

LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN AMÉRICA LATINA

2ª ed. (1ª en Tirant)

Nicolás Espejo Yaksic
Claire Fenton-Glynn
Fabiola Lathrop Gómez
Jens M. Scherpe
Editores



CFL | CAMBRIDGE
FAMILY LAW

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© VV.AA.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1197-497-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

CAPÍTULO 4

La gestación por subrogación en Colombia

Natalia Rueda*

* Abogada y profesora de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Ciencias Jurídicas con énfasis en Derecho Privado de la Università di Pisa (Italia).

SUMARIO: A. Marco legal general; B. Acuerdos de gestación por subrogación en general; C. Paternidad y maternidad legal al momento del nacimiento y transferencia de la paternidad o la maternidad; D. Elegibilidad para la gestación por subrogación. Bibliografía.

A. Marco legal general

En Colombia hay un vacío jurídico total en relación con la gestación por subrogación, pues no existe regulación específica al respecto. En efecto, la práctica no está expresamente prohibida o permitida, sea que se trate de acuerdos internacionales o no, sea que se celebren directamente o con intermediación. A ello se suma la falta de datos oficiales o informales y una regulación precaria en materia de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), pues las normas están previstas en relación con aspectos técnicos o de prestación de los servicios médicos, pero nada dicen sobre la filiación y parecen centradas en los problemas de fertilidad.

La Ley 1751, de 2015, establece que el derecho a la salud es fundamental, autónomo e irrenunciable, y está regido por los principios de progresividad (artículo 6) e integralidad (artículo 8). Por su parte, la Ley 1953, de 2019, estableció "los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros

de salud reproductiva", y ordenaba al Gobierno nacional adoptar una política pública de infertilidad (artículo 3) que fomentara la garantía del derecho a formar una familia. También ordenaba la reglamentación del acceso a los tratamientos de infertilidad bajo un enfoque de derechos sexuales y reproductivos (artículo 5).¹ En virtud de ello, el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución 228, de 2020, adoptó la Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad, centrada en la infertilidad (artículo 2, Ley 1953, de 2019) y no en las TRHA en sí mismas.

Esta política tiene como referentes un enfoque de derechos que reconoce su titularidad en un contexto de protección de la vida y de los derechos sexuales y reproductivos con dignidad y justicia; se orienta en función del enfoque diferencial y de género y de los principios rectores de la dignidad humana, la autonomía reproductiva y la justicia distributiva.² Por su parte, la jurisprudencia se ha centrado en el debate sobre los derechos sexuales y reproductivos, sin que las cuestiones asociadas a la filiación ocupen su atención.³

¹ Resolución 1841, de 2013, Ministerio de Salud y Protección Social. Disponible en «<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/PSP/PDSP.pdf>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos: «<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/LIBRO%20POLITICA%20SEXUAL%20SEPT%2010.pdf>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

² Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución número 228 de 2020. Disponible en «https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%20228%20del%202020.pdf». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

³ Algunas sentencias reconocen la garantía de acceso a los tratamientos por vía de tutela (véase la nota 4) sólo cuando se vulnera el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, o si la no práctica del tratamiento comporta un riesgo para la vida, la salud, la dignidad y la integridad personal del paciente (sentencias T-1104, de 2000, T-689, de 2001, T-572, de 2002, T-946, de 2002, T-512, de 2003, T-901, de 2004, T-605, de 2007, T-636, de 2007, T-752, de 2007, T-946, de 2007, T-760, de 2008, T-870, de 2008, T-424, de 2009, T-311, de 2010, T-226, de 2010, T-550, de 2010, T-633, de 2010, T-644, de 2010, T-935, de 2010, T-009, de 2014, T-398, de 2016, T-316, de 2018). Otras, con base en los derechos sexuales y reproductivos, la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, consideran que la imposibilidad de acceder al tratamiento comporta una violación de estos derechos (T-341, de 1994, T-528, de 2014, T-274, de 2015, T-306, de 2016, T-375, de 2016, T-126, de 2017, T-377, de 2018, T-337, de 2019).

Este panorama de desregulación está acompañado de una casi nula jurisprudencia. Sólo hay dos sentencias de tutela⁴ de la Corte Constitucional, sin pronunciamientos de fondo.

La primera es la T-968, de 2009, y da cuenta de un intrincado pleito. En este caso, la gestante se había arrepentido de entregar a los neonatos y los registró como hijos extramatrimoniales sin señalar el nombre del padre; por ello comenzó una disputa que condujo a la asignación, inconstitucional, de la custodia provisional al padre y la autorización de salida del país. Esto fue posible porque el consentimiento informado para la fecundación *in vitro* lo firmaron la gestante y el padre comitente declarando falsamente que eran un matrimonio estable.⁵

La Corte afirmó que la gestación por sustitución estaba "en auge", pero que este caso

no constituye un arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, puesto que la señora Sarai [mujer gestante] es la madre biológica de los menores. Además, suponiendo que esa hubiese sido su intención inicial, de las declaraciones del padre se desprende claramente que por lo menos desde noviembre de 2005 [cuatro meses antes del parto] había anunciado al señor Salomón su decisión de criar a los niños.⁶

⁴ La tutela es una acción constitucional que habilita a cualquier persona para acudir a la jurisdicción sin apoderado para reclamar la protección inmediata de derechos fundamentales o derechos conexos. Es urgente y preferente y, si se concede, el fallo debe ordenar explícitamente las formas que tiene el demandado para cumplir y hacerla efectiva dentro de un plazo perentorio de 48 horas, so pena de incurrir en responsabilidad administrativa, disciplinaria y penal, según el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 2591, de 1991.

⁵ Una mujer, madre soltera de escasos recursos económicos, y un ciudadano colombiano, residente en Estados Unidos y casado con otra mujer, concibieron gemelos mediante una fertilización *in vitro* (FIV). El procedimiento inicial para la gestación por subrogación fue infructuoso con el material genético de la pareja y con óvulos de donante. Después la mujer accedió a adelantar la gestación con sus gametos y ambos se presentaron a otro centro de reproducción asistida como un matrimonio solicitando la FIV.

⁶ Sección 8.1., Consideraciones y fundamentos jurídicos (II).

Por ello, el problema era determinar la custodia y el cuidado personal de los niños a la luz de su interés superior y prevalente y del derecho a no ser separado de su familia, pues la custodia se otorgó al padre por una indebida valoración probatoria y la consideración de la pobreza de la madre como una circunstancia determinante para separarla de los niños.

La Corte presentó la 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".⁷ Según esto, el ordenamiento constitucional protegería los derechos de la mujer gestante como madre cuando aporte su material genético, toda vez que no habría lugar a controvertir la filiación materna.

Sería válido preguntarse si esto implica que la práctica tradicional no tendría validez; mientras que la práctica simplemente gestacional sí. La doctrina parece inclinarse en ese sentido,⁸ señalando la nulidad absoluta por la ilicitud del objeto y la causa del negocio,⁹ así como por el vínculo genético indiscutible con la gestante.¹⁰ Sin embargo, hay quienes consideran que la gestación por subrogación tiene pleno soporte legal y cuenta con plena validez; por lo que apelan a un enfoque de protección de derechos de la gestante a disponer de su cuerpo y de su autonomía reproductiva, de los intereses de los niños nacidos en virtud de estos

⁷ *Idem*.

⁸ González de Cancino, Emilssen, "Maternidad por encargo", en González de Cancino, Emilssen, Cortés Moncayo, Edgar y Navia Arroyo, Felipe (eds.), *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 404; Alarcón, Fernando, "El negocio jurídico de maternidad por sustitución en la gestación", en *Memorias del Primer seminario franco-andino de derecho y bioética*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 125-139, y Lobo Garrido, Gustavo, "Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada o por sustitución en el marco de la teoría del negocio jurídico en Colombia", *Summa Iuris* 1, 2019, p. 87. Disponible en «<https://doi.org/10.21501/23394536.3276>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁹ Alarcón, Fernando, *op. cit.*, p. 134.

¹⁰ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), concepto núm. 23, 1 de junio de 2020, p. 2. Disponible en: «https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/normatividad/23_-_concepto_no-23-listo-para-web.pdf». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

acuerdos;¹¹ reclaman la protección y reconocimiento de la autonomía privada, de los contratos innominados, de las tecnologías reproductivas y aducen la inexistencia de normas imperativas prohibitivas.¹² En todo caso, existe acuerdo sobre la necesidad de una normativa integral¹³ que, además, sugiere el reconocimiento de la voluntad procreacional.¹⁴ Sin embargo, esta pretensión encuentra el obstáculo de preeminencia de la base genética de la filiación en Colombia.¹⁵

La segunda sentencia es la SU-696, de 2015. Allí el problema fue la negativa de las autoridades colombianas de registrar a dos niños nacidos mediante una gestación por sustitución adelantada en Estados Unidos por encargo de una pareja de dos hombres.¹⁶ Éste también era un proceso de

¹¹ García del Río, María Stella, *La gestación subrogada. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*, Bogotá, Ibáñez, 2014, pp. 163 y ss.

¹² Marín Vélez, Gustavo Adolfo, "El arrendamiento de vientre en Colombia", *Opinión Jurídica* 3, 2003, pp. 68-86.

¹³ Entre otros, Carreño López, Diana, Pedraza Lizarazo, Rolando Javier y Quiroga Flórez, Sergio Daniel, "Posturas sobre alquiler de vientre en Colombia y en el mundo", *Visión*, 5, 2017, pp. 20-27, y Beatar Bechara, Brajim, "La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente", *Revista Socio-Jurídicos* 2, 2019, pp. 135-166. Disponible en: «<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Esto se criticó al Proyecto de Código Civil de la Universidad Nacional, pues la propuesta era imprecisa y no se ocupaba de la filiación, dejando dudas sobre aspectos contractuales, de consentimiento, aborto y responsabilidad civil. *Cfr.* Gómez Chiquiza, María Eugenia, Rueda, Natalia, González de Cancino, Emilssen, Ospina, Mario Andrés, Santamaría, Enrique y Useche Meneses, Margarita, "3. Derecho de familia. El proyecto desconoce el bloque de constitucionalidad y no representa la realidad de las familias en Colombia", en Chinchilla Imbett, Carlos Alberto, Fortich, Silvana, Rodríguez Olmos, Javier Mauricio y Rueda, Natalia (coords.), *Concepto: observaciones críticas sobre el proyecto de Código civil presentado por la Universidad Nacional*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 60, 63-4, 181 y 206. Disponible en: «<https://observatoriocodigocivil.uexternado.edu.co/2020/10/23/observatorio-presenta-concepto-al-ministerio-de-justicia-sobre-proyecto-de-codigo-civil-de-la-unacional>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

¹⁴ Pinzón Marín, Inés, Rueda Barrera, Eduardo y Mejía Patiño, Omar, "La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre", *Revista de Derecho y Genoma Humano* 43, 2015, p. 120; Cárdenas Gómez, Olga Carolina, Arias Escobar, Juliana y Mendieta Montoya, Mariana, "El modelo biogenético y la bilateralidad parental en Colombia según los cambios generados por las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho (Valdivia)* 2, 2019, pp. 77-99.

¹⁵ *Cfr.* González de Cancino, Emilssen, *op. cit.*, p. 411.

¹⁶ Dos ciudadanos colombianos residentes en Estados Unidos en unión estable y solemne realizan un procedimiento de FIV en el que se fertilizaron los óvulos de la donante con gametos de ambos, obteniendo un embarazo gemelar. Los dos niños, nacidos en Estados Unidos, fueron registrados como hijos de los accionantes. Luego intentaron obtener los registros civiles y pasaportes ante distintas autoridades en Colombia, donde ingresaron los niños en calidad de turistas, pero recibieron

tutela y se alegaba la vulneración de los derechos de los niños y sus padres a la dignidad humana, la igualdad, el reconocimiento a la personalidad jurídica, la nacionalidad, el nombre y a conformar una familia. La Corte resolvió el problema jurídico confirmando la decisión de instancia que había ordenado la inscripción inmediata, con fundamento en la garantía de protección del derecho a tener una familia y no ser separado de ella (párrs. 14-20), protección constitucional a las familias diversas (párrs. 21-2 y 42-6), necesidad de corregir las actuaciones de las autoridades notariales discriminatorias en contra de los niños y sus padres por su origen familiar y necesidad de suplir el déficit de protección constitucional que sufren los hijos de las familias diversas que no podían ser registrados (párrs. 79-80).

Pese a que la Corte no se pronuncia sobre la práctica de la gestación por subrogación, o quizá justamente por ello, surge la inquietud acerca del valor de dicho silencio frente a la práctica adelantada en el exterior, pues se trataría de refrendar una situación filial determinada y declarada por autoridades extranjeras con competencia para ello. ¿Quiere decir que el ordenamiento jurídico admite la gestación por subrogación adelantada en el extranjero para reconocer la nacionalidad colombiana y la filiación de los hijos de ciudadanos colombianos? En principio habría que responder de manera positiva, pues la sentencia ordenó implementar "un nuevo formato de Registro Civil Registro Civil de Nacimiento en el que claramente se señale que en las casillas destinadas a identificar al 'padre' y 'madre' del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o dos mujeres".¹⁷

negativas expresas con fundamento en una supuesta falta de competencia, falta de autorización por tratarse de dos papás o inexistencia de norma que lo permitiera.

¹⁷ Numeral tercero, Decisión, SU-696, de 2015. La Registraduría cumplió la orden con la Circular 024, del 8 de febrero de 2016, que ordenó el cambio en las casillas "datos del padre" y "datos de la madre", en ese orden, por uno en el que hay dos casillas que indican "datos de padre o madre (Para casos de pueblos indígenas con línea matrilineal, o parejas del mismo sexo, anotar el progenitor que indiquen los declarantes para el primer apellido del inscrito)".

Siendo posible este registro y toda vez que la procreación no habría podido ocurrir de forma natural, salvo cuando uno de los dos sea transgénero o se haya acudido a la adopción, es posible suponer que una buena parte de hijos de parejas homoafectivas habrán nacido en virtud de gestación por subrogación. Esta sentencia, entonces, sí constituye una fuente de admisibilidad de esta práctica, con fundamento en el reconocimiento de los derechos prevalentes de los niños y niñas.¹⁸ La doctrina ha anotado que esta decisión es "respetuosa de los derechos de las niñas y niños nacidos por el empleo de estas técnicas";¹⁹ y que "si una pareja y el donante o la gestante subrogada desean figurar conjuntamente en el registro civil no hay forma de incluirlos, salvo que se excluya a uno de ellos para ingresar al otro".²⁰ Valga anotar que la sentencia tuvo un salvamento de voto.²¹

Por su parte, la rama legislativa ha intentado regular la materia en varias oportunidades sin éxito, y teniendo como punto de referencia la sentencia T-968, de 2009.

El primer proyecto de ley es el 202, de 2016, Cámara, "por medio de la 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".²² Allí se definía la práctica como "la contratación de una mujer para

¹⁸ Así también Martínez -Muñoz, Karol y Rodríguez -Yong, Camilo, "La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica", *Revista Jurídicas* 1, 2021, p. 85. Disponible en: «<https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

¹⁹ Lamm, Eleonora y Rubaja, Nieve, "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global", *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas* 37, 2016, p. 158.

²⁰ Cárdenas Gómez, Olga Carolina, Arias Escobar, Juliana y Mendieta Montoya, Mariana, *op. cit.* p. 95.

²¹ De Jorge Pretelt, quien consideró que la Corte estaba legitimando "procedimientos que son absolutamente ilegales en Colombia, como el alquiler de vientres y la inscripción de imposibles jurídicos como el reconocimiento de que un niño pueda tener 2 padres biológicos, ... la Sala Plena está aprovechando para imponerle a la sociedad colombiana decisiones que desconocen totalmente el concepto de familia y los derechos de los niños". Disponible en: «<https://drive.google.com/file/d/0B0FPNuhSd38ZTkkxWGk0VTVCZHhCZ3MycE1Tc3dvZEJvdDNn/view>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

²² Gaceta del Congreso [GC], año 25, núm. 86, 11 de marzo de 2016, pp. 23-8.

gestar un bebé, entregarlo a los solicitantes y renunciar a todos los derechos sobre el recién nacido" (artículo 2), y se reputaba nulo de pleno derecho cualquier acto en el que la mujer se obligara a renunciar a la filiación materna (artículo 5); se equiparaba a la trata de personas y a la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante (tráfico). El proyecto se archivó por tránsito de legislatura,²³ lo que no impedía la posibilidad de presentar nuevas iniciativas.

En la siguiente legislatura se presentó el proyecto de ley 026, de 2016, Cámara, "por medio de la cual se prohíbe la práctica alquiler de vientres al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos",²⁴ con algunas modificaciones, posiblemente considerando las críticas del Consejo Superior de Política Criminal.²⁵ Allí se hacía referencia no a la "maternidad subrogada" sino al "alquiler de vientres" como el "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".

El 2 de noviembre de 2016 fue aprobado el proyecto de ley en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes con 22 votos a favor y 1 en contra. Allí se modificó el objeto para "prohibir la práctica del alquiler

²³ El tránsito de legislatura está definido así: "los proyectos distintos a los referidos a leyes estatutarias que no hubieren completado su trámite en una legislatura y fueren aprobados en primer debate en alguna de las Cámaras, continuarán su curso en la siguiente en el estado en que se encontraren. Ningún proyecto será considerado en más de dos legislaturas" (artículo 190, Ley 5ª, de 1992). Las leyes estatutarias, por su parte, deben aprobarse en una sola legislatura y por mayoría absoluta (artículo 153, CP; artículos 119, núm. 4, y 208, núm.1, Ley 5ª, de 1992). Una legislatura comprende dos periodos ordinarios de sesiones así: "el primero, que comienza el 20 de julio y termina el 16 de diciembre; y el segundo, desde el 16 de marzo hasta el 20 de junio" (artículo 224, Ley 5ª, de 1992; artículo 138, CP).

²⁴ GC, año 25, núm. 554, 1 de agosto de 2016, pp. 12-6.

²⁵ GC, año 25, núm. 303, 20 de mayo de 2016, pp. 1-5, que criticó la falta de rigor en las definiciones y carencia de fundamentos empíricos, la expansión injustificada del derecho penal, la sanción penal desproporcionada, el límite de derechos fundamentales que resultaba impropio mediante ley ordinaria.

de vientres con fines de lucro y regularla para parejas colombianas con problemas de infertilidad o de gestación". En virtud de esta modificación se autorizaría la práctica altruista para colombianos, con certificado médico de infertilidad o problemas de gestación y vínculo de consanguinidad de la gestante con alguno de los solicitantes; creaba el tipo penal de "alquiler de vientres con fines de lucro" aplicable a quien "promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer a llevar a cabo un contrato de alquiler de vientres con fines de lucro" y se ordenaba la elaboración de un protocolo para reglamentar la práctica altruista.²⁶

La ponencia para segundo debate²⁷ sugirió cambiar "alquiler de vientres" por "maternidad subrogada" y agregó las consideraciones de la sentencia de 2009. Esta versión fue aprobada por la Plenaria de la Cámara de Representantes el 26 de abril de 2017, con 63 votos a favor y 21 en contra, con modificaciones como: i) permitir que, en la gestación altruista, uno de los miembros de la pareja pudiera ser extranjero; ii) que el certificado médico recomendara la realización de la "maternidad subrogada" por imposibilidad física o biológica; iii) exigir declaración extrajudicial para hacer constar la plena capacidad, y iv) excluir cualquier responsabilidad del médico que expidiera el certificado siguiendo parámetros objetivos.²⁸

Para el tercer debate, en Comisión primera del Senado, se presentaron dos ponencias.²⁹ La primera señalaba que el proyecto discriminaba a las parejas del mismo sexo y personas solteras, que contenía una definición restringida y que los requisitos no eran suficientes ni estaban justificados, por lo que propuso eliminar la referencia a los problemas de infertilidad o gestación, para que se hablara mejor de "regular su uso con fines altruistas", que se permitiera la gestación altruista sin ningún condicionamiento

²⁶ Las actas están disponibles en GC, año 25, núm. 1013, 17.11.2016, pp. 16-21 y núm. 1014, 17 de noviembre de 2016, pp. 6-10.

²⁷ GC, año 25, núm. 989, 11 de noviembre de 2016, pp. 5-9.

²⁸ El texto definitivo de la plenaria está disponible en GC, año 26, núm. 297, 4 de mayo de 2017, pp. 12-13; las actas en GC, año 26, núm. 336, 16 de mayo de 2017, pp. 30-5 y núm. 351, 18 de mayo de 2017, pp. 20-25.

²⁹ GC, año 26, núm. 410, 30 de mayo de 2017, pp. 1-13.

por problemas de fertilidad, así como algunas definiciones adicionales como maternidad subrogada, mujer gestante, solicitantes, maternidad subrogada con *ánimo* de lucro y maternidad subrogada con fines altruistas. Sobre la gestación altruista, sugirió eliminar las referencias a la nacionalidad de los comitentes y a la "imposibilidad física o biológica", así como la exigencia de parentesco entre la gestante y uno de los miembros de la pareja, extendía la responsabilidad penal a la gestante en la práctica onerosa y agregó algunas exigencias adicionales siguiendo las indicaciones de la Corte Constitucional.³⁰

La segunda ponencia también propuso modificaciones, como suprimir cualquier referencia al "alquiler de vientres", reemplazar "los problemas de infertilidad o de gestación" por "imposibilidad física o biológica para procrear", eliminar cualquier indicación sobre los parámetros para la reglamentación del Ministerio de Salud, salvo que debía establecer unas sanciones. Sobre la gestación altruista, propusieron mantener los requisitos aprobados en el segundo debate, añadiendo que, en relación con el consentimiento, la gestante debía ser mayor de edad y expresar que entiende la obligatoriedad de entregar al bebé; exigía exámenes médicos para garantizar la salud de la gestante y prohibía el rechazo del neonato, así como nombrar un encargado de su cuidado en caso de fallecimiento de los comitentes.³¹

Ambas ponencias eran inconstitucionales, ya que limitaban de manera particularmente gravosa los derechos sexuales y reproductivos de las gestantes, por la imposibilidad de interrumpir el embarazo o de arrepentirse.

Para el tercer debate se eliminaron los aspectos que podían implicar reserva estatutaria para continuar el trámite como ley ordinaria y no tener que archivarla por haber superado los términos para aprobarla como ley estatutaria, razón por la cual se volvió al modelo prohibicionista. Se mantuvieron

³⁰ *Ibidem*, pp. 3-4.

³¹ *Ibidem*, pp. 6-13.

las definiciones de maternidad subrogada, madre gestante y maternidad subrogada con *ánimo* de lucro, y al tipo penal se adicionaba la criminalización de la gestante. Este texto fue aprobado en la Comisión Primera del Senado con 11 votos a favor, ninguno en contra.³²

Para el cuarto debate se presentó ponencia positiva.³³ Sin embargo, el 12 de septiembre de 2017, con 32 votos en contra y 22 votos favorables, la plenaria del Senado no aprobó el proyecto.³⁴

Después se presentaron otros cuatro proyectos infructuosos. El primero, del 7 de noviembre de 2017, era un proyecto de ley estatutaria "Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica"; pero fue retirado el 11 de abril de 2018 sin debatirse y para ser presentado nuevamente en la siguiente legislatura, pues ya no lograban cumplir con el término para aprobarlo. Allí se contemplaba la prohibición total mediante la imputación del tipo penal de trata de personas (artículo 4), se consideraba nula de pleno derecho la renuncia a la filiación materna (artículo 3), se modificaban las normas de registro exigiendo que el certificado de nacido vivo estuviera firmado mínimo por tres médicos (artículo 6), establecía la obligación de hacer el registro dentro de los cinco días siguientes al nacimiento (artículo 5; cabe mencionar que, actualmente, se debe hacer "dentro del mes siguiente", artículo 48, Decreto 1260, de 1970).³⁵ Luego se presentaron tres proyectos de ley estatutaria que tampoco fueron debatidos y se archivaron por tránsito de legislatura (véase la nota 23). Los tres, idénticos con distinto nombre, proponían la creación del tipo penal de constreñimiento a la maternidad subrogada, mientras que para la

³² Actas en GC, año 26, núm. 688, 11 de agosto de 2017, núm. 744, 25 de agosto de 2017, pp. 10-9 y núm. 768, 8 de septiembre de 2017, pp. 17-23.

³³ GC, año 26, núm. 748, 30 de agosto de 2017, pp. 24-9.

³⁴ Acta en GC, año 27, núm. 52, 22 de enero de 2018, pp. 26-8.

³⁵ GC, año 27, núm. 1025, 8 de noviembre de 2017, pp. 1-5; la ponencia positiva eliminó la exigencia de la firma de tres médicos, en GC, año 27, núm. 1123, 30 de noviembre de 2017, pp. 3-8. Solicitud de retiro en acta del 11 de abril de 2018, en GC, año 27, núm. 216, 4 de mayo de 2018, p. 5.

práctica altruista exigían certificado médico para demostrar "la incapacidad física o biológica para concebir".³⁶

En Colombia no existen datos o cifras —oficiales, informales ni académicos— sobre el número de tratamientos adelantados con miras a celebrar acuerdos de gestación por sustitución, ni sobre los que se ejecutan.³⁷ Sin embargo, pareciera ser un fenómeno recurrente, adelantado en la informalidad mediante la oferta directa o mediada en redes sociales por parte de mujeres que publican anuncios de disponibilidad para gestar por encargo de otras personas;³⁸ también existen clínicas que ofrecen esta práctica como un servicio adicional a los tratamientos de fertilidad y se encargan de los aspectos legales,³⁹ y agencias de intermediación en Colombia o en el exterior.⁴⁰ Pese a la falta de cifras, la exposición de motivos

³⁶ Primer proyecto en GC, año 27, núm. 576, 3 de agosto de 2018, pp. 1-5; ponencia favorable en GC, año 27, núm. 1103, 7 de diciembre de 2018, pp. 4-9, incluyó que todas las decisiones sobre la gestación debían adoptarse conjuntamente entre los comitentes y la gestante, y si no hubiere acuerdo se debía decidir haciendo primar el interés del *nasciturus* (p. 8). Segundo proyecto en GC, año 28, núm. 789, 27 de agosto de 2019, pp. 10-5; ponencia favorable en GC, año 28, núm. 1027, 16 de octubre de 2019, pp. 3-8. Tercer proyecto en GC, año 29, núm. 933, 17 de noviembre de 2020, pp. 15-9; ponencia favorable en GC, año 30, núm. 223, 6 de abril de 2021, pp. 1-2.

³⁷ En un cuestionario de 2013 para la Hague Conference on Private Law, la Oficina de Cooperación y Convenios del ICBF se afirmó que no había "casos entrantes" ni "salientes" de Acuerdos Internacionales de Subrogación, por lo que no se proveyeron datos empíricos, pp. 24 y ss., disponible en: «<https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3co.pdf>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; Muñoz afirma que en Colombia se practica la gestación por subrogación hace más de 30 años; sin ofrecer ninguna fuente o dato, Muñoz Gómez, Diana, "Biotecnologías reproductivas y el rol del Estado; el caso de la maternidad subrogada en Colombia", en Muñoz Gómez, Diana, (comp.), *La persona on-off. Desafíos de la familia en la cuarta revolución industrial*, Chia, Universidad de la Sabana, 2020, pp. 259-260. Rincón también afirma que se trata de una práctica extendida, sin ofrecer datos, Rincón Castellanos, Ximena, "¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia", *Derecho PUCP* 69, 2012, pp. 99-112.

³⁸ "Alquiler de vientre Colombia". Disponible en: «https://www.facebook.com/Alquiler-de-vientre-Colombia-10512243444303/?ref=py_c». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

³⁹ Fertility Center: «<https://fertilitycentercolombia.com/maternidad-subrogada/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; inSer Instituto de Fertilidad Humana: «<https://www.inser.com.co/servicios/maternidad-subrogada/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; Celagem: «<https://celagem.com/amor-incondicional/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; Surrogacy Colombia: «<https://surrogacycolombia.com/surrogacy-law/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁴⁰ Go4Baby: «<https://www.go4baby.com/gestacion-subrogada/colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; Sensible for Loving Families afirma que la subrogación es legal en Colombia: «<https://www.sensibleurrogacy.com/surrogacy-in-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Miraklos ofrece el servicio a parejas residentes en Colombia en otro país, para evitar conflictos legales en

del Proyecto de Ley 263, de 2020, refiere que desde marzo de 2020 y hasta septiembre de 2020 la oficina de visado del Ministerio de Relaciones Exteriores recibió 16 solicitudes de personas extranjeras que pretendían recoger un bebé nacido en virtud de acuerdos celebrados con la intermediación de clínicas de fertilidad.⁴¹

B. Acuerdos de gestación por subrogación en general

Los acuerdos de gestación por subrogación están caracterizados por la atipicidad, la autonomía y la libertad contractual.⁴² La doctrina se ha servido de la teoría general del negocio jurídico para establecer la configuración de los requisitos de validez (capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitos) y sus características generales. Se ha dicho que se trata de un negocio jurídico de familia, no patrimonial y formal, para cuyo perfeccionamiento se requeriría un escrito autenticado ante notario.⁴³ También hay quien define la "convención solidaria de maternidad subrogada" como un acto jurídico personal con efectos patrimoniales, bilateral, solemne, gratuito, con finalidad solidaria y de libre discusión que se constituye en fuente de la filiación.⁴⁴ Por el contrario, hay quien se opone a considerarlo solemne en virtud de la atipicidad.⁴⁵

En materia de capacidad, se seguirían las reglas generales. En Colombia se presume la capacidad plena de las personas mayores de edad, al

virtud de la falta de regulación: «<https://miraklos.com/vientre-de-alquiler-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Vittoria Vita Surrogacy Agency advierte de las dificultades legales y afirma que los trámites son similares a los de la adopción: «<https://vittoriavita.it/es/colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁴¹ GC, año 29, núm. 933 de 17 de septiembre de 2020, p. 18.

⁴² Lobo Garrido, Gustavo, *op. cit.*, p. 83.

⁴³ Alarcón, Fernando, *op. cit.*, p. 132.

⁴⁴ Daza Coronado, Sandra Milena, *La mujer como sujeto de especial protección constitucional en la elección a la maternidad subrogada en Colombia*, tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 277-280.

⁴⁵ Londoño Quiroz, Jeisson Leonardo, "Estado jurídico del contrato en el argumento de la maternidad subrogada en Colombia", en Moreno Pardo, Maryory (coord.), *Sujetos de especial protección constitucional y otras reflexiones jurídicas: Avances de investigación jurídica y sociojurídica*, Medellín, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, 2018, p. 37.

margen de cualquier discapacidad, independientemente de si hacen uso de apoyos (artículo 6, Ley 1996, de 2019). Ya antes de la ley de 2019 la Corte Constitucional había establecido la obligación de respeto de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, privilegiando su autonomía y el derecho a tener una familia.⁴⁶ Así, una persona con discapacidad podría participar en un acuerdo de gestación por subrogación, en calidad de comitente y en calidad de gestante, y en ningún caso el consentimiento a la práctica podrá ser sustituido.⁴⁷ El ejercicio de la autonomía de personas con discapacidad está orientado por el principio de primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, según el cual los apoyos tendrán que atender a la voluntad y preferencias del titular de éstos y cuando, pese a haber realizado ajustes razonables, no se pueda establecer "se usará el criterio de la mejor interpretación de la voluntad", teniendo en cuenta

la trayectoria de vida..., previas manifestaciones de la voluntad y preferencias en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, la consideración de sus preferencias, gustos e historia conocida, nuevas tecnologías disponibles en el tiempo, y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.⁴⁸

Para designar los apoyos se tendrán en cuenta la necesidad, correspondencia, duración e imparcialidad, es decir, cuando la persona con discapacidad los solicite o no sea posible determinar su voluntad de forma inequívoca aun con ajustes razonables, serán designados en función de las características de la persona, limitados a un tiempo definido y no podrán ejercer influencia indebida en la persona titular del apoyo.⁴⁹ El apoyo ayudará a la persona con discapacidad "a formular una voluntad frente a la posibilidad de realizar un acto jurídico, y exteriorizarla, o en dado

⁴⁶ Sentencias T-850, de 2002, T-397, de 2004, y T-492, de 2006.

⁴⁷ La sentencia C-182, de 2016, de la Corte Constitucional había excluido la sustitución del consentimiento a procedimientos médicos.

⁴⁸ *Ibidem*, artículo 4.

⁴⁹ *Ibidem*, artículo 5.

caso, representarla al ejecutarlo... [N]o puede nunca sustituir la voluntad de la persona o forzarla a tomar una decisión de la que no esté segura",⁵⁰ ni siquiera cuando el apoyo deba ser más intenso. Hay quien propone integrar la capacidad con la consideración de otros requisitos habilitantes, como los que se exigen para adoptar; por ejemplo, idoneidad moral y social de la mujer gestante en función del interés superior del niño, o una edad para garantizar su salud.⁵¹

También será necesario que se otorgue consentimiento libre de vicios.⁵² El consentimiento informado de la técnica deberá observar las exigencias del Código de Ética Médica, Ley 23, de 1981. Por su parte, el consentimiento en el contrato seguirá las reglas generales, en virtud de lo cual el error, la fuerza y el dolo lo viciarían (artículos 1508 y ss., Código Civil). Deberá manifestarse por escrito⁵³ y hay quien sugiere considerar las reglas del Código de Infancia y Adolescencia sobre consentimiento a la adopción. Este último se puede otorgar sólo después de haber recibido "información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión", y luego de un mes posterior al parto (artículo 66).⁵⁴ Según esta lectura, el consentimiento sería revocable para la gestante hasta dentro del mes siguiente al parto, mientras que para los comitentes sería irrevocable durante todo el proceso, y la gestante tendría la posibilidad de interrumpir la gestación en caso de que haya lugar a la aplicación de alguno de los supuestos autorizados.⁵⁵ El análisis del consentimiento libre de vicios tendría que hacerse, en todo caso, en relación con las críticas que cuestionan la idea de la libertad, la igualdad y la autonomía

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-025, de 2021, sección "La presunción de capacidad dispuesta en el artículo 6 de la Ley 1996 de 2019 es constitucional", sin numeración.

⁵¹ Pinzón Marín, Inés Yohanna, *Filiación en la gestación de vida humana por sustitución de vientre*, Ibagué, Universidad del Tolima, 2020, p. 85.

⁵² Lobo Garrido, Gustavo, *op. cit.*, p. 84; Vásquez Aguirre, Alba Magaly y Ortiz Gómez, Gloria María, "De la maternidad subrogada o alquiler de vientre en Colombia", *Revista Pluriverso* 1, 2013, p. 64.

⁵³ Pinzón Marín, Inés Yohanna, *op. cit.*, p. 86. Esto se desprendería de las exigencias de solemnidad formuladas por Daza Coronado, Sandra Milena, *op. cit.*, p. 277, o de formalidad planteadas por Alarcón, Fernando, *op. cit.*, p. 132.

⁵⁴ Pinzón Marín, Inés Yohanna, *op. cit.*, pp. 86-90.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 95.

como valores absolutos y sin atención de los enfoques diferenciales que justamente obligarían a considerar las circunstancias que determinan desigualdades en el poder contractual y la libertad en el ejercicio de la autonomía;⁵⁶ en este caso, de mujeres vulnerables y pobres, también por una posible agregación de vulnerabilidades (condición de migración regular o irregular, discapacidades, edad, etnia) que reducen su poder contractual y hacen del supuesto ejercicio de libertad una elección forzada. En otras palabras, la desregulación empeora la situación de incertidumbre e indeterminación respecto de todos los aspectos que rodean la apreciación de la validez de las cláusulas estipuladas en los acuerdos de sustitución, que podrían entonces adolecer de abusividad o inconstitucionalidad o estar viciadas por el desequilibrio entre las partes.

Sobre la causa se ha dicho que sería lícita sólo si la comitente tiene impedimentos fisiológicos para gestar, por lo que "el arbitrio, la vanidad, la estética, la homosexualidad, las circunstancias laborales, las condiciones económicas[...] no pueden ser los motivos que induzcan a la comitente o a la gestante a la celebración".⁵⁷ En contraposición, hay quien dice que "necesidades de otro tipo, por ejemplo, económicas, o también ligadas a la salud pero no como supuestos de infertilidad, podrían llegar a condicionar de la misma manera el ejercicio del derecho a la reproducción".⁵⁸ Estas interpretaciones producen la duda de si existe un derecho a la procreación, pues no existe una norma que expresamente lo consagre; sin embargo, la Constitución y la jurisprudencia constitucional sí reconocen los derechos sexuales y reproductivos como fundamentales.⁵⁹

⁵⁶ Cfr. Miguel, Ana de, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2020; Nussbaum, Martha, *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Bogotá, Paidós, 2020; García Capilla, Diego y Cayuela Sánchez, Salvador, "Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía", *Revista de Filosofía* 1, 2020, pp. 27-46. Sobre el consentimiento, Pinzón Marín, Inés Yohana, *op. cit.*, p. 89.

⁵⁷ Alarcón, Fernando, *op. cit.*, p. 134.

⁵⁸ González de Cancino, Emilssen, *op. cit.*, p. 405.

⁵⁹ Beetar Bechara, Brajim, *op. cit.*, p. 160; entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-114, de 2000, T-605, de 2007, y T-274, de 2015.

En una tendencia más liberal, también se dice que no existiendo una prohibición a la celebración de estos contratos, nunca habría causa ilícita,⁶⁰ ni contrariedad moral o a las buenas costumbres.⁶¹

Respecto del objeto, se ha considerado que lo constituye "la capacidad de gestar de una mujer",⁶² por lo que en la práctica tradicional habría objeto ilícito porque la gestante se compromete a entregar a su hijo biológico, incurriendo en la prohibición del artículo 1521 del CC y, por ende, en nulidad absoluta.⁶³

En fin, la sentencia T-968, de 2009, enuncia como requisitos y condiciones de una "regulación exhaustiva":

- (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;

⁶⁰ Lobo Garrido, Gustavo, *op. cit.*, pp. 85 y ss.; Pinzón Marín, Inés, Rueda Barrera, Eduardo y Mejía Patiño, Omar, *op. cit.*, p. 105.

⁶¹ Pinzón Marín, Inés Yohanna, *op. cit.*, pp. 91-3.

⁶² Alarcón, Fernando, *op. cit.*, p. 136.

⁶³ Lobo Garrido, Gustavo, *op. cit.*, pp. 87 y ss.; Londoño Quiroz, Jeisson Leonardo, *op. cit.*, p. 41, afirma que siempre habría objeto ilícito, pero ésta es una posición minoritaria.

(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 solo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.⁶⁴

Más allá de estos criterios, que son sólo una recomendación, en Colombia no existen reglas sobre remuneraciones y costos, ni pautas o controles a los pagos a las gestantes, ni estadísticas. Operando el libre mercado, no hay información clara sobre los precios.⁶⁵ Con la intermediación de agencias o clínicas de fertilidad parece claro que éstas controlan los aspectos contractuales. Algunas clínicas ofrecen planes desde USD 62,000 con un servicio de "lavado de espermia" para portadores de VIH⁶⁶ o desde USD 65,000.⁶⁷ Ambas opciones incluyen los gastos de servicios jurídicos. Otra institución afirma que la subrogación por parte de homosexuales puede

⁶⁴ Sección 8.1; González de Cancino, Emilssen, *op. cit.*, pp. 412-414, hace un detenido análisis crítico de estos requisitos y condiciones.

⁶⁵ Según un artículo del diario *El Tiempo*, en Colombia "se consiguen úteros desde los 5 millones [USD 1,389 circa] hasta los 40 millones de pesos [USD 11,100, aproximadamente] [...] Al final, en el país, más los costos de los intermediarios, una pareja heterosexual termina pagando 100 millones de pesos [USD 27,800, aproximadamente], cifra que se incrementa a 300 millones [USD 83,300, aproximadamente] si el bebé lo solicitan parejas del mismo sexo", Santa Cruz, Diego, "En Colombia se alquilan vientres desde \$5 millones", *El Tiempo*, 2017. Disponible en: «<https://www.eltiempo.com/salud/como-funciona-el-alquiler-de-vientres-en-colombia-131472>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Según otra fuente periodística, en Colombia cuesta entre \$8,000,000 (USD 2,100) y \$10,000,000 (USD 2,600), Noticias Caracol, "¿Cuánto cuesta alquilar un vientre en Colombia?", *Noticias Caracol*, 2019. Disponible en: «<https://noticias.caracoltv.com/salud/cuanto-cuesta-alquilar-un-vientre-en-colombia>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Sin embargo, estos datos no son compatibles con las cifras sobre los costos de tratamientos de fertilidad: entre \$15,000,000 (USD 4,000) y \$20,000,000 (USD 5,300), SU-074, de 2020.

⁶⁶ Tammuz Family: «<https://www.tammuz.com/es/plan-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁶⁷ Fertility Center: «<https://fertilitycentercolombia.com/gestacion-subrogada-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

costar entre USD 80,000 y 100,000 menos de lo que cuesta en Estados Unidos.⁶⁸ Otra agencia afirma que en "Colombia no está permitida la gestación subrogada comercial, y es por ello que las madres subrogadas que acceden a formar parte de un programa lo hacen a través de una fundación de ayuda a las mujeres creada por la clínica de fertilidad, recibiendo los pagos como ayudas, pero nunca como pago por sus servicios", y ofrecen un programa que garantiza el nacimiento de un bebé por €58,000 y otro que garantiza el nacimiento de dos bebés, de dos gestantes distintas por €96,000.⁶⁹

En el caso reportado en la sentencia de 2009, el médico informa a los comitentes:

el arreglo económico que finalmente aceptaron [la gestante y su familia] es de \$650,000 [USD 180, aproximadamente] mensuales y no de \$800,000 [USD 220, aproximadamente]. Yo les expliqué el esfuerzo que uds. han hecho y lo que han invertido. Este dinero se comienza a enviar en el momento que tenga prueba de embarazo positiva y embarazo comprobado ecográficamente. Al final los 9 millones [USD 2,500, aproximadamente] pactados, más toda la atención médica y el nacimiento final de lo cual yo me encargo y arreglamos más adelante. Así es que logré la rebaja.⁷⁰

Luego de esa comunicación, en otras dos oportunidades les pidió el envío de dinero para "medicamentos, ecografías y exámenes durante el tratamiento", primero USD 800 y luego \$3,550,000 (USD 980, aproximadamente), con destino a la clínica. Sobre el acuerdo siguiente, según lo relatado en la sentencia, el comitente afirmó haber pagado \$14,208,750 (USD 3,950, aproximadamente) antes de que la gestante se arrepintiera de entregar a los niños.⁷¹

⁶⁸ Surrogacy Colombia: «<https://surrogacycolombia.com/gay-surrogacy/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁶⁹ Go for baby: «<https://www.go4baby.com/gestacion-subrogada/colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁷⁰ Sentencia T-968, de 2009, punto 14, sección I. Antecedentes.

⁷¹ *Ibidem*, punto 2, sección II. Consideraciones y fundamentos jurídicos.

En relación con los servicios incluidos en el precio, pareciera existir uniformidad en términos de incluir los costos de la técnica, aseguraciones, cuidados neonatales y gastos legales, con garantías de éxito que prometen devolución integral de los costos asumidos si después de un tiempo determinado no se logra el embarazo. También hay planes que ofrecen doble garantía, lo que implica un embarazo gemelar o "dos procesos paralelos de subrogación".⁷² Adicionalmente, hay oficinas de asesoría jurídica que ofrecen servicios de representación legal y apoyo con el contrato, registro civil, impugnation de maternidad y permiso de salida del país.⁷³

C. Paternidad y maternidad legal al momento del nacimiento y transferencia de la paternidad o la maternidad

Ante el vacío jurídico, las personas nacidas en virtud de la gestación por subrogación gozan de un marco constitucional de protección, pues el artículo 42 de la Constitución consagra la igualdad de todos los hijos, incluidos los procreados "con asistencia científica". Además, existe el principio de prevalencia de sus derechos bajo el de corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y la familia (artículo 44). Por su parte, el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098, de 2006 [CIA]) superó el modelo de la situación irregular para dar entrada al de protección integral⁷⁴ (artículo 7, CIA), reconoce el interés superior y prevalente de los niños (artículos 8-9, CIA); sus normas son de orden público, irrenunciables, preferentes (artículo, 5 CIA) y se deben interpretar de conformidad

⁷² Go for baby: «<https://www.go4baby.com/gestacion-subrogada/colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Fertility Center ofrece un "Plan de Maternidad Subrogada Garantizado", con la opción de escoger un plan simple (gestación de un bebé) o doble (gestación de dos bebés): «<https://fertilitycentercolombia.com/maternidad-subrogada/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Tammuz dos gestaciones paralelas «<https://www.tammuz.com/es/plan-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁷³ Como AGT Abogados: «<https://www.agtabogados.com/ppclp/vientre-en-alquiler-o-maternidad-subrogada/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁷⁴ Cfr. Tobón Berrío, Luz Estela y Isaza Gutiérrez, Juan Pablo, "Tensiones en el marco ideológico de la construcción de los derechos de los niños en la Convención de 1989", *Jurídicas* 1, 2021, pp. 109-120. Disponible en «<https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.7>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

con los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 6, CIA).

Así, en un caso de gestación por sustitución las autoridades tendrán que evitar la separación de la familia, garantizar la certeza de su filiación, permitir las relaciones significativas con sus parientes, garantizar la información para conocer sus orígenes biológicos y no obstaculizar el reconocimiento de su nacionalidad ni de su personalidad jurídica.

Ahora bien, para hacer la inscripción en el Registro Civil de nacimiento se debe presentar "certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles" (artículo 49, Decreto 1260, de 1970). En caso de que se presenten documentos o declaraciones falsas para certificar un falso parto, que es una causal de impugnación de la maternidad (artículo 335, CC), se incurriría en los tipos penales de supresión, alteración o suposición del estado civil (artículo 238, Código Penal [CP]), obtención de documento público falso (artículo 288, CP) y falsedad personal (artículo 296, CP). No habría lugar a aplicar otros tipos ni existe información sobre la imputación de algún delito en virtud de la gestación por subrogación. Los proyectos de ley han pretendido la aplicación del tipo penal de trata de personas (188-A, CP) y de tráfico, compra, venta o comercialización de componentes anatómicos humanos (Ley 919, de 2004). Podría ser relevante también el tipo penal de inseminación artificial o transferencia de *óvulo* fecundado no consentidas, lo que sería difícil (artículo 187, CP).

En relación con la filiación, las reglas de atribución de la maternidad generan el mayor problema, pues madre es la que pare (artículos 90 y 335, CC; artículo 49, Decreto 1260, de 1970), con la única excepción de la madre adoptiva. Por ello la práctica tradicional no tendría cabida, mientras que la gestacional con material genético de la comitente sí, pues registrando como madre a la gestante, se podrá impugnar la maternidad en

un proceso judicial en el que se presente prueba de ADN.⁷⁵ Ello porque en Colombia se privilegia la base genética de la filiación, lo que confirma la insuficiencia de la regulación sobre TRHA en materia de filiación.⁷⁶ Esto no sería posible con gametos de donante en virtud de la confidencialidad (artículos 33 y 36, Decreto 2493, de 2004), además de que si no existe ningún vínculo con la mujer comitente sería imposible que prosperara la impugnación de la maternidad.

Respecto de la paternidad, ésta se determina por presunciones (artículo 213, CC) que no tendrían lugar en este caso, pues si existiera relación de pareja entre la gestante y el comitente no se estaría ante una gestación subrogada. Más probable es que se haga el registro de hijo extramarital o el reconocimiento voluntario.

Así, al momento de registrar el nacimiento se informará el nombre del padre, quien deberá ser notificado dentro de los 30 días siguientes y podrá aceptar o rechazar el carácter de padre; en ese último caso, se remitirá al defensor de familia para que inicie la investigación de paternidad (artículo 2, Ley 45, de 1936). También se debe remitir la información al defensor de familia si el supuesto padre no comparece (artículo 59, Decreto 1260, de 1970). En la gestación por subrogación sería entonces necesario que se pacte la irrevocabilidad del consentimiento de la técnica y la gestación, para evitar que el padre desconozca la paternidad. En esta hipótesis, si el comitente aporta los gametos, podría iniciarse un proceso judicial de investigación de paternidad (artículo 386, Código General del Proceso [CGP]), pues la prueba de ADN permitiría atribuir la filiación; y en caso de que

⁷⁵ Artículos 386 del Código General del Proceso (CGP) y 7 de la Ley 75, de 1968. En Tammuz afirman que en el acta de nacimiento se registran al padre biológico y a la gestante, pero se comprometen a entregar firmado por la gestante "un documento legal del que renunciará a todos los derechos 'maternos'", «<https://www.tammuz.com/es/plan-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁷⁶ González de Cancino, Emilssen, *op. cit.*, p. 410. No quiere decir que nunca se pueda "desconocer" la realidad genética. En Colombia se reconoce la posesión notoria del estado civil de hijo, que se tiene probado si ha perdurado por al menos cinco años continuos (artículos 397 y ss., CC). Ésta no sería una solución idónea, por las dificultades respecto de la nacionalidad, la afiliación al sistema de seguridad social en salud, el acceso a la educación y, en general, el ejercicio de los derechos.

se rehúe a practicársela, se establece la presunción de la paternidad en su contra (artículo 386, núm. 2, CGP). Sería más problemático si la técnica se hiciera con gametos de donantes, pues no sería posible probar el vínculo genético con los comitentes ni sería coercible la recepción del neonato por parte de los comitentes. El hombre también puede hacer reconocimiento voluntario e irrevocable del niño (artículo 2, Ley 45, de 1936), para lo cual basta la declaración.

Respecto de posibles cambios en la filiación, si se inscriben como progenitores a la gestante y al comitente y se impugna la maternidad,

definida legalmente la paternidad o la maternidad natural, o ambas[...] el funcionario[...] procederá a corregirla y a extender una nueva acta con reproducción fiel de los hechos consignados en la primitiva, debidamente modificados, como corresponda a la nueva situación. Los dos folios llevarán anotaciones de recíproca referencia.⁷⁷

D. Elegibilidad para la gestación por subrogación

En virtud de la falta de regulación y datos precisos, cada institución o agencia pareciera establecer exigencias determinadas que, sin encontrar fundamento jurídico, condicionan los acuerdos. Por ejemplo, hay quienes excluyen a mujeres solteras o parejas de mujeres y exige que el hombre aporte el material genético, sea soltero o en pareja, homosexual o heterosexual.⁷⁸ También se ofrece como una alternativa para parejas homosexuales⁷⁹ u hombres solteros o portadores de VIH.⁸⁰ Hay quien exige la existencia de un problema fisiológico para concebir, que la gestante no

⁷⁷ Artículo 60, Decreto 1260, de 1970.

⁷⁸ Go for baby: «<https://www.go4baby.com/gestacion-subrogada/colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁷⁹ Celagem: «<https://celagem.com/amor-incondicional/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁸⁰ Tammuz: «<https://www.tammuz.com/es/plan-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

aporte los gametos, que sea altruista; que la gestante sea mayor de edad, que esté en buenas condiciones de salud, que tenga hijos, que se someta a los exámenes médicos y psicológicos necesarios, que no se retracte una vez que haya firmado el contrato y haya sido fecundada, que no interrumpa el embarazo salvo por indicación médica y que los comitentes no puedan rechazar al neonato.⁸¹

Respecto de las gestantes, pareciera ser común que deban ser madres, con al menos un embarazo saludable, al tiempo que son sometidas a pruebas físicas y psicológicas para garantizar su salud⁸² y cuenten con acompañamiento durante todo el proceso.⁸³

La información más precisa sobre criterios de elegibilidad de las gestantes la ofrece el cuestionario del sitio Babynova, que permite postularse como gestante subrogada. Son causales de rechazo tener más de 40 años, no haber tenido nunca embarazos o haber tenido más de tres, que la fecha del último parto o aborto sea de seis meses anteriores o menos, no tener hijos vivos, haber tenido tres o más abortos, haber tenido tres o más cesáreas, pesar 70 kilos o más; tener antecedentes de hipertensión, diabetes, hipotiroidismo, hipertiroidismo, depresión, psicosis o algún otro antecedente psicológico o psiquiátrico, de consumo de drogas, cigarrillo o consumo frecuente de alcohol o alcoholismo.⁸⁴

En relación con la donación de gametos, el ordenamiento colombiano no prevé donación con destino a gestación por subrogación, por lo que las reglas se consagran en función de la práctica de las TRHA: Decreto 1546, de 1998, que define (artículo 2) los donantes de gametos o preembriones,

⁸¹ Surrogacy Colombia: «<https://surrogacycolombia.com/surrogacy-law/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁸² Fertility Center: «<https://fertilitycentercolombia.com/maternidad-subrogada/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; Celagem: «<https://celagem.com/amor-incondicional/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁸³ Tammuz: «<https://www.tammuz.com/es/plan-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁸⁴ Baby Nova: «<https://donantes.babynova.com.co>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

homólogos y heterólogos, la receptora de gametos o preembriones y las unidades de biomedicina reproductiva, así como los requisitos para ser donantes, exclusiones (artículos 44 y 46) y exámenes obligatorios (artículo 45).

Bibliografía

Alarcón, Fernando, "El negocio jurídico de maternidad por sustitución en la gestación", en *Memorias del Primer seminario franco-andino de derecho y bioética*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Beetar Bechara, Brajim, "La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente", *Revista Socio-Jurídicos* 2, 2019, pp. 135-166. Disponible en: «<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Cárdenas Gómez, Olga Carolina, Arias Escobar, Juliana y Mendieta Montoya, Mariana, "El modelo biogenético y la bilateralidad parental en Colombia según los cambios generados por las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho (Valdivia)* 2, 2019.

Carreño López, Diana, Pedraza Lizarazo, Rolando Javier y Quiroga Flórez, Sergio Daniel, "Posturas sobre alquiler de vientre en Colombia y en el mundo", *Visión*, 5, 2017.

Daza Coronado, Sandra Milena, *La mujer como sujeto de especial protección constitucional en la elección a la maternidad subrogada en Colombia*, tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2019.

García Capilla, Diego y Cayuela Sánchez, Salvador, "Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía", *Revista de Filosofía* 1, 2020.

García del Río, María Stella, *La gestación subrogada. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*, Bogotá, Ibáñez, 2014.

Gómez Chiquiza, María Eugenia, Rueda, Natalia, González de Cancino, Emilssen, Ospina, Mario Andrés, Santamaría, Enrique y Useche Meneses, Margarita, "3. Derecho de familia. El proyecto desconoce el bloque de constitucionalidad y no representa la realidad de las familias en Colombia", en Chinchilla Imbett, Carlos Alberto, Fortich, Silvana, Rodríguez Olmos, Javier Mauricio y Rueda, Natalia (coords.), *Concepto: observaciones críticas sobre el proyecto de Código civil presentado por la Universidad Nacional*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2020. Disponible en: «<https://observatorio.codigocivil.uexternado.edu.co/2020/10/23/observatorio-presenta-concepto-al-ministerio-de-justicia-sobre-proyecto-de-codigo-civil-de-la-u-nacional/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

González de Cancino, Emilssen, "Maternidad por encargo", en González de Cancino, Emilssen, Cortés Moncayo, Edgar y Navia Arroyo, Felipe (eds.), *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), concepto No. 23, 01.06.2020, p. 2. Disponible en: «https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/normatividad/23-_concepto_no-23-listo-para-web.pdf». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Lamm, Eleonora y Rubaja, Nieve, "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global", *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas* 37, 2016.

Lobo Garrido, Gustavo, "Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada o por sustitución en el marco de la teoría del negocio jurídico en Colombia", *Summa Iuris* 1, 2019. Disponible en «<https://doi.org/10.21501/23394536.3276>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Londoño Quiroz, Jeisson Leonardo, "Estado jurídico del contrato en el argumento de la maternidad subrogada en Colombia", en Moreno Pardo, Maryory (coord.), *Sujetos de especial protección constitucional y otras reflexiones jurídicas: Avances de investigación jurídica y sociojurídica*, Medellín, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, 2018.

Marín Vélez, Gustavo Adolfo, "El arrendamiento de vientre en Colombia", *Opinión Jurídica* 3, 2003.

Martínez -Muñoz, Karol y Rodríguez -Yong, Camilo, "La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica", *Revista Jurídicas* 1, 2021. Disponible en: «<https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Miguel, Ana de, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2020.

Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución número 228 de 2020. Disponible en «https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%20228%20del%202020.pdf». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Muñoz Gómez, Diana, "Biotecnologías reproductivas y el rol del Estado; el caso de la maternidad subrogada en Colombia", en Muñoz Gómez, Diana, (comp.), *La persona on-off. Desafíos de la familia en la cuarta revolución industrial*, Chía, Universidad de la Sabana, 2020.

Noticias Caracol, "¿Cuánto cuesta alquilar un vientre en Colombia?", *Noticias Caracol*, 2019. Disponible en: «<https://noticias.caracoltv.com/salud/cuanto-cuesta-alquilar-un-vientre-en-colombia>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Nussbaum, Martha, *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Bogotá, Paidós, 2020.

Pinzón Marín, Inés Yohanna, *Filiación en la gestación de vida humana por sustitución de vientre*, Ibagué, Universidad del Tolima, 2020

Pinzón Marín, Inés, Rueda Barrera, Eduardo y Mejía Patiño, Omar, "La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre", *Revista de Derecho y Genoma Humano* 43, 2015.

Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos: «<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/LIBRO%20POLITICA%20SEXUAL%20SEPT%2010.pdf>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Resolución 1841, de 2013, Ministerio de Salud y Protección Social. Disponible en «<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/PSP/PDSP.pdf>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Rincón Castellanos, Ximena, "¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia", *Derecho PUCP* 69, 2012.

Santacruz, Diego, "En Colombia se alquilan vientres desde \$5 millones", *El Tiempo*, 2017. Disponible en: «<https://www.eltiempo.com/salud/como-funciona-el-alquiler-de-vientres-en-colombia-131472>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Tobón Berrío, Luz Estela y Isaza Gutiérrez, Juan Pablo, "Tensiones en el marco ideológico de la construcción de los derechos de los niños en la Convención de 1989", *Jurídicas* 1, 2021, pp. 109-120. Disponible en «<https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.7>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Vásquez Aguirre, Alba Magaly y Ortiz Gómez, Gloria María, "De la maternidad subrogada o alquiler de vientre en Colombia", *Revista Pluriverso* 1, 2013.