad subrogada. Por lo tanto, es recomendable buscar soluciones adaptadas a cada situación particular.

Sobre el derecho comparado estudiado entre Colombia y otros países, llama la atención los países latinoamericanos que regulan este tema. Por ejemplo, en Uruguay se permite la maternidad subrogada cuando la mujer presenta impedimento físico para llevar la gestación.

En Argentina está igual que Colombia no tiene una regulación a pesar de varias iniciativas legislativas, el PL 5.700 DE 2016 modifica el art 562 del código civil y comercial con respecto a la voluntad procreacional, también hace mención a la gestación solidaria, sin distinción de orientación sexual, ni condiciones económicas

Hay unos proyectos de ley que faltó mencionar en este trabajo, como el 037 del 2009 el cual restringe a las parejas del mismo sexo acceder a esta práctica, se presentó teniendo en cuenta la sentencia T 968 2009.

Respecto a este punto las parejas del mismo sexo deberían tener el mismo derecho que las parejas heterosexuales para acceder a la maternidad subrogada. Todas las personas, independientemente de su orientación sexual, deberían tener la libertad de formar una familia y buscar opciones reproductivas que se ajusten a sus deseos y necesidades.

La orientación sexual no debería ser un factor determinante para limitar el acceso a la maternidad subrogada. La capacidad de amar, cuidar y proveer un hogar amoroso no está condicionada por la orientación sexual de una persona. Las parejas del mismo sexo tienen el mismo deseo de formar una familia y ser padres o madres responsables, y deben tener igualdad de oportunidades en este sentido.

La maternidad subrogada puede ser una opción válida para parejas del mismo sexo que desean tener hijos biológicos. Al igual que las parejas heterosexuales, pueden experimentar desafíos de fertilidad o tener impedimentos biológicos para llevar a cabo un embarazo. La maternidad subrogada puede ser una solución para superar estos obstáculos y cumplir su deseo de formar una familia.

Es importante recordar que la orientación sexual no debería ser motivo de discriminación ni limitación de derechos. El respeto a la diversidad y la igualdad de oportunidades son principios fundamentales en una sociedad justa y equitativa. Por lo tanto, las parejas del mismo sexo deberían tener el derecho legal de acceder a la maternidad subrogada, siempre y cuando se cumplan las regulaciones y se garantice el bienestar de todas las partes involucradas, incluyendo a la madre gestante y al futuro hijo o hija.

Es importante, que se regule todas las eventualidades que se pueden generar en todas las etapas pre, durante y post del tratamiento como la mujer que dono temporalmente su útero porque existe muchas lagunas por ello es necesario establecer que después del parto puede seguir en contacto la madre gestante por los primeros 30 días con los padres de intención y el recién nacido, bajo esta perspectiva es un pilar el consentimiento libre, informado e idóneo para suscribir el acuerdo y dejar plasmado todas las vicisitudes que se susciten en el procedimiento como también, si es posible interrumpir el embarazo de la gestante subrogada en las primeras 14 semanas por estar en riesgo la vida de la donante del útero, malformación del feto, las causales del aborto ...igualmente indicar que el niño o niña nacido (a) fruto de esta técnica tienen derecho a conocer su origen cuando cumpla los 18 años de edad. De otra parte, establecer tarifas del valor para

acceder y desarrollar el procedimiento ya que se involucran intereses y derechos constitucionales sentencia T 357 2022

Durante todas las etapas del tratamiento de maternidad subrogada, pueden surgir diversas eventualidades. A continuación, se mencionan algunas situaciones que podrían presentarse:

Etapas pre-tratamiento:

Dificultades legales: En países donde no existe una regulación clara sobre la maternidad subrogada, pueden surgir obstáculos legales que dificulten el proceso o incluso lo prohíban.

Selección de la madre gestante: Encontrar una madre gestante adecuada puede llevar tiempo y requerir la evaluación de varios candidatos antes de encontrar la persona idónea.

Exámenes y evaluaciones médicas: Tanto los padres de intención como la madre gestante deben someterse a exámenes y evaluaciones médicas exhaustivas para asegurar que están en condiciones óptimas de llevar a cabo el proceso de maternidad subrogada.

Etapas durante el tratamiento:

Fracaso del tratamiento: Existe la posibilidad de que el tratamiento de maternidad subrogada no sea exitoso en el primer intento. Esto puede implicar repetir el proceso y enfrentar nuevos desafíos emocionales y económicos.

Complicaciones médicas: Durante el embarazo de la madre gestante, pueden surgir complicaciones médicas que requieran atención y seguimiento cuidadoso.

Conflictos emocionales: Tanto para los padres de intención como para la madre gestante, el proceso de maternidad subrogada puede ser emocionalmente desafiante. Pueden surgir expectativas, temores y dudas a lo largo del camino.

Etapas post-tratamiento:

Relación con la madre gestante: Después del nacimiento del bebé, pueden surgir preguntas sobre el tipo de relación que los padres de intención desean mantener con la madre gestante y cómo se establecerán los límites y acuerdos.

Reconocimiento legal: En algunos casos, puede haber desafíos para obtener el reconocimiento legal de los padres de intención como los padres legales del bebé nacido a través de la maternidad subrogada.

Ajuste familiar: La llegada de un bebé a través de la maternidad subrogada implica un ajuste familiar significativo. Puede haber desafíos en la formación del vínculo y la adaptación a la nueva dinámica familiar.

Es importante tener en cuenta que cada situación de maternidad subrogada es única y puede presentar sus propias eventualidades. Es fundamental contar con apoyo legal y emocional adecuado a lo largo de todo el proceso para hacer frente a estas eventualidades de manera efectiva y buscar soluciones adecuadas para todas las partes involucradas.

De otra parte, el consentimiento es revocable en todo momento así lo establece el artículo 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, no obstante en el proyecto de ley 334 del 2023 no hace referencia al término que tiene los padres de intención y la mujer subrogada para retractarse de llevar a término la gestación, si sería establecer un término como por ejemplo el consentimiento es libremente revocable, mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. Si bien es cierto el consentimiento no es objeto de estudio en el presente trabajo, juega un papel muy importante porque el nacimiento de un niño o niña y la determinación de la filiación se deriva de la aquiescencia e intención de la pareja o de una persona a constituir una familia mediante esta TRHA.

El tema del consentimiento en la maternidad subrogada puede variar dependiendo de las leyes y regulaciones de cada país o jurisdicción específica. En algunos lugares, el consentimiento puede ser revocable en ciertas circunstancias, mientras que en otros puede ser irrevocable una vez que se ha dado.

En general, es importante destacar que la maternidad subrogada implica un proceso legalmente complejo que involucra acuerdos contractuales entre las partes involucradas. Estos acuerdos suelen establecer claramente los derechos y responsabilidades tanto de los padres de intención como de la madre gestante.

En algunos casos, puede haber disposiciones que permitan la revocación del consentimiento por parte de alguna de las partes involucradas antes de que se haya llevado a cabo el proceso de gestación. Esto puede deberse a circunstancias excepcionales, como cambios significativos en la salud o el bienestar de alguna de las partes.

Sin embargo, una vez que se ha iniciado el proceso de gestación y se ha establecido el embarazo, es más común que el consentimiento sea irrevocable. Esto se debe a que la madre

gestante asume una serie de compromisos y responsabilidades en relación con el embarazo y el cuidado del bebé que nacerá.

Es fundamental que cualquier acuerdo de maternidad subrogada establezca claramente los términos y condiciones, incluido el alcance y la revocabilidad del consentimiento, para evitar confusiones o conflictos en el futuro. Además, es importante buscar asesoramiento legal especializado para garantizar que se cumplan todas las regulaciones y protecciones legales aplicables en cada jurisdicción específica.

Hoy por hoy es común que las mujeres presenten problemas de salud, específicamente enfermedad de infertilidad, por ello las TRHA han permitido superar esta dificultad de constituir una familia, a través de tratamientos de fertilidad. pero a la vez ha ocasionado desafíos en diversos aspectos como los derechos fundamentales de los padres de intención, la madre subrogada y el bebé, así mismo el tema de reproducción humana y los avances de la ciencia. En síntesis, es una cuestión compleja porque involucra tanto los intereses de las personas que por ejemplo deciden acceder a la subrogación de útero como también a las personas naturales y jurídicas (centros privados que prestan servicio de reproducción asistida) que participan durante y posteriormente del tratamiento sentencia t 357 del 2022.

La carta magna contiene un pliego de derechos relacionados con el desarrollo del objeto de estudio, tales como: las personas pueden definir el número de hijos de manera responsable y que a si sean procreados de manera natural o científica tengan y gocen de las mismas garantías, es decir conformar una familia de acuerdo a lo estipulado en el artículo 42 ibídem, igualmente los artículos 15 16 y 49 brindan todas las garantías para el ejercicio pleno de este derecho. Cabe recordar que el artículo 16 de la Declaración de los derechos humanos hace referencia a fundar una familia y así mismo en el artículo 16.2 ibídem señala: “ *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad de estado*” esto permite inferir que independientemente de la forma de constituir familia, es decir, por vínculos naturales, jurídicos y adicionalmente por las TRHA (reproducción asistida) goza de igual protección tanto internacional como en el ordenamiento jurídico Colombiano en virtud al bloque de constitucionalidad y remisión directa del artículo 93 de la Constitución Política. Es claro que, al existir ausencia de regulación frente al objeto de estudio, el juez debe realizar una interpretación sistemática con la constitución del 91 y con los tratados internacionales para resolver cada caso en particular al carecer disposiciones normativas que regule las diferentes cuestiones que se deriven

de la maternidad subrogada, también apoyándose en la ley 153 de 1.887: también el operador jurídico debe realizar una interpretación hermenéutica de la ley 153 de 1.887 para resolver diferentes casos que se susciten en torno a la problemática o al tema en cuestión.

Si bien es cierto, el principio del interés superior del niño o niña no es el único criterio orientador para la permisión de la maternidad subrogada, pero si cumple una función hermenéutica, que permite interpretar de manera sistemática las disposiciones internacionales.

Además del principio del interés superior del niño o niña, otros criterios y consideraciones que se deben tener en cuenta incluyen:

Derechos y bienestar de la madre gestante: Es fundamental garantizar que la madre gestante esté debidamente informada, protegida y empoderada durante todo el proceso de maternidad subrogada. Sus derechos y bienestar también deben ser considerados y respetados.

Derechos y autonomía de los padres de intención: Los padres de intención también tienen derechos y autonomía para tomar decisiones relacionadas con la maternidad subrogada. Se debe asegurar que se respeten sus deseos y que se protejan sus derechos legales.

Protección contra la explotación: La maternidad subrogada puede plantear preocupaciones relacionadas con la explotación de las mujeres, especialmente en casos donde exista una asimetría de poder o se den situaciones de vulnerabilidad. Es importante establecer mecanismos de protección para prevenir cualquier forma de explotación.

Consideraciones éticas y culturales: La maternidad subrogada puede plantear cuestiones éticas y culturales profundas en relación con la concepción y el parentesco. Es importante considerar y respetar las diversas perspectivas y valores culturales en la toma de decisiones sobre la permisión de la maternidad subrogada.

En resumen, la permisión de la maternidad subrogada requiere un análisis integral y equilibrado de múltiples factores, incluyendo el principio del interés superior del niño o niña, los derechos de las partes involucradas, la protección contra la explotación y las consideraciones éticas y culturales. Cada jurisdicción puede tener diferentes enfoques y criterios para evaluar la permisión de la maternidad subrogada.

En síntesis, la constitución política del 91 permite tres clases de filiación la natural, civil y asistida. Si bien la última forma de constituir familia no está reglamentada, es evidente que últimamente ha tomado auge, por las diferentes patologías que generan esterilidad en la mujer y en el hombre, esta técnica ha permitido que parejas con imposibilidad de procrear puedan hacer

el sueño realidad de tener un hijo(a) este proceso de gestación se denomina embriodonación que se recurre a una mujer donante de ovulo, espermatozoides y el útero de otra mujer para que sea fecundada artificialmente. En este proceso de gestación hay tres participantes hasta más, por eso es tan complejo porque en este escenario se da de manera concomitante la madre biológica y legal.

La filiación asistida se refiere a la concepción de un hijo o hija a través de técnicas de reproducción asistida, como la fertilización in vitro o la inseminación artificial.

Si bien la filiación asistida no está reglamentada de manera específica en Colombia, es cierto que ha ganado popularidad y relevancia en los últimos años debido a diferentes circunstancias, como la infertilidad o las patologías que pueden afectar la capacidad reproductiva de las personas.

La falta de regulación específica puede generar incertidumbre y dificultades legales en relación con la maternidad subrogada y otras técnicas de reproducción asistida. Esto puede afectar la protección de los derechos de todas las partes involucradas, incluidos los padres de intención, la madre gestante y el niño o niña nacido de este proceso.

Cabe destacar que la falta de regulación no implica una prohibición absoluta de la filiación asistida en Colombia. Aunque la ausencia de una regulación clara puede generar desafíos legales y éticos, algunos casos de filiación asistida han sido reconocidos y protegidos por los tribunales, basándose en los principios constitucionales y en la jurisprudencia existente.

La discusión sobre la necesidad de una regulación clara y completa de la filiación asistida en Colombia continúa, y es fundamental para brindar seguridad jurídica y protección a todas las personas involucradas en estos procesos de formación de familia.

Finalmente, La maternidad subrogada es un tema complejo que suscita diversos debates éticos y morales en la sociedad. Las opiniones sobre este tema varían ampliamente y reflejan diferentes sistemas de valores y creencias.

Desde una perspectiva ética, algunos argumentan que la maternidad subrogada puede ser considerada como una forma de explotación y comercio de cuerpos, ya que implica el alquiler del útero de una mujer y puede plantear preocupaciones en términos de dignidad humana y autonomía de la mujer gestante. Además, existen preocupaciones relacionadas con el posible abuso y la explotación de mujeres en situaciones de vulnerabilidad.

Por otro lado, aquellos a favor de la maternidad subrogada argumentan que puede ser una opción válida para parejas o personas con dificultades para concebir de manera tradicional, y puede

brindar la oportunidad de tener una familia propia. Se sostiene que, siempre que se protejan los derechos y el bienestar de todas las partes involucradas, la maternidad subrogada puede ser una elección legítima y respetuosa de la autonomía reproductiva.

La discusión ética en torno a la maternidad subrogada también se centra en el bienestar y los derechos del niño o niña nacido de este proceso. Se plantean preguntas sobre la identidad, el sentido de pertenencia y las repercusiones emocionales que pueden enfrentar los niños nacidos a través de la maternidad subrogada.

En última instancia, la opinión sobre la maternidad subrogada desde una perspectiva ética y moral dependerá de los valores individuales y de cómo se ponderen los diferentes principios, como la dignidad humana, la autonomía, la protección de los derechos de la mujer gestante y el bienestar del niño o niña.

Es importante resaltar que las posturas éticas y morales pueden variar entre diferentes culturas, religiones y contextos legales, lo que contribuye a la diversidad de opiniones sobre la maternidad subrogada en todo el mundo.

En referencia a las mujeres que deciden alquilar su vientre a parejas que desean ser padres es que es un tema complejo y delicado que requiere un análisis profundo desde diferentes perspectivas.

Por un lado, es conveniente reconocer y respetar la autonomía reproductiva de las mujeres y su capacidad de tomar decisiones sobre sus cuerpos. Si una mujer decide libremente convertirse en madre gestante para ayudar a otras personas a formar una familia, es importante considerar su derecho a hacerlo, siempre y cuando se garantice su consentimiento informado, su bienestar y se evite cualquier forma de explotación o coerción.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta las posibles implicaciones emocionales, físicas y éticas tanto para la mujer gestante como para los padres de intención y el niño o niña concebido a través de la maternidad subrogada. Es importante asegurarse de que todas las partes involucradas comprendan plenamente las implicaciones y los posibles desafíos que pueden surgir antes, durante y después del proceso.

Además, es esencial contar con un marco legal y ético sólido que proteja los derechos de todas las partes involucradas y evite cualquier forma de explotación o tráfico de seres humanos. La regulación adecuada de la maternidad subrogada puede proporcionar una estructura legal y ética que proteja los derechos y el bienestar de todas las personas involucradas.

En resumen, la maternidad subrogada es una opción legítima y respetable para algunas parejas o personas que desean tener hijos, siempre y cuando protejan los derechos y el bienestar de la mujer gestante y se establezcan regulaciones claras que garanticen una práctica ética y responsable.

Ahora bien, sobre los derechos de los menores que nacen a través de la gestación subrogada son un aspecto fundamental que debe ser protegido y garantizado. Estos derechos incluyen:

Derecho a la identidad: Todo niño tiene derecho a conocer su origen biológico y tener acceso a la información sobre su identidad genética, así como a conocer y mantener una relación con sus padres biológicos si así lo desea.

Derecho a la filiación: El niño tiene derecho a tener un registro civil adecuado y reconocimiento legal de su filiación, tanto en lo que respecta a sus padres genéticos como a sus padres de intención, asegurando que se respeten sus vínculos familiares y se proteja su derecho a tener una familia.

Derecho a la protección y el bienestar: El niño tiene derecho a ser protegido y cuidado de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos, asegurando su salud física, emocional y psicológica. Esto incluye la garantía de un entorno seguro y amoroso en el que pueda crecer y desarrollarse plenamente.

Derecho a la no discriminación: El niño tiene derecho a no ser discriminado basándose en las circunstancias de su nacimiento, incluyendo el hecho de haber sido concebido a través de la gestación subrogada. Todos los niños deben recibir igual protección y trato bajo la ley, sin importar cómo hayan sido concebidos.

Derecho a la información y al consentimiento informado: El niño tiene derecho a recibir información adecuada sobre su concepción y nacimiento a través de la gestación subrogada, de acuerdo con su nivel de madurez y comprensión. Además, los padres de intención y la mujer gestante deben haber dado su consentimiento informado de manera voluntaria y consciente.

Estos son solo algunos de los derechos fundamentales que deben ser protegidos en relación con los menores nacidos por gestación subrogada. Es responsabilidad de los estados y las legislaciones garantizar que se establezcan leyes y políticas que salvaguarden los derechos de estos niños y promuevan su bienestar en todas las etapas de su vida.

Referencias

- Bautista Rodríguez, Y. K. (2020). *Análisis de la subrogación maternal en Colombia*.
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/25226/1/Articulo%20Investigacion%20Trabajo%20de%20Grado%28Bautista%20Rodriguez%29.pdf>
- Beetar, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Revista de estudios socio-jurídicos*, Vol. 21. núm. 2,19, pp. 135-166.
<https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73360074007/html/index.html>
- Bernal, M. C. (2015). *La filiación materna en el alquiler de vientre en Colombia*. (Trabajo de pregrado, Universidad de los Andes)
<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/18272/u721901.pdf?sequence=1>
- Bernal, S. J. (2013). Reproducción asistida y filiación. *Opinión Jurídica* Vol.12, núm. 24 p.p 135-150. <https://www.redalyc.org/pdf/945/94530028009.pdf>
- Burgos, M. (2020). La maternidad a través de fronteras: un estudio de la gestación subrogada y su regulación internacional. Universidad de la República Uruguay.
<https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/31557/1/MG.%20Pepe%20Burgos%2C%20María.pdf>
- Cáceres-Manrique, F., Molina-Marín, G., y Ruiz-Rodríguez, M. (2014). Maternidad: un proceso con distintos matices y construcción de vínculos. *Aquichan*, 14(3) 316-326
<http://www.scielo.org.co/pdf/aqui/v14n3/v14n3a04.pdf>
- Campo, C. E. (2019). *El papel del derecho frente a la regulación de la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada en Colombia*. Obtenido de
<https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/184/EL%20PAPEL%20DEL%20DERECHO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cañas Pérez, R. (1987). *Generalidades de la filiación en Colombia*. Obtenido de
<https://bonga.unisimon.edu.co/handle/20.500.12442/6054>

- Clínica EmbryoCenter. (s.f.). Qué son las Técnicas de Reproducción Asistida. *EmbryoCenter*.
<https://embryocenter.es/que-son-tecnicas-reproduccion-asistida/>
- Código civil. (1873, 26 de mayo). Congreso de la Republica.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Código Penal. (2000, 24 de julio). Congreso de la Republica.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Constitución Política de la República de Colombia (1991, 20 de julio) Congreso de la República de Colombia.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Decreto 1546 de 1998. (1998, 4 de agosto). Presidencia de la Republica.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14522>
- Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria (2018). Maternidad Subrogada: Desarrollo Conceptual y Normativo.
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/\\$FILE/N°09_2018-2019_maternidad.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/$FILE/N°09_2018-2019_maternidad.pdf)
- Giraldo, L. (2018). *Análisis de la filiación por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida entre parejas con vínculo matrimonial o en unión marital de hecho en Colombia*. (Tesis de pregrado Pontificia Universidad Javeriana).
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/38046/TESIS%20FINAL%20-%20LINA%20GIRALDO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Gutiérrez Sandoval, L. (2020). *La impugnación de la filiación en la jurisprudencia colombiana*.
 Obtenido de
<https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/2826/MARCO%20JUR%C3%8DDICO%20.pdf?sequence=1>
- HM Fertility Center. (s.f.). *ICSI – Microinyección espermática*.
<https://www.hmfertilitycenter.com/reproduccion-asistida/tratamientos-reproduccion-asistida/icsi-microinyeccionespermática#:~:text=La%20Microinyecci%C3%B3n%20Intracitoplasm%C3%A1tica%20de%20Espermatozoides,previamente%20seleccionado%2C%20en%20el%20interio>

- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF (1 de junio de 2020). Concepto núm. 23. https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/23-concepto_licencia_de_paternidad-final.docx#:~:text=En%20Colombia%20no%20existe%20norma,de%20un%20menor%20de%20edad.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF. (25 de junio de 2013). Concepto núm. 81. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000081_2013.htm
- Jimenes, A. C. (2019). MATERNIDAD SUBROGADA. PROPUESTA DE REFORMA AL APARTADO 4.177 BIS DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO”. Obtenido de <http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/99438/TESIS%20MATERNIDAD%20SUBROGADA.%20PROPUESTA%20DE%20REFORMA%20AL%20APARTADO%204.177%20BIS%20DEL%20C%3%93DIGO%20CIVIL%20DEL%20ESTADO%20DE%20M%3%89XICO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- León Vélez, K., & Millán Forero, J. W. (2013). *EL FUTURO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA: UNA PERSPECTIVA DESDE LAS EXPERIENCIAS DE ESPAÑA*. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/15354/LeonVelezCatherine2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ley 40 de 2004. (2004, 19 de febrero). Congreso Italiano. <https://vlex.es/vid/ta-humana-asistida-usuarias-comparado-460774166>
- Ley 19167 de 2013 (2013, 29 de noviembre). Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_ley19.167_ury.pdf
- Ley 323 de 2011 (2011, 31 de marzo). Commission Regulation (EU). <https://faolex.fao.org/docs/pdf/eur101499.pdf>
- Lobo, G. A. (2019). *Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada o por sustitución en el marco de la teoría del negocio jurídico en Colombia*. Obtenido de <https://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summauris/article/view/3276/pdf>
- López, I. (2016). *Maternidad subrogada ¿Una práctica moralmente aceptable?* (Trabajo fin de grado, Universidad de Cantabria).

- <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/8933/Lopez%20Aranda%20I..pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- López, K. y Amado, C. (2014). Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada. *Revista de derecho privado*, núm. 52, p.p 1-48. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033223023.pdf>
- Mancero, M. V. (octubre de 2019). La Maternidad Subrogada desde la perspectiva del Interés Superior y los Derechos Filiativos Involucrados. *Pontificia Universidad Católica de Ecuador, Facultad de Jurisprudencia*. <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/17474/TESIS%20MANCERO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- [Martínez-Muñoz, K. X. y Rodríguez-Yong, C. A. \(2021\). La maternidad subrogada: tendencias de regulación en LatinoaméricaRevista Jurídicas, 18\(1\), 74-90. https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5](https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5)
- Medina, J (2022). Derecho Civil. Derecho de familia. Quinta edición. Universidad del Rosario.
- Mesa Valencia, L., & Giraldo Agudelo, J. (2017). *Algunas consideraciones sobre la filiación asistida en Colombia*. Obtenido de <https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/Pluriverso/article/view/255/234#:~:text=Al%20respecto%20del%20tema%20objeto,filiaci%C3%B3n%20natural%20y%20la%20ad%20optiva.&text=La%20filiaci%C3%B3n%20por%20naturaleza%20o,de%20su%20padre%20o%20madre.>
- Mesa, L. M. y Giraldo, J. D. (2017). Algunas consideraciones sobre la filiación asistida en Colombia. *Revista Pluriverso*, Núm. 1. <https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/Pluriverso/article/view/255/234#:~:text=Al%20respecto%20del%20tema%20objeto,filiaci%C3%B3n%20natural%20y%20la%20ad%20optiva.&text=La%20filiaci%C3%B3n%20por%20naturaleza%20o,de%20su%20padre%20o%20madre.>
- Molina, M. E. (2006). Transformaciones Histórico Culturales del Concepto de Maternidad y sus Repercusiones en la Identidad de la Mujer. *Revista Psike*, v. 15, n.2, pp. 93-106 https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22282006000200009
- Monroy, J. P. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. *Verba Iuris*, p.p 135-150. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2162/1641>

- Montoya Avila, L. (2019). *Maternidad Subrogada Una práctica no reglamentada en el ordenamiento jurídico colombiano*. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22958/1/TRABAJO%20DE%20GRADO%20FINAL%202019.pdf>
- Nórdico, (2017). La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional. <https://salud.gob.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional>
- Palomar Vereá, C. (2005). Maternidad: historia y cultura. *La ventana Vol.3 no. 22* http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362005000200035
- Partido Centro Democrático Senado de la República de Colombia. (2018). PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA N° _____ DE 2018. Obtenido de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2018%20-%202019/PL%20070-18%20Maternidad%20Subrogada.pdf>
- Pérez, J. (2005). Padres e hijos: La responsabilidad moral de la reproducción. *Revista de Bioética y Derecho*, (4), 3-8 <https://www.redalyc.org/pdf/783/78339704001.pdf>
- Prado, G. E, y Osorio, J. A (2019). *Análisis jurisprudencial de la maternidad subrogada en Colombia: vacío jurídico en la ley penal colombiana*. (Trabajo de pregrado, Universidad de Manizales) <http://ridum.umanizales.edu.co/xmlui/bitstream/handle/20.500.12746/3666/MATERNIDAD%20SUBROGADA%20EN%20COLOMBIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Proyecto de ley 026 de 2016. Senado de la República. <https://comisionprimerasenado.com/proyectos-de-ley-en-tramite/83-proyecto-de-ley-no-241-de-2017-senado-026-de-2016-camara-por-medio-del-cual-se-prohibe-la-practica-de-alquiler-de-vientres-en-colombia-por-ser-una-categoria-de-trata-de-personas-y-una-explotacion-de-la-mujer-con-fines-reproductivos>
- Proyecto de ley S-2439/07. Senado de Argentina. <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2439.07/S/PL>
- Proyecto de Ley S-3859/05. Senado de Argentina. https://www.senado.gob.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=3859/05&nro_com

- Quiroz Mesa, A., & Jácome Quinche, J. D. (2020). *Hacia una postura intermedia de la maternidad subrogada en Colombia como medio para la garantía de derechos fundamentales*. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/24041/2020JorgeJacomeAndresQuiroz1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Resolución 8430 de 1993. (1993, 4 de octubre). Ministerio de Saludo. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/RESOLUCION-8430-DE-1993.PDF>
- Revista de Derecho Privado, núm. 52, julio-diciembre, 2014, pp. 1-18 de la Universidad de Los Andes Bogotá, Colombia
- Romero Rubio, C. A. (2018). *Maternidad subrogada: lagunas en el ordenamiento jurídico colombiano. ¿Con qué elementos cuenta el juez para adoptar su decisión?* Obtenido de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/4891/4606>
- Sentencia 11001-3110-002-2006-00537-01 (2013, 28 de febrero). Corte Suprema de Justicia. (A. Rodríguez M.P.) <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-874016469>
- Sentencia 1456. (2006, 27 de julio) Tribunal Supremo de Justicia. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RECHTSSTAAT/1-2020/RECHTSSTAAT_1_2020_161-166.pdf
- Sentencia C-069/2019, (2019, 20 de febrero). Corte Constitucional (L. Guerrero M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-069-19.htm>
- Sentencia C-258/15.(2015, 06 de mayo). Corte Constitucional. (J. Pretelt. M-P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-258-15.htm>
- Sentencia SC6359-2017. (2017, 29 de marz) Corte Suprema de Justicial (Ariel Salazar Ramirez, 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)
- Sentencia STC20614-2017. (2017, 6 de diciembre). Corte Suprema de Justicia. (Cabello Margarita M.P.) <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/12/Tutela-STC20614-2017-2.pdf>

- Sentencia T 071/16,. (2019, 19 de febrero). Corte Constitucional. (G. Ortiz M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-071-16.htm>
- Sentencia T- 357/22,(2022, 13 de octubre) Corte Constitucional. (F. Reyes M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-357-22.htm>
- Sentencia T-160-13.(2013, 21 de marzo). Corte Constitucional. (Luis Guerrero M.P.)
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-160-13.htm>
- Sentencia T-191/95, (1995, 27 de abril). Corte Constitucional. (J. Hernández M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-191-95.htm>
- Sentencia T-411-04. (2004, 06 de mayo). Corte Consitucional. (Jaime Araujo M.P.)
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-411-04.htm>
- Sentencia T-609-19 (2019, 12 de diciembre). Corte Constitucional. (Gloria Ortiz M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-609-19.htm>
- Sentencia T-900-06-(2006, 3 de noviembre). Corte Constitucional. (Jaime Córdoba M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-900-06.htm>
- Sentencia T-968- 09.* (2009, 18 de diciembre). Corte Constitucional (María Victoria Calle, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- Serrano, L. A (2020). *La filiación. Una mirada al derecho de familia desde la psicología jurídica.*
 pp. 105- 128
[https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/26788/Segundapartederechofamilia
 capitulo3filiacion2020luzserrano.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/26788/Segundapartederechofamilia CAPITULO3filiacion2020luzserrano.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Stronquist, N. (1983). Investigación-acción: un nuevo enfoque sociológico. *Revista Colombiana de Educación, n. 11* [https://www.researchgate.net/publication/321052920_investigacion-
 accion_un_nuevo_enfoque_sociologico](https://www.researchgate.net/publication/321052920_investigacion-accion_un_nuevo_enfoque_sociologico)
- Tesón & Rita de Holanda, (2017). La gestación subrogada en España y en Brasil: un estudio comparado. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada.* Páginas: 123-156. Núm. 46, Enero 2017. SSN: 1134-7198