

Contrato de gestación subrogada en Colombia: un análisis de los requisitos de validez y ejecución desde los principios generales del derecho contractual.

María Camila Mantilla Miranda

Alfonso Rodrigo Alvarado Torres

Director de Trabajo de Grado: Ph.D. Erick Ricardo Valdés Meza

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Tunja, junio de 2022

Tabla de contenido

Introducción	7
Capítulo I: Concepto de Gestación Subrogada y los mecanismos para su materialización	11
Reproducción humana asistida	11
Inseminación artificial	12
Fecundación extracorpórea o <i>in vitro</i>	12
Gestación subrogada.....	14
Antecedentes históricos sobre la gestación subrogada.....	15
Concepto y determinación de la gestación subrogada	17
Concepto	18
Clases.....	19
Causas que generan la necesidad de la regulación del contrato de gestación subrogada.....	21
Diversificación de la tipología de familia.....	21
Infertilidad vs. Esterilidad.....	24
Avances científicos	26
Capítulo II: Filiación y Gestación Subrogada	29
La gestación subrogada: una pseudo-filiación	29
Concepto de filiación en relación con la gestación subrogada	29
Clases de filiación en el ordenamiento colombiano	30
Prueba de la filiación.....	31
¿Qué es el ADN?	31
Maternidad vs. Filiación vs. Gestación subrogada	33
Impugnación de la maternidad vs la gestación subrogada	35
Legitimación por activa para impugnar la maternidad en el contexto de la gestación subrogada ...	37
Impugnación del propio hijo en la gestación subrogada	39
Efectos de la impugnación de la maternidad en la gestación subrogada.....	40
Filiación por adopción vs filiación por gestación subrogada	42
La adopción requiere una sentencia vs gestación subrogada.....	43
Capítulo III: Perspectiva comparada del contexto jurídico del contrato de gestación subrogada a la luz de los principios generales del derecho.....	45

	3
Legislación sobre gestación subrogada en México	45
De lo normativo y la Gestación Subrogada en México	46
De lo jurisprudencial y la Gestación Subrogada en México	51
Del análisis dogmático en la gestación subrogada en México	54
Legislación sobre gestación subrogada en EE.UU.	57
Tabla 1.	57
<i>Legislación sobre gestación subrogada en EE.UU.</i>	57
De lo normativo y la Gestación Subrogada en Estados Unidos de América	63
De lo jurisprudencial y la Gestación Subrogada en Estados Unidos de América.	69
Del análisis dogmático en la gestación subrogada en Estados Unidos de América.....	81
Capítulo IV: Estado actual del marco normativo respecto del contrato de gestación subrogada en Colombia la luz de los principios generales del derecho y convenios internacionales.....	82
Avances en la legislación colombiana en lo relacionado a la reproducción asistida y gestación subrogada.....	82
Aspectos Normativos:	85
La gestación subrogada y la Constitución nacional de Colombia	85
El Bloque de constitucionalidad y la Gestación Subrogada	86
Iniciativas legislativas sobre la gestación Subrogada en Colombia.....	88
Proyectos de Ley en Colombia sobre Maternidad Subrogada	89
Jurisprudencia sobre la materia aplicados en Colombia.....	92
Jurisprudencia Nacional	92
Jurisprudencia Internacional	95
Capítulo V: Lineamientos para la incorporación al ordenamiento jurídico colombiano del Contrato de Gestación Subrogada:	99
Denominación del “Contrato de Gestación Subrogada”: Diferencias con el contrato de alquiler y similitudes con el contrato de mandato	100
Elementos esenciales del contrato de gestación subrogada	102
Elementos naturales del contrato de gestación subrogada	109
Elementos accidentales del contrato de gestación subrogada.....	110
Características del contrato de Gestación Subrogada	110
Inclusión del contrato en el ordenamiento jurídico colombiano a efectos de establecer la filiación y registro civil de nacimiento	114
Contrato de gestación subrogada en Colombia.....	115

	4
Certificado de nacimiento	117
Conclusiones	122
Referencias	126

Lista de figuras

Figura 1. Composición del ADN.....	32
Figura 2. Impugnación de la maternidad vs gestación subrogada.....	35
Figura 3. Situaciones manifiestas en la ley 1060 de 2006.....	38
Figura 4. Impugnación del hijo en la gestación subrogada	39
Figura 5. Impugnación de la maternidad.....	40
Figura 6. Certificado de nacido vivo	119
Figura 7. Certificado de nacido vivo. Vista general.....	120

Lista de Tablas

Tabla 1. Legislación sobre gestación subrogada en EE.UU	57
--	----

Introducción

Los avances científicos y tecnológicos, producto de la globalización, han generado nuevos mecanismos que permiten materializar los derechos humanos, y de manera específica, la biociencia ha implementado nuevas tecnologías de reproducción humana asistida, las cuales dan la posibilidad a las personas de procrear por métodos distintos a los biológicos.

La técnica de fecundación *in vitro* ha abierto la posibilidad de construir familia por parte de parejas que tienen alguna condición médica la cual les imposibilita la procreación natural, y producto de la aplicación de esta técnica nace la figura de la gestación subrogada, la cual contempla escenarios en donde esta se desliga del concepto jurídico de filiación biológica.

Esta situación ha roto las barreras jurídicas preestablecidas para la determinación de la filiación y ha obligado a los Estados a generar regulaciones al respecto, bien sea autorizando dicha práctica, o prohibiéndola.

Al respecto, algunos Estados Federados de México como Tabasco y Sinaloa y otros de Estados Unidos como Vermont, New Hampshire, Maine, Rhode Island, Colorado, Washington, Louisiana, North Dakota, Wisconsin, Wyoming, Iowa, New York, Massachusetts, Connecticut, New Jersey, Delaware, Florida, Virginia, West Virginia, Texas, Missouri, Oklahoma, California, Illinois, Arkansas, Maryland, Utah, Pennsylvania, Ohio y Nevada, tienen regulaciones sobre la práctica de gestación subrogada, lo cual genera una seguridad jurídica para la aplicación de esta técnica en estos Estados federados.

En Colombia, el contrato de gestación subrogada no tiene regulación jurídica y, *grosso modo*, se establece a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que dicho contrato

no se encuentra prohibido, pero tampoco permitido en cualquiera de sus modalidades. Es así como a través de la sentencia T- 968 de 2009, la Corte Constitucional exhorta al Congreso de la República a establecer los parámetros normativos para su perfeccionamiento y ejecución. Sin embargo, a la fecha y a pesar de haberse tramitado proyectos de ley a fin de dar cumplimiento a las precisiones de la Corte Constitucional, no se ha establecido una normatividad específica que llene el vacío jurídico existente sobre este tema, lo cual no implica que no pueda nacer a la vida jurídica una regulación contractual para este tipo de casos, siempre se tengan claros ciertos parámetros.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico carece de herramientas normativas que determinen con exactitud el contenido contractual del contrato de gestación subrogada, limitándose a la interpretación de normas constitucionales- Artículo 42 de la Constitución Política-, la estipulación contenida en los artículos 15, 16 y 1602 del Código Civil y lo establecido a través de jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-968 de 2009. Toda esta situación claramente revela un vacío normativo respecto de las eventuales responsabilidades adquiridas por cada una de las partes y las consecuencias jurídicas en cuanto a su incumplimiento.

Sin embargo, haciendo un análisis de este tema, desde la perspectiva de los principios generales del Derecho aplicados al contrato de gestación subrogada, teniendo como eje central la aplicación de los principios de autonomía de la voluntad, buena fe, igualdad, inmutabilidad, consensualismo, obligatoriedad, dignidad humana y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; queda claro que la falta de regulación en Colombia sobre el tema genera inseguridad jurídica a efecto de determinar la filiación.

La presente investigación se enfocará en el estudio detallado de los elementos esenciales y naturales del contrato de gestación subrogada, así como en los requisitos mínimos para la ejecución del mismo, desde la perspectiva de los Principios Generales del Derecho Contractual; todo el proceso se ejecutará mediante una investigación jurídica de tipo analítico, teórico y propositivo, cuyo resultado dará los parámetros de aplicación del contrato de gestación subrogada, con el fin de que este sea viable jurídicamente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentra que esta tesis tiene como objetivo general el proponer lineamientos para la regulación y aplicación, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, del contrato de gestación y subrogada a la luz de los principios generales del derecho. Para ello, se establecen como objetivos específicos: determinar los alcances del concepto de maternidad subrogada y los mecanismos para su materialización; establecer en perspectiva comparada, el contexto jurídico del contrato de gestación subrogada a la luz de los principios generales del derecho; caracterizar el estado actual del marco normativo respecto del contrato de gestación subrogada en Colombia a la luz de los principios generales del derecho y convenios internacionales, y por último, proponer lineamientos para la regulación del Contrato de Gestación Subrogada en Colombia, a efecto de dar seguridad jurídica a las partes contractuales dentro del contrato de gestación subrogada.

De igual manera es posible afirmar que el trabajo se encuentra estructurado en cinco capítulos; en el primer capítulo hace una precisión conceptual de la reproducción humana asistida, los antecedentes históricos de la gestación subrogada, su concepto y determinación. En el segundo capítulo se efectúa un análisis referente a las generalidades de la filiación, la

relación del concepto de filiación y gestación subrogada, las clases de filiación; de igual forma, se establece una diferencia entre los conceptos de maternidad, filiación y gestación subrogada; impugnación de la maternidad Vs la gestación subrogada, generalidades de la filiación y adopción.

En el tercer capítulo se hace un análisis de la perspectiva comparada de la gestación subrogada en los países de México y Estados Unidos, mientras en el cuarto capítulo se analiza el estado actual del marco normativo del contrato de gestación subrogada a la luz de los principios generales del derecho y convenciones internacionales. Por último, en el quinto capítulo, se presentan los lineamientos para la incorporación al ordenamiento jurídico Colombiano del Contrato de Gestación Subrogada.

A manera de conclusión, establecemos la necesidad de que se efectúe una regulación jurídica del contrato de gestación subrogada, en atención a los avances científicos y a la importancia de la familia, teniendo en cuenta la salud reproductiva de las personas y los vacíos jurídicos que se evidencian al momento de la ejecución del contrato, en cuanto a la determinación de la filiación.

Capítulo I: Concepto de Gestación Subrogada y los mecanismos para su materialización

Reproducción humana asistida

La humanidad se encuentra en constante proceso de evolución científica, lo cual abarca distintos entornos como el psicológico y el fisiológico entre otros y esto implica dar solución a problemáticas o necesidades de las personas.

En el ámbito reproductivo, dicha situación no ha pasado desapercibida; y al hacer un recuento general antropológico de la reproducción humana, se encuentra que, en cuanto a los procesos de embarazo y parto, estos no sólo se encuentran enmarcados dentro del ámbito biológico, sino que además se encuentran determinados por preceptos socioculturales. De este modo, con la evolución de la ciencia, estos se han ido tecnificando, generándose un proceso de medicalización en la atención al embarazo y el parto en algunas sociedades más evolucionadas. Es así como poco a poco se han ido desarrollando distintas técnicas que suponen un cambio en la concepción de la reproducción y de los agentes que intervienen en ella.

En la actualidad, no solo la reproducción biológica tiene como resultado un embrión que tenga viabilidad de supervivencia y que, en efecto, genere un nuevo ser, “sino que la inseminación genética con fines de procreación abre la puerta a que, a través de métodos como fecundación *in vitro*, congelamiento de gametos, entre otras técnicas, se genere vida extra-corpórea”. (Blazquez Rodríguez, 2005)

Así las cosas, se genera un nuevo término llamado “reproducción humana asistida”, el cual consiste en aquella reproducción donde un óvulo es fecundando por un espermatozoide, a través de un procedimiento distinto a la relación sexual humana (Escobar Fornos, 2007).

Dentro de las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran las siguientes:

Inseminación artificial

La inseminación artificial es la técnica de reproducción asistida en la que se introduce el semen en la vagina por medios instrumentales (Rodríguez, 1987), siendo esta una técnica de fecundación intra-corpórea.

Además, existen tres tipos de inseminación artificial, dependiendo el origen del esperma (Rodríguez, 1987):

- Inseminación artificial homóloga. En este tipo de fecundación se utiliza el semen de la pareja que se va a someter al tratamiento, por lo que no existe una donación de espermatozoides.
- Inseminación artificial heteróloga. En esta clase de inseminación se utilizan los espermatozoides de un donador para poder hacer el proceso de fecundación *in vitro*.
- Inseminación artificial biseminal. En este caso se mezclan los gametos masculinos de la pareja con la de un donador, esto con el fin de darle alguna participación a la pareja que, por problemas médicos, sus gametos no puedan fecundar.

Fecundación extracorpórea o *in vitro*

Se define como técnica de reproducción asistida, la cual involucra fecundación extracorpórea, en la cual se realiza “(...) el proceso de fecundación de un óvulo a través de un procedimiento médico de fecundación *in vitro*, el cual se implanta dentro del útero de la mujer

que va a llevar a cabo el proceso de gestación”. (Practice Committee of American Society for Reproductive Medicine, 2008)

En general:

(...) la técnica consiste inicialmente en una estimulación ovárica en la que, mediante el uso de distintos medicamentos por parte de la mujer, estos son aplicados de forma subcutánea o intramuscular, con la intención de obtener múltiples folículos, los cuales contienen los ovocitos, los cuales serán aspirados posteriormente vía vaginal, guiado por ultrasonido. (Practice Committee of American Society for Reproductive Medicine, 2008)

Esos ovocitos serán luego fertilizados en el laboratorio, mediante la técnica de fecundación *in vitro*, y una vez se conviertan en embriones de 3 o 5 días, “(...) serán transferidos a la cavidad uterina de la mujer gestante, para que culmine su proceso de crecimiento y desarrollo. Este proceso que generalmente dura alrededor de dos semanas es llamado un ciclo de fertilización *in vitro*”. (Practice Committee of American Society for Reproductive Medicine, 2008)

Ahora bien, entre las técnicas de reproducción asistida típicas se incluyen, según Cubillos (2013), las siguientes:

Transferencia Intratubárica de Gametos (GIFT) (p. 7). Es una técnica de reproducción asistida extracorpórea en la que el proceso de fecundación se desarrolla dentro del cuerpo de la mujer gestante, a través de la introducción de los óvulos y espermatozoides previamente extraídos en las trompas de Falopio de la mujer para que ahí se realice el proceso de fecundación.

Fecundación *in vitro*. La fecundación *in vitro* es un procedimiento médico mediante el cual el óvulo y el espermatozoide es fecundado a través de un procedimiento extracorpóreo para posteriormente implantarlo en el útero de una mujer. Se diferencia de la inseminación artificial, pues en este procedimiento la fecundación ocurre dentro del cuerpo de la mujer, es decir, es *intra corpórea*; en cambio en la fertilización *in vitro* la fecundación se realiza fuera del cuerpo de la mujer, es decir, es *extracorpórea*.

La fecundación puede ser homóloga o heteróloga, tal como lo menciona Loyarte:

La fertilización *in vitro* es homóloga, cuando las células germinales objeto del procedimiento pertenecen a una pareja de un mismo matrimonio, y la gestación ocurre en el útero de la esposa.

Por el contrario, la fertilización *in vitro* es heteróloga cuando:

- Alguna de las células germinales objeto del procedimiento no pertenecen a una pareja unida en matrimonio, o
- Cuando las células germinales proceden de la pareja unida en matrimonio, pero la gestación ocurre en el útero de una “madre portadora” a quien se le implanta el embrión. (Loyarte & Rotonda, 1995)

A esta última situación se le llama maternidad subrogada, y de ahí surge el contrato de gestación subrogada para regular este escenario.

Gestación subrogada

En este sentido se pueden tomar los argumentos que esboza Cubillos sobre el tema:

Se habla de gestación subrogada, al acuerdo por medio del cual una mujer se obliga a realizar el proceso de gestación y parto de un ser humano, sin que exista una filiación entre el nacido vivo y la gestante. Para ello se utiliza la técnica de fertilización in vitro, siendo los padres subrogados, quienes ejercerán la patria potestad respecto del menor; lo cual supone una disociación entre los conceptos de filiación genética, filiación biológica, y filiación social.

La gestación subrogada puede darse en tres escenarios:

- Cuando dentro del proceso de gestación no se utilizan los gametos- óvulos de la mujer gestante, sino los gametos de la pareja contratante.
- Cuando dentro del proceso de gestación no se utilizan los gametos- óvulos de la mujer gestante, ni los gametos de la pareja contratante.
- Cuando dentro del proceso de gestación la mujer gestante dona sus óvulos, y se utilizan los gametos del hombre de la pareja. (2013)

Estos escenarios dan lugar a la necesidad de la regulación de esta práctica, para determinar quién tendrá los derechos y deberes parentales sobre el menor.

Antecedentes históricos sobre la gestación subrogada

La historia del contrato de gestación subrogada se remonta al año 1975 en California, Estados Unidos, cuando se publica un anuncio en un periódico, en el cual una pareja estéril solicitaba a una mujer, que quisiera ser inseminada artificialmente y llevara a cabo el proceso de gestación por cuenta de los solicitantes, a cambio de una remuneración de tipo económico.

Posteriormente, se comenzó a especializar esta rama y se crearon distintas organizaciones con el fin de servir de intermediarios entre los contratantes y las mujeres gestantes. (García del Río, 2014)

Es así como en el año 1980, el Doctor Richard Levin, de la ciudad de Louisville del Estado de Kentucky, Estados Unidos, abre una Asociación de Maternidad por “Sustitución” y organiza contratos de maternidad sustituta, aceptando para el servicio de madres por sustitución “sólo a mujeres casadas que ya tengan sus propios hijos”. Estas deben, como afirma García del Río, someterse a examen físico y psiquiátrico y comprometerse, mediante un contrato, a abstenerse de fumar, tomar licor, ingerir drogas durante el embarazo y entregar el niño cuando nazca; además la pareja y la madre por encargo no se conocen. (2014, pág. 25)

En el siglo XX, esta postura propendía que la sociedad adaptara una postura de apertura frente a la maternidad sustituta, con lo cual se generaron soportes legales bajo contratación, siendo exigencia ciertas condiciones de comportamiento moral para ejercer esta actividad.

Un caso emblemático, que derivó el pronunciamiento ante tribunales, y de allí un giro tanto para los roles que participan a futuro, fue el siguiente:

El Caso de la niña Melissa Elizabeth Stern, conocida como “Baby M.”, ocurrió en el Estado de New Jersey (Estados Unidos), a inicios de los 80. El matrimonio integrado por William Elizabeth Stern contrató a la señora Mary Beth Whitehead, de 29 años y madre de dos hijos, para que permitiera ser inseminada artificialmente con semen del señor Stern, a cambio de tal servicio se le entregarían 10.000 dólares y al término de la gestación, la señora Whitehead debía entregar el bebé al matrimonio Stern. Una vez nacida la niña, la Whitehead se negó a entregarla al matrimonio Stern. En marzo de

1987, el juez de primera instancia declaró la validez del contrato, ordenando la entrega de la niña a su padre biológico (Sr Stern), y la autorización para la adopción por parte de la señora Stern, que se integraría con la paternidad de su marido. La señora Whitehead apeló la sentencia del 3 de febrero de 1988, declarándose la nulidad por la Corte Suprema de New Jersey, señalando que no podía alterarse a través de un negocio la maternidad, estableciendo la custodia de la niña al matrimonio Stern y derecho a visitar a la niña a la señora Whitehead. (García del Río, 2014)

Ante el auge de la figura, y retomando las palabras de Álvarez Plaza & Pichardo Galán, esto llevó a retos dados los vacíos legales al respecto. En el caso expuesto la jurisprudencia se gestaron límites y efectos sobre la particularidad que un contrato no está llamado a cubrir, máxime cuando median aspectos de afecto y vínculo natural, puesto que no se trata de una actividad cotidiana engendrar para otros y recibir una suma de dinero por ello. Al igual, como suele verse normal donar espermatozoides a bancos para la inseminación artificial, sin conocer el origen y las condiciones del donante. (2017).

Concepto y determinación de la gestación subrogada

Sobre el inicio de la vida humana, se recuerdan los hechos embriológicos y genéticos con los cuales los científicos aseguran que en la fecundación se inicia una nueva vida humana.

La práctica de “la gestación subrogada” podría considerarse relativamente como una novedad, desde el punto de vista de la aplicación de la técnica médica y la práctica social, no así, de su ocurrencia y aceptación en la comunidad.



Concepto

Son varias las aproximaciones al concepto de gestación subrogada, entre ellas se destaca la de Rodríguez-Yong y Martínez-Muñoz:

El contrato de gestación subrogada ha sido definido como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la espermia y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero. (2012)

Asimismo, la Corte Constitucional en su sentencia T-968 de 2009 lo define 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 este. (2009)

A manera de crítica de los conceptos anteriormente enunciados, se establece que la mujer gestante no cede los derechos sobre el bebé nacido, pues en virtud del contrato de gestación subrogada, se pone de precedente la ausencia de cualquier vínculo filial entre la gestante y el bebé nacido, rompiendo de esta manera con la presunción de filiación biológica entre ellos antes de que en efecto se produzca el parto. Por este motivo, al momento de dar un concepto sobre este contrato, debe dejarse de lado este supuesto.

En este sentido, el contrato de gestación subrogada podría definirse como aquel documento en el que una mujer se obliga a llevar a cabo el proceso de gestación de un

embrión, el cual es implantado mediante el uso de la técnica de fecundación *in vitro* o transferencia intratubárica de gametos. Este embrión no posee carga genética de la mujer gestante, y luego una vez nazca el bebé, lo deberá entregar a los padres contratantes, quienes tienen la patria potestad sobre el bebé nacido, en virtud del acuerdo pactado, así sólo uno de los padres contratantes comparta material genético con el bebé.

Esta definición conlleva a efectuar un análisis respecto de la materialización de este acuerdo, al momento de efectuar el Registro civil de nacimiento del menor, que es el documento que formalmente sirve como prueba de la filiación para el ejercicio de la patria potestad y el cual será visto y analizado en los capítulos posteriores de manera superficial.

Clases

Al respecto se puede afirmar que el contrato de gestación subrogada o mal llamado contrato de alquiler de vientre, se puede clasificar de la siguiente manera, atendiendo al tipo de acuerdo que se llegue entre las partes:

De acuerdo con el uso de gametos de la mujer gestante. Se puede clasificar de la siguiente manera:

Subrogación tradicional o parcial. Es aquel acuerdo de subrogación en el que se utiliza óvulos de la mujer gestante, por lo que compartiría material genético con el nasciturus, y su fecundación se realiza bien sea de manera asistida por medio de fecundación *in vitro* o transferencia intratubárica de gametos, o de manera biológica mediante el acto sexual. De acuerdo con la normatividad vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, este tipo de subrogación no se enmarca en las pautas establecidas,



por lo que no se puede considerar un acuerdo de gestación subrogada válido, ya que de conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional T-968 de 2009, los óvulos de la mujer gestante no deben ser utilizados en el proceso de fecundación a efecto de impedir que la mujer gestante comparta material genético con el nasciturus, y no debe mediar acto sexual entre el padre contratante y la mujer gestante.

Subrogación gestacional o completa. Acuerdo de subrogación en el que no se utilizan óvulos de la mujer gestante por lo que otra mujer es la madre genética del niño. El embarazo se produce a través de un procedimiento de Fecundación *in vitro*, ya sea utilizando los óvulos de la madre futura o donados.

De acuerdo con la contraprestación a favor de la mujer gestante. Se tiene:

Subrogación altruista. Acuerdo de subrogación en el que a la mujer gestante no recibe remuneración económica como contraprestación a la gestación del nasciturus, por lo que los padres subrogados sólo deben asumir los gastos que tengan relación con el proceso de la gestación y parto.

Subrogación onerosa. Acuerdo de subrogación en el que la mujer gestante si recibe remuneración económica como contraprestación a la labor de la gestación por parte de los padres subrogados.

De acuerdo con la nacionalidad de las partes contractuales. Se encuentra:

Subrogación nacional. Es aquel acuerdo de subrogación en el que las partes del contrato tienen el mismo lugar de domicilio.

Subrogación transfronteriza. Es aquel acuerdo de subrogación en el que las partes del contrato tienen distintos lugares de domicilio, y generalmente los acuerdos se efectúan a través de agencias especializadas en el asunto.

Causas que generan la necesidad de la regulación del contrato de gestación subrogada

Diversificación de la tipología de familia

De conformidad con la Constitución Política colombiana artículo 42:

(...) la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

El concepto de familia ha venido teniendo transformaciones en cuanto al reconocimiento de diversos tipos de familia, que requieren de una especial protección constitucional, encontrándose la siguiente clasificación, la cual fue tomada directamente de la Sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional:

- Familia nuclear: aquella formada por la unión libre de un hombre y una mujer que conviven y tienen o no hijos; es la estructura familiar tradicional.
- Familia monoparental: aquella conformada por un adulto e hijo(s). esta estructura familiar puede ser voluntaria basado en un proyecto personal de vida en el que no se tiene como objetivo una relación de pareja, pero desea tener hijo, o puede ser producto de una separación, divorcio o por muerte de la pareja.
- Familia Homoparental: aquella formada por la unión libre de dos personas del mismo género que conviven, y tienen o no hijos.



- Familia Ensamblada: son las familias resultantes del ulterior matrimonio de personas con hijos de matrimonios anteriores. Se incluye el término de constelaciones familiares y permite la variabilidad en cuanto a la convivencia de los hijos y la existencia o no de hijos biológicos comunes.
- Familia Extendida: es aquella conformada por padres hijos y demás parientes que conviven. (Colombia. Corte Constitucional, 2011)

Asimismo, puede clasificarse la estructura familiar de acuerdo con el vínculo de los que la conforman, la cual se deriva de la división que existe entre la familia y la paternidad, como lo menciona Grau Rubio y Fernández Hawrylak (2015):

- Familia de origen biológico: aquellas familias cuyos progenitores son concebidos de forma biológica, basándose en el entendido común de que la madre que da a luz a un ser humano, se presume madre de aquel. En esta categoría se pueden ubicar aquellos casos en los que una pareja o una mujer utiliza métodos de reproducción a través de contratos donación de óvulos o espermatozoides, en los que se utiliza el método de inseminación *in vitro* siempre que uno de los gametos utilizados en dicho procedimiento provenga de la pareja o de la mujer según el caso, y se implanten en el vientre de la mujer que dará a luz y se considerará madre legalmente.
- Familia de origen no biológico o social: dentro de esta clasificación se pueden incluir a las familias ensambladas ya que sus vínculos no son consanguíneos sino de convivencia y solidaridad. También hacen parte de esta clasificación las



familias con hijos adoptivos, cuyos vínculos son legales basados en el interés superior del menor.

- Familia de origen genético: Aquellas familias que en la que los padres, a pesar de no dar a luz a su hijo, comparten la misma carga genética. Este es el caso de la maternidad subrogada, en la que a través de un contrato se pretende desvirtuar la presunción de maternidad. (Grau Rubio & Fernández Hawrylak, 2015)

A partir de esta clasificación es posible entender el efecto que genera en la estructura familiar la creación de nuevas técnicas de reproducción asistida, las cuales deben regularse ya que está en juego el pilar esencial de la sociedad que es la estructura familiar.

Además, es necesario comprender que las técnicas de reproducción asistida son un hecho transversal que puede suceder también en las estructuras tradicionales, monoparentales y homoparentales, y donde lo que generan estas técnicas es una distinción entre a distinción entre paternidad o maternidad social, biológica y genética.

En este sentido, en los casos de adopción y de segundas nupcias, existe una sustitución de los padres biológicos por los padres sociales. Pero, en el caso de las técnicas de reproducción asistida no hay sustitución, sino que hay distintos roles en donde se desfigura la conexión tradicional de filiación, en donde la filiación social, biológica y genética no sufría variación alguna: el (los) sujeto(s) que inicia(n) el procedimiento para ser padres son los padres legales y sociales; los donantes de espermia y/o óvulos son los padres genéticos; y la mujer que recibe el óvulo fecundado sería la madre biológica.

En este evento en el que concurren distintos sujetos que hacen parte de los componentes sociales, biológicos y genéticos, surge el interrogante respecto a quién de ellos tiene derechos y obligaciones paternofiliales respecto del menor, y de manera específica, en el contexto de la gestación subrogada en Colombia.

Infertilidad vs. Esterilidad

De acuerdo con la OMS y el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology, la infertilidad y esterilidad son considerados como enfermedades, las cuales impiden la procreación de seres humanos, pero se diferencian en cuanto a las causas que generan el impedimento.

En este sentido se tiene la siguiente cita:

La esterilidad se define como aquella imposibilidad para concebir luego de doce meses de relaciones sexuales constantes sin utilizar ningún método anticonceptivo en aquellas mujeres menores de 35 años, o luego de seis meses de relaciones constantes sin utilizar ningún método anticonceptivo en aquellas mujeres de 35 años o mayores. (Practice Committee of American Society for Reproductive Medicine, 2008)

Además, se agrega que los problemas de fertilidad afectan tanto a hombres como a mujeres, y existen muchas causas que las originan. Entre ellas se encuentran las siguientes, las cuales se exponen de manera general:



- **Masculina:** Se origina por padecimientos de enfermedades tales como varicocele¹, azoospermia², criptorquidea³, infección de las glándulas accesorias oligozoospermias⁴, entre otros, así como por factores inmunológicos y de tipo genético.
- **Femenina:** en el caso de las mujeres, existen trastornos hormonales tales como el síndrome de ovario poliquístico, la endometriosis⁵, sin dejar de lado la edad ya que entre más edad tenga la mujer, es menor la producción de ovocitos por lo que existe menor probabilidad de quedar en embarazo⁶, trastornos de ovulación ya sea por causas hormonales o congénitas, obstrucción de las trompas, entre otras.

En cambio, la infertilidad o “pérdida gestacional” se ha entendido como la incapacidad para generar gestaciones capaces de evolucionar hasta la viabilidad fetal.

Por tanto, este concepto engloba situaciones como el aborto de repetición, la muerte fetal intrauterina, el parto prematuro, etc. Según los estudios epidemiológicos más amplios, la esterilidad afecta al 15% de la población en edad reproductiva de los países occidentales, es decir, a una de cada seis parejas, y experimenta una evolución creciente- recurrente para designar este conjunto de procesos. (Practice Committee of American Society for Reproductive Medicine, 2008)

Esta diferenciación entre los conceptos de esterilidad e infertilidad son relevantes ya que de acuerdo con la jurisprudencia colombiana, la gestación subrogada sólo aplica para

¹ El varicocele es entendido como la dilatación anormal de las venas de los testículos.

² Se entiende como: ausencia de espermatozoides en el semen.

³ Es la ausencia de los testículos en la cavidad escrotal.

⁴ Se entiende como: número reducido de espermatozoides en el semen.

⁵ Es el crecimiento anormal del tejido que recubre el útero.

⁶ Se entiende como: a mayor edad, menor índice de fertilidad.

mujeres que tengan problemas de infertilidad, entendida como aquella incapacidad de generar gestaciones que tengan viabilidad de engendrar un bebé. En cambio, la esterilidad implica aquella incapacidad de poder hacer el proceso de fecundación, siendo en este caso mas factible optar por la adopción o por fecundación in vitro en el vientre de la mujer mediante donación de gametos, ya que los gametos de las parejas no son aptos para fecundar.

Para concluir, es pertinente manifestar que estos diagnósticos no solo generan implicaciones fisiológicas, sino que también pueden desarrollar en las personas problemas de tipo psicológico e incluso psiquiátrico, al tener gran relevancia la familia dentro del contexto social. Por este motivo, se hace necesaria la invención y aplicación de nuevas técnicas de fecundación, con el fin de salvaguardar la integridad de las personas que tienen este tipo de padecimientos, amparando de esta forma el derecho fundamental a conformar una familia y el derecho a una salud integral en relación con la vida digna.

Avances científicos

Con la creación del procedimiento de fecundación in vitro en 1984, se abrió la puerta a las parejas que no tenían la posibilidad de quedar en embarazo, siendo una técnica vanguardista que se expandió por todo el mundo debido al éxito obtenido.

Por lo tanto, debido al auge de esta técnica se presentan situaciones especiales que generan conflicto en la sociedad que no se encuentran regulados en el derecho tradicional, comoquiera que es característico el atraso del derecho respecto al contexto social actual en cual se encuentra en constante transformación debido a la globalización y a los constantes avances científicos.

Es por esto que se genera la necesidad de que el derecho intervenga a efecto de poder dirimir estos vacíos normativos que generan inseguridad jurídica en la aplicación de las nuevas técnicas científicas.

Eugenesia y la elección de qué recién nacido se quiere tener antes de su nacimiento.

Debido a los grandes avances en el campo de la medicina y la genética, es posible modificar los genes humanos para perfeccionar rasgos de embriones. Así, se ha venido creando un comercio en torno a este asunto, en el cual las personas podrían escoger desde qué rasgos físicos desean que sus hijos tengan, hasta modificar sus genes para evitar que sus hijos adquieran enfermedades y tengan una mayor inteligencia.

A lo largo de la historia de la humanidad, esta ideología se ha aplicado desde la época Bíblica, tal como se demuestra en el antiguo testamento de la biblia, en Libro Deuteronomio versículo 7:3 que indica: “y no emparentarás con ellos. No darás tu hija para su hijo, ni tomarás a su hija para tu hijo” y el Libro Esdras 9:2 que indica: “Porque han tomado de sus hijos para sí y para sus hijos, y la simiente santa ha sido mezclada con los pueblos de las tierras”.

De igual manera se encuentra evidencia de esto en la época de la Antigua Grecia, especialmente en las ciudades de Esparta y Atenas, donde los recién nacidos tenían que pasar por unas pruebas físicas que implicaban, en caso de no aprobarlas, ser abandonados; y también es el caso de la Alemania nazi, en donde se impulsaron leyes raciales con el fin de empoderar a una raza aria que sería superior a las demás.

En la actualidad se utilizan técnicas genéticas como el Diagnóstico de pre-implantación, y los experimentos en embriones humanos para fines distintos a la procreación,



combinadas con las técnicas de reproducción asistida, con el fin de descubrir alguna anomalía genética, y a partir de ahí decidir implantar o no el embrión⁷, o modificar su genética⁸.

⁷ Se entiende como: eugenesia en sentido negativo

⁸ Se entiende como: eugenesia en sentido positivo

Capítulo II: Filiación y Gestación Subrogada

La gestación subrogada: una pseudo-filiación

Los avances en la construcción de la normativa referente a la gestación subrogada en Colombia están en un retraso evidente, en contraste con los avances científicos sobre el tema, y se encuentra un vacío jurídico al respecto y que a través de la investigación se quiere poner en evidencia teniendo en cuenta el giro entre las relaciones humanas de la modernidad en el siglo XXI. Sobre ello García del Río (2014) opina:

Antes de profundizar en estos aspectos es oportuno precisar el comportamiento y las razones por las que una mujer permite y accede a la gestación subrogada y una pareja se adhiere a la misma para procrear descendencia. Las enfermedades u otras situaciones médicas en la mujer o el hombre no permiten la procreación natural; es por eso que se recurre a mecanismos que, si bien es cierto, no son tan usuales, son naturales del ser humano, como procrear a un menor en el caso de la adopción o acudir a la ciencia con propósitos estrictamente enfocados a tener una familia (p. 150).

Concepto de filiación en relación con la gestación subrogada

Según el diccionario de la lengua española, filiación, del latín *filius*, “hijo”, es la procedencia de los hijos respecto a los padres. O sea, “... Que es la unión o vínculo entre el padre o la madre, y el hijo, originado principalmente en la procreación”. (Piedrahita, 2017)

De acuerdo con este planteamiento, de la idea que lo precede se desprende “(...) el nexo en consideración a los padres primigenios, por los cuales se determinan los conceptos de

maternidad y paternidad, de los cuales nacen derechos y obligaciones tanto para los padres como para los hijos. (Benítez, 2017)

De conformidad con los anteriores planteamientos, la filiación se verifica entre la mujer gestante y el producto del parto. Sin embargo, la ciencia ofrece otras opciones que podría desestimar este concepto a fin de darle preeminencia a la familia, y que el mundo jurídico aun prevé elementos clásicos de tales cambios, como se exponen a continuación.

Clases de filiación en el ordenamiento colombiano

Obra como antecedentes, que la “Gestación Subrogada” contextualiza en la medida, en que el legislador dejó abierto el camino para establecer filiación a través de la familia formada por asistencia científica, reafirmandose luego la idea del legislador con la ley 29 de 1982.

En aras de darle cabida al pensamiento del constituyente de 1991, el artículo 42 inciso 6º, reza: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

Este apartado constitucional sirvió de fundamento a la Corte para que, en sentencia C-105 del 4 de marzo de 1994, considerara que la mención expresa de los hijos y padres legítimos que aparece en los artículos 61, 222, 244, 260, 422, 457 y otros más fuera inexequible. (Benítez, 2017)

Se puede concluir, en este sentido, que la familia como institución deslegitima la otrora clasificación discriminatoria de las clases de familia en legítima, legitimada e ilegítima. Hoy, tanto la familia que tiene como origen indistintamente del vínculo, se reconoce desde lo matrimonial, lo extramatrimonial, la adoptiva o la habida por medio de la asistencia científica, pero todas son legítimas.

Prueba de la filiación

En Colombia el legislador ha precisado como se determina probatoriamente la filiación. Sobre este aspecto, en La ley 721 de 2001 ha referido las prácticas de las pruebas con marcadores genéticos para establecer la maternidad o paternidad. Su articulado manda que, en todos los procesos para establecer la paternidad o maternidad, el juez debe ordenar la práctica de los “exámenes que científicamente determinen índices de probabilidad” superior al 99.9%. (Monroy Cabra, 2014, pág. 95)

En tal sentido, el proceso de filiación, teniendo como fuente la procreación asistida, no puede ser ajeno a la realidad social colombiana, puesto que, si bien opera la “gestación subrogada” con mayor impacto, se predica de la adopción que es una institución familiar plenamente validada. Ambas situaciones deberán verse a futuro como pares, toda vez que mejora el ambiente idóneo y apropiado para el normal desarrollo intelectual y socioemocional de la personalidad humana (Sentencia Corte Constitucional T- 278, 1994). Entonces, el legislador colombiano debería apropiarse de este vacío jurídico, proveyendo mecanismos para filiar al hijo habido mediante la asistencia científica, en casos como la “gestación subrogada”.

¿Qué es el ADN?

Algunos tratadistas han traído una descripción desde el cientifismo para dar a conocer que implica esta sigla [ADN], así se tiene:

El ADN o ácido desoxirribonucleico, es una molécula que tramite información genética. Es un polímero de cuatro bases nitrogenadas: adenina (A), guanina (G), timina (T) y citosina (C). Los mensajes de la herencia se trasmiten en el alfabeto de las

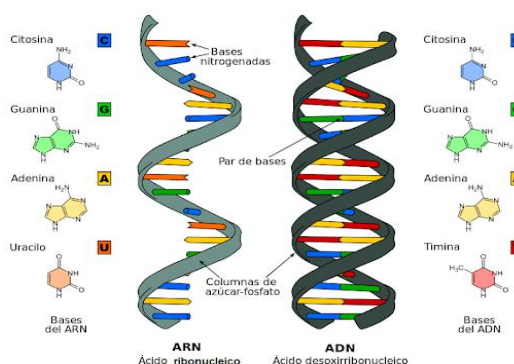
cuatro letras A, G, T, y C. las combinaciones de tres nucleótidos dan un código que traducen en aminoácidos. Con aminoácidos se construyen proteínas. (Benítez, 2017, pág. 484)

De otro lado, también se encuentra la definición que menciona:

Cada célula nucleada tiene 46 cromosomas, con excepción de las células del espermatozoides del hombre y el óvulo de la mujer, que contienen solamente 23 cromosomas. Las células sufren dos procesos, la mitosis (que es una división duplicación) y la meiosis (que es una reducción). Si en una célula llegan a existir más de 46 cromosomas, habrá alteraciones; por ejemplo, labios leporinos, falanges de un dedo más pequeñas; o el caso de síndrome de Down, que se genera por triploidía en el cromosoma 21. (Monroy Cabra, 2014, pág. 484)

A renglón seguido, se describe en detalle la composición del ADN (Ver imagen)

Figura 1.
Composición del ADN



Fuente: UNAM (sf) Temario Ciencias de la Vida y de la Tierra (apuntes de clase). Tomado de:
http://dione.cuaed.unam.mx/maquetacion/baunamAsignatura/modulo1_plantilla/asignatura/unidad3/bio4.html

De acuerdo con la imagen y los conceptos relacionados se debe mencionar que:

Al momento de la concepción, hay 46 cromosomas necesarios para crear la persona. Se recibe una mitad (haploide) de material ADN genético de la madre biológica, y la otra mitad del padre biológico. Los 46 recibidos se llaman diploides.

De los 23 cromosomas, los primeros 22 son autosómicos o somáticos; el otro, es sexual, que en el hombre puede ser X o Y, y en la mujer X. si el gameto masculino aporta el cromosoma Y, el nuevo ser será un hombre (XY); si aporta X, será mujer (XX). (Benítez, 2017, pág. 484)

Maternidad vs. Filiación vs. Gestación subrogada

En primer lugar, se considera la maternidad como un hecho notorio, entendido originalmente como un suceso que tiene respuesta y representación desde la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

En este sentido se encuentra el artículo 45 del decreto 1260 de 1970, el cual establece que la maternidad es un hecho ostensible y demostrable. De esta manera, la inscripción del nacimiento es, sin duda, una prueba del parto y si se discute la exactitud de la partida de nacimiento, hay que acudir al proceso judicial.

El planteamiento anteriormente enunciado, al día de la presentación del presente trabajo se encuentra vigente, motivo por el cual se ratifica el interés de la tesis en que los sucesos que se generan producto de los avances científicos tengan espacio, haciendo énfasis en

el caso de la gestación subrogada, cuya novedad radica en que en este procedimiento se sustituye a la “madre” biológica, por lo que el acto del parto no sería un medio probatorio idóneo en estos casos para demostrar la maternidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, una directriz que se aborda para darle profundidad al tema es la establecida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, particularmente en la sentencia T-339 de 1994, en sentido diverso al expuesto, en donde precisó la Corte Constitucional que: “Por maternidad, pues, se entiende el acto de ser madre, y dicho acto supone una volición, es decir, un querer ser, y una manifestación externa de ese querer”. Es decir, la maternidad no es únicamente un estado biológico, a secas.

Lo expuesto en la cita deja entrever que no solo maternidad es el parto, sino que refiere a la importancia de la espiritualidad, el animus de ser madre, legitimando tal estado, aunque puede surgir un límite cuando media el contrato de gestación subrogada.

Además, la maternidad es el elemento básico de toda filiación y se encuentra definida en el artículo 335 del Código civil colombiano: “como la circunstancia de ser una mujer la verdadera madre del hijo que se da como suyo”. (Monroy Cabra, 2014, pág. 45)

Siguiendo el contenido del artículo ibidem, se puede concluir que la maternidad supone dos requisitos: 1. que la mujer haya dado a luz un hijo, o sea, que se haya verificado el parto; y 2. que el pretendido hijo sea el producto del parto, esto es, la identidad del hijo. Así las cosas, el concepto de maternidad de dicho artículo sólo abarca la maternidad originada en un acto natural, más no la generada en un acto jurídico.

Ante lo referido, los requisitos iniciales [a. que la mujer haya dado a luz un hijo, o sea, que se haya verificado el parto; y b. que el pretendido hijo sea el producto del parto, esto es, la

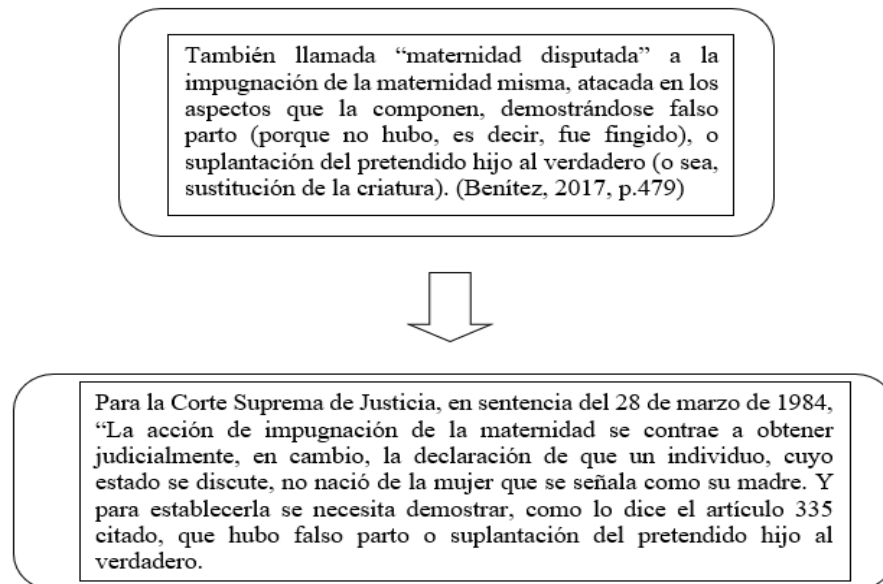
identidad del hijo], en los eventos en que la maternidad surge producto de un acto jurídico que, en este evento es un contrato, cambian; toda vez que en este escenario la maternidad se configura de manera imaginaria en el mundo legal, es decir, en este escenario se da por madre a quien no dio a luz y se cancela el rol de la que dio el alumbramiento, comoquiera que existe un contrato de gestación subrogada, lo cual es precisamente el tema que se pretende poner en consideración, de cambio a la realidad y sus efectos adversos.

Impugnación de la maternidad vs la gestación subrogada

El tema se ejemplifica en una versión de los últimos aspectos que el derecho prevé;

Figura 2.

Impugnación de la maternidad vs gestación subrogada



Fuente: elaboración propia

Conforme a lo expuesto en los esquemas, se puede verificar que la impugnación de la maternidad tiene lugar, cuando se determina que el parto fue fingido, esto es, falso parto, o

puede darse la posibilidad que el hijo fue cambiado al momento del parto. De estas premisas, se inicia el respectivo proceso para que previa demostración, se obtenga una declaración judicial que permita establecer: por un lado, el reconocimiento de la filiación materna de un derecho que le corresponde a una mujer que reclama y, por otro lado, la destrucción de la filiación materna existente, cuando de ella viene fungiendo una persona supuesta e ilegítimamente.

Ahora bien, si se visualiza cómo se impugnaría el acuerdo de gestación subrogada en Colombia, tendría que retrotraerse a la sentencia T-968 de 2009 que, en consideración de la Corte Constitucional, hace mención a la necesidad urgente de una regulación sobre la Gestación subrogada que al tenor dice:

Dentro del contexto se ha evidenciado la necesidad de una **“regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones”** como 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. (Colombia. Corte Constitucional, 2009)

Es decir, la Corte Suprema hace énfasis para los efectos de la gestación subrogada en el cumplimiento de ciertos requisitos como piezas claves para su conducencia. De no estar presente estos requisitos, podría dar lugar a que la familia biológica impugne la [maternidad contractual].

Sin embargo, y tal como se enuncia en los siguientes apartados del trabajo, se concluye que en el contexto de la maternidad subrogada no puede impugnarse la maternidad conforme a las normas procedimentales que se encuentran actualmente plasmadas en el ordenamiento jurídico Colombiano para ello; sino que la impugnación de la maternidad se haría efectiva mediante un proceso judicial tendiente a declarar la nulidad del contrato de gestación subrogada por ausencia de los requisitos establecidos para su conducencia por la Corte Constitucional.

Legitimación por activa para impugnar la maternidad en el contexto de la gestación subrogada

Sobre esta figura, la ley 1060 de 2006, ha previsto las siguientes situaciones que pueden elevar los interesados, para darle curso a la misma, a saber:



Figura 3.

Situaciones manifestadas en la ley 1060 de 2006

- a. El marido de la madre supuesta para desconocer la legitimidad del hijo.
- b. La madre supuesta, con el mismo fin y por un tiempo similar.
- c. Los verdaderos padres matrimoniales del hijo, para concederle a él o a sus descendientes los derechos de familia en la suya, en acción que pueden promover en cualquier época.
- d. La madre extramatrimonial, también en cualquier tiempo.
- e. A toda persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre sucesión testamentaria o ab intestato de los supuestos padre o madre.

Fuente: elaboración propia

Se encuentra fácil enunciar quién es titular de la impugnación de la maternidad en el ordenamiento civil colombiano, por existir interesados en tal propósito (ver recuadro). En primera medida la reclamante, que para el caso es la verdadera madre y el padre de la criatura, y lo que propende es restablecer el derecho filial.

Ahora, con relación a la gestación subrogada los interesados quizá y en gracia de discusión e interés de la investigación, sería **la madre biológica, junto con sus parientes en primer grado de consanguinidad en línea directa y, en segundo grado, en línea colateral o hermanos del menor**, por no encontrarse el acuerdo o contrato de conformidad con sentencia T-968 de 2009, dado que es una figura atípica y en construcción, desligándose del



planteamiento del ordenamiento jurídico, en lo que respecta a la filiación materna. (Subrayado

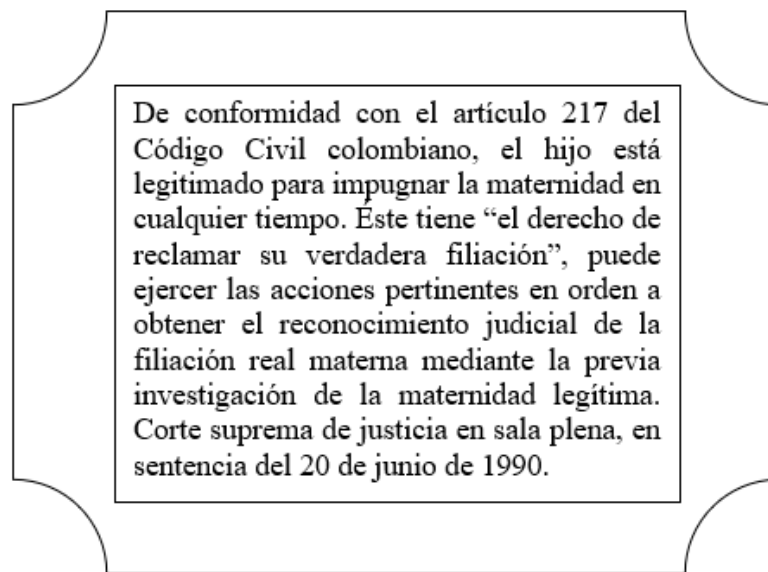
Hipótesis de Investigación)

Impugnación del propio hijo en la gestación subrogada

En este escenario, se analiza la impugnación de maternidad desde la perspectiva de la gestación subrogada respecto del hijo, en los siguientes términos:

Figura 4.

Impugnación del hijo en la gestación subrogada



Fuente: elaboración propia

Para efectos de la impugnación de la maternidad por el mismo hijo, **no sería posible**, respecto de la gestación subrogada, contrario *censu* surge otra hipótesis a manera de analogía entre la adopción y la gestación subrogada: se podría impugnar salvo que no se ajuste con el planteamiento de la Corte Suprema en la sentencia en cita.

Sólo podría promover al cabo del cumplimiento de la mayoría de edad, conocer el trámite administrativo y científico, inmerso en el contrato de gestación subrogada, frente

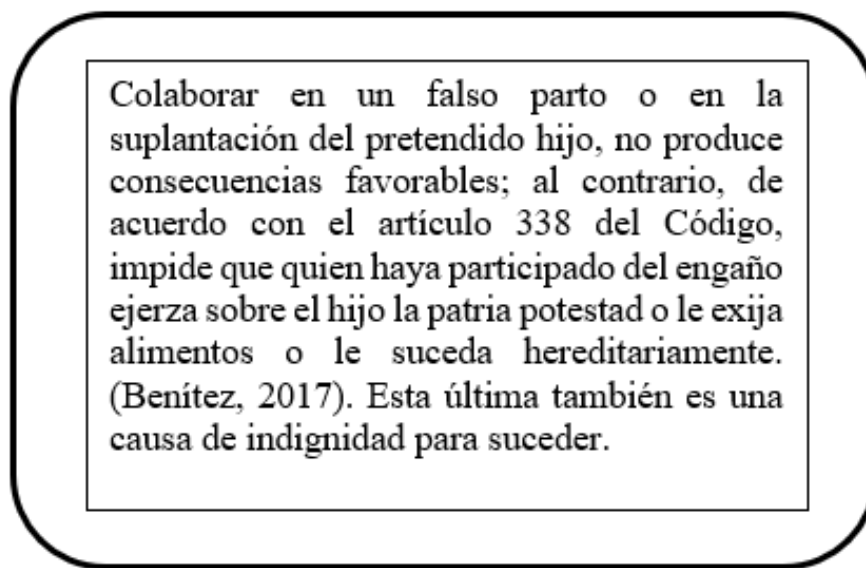
a quien fue la persona que lo gestó durante el término de nueve meses, pero solo eso.

Podría en consecuencia, el hijo investigar los orígenes de quien fue la persona y el contexto familiar de la gestante y nada más.

Efectos de la impugnación de la maternidad en la gestación subrogada

Figura 5.

Impugnación de la maternidad



Fuente: elaboración propia

La declaración de impugnación de la maternidad es determinante, para la familia primigenia, en razón a que pierde todos los derechos y obligaciones que el ordenamiento jurídico le otorga, con ocasión de la patria potestad, alimentos y otros derechos y obligaciones que corresponde ejercer a los padres cuando estos son titulares.

En la gestación subrogada, haciendo una analogía respecto de la adopción por su especial similitud, es claro que no aplica la impugnación de la maternidad como se encuentra descrita en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que dichas normas se sustentan bajo el contexto de la filiación biológica, y en el escenario de la gestación subrogada, la filiación estaría determinada por el contrato. Por este motivo, sólo sería procedente la instauración de un proceso de nulidad del contrato de gestación subrogada y no impugnación propiamente dicha, aduciendo falta de requisitos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil Colombiano y en lo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional T- 968 de 2009, con el fin de retrotraer las cosas al *status quo*.

Sin embargo, bajo este supuesto se genera una nueva problemática en virtud del carácter complejo del contrato de gestación subrogada que tiene disposiciones de derecho contractual como de familia, consistente en que mediante el proceso de nulidad del contrato de gestación subrogada, se obtiene una sentencia que declara o no dicha nulidad por parte del juez civil, pero no se obtiene pronunciamiento alguno respecto de la determinación de la filiación del bebé nacido producto del contrato, puesto que en este caso quien tiene la competencia para determinarla es el juez de familia, por lo que no sería procedente hacer una acumulación de pretensiones tal y como se establece en el actual Código General del Proceso.

Por lo tanto, el fin del proceso de nulidad contractual de retrotraer las cosas al *status quo*, implicaría un análisis más complejo atendiendo el tipo de obligaciones que se encuentran vinculadas dentro del contrato, por lo que, ante las obligaciones de los padres contratantes, consistentes en cubrir los gastos médicos ocasionados en virtud del proceso de fecundación in vitro y los ocasionados durante el proceso de gestación y parto, así como aquellos gastos de alimentación, vivienda, entre otros, deben serles restituidos por parte de la mujer gestante. Sin

embargo, retrotraer la obligación de entrega del menor a la mujer gestante, implicaría determinar la filiación del menor, estableciendo la patria potestad y custodia.

Filiación por adopción vs filiación por gestación subrograda

La ley 1098 de 2006 artículo 61, define la adopción en estos términos:

La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno - filial entre personas que no la tienen por naturaleza”. Del anterior contenido, se deduce las siguientes características: a) Es una medida de protección; b) Tiene la vigilancia del Estado; c) Es irrevocable; y d) Establece la relación Paterno-filial por personas que no la tienen por naturaleza. (Monroy Cabra, 2014, pág. 137)

En contraste a lo expuesto por Monroy Cabra, es posible visualizar el aporte de Medina Pabón (2011, pág. 692)

No es de extrañar que desde los comienzos de la civilización apareciera la posibilidad de dar el carácter de hijo a individuos que no habían sido procreados, siempre que el padre dispusiera admitirlos como miembros de su hogar y continuadores del culto familiar.

La primera es un sistema por el cual un sujeto adulto y *sui iuris* consiente libremente en convertirse en hijo de otro, pasando a ser *alieni iuris* -una *capitis deminutio* mínima- pero recibiendo a cambio ventajas desde las personales hasta las patrimoniales. Sin duda, la adrogación tenía muchos aspectos traumáticos desde el punto de vista religioso y social, porque implicaba, por un lado, que una persona se

liberara del culto de sus dioses a los que estaba atado desde su nacimiento y, por otro, pasaba a ser parte de un nuevo culto familiar al que no pertenecía por derecho propio.

Esta forma primigenia de adopción, hoy en día traería un aspecto relevante en cuanto legitima a los hijos por iguales derechos ante la ley civil, lo cual aún no tendría tal desarrollo, frente a la gestación subrogada, tanto en los aspectos culturales como legales.

La adopción requiere una sentencia vs gestación subrogada

La adopción implica necesariamente para sus efectos y validez que medie una decisión judicial; es así como, de conformidad con los artículos 124 a 129 del Código de la Infancia y la Adolescencia- Ley 1098 de 2006, la adopción requiere sentencia judicial, la cual debe inscribirse en el registro del estado civil, omitiéndose en aquella y este, el nombre de los padres de sangre, respecto de los cuales, se destruye el vínculo.

Benítez (2017) ratifica tal postura al citar la sentencia de la Corte Constitucional T-746 del 14 de junio del 2005 lo siguiente:

La adopción exige dos clases de trámites: el primero de carácter administrativo, que consiste en adelantar todas las gestiones necesarias ante el ICBF para presentar la adopción, acreditar la idoneidad de los adoptantes y calificar para que le sea asignado del menor por parte de dicho Instituto, con miras a la adopción; el segundo de tipo judicial, consistente en presentar, mediante poder otorgado a una bogado, una demanda ante juez de familia, con el fin de que, surtidas unas diligencias y una vez se anexasen todos los documentos exigidos por la ley (consentimiento para la adopción, registros civiles de nacimiento de los adoptantes y del del menor, registro civil de matrimonio o

prueba de convivencia, antecedentes de idoneidad de estos y certificado sobre antecedentes penales o policiales, etc.), se dicte sentencia. (p.530)

Con la gestación subrogada, surge todo lo contrario, toda vez que proviene de una fuente contractual, que luego del nacimiento el médico, entidad científica o clínica, debe expedir un certificado de nacimiento a favor de los padres contratantes o contratantes que contribuya a generar la filiación. Sin embargo la ley a la fecha no regula la FILIACIÓN sobre este aspecto y tampoco el trámite para expedición del registro civil de nacimiento ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, por lo que el Congreso debería regular en torno a que esta “figura” se perfeccione mediante la aprobación del juez a través de una sentencia judicial, para lograr la filiación del contrato de la gestación subrogada.

Capítulo III: Perspectiva comparada del contexto jurídico del contrato de gestación subrogada a la luz de los principios generales del derecho.

Legislación sobre gestación subrogada en México

En México aún no se tiene completa claridad jurídica sobre la gestación subrogada, y la gente sin conocimiento legal no tiene una opinión desarrollada al respecto. Sin embargo, se ha regulado satisfactoriamente esta práctica en dos Estados, a saber:

En enero de 2016, se reformó el código civil del Estado de Tabasco, limitándose el acceso a esta práctica, dejando afuera la diversidad sexual a los solteros, a los extranjeros y a los mexicanos con parejas extranjeras. Actualmente, la gestación subrogada, sólo es posible para parejas heterosexuales mexicanas con problemas de fertilidad. Tabasco y Sinaloa son los únicos Estados en México que permiten esta práctica. (GIRE, 2017)

La revista GIRE de México, 2017, igualmente, trae la siguiente información:

La gestación subrogada es un contrato a través del cual una mujer acepta gestar para una persona o pareja que tiene la intención de fungir como padre(s) o madre(s) de la niña o niño nacidos de dicho embarazo. La práctica es conocida también con otros términos, como “renta de úteros”, “gestación por contrato” y “maternidad subrogada”. En este informe se utiliza el término gestación subrogada por considerarlo el más adecuado desde una perspectiva de derechos humanos. (GIRE, 2017, pág. 9).

Para el Estado Federal de México, el tema de la Gestación Subrogada es de gran importancia, puesto que se vive en un mundo más globalizado. Los avances científicos

escalán, considerándose como oportunidades en todos los contextos de la vida de la raza humana, muchos de ellos en su favor. Los avances se han evidenciado en el campo de la tecnología, comunicaciones, la medicina y otros. Todo ello crea conductas que el ser humano realiza y, por tal razón, deben ser reguladas por el derecho. Esto, permite ubicar el punto en donde se habla de cómo la ciencia jurídica tercia día a día en el comportamiento del hombre que se desarrolla en una colectividad y, por ende, requiere de reglas de conducta para poder vivir en comunidad.

De lo normativo y la Gestación Subrogada en México

Marco normativo heterogéneo en México. La Corte Interamericana de Derechos Humanos profundiza en la necesidad de legislar la materia sin prohibirla. Considera el "útero subrogado" como una de las técnicas de reproducción asistida, es decir, como uno de los "tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo" y reconoce que el derecho de acceder a tales técnicas guarda relación con el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva. (Albornoz & González, 2017)

Hay que recordar que México no está vinculado por ningún instrumento internacional específico sobre esta modalidad de reproducción humana asistida. Pero, en el orden interno, existen en el país ciertas reglas en la materia que se caracterizan por su falta de homogeneidad. En efecto, la diversidad del marco normativo mexicano sobre gestación por sustitución y algunos aspectos del contenido de la regulación existente o que se encuentra en fase de tratamiento legislativo, plantean para México desafíos tanto internos como externos.

En la Constitución Federativa de México, el artículo 4 constitucional establece "que en los Estados Unidos Mexicanos toda persona tiene derecho a decidir sobre el número y

espaciamiento de sus hijos de manera libre, responsable e informada” (Albornoz & González, 2017). Del enunciado Constitucional, puede dilucidarse como el fundamento en su grado más relevante dentro del rango de las leyes en México, respecto de la libertad de reproducción humana asistida.

En algunas entidades (Estados) federativas de México, se ha legislado en la materia y en varias de ellas ha habido reformas últimamente en sus leyes. Sin embargo, en los Estados donde se permite la gestación subrogada, se presentan disimilitudes entre ellos, conformándose un marco normativo heterogéneo. De las treinta y dos entidades federativas o Estados de la República de México, los únicos Estados que permiten la gestación subrogada son los de Tabasco y Sinaloa que equivalen al 6.25%; por otra parte, la prohíben de manera expresa en los Estados de San Luis Potosí y Querétaro, que equivalen a otro 6.25%. El restante 87.5% de los Estados federativos no tienen una regulación sobre la gestación subrogada ya sea permitiéndola o prohibiéndola. Igualmente se tiene conocimiento que, en el día 18 de febrero de 2020, se aprobó la "Ley de Maternidad Subrogada" para el Distrito Federal de México, aclarando, que aún no ha sido publicada oficialmente ni se ha transformado en derecho positivo. (Albornoz & González, 2017)

Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la ley de maternidad subrogada del distrito federal. El Partido de la Revolución Democrática, en la V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de México, presentó por medio de su grupo parlamentario una iniciativa donde hace saber que es pertinente brindar certeza jurídica y resolver el problema de la infertilidad como una cuestión de salud pública, basándose en principios de autonomía, dignidad, universalidad e información. Dicha iniciativa fue aprobada

el día 18 de febrero de 2020 con el nombre de "Ley de Maternidad Subrogada", sin embargo, a la fecha no ha sido publicada oficialmente

Es así que, el artículo 1º, establece el objeto de dicha iniciativa:

“La presente Ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la maternidad subrogada”.

De la misma forma el artículo 1º., lo define lo que debe entenderse por gestación subrogada:

La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. (16 de Agosto de 2013.) (p.1344). (Iniciativa con Proyecto de Decreto por que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, s.f.)

En correlación con el argumento anterior, se tiene que decir, que en el Distrito Federal de México, dada una reforma reciente, en la actualidad permite el matrimonio entre personas del mismo sexo; pero esta iniciativa no permitiría que tales parejas puedan recurrir al mecanismo de la maternidad subrogada (gestación subrogada), por lo que se evidenciaría un vacío legal, esto es, si en el “caso” que una pareja homosexual quisiera tener un hijo por este

procedimiento médico, no se podría conocer su actuar y sus implicaciones médico jurídicas con sus efectos. Igualmente, el artículo 2o. de la iniciativa en cita:

(...) instituye que para que tenga efectos el procedimiento contractual debe realizarse sin ánimo de lucro, tanto para los padres contratantes como para la mujer gestante, con esto se indica que no se trata de rentar un útero, sino un mecanismo medico jurídico con el fin de que una pareja que le aqueja una enfermedad pueda llegar a tener linaje. (Hernández Ramírez & Santiago Figueroa, 2011)

En el sentir personal, este argumento es muy intrínseco o subjetivo, toda vez que, si bien es cierto, el objeto no está dirigido a que la madre gestante adquiriera un beneficio económico, aunque se podría presentar el caso que las partes acuerden, de manera clandestina o ilegal, un contrato con utilidades económicas; se contraponen a este artículo en comento, que la gestante, solamente se preocupe por la obligación de gestar una criatura durante nueve meses y la entrega del bebé a su alumbramiento, sin que medie contraprestación alguna.

Ahora bien, se evidencia que se está legislando bajo los principios de la buena fe, y sin desconocer los riesgos del embarazo o circunstancias atípicas que se puedan presentar durante los nueve meses, donde la madre sufra complicaciones en su salud lo cual generaría erogaciones económicas. También explica el artículo 6o. de la iniciativa en comento: “que el profesional o personal médico tendrá la responsabilidad de informar sobre las consecuencias médicas; además, deberá solicitar documentos que acrediten que se cumpla con las formalidades y requisitos legales” (Hernández Ramírez & Santiago Figueroa, 2011). Y, por último: “(...) el artículo 16, en la fracción IV, da la posibilidad a la mujer gestante de decidir libremente respecto de la interrupción del embarazo hasta la decimosegunda semana”. (Hernández Ramírez & Santiago Figueroa, 2011).

De las citas entre comillas se puede claramente establecer que el postulado se contradice, con el propósito de dar vida a un nuevo ser y la obligación de la madre gestante de procurar el bienestar y sano desarrollo del feto para el efectivo y concreto objetivo de ser integrante de una familia que no se tiene por naturaleza.

Requisitos que deberá contener el instrumento de la maternidad subrogada de conformidad con la Iniciativa de Ley en el Distrito Federal de México. Deberá contener el instrumento de la maternidad subrogada:

- Ser suscrito por el padre, la madre subrogada y la mujer gestante.
- Ser habitante del Distrito Federal.
- Poseer capacidad de goce y ejercicio.
- La madre subrogada debe acreditar mediante certificado médico su incapacidad para llevar a cabo la gestación.
- La mujer gestante debe otorgar su consentimiento para llevar a cabo la implantación de la mórula.
- Y la obligación de procurar el bienestar y desarrollo del feto durante el periodo gestacional.

Formalidades. De acuerdo con la iniciativa, se encuentran las siguientes:

- Debe suscribirse por todas las partes, estampando su nombre y firma.
- Suscribirse ante notario público.
- Contener la manifestación de las partes de que el instrumento se suscribe sin ningún fin de lucro, constar que la mujer gestante no ha participado en más de un procedimiento de maternidad subrogada.

De lo jurisprudencial y la Gestación Subrogada en México

El Poder Judicial de la Federación del Estado de Michoacán, México, en sentencia de noviembre 08 de 2017, emitió una solución al problema de maternidad Subrogada; con una atención especial en donde podría haber confusión al darse el evento de que muchas personas que han participado en la gestación subrogada, o en algún proceso como donantes en los métodos de reproducción asistida, puedan llegar a demandar ante los tribunales su reconocimiento de paternidad o maternidad. (Valdez & García, 2017) sin embargo, hay que decir que, conforme a estas sentencias generadas de hechos con ocasión de la gestación subrogada, los juzgadores deberán valorar tales hechos a fin de proteger los derechos humanos del menor. Para el caso que ocupa en esta sentencia, la primera sala determinó que:

(...) la protección del interés del hijo conduce a prescindir en ocasiones de la verdad biológica, ya que es factible que se privilegie un estado de familia consolidado en el tiempo y con ello la estabilidad de las relaciones familiares y el propio interés superior del menor. (Valdez & García, 2017, pág. 202)

Ahora bien, siguiendo las palabras de Domínguez: En México, se practica la gestación subrogada en algunos estados como Tabasco, Sinaloa y Coahuila a fin de brindar la posibilidad a aquellas personas y/o cónyuges o parejas que no pueden tener hijos por alguna situación de infertilidad o incapacidad, utilizando las técnicas de reproducción asistida, pero con el inconveniente de la falta de técnica legislativa, la cual ha dado lugar a que exista una regulación incompleta, y esto ha generado diversas problemáticas en el contexto nacional e internacional. (2019)

De igual forma, las interpretaciones jurisprudenciales en México han sido dirigidos a:

(...) proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social. (Tesis I.5o.C. J/11 p. 165)

Un Caso judicial en Yucatán sobre gestación subrogada, si bien es cierto que en este Estado no lo tenga en su normativa civil y familiar. En fallo controversial y paradigmático, “el Poder Judicial de la Federación reconoció el derecho de una pareja homosexual a convertirse en padres a través de la gestación subrogada”. (Domínguez C., 2019, pág. 174)

En el Estado de Yucatán, por su parte:

(...) no existe legislación alguna que permita o prohíba la gestación subrogada, en este sentido, en marzo de 2016 el Registro Civil de Yucatán le negó a un matrimonio homosexual de varones la expedición del acta de nacimiento de su menor hijo nacido a través de este procedimiento médico, por lo que promovieron un juicio de amparo. En los antecedentes del caso se advierte que los quejosos suscribieron un acta compromiso con una mujer, para que ésta se sometiera a tratamiento médico de fertilización asistida (*in vitro*), resultante del espermatozoides de uno de los cónyuges, y el óvulo de una donante anónima, de lo cual nació el 4 de febrero de 2016 el niño que el matrimonio homosexual presentó para su registro de nacimiento. (Domínguez C., 2019, pág. 174)

En la resolución del 20 de junio de 2016, el Juez de Distrito de Yucatán:

(...) les negó el amparo, pero lo concedió a favor del menor para el efecto de que fuera registrado con un nombre de pila, sin reconocer la filiación con los solicitantes y para efecto de que la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia del Estado de Yucatán realizara las acciones legales necesarias para establecer la filiación del menor, al estar inconformes, los demandantes interpusieron recurso de revisión y solicitaron que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerciera su facultad de atracción.

(Domínguez C., 2019, pág. 175)

Además, Karla Domínguez Cantoral, de la Universidad Autónoma de Juárez Tabasco México, en su artículo de 2019, muestra que en:

(...) el juicio de amparo en revisión 53/2017, resuelto el día 21 de noviembre de 2018, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió el amparo para que el menor fuera registrado como hijo de los demandantes, para garantizar la vigencia del derecho del niño a tener una identidad, así como el derecho de los demandantes a su vida privada y procrear mediante las técnicas de reproducción asistida. En la sentencia se sostuvo que el derecho a convertirse en padre o madre se entiende dado. (Domínguez C., 2019, pág. 175)

Luego, en abril de 2017:

(...) un tribunal federal, como órgano del sistema de control concentrado de constitucionalidad, ha emitido en Tabasco una sentencia sobre la determinación de la filiación de un menor, derivada de un contrato de gestación por sustitución con un padre extranjero en un modelo familiar monoparental. En ese sentido, el discurso judicial materializa en forma expresa y tácita derechos fundamentales, que

independientemente de la omisión de la indagación integral de la verdad biológica de quien aportó la carga gamética, implícitamente marcan pauta y herramienta al legislador y al ejecutivo local para el diseño de la política pública, en relación a la inmediatez del registro de nacimiento de un niño, sin necesidad de agotar instancias judiciales previas sobre la preponderancia de la parentalidad biológica, y la implícita omisión de las presunciones del parto. (Hernández & Romero, 2019, pág. 1).

Del análisis dogmático en la gestación subrogada en México

El análisis sistemático en México de por qué la regulación de la Maternidad Subrogada salvaguarda el proyecto de vida de las mujeres infértiles, ya que está fundado en el sistema regulatorio constitucional, por ser un derecho fundamental, un modelo de vida, la libertad del individuo a ser lo que quiere ser, un proyecto de vida que comprende la familia, el derecho a ser madre, desarrollo integral y familiar entre otros derechos correlativos. Del análisis se colige que en otras legislaciones han abordado distintas posiciones en las cuales se acepta, restringe y prohíbe la maternidad subrogada. (Murguía, 2019)

De igual manera se puede hacer referencia a las ideas de Garza Guerra, quien menciona en este sentido:

La posibilidad de realizarse la práctica de la gestación subrogada de manera ilegal en México, ha traído consecuencias jurídicas graves que de alguna manera ha salpicado la Institución de la familia. Estas consecuencias debieron ser localizadas y analizadas a fin de obtener una correcta normatividad desde todos los aspectos.

Como se ha plasmado en la investigación sólo existe regulación en dos estados de México que la aceptan, los cuales son: Tabasco y Sinaloa.

Es imprescindible anotar que en las familias de México donde no está regulada la Gestación Subrogada, se está dando la práctica de la gestación subrogada de manera ilegal al existir vacíos normativos sobre la materia y la falta de regulación; lo cual es transcendental recordar que el derecho debe estar acorde con los cambios de la sociedad, la ciencia y la renovación del criterio de familia en tiempos actuales. (Garza-Guerra, 2022)

La conveniencia de regulación de la gestación subrogada en México obedece a variables de orden humanístico, inclusivo y no discriminatorio, teniendo en cuenta las necesidades jurídicas y sociales de grupos minoritarios y mayoritarios. Pese a que existe una población determinada que requiere de estos métodos, es importante generar mecanismos jurídicos para resolver casos específicos. El derecho de la salud en México es uno de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución, como lo es el derecho a la salud reproductiva, en la que se reconoce entre otros a la bioética con un enfoque de género y generacional, para la garantía estatal de este derecho. (Puyol Hernández, 2020)

A su vez, y retomando las palabras de Zenteno: “El fundamento de la gestación subrogada se presenta como un acto jurídico, mediante contratos típicos y atípicos de acuerdo con el Estado Confederado en cuestión, en razón a que hay Estados donde se encuentra regulada como proyecto de vida familiar”. (2021)

A su vez, el acuerdo de maternidad subrogada se define de la siguiente manera en palabras de Delgado:

(...), es el contrato en virtud del cual una mujer -la madre subrogada- se compromete, a cambio de un precio o no, a llevar a cabo la gestación y nacimiento de un menor, respecto con el cual puede compartir material genético; así como, a entregarlo tras el

parto y renunciar a sus derechos de filiación a favor de una persona o pareja contratante, quienes fueron los solicitantes. Estos últimos pueden ser o no los padres biológicos del recién nacido. De igual forma, es pertinente mencionar que en estos acuerdos existe la intervención de una tercera parte, que es la agencia médica que lleva a cabo la técnica, que también asume obligaciones y derechos como las otras partes. (Delgado, 2019, pág. 29)

De igual forma se encuentran otros autores que realizan en este sentido algunas afirmaciones complementarias como por ejemplo Arreola, quien afirma:

El avance de las tecnologías de reproducción asistida, desafían al derecho por las discrepancias que crean en el conglomerado social.

La gestación subrogada o por sustitución es una práctica que la ciencia desarrolló para que las personas que buscan ser madre o padre puedan serlo a través de distintos métodos de reproducción asistida. La figura presenta retos importantes para los distintos sistemas jurídicos, dentro de ellos el mexicano, al no contemplar adecuadamente todas las aristas del uso de dicho procedimiento y no conciliar sus particularidades con la normatividad existente. (2019, pág. 8)

Es preciso señalar que, respecto al establecimiento de la filiación y de acuerdo con Arreola, que este es uno de sus principales objetivos en México y solamente dos Estados regulan la práctica, Sinaloa en su Código Familiar y Tabasco en su Código Civil. Además:

En los citados Estados federados, la reglamentación de la gestación subrogada ha sido un gran reto, razón por la cual esta práctica, por sus importantes modalidades y variantes de acuerdo con el Estado, es difícil considerar un supuesto normativo nacional. En ese sentido, el objetivo es establecer cómo se gestó la relación filial del menor en los códigos de Tabasco y Sinaloa en los casos de gestación subrogada, y, cómo se genera certidumbre jurídica para cada caso en particular. (Arreola, 2019).

Legislación sobre gestación subrogada en EE.UU.

Estados Unidos de América, al ser un Estado de tipo federal, presenta múltiples textos normativos que regulan de maneras diversas la gestación subrogada dependiendo el Estado federado que se analice. Así las cosas, cada Estado puede adoptar una posición específica, en la cual se encuentra una gama de posturas que van desde la prohibición total de esta práctica, hasta una posición más amplia que implica la posibilidad de efectuar esta práctica con fines lucrativos.

A continuación, se presenta la siguiente tabla en donde se indican los estados que prohíben la gestación subrogada, aquellos estados que permiten la práctica de esta modalidad contractual bien sea por medio de normas o vía jurisprudencial, y aquellos estados que presentan condiciones especiales en cuanto a su regulación:

Tabla 1.
Legislación sobre gestación subrogada en EE.UU.

	ESTADO	NORMA	DESCRIPCION
	Michigan	“Surrogate Parenting Act MCL” en la sección 722.855	El contrato de paternidad subrogada es nulo e inaplicable por ser contrario a la política pública.

ESTADOS QUE LO PROHÍBEN	Arizona	Arizona Revised Statute § 25-218	Prohíbe la gestación subrogada.
	Luisiana	“Surrogacy Bill HB 1102”	Se prohíbe la gestación subrogada con fines lucrativos, entre parejas del mismo sexo y aquellas en las que no se usen gametos propios de las parejas.
	Indiana	Indiana Code Capítulo 31-20-1-1	Los contratos de gestación subrogada son nulos e inaplicables.
	Nebraska	R.R.S. Neb. 25-21, 200 (2007)	Contrato de paternidad subrogada celebrado será nulo e inaplicable. El padre biológico de un niño nacido de conformidad con dicho contrato tendrá todos los derechos y obligaciones impuestos por la ley con respecto a dicho niño.
ESTADOS QUE LO PERMITEN	Vermont	“Vermont Parentage Act of 2018”	Establece que las partes deben tener al menos 21 años, deben completar una valoración médica y psicológica y debe estar representada cada parte por un abogado distinto. La mujer gestante puede tomar sus decisiones en cuanto a salud y bienestar durante el embarazo y los contratantes deben pagar los gastos de atención médica.
	New hampshire	NH Rev Stat § 168-B:11 (2016)	Establece que debe ser por escrito, debe suscribirse antes del inicio de cualquier procedimiento médico, las partes deben estar representadas por un abogado distinto para cada parte.
	Maine	“Maine Parentage Act” Título 19A, Capítulo 61	Establece como término máximo de duración del contrato 1 año, y debe incluirse la responsabilidad de los contratantes de aceptar los derechos y responsabilidades de todos los niños resultantes inmediatamente después de su nacimiento, independiente el numero, sexo o la condición mental o física.



	Rhode island	“uniform parentage act”	Se debe obtener una orden judicial del Tribunal de Familia o del Tribunal Superior de Rhode Island que apruebe el contrato antes del nacimiento del bebé.
	Colorado	“Colorado Surrogacy Agreement Act”	Establece que los contratantes, por ministerio de la Ley, son padres del niño, y ni la mujer gestante o el donador genético son padres del niño. Asimismo indica que a pesar de que ocurriese un error de laboratorio en cuanto al uso de gametos de los padres contratantes o donados, éstos seguirán reputándose como padres legales del niño.
	Washington	Revised Code of Washinton (RCW) Título 26 Capítulo 26.26A.- Uniform Parentage Act	En este capítulo se estipula la facultad de realizar el procedimiento de gestación subrogada de manera altruista
	Louisiana	Louisiana Surrogacy Bill HB 1102	Sólo es permitida para parejas heterosexuales que estén casados, y establece la obligatoriedad de que en dicho proceso deben usarse gametos propios de la pareja.
	North dakota	North dakota century code - n.d. cent. Code, título 14, capítulo 14-18	Dispone que la madre sustituta es la madre del hijo resultante, y el esposo sería considerado como el padre siempre que haga parte del acuerdo de gestación subrogada. Si no hace parte de dicho acuerdo o no están casados, entonces se debe realizar el proceso de “determination of parentage” que se encuentra regulado en el capítulo 14-20 del mismo estatuto.
	Wisconsin	Caso de “F.T.R., Rosecky v. Schissel, 2013 WI 66, 349 Wis. 2d, 833 N.W.2d 634” fallado por la Corte Suprema de Justicia	Los contratos de gestación subrogada son ejecutables a menos que sean contrarios al interés superior del niño.



	Wyoming	“Wyoming’s Parentage Act “Capítulos 14-2-401 y 14-2-403.	Expresa en el Capítulo 14-2-403 que no se autoriza no prohíbe la gestación subrogada. Sin embargo, el Capítulo 14-2-401 establece normativa respecto a la reproducción asistida que le son aplicables a la gestación subrogada.
	Iowa	“Iowa Code” sección 710.11; “Iowa Administrative Code” sección 641-99.15; y caso P.M. & C.M. v. T.B. & D.B., No. 17-0376 (febrero 16, 2018) proferido por la Corte Suprema de Iowa.	Si bien no permite de manera expresa esta práctica, excluye los acuerdos de gestación subrogada de las disposiciones contenidas en su sección 710.11, el cual prohíbe la venta de individuos. Además, en la sección 641-99.15 del “iowa administrative code” establece los requisitos de los certificados de nacimiento para los niños nacidos mediante esta práctica; y por último, la corte suprema de iowa en el fallo de caso p.m. & c.m. v. T.b. & d.b., no. 17-0376 (febrero 16, 2018), estableció que estos contratos son ejecutables y no violan el orden público.
	New york	“child parent security act (cpsa)”	Permite la gestación subrogada compensada pero sólo para los residentes de ese estado.
	Massachusetts	Casos de la Corte Suprema de Massachusett: Hodas v. Morin (2004); Culliton v. Beth Israel Deaconess Med. Ctr.(2002); R.R. v. M.H. (1998).	Vía jurisprudencia reconoce el contrato de gestación subrogada como válido a efecto de establecer la filiación entre los padres de intención y el niño.
	Connecticut	“Conn.Gen.Stat. §7-48a”	Ordena incluir en el certificado de nacimiento el nombre de los futuros padres que se encuentran en situación de gestación subrogada lo cual debe estar sustentada con una orden judicial de paternidad.



	New jersey	“the new jersey gestational carrier agreement act”	Se determina la ejecutabilidad de los acuerdos bajo ciertas condiciones.
	Delaware	“Delaware Code”, sección 8-801 hasta la sección 8-810	La mujer gestante no es madre del menor nacido bajo un acuerdo de gestación subrogada.
	Florida	“Florida Statute” capítulo 742.15	Señala como condiciones principales de validez del contrato, el realizar de manera previa una petición de “Affirmation of Parental Status” ante la corte judicial, en el que se debe constatar que la pareja se encuentra casada
	Virginia	“Status of Children of Assisted Conception,”	Faculta que personas que no tengan una pareja pueda acceder a este procedimiento, la compensación que pueda obtener la mujer gestante sólo se efectuará para efectos de gastos de manutención del embarazo y gastos médicos, y un aspecto muy importante es que la mujer gestante sólo después de 4 días siguientes al parto puede dar su consentimiento al acuerdo ante el Registrador de nacimientos, o bien si desean perfeccionar el acuerdo con anterioridad, pueden iniciar una acción judicial para ello.
	West virginia	“west virginia code” sección 61-2-14h	Permite los acuerdos de gestación subrogada con fines lucrativos.
	Texas	“Texas Family Code” Secciones 160-751 hasta 160-763	Se encuentran los requisitos para la validez del acuerdo de gestación subrogada, en el que se establece la obligatoriedad de que sea para parejas casadas, y en este estado debe validarse el acuerdo en instancias judiciales de manera previa al inicio del proceso de inseminación.



	Missouri	Antiguo “Uniform Parentage Act (UPA)”	Establece la obligatoriedad de iniciar una acción judicial tendiente a emitir una orden de paternidad para validar dicho acuerdo, el cual no se falla sino hasta después del nacimiento del menor.
	Oklahoma	“Bill No. 2468”	Establece como requisito de validez del contrato que la mujer gestante debe haber residido en el Estado por lo menos 90 días antes de la fecha de suscripción del contrato
	California	Caso Johnson v. Calvert No. S023721. May 20, 1993 decidido por el Tribunal Superior del Condado de Orange, y el caso <i>In Re Marriage of Buzzanca Nos. G022147, G022157</i> . Mar 10, 1998 decidido por la Corte de Apelación de California	Se dio prevalencia a la filiación de los padres de intención sobre la relación genética y biológica.
	Illionis	Sección 12 de la Ley de Registros Civiles, Sección 6 de la Ley de Paternidad de Illinois de 1984 y la Ley de Gestación Subrogada	El certificado de nacimiento contiene la información de los padres de intención únicamente.
	Arkansas	Act 647 1989.	Establece como excepción a la filiación biológica, la gestación subrogada, indicando que en estos casos serán considerados como padres, los de intención.
	Maryland	Corte Suprema de Maryland, caso <i>In re Roberto d.B.</i> (2003).	En este caso se resuelve la solicitud de los demandantes cuya pretensión era que en el certificado de nacimiento se incluyera como madre del menor a la mujer contratante y no a la mujer gestante, indicando que no tiene la potestad legal de ordenar eliminar el nombre de la mujer gestante, y que el eliminar el nombre sería inconsistente con el estándar del interés superior del menor por razones de salud. Sin

			embargo, declara que es procedente y válido el acuerdo de gestación subrogada.
	Utah	“Utah Code § 78B-15-801”.	Establece que los contratantes deben estar casados, y ambos deben ser parte en el contrato, la fecundación no puede ser mediante relaciones sexuales, no debe usarse óvulos de la mujer gestante, y sólo es válido si es aprobado mediante una audiencia ante el Tribunal.
	Pennsylvania	Fallo J.F.v.D.B.,897 A.2d1261 (2006) proferido por la Corte Suprema de Pensilvania	Procedencia de pago de manutención de los bebés mientras se decide la aplicación del contrato de gestación subrogada
	Ohio	Caso J.F. v. D.B., 116 Ohio St.3d 363, 2007-Ohio-6750 decidido por la Corte de Apelación del condado de Summit.	Establece la validez de los contratos de gestación subrogada y determina la posibilidad del escenario de incumplimiento para determinar daños y perjuicios.
	Nevada	NV Rev Stat § 126.500-126.810 (2017).	Establece la obligación de obtener una orden previa al nacimiento del menor, ante el tribunal de Nevada.
ESTADOS CON SITUACIONES ESPECIALES	New México	“New Mexico statute” sección 40-11a-801	Estipula que los contratos de gestación subrogada no están expresamente permitidos ni prohibidos
	Tennessee	“Tennessee Code Ann” sección 36-1-102	Permite la subrogación y la incluye dentro de la adopción.

Fuente: elaboración propia

De lo normativo y la Gestación Subrogada en Estados Unidos de América

Como se ha venido tratando con anterioridad, al ser Estados Unidos de América un Estado Federal, contiene múltiples disposiciones normativas de carácter heterogéneo que varían dependiendo cada unidad político territorial- Estado federado.

En este punto, se procederá a analizar el marco normativo presentado en los Estados de Michigan y Florida.

Las disposiciones normativas respecto de la gestación subrogada del Estado de Michigan se encuentran contenidas en el “Surrogate Parenting Act MCL, Act 199 of 1988” por medio de la cual se establecen los contratos de gestación subrogada como contrarios al orden público y nulos, se prohíben los contratos de paternidad subrogada a cambio de una compensación para mantener a los niños concebidos, gestados y nacidos de conformidad con un contrato de paternidad subrogada, y se establecen sanciones.

Dentro de este cuerpo normativo, en la sección 722.853 se establecen las definiciones de compensación “compensation”, discapacidad de desarrollo "Developmental disability", discapacidad intelectual "Intellectually disabled", enfermedad mental "Mental illness", las cuales son elementales para entender las prohibiciones que esta norma trae y que más adelante se explicarán en detalle, y se establecen además las siguientes definiciones que son importantes tener en cuenta:

- Parte Participante "Participating party": hace referencia a las partes que concurren en el contrato de gestación subrogada a saber: padres biológicos, sus cónyuges y los portadores sustitutos.
- Portadora Sustituta "Surrogate carrier": hace referencia a la mujer a quien se le implanta el embrión y que es la encargada de realizar el proceso de gestación de dicho embrión.
- Gestación Subrogada "Surrogate gestation": es el proceso de implantación del embrión en una mujer que no está genéticamente relacionado a ella, y su gestación.



- Madre Subrogada "Surrogate mother": se define como aquella mujer inseminada de manera natural o mediante el uso de técnicas de inseminación artificial o asistida, quien realiza la gestación del embrión dentro del marco de la celebración de un contrato de "paternidad subrogada".
- Contrato de Paternidad Subrogada "Surrogate parentage contract": "contrato, acuerdo o arreglo en el que una mujer acepta concebir un hijo mediante inseminación natural o artificial, o en el que una mujer acepta la gestación sustituta y renuncia voluntariamente a sus derechos de paternidad o custodia al niño. Se presume que un contrato, convenio o arreglo en el que una mujer accede a concebir un hijo mediante inseminación natural o artificial por una persona que no sea su marido, o en el que una mujer accede a la gestación subrogada, incluye una disposición, sea o no expresa, que la mujer renunciará a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño (Surrogate Parenting Act MCL. Act 199 of 1988. Section 722. 851-722. 863., 1 de Septiembre de 1988).

Respecto de estas definiciones, es pertinente destacar que dicha norma data del año 1988, por lo que ya desde esa época estaba en uso esta práctica, lo que quiere decir que es una situación que se ha extendido en el tiempo y esto permite evidenciar el atraso del ordenamiento jurídico de aquellos Estados que aún en la época actual no cuentan con una reglamentación de la gestación subrogada.

Asimismo, en dichas definiciones se utilizan términos de "madre subrogada- Surrogate mother" y "Contrato de Paternidad Subrogada -Surrogate parentage contract", términos que no se comparten puesto que, como ya se ha vislumbrado en capítulos anteriores, no debe

confundirse el concepto de maternidad con la gestación que es la que en efecto se está subrogando.

Continuando con el análisis normativo, en la sección 722.855 se estipula que los contratos de paternidad subrogada son nulos e inaplicables por ser contrarios al orden público, y en la sección 722.857 se establece la prohibición de realización de contratos de gestación subrogada en los que la mujer gestante sea una menor no emancipada o que se encuentre diagnosticada con alguna discapacidad intelectual o enfermedad mental o discapacidad de desarrollo, estipulándose como verbos rectores que generan una conducta punible con sanción de multa de \$50.000 US y/ o condena de hasta 5 años en prisión, el celebrar, inducir, organizar, obtener o ayudar a la formación del contrato cuya mujer gestante sea una persona menor no emancipada o que se encuentre diagnosticada con alguna discapacidad intelectual o enfermedad mental o discapacidad de desarrollo.

En la sección 722.861 se habla de la custodia del menor, y se indica que en el evento en que un niño nazca dentro del marco del contrato de paternidad sustituta, y exista una disputa entre las partes por la custodia del menor, la parte que tenga la custodia física el menor podrá conservarla hasta que exista un fallo del juez competente que defina de fondo el asunto, quien decidirá con base en el interés superior del niño. Lo anterior implica que, en estos eventos, comoquiera que el contrato de gestación subrogada es nulo por lo que no tiene fuerza vinculante, dicho contrato no tendrá relevancia alguna, sino lo que importa realmente es la prevalencia del derecho del menor, lo que le resta importancia al vínculo genético existente entre las partes si es que va en contra de los intereses del menor.

Ahora, la gestación subrogada en el Estado de Florida, tiene sustento normativo en el estatuto de Florida Título XLIII Relaciones Domésticas, capítulo 742 Determinación de parentesco “Florida Statute Title XLIII Domestic Relations Chapter 742 Determination of Parentage num. 742.15-742.16”. De acuerdo con Cáceres Lara (2018), para llevar a cabo el proceso de gestación subrogada en el Estado de Florida, debe cumplirse una serie de requisitos, explicados de la siguiente manera:

Previo al inicio del proceso de gestación, debe suscribirse un contrato de gestación subrogada entre la pareja solicitante y el sustituto gestacional, el cual debe cumplir con las siguientes condiciones para que sea vinculante y ejecutable:

- La pareja solicitante y el sustituto gestacional deben ser mayores de 18 años.
- La pareja solicitante debe estar legalmente casada.
- Debe existir una certeza médica razonable determinada por un médico con licenciade que: a) la madre subrogada no puede físicamente llevar un embarazo a término, b) la gestación causaría un riesgo para la salud física de la madre o c) la gestación causaría un riesgo para la salud del feto.

En cuanto al clausulado del contrato, la norma indica que deben incluirse las siguientes disposiciones:

- La pareja solicitante debe estar de acuerdo en que el sustituto gestacional, será la única fuente de consentimiento con respecto a la intervención clínica y el manejo del embarazo.
- El sustituto gestacional acepta someterse a una evaluación y tratamiento médico razonable y a seguir instrucciones médicas sobre su salud prenatal.



- El sustituto gestacional acuerda renunciar a cualquier derecho parental sobre el niño y proceder con los procedimientos judiciales prescritos en la sección 742.16.
- La pareja encargada se compromete a aceptar la custodia y asumir todos los derechos y responsabilidades parentales sobre el niño inmediatamente después del nacimiento, independientemente de cualquier problema del niño.
- El sustituto de la gestación acuerda asumir los derechos y responsabilidades parentales de los padres con respecto al niño que ha nacido, si se determina que ninguno de los miembros de la pareja es el padre genético del niño.” (Cáceres Lara, 2018)

Además de lo anterior, la norma establece que, como parte del contrato, la pareja solicitante puede acordar pagar sólo los gastos de vida, legales, médicos, psicológicos y psiquiátricos razonables del sustituto gestacional que están directamente relacionados con los períodos prenatal-intraparto y posparto.

Una vez realizado el procedimiento de gestación subrogada, la norma establece un trámite expedito para la afirmación del estatus parental de la gestación subrogada que consiste en que, dentro de los 3 días siguientes al nacimiento del menor, la pareja comisionada debe elevar la petición de afirmación expedita de la condición de paternidad ante el tribunal competente.

Una vez realizada dicha petición, el tribunal fijará una fecha y hora para llevar a cabo la audiencia para escuchar a los padres, la cual se notificará de acuerdo con las normas de

procedimiento civil de la misma manera en que se realizan las notificaciones de las acciones civiles.

Si la pareja comisionada o la mujer sustituta gestacional demuestra que existe una amenaza al derecho a la privacidad de los involucrados, el tribunal puede ordenar que se eliminen los nombres de la pareja comisionada o del niño o de la madre sustituta gestacional, o cualquier combinación de los mismos, de la notificación de audiencia y de la copia de la petición adjunta, siempre que no se afecten los derechos sustantivos de cualquier persona.

De lo jurisprudencial y la Gestación Subrogada en Estados Unidos de América.

En materia jurisprudencial, se tomará como objeto de estudio los Estados de South Carolina y Wisconsin, Estados que le otorgan validez a los acuerdos de gestación subrogada en virtud de sentencias hito, proferidas por las Cortes.

En el Estado de South Carolina se encuentra el caso “Mid-South Ins. Co. v. Doe, 274 F. Supp. 2d 757” De la Corte del Distrito de South Carolina.

El sustento fáctico del presente caso recae en que la familia Doe conformada por John y Jane son esposos residentes de Mt. Pleasant en Carolina del Sur, y la familia Roe conformada por Frank y Mary son marido y mujer y también son ciudadanos y residentes de Mt. Pleasant, Carolina del Sur. Jane Doe y Mary Roe son hermanas.

La familia Roe eran tomadores de una póliza de seguro médico ofrecida por Celtic Insurance Company; y Jane Doe se encontraba como asegurada adicional de un plan de cobertura médica proporcionada por Mid- South Insurance Company.

Las dos parejas celebraron un acuerdo de subrogación en el cual el embrión producto de los gametos de la pareja “Roe” sería implantado en el útero de Jane Doe, quien se

encargaría del proceso de gestación y de dar a luz al bebé para los “Roes”; y que tras el nacimiento del bebé los Roe tendrían plenos derechos parentales sobre el menor gestado por Jane Doe, por lo cual podrían llevárselo a casa desde el hospital y conservar la custodia física del niño.

Producto de este proceso nació la menor llamada Brenda Roe el día 12 de enero de 2002, quien se entiende hija biológica de Frank y Mary Roe, quien estuvo en la unidad de cuidados intensivos durante dos meses, momento en el cual les fue entregada la custodia de la menor a los Roe y que desde entonces la han conservado. Sin embargo, en el certificado de nacimiento no aparecían como padres; motivo por el cual iniciaron una acción ante el Tribunal de Familia del Condado de Charleston alegando ser los padres biológicos de la menor y solicitando una orden para cambiar el certificado de nacimiento, en la cual la señora Jane Doe efectuó una declaración juramentada, indicando que la menor Brenda Roe era hija de Frank y Mary Roe; acción cuyas pretensiones fueron modificadas con posterioridad por la solicitud de una orden de adopción para Brenda Roe, la cual se emitió a favor de los Roe.

Ambas familias presentaron reclamaciones a las aseguradoras con el fin de obtener el pago de los gastos relacionados con la atención médica proporcionada a la menor Brenda Roe, las cuales se convirtieron en demandas en contra de dichas aseguradoras, quienes a su vez contrademandaron a los sujetos con el fin de obtener una sentencia declaratoria de que los gastos médicos de la menor no estaban cubiertos por las pólizas médicas.

El análisis efectuado por la Corte se centra en tres cuestiones:

- 1. La póliza de Mid- South no proporciona Cobertura a los servicios médicos prestados a Brenda Roe.** (U.S. District Court for the District of South Carolina, 2003)

La aseguradora presenta sus argumentos indicando que la póliza sólo brinda cobertura al asegurado principal y a sus dependientes, quienes son el cónyuge e hijos del asegurado principal, y a su vez dentro de los “hijos” se incluyen a los hijos naturales, hijastros o hijos adoptados.

Con base en lo anterior, la Aseguradora Mid- South manifiesta que la menor Brenda Roe no está catalogada como hija de la señora Jane Doe, ya que su nacimiento se produjo en virtud de un acuerdo de gestación subrogada.

Por su parte, los Doe manifiestan que existe ambigüedad en la definición de “hijo natural” puesto que no se puede determinar si dicho vínculo está determinado exclusivamente por los lazos genéticos o por el hecho biológico de dar a luz, por lo tanto, debe interpretarse de manera favorable al asegurado, de tal manera que se incluya dentro de la cobertura del seguro los gastos ocasionados por los servicios médicos del hijo que dio a luz la señora Jane Doe, producto de la gestación subrogada. Además, argumentan que la orden de adopción emitida por el Tribunal de Familia de Carolina del Sur supone sólo a partir de la fecha de emisión de dicha orden de adopción que los Roe son considerados como padres legales y naturales de la menor, lo que supone que con anterioridad eran los Doe quienes ostentaban dicha calidad.

Al respecto la Corte indica que no se puede interpretar que la póliza de Mid- South incluye a Brenda Roe como hijo natural de John Doe, sino que de conformidad con el uso ordinario de dicho término, este se utiliza con la intención de referirse a un hijo biológico. Además, dentro del acuerdo de gestación subrogada suscrito entre las partes, se establece de forma expresa que los Roes son los padres naturales de Brenda Roe, lo que establece que existe una manifestación expresa por parte de los Does en la que admiten que la menor no es su hija natural, por lo tanto, el Acuerdo de Subrogación y las opiniones judiciales que abordan

la cuestión llevan a este tribunal a concluir que Brenda Roe es la "hija natural" de sus padres biológicos, Frank y Mary Roe.

Además manifiesta que dentro del proceso de emisión de la orden de adoptabilidad nunca se discutió el estatus de la paternidad de John Doe, por lo que simplemente dio aplicación a la presunción de paternidad del esposo de la mujer que da a luz, y que de conformidad con la manera en que se desenvolvió el asunto procedimentalmente, no se puso en discusión el contrato de gestación subrogada, puesto que se les hizo más fácil reformar la demanda con el fin de obtener la orden de adoptabilidad, sin que se debata el estatus legal de un niño nacido en un embarazo subrogado bajo la ley de Carolina del Sur, por lo que ese argumento carece de relevancia en dicho caso.

Por lo anterior, si bien El término "hijo natural" de alguna manera puede ser ambiguo con respecto a la madre subrogada, no existe ninguna interpretación razonable del término "hijo natural" del cual se deduzca que dicho término cobija al esposo de la madre subrogada, cuando éste no tiene ninguna relación biológica con el niño y ha celebrado un contrato en el que se declara que no es el padre natural del niño. Por estas razones, la corte determina que Brenda Roe no es "hija" de John Doe porque no es su "hijo natural, hijastro o hijo adoptivo". Por lo tanto, no es su "dependiente" y no es una "persona cubierta" por la póliza de Mid-South.

2. La Póliza de Mid-South proporciona cobertura para los servicios médicos prestados a Jane Doe por las complicaciones derivadas de la gestación subrogada.

La asegura Mid South argumenta que su póliza no es en beneficios de terceros, por lo que los gastos médicos en los que incurrió Jane Does están bajo esta causal de exoneración debido a que en el acuerdo de subrogación se estipuló que la fecundación *in vitro* y el proceso

de gestación y alumbramiento del menor era con el propósito de proporcionar un niño a la familia Roe, además de que en dicho acuerdo se estipulaba que serían los Roes quienes pagarían cualquier costo de maternidad y nacimiento en caso de que el seguro médico no brindara la cobertura.

Al respecto la corte manifiesta que si bien el proceso de gestación y alumbramiento fue en beneficio de los Roe, lo cierto es que los servicios médicos utilizados para tratar las complicaciones de embarazo fueron en beneficio de Jane Doe, ya que se realizaron para proteger su salud; además la obligación de asumir los costos por parte de los Roes están supeditados a la falta de cobertura de la póliza, y comoquiera que la póliza si cubre dichos gastos, es la aseguradora quien debe pagar los costos.

3. La póliza de Celtic proporciona cobertura para los servicios médicos prestados a Brenda Roe durante los primeros treinta y un días después de su nacimiento.

La aseguradora Celtic argumenta que Brenda Roe no está cubierta por dicha póliza porque no se encontraba cubierta durante el periodo inicial de 31 días después de su nacimiento, porque no cumple la definición de dependiente; sin embargo, este argumento contradice el clausulado de la póliza en mención pues este indica que los hijos nacidos de una persona asegurada[8] durante la vigencia de esta póliza estarán asegurados sin prueba de asegurabilidad desde el momento del nacimiento y durante un periodo inicial de 31 días. A partir del día 31, de acuerdo con la póliza, los asegurados deben notificar el nacimiento y pagar la prima adicional por la inclusión del nuevo beneficiario, de lo contrario no estarían

cubiertos por dicha póliza. En este caso, los Roe no notificaron el nacimiento, por lo que a partir del día 31 de nacimiento se excluyó como beneficiaria.

Conforme a lo anteriormente expuesto, se evidencia que, si bien no existe ninguna disposición normativa que regule la materia en el Estado de North Carolina, al realizar el análisis de dicha sentencia se evidencia la validez que adquiere dicho acuerdo para determinar la filiación, además que deja en evidencia la importancia de tener una normatividad clara sobre el tema para evitar la utilización de otras figuras como la adopción para brindar legalidad a dicho acuerdo.

En el caso de Wisconsin, existe una jurisprudencia hito emitida y que se reconoce de la siguiente manera: Wisconsin Supreme Court decision Paternity of F.T.R., Rosecky v. Schissel, 2013 WI 66, 349 Wis. 2d, 833 N.W.2d 634.

Esta se trata de dos amigas, Marcia Roseckys, a quien le diagnosticaron Leucemia y debido al tratamiento recibido para superar dicha enfermedad, sus óvulos no son viables para procrear un hijo biológico; y Mónica Schissel, quien se ofreció servirles como madre sustituta de los Roseckys y como donante del óvulo.

Así las cosas, procedieron a firmar el acuerdo de gestación subrogada, en el cual se estipulaba que Mónica sería la donante del óvulo sin que existiera ningún vínculo legal entre ella y el menor que naciera, por lo que no tendría la custodia formal ni la ubicación del menor, siendo los Roseckys quienes criarían al menor. La técnica de inseminación sería artificial utilizando el esperma de David Roseckys, esposo de Marcia, y el óvulo de Mónica Schissel.

Dicho acuerdo fue suscrito por David Roseckys, como padre del menor, por Marcia como la madre, por Mónica Schissel como el transportista, por Cory Schissel como el esposo de Mónica, y por los abogados de ambas partes.

Una vez suscrito dicho acuerdo se inició el procedimiento de inseminación artificial y Mónica quedó embarazada. Hacia el final del embarazo, las partes tuvieron un fuerte enfrentamiento, y Mónica Schissel se negó a Rescindir sus derechos de paternidad. El 19 de marzo de 2010, Mónica dio a luz a la menor llamada F.T.R. quien una vez salió del hospital se fue a casa de los Roseckys.

Poco tiempo después del nacimiento, la Corte del Circuito del Condado de Columbia asignó a los Roseckys como tutores temporales; y en el año 2010 David Rosercky inició un proceso de paternidad ante la Corte del Circuito del Condado de Waukesha en el cual lo declaró como padre de F.T.R. , y transfirió el expediente al Tribunal del Circuito del Condado de Columbia, quien determinó la custodia permanente de la menor en cabeza de David Roseckys y le concedió visitas de dos horas por mes a Mónica Schissel, las cuales se fueron ampliando progresivamente hasta una noche de viernes a sábado cada dos fines de semana, dando aplicación al Interés Superior del Menor y al régimen de custodia y visitas aplicado en ese Estado.

Respecto del acuerdo de gestación subrogada, el Tribunal no lo tuvo en cuenta aduciendo que, si bien el contrato cumplía con los requisitos de validez, como son el consentimiento de ambas partes y la renuncia a los derechos parentales por parte de Mónica, el Tribunal no podía forzar o exigir a Mónica que pusiera fin a su patria potestad puesto que los requisitos establecidos en el Estatuto de Wisconsin, Capítulo 48.41, que regula el

consentimiento voluntario a la extinción de la patria potestad, no se cumplían. Por lo tanto, la custodia y visitas del menor debían regirse dando cumplimiento al principio del interés superior del niño.

Un aspecto importante a efectos de la presente Tesis y que se evidencia en el presente caso, es la cláusula de separabilidad que manifiestan en el texto se incluyó en dicho acuerdo, el cual consiste en la facultad que se le otorga a la Autoridad de separar cualquier disposición que considerara ofensiva.

Las partes apelaron la decisión de la cual tuvo conocimiento la Corte Suprema de Justicia de Wisconsin, quien sustentó su decisión haciendo 3 análisis: i) antecedentes de la subrogación; ii) Derecho de Wisconsin; y iii) aplicabilidad del Contrato de gestación subrogada.

i) **Antecedentes de la subrogación**

La Corte Suprema de Justicia hace un recuento de la importancia de las técnicas de reproducción asistida a efectos de crear posibilidades para que las personas puedan tener una familia independientemente la capacidad de procreación de cada persona, y en especial, con la gestación subrogada, se rompen con los esquemas tradicionales y concepciones respecto a los conceptos de madre, padre o familia.

Hace un recuento conceptual sobre la gestación subrogada y las clasifica en dos categorías: la tradicional, en la que la mujer gestante es madre genética del bebé; y la gestacional, en la que la mujer gestante no está relacionada con el menor genéticamente; siendo el caso objeto de análisis una subrogación gestacional tradicional.

Además, indica que estos procedimientos suelen plasmarse en un acuerdo de subrogación, en el cual se estipulan los derechos y responsabilidades de las partes a lo largo del proceso de subrogación en cuanto a los procedimientos médicos contemplados, las contingencias en caso de complicaciones médicas, la compensación, los derechos y responsabilidades de los padres, la elección de la ley y la intención de las partes.

Esta situación impone retos en cuanto a la filiación por lo que no existen soluciones legislativas al respecto ya que históricamente la filiación materna era determinada por el hecho biológico de dar a luz, en cambio, la filiación paterna puede determinarse por presunción, de manera voluntaria o mediante prueba de ADN.

En cuanto a las partes que concurren en la gestación subrogada, establece que son la madre genética, el padre genético, los padres previstos, la “madre” subrogada y el esposo de la “mujer” subrogada.

Manifiesta además que los acuerdos de gestación subrogada suelen llevarse a cabo cuando no existe conflictos entre las partes, dando aplicación a la normativa pertinente dependiendo el Estado, o bien usando normas de adopción, custodia y visitas para darle revestimiento legal a dicho acuerdo. Sin embargo, el problema surge cuando hay discordia entre las partes en cuanto al cumplimiento de dicho acuerdo, por lo que al momento de determinar si el contrato puede ser ejecutable, más si no se cuenta con una norma que regule dichos eventos.

ii) **Derecho de Wisconsin**

La Corte indica que en Wisconsin no existe normativa específica que determine si los acuerdos de gestación son ejecutables. Sin embargo, en el estatuto de Wisconsin Capítulo 69.14 indica la posibilidad de que el Tribunal pueda asignarle la patria potestad a alguien distinto a la mujer gestante.

Asimismo, el estatuto de Wisconsin Capítulo 891.40 se establece que el esposo de una mujer inseminada con espermia de un donante será el padre natural del hijo concebido mediante dicha técnica, y que el donante de espermia no tiene derechos parentales respecto del menor.

En cuanto al régimen de custodia y visitas, existe normativa que las regula, sin embargo, en dicha situación no se contempla el tratamiento en los eventos de gestación subrogada; en la sección 767.41 dispone de manera general que para determinar la custodia y visitas del menor se tendrán en cuenta los hechos que revistan de relevancia en pro del Interés Superior del Niño, y se enumeran 16 factores que el Tribunal debe considerar para la toma de la decisión.

Respecto de la patria potestad, no existe estipulación alguna para el caso de la gestación subrogada; en la sección 48.41 del estatuto de Wisconsin se establece que esta puede extinguirse de manera voluntaria o involuntariamente por ciertas causales.

Respecto de la adopción, la corte hace énfasis en determinar que es completamente diferente a la subrogación, ya que en el primer escenario suele realizarse el trámite porque el padre biológico y genético no quiere o no puede cuidar del menor, escenario que no ocurre en la subrogación. Sin embargo, la Corte manifiesta la necesidad de una supervisión sustancial en ambos escenarios para determinar que los padres biológicos han manifestado su consentimiento informado sobre las consecuencias.

La corte advierte que el ordenamiento jurídico de Wisconsin tiene grandes vacíos respecto de las técnicas de reproducción asistida, especialmente en cuanto a la compensación de las madres subrogadas o de los donantes de espermia y óvulos o los intereses del niño creado en este proceso o por fecundación *in vitro*.

En el caso en concreto ninguna de estas normas da solución a Marcia, quien es la esposa del padre biológico, puesto que no tiene derechos parentales sobre el menor, y la madre biológica y gestante se niega a extinguir su patria potestad de manera voluntaria y no hay evidencia que concurra alguna causal de extinción involuntaria de la patria potestad.

Por lo anterior se concluye que el ordenamiento jurídico de Wisconsin no proporciona una respuesta específica sobre si la Gestación subrogada es ejecutable, y no tienen una declaración de política pública contra la ejecución.

iii) **Aplicabilidad del Contrato de gestación subrogada.**

La Corte indica que el contrato de gestación subrogada es válido y ejecutable, a menos que su ejecución sea contraria al interés superior del niño.

En su argumento trae a colación el principio de la libertad contractual, e indican como elementos de un contrato la oferta, aceptación y consideración; y las defensas a la ejecución de un contrato incluyen la tergiversación, el error, la ilegalidad, la inconstitucionalidad, la nulidad contra el orden público, la coacción, la influencia indebida y la incapacidad.

Además, el Estado de Wisconsin ha aceptado la cláusula de separabilidad que consiste en que, si un contrato contiene una cláusula ilegal, las partes restantes del contrato pueden ser ejecutadas si la separación de las partes ilegales no anula el propósito principal de la negociación.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que el contrato de gestación subrogada suscrito entre las partes es válido y ampliamente ejecutable, que la ejecución de los acuerdos de gestación subrogada promueve la estabilidad y la permanencia en las relaciones familiares porque permite a los futuros padres planificar la llegada de su hijo, refuerza las expectativas de todas las partes del acuerdo y reduce los litigios polémicos que podrían prolongarse durante los primeros años de vida del niño, y su observancia se consolida en virtud del principio del interés superior del niño.

De acuerdo con el acervo probatorio y en especial las declaraciones de expertos, se concluye que la permanencia y estabilidad promueven el bienestar del menor, mientras que el estar rodeado de relaciones familiares conflictivas es perjudicial, y la situación de tensión entre las familias Rosecky y Schissel podría ser perjudicial para la menor F.T.R.

Aparte de las disposiciones relativas a la extinción de la patria potestad contenidas en el AP en cuestión, se concluye que un AP es un contrato válido y ejecutable a menos que su ejecución sea contraria al interés superior del menor. Si bien podrían aplicarse las defensas tradicionales a la ejecución de un contrato, ninguna parece hacer inaplicable la totalidad del AP en este caso.

El clausulado referente a la extinción de la patria potestad por parte de Mónica Schissel no son ejecutables porque va en contravía de la normatividad que dispone que puede extinguirse de forma voluntaria o involuntaria por el surgimiento de alguna causal de extinción. Tampoco goza de certeza el consentimiento dado por Mónica en cuanto a la técnica de reproducción asistida, por lo tanto, estas cláusulas son inaplicables y se separan del resto del contrato, puesto que dicho clausulado no anula el propósito principal del acuerdo.

Por último, la Corte fija las pautas de custodia y visita de conformidad con lo estipulado en el contrato de gestación subrogada, en el sentido de que la custodia total sea para David Rosecky, negando visitas para los Schissel, otorgándole validez al contrato de gestación subrogada.

Del análisis dogmático en la gestación subrogada en Estados Unidos de América.

Desde una perspectiva dogmática de la regulación estadounidense de la maternidad subrogada, es preciso concluir que, tal y como lo expresan Rodríguez-Yong & Martínez-Muñoz (2012), la gestación subrogada encuentra sustento jurídico en distintas fuentes de derecho como lo son la Ley y la Jurisprudencia, bien sea para sustentar la validez de los contratos de gestación subrogada, o bien sea para prohibirla.

Debido a la división política de Estados Unidos, que se encuentra catalogada como un Estado federal, se encuentra multiplicidad de posturas en cuanto a la validez de la gestación subrogada, siendo cada Estado federado autónomo de expedir normas de acuerdo a la postura que adopte, o en caso de no haber voluntad política, abstenerse de expedir alguna regulación.

Por último, la determinación de la validez de la gestación subrogada encuentra sustento en el concepto de orden público, el cual se aplica con base en la postura de cada Estado, a efecto de determinar la validez o no del contrato, y su aplicación en la mayoría de los Estados, encuentra sustento en la aplicación de normas de derecho familia para determinar aspectos de custodia, visita, y patria potestad.

Capítulo IV: Estado actual del marco normativo respecto del contrato de gestación subrogada en Colombia la luz de los principios generales del derecho y convenios internacionales

Avances en la legislación colombiana en lo relacionado a la reproducción asistida y gestación subrogada.

Los pronunciamientos sobre la gestación subrogada en Colombia son escasos; sin embargo, lo poco, entrega luces emergentes que verifica que se está abriendo camino sobre el estudio de estos procesos de técnicas de reproducción humana asistida, dando seguridad a las parejas que requieren de una ayuda científica para brindarse la oportunidad de disfrutar de una familia.

La sentencia de la Corte Constitucional T- 968 de 2009 con magistrados ponentes Calle Correa María Victoria, Vargas Silva Luis Ernesto, Mendoza Martelo Luis Eduardo, es un racero y soporte para avanzar en este proceso de la gestación subrogada debido a que muestra los parámetros para la validez y ejecución del contrato de gestación subrogada en Colombia. No obstante, es importante definir su regulación legal para generar seguridad jurídica en las partes contratantes.

De conformidad con el último informe de la International Federation of Fertility (IFFS) (Surveillance, 2016. Global Reproductive Health, 2016), existen alrededor de 25 centros especializados en el país dedicados a ofrecer tratamientos a parejas con problemas de salud reproductiva, entre ellos la aplicación de la gestación subrogada

dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). (Beetar Bechara, 2019)

Sin embargo, tal como lo menciona la Universidad del Rosario: “(...) este tema no cuenta con un marco legal expreso en donde se establezcan las reglas claras en cuanto al alcance y contenido de la figura en los temas de filiación civil y Derecho Penal, ordenamientos que necesariamente se encuentran involucrados”. (Beetar Bechara, 2019)

Lo dispuesto por la sentencia T-968 de 2009, reconoce que la maternidad subrogada es un contrato y, por ende, se reconoce como un contexto de legalidad.

En los ordenamientos jurídicos existentes en Colombia no existe una prohibición enunciada donde se determine que esta clase de acuerdos no son válidos; lo reglado en el Art 42 párrafo 6 de la Constitución Política de Colombia admite la gestación subrogada, al citar el siguiente texto: “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con **asistencia científica**, tiene iguales derechos y deberes”. El texto nos induce a indagar que las técnicas de reproducción asistida están justificadas jurídicamente. La sentencia T-968 de 2009, emanada de la Corte Constitucional en cita nomina este proceso como: la gestación subrogada, maternidad subrogada o gestación subrogada o útero, reseñándola en los siguientes términos:

(...) 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. Para el caso sustanciado por la Corte, la mujer gestante no aporta sus óvulos, hecho que a nuestro parecer, facilita la decisión de la Corte. (2009)

El proceso generado del contrato de gestación subrogada entre los contratantes y la mujer gestante es claro, por cuanto que, al finalizar el embarazo de la mujer gestante, ésta deberá entregar a la criatura a quienes cubrieron los gastos del embarazo, los gastos médicos y demás emolumentos sufragados.

Dentro del análisis de la sentencia que se acoge, es importante tener en cuenta respecto de la construcción del contrato algunos factores dichos por la Corte, que merecen observancia a saber: i) la salud física y psíquica de la mujer gestante para concebir. ii) Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante. 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 contratantes no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia. xi). Que la muerte de los padres contratantes antes del nacimiento no deje desprotegido al menor. x). Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica”. (Colombia. Corte Constitucional, 2017)

Todo esto, con el fin de certificar que los padres consanguíneos del bebe sean los generadores de los gametos, o que por lo menos la mujer gestante no tenga correlación

genética con el producto del parto y así poder conferirles a los contratantes los derechos correlativos de la filiación entre el menor y los padres objeto del contrato

Aspectos Normativos:

La gestación subrogada y la Constitución nacional de Colombia

En la Constitución Política de Colombia se encuentran derechos consagrados que son determinantes al momento de la celebración del contrato de gestación subrogada como lo son el derecho a la dignidad humana (art. 1 C.N), a conformar una familia (art. 42 C.N), a la igualdad y no discriminación (art. 13 C.N), a la libertad (art. 13 C.N), a la integridad personal, física, psíquica y social, al libre desarrollo de la personalidad. (art. 16 C.N), a los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos (art. 42 C.N), derecho a la maternidad y los demás conexos.

Los apartes constitucionales legitiman la gestación subrogada, en virtud de la autonomía reproductiva de las personas, pues se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir con libertad sobre la necesidad de tener un hijo o no, en qué tiempo y con qué periodicidad. Lo anterior encuentra su postulado normativo en el artículo 42 de la Constitución que prescribe y que se relaciona con la Sentencia T-316 de 2018 al decir: “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente en el número de sus hijos” y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, a conformar una familia sin miramientos de su origen o procedencia o formas de acceder a la familia. (Colombia. Corte Constitucional, 2018)

Los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos muestran la posibilidad de acceder a tener una familia por las técnicas de reproducción asistida, máxime cuando se justifica por razones de infertilidad y esterilidad u otras condiciones de salud.

El Bloque de constitucionalidad y la Gestación Subrogada

La Convención Internacional de Derechos del Niño otorga el Derecho a los niños a tener a una vida y una familia.

La Convención Internacional de Derechos del Niño, es un soporte del bloque de constitucionalidad para la gestación subrogada en el entendido de generar un derecho a la vida del niño por intermedio de la mujer gestante y de tener una familia cuando no la puede tener por naturaleza. La Convención Internacional de Derechos del Niño, armoniza el principio que establece el interés superior del menor; asimismo relata la importancia de la observancia de estos instrumentos internacionales, que mancomunadamente con la ley 1098 de 2006, tiene por finalidad:

(...) garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, dándole prevalencia al reconocimiento de la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

Este hecho también lo establece la Constitución Política de Colombia en sus artículos 44 y 45.

Es innegable que en Colombia hay un vacío jurídico respecto de la gestación subrogada. Por esta razón, el país debería asumir una posición firme a fin de reconocer la

filiación respecto de la gestación subrogada en pro del interés superior del niño, de la institución de la familia y de la sociedad, ante los hechos ya consumados y conocidos en legislaciones extranjeras que aprueban esta práctica a favor de las personas con problemas de salud reproductiva y del interés superior del menor. Es inevitable, en este sentido, que las parejas persigan el propósito de tener una familia traspasando límites nacionales para realizar esta práctica en otro país que la permiten con cierto grado de amplitud y sin exigencias territoriales contrastables como la nacionalidad o residencia permanente.

Es importante indicar la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que es aplicable en Colombia en virtud del control de convencionalidad, y que tal como se analizó su incidencia en México, Esta corporación considera la gestación subrogada como una de las técnicas de reproducción asistida, y reconoce que el derecho de acceder a tales técnicas guarda relación con el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva. (Albornoz & González, 2017)

En el acápite de Jurisprudencia Internacional se procederá a efectuar un análisis de la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In vitro”) Vs. Costa Rica, en el que se efectúan planteamientos importantes respecto de la responsabilidad de los Estados de ejercer control y vigilancia en la prestación de los servicios médicos para garantizar el goce del derecho a conformar una familia, y que el estado no puede restringir el acceso a métodos de fecundación asistida aduciendo afectaciones a embriones- que no son sujetos de derechos- violando el derecho de las personas a conformar una familia.

Iniciativas legislativas sobre la gestación Subrogada en Colombia

El contrato en Colombia es un producto de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual que se sustenta en la naturaleza del mismo y su finalidad. El contrato de gestación subrogada tiene una finalidad, una especialidad y especificidad y cierto grado de complejidad, pues los casos presentados pueden presentar tipologías comunes en su práctica. La singularidad en este contrato atípico colombiano requiere con urgencia una intervención legislativa que reglamente la necesidad de contrastar condiciones antiquísimas del ordenamiento civil de familia, como es “la filiación, la paternidad, la maternidad, las presunciones al respecto o las implicaciones del mismo sobre el estado civil de las personas, en lo atinente a la gestación subrogada”. (Ravina, 2019, pág. 5)

Gloria Patricia Naranjo Ramírez, en su libro *La ley colombiana ante la Reproducción Asistida*, muestra que existe una gran separación entre la realidad biológica y genética circundante y la legislación colombiana, la cual se ve reflejada en el poco interés del legislador frente a las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, que han empezado a tener un auge importante en los últimos años. (Naranjo Ramírez, 1997)

Ahora bien, los avances de la ciencia muestran sin tapujos que hoy en día para la procreación no se requiere esa finalidad del matrimonio de que habla el artículo 113 del Código Civil Colombiano, como es el de la cohabitación, ya que se puede ser padre del hijo a través de la inseminación homóloga, esto es, con semen del marido contratante, que para el caso de la gestación subrogada es una opción. Realmente este hecho no es un problema; el problema se agudizaría cuando el semen no es del marido contratante, sino de un donante, que

podría dar lugar a la impugnación de paternidad; sin embargo, si mediare consentimiento consentido, no procede dicha impugnación.

Del análisis, nace la necesidad de una legislación que proporcione legalidad al proceso de gestación subrogada para lograr una familia cuando no se puede tener naturalmente, pero sí, por las técnicas de la reproducción humana asistida, más propiamente en lo relacionado a la filiación.

La ley que regule el contrato de gestación subrogada en Colombia debería estar fundamentada en el consentimiento otorgado por las partes dentro del contrato que, al ser puro, se convierte en un soporte que genera seguridad jurídica y plataforma para la elaboración de los contratos a la luz pública, sin ocultamientos, ni parcelamientos de la verdad en su confección y ejecución.

Proyectos de Ley en Colombia sobre Maternidad Subrogada

En los años 2018 y 2019 se presentaron dos Proyectos de Ley Estatutaria tendientes a prohibir la gestación subrogada con fines de lucro, a saber:

Proyecto de ley Estatutario No 070/18 “Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos”: tuvo como propósito regular la gestación subrogada para parejas colombianas que presenten incapacidad biológica para concebir. Esto, mediante la protección de los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, y la protección del que está por nacer. (CSPC, 2019)

Los senadores del Centro democrático María del Rosario Guerra de la Espriella y Santiago Valencia González presentaron esta iniciativa, teniendo como objeto el de prohibir la práctica de la maternidad subrogada o comúnmente llamada alquiler de vientres, todo con fines de lucro, y regularla para parejas colombianas que presenten incapacidad biológica para concebir, argumentando que para que la practica sea legal sólo se daría en el caso que cumpla los siguientes requisitos: 1. Que se realice entre nacionales colombianos únicamente; 2. Contar con un certificado médico en el que se demuestre incapacidad física o biológica para concebir; y 3. por último, puede ser llevado a cabo únicamente entre sujetos que gocen de plena capacidad que conste mediante declaración extrajudicial juramentada.

Dentro de la exposición de motivos hicieron hincapié a que (i). La maternidad subrogada con fines económicos constituye una objetivación de los cuerpos de las mujeres, pues los convierte en “máquinas para hacer bebés”, que pueden arrendarse y explotarse con el fin de satisfacer los deseos de otros. (ii) Así mismo, esta práctica convierte a los niños en “objetos de consumo” o productos comerciales que se encargan, se compran, se venden e incluso se devuelven o se cambian si no se satisface al cliente; entre otros motivos.

El trámite de este proyecto concluyó con su no aprobación y se encuentra archivado.

Proyecto de Ley número 118 de 2019: El día 13 de agosto de 2019, los senadores María del Rosario Guerra de la Espriella y Santiago Valencia Gómez, presentaron nuevamente la iniciativa del proyecto de ley número 118 de 2019, bajo el mismo objeto y presupuestos del proyecto presentado en el 2018.

En la exposición de motivos, manifestaron la necesidad de la protección de los derechos fundamentales y prevalentes tanto de los menores como de las mujeres que se

encuentran en situaciones de vulnerabilidad, evitando que así sean explotadas comercialmente a cambio de una remuneración que instrumentaliza su cuerpo para la procreación.

Asimismo, como propuesta adicional se estableció crear el tipo penal de “Constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro”; a efecto de adicional el artículo 188F a la Ley 599 de 2000, que disponía lo siguiente:

Artículo 188F: Constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro: El que por sí o como miembro de una organización nacional o internacional, con el propósito de obtener beneficio económico promueva, induzca, financie, reclute, colabore o constriña a una mujer para alquilar su vientre mediando fines de lucro incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El Ministerio de Salud reglamentará la práctica de la maternidad subrogada sin fines de lucro; considerando las obligaciones de la madre gestante, del padre y madre solicitantes, y con plena observancia de los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. - Artículo 7°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas aquellas disposiciones que le sean contrarias. (CSPC, 2019)

Las razones que se desprenden de los proyectos de ley estatutaria en cita, obedecen al parecer a intereses para cierta colectividad, pero desconocen quizá derechos constitucionales, máxime cuando la Constitución Nacional en su artículo 42, párrafo sexto, reza: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia

científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable”.

Se colige entonces, que del normativo constitucional se da la posibilidad de tener una familia con asistencia científica sin que se desconozca el derecho de los hijos habidos dentro de esta práctica de procreación asistida, que alcanza por sus procedimientos “la gestación subrogada”. (Scotti, 2019)

Jurisprudencia sobre la materia aplicados en Colombia

Jurisprudencia Nacional

Análisis de la sentencia T - 968 de 2009 de la Corte Constitucional. Como se ha expresado a lo largo del desarrollo de este trabajo de tesis, el único soporte legal que se conoce en Colombia a cerca de la gestación subrogada es la sentencia T - 968 de 2009 de la Corte Constitucional, en el cual una pareja que contrató los servicios de una mujer para que les alquilara el vientre para tener un bebé y con base en escritos doctrinales la Corte precisó 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. (Colombia. Corte Constitucional, 2009)

Desde este concepto se colige que en Colombia, para los efectos de la gestación subrogada es necesario precisar lo citado por la Corte: (i) Que la mujer gestante y que da a luz no aporta sus óvulos, (ii) La madre gestante acepta llevar a buen término el embarazo y una vez producido el parto, se compromete a entregar el hijo a las personas que lo encargaron (iii)

La madre gestante renuncia a los derechos sobre el menor y (iv) La práctica se debe formalizar a través de un pacto o compromiso. (Colombia. Corte Constitucional, 2009)

Como se evidencia, en lo concluido por la Corte Constitucional, la mujer gestante celebra un verdadero acto jurídico, donde acuerda gestar un bebé por nueve meses debidamente asistido por la parte contratante y una entidad médico-científica para llevar a buen término el parto y luego hacer la entrega a las personas que encargaron el bebé. La entidad medico científica cumple un papel importante, no solamente por la asistencia médica y científica, sino al momento del parto, ya que “debe” emitir un certificado médico para determinar la filiación entre el bebé y la madre contratante. De este hecho no existe actualmente regulación alguna al respecto. El certificado con destino a la filiación del recién nacido no es producto del parto, sino con ocasión del contrato de gestación subrogada, pero que debe suplir esas características como si proviniera del producto de un parto de la madre contratante así no lo sea, a efectos de generar la filiación legalmente determinada en nuestra legislación art. 90 y ss del C.C.C; sin embargo este hecho que parece oscuro, se torna real y práctico para lograr la filiación del recién nacido “como aquel vínculo que une al hijo con su padre o madre, es decir, paternidad y maternidad” (Cabra, 2015).

En la percepción particular se considera que este proceso de filiación, lo legitima el consentimiento expresado en el contrato de gestación subrogada celebrado entre la mujer gestante y los padres contratantes, que entraña su legalidad. El relato analítico nos muestra con claridad que, la falta de una legislación sobre el tema intranquiliza e inquieta de la necesidad de una ley para que forje seguridad en el proceso de filiación en la gestación subrogada, con procedimientos análogos como la adopción.



Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia Radicación N° 54001 31 10

009 2009 00585 01, M.P. Ariel Salazar Ramírez. Para el análisis de la presente Tesis, se considera pertinente hacer alusión a los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a puntos relacionados con las técnicas de reproducción asistida.

En esta sentencia, la Corte Suprema determina un aspecto relevante en cuanto al origen de la paternidad dentro del contexto de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, ya que no establece como punto determinante de la paternidad los aspectos biológicos de la concepción y parto, sino que está determinado a partir del consentimiento en la realización de la técnica reproductiva.

La sentencia en mención estipula lo siguiente:

La determinación de la paternidad ya no solo depende de la verdad biológica, sino del consentimiento en la realización de la técnica reproductiva, el cual supone la voluntad de asumir la responsabilidad en la procreación y la misma progenitura, es decir, ejercer la función paterna con todas las obligaciones y derechos que ello implica. Por ello, la impugnación de la filiación no es ni puede ser idéntica en todos los casos, porque si se trata de una filiación por inseminación artificial será la maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente absolutamente irrelevante que el padre impugnante intente demostrar la ausencia del vínculo consanguíneo, toda vez que es evidente que el hijo producto de la inseminación heteróloga no es su descendiente biológico; por lo que el padre sólo podrá atacar la presunción *pater ist est* mediante la demostración de la ausencia de su consentimiento para realizar el proceso de procreación artificial.” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2017)

Lo anterior sirve de soporte jurisprudencial para empezar a construir a partir de estos pronunciamientos, los elementos esenciales y naturales del contrato de gestación subrogada, los cuales se plasmarán y analizarán en el siguiente capítulo.

Jurisprudencia Internacional.

En este punto se procede a hacer una breve descripción de la postura jurisprudencial que mantiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual tiene competencia para asumir asuntos que transgredan la Convención Interamericana de Derechos Humanos, del Estado parte Colombia.

Es importante destacar que, si bien Colombia no ha sido demanda ante esta corte por vulneración de derechos reproductivos, es importante proceder a efectuar un análisis de la sentencia hito, proferida por la Corte Interamericana sobre el tema, en la medida que desde ahora se puede determinar la línea argumentativa que puede ser aplicada en Colombia en virtud del control de convencionalidad.

Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In vitro”) Vs.

Costa Rica. El objeto de controversia que dio a lugar a iniciar el proceso judicial ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, radicó en la prohibición de la práctica de la fecundación *in vitro*, producto de la sentencia de fecha 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, lo que representaba una vulneración a los derechos a la vida privada y familiar, a formar una familia, a la igualdad en la medida que les impidió el acceso a un tratamiento que pudiera superar una condición de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijos biológicos; y en especial la vulneración de

los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento.

Al respecto el Estado de Costa Rica sustentó su defensa jurídica con base en los posibles riesgos de efectuar la práctica de la fecundación *in vitro* en las personas, relacionadas con:

- i. los posibles riesgos que la práctica podría producir en la mujer;
- ii. alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acudan a la técnica;
- iii. presuntos riesgos genéticos que se podrían producir en los embriones y en los niños nacidos por el tratamiento;
- iv. los alegados riesgos de embarazos múltiples;
- v. los supuestos problemas que implicaría la crioconservación de embriones, y
- vi. los posibles dilemas y problemas legales que podrían generarse por la aplicación de la técnica. (p. 42)

Respecto de las consideraciones de la Corte, en primer lugar establece el alcance de los derechos de la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar, estableciendo que la decisión de tener hijos biológicos pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar, la cual se toma con base en la autonomía e identidad de una persona, tanto a nivel personal como a nivel de pareja, por lo que la utilización de la técnica de fecundación *in vitro* es una forma de salvaguardar el derecho a tener una familia a través del disfrute de los avances científicos.

Un aspecto a destacar de las consideraciones de la Corte Constitucional es la postura que mantiene consistente en que la decisión de ser padres es parte del derecho de la vida privada, bien sea en el sentido biológico o genético, y este derecho incluye la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva que garanticen el ejercicio de este derecho.

Lo anterior implica entonces que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las técnicas de reproducción asistida que permitan una filiación de origen genético son admisibles para la materialización del derecho de la vida privada y de la consolidación de una familia, rompiendo de esta manera con la postura que tradicionalmente se ha sostenido de que el hecho biológico de dar a luz sea *per se* es la base de la filiación, abriendo paso a la utilización de procedimientos científicos que permitan la consolidación de estos derechos.

Asimismo, la Corte hace mención al artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el cual habla del derecho a la autonomía reproductiva, en la cual se estipula que las mujeres tienen derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

Por lo tanto, este derecho se vulnera cuando el Estado obstaculiza u omite regular los procedimientos médicos existentes para que una mujer pueda controlar su fecundidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, hace un análisis respecto de la responsabilidad que tienen los Estados de regular y ejercer control y vigilancia en la prestación de los servicios médicos en aras de garantizar el goce efectivo de los derechos a la vida e

integridad personal, entendiendo por salud el estado de un cabal bienestar físico, mental y social, sin que se limite este concepto exclusivamente a la ausencia de enfermedades.

Asimismo, efectúa un análisis respecto del derecho a la vida, y los derechos de los *nasciturus*, en cuanto a la aplicación del artículo 4 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, manifestando a grandes rasgos que un embrión no puede ser considerado como persona, por lo que no es sujeto de derechos y un Estado no puede proferir decisiones tendientes a restringir el acceso a métodos de fecundación asistida aduciendo afectaciones a los embriones, violando los derechos a la vida privada y a la familia.

Este análisis que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una connotación polémica en los Estados parte que contemplan el aborto como un delito, o que sólo es permitido bajo ciertas causales. En el caso de Colombia, mediante sentencia C-055 de 2022 la Corte Constitucional declara la exequibilidad condicionada del Artículo 122 de la Ley 599 de 2000 en la cual se encuentra tipificada el delito de aborto consentido, en el sentido de que la conducta sólo será punible cuando se realice después de la semana 24 de gestación, no siendo aplicado el límite temporal cuando el aborto sea efectuado bajo las causales de peligro para la salud física o mental de la mujer, grave malformación del feto que haga inviable su vida extrauterina o acceso carnal violento, transferencia de óvulo fecundado o inseminación artificial no consentida; causales establecidas en la sentencia C-355 de 2006 de esta misma Corte. (Colombia. Corte Constitucional, 2022)

Capítulo V: Lineamientos para la incorporación al ordenamiento jurídico colombiano del Contrato de Gestación Subrogada:

Los contratos atípicos nacen a la vida jurídica fruto de una necesidad producida en el contexto de la globalización y avances tecnológicos, que cada vez generan la necesidad de establecer relaciones contractuales, las cuales se encuentran por fuera de la esfera de la estructura jurídica de un estado, cuya ejecución se encuentra autorizada en virtud de dicha necesidad, la cual requiere ser suplida, y dentro del ámbito de aplicación, establecido con ocasión de la autonomía de la voluntad privada, la doctrina, la jurisprudencia, las normas de carácter internacional, y en la Constitución Política.

Es innegable que el contrato de Gestación Subrogada es un contrato atípico para la doctrina y la jurisprudencia colombiana, por cuanto no se encuentra regulado en este ordenamiento jurídico, más no prohibido y que, de acuerdo a las disposiciones civiles colombianas, no existe regulación sobre la gestación subrogada que se pueda establecer por simple convención, y esto, por razones de la filiación, nominada como “filiación asistida”, “filiación tecnificada” o “filiación no biológica”, pero que se puede entender, sustentada constitucionalmente al expresarse en el párrafo 6° del artículo 42 de la Constitución Política, que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable”. (Chaparro & Benjamín, 2020, pág. 142)

En consecuencia, la Corte exhorta en la sentencia T-968 de 2009, para que se legisle sobre el tema.

Del análisis se destaca el hecho de que el contrato de gestación subrogada es un contrato lícito atípico de acuerdo con la autonomía de la voluntad de las partes, el cual se rige por la teoría de los contratos civiles con su elementos, características y requisitos propios del contrato.

Denominación del “Contrato de Gestación Subrogada”: Diferencias con el contrato de alquiler y similitudes con el contrato de mandato

En este punto, es importante hacer una precisión en cuanto a la denominación del contrato de gestación subrogada, toda vez que se considera acertado denominarlo de esta manera y no “contrato de alquiler de vientre”, por los siguientes motivos:

De conformidad con la Real Academia Española, el término “alquilar” se define como “Ceder, o adquirir, temporalmente el uso [de algo] por un precio convenido”. El sujeto puede ser tanto quien cede algo en alquiler como quien lo toma”. (RAE, s.f.)

El término alquiler es considerado sinónimo del término arrendamiento, este último utilizado de manera jurídica en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.

El artículo 1973 del Código Civil Colombiano define el arrendamiento como “un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

De esta manera, el contrato de arrendamiento implica entonces una remuneración por el goce de una cosa.

Asimismo, el artículo 1974 ibidem, establece las cosas susceptibles de arrendamiento, estableciendo que pueden ser objeto del contrato de arrendamiento “todas las cosas corporales o incorporeales, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso”.

Así las cosas, el contrato de arrendamiento supone la entrega de la cosa al arrendador, quedando estipulado en el artículo 1982 numeral 1 como una obligación por parte del arrendador.

De las normas anteriormente enunciadas, se puede concluir que existe una incompatibilidad entre las normas anteriormente enunciadas con la esencia del contrato de gestación subrogada, porque el contrato de arrendamiento supone la entrega de una cosa por parte del arrendador al arrendatario para que, éste último, goce de la cosa; situación que es imposible en este evento, pues el útero de la mujer gestante, que para el caso sería la “arrendadora”, no puede ser separado de su cuerpo para efectuar su entrega a los contratantes, precisamente porque el objeto del contrato no recae en una cosa –útero, sino en la obligación de hacer- gestar, objeto que no va acorde con las disposiciones del arrendamiento de bienes.

De igual manera, teniendo en cuenta que, en Colombia, mediante la sentencia de la Corte Constitucional T-968 de 2009, estableció la legalidad del contrato de gestación subrogada bajo el contexto de ser éste un acto sin ánimo de lucro y donde se concluye que en Colombia no sería posible considerarlo como arrendamiento, puesto que éste último contrato supone la remuneración por el goce de la cosa- útero.

Por último, tampoco estaría acorde con el ordenamiento jurídico colombiano hacer la denominación de contrato de alquiler de vientre, considerando como objeto contractual el

útero de la mujer gestante, pues sería un contrato ilícito debido a que la Ley 919 de 2004 dispone de normas sobre prohibición de la comercialización de componentes anatómicos, y el artículo 2° lo tipifica como delito de la siguiente manera:

Artículo 2°. Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión.

Parágrafo. En la misma pena incurrirá quien sustraiga un componente anatómico de un cadáver o de una persona sin la correspondiente autorización, quien participe en calidad de intermediario en la compra, venta o comercialización del componente o quien realice publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración.
(Función pública, 2019)

Teniendo en cuenta lo anterior, el término correcto que debe ser utilizado es el de gestación subrogada que, de conformidad con la Real Academia Española, se define como “Embarazo en que una mujer gesta un embrión ajeno”. (RAE, s.f.)

Elementos esenciales del contrato de gestación subrogada

En Colombia es razonable concebir el contrato de gestación subrogada, basándose en la teoría general de los contratos y en los fines propios del Estado social de derecho, que se encuentran en la Constitución Política de Colombia en su art. 1., el cual permite labrar un argumento sólido para que los legisladores se apropien de los suficientes elementos facticos y jurisprudenciales a fin de que el sistema normativo adquiera un soporte jurídico.

De acuerdo con el artículo 1501 del ordenamiento civil colombiano, “son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”, y el artículo 1502 al tenor dice:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1-) que sea legalmente capaz. 2-) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3-) que recaiga sobre un objeto lícito y 4-) que tenga una causa lícita.

Del articulado citado se puede colegir que, para que el contrato de gestación subrogada surta efectos de validez, no puede carecer de estos elementos jurídicos. En primer lugar, porque la capacidad legal, negocial o contractual, tanto de la gestante como de los contratantes, en razón de la mayoría de edad y de su estado hábil para obligarse, esto es, no adolecer de incapacidad de conformidad con la ley 1996 de 2019 y otras como la capacidad reproductiva y haber sido madre previamente a la celebración del contrato de gestación subrogada.

Esta capacidad a la cual se hace referencia está asociada necesariamente al consentimiento de las partes, por cuanto que para consentir debe ser absolutamente capaz, como sucede por parte de la madre biológica, en donde en figuras como la adopción debe mediar un consentimiento libre, que no adolezca de vicio alguno como: fuerza, error o dolo. Se dice de estar asociada al consentimiento, en la medida en que, para el caso de la mujer gestante, el consentimiento debe ser claro e informado, para lo cual debe imperar la capacidad psíquica, por la naturaleza del negocio jurídico, en el sentido de obligarse a entregar al niño o

niña después del parto y el cuidado y diligencia en su estado de embarazo bajo las técnicas de reproducción asistida y los parámetros establecidos en la sentencia T-968 de 2009.

Otro de los elementos esenciales del contrato es el objeto lícito en el ámbito de la gestación subrogada, el cual merece especial atención en el ordenamiento jurídico colombiano. Por ello, si se mira el objeto de la gestación subrogada, en aras de garantizar el derecho humano a la salud reproductiva, a la identidad de niñas y niños producto del acuerdo, derecho a tener hijas, hijos y formar una familia, así como el derecho a la reproducción asistida, el objeto es claramente lícito. Bajo este entendido, en el ordenamiento jurídico colombiano, el objeto del contrato de gestación subrogada debe entenderse, por un lado como esa obligación de hacer- efectuar el proceso de “gestación”, comprendido desde la etapa de fecundación hasta el parto, debido a que los gametos que hacen parte del proceso de gestación no comparten material genético con la mujer gestante según lo dispone la Corte Constitucional en la sentencia T- 968 de 2009; y por otro lado la obligación de entregar al menor producto de dicha gestación, debido a la relación filial que adquieren los padres contratantes con el menor.

En este sentido, el objeto del contrato de gestación subrogada es compatible con el ordenamiento jurídico colombiano y guarda especial armonía con las disposiciones penales que tipifican el delito de tráfico de niños, niñas y adolescentes, así como las disposiciones contenidas en la Ley 919 de 2004 respecto de la prohibición de comercialización de componentes anatómicos.

Lo anterior es así puesto que, al analizar el objeto del contrato de gestación subrogada, se evidencia que su contenido se refiere a una obligación de hacer- gestar un embrión; y la obligación de entregar al menor producto de dicha gestación se realiza en virtud de que los



contratantes tienen una relación filial con el menor, debido al vínculo contractual que puede concurrir con un vínculo genético, pero no biológico, producto de la existencia de las técnicas de reproducción artificial, que en el presente caso corresponde a la fecundación *in vitro* de la cual se ha hablado en capítulos anteriores; y que, de conformidad con las disposiciones constitucionales colombianas, son autorizadas y legales.

En este sentido, la finalidad del contrato de gestación subrogada, bajo la luz del ordenamiento jurídico colombiano, no podría entenderse como un contrato con ánimo de lucro al que le puedan ser aplicables normas de tal carácter, sino como un contrato altruista que sirva de mecanismo, para garantizar el derecho humano a la salud reproductiva, a la identidad de niñas y niños producto del acuerdo, o sea al derecho a tener hijas, hijos y formar una familia, que sería el real objetivo del contrato, claramente, sin desconocer los parámetros recogidos por la Corte en la sentencia que se ha trabajado o recogido.

En este punto es importante determinar el alcance de las obligaciones por parte de la mujer gestante, las cuales en todo caso deben guardar relación con los límites impuestos por el ejercicio efectivo del núcleo esencial de sus derechos fundamentales, tales como la dignidad humana, libertad sexual, libertad de locomoción, derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

La causa lícita entonces, es consecuencia inmediata del contenido u objeto del contrato. Como regla general pero no absoluta puede establecerse que si es lícito el contenido u objeto, es lícita la causa. En el contrato de gestación subrogada, debe tenerse una causa justa y lícita de conformidad con el artículo 1524 del Código Civil que reza:

(...) no puede haber obligación sin causa real y lícita” esto es, la causa, no puede ser otra cosa, sino el mismo acuerdo de gestar un embrión durante nueve meses y luego ser entregado a los contratantes una vez suceda el parto a fin de formar una familia.
(Valencia, 2015)

Si se analizan los argumentos, se encuentra que el contenido u objeto del contrato de gestación subrogada, es un gravamen para la mujer gestante y un beneficio para la familia contratante. Mientras que la causa del contrato de gestación subrogada es el fin mismo del contrato, gestar para formar una familia que, en términos de obligaciones generantes de responsabilidad, establece que la mujer gestante se configura como un sujeto pasivo y los contratantes como sujeto activo, elementos básicos de la obligación.

Asimismo, se considera que deben establecerse como elementos esenciales del contrato de gestación subrogada, el cumplimiento de las siguientes solemnidades a saber:

1. Certificado neurológico Psiquiátrico del estado mental de la mujer gestante:

El examen neurológico psiquiátrico, es un examen clínico en el cual se analizan aspectos físicos y psíquicos del individuo con el fin de determinar el estado mental del paciente, a efectos de determinar si se encuentra en un estado de lucidez que le permita tomar decisiones de forma consiente, sin que existan patologías que vicien la toma de decisiones.

En el ordenamiento jurídico colombiano, se hace referencia al certificado neurológico psiquiátrico en los artículos 2.7.2.2.1.3.2., y 2.7.2.2.1.3.4., del Decreto 780 de 2016,

por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en el cual se establecen las siguientes disposiciones:

“Artículo 2.7.2.2.1.3.2. El Certificado Médico será expedido por un Profesional de la Medicina, con tarjeta profesional o registro del Ministerio de Salud y Protección Social, o por un médico que se encuentre prestando el Servicio Social Obligatorio, de conformidad con lo previsto por el artículo 50 de la Ley 23 de 1981.

Parágrafo. El texto del Certificado Médico será claro, preciso y deberá ceñirse estrictamente a la verdad. Su expedición irregular conllevará responsabilidad civil, penal y ética para el médico que lo expida, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

(...)

Artículo 2.7.2.2.1.3.3. Contenido del certificado médico. *El Certificado Médico en lo relativo al estado de salud, tratamiento o acto médico deberá contener como mínimo, los siguientes datos generales:*

- a. Lugar y fecha de expedición;*
- b. Persona o entidad a la cual se dirige;*
- c. Estado de salud del paciente, tratamiento prescrito o acto médico;*
- d. Nombre e identificación del paciente;*
- e. Objeto y fines del certificado;*
- f. Nombre del Profesional de la Medicina que lo expide;*

g. Número de la tarjeta profesional y registro;

h. Firma de quien lo expide.”

Se considera en este sentido que dicho certificado debe entenderse como un elemento esencial del contrato de gestación subrogada, que para este entender sería una solemnidad, ya que la valoración de la capacidad mental de la mujer gestante debe quedar suficientemente demostrada en aras de evitar futuros inconvenientes al momento de dar cumplimiento a las obligaciones a su cargo, puesto que debe existir plena certeza de que la mujer que vaya a llevar a cabo el proceso de gestación haya estado en plena capacidad de entender a plenitud las obligaciones que debe efectuar, en virtud del cumplimiento el objeto contractual, y suscribir el consentimiento informado.

2. “Sentencia judicial” como autorización para ejecutar el contrato de gestación subrogada:

Asimismo, se considera como “solemnidad” la sentencia Judicial que dentro de los elementos esenciales del contrato debe incluirse dentro del ordenamiento jurídico colombiano. La solemnidad consistente en que dicho contrato debe estar sometido a la aprobación de una autoridad judicial, que en este caso estaría en cabeza del Juez de Familia mediante un proceso de jurisdicción voluntaria y quien será el encargado de analizar la capacidad de las partes para contratar, en especial el consentimiento informado y el certificado neurológico psiquiátrico, y el contenido de las cláusulas del contrato, dando como resultado una sentencia en la que autorice su ejecución y contemple disposiciones especiales encaminadas a proferir la orden a las entidades encargadas de efectuar el registro civil de nacimiento del menor, producto de gestación

subrogada, incluyendo como padres del menor a los contratantes, dando procedencia a la existencia de una filiación de tipo contractual que, de acuerdo con los lineamientos de la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009, para alguna de las partes sería concurrente con la filiación genética.

En este punto es necesario que exista una regulación al respecto, encaminada a efectuar modificaciones a los textos normativos procedimentales y que se permita a los jueces en cuestión, tener competencia para el conocimiento de estos asuntos, así como las reglas procedimentales a las que debe someterse dicho trámite, a efectos de obtener una integración normativa que permita aplicar en Colombia la gestación subrogada.

Elementos naturales del contrato de gestación subrogada

El contrato de gestación subrogada es un contrato *sui generis*, dado su objeto. Esta posición conduce a concluir que el contrato de gestación subrogada tiene características únicas que lo hacen distinto a los contratos típicos y atípicos de la legislación civil colombiana, aunque recoge con claridad elementos, requisitos y características de los contratos en lo atinente a la consensualidad, bilateralidad, entre otros símil.

Se considera además que todos los contratos llevan consigo envueltos elementos naturales. En el contrato de gestación subrogada, si bien es cierto no se estipula, lleva envuelta la ausencia de discriminación, la dignidad humana y los derechos fundamentales de todas las personas implicadas, además de la protección fundamental de los valores de la familia y los derechos de los niños. Claramente se observa que más que elementos naturales, son derechos, principios y valores los que deben estar inmersos en este contrato por la naturaleza del mismo, tales como ausencia de discriminación, dignidad humana, igualdad, permanencia y estabilidad,

derecho a conformar una familia, derechos sexuales y reproductivos, interés superior del menor, autonomía de la voluntad, libertad contractual, consensualismo, entre otros.

Elementos accidentales del contrato de gestación subrogada

Teniendo en cuenta que la gestación es una actividad riesgosa, puesto que se ve involucrada la salud y la vida de la mujer gestante durante dicho periodo, toda vez que se ve expuesta a padecimientos que pueden tener repercusiones en su diario vivir, bien sea de forma temporánea mientras dure el periodo de gestación tales como preclamsia, diabetes gestacional, problemas cardiacos, flujos, trastornos gastrointestinales, problemas psicológicos, patologías ginecológicas, y daños estéticos; motivo por el cual se hace necesario que se tengan en cuenta la estipulación de garantías ante riesgos a los que se encuentra expuesta la mujer gestante con ocasión de la ejecución del objeto del contrato.

También se podrían establecer estipulaciones o cláusulas de confidencialidad para salvaguardar el derecho a la intimidad familiar, así como estipulaciones respecto al tipo de parto que se vaya a implementar, ya sea un parto natural o por cesárea, o las condiciones especiales de cuidado prenatal que deban implementarse.

Características del contrato de Gestación Subrogada

De la naturaleza del contrato, se desprenden los atributos o características de la gestación subrogada con fundamento en el libro Cuarto Título I. del Código Civil y la sentencia T-968 de 2009 a saber:

- i) Es un contrato atípico, en la medida de que no está regulado legalmente en Colombia y solamente es objeto de un antecedente jurisprudencial, en el cual nos



muestra los parámetros de cómo se puede hacer uso de esta práctica de reproducción asistida.

- ii) Es un contrato principal porque subsiste por sí mismo sin necesidad de otro contrato o convención.
- iii) Es un contrato bilateral, por cuanto es generadora de obligaciones tanto para la mujer gestante como para la familia contratante en los siguientes términos: para la mujer gestante la obligación de cumplir con los requerimientos de esa función biológica propia de gestación por el término de nueve meses y otros como:
 - Permitir la realización de los estudios médicos de viabilidad de la gestación;
 - Permitir la intervención quirúrgica necesaria para la Técnica de Reproducción Humana Asistida; •Cuidar de su salud y la del nasciturus; •Durante la fase de la gestación someterse a los tratamientos médicos requeridos para la efectiva gestación; •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 la mujer gestante no podrá interrumpir el embarazo, sino únicamente por prescripción médica. (Chaparro & Benjamín, 2020, pág. 150)

Y, por último, una obligación traída por la Corte Constitucional, “entre los requisitos, que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas”. (Corte Constitucional. T-968 del 2009. M.P. María Victoria Correa)

Para la parte contratante, la de sufragar los gastos correspondientes al contrato tales como estudios previos para determinar la viabilidad de la gestación; la

intervención quirúrgica y técnica de reproducción asistida; gastos de alimentación y habitación durante el periodo de gestación y parto; gastos médicos; así como la obligación de asistencia a los exámenes médicos; entre otros.

- iv) Es un contrato gratuito; atributo que se desprende la sentencia T- 968 de 2009 mediante el imperativo “que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas”. (Corte Constitucional. T-968 del 2009. M.P. María Victoria Correa)

Al respecto es importante resaltar que si bien a la luz del ordenamiento jurídico, la mujer gestante no debe recibir compensación por la ejecución de sus obligaciones, esto no implica que no existan obligaciones de carácter pecuniario que deban suplirse por parte de los contratantes, relacionados con gastos médicos y de manutención a la mujer gestante durante el término de ejecución del contrato, los cuales son erogaciones necesarias para llevar a feliz término el proceso de gestación, y que bajo ninguna circunstancia deben ser entendidos como una remuneración a favor de la mujer gestante.

En este sentido, en el contrato de gestación subrogada no se da la conmutatividad por la falta de onerosidad; ya que la conmutatividad, en su forma general, nace de la equivalencia en las prestaciones de dar, hacer y no hacer, pero de contenido económico; y si se basa en lo proveído por la Corte en la sentencia T-968 de 2009, la validez del acuerdo de gestación tiene que ver con la gratuidad en su sentido estricto: Es decir, el contrato de gestación subrogada es gratuito, no puede darse dadivas o erogaciones pecuniarias a la mujer gestante como contraprestación para obligarse a

gestar durante nueve meses un bebé y se comprometa a entregarlo posterior al parto.

(Valencia, 2015).

- iii. Es un contrato de tracto sucesivo, puesto a que por un lado las obligaciones de la mujer gestante se prolongan durante el término de gestación y parto, y por el otro lado, los contratantes deben proporcionar las condiciones favorables durante la gestación y recuperación post parto y una vez nazca el niño vivo, lo reciba.
- iv. Es un contrato consensual en el entendido de que se perfecciona con solo el consentimiento de las partes. Sin embargo, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, se considera la necesidad de que este contrato esté sometido al cumplimiento de formalidades, es decir que sea solemne, para que tenga efectos jurídicos pues dada su importancia, este debe estar provisto de una autorización judicial, para lo cual se requeriría una regulación al respecto.
- v. Es un contrato *intuitu personae*, debido a las calidades de las partes contratantes a la luz de lo establecido en la sentencia de la Corte Constitucional T-968 de 2009, en la cual estando los contratantes en incapacidad de llevar por sí mismos el proceso de gestación, y la mujer gestante debe ser apta para gestar y haber sido madre, lo cual conlleva a concluir que las partes deben ser personas naturales.

Generalmente estos contratos se llevan a cabo en virtud de los lazos de confianza que se establecen entre las partes contractuales debido a las obligaciones que conlleva esta clase de contrato y los efectos filiales que se generan, por lo que se faculta a las partes de estipular cláusulas prohibitivas tales como la prohibición de cesión del contrato, entre otros.

En cuanto al contenido obligacional del contrato, se encuentra que las obligaciones contenidas en el contrato de gestación subrogada son de medio y no de resultado.

Este aspecto es de gran importancia pues de ahí se desprende la diligencia al efectuar la conducta esperada para llevar a cabo una gestación satisfactoria que dé como resultado el nacimiento de un menor.

La mujer gestante cumple su obligación si actuó de manera diligente durante el periodo de gestación, siguiendo las instrucciones médicas y las conductas plasmadas en el contrato en cuestión, de manera que, si a pesar de ello se generan circunstancias que hagan necesario poner fin al embarazo, o si al momento del parto el bebé nace sin signos vitales, o si producto de alguna enfermedad el bebé muere después haber nacido, no se le puede atribuir responsabilidad alguna a la mujer gestante.

Inclusión del contrato en el ordenamiento jurídico colombiano a efectos de establecer la filiación y registro civil de nacimiento

Como se ha establecido, en Colombia y en el mundo en general, hay movilidad sobre la práctica de gestación subrogada, entidad que nació con propósitos de superar problemas de infertilidad pero que, hoy por hoy, es utilizada por personas inclusive que no sufren ninguna clase de enfermedad de este orden; bien sea por personas del mismo sexo que quieren tener una familia con hijos o quizá por estética u otras situaciones. Esta es una práctica de usanza de acuerdo con los intereses personales y familiares, sin embargo, debe tenerse en cuenta los rigores de lo jurídico en Colombia.

Contrato de gestación subrogada en Colombia

El contrato de gestación subrogada que se considera válido en Colombia de conformidad con la sentencia T-968 de 2009, es sólo la de tipo gestacional o completa, y se ha definido como:

(...) aquel acuerdo por medio del cual una mujer acepta que se le insemine o implante un embrión fecundado en su útero para que sea gestado por el término de nueve meses y luego del parto, esto es, se produzca el nacimiento del bebé vivo lo entregue a la pareja contratante o persona contratante, que en términos reales correspondería a la madre o el padre que hizo el encargo, renunciando la mujer gestante a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido. (Figuerola, 2019)

De la definición es posible analizar que la gestación subrogada en Colombia no se concibe de manera parcial, es decir con gametos propios de la mujer gestante. La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia aludida, quiso decir, que el contrato de gestación subrogada debe ser total o plena, en razón a que los gametos u óvulos, corresponden a personas diferentes a la mujer gestante, para ser más exactos, con óvulos de la madre contratante u otra persona en calidad de donante.

Ahora bien, el contrato de gestación subrogada realmente tiene efectos a partir de su filiación del bebé recién nacido por parte de los padres contratantes o de intención, que en razón de la falta de regulación genera controversia, por lo determinado en el ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior se conoce como filiación “el vínculo que une al hijo con el padre o la madre” o relación del hijo o la hija con los padres. Igualmente, la Corte Constitucional ha definido la filiación como “(...) la relación que se genera entre procreante y

procreado o procreada entre adoptante y adoptado o adoptada”. (Colombia. Corte Constitucional, 1999). Este racero jurídico presta atención por cuanto que, de acuerdo a la legislación colombiana la madre del recién nacido es la mujer gestante, en razón a que lo legislado en la actualidad, en materia de filiación, parte del supuesto carácter de vincularla exclusivamente al aspecto biológico y parto, de donde se entiende la maternidad de la que habla Marco Gerardo Monroy cabra en su obra *Derecho de Familia Infancia y Adolescencia*:

(...) la maternidad es el elemento básico de toda filiación definida en el artículo 335 del Código Civil, como la circunstancia de ser una mujer la verdadera madre del hijo que se da por suyo y que supone dos requisitos: a.) que la mujer haya dado a luz un hijo, ósea que se haya verificado el parto, y b.) que el pretendido hijo sea el producto del parto, esto es, la identidad del hijo. (Cabra, 2015, pág. 47).

Como se puede confrontar, el pretendido hijo en la gestación subrogada no es producto del parto, dado que la filiación nace de un mero acuerdo de voluntades, mediante un consentimiento emitido con información y asesoramiento plenos y sin ningún tipo de fuerza o incentivo económico que merme su validez. Lo que indica que, conforme al ordenamiento jurídico civil, va en contravía de lo normado, generando cierta incertidumbre para la parte contratante, al momento del Registro civil de del recién nacido, una vez su cotejamiento entre lo regulado y los hechos. Sin embargo, la doctrina, considerando lo dispuesto en el Art 42– 6 en la Constitución Política de 1991, el contrato que da lugar a la gestación subrogada tiene su esencia respecto de la filiación del hijo que no lo es por naturaleza en el siguiente “postulado constitucional”: “(...) los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes”.

Este precepto de la Carta Política lleva a pensar que “(...) las técnicas de reproducción asistida están legitimadas jurídicamente”. (Colombia. Corte Constitucional, 2009)

De lo expuesto se han evidenciado vacíos normativos importantes sobre el tema de la gestación subrogada en Colombia, lo que permite tener una visión más clara de lo que se tiene normativamente y la búsqueda de una regulación en la materia, a fin de proteger derechos que nacen del contrato de la gestación subrogada en lo atinente a filiación, maternidad, paternidad, interés superior del menor y demás derechos fundamentales de la institución llamada familia.

Certificado de nacimiento

El certificado médico de nacimiento es un documento expedido por el personal médico que atiende el parto de una mujer en estado de embarazo, por medio del cual se da fe del nacimiento del individuo.

Dicho certificado cobra gran importancia debido a que, en el contexto del proceso de gestación subrogada, se evidencian falencias que impiden se pueda diligenciar con información veraz, lo que obliga al personal médico a diligenciar los datos con información errónea, incurriendo así en conductas punibles. Por lo tanto, se hace necesario que el Congreso tome cartas en el asunto a efectos de modificar el formulario teniendo en cuenta las nuevas técnicas reproductivas.

En Colombia, el certificado de nacimiento se encuentra regulado en el artículo 2.7.2.2.1.3.5 del Decreto 780 de 2016, el cual establece lo siguiente:

Artículo 2.7.2.2.1.3.5 Certificado médico de nacimiento. El Certificado Médico de Nacimiento, se expedirá para acreditar el hecho del individuo nacido vivo y deberá contener tres partes:

- a. Una primera parte destinada a registrar los datos propios del nacimiento, como: apellidos y nombres del individuo nacido vivo, sexo, peso, talla, tipo sanguíneo, semanas de gestación, fecha de nacimiento, hora de ocurrencia del hecho, lugar y zona de nacimiento, sitio del parto, institución en donde fue atendido, tipo de parto, multiplicidad del parto y nombre e identificación del personal de salud que prestó la atención;
- b. Una segunda parte destinada a registrar los datos de los padres del individuo nacido vivo, como: nombres y apellidos documentos de identificación, edad, estado civil, nivel educativo de cada uno, lugar y zona de residencia habitual de la madre, fecha de nacimiento del anterior hijo nacido vivo y número de hijos nacidos vivos;
- c. Una tercera parte destinada a registrar los datos de la persona que expide el Certificado Médico de Nacimiento tales como: nombres y apellidos, documento de identificación, número de la tarjeta profesional y registro médico, lugar y fecha de expedición y firma de quien lo expide. (Art. 5 del Decreto 1171 de 1997). (Colombia. Ministerio de Salud Pública, 1997)

El formulario en donde se plasma lo descrito en la norma anteriormente citada, es el siguiente:

Figura 6.
Certificado de nacido vivo

 República de Colombia CERTIFICADO DE NACIDO VIVO ANTECEDENTE PARA EL REGISTRO CIVIL		 DANE
CONFIDENCIAL Los datos que el DANE solicita en este formulario, son estrictamente confidenciales están protegidos bajo reserva estadística por la Ley 79 de 1993, Artículo 5.º.		NÚMERO DEL CERTIFICADO DE NACIDO VIVO
(Consulte instrucciones al respaldo)		
LUGAR DEL NACIMIENTO Departamento Municipio 		
ÁREA DEL NACIMIENTO ☐ Cabecera municipal ☐ Centro poblado ☐ Rural disperso Inspección, corregimiento o caserío		
FECHA DEL NACIMIENTO Año Mes Día 	HORA DEL NACIMIENTO Hora Minutos ☐ Sin establecer	SEXO DEL NACIDO VIVO ☐ Masculino ☐ Femenino
HEMOCLASIFICACIÓN DEL NACIDO VIVO Grupo sanguíneo Factor Rh 		
APELLIDO(S) Y NOMBRE(S) DE LA MADRE (TAL COMO FIGURAN EN EL DOCUMENTO DE IDENTIDAD) Primer apellido Segundo apellido Primer nombre Segundo nombre		
TIPO DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN DE LA MADRE ☐ Registro civil ☐ Tarjeta de identidad ☐ Cédula de ciudadanía ☐ Cédula de extranjería ☐ Pasaporte ☐ Sin información		NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN DE LA MADRE (TAL COMO FIGURA EN EL DOCUMENTO DE IDENTIDAD)
DATOS DE QUIEN CERTIFICA EL NACIMIENTO		
APELLIDO(S) Y NOMBRE(S) (TAL COMO FIGURAN EN EL DOCUMENTO DE IDENTIDAD) Primer apellido Segundo apellido Primer nombre Segundo nombre		
TIPO DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN ☐ Cédula de ciudadanía ☐ Cédula de extranjería ☐ Pasaporte	NÚMERO DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN (TAL COMO FIGURA EN EL DOCUMENTO DE IDENTIDAD) 	PROFESIÓN DE QUIEN CERTIFICA EL NACIMIENTO ☐ Médico ☐ Enfermero(a) ☐ Auxiliar de enfermería ☐ Promotor(a) de salud
REGISTRO PROFESIONAL 		
LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN DEL CERTIFICADO Departamento Año Mes Día Municipio 		FIRMA DE QUIEN CERTIFICA EL NACIMIENTO



Figura 7.
Certificado de nacido vivo. Vista general

 **República de Colombia**
CERTIFICADO DE NACIDO VIVO 

Ministerio de la Protección Social

Los datos que el DANE solicita en este formulario, son estrictamente confidenciales están protegidos bajo reserva estadística por la Ley 79 de 1993, Artículo 5.º.

1. NÚMERO DEL CERTIFICADO DE NACIDO VIVO

(Consulte instrucciones al respaldo)

I. DATOS DEL NACIMIENTO

2. LUGAR DEL NACIMIENTO
Departamento _____ Municipio _____

3. ÁREA DEL NACIMIENTO
☐ 1. Cabecera municipal ☐ 2. Centro poblado
☐ 3. Rural disperso Inspección, corregimiento o caserio _____

4. SITIO DEL PARTO
☐ 1. Institución de salud ☐ 2. El domicilio
☐ 3. Otro sitio, ¿cuál? _____

5. NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN DE SALUD
Nombre _____
Código _____

6. SEXO DEL NACIDO VIVO
☐ 1. Masculino ☐ 2. Femenino

7. PESO DEL NACIDO VIVO, AL NACER
Gramos _____

8. TALLA DEL NACIDO VIVO, AL NACER
Centímetros _____

9. FECHA DEL NACIMIENTO
Año _____ Mes _____ Día _____

10. HORA DEL NACIMIENTO
Hora _____ Minutos _____ Sin establecer ☐

11. EL PARTO FUE ATENDIDO POR:
☐ 1. Médico ☐ 2. Enfermero(a) ☐ 3. Auxiliar de enfermería ☐ 4. Promotor(a) de salud
☐ 5. Partera ☐ 6. Otra persona, ¿cuál? _____

12. TIEMPO DE GESTACIÓN DEL NACIDO VIVO
☐ Semanas completas ☐ Ignorado

13. NÚMERO DE CONSULTAS PRENATALES QUE TUVO LA MADRE DEL NACIDO VIVO
Consultas _____

14. TIPO DE PARTO DE ESTE NACIMIENTO
☐ 1. Espontáneo ☐ 2. Cesárea ☐ 3. Instrumentado ☐ 4. Ignorado

15. MULTIPLICIDAD DEL EMBARAZO
☐ 1. Simple ☐ 2. Doble ☐ 3. Triple ☐ 4. Cuádruple o más

16. APGAR DEL NACIDO VIVO
Al minuto (1-10) _____ A los cinco minutos (1-10) _____

17. HEMOCLASIFICACIÓN DEL NACIDO VIVO
Grupo sanguíneo _____ Factor Rh _____

18. DE ACUERDO CON LA CULTURA, PUEBLO O RASGOS FÍSICOS, EL NACIDO VIVO ES RECONOCIDO POR SUS PADRES COMO:
☐ 1. Indígena ¿A cuál pueblo indígena pertenece? _____
☐ 2. Rom (gitano) ☐ 3. Raíz del Archipiélago de San Andrés y Providencia ☐ 4. Patenquero de San Basilio ☐ 5. Negro(a), mulato(a), afrocolombiano(a) o afrodescendiente ☐ 6. Ninguno de los anteriores

II. DATOS DE LOS PADRES DEL NACIDO VIVO

DATOS DE LA MADRE DEL NACIDO VIVO EN EL MOMENTO DEL PARTO

19. APELLIDO(S) Y NOMBRE(S) DE LA MADRE (TAL COMO FIGURAN EN EL DOCUMENTO DE IDENTIDAD)
Primer apellido _____ Segundo apellido _____ Primer nombre _____ Segundo nombre _____

20. TIPO DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN DE LA MADRE
☐ 1. Registro civil ☐ 2. Tarjeta de identidad ☐ 3. Cédula de ciudadanía ☐ 4. Cédula de extranjería ☐ 5. Pasaporte ☐ 9. Sin información

21. NÚMERO DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN DE LA MADRE (TAL COMO FIGURA EN EL DOCUMENTO DE IDENTIDAD)

22. EDAD DE LA MADRE A LA FECHA DEL PARTO
Años cumplidos _____

23. ESTADO CONYUGAL DE LA MADRE
☐ 1. No está casada y lleva dos o más años viviendo con su pareja ☐ 2. No está casada y lleva menos de dos años viviendo con su pareja ☐ 3. Está separada, divorciada ☐ 4. Está viuda ☐ 5. Está soltera ☐ 6. Está casada ☐ 9. Sin información

24. ÚLTIMO AÑO DE ESTUDIOS QUE APROBÓ LA MADRE
☐ 1. Preescolar ☐ 2. Básica primaria ☐ 3. Básica secundaria ☐ 4. Media académica o clásica ☐ 5. Media técnica ☐ 6. Normalista ☐ 7. Técnica profesional ☐ 8. Tecnológica ☐ 9. Profesional ☐ 10. Especialización ☐ 11. Maestría ☐ 12. Doctorado ☐ 13. Ninguno ☐ 99. Sin información
Último año o grado aprobado _____

25. LUGAR DE RESIDENCIA HABITUAL DE LA MADRE
País _____ Departamento _____ Municipio _____

26. ÁREA DE RESIDENCIA HABITUAL DE LA MADRE
☐ 1. Cabecera municipal Barrio _____ Localidad o comuna _____
☐ 2. Centro poblado Dirección _____
☐ 3. Rural disperso Inspección, corregimiento o caserio _____ Vereda _____

27. NÚMERO DE HIJOS NACIDOS VIVOS QUE HA TENIDO LA MADRE, INCLUIDO EL PRESENTE
_____ Hijos

28. FECHA DE NACIMIENTO DEL ANTERIOR HIJO NACIDO VIVO
Año _____ Mes _____ Día _____

29. NÚMERO DE EMBARAZOS, INCLUIDO EL PRESENTE
_____ Embarazos

30. RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LA MADRE
☐ 1. Contributivo ☐ 2. Subsidiado ☐ 3. Excepción ☐ 4. Especial ☐ 5. No asegurado

31. ENTIDAD ADMINISTRADORA EN SALUD A LA QUE PERTENECE LA MADRE
Tipo de administradora ☐ 1. Entidad Promotora de Salud ☐ 2. Entidad Promotora de Salud Subsidiada ☐ 3. Entidad Adaptada de Salud ☐ 4. Entidad Especial de Salud ☐ 5. Entidad Excepcionada de Salud
Nombre de la administradora _____

DATOS DEL PADRE DEL NACIDO VIVO

32. EDAD DEL PADRE A LA FECHA DEL NACIMIENTO DE ESTE HIJO
Años cumplidos _____

33. ÚLTIMO AÑO DE ESTUDIOS QUE APROBÓ EL PADRE
☐ 1. Preescolar ☐ 2. Básica primaria ☐ 3. Básica secundaria ☐ 4. Media académica o clásica ☐ 5. Media técnica ☐ 6. Normalista ☐ 7. Técnica profesional ☐ 8. Tecnológica ☐ 9. Profesional ☐ 10. Especialización ☐ 11. Maestría ☐ 12. Doctorado ☐ 13. Ninguno ☐ 99. Sin información
Último año o grado aprobado _____

III. DATOS DE QUIEN CERTIFICA EL NACIMIENTO

34. APELLIDO(S) Y NOMBRE(S) (TAL COMO FIGURAN EN EL DOCUMENTO DE IDENTIDAD)
Primer apellido _____ Segundo apellido _____ Primer nombre _____ Segundo nombre _____

35. TIPO DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN
☐ 1. Cédula de ciudadanía ☐ 2. Cédula de extranjería ☐ 3. Pasaporte

36. NÚMERO DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN (TAL COMO FIGURA EN EL DOCUMENTO DE IDENTIDAD)

37. PROFESIÓN DE QUIEN CERTIFICA EL NACIMIENTO
☐ 1. Médico ☐ 2. Enfermero(a) ☐ 3. Auxiliar de enfermería ☐ 4. Promotor(a) de salud ☐ 5. Funcionario de registro civil

38. REGISTRO PROFESIONAL

39. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN DEL CERTIFICADO
Departamento _____ Año _____ Mes _____ Día _____
Municipio _____

40. FIRMA DE QUIEN CERTIFICA EL NACIMIENTO

Impreso en la Dirección de División, Muestreo y Cultura Estadística del DANE, Form DANE 11-920, Septiembre de 2007

Del análisis de la norma y el formulario en mención se concluye la necesidad de modificar sus apartados a efectos de que sea incluyente con las técnicas de reproducción asistida como la gestación subrogada, a efectos de propiciar por la garantía de disfrute del derecho a la familia y establecido en el artículo 42 de la Constitución política de Colombia.

Así las cosas, se propone modificar el literal b del artículo 2.7.2.2.1.3.5 del Decreto 780 de 2016, en el sentido de suprimir el término “madre” de dicho acápite, teniendo en cuenta que en el contexto de las técnicas de reproducción asistida puede que figuren como padres parejas del mismo sexo, e incluir el registro de los datos de la mujer gestante, los cuales pueden concurrir con los datos de “la madre”, y diligenciar el formulario con la demás información los datos de los padres de intención en el evento que aplique, quienes serían los “padres” del nacido vivo.

Haciendo las modificaciones anteriormente expuestas, se incluiría dentro del ordenamiento jurídico y se podría poner en práctica el contrato de gestación subrogada.

Conclusiones

Las técnicas de reproducción humana asistida ubican esta investigación en un momento de la historia en el que las parejas que no pueden tener una familia por la vía natural y puedan utilizar el mecanismo de la gestación subrogada ya sea porque adolecen de una enfermedad que ocasione infertilidad o esterilidad, o simplemente porque así lo han considerado, siendo estas últimas razones personales.

La definición general del contrato de gestación subrogada es aquel contrato en el que una mujer se obliga a llevar a cabo el proceso de gestación de un embrión, el cual es implantado mediante el uso de la técnica de fecundación *in vitro* o transferencia intratubárica de gametos. Este embrión no posee carga genética de la mujer gestante, quien una vez nazca el bebé, lo deberá entregar a los padres contratantes, quienes tienen la patria potestad sobre el bebé nacido, en virtud del acuerdo pactado, así compartan o no material genético con el bebé.

Existen diversas clasificaciones de la gestación subrogada tales como la subrogación tradicional o parcial en el que se utilizan óvulos de la mujer gestante, la subrogación gestacional o completa en la que no se utilizan los óvulos de la mujer gestante; de tipo altruista o comercial, y la subrogación nacional o transfronteriza. En este punto es importante indicar que, de acuerdo con la Corte Constitucional, sólo son válidas la subrogación gestacional o completa, de tipo altruista.

El sustento constitucional que permite la práctica de la gestación subrogada es el artículo 42 en el que se constituye a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, y en el inciso 6° se muestra el camino para su legalidad al indicar que “Los hijos habidos en el

matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable”. De este artículo se deriva la clasificación de la familia en cuanto a su origen, la cual puede ser biológica, social y/o genética, y en este sentido, el contrato de gestación subrogada puede dar origen a una familia de origen social y/o genético, lo cual depende si se utilizaron gametos de los padres contratantes dentro del proceso de fecundación *in vitro*.

En el curso de esta investigación, se evidencia la falta de regulación acerca de la gestación subrogada, y el Congreso de la República ha sido negligente en la aprobación de proyectos de Ley tendientes a regular la gestación subrogada.

La filiación originada en la gestación subrogada se da en virtud de un contrato, teniendo como base el inciso 6° del artículo 42 de la Constitución Política, en donde se indica que los hijos procreados con asistencia científica tendrán iguales derechos y deberes y podría darse por analogía teniendo en cuenta el proceso de adopción regulado en Colombia, toda vez que existe el mecanismo que proporciona seguridad jurídica por medio de una sentencia de adopción.

La presunción de maternidad en la que se considera madre del hijo a quien dio a luz, no puede ser aplicado dentro del escenario de la gestación subrogada puesto que, en este contexto, la maternidad surge con ocasión al acuerdo y, en el caso colombiano, alguno de los padres contratantes o de intención debe compartir material genético con el menor.

El contrato de gestación subrogada en Colombia, legalmente hablando es relativamente nuevo, y si llegare a existir algún hecho se daría la gestación subrogada total en la medida que solo se pueden tener en cuenta gametos de la familia contratante o de donantes.

El contrato de gestación subrogada es un mecanismo idóneo para conformar una familia, en la medida que tiene todos los elementos del ordenamiento jurídico colombiano en relación con sus elementos esenciales, naturales y accidentales, los cuales estructuran un contrato lícito y exento de nulidades.

El contrato de gestación subrogada no solamente se cimenta en la constitución nacional, en la jurisprudencia colombiana, sino también en las convenciones internacionales que generan seguridad jurídica al momento de realizar esta práctica.

El contrato de gestación subrogada, de conformidad con la sentencia T 968 de 2009, es altruista, en virtud de que no puede tener erogaciones pecuniarias, o entregarse dádivas a la mujer gestante por parte de la familia contratante, toda vez que por la naturaleza del contrato degeneraría en oneroso lo cual daría lugar a su ilicitud.

Como características del contrato de gestación subrogada, se encuentra que es un contrato atípico, principal, bilateral, gratuito, de tracto sucesivo, consensual, *intuitu personae* y, por último, contiene una obligación de medios.

Pese a las directrices establecidas en la sentencia T- 968 de 2009, proferida por la Corte Constitucional Colombiana, es preciso establecer una regulación específica en cuanto a los requisitos formales del contrato, en cuanto a los elementos esenciales, naturales y accidentales del mismo, mediante los cuales se permitan identificar reglas claras en cuanto a la filiación, custodia, y obligaciones de las partes contractuales.



Como lineamientos propuestos en el presente trabajo, se establecen la necesidad de modificar aspectos que guardan estrecha relación con la gestación subrogada, siendo el más importante el tratamiento del certificado de nacimiento de los bebés, producto de este contrato, en el cual debe plasmarse la nueva filiación que surge producto de la intención de las partes contratantes; así como la existencia de un certificado neurológico psiquiátrico del estado mental de la mujer gestante, una autorización judicial previa al inicio del proceso de inseminación artificial y cuyo fallo contemple disposiciones encaminadas a ordenar a las autoridades médicas y administrativas la expedición del certificado de nacimiento y posterior registro civil de nacimiento, incluyendo como padres del menor a los “padres de intención”.

Referencias

- Albornoz, M. M., & González, F. L. (2017) Marco normativo de la gestación por sustitución en México. En: *Revista IUS- UNAM*. Recuperado de:
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100009
- Álvarez Plaza, Consuelo; Pichardo Galán, J. Ignacio Mercancía o don: Bancos de semen y autonomía reproductiva AIBR. *Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 12, núm. 3, septiembre-diciembre, 2017, pp. 339-363 Asociación de Antropólogos Iberoamericanos en Red Madrid, Organismo Internacional. Recuperado de:
<https://www.redalyc.org/pdf/623/62354698004.pdf>
- Arreola, F. (2019) Gestación subrogada y filiación: su regulación en Tabasco y Sinaloa. México. Recuperado de: <http://repositorio-digital.cide.edu/handle/11651/3685>
- Barajas, M. V. (2019). Maternidad subrogada en México regulación, problemática y reconocimiento como un derecho humano. *Unan Revista de derecho Privado*, 1.
- Bastidas, N. (2006) La co-parentalidad en las familias ensambladas (tesis de postgrado). Maracaibo. República Bolivariana de Venezuela, Universidad del Zulia. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Maracaibo. Recuperado de:
<https://docplayer.es/82409472-La-co-parentalidad-en-las-familias-ensambladas.html>

Bechara Beetar, B. (2019) La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico

integral e incluyente. En: *Revista Socio-Jurídicos*, pp.135-166. Recuperado de:

<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario>

Benitez, J. P. (2017) Derecho de familia. Bogotá: Temis.

Blazquez Rodríguez, M.I. (2005) Aproximación a la Antropología de la Reproducción. AIBR.

En: *Revista de Antropología Iberoamericana* (42) pp.1-25. Recuperado el 01 de marzo

de 2021 de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1248272>

Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., Kin, D., Marzo, C., & Mccandless, J. (Mayo de 2012)

European Parliament. Recuperado de:

[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOLJURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOLJURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf)

Bulletti Carlo [y otros] (2011) The Artificial Womb [Publicación periódica] En: *Annals of the*

New York Academy of Sciences. pp.124-128.

Brugo Olmedo S.; Chillik C; Kopelman S. (2003) Definición y causas de la infertilidad. En:

Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología Vol. 54 No 4. Recuperado de:

<http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf>

Cabra, M. G. (2014) Derecho de familia, infancia y adolescencia. Bogotá: Librería ediciones

del profesional ltda.

Cáceres Lara, M. (2018) Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente

americano. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile /BCN. [Fecha de consulta 8 de

noviembre de 2021] N° SUP 117353. Recuperado de:

https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26024/1/BCN_gestacion_subrogada.pdf

Cadavid Pulgarín, K. M.; Barrera Correa, Amalia (2017) Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y aportes internacionales sobre el tema. [Consultado el 12 de 06 de 2017]. Recuperado de:

http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad_subrogada.pdf.

Carbonier, J. (1961) Derecho Civil. Barcelona: Casa Editorial Bosch

Colombia. Congreso de la República. (2019) Proyecto de Ley Estatutaria "Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica". Colombia. Recuperado el 2 de marzo de 2022, de:

<https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-11/P.L.E.186-2017C%20%28MATERNIDAD%20SUBROGADA%29.pdf>

Chaparro, J. M., & Benjamín, P. (2020). LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA. Bogotá: Unijaveriana Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional (2009) Sentencia C-577 de 2011. Bogotá, Colombia.

Recuperada de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>

Colombia. Corte Constitucional (2009) Sentencia T-968. Bogotá, Colombia. Recuperado de:

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

Colombia. Corte Constitucional (1999) Sentencia T-488 de 1999. Bogotá, Colombia.

Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-488-99.htm>

Colombia. Corte Constitucional (2018) Sentencia T-316 /18. Bogotá, Colombia. Recuperado

de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-316-18.htm>

Colombia. Corte Constitucional (21 de febrero de 2022) Comunicado 5, Sentencia C-055-22.

Recuperado el 21 de febrero de 2022, de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20de%20prensa%20Sentencia%20C-055-22%20-%20Febrero%2021-22.pdf>

Colombia. Corte Suprema de Justicia de Colombia (10 de marzo de 2017) Radicación N°

54001 31 10 009 Bogotá, Colombia. Ariel Salazar Jiménez (M. P.) Recuperado de:

[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)

Colombia. Ministerio de Salud Pública (1997) Decreto 1171 de 1997: Por el cual se

reglamentan los artículos 50, 51 de la Ley 23 de 1981. Bogotá, Colombia. Recuperado

de:

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Decreto-1171-de-1997.pdf>

Colombia. Secretaría Senado (2000) Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal.

Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Columbia University. Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic. Surrogacy Law and Policy in the U.S: A National Conversation Informed by Global Lawmaking. 2016.

Recuperado de:

https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gendersexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_june_2016.pdf

Congreso del Estado Libre y Soberano de Sinaloa. (16 de agosto de 2013) Código Familiar del Estado de Sinaloa. (Decreto 742). Sinaloa, México. Recuperado de:

<https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/DMVLV/LMF/SIN-CF.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) Caso Artivia Murillo y otros

("Fecundación *In vitro*") Vs Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2012). Recuperado el 2 de marzo de 2022, de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

CSPC, D. d.-S. (5 de noviembre de 2019). *Consejo Superior de Política Criminal*. Obtenido de <https://www.politicacriminal.gov.co/>

Cubillos, J. M. (2013) Técnicas de Reproducción Asistida. Status Jurídico del Embrión Humano. Universidad Nacional de Cuyo. Recuperado de:

https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf

Delgado Martínez, A. S. (2019) Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y el Derecho Constitucional. Recuperado de:

<https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4247>

Domínguez C., K. (2019) Gestación subrogada en México. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. En: *Revista Barataria*. Recuperado de:

<https://revistabarataria.es/web/index.php/rb/article/view/497>

Escobar Fornos, I. (2007) Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación *in vitro*). En: *Cuestiones constitucionales*, (16), 137-158. Recuperado en 01 de marzo de 2021, de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100005&lng=es&tlng=es.

Figuerola, J. R. (2019). Gestación subrogada parcial y el derecho de filiación de la mujer gestante en Colombia. Recuperado de:

<http://repositorio.unisinucartagena.edu.co:8080/xmlui/handle/123456789/221>

Función Pública (2004) Ley 919 de 2004 por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico. Recuperado de:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=15507>

Función Pública (2011) Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Recuperado de:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43202>

Función Pública (2016) Decreto 780 de 2016 Por el cual se expide el Decreto Único

Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. Recuperado de:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77813>

García del Río, M. S. (2014) La gestación subrogada: Una revisión del Sistema de Derechos

Fundamentales de la Colombia durante el Siglo XX. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Garza-Guerra, María Taide (2022) Maternidad subrogada en México [Consultado abril 6 de

2022] Universidad autónoma de Tamaulipas, México Recuperado de:

<http://polipapers.upv.es/index.php/citecma>

Gire, G. D. (2017) Gestación Subrogada en México. Resultados de una mala regulación.

"Documental Deseos". GIRE. México. Recuperado de: [https://gestacion-](https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/)

[subrogada.gire.org.mx/#/](https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/)

Gómez de la Torre Vargas, M. (1993) La Fecundación *In vitro* y la Filiación. Editorial Jurídica

de Chile.

Gómez-Gracia, E. y Fernández-Crehuet, J. (2008) Fecundación *In vitro* y Transferencia de

embriones (FIVET) [Publicación periódica]. Servicio de Publicaciones de la

Universidad de Navarra. Recuperado de:

<https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/3350/1/2.%20FECUNDACION%20IN>

[%20VITRO%20Y%20TRANSFERENCIA%20DE%20EMBRIONES%20%28FIVET](https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/3350/1/2.%20FECUNDACION%20IN)

[%29%20ENRIQUE%20G%20C%20MEZ-](https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/3350/1/2.%20FECUNDACION%20IN)

[GRACIA%20C%20JOAQUIN%20FERNANDEZ-CREHUET.pdf](https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/3350/1/2.%20FECUNDACION%20IN)

González. (1995) La adopción. Bogotá: Ediciones Profesionales Ltda.

- Grau Rubio, C., & Fernández Hawrylak, M. (2015) Relaciones de parentesco en las nuevas familias. Disociación entre maternidad/paternidad biológica, genética y social. En: *Gazeta de Antropología*, 31(1). Recuperado de: http://www.gazeta-antropologia.es/wp-content/uploads/GA-31-1-02-ClaudiaGrau_MariaFernandez1.pdf
- Habermas, J. (2002) El futuro de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal? Ed. Paidós.
- Hernández, J. A., & Romero, G. A. (2019) Gestación por sustitución internacional. derecho a la vida privada y familiar en la doctrina y sentencia de 28 de abril 2017, juzgado de distrito Tabasco, México. Recuperado de: <https://www.revistamisionjuridica.com/gestacion-por-sustitucion-internacional-derecho-a-la-vida-privada-y-familiar-en-la-doctrina-y-sentencia-de-28-de-abril-2017-juzgado-de-distrito-tabasco-mexico/>
- Hernández Ramírez, A. & Santiago Figueroa, J. L. (2011) Ley de maternidad subrogada. En: *UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. vol. XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre, 2011, pp. 1335-1348 Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México. Biblioteca Jurídica- UNAM. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/427/42721148011.pdf>
- Huidobro, C. (2010) Infertilidad Masculina. En: *Revista Médica Clínica Las Condes*; 21(3) pp. 368 - 375. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/272641367_Infertilidad_masculina

Loyarte, D.; Rotonda, A. E. (1995) Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético. Ed.

Depalma. Buenos Aires.

Medina Pabón, J. E. (2011). Derecho Civil, Derecho de Familia. Bogotá: Universidad del

Rosario.

México. Código Civil para el Estado de Tabasco (1997) Recuperado de:

[https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/LGBTTTI/CodCivilFam/27Codigo_C
E_Tab.pdf](https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/LGBTTTI/CodCivilFam/27Codigo_C_E_Tab.pdf)

México. Código Familiar del Estado de Sinaloa (2013) Disponible en:

<https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/DMVLV/LMF/SIN-CF.pdf>

Monroy Cabra, M. G. (2014) Derecho de familia, infancia y adolescencia. Bogotá: librería ediciones del profesional ltda.

Murguía, C. L. (2019) Regulación de la maternidad subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles, Arequipa, Perú.

Naranjo Ramírez, G. P. (1997) La ley colombiana ante la reproducción asistida. En: *Revista*

Facultad de derecho y ciencias politicas No. 98. Medellín. Recuperado de:

<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4292/3983>

Patridge, E. A.; Davey, M. G.; Hornick, M. A.; McGovern, P. E.; Mejaddam, A. Y.; Vrecenak,

J. D.; Mesas-Burgos, C.; Olive, A.; Caskey, R. C.; Weiland, T. R.; Han, J.; Schupper,

A. J.; Connelly, J. T.; Dysart, K. C.; Rychik, J.; Hedrick, H. L.; Peranteau, W. H.;

Flake, A. W. (2017) An extra-uterine system to physiologically support. En: *Nature*

Communications. - 25 de abril de 2017. Recuperado de:

<https://www.nature.com/articles/ncomms15112.pdf>

Piedrahita, P. G. (2017) La filiación es un estado jurídico. Temis.

Plutarco. (1985a) *Vidas Paralelas I*. Madrid. Gredos, 1985a.

Practice Committee of American Society for Reproductive Medicine. (2008) Definitions of infertility and recurrent pregnancy loss. En: *Fertil Steril* 2008; 90:S60. Recuperado de: <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2019.11.025>.

Puyol Hernández, L. K. (2020) Los principios fundamentales de la bioética y el reconocimiento de la gestación subrogada como derecho de familia. Universidad Técnica de Ambato. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Ambato, Ecuador. Recuperado de: <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/31350/1/FJCS-POSG-214.pdf>

Ramírez, G. P. (1997). La ley colombiana ante la reproducción asistida. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (18). Pp. 103-116. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5617409>

Ravina, C. F. (2019) La validez del contrato de maternidad subrogada en el orden jurídico colombiano. Trabajo de tesis magister en derecho privado. Universidad de los Andes

Revista Semana (16-10-2019) Así es el primer útero artificial que desarrollaron en Holanda y permitirá "renacer" a los bebés. Disponible en: <https://www.semana.com/vida-moderna/articulo/asi-es-el-primer-utero-artificial-que-desarrollaron-en-holanda-y-permitira-renacer-a-los-bebes/636337/>

- Rivas, A. M. (2009) Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación volumen monográfico. En: *Antropología Social* (18). Pp.7-19. Recuperado de:
<https://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/RASO0909110007A/8801>
- Rodríguez Figueroa, J. (2019) Gestación subrogada parcial y el derecho de filiación de la mujer gestante en Colombia. Universidad del Sinú, seccional Cartagena. Recuperado de: <http://repositorio.unisinucartagena.edu.co:8080/xmlui/handle/123456789/221>
- Rodríguez, M. L. (1987) Artificial insemination. En: *Medicina Legal de Costa Rica*. vol 4. mlm. 3, July 1987, pp.11-13. Recuperado de:
<https://repositorio.binasss.sa.cr/repositorio/bitstream/handle/20.500.11764/2776/art5V4N3.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rodríguez-Yong, C. A., & Martínez-Muñoz, K. X. (2012) El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXV(2),59-81.[fecha de Consulta 20 de Mayo de 2021]. Recuperado de:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173725189003>
- Romero R. (2008) Factores de riesgo asociados con infertilidad femenina. En: *Ginecología y Obstetricia de México*. Diciembre de 2008, No. 12: Vol. 76. Recuperado de:
<https://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2008/gom0812d.pdf>
- Rosario, U. D. (2019) La maternidad subrogada en Colombia hacia un marco Jurídico, integral e incluyente. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 21. Recuperado de:
<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/6869/7155>
- Rosecky v. Schissel, 349 Wis. 2d 84, 833 N.W.2d 634, 2013 WI 66 (Wis. 2013)

- Salcedo Flórez, A. (2013) Los contratos atípicos y los mecanismos para su interpretación. En:
Revista Análisis Internacional RAI. Núm. 7, pp. 251-270. Recuperado el 06 de abril de
2022, de: <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/download/870/882/>.
- Sánchez-Madrigal, C. (2021) Apuntes de la gestación subrogada. En: *Revista de
Investigaciones Universidad del Quindío*, 51-52- 53. Recuperado de:
<https://ojs.uniquindio.edu.co/ojs/index.php/riuq/article/view/611/616>
- Scotti, L. B. (1 de Diciembre de 2019) La gestación por sustitución y el Derecho Internacional
Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación
Argentina. En: *Revista de la Facultad de Derecho*, (38), pp.231-275. Recuperado el 2
de Marzo de 2022, de:
[http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-
06652015000100231&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652015000100231&lng=es&tlng=es).
- Silva Ruiz, P. F. (1987) El Derecho de Familia y la Inseminación artificial In vivo e *In vitro*.
En: *Revista de Derecho Privado UNAM*. Recuperado de:
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/151/dtr/dtr11.pdf>
- Surrogate Parenting Act MCL. Act 199 of 1988. Section 722.851-722.863. 1 de Septiembre de
1988 (Estados Unidos de América). Tomado de:
<https://law.justia.com/codes/michigan/2010/chapter-722/act-199-of-1988>
- Tejada A. Factor Masculino (2006) Simposio: manejo del paciente estéril en consultorio. En:
Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia, vol. 52, núm. 2, abril-junio, 2006, pp.

114-117 Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología San Isidro, Perú. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/3234/323428180008.pdf>

The 2018 Florida Statutes. 742.15 Gestational surrogacy contract. Recuperado de: <https://codes.findlaw.com/fl/title-xliii-domestic-relations/fl-st-sect-742-15.html>

The New Hampshire General Court. SB 353. Recuperado de: <http://www.gencourt.state.nh.us/legislation/2014/SB0353.pdf>

Valdez, M. P., & García, A. M. (2017) Análisis en torno a una sentencia sobre maternidad subrogada. En: *Revistas Conamed. Derecho Sanitario*. Vol. 23. No. 4, 2018. Pp.198-202. Recuperado de: <https://www.medigraphic.com/pdfs/conamed/con-2018/con184f.pdf>

Valencia, A. (2015). *Derecho civil de las obligaciones*. (10. ° ed.) Bogotá D.C.: Editorial TEMIS S.A.

Zenteno, Y. Y. (2021) Fundamentos para regular la maternidad subrogada en México. En: *Revista de Derecho Privado*. México. Cuarta Época, año VI, número 16, julio-diciembre de 2019. Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/15207/16170>