

Desarrollo jurídico de la gestación subrogada en Colombia entre 2020-2023

Legal development of surrogacy in Colombia between 2020-2023

Nathaly Yurieth De Oro Carmona¹

Isabel Sofía Orozco González²

Resumen

La presente investigación realiza un análisis sobre el desarrollo de la gestación subrogada en el ámbito jurídico en Colombia, su principal propósito es brindar un panorama completo de los avances que este controversial tema ha tenido en los últimos años. Este artículo se desarrolla bajo tres pilares fundamentales, en primera medida, identificar los criterios establecidos por la jurisprudencia emanada de la Honorable Corte Constitucional alrededor de la gestación subrogada, asimismo, determina el régimen legal aplicable al contrato de gestación subrogada en Colombia y por último, establece claramente las barreras legales que dificultan determinar la filiación en el contrato de gestación subrogada. El artículo se realiza utilizando una metodología que permite ampliar y profundizar el conocimiento existente sobre la gestación subrogada, puesto que es una investigación de tipo explicativa y con un enfoque cualitativo. Para llegar a los resultados de la investigación se empleó un método de revisión y recopilación documental y biografía, enfocada en los diversos textos legales, jurisprudenciales y doctrinales que desde 2020 hasta 2023 trataban el tema de la gestación subrogada en Colombia.

Palabras clave: gestación subrogada, filiación, voluntad de crear familia, contrato de gestación subrogada, método de reproducción asistida.

Abstract

This article provides an analysis of the development of surrogacy within the legal framework in Colombia. Its main purpose is to offer a comprehensive overview of the progress this controversial issue has made in recent years. The article is structured around three fundamental pillars: first, it identifies the parameters established by constitutional jurisprudence regarding surrogacy; second, it determines the legal regime applicable to surrogacy contracts in Colombia; and third, it clearly outlines the legal barriers that complicate establishing parentage in surrogacy contracts. The article employs a methodology that broadens and deepens the existing knowledge on surrogacy, as it is an explanatory research with a qualitative approach. To achieve the research results, a method of document review and compilation was used, focusing on various legal, jurisprudential, and doctrinal texts from 2020 to 2023 that addressed the issue of surrogacy in Colombia.

Keywords: surrogacy, filiation, willingness to create family, surrogacy contract, assisted reproduction methods.

¹ Abogada Universidad Libre de Colombia. nathaly-deoroc@unilibre.edu.co

² Abogada Universidad Popular del Cesar. isabels-orozcog@unilibre.edu.co

INTRODUCCIÓN

El método de reproducción asistida de gestación subrogada es una modalidad de concepción que consiste en la fecundación de un producto de manera *in vitro* que posteriormente es implantado a una mujer diferente a la dueña del material genético que se utilizó en la fecundación, a la fecha esta práctica no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico colombiano y aunque existen varios trabajos de investigación, artículos y jurisprudencia sobre el tema, esta información que se encuentra dispersa, especialmente la que aborda el tema desde un enfoque jurídico, propiciando que los interesados en el método no cuenten con un texto que aborde el tema en su integridad. Por consiguiente, la iniciativa de la presente investigación surgió del interés de compilar en un artículo de investigación el desarrollo jurídico de la gestación subrogada, dirigida a todas las personas interesadas en optar por la subrogación uterina como método de reproducción, a comunidad académica y a la comunidad en general que desee conocer sobre este tema.

La presente investigación luego de revisar detalladamente el estado del arte existente sobre el tema de la referencia evidencia que principalmente su estudio se ha centrado en tres puntos, el primero respecto a la legitimidad del contrato de subrogación uterina en la normatividad vigente en el estado colombiano, el segundo en cuanto los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema referido y por último a los problemas en determinar la filiación del producto, coincidiendo todos en la necesidad de que el tema sea regulado por el legislador, por tanto, este artículo reúne los aportes más relevantes realizados entre los años 2020-2023 con respecto a la figura de la gestación subrogada, de forma organizada y precisa, aportando un panorama integral.

El desarrollo del artículo se basa en la revisión de la bibliografía referente a su objeto de estudio, enfocado principalmente en el análisis del desarrollo jurídico de la gestación subrogada en Colombia entre 2020-2023, para así identificar los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional, determinar el régimen legal aplicable al contrato y establecer claramente las barreras legales que dificultan determinar la filiación, de tal manera que sea viable comprobar la tesis planteada, siendo esta, que el desarrollo jurídico que ha tenido la maternidad subrogada en los últimos años permite que, a la fecha, pueda llevarse a cabo este método de reproducción asistida por medio de un contrato revestido de legalidad y que garantiza los derechos de todos los involucrados, especialmente del producto de la gestación.

METODOLOGÍA

La presente investigación es de tipo cualitativa, en la medida que es el más idóneo para las investigaciones del área de las ciencias sociales y jurídicas, puesto que permite desarrollar la investigación desde un punto de vista apreciativo, lo que contribuye a alcanzar de forma óptima los objetivos planteados. En cuanto al tipo de estudio, se utilizó el descriptivo, debido a que este consiste en detallar situaciones y contextos, especialmente determinar cómo son o de qué manera se manifiestan, profundizando en sus propiedades y características, teniendo en cuenta que su objetivo es la recolección de información se ajusta a medida al objetivo principal planteado en esta investigación, el cual consiste en analizar el desarrollo jurídico de la gestación subrogada en Colombia en los últimos años. En cuanto al método de investigación, se implementó el deductivo, por cuanto parte del análisis general del contexto jurídico colombiano hasta llegar a precisar cuáles han sido esos avances sobre la gestación subrogada entre 2020 y 2023, permitiendo determinar los avances jurisprudenciales, la determinación de la filiación y la posible legalidad de contrato de gestación subrogada.

El problema de investigación se estudió utilizando la técnica de recopilación documental y biografía pues es la más idónea para lograr los objetivos planteados en la investigación, teniendo en cuenta que este instrumento permite realizar una revisión óptima y racional de los recursos documentales disponibles en las centrales de información, por lo tanto, permite realizar la revisión documental de los diversos textos legales, jurisprudenciales y doctrinales que permitan conocer el desarrollo jurídico de la gestación subrogada en Colombia entre 2020-2023.

DESARROLLO DEL TEMA O RESULTADOS

La maternidad subrogada es actualmente un tema de especial debate en el ámbito jurídico colombiano, por cuanto se ha convertido en una forma de crear familia muy utilizada en el país, sin embargo, no ha sido posible la regulación del mismo por medio de una ley, debido a ello, los muchos interesados en optar por este método de reproducción asistida se encuentran con un panorama legal desolado.

Para analizar esta figura resulta pertinente iniciar su estudio con lo consagrado en la carta constitucional sobre la familia, sobre ello, Riaño González (2013), expone la forma cómo cambió drásticamente la concepción de familia de la Constitución de 1886 a la Constitución de

1991, pasando de un concepto de familia enfocado en la figura paterna a uno mucho más amplio y profundo, el artículo 42 superior posiciona a la familia como centro esencial de la sociedad, igualando al mismo estatus a todos los miembros de la familia, sin importar la procedencia del vínculo y ha sido a partir de ese artículo que se ha brindado reconocimiento a los distintos tipos de familia que han surgido con los cambios sociales, esto lo evidenciaron los autores Castro Blanco y Muegues Baquero (2021), quienes al estudiar la jurisprudencia constitucional de los años 1994 y 2018 encontraron que las altas cortes con fundamento en el mencionado artículo 42 de la Constitución Política se han encargado de extender el concepto de familia, acogiendo realidades como las familias monoparentales, familias con padres del mismo sexo, familias ensambladas, familias de crianza, entre estas, la familia con hijos concebidos con ayuda de asistencia científica, como lo es la fertilización in vitro y el tema objeto de estudio de este artículo la gestación subrogada.

En ese orden de ideas, se vislumbra que Colombia ha sido tímido al regular el tema en su ordenamiento jurídico, por tanto, debido a que cada día aumentan los interesados en implementar este método de reproducción asistida, la Corte Constitucional por medio de su jurisprudencia se ha visto en la necesidad de dar directrices sobre el mencionado tema, dicha situación la exponen los autores Florián Peña y López Casteblanco (2023), quienes realizaron un análisis comparativo del panorama jurídico de la gestación subrogada en los estados de Colombia, Brasil y Estados Unidos determinando que en Colombia y Brasil esta forma de reproducción asistida no están reguladas por el órgano legislativo, sin embargo, cuentan con parámetros a seguir, en el caso de Colombia dados por el órgano judicial y el Brasil por el Consejo Federal de Medicina, cosa que es diferente en Estados Unidos, puesto que en algunos de sus estados esta práctica ya está consagrada en la legislación.

Respecto a la mencionada falta de legislación existente en el ordenamiento jurídico colombiano, diversos autores se han referido a la situación, como es el caso de Segura Madariaga y Marín Méndez (2023), quienes en su estudio de la maternidad subrogada realizan un análisis de las sentencias de la Corte Constitucional T-144/2022, T-339/2019, T-370/2023 de las cuales resaltan principalmente los aportes que han realizado las altas cortes sobre el derecho fundamental a la reproducción de aquellas personas que por motivos biológicos no pueden procrear y determinan que el derecho colombiano, solo se ha referido a la figura por medio de pronunciamiento jurisprudencial, principalmente en la sentencia de tutela T-968/2009, en la cual dispone principalmente que se debe proteger a la familia por cuanto es el núcleo fundamental de la sociedad tal cual lo dispone el artículo 42 de la carta política, bajo este razonamiento resultaría inconstitucional prohibir que las personas recurran a dicho método para

conformar familia, en este orden de ideas, la corte establece que al no estar prohibida por una ley expresa, es permitido realizar el método, para esto establece en la mencionada sentencia los primeros parámetros sobre tema en aras de salvaguardar lo más posible los derechos fundamentales de los involucrados.

Así mismo Corrales Soto y Giraldo Garcés (2023), también se refiere a la incertidumbre legislativa que existe frente a la gestación subrogada, los autores señala que ya hace más de 12 años la Corte Constitucional se refirió por primera vez al tema y que por el Congreso han pasado aproximadamente 16 proyectos de ley, sin lograr a la fecha que la tan esperada ley sea una realidad, por dicha razón, hacen especial mención del Fallo de tutela T-275 de 2022, en la cual la Honorable Corte Constitucional exhorta al órgano legislativo a regular este tema, luego de analizar una tutela que instauró un padre cabeza de familia por medio de la cual invoca la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, a la familia, al mínimo vital y a la licencia de paternidad, en consecuencia solicitó le sean reconocidos los mismos derechos que aplican a la licencia de maternidad al contar con una hija nacida de un vientre subrogado.

Pese a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la figura de la gestación subrogada no se encuentra regulada en la legislación colombiana de manera integral y específica, sin embargo dicho aspecto no ha sido obstáculo para que el uso de esa práctica se vuelva común por parejas que no pueden concebir de manera natural o solteros que desean tener hijos, quienes han optado por realizar un contrato con la intención de asegurar que el proceso se realice de acuerdo a las voluntades de los interesados al cual, se ha llamado contrato de gestación subrogación, aspecto que el autor, Barreto Pineda (2023), también considero como una posible solución que se realice por medio de un contrato mercantil, en el cual se relacionarían los elementos del negocio jurídico en derecho de familia, dicho autor, resalta especialmente la complejidad de dicho negocio jurídico por tratar temas tan delicados como la creación de descendencia por medio de vientre subrogado.

Profundizando el tema del contrato de subrogación los autores Espinoza López y Álzate Hurtado (2023), estudian la validez de este, comprendiendo que es un contrato atípico o innominado, que debe regirse por las reglas generales de contratación, siendo estas capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícita, para el tema de estudio debe asegurarse que dicho negocio no cosifique a la mujer y tampoco incurra en la trata de personas, concluyendo que siempre y cuando esta práctica se evalúe y realice desde un punto de vista integral y moral, cumpla con los requisitos de validez y especialmente se estipule con claridad la voluntad de la persona que será gestante, el contrato de subrogación sería válido de acuerdo

con el ordenamiento jurídico colombiano.

Aunado a lo anterior, los autores Ávila Ferrans y Rodríguez Gamarra (2023), manejan una postura similar sobre la opción de suscribir un contrato entre las partes, así las cosas, determina que esta posibilidad surge luego de analizar los elementos generales del contrato de gestación por subrogación, concluyendo que dicho contrato es de carácter bilateral, gratuito y conmutativo que se perfecciona con el consentimiento de las partes y no está sujeto a solemnidades, el cual, debe estar regido además de por el derecho privado por los derechos humanos, principios generales del derecho y las costumbres aceptadas socialmente, resaltando que es indispensable que se garantice el derecho a la libre elección de crear familia, por tal razón para los autores mencionados, es fundamental brindar métodos diferentes al biológico tradicional de concepción y garantizar la posibilidad de acceder a métodos de reproducción asistida en cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas.

Adicional a la forma en la cual se llevará a cabo esta práctica, la gestación subrogada plantea diversas preocupaciones, siendo una de las más relevantes los efectos psicológicos que puede traer a las madres subrogadas, sobre ello los autores Cárdenas González y González Ortiz (2021), hacen especial énfasis en las implicaciones psicológicas que pueden presentarse en la madre subrogada, refiriendo que la entrega del bebé les produce una especie de duelo, similar a las que sufren las personas con el desaparecimiento de un ser querido, por tal razón sugieren al legislador que al momento de regular esta práctica tenga presente que el estado psicológico de la madre gestante es importante de principio a fin y por tanto debe ser asistida en todo momento. Sobre el tema, los autores Barajas López y Garzón Salamanca (2021), también indican que la figura de la gestación subrogada en su desarrollo legal ha generado un ambiente confuso, especialmente en lo que respecta a la aplicación de la normatividad existente, tanto en el área civil como en el derecho constitucional, principalmente en lo concerniente al interés superior del menor, los derechos de la mujer gestante y la protección a la familia.

Dicho lo anterior, vale la pena mencionar que la preocupación sobre los efectos psicológicos que esta práctica puede acarrear a las madres subrogadas ha sido evidente también en la doctrina que estudia este método de reproducción, pensamiento que comparte la autora Chiapero (2012), al precisar que a su criterio el contrato de gestación subrogada es un acto que debería ser nulo, pues su objeto es ilícito y su contenido inmoral manifestando que la ciencia carece de conocer los efectos psicológicos y socio afectivos que estas prácticas pueden causar, lo anterior permite evidenciar algunos de los aspectos más sensibles sobre la gestación subrogada, evidenciando el debate que existe entre los autores que tratan del tema.

Ahora bien, otro aspecto de vital importancia dentro del estudio, es determinar el

aspecto de la filiación dentro del contrato de gestación subrogada, debido a que, existen diferentes formas de llevar a cabo esta metodología, sin embargo, las que más estudiadas por los doctrinantes son las que expone Soto Lamadrid (1990), respecto a que, por un lado, existen casos en los cuales la mujer gestante actuará como una “incubadora” del embrión de una pareja con problemas de fertilidad, llamando a esta hipótesis inseminación homóloga y como segunda hipótesis cuando la mujer aporta su vientre y su óvulo, lo que la constituye como verdadera madre, siendo esta inseminación heteróloga y la aplicación de esta última volvería al contrato inválido, puesto que dejaría el objeto del mismo fuera del comercio y en consecuencia se tendría la imposibilidad de vinculación y cumplimiento forzoso del mismo.

Además de la filiación biológica a la cual se hizo referencia anteriormente, el problema de quien adquiere la filiación de los hijos concebidos por medio de gestación subrogada se ha buscado solucionar desde el punto de vista de la voluntad de crear familia y la socioafectividad, sobre esto hizo mención Dutto (2022), quien plantea en su teoría que en la presente sociedad las familia se crean por el deseo, la voluntad y la autonomía de las personas, lo que deja como resultado que existan diferentes tipos de familia y asimismo diversas maneras de conformarla, reconociendo como una de ellas a las familias que se crean a través de los métodos que ofrece la moderna medicina reproductiva, como es el caso de la gestación subrogada, el autor estudió el método para el caso de que los padres comitentes sean una pareja del mismo sexo y las jurisdicciones que aceptan la gestación subrogada considerando que dicha figura derrumba las presunciones legales de maternidad y paternidad según las plantea el modelo preestablecido en el derecho de familia, en ese orden de ideas para el autor las jurisdicciones que no reconocen la gestación subrogada ignoran las realidades de las familias distintas a la familia tradicional, por tanto para el autor se debe recalculan el actual concepto de familia que se entiende como una construcción cultural del ordenamiento biológico.

Asimismo, expone que dentro de una sociedad democrática una filiación deseada por personas que recurren a métodos de reproducción asistida debe contar con el mismo valor que la filiación natural, puesto que de cada construcción familiar germinan relaciones parentales que emergen del espacio o el tiempo de convivencia cotidiana, sustentadas en el afecto, amor, libertad y dignidad, por ende considera el autor que se le debe otorgar respeto al proyecto de vida familiar de cada miembro de la sociedad, plantea que se requiere que el derecho y el estado adapten en sus instituciones los cambios conceptuales y estructurales de las familias contemporáneas que se están formando y que sea posible llegar a hablar de términos como de filiación con triparentalidad (dos padres y una madre o dos madres y un padre) o cuatroparentalidad (dos padres, dos madres) quienes deberían gozar de protección

constitucional en virtud de que esta debe ser aplicable a toda la célula familiar.

CONCLUSIONES

La revisión bibliográfica realizada permite evidenciar la realidad legislativa de Colombia sobre la gestación subrogada, Florián Peña y López Casteblanco (2023), son muy acertados al comprar la situación de Colombia con otros países de América, como Brasil y Estados Unidos, lo cual permite conocer la postura que manejan las legislaciones de los países mencionados acerca de la maternidad subrogada e identificar que debido a la inexistencia de una regulación legislativa uniforme con criterios y procedimientos claros, el Tribunal Constitucional se vio en la necesidad de dictar unos parámetros mínimos al respecto del tema.

La Corte Constitucional por medio de las Sentencias T-144/2022, T-339/2019, T-370/2023 ha reconocido la existencia del derecho fundamental a formar una familia de todas aquellas personas que por razones biológicas no pueden procrear, las cuales, de la mano con el artículo 42 de la carta constitucional han dado pie a la validación jurídica de todos los métodos de reproducción asistida existentes y los nuevos que la ciencia provea, aspecto que es un gran avance para la sociedad y va conforme a los fines establecidos dentro en la carta política, especialmente en su preámbulo, resaltando que Colombia es un estado de derecho, social y democrático, al respetar las nuevas maneras de constituir familia que han surgido con los años gracias a los avances científicos, que nacen con fin de ayudar a aquellos que tienen el deseo de crear una familia pero que sus circunstancias se los impide.

Sobre lo señalado en precedencia, hicieron mención Segura Madariaga y Marín Méndez (2023), quienes se en su investigación estudiaron los únicos criterios jurídicos conocidos para realizar el método de reproducción humana asistida de gestación subrogada, los cuales fueron dados por la Corte Constitucional en fallo de tutela T-968 de 2009 en búsqueda de la protección de los intervinientes y el uso correcto de la figura, determinando en dicho fallo para que la referida práctica sea constitucional deben cumplir con lo siguiente: que la mujer que contrata el vientre subrogado presente dificultades fisiológicas para embarazarse, de igual manera se aclara que el proceso de inseminación debe ser homólogo, es decir, que la mujer que subrogará su vientre no aporte material genético, a su vez debe cumplir con requisitos mínimos como ser mayor de edad, gozar de buena salud tanto física como mental y que no sea su primer embarazo, es decir, tener hijos propios al momento de subrogar, además la mujer que será gestante estará obligada a realizarse los exámenes propios de un embarazo, tanto físicos como psicológicos en todas las etapas del proceso de gestación, también se establece que la madre gestante luego de

firmar el consentimiento informado no podrá retractarse de la entrega del menor a los padres contratantes y solo se le permitirá interrumpir el embarazo bajo prescripción médica, con respecto a los criterios que deben cumplir los padres de intención, el alto tribunal ha establecido que no pueden rechazar al hijo producto del contrato de subrogación bajo ninguna situación, también les corresponde asegurar y prever la protección del menor ante cualquier escenario, dentro de los criterios también se establece que en caso del fallecimiento de uno o ambos el hijo producto del contrato debe quedar protegido, sin embargo, no ahonda en el tipo de protección, dicho ello, se puede vislumbrar que este contrato se constituye como un acto de altruismo realizado con la mera intención de ayudar sin ofrecer o pretender remuneración económica.

Los problemas de implementación y falta de regulación planteados en precedencia van mucho más allá de darle validez legislativa clara al método, puesto que su aplicación en sí misma genera la creación de diversas situaciones de las diferentes ramas del derecho, por tal razón, es de especial interés la Sentencia T-275 de 2022, Corrales Soto y Giraldo Garcés (2023), analizaron la anterior providencia, la cual fue instaurada por un padre cabeza de familia por medio de la cual invoca la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, a la familia, al mínimo vital y a la licencia de paternidad y consecuentemente solicita le sean reconocidos los mismos derechos que aplican a la licencia de maternidad al contar con una hija nacida de un vientre subrogado, lo anterior demuestra la variedad de situaciones complejas que plantea la maternidad subrogada, no sólo para el derecho de familia, sino extensible a las diversas ramas.

Analizando las providencias anteriormente referenciadas podemos extraer que en Colombia constitucionalmente se ha reconocido el derecho fundamental de constituir familia por medio de métodos de reproducción humana asistida, entre estos la subrogación uterina, aportando el alto tribunal constitucional una luz dentro de un panorama incierto, especialmente con la Sentencia T-968 de 2009, la cual se ha convertido en la fuente fundamental para las personas que acuden a este método de reproducción asistida para formar su familia, a lo anterior se suma lo dicho por la misma corporación en Sentencia T 275/2022 la cual da un primer criterio sobre el reconocimiento de licencia de paternidad equiparada a la de maternidad en los casos en los que el método haya sido utilizado por un padre soltero, ampliando el panorama sobre las diferentes situaciones alrededor de la gestación subrogada que deben ser reguladas y conforme a esto ambas jurisprudencias solicitan al órgano legislativo para que aborden el tema.

Dicho lo anterior, revisando la bibliografía existente se evidencia que los doctrinantes y tratadistas han explorado la legislación existente, tratando de encontrar en el derecho privado

normas que permitan llevar a cabo un proceso de gestación subrogada alineado a las normas ya existentes, debido a que en el común de la sociedad se ha optado por implementar extrajudicialmente un contrato al cual han llamado contrato de gestación subrogada o de maternidad subrogada. Sobre la validez de dicho contrato de subrogación de vientre se resalta en este acápite de discusiones lo manifestado por Espinoza López y Álzate Hurtado (2023), realizan un escrutinio sobre el mencionado contrato ante la legislación contractual colombiana, manifestando que no se puede aseverar la completa validez del mismo, por tanto examinan que su objeto y causa no recaigan en un ilícito por considerarse que se explota el cuerpo de la mujer gestante o que este pasa a ser objeto de comercio, los autores realizando un análisis de identifican que siempre que medie la voluntad y consentimiento exento de vicios de la mujer que será gestante, no se estaría incurriendo en delito alguno pues el aceptar gestar un bebé para otra persona o pareja hace parte de su derecho a la libre expresión de la personalidad, sin embargo precisan las problemáticas que de la práctica derivan, entre ellos que se vean afectados los intereses del menor al no ser aceptado por los padres de intención o que las mujeres en condición de vulnerabilidad lo tomen como un negocio y comercialicen su cuerpo debido a la necesidad, aspectos que deben ser previstos por un legislador en una norma integral sobre la maternidad subrogada.

Una vez determinado que el contrato de subrogación de vientre no persigue un fin delictivo, es menester realizar un análisis del mismo en materia civil, por ello se resalta lo dicho por Barreto Pineda (2023), quien estudia este modelo de contrato desde la óptica de los contratos mercantiles y los requisitos de validez de los mismos, encontrando que es un contrato de naturaleza civil-comercial que siempre y cuando cumpla con los requisitos de validez contemplados en las leyes civiles y comerciales gozará de completa validez y que en caso de presentarse controversias sobre el mismo, corresponderá a un juez competente estudiar el caso, corroborar la validez del acto y al momento de tomar la decisión hacerlo conforme al interés superior del menor.

De acuerdo con lo anterior, es menester revisar cada uno de los requisitos de los contratos civiles que permiten que estos gocen de plena validez, Ávila Ferrans y Rodríguez Gamarra (2023), realizan un análisis minucioso de ellos, determinaron que es un contrato atípico que no requiere solemnidades, sin embargo, señalan para dejar claro el tema de la filiación, sería beneficioso que la voluntad de ser padres quedara plasmada en el texto del contrato por los comitentes; respecto al objeto y causa del contrato, como se mencionó en precedencia estos deben ser lícitos, es decir, no ir en contra de las normas de orden público, aspecto que se cumple al no existir una prohibición expresa de método de reproducción, además

por tratarse el objeto contractual de un hecho, debe seguir lo manifestado dentro del código civil en su artículo 1518 y 1519, los cuales estipulan que debe ser moral y físicamente posible, adicionalmente el objeto del contrato debe estar fijado en la prestación del servicio de la madre subrogada y en ningún momento sobre el nasciturus, debido a que es ello lo que permite que el objeto se mantenga dentro de la licitud, sobre la capacidad para contratar, las autoras manifiesta que no basta con que los contratantes cuenten con capacidad legal que determina la ley, pues a su vez deben contar con capacidad mental y física haciendo hincapié que este aspecto es fundamental para la mujer que subrogar el vientre.

De los hallazgos encontrados por los autores referidos con anterioridad se puede evidenciar que en la legislación civil vigente existe el suficiente sustento normativo para considerar que un contrato de gestación subrogada goza de completa validez, sin embargo, su objeto que debe ser definidos con extrema cautela para no caer en la ilicitud, por tal razón todos los autores citados en este acápite resaltan la necesidad de una legislación que regule la materia de manera integral.

La gestación subrogada a lo largo de su desarrollo se ha percibido como una práctica controversial que despierta diversas inquietudes, es por ello que pese a no haber sido planteado como un objetivo, vale la pena mencionar que dentro del estudio de dicho método de reproducción asistida, se encontró que para los investigadores es de especial relevancia el estudio de los efectos psicológicos negativos que se podrían generar a la madre gestante, situación que fue estudiada por los autores Cárdenas González y González Ortiz (2021), que fundamentan su teoría en la existencia de un vínculo materno-fetal entre la madre gestante y el nasciturus, que se entiende como un lazo emocional que genera la madre hacia el feto comprendido en realizar actos de cuidado en pro de su bienestar, a partir de esto se investigó la complejidad que implicaría separar a la gestante y al recién nacido, como solución a esta problemática plantean que el proceso de subrogación debe ir acompañado de terapia psicológica que prevea que la mujer gestante entre en una fase de duelo ante la separación así como otras posibles situaciones que se pudiesen generar.

Aunado a lo anterior, Barajas López y Garzón Salamanca (2021), luego de una investigación sobre la figura de la gestación subrogada en un contexto internacional, especialmente en la comunidad europea, encontraron casos en los cuales, a pesar de haberse firmado un contrato entre las partes, se presentaban situaciones como que los padres comitentes no recibían al bebé puesto que nació con problemas de salud, dejando a la madre subrogada con la carga del menor, lo anterior, al compararlo con la situación actual de Colombia, evidenciaron que la nula evolución normativa de esta técnica de reproducción humana asistida

en nuestro país genera una inseguridad y ambigüedad frente a la figura de la subrogación uterina, parecida a la expuesta en precedencia, especialmente en lo referente al interés superior de los niños y niñas, los derechos de la mujer que subroga su vientre y la protección a la familia, por tanto, en la actualidad, más allá de ser un problema de simple derecho, la regulación de esta práctica se ha convertido en una verdadera necesidad.

La gestación subrogada, además de todo lo ya dicho, plantea el problema de determinar a quién corresponde la filiación cuando se llevan a cabo este tipo de prácticas, sobre ello, primero se señala que, para este artículo, sólo es de interés la inseminación homóloga, toda vez que de conformidad con la revisión bibliográfica realizada es la única que se ajusta a la legislación vigente en Colombia y a los criterios jurisprudenciales estudiados en precedencia dados por la Corte Constitucional, dicho lo anterior, Soto Lamadrid (1990), desarrolla esta teoría, al considerar que la inseminación homóloga se trata de un alquiler de vientre en el cual no se crearía un vínculo paterno-filial entre la mujer que gesta y el producto, situación que conlleva a que no nazcan para la gestante derechos filiales exigibles al término de proceso de subrogación. Sumado a lo anterior, el citado autor expone que además del conocido vínculo filial biológico y el vínculo filial jurídico que surge con la figura de la adopción, la legislación actual podría admitir la creación de un vínculo paterno-filial por medio del consentimiento que inicia desde la voluntad procreacional, distinguiendo que esta se puede generar con o sin unión sexual, en el caso de la maternidad subrogada está claro que no existe un vínculo sexual entre los intervinientes, pero persiste la voluntad de procreacional a través de un método científico, el cual constituye el aspecto determinante para establecer la filiación de los padres comitentes y el nasciturus de un vientre subrogado.

De la mano con lo anterior, estudiada la filiación en el contexto de los métodos de reproducción humana asistida se encontró que la doctrina ha estudiado la posibilidad de ampliar el concepto actual de filiación, al respecto Dutto (2022), señala que existe una marcada diferencia entre la filiación biológica y la socio afectiva, puesto que en el primer caso, solo se habla de un progenitor que aportó material genético para la procreación, sea de forma tradicional o con asistencia científica y en el segundo caso, se refiere a lo que social y jurídicamente se conoce como padre o madre, siendo estos últimos, esas figuras que se encargan de la crianza, de proporcionarle al hijo protección, educación, amor y todo lo necesarios para su crecimiento, por tal razón, expone como la filiación socioafectiva debería primar sobre la biológica y debe ser admitida por el derecho y las legislaciones.

En este orden de ideas en lo que a filiación se refiere existen criterios suficientes que constatan la posibilidad de generar el vínculo filial que parta de voluntad del padre o de los

padres de crear familia, el cual se consolida a partir de la relación socio afectiva que surge una vez nacido el producto durante su desarrollo. Lo anterior, plantea una solución al problema jurídico de la filiación en lo que respecta a esta técnica de reproducción asistida, pese a ello, quedan muchos otros aspectos que el derecho actual no puede prever en su totalidad, tales como una posible conexión entre mujer gestante y el concebido, por tal razón, se reitera la necesidad de que se cree una regulación integral de la materia por parte del legislador, en la cual se puedan anticipar las posibles problemáticas y brindar soluciones eficaces conforme a derecho, respetando los derechos y voluntades de los intervinientes, con énfasis en el interés superior del menor que estará por nacer, que deberá contar con la protección y garantías necesarias que le aseguren una vida en familia digna.

Dicho todo lo anterior, no está de más destacar que en la revisión bibliográfica realizada se encontró que hay doctrinantes que difieren de la validez de la maternidad subrogada en el ámbito jurídico, tales como Chiapero (2012), quien adopta una postura bastante crítica frente a la figura estudiada, manifestando que desnaturaliza la maternidad y trata a los hijos como bienes de consumo conforme a la voluntad de los padres, por tanto tacha esta práctica de inmoral e ilícita por contrariar la indisponibilidad del propio cuerpo y del estado civil de las personas, por tales motivos no aprueba que el derecho acepte este método de reproducción asistida, puntualizando que el contrato de maternidad subrogado sería un acto anulable, sumado a esto en su postura defiende que los avances científicos en el ámbito de la reproducción asistida desconocen los efectos que psicológicos que se pueden causar en los intervinientes en el método, posturas como la anterior, han sido reiterativas en el órgano legislativo de Colombia y han sido piedra de tropiezo en los más de 15 proyectos de Ley que han pasado por el órgano legislativo.

En la revisión bibliográfica realizada se encontró un panorama desalentador en lo que a legislación se refiere, puesto que desde 1998 hasta la fecha se han presentado más de 15 proyectos y ninguno ha podido ser aprobado, siendo esto causal de ambigüedad sobre la figura de la gestación subrogada, circunstancia que no ha evitado que el uso del método se incremente en el pasar de los años y como es de esperarse por no contar con un texto legal concreto se presenten problemáticas en el proceso, por tal motivo, las altas cortes se han visto en la obligación de pronunciarse frente a los casos que le han sido allegados, de dichas jurisprudencias han surgido grandes avances, tales como el derecho a crear familia de las personas con problemas biológicos para procrear, abriendo paso a las técnicas de reproducción humana asistida como una alternativa para ellos, asimismo, es la Corte Constitucional la que por primera vez otorga parámetros claros sobre la utilización del método, dejando claro que

este debe hacerse a título gratuito, por tanto, la mujer que será gestante debe hacerlo con fines altruistas con la mera intención de ayudar a una persona o pareja a constituir familia, dicho parámetro ayuda a despejar toda duda sobre que este método tenga fines delictivos o lucrativos.

Sin embargo, lo dicho por la Corte, no es suficiente para abarcar todas las situaciones que se presentan alrededor de la puesta en marcha de un proceso de gestación subrogada y si bien la doctrina y los investigadores jurídicos han realizado esfuerzos para tratar de encontrar soluciones jurídicas a dichas problemáticas, tales como la validez del contrato de gestación subrogada y la posibles formas de establecer a quién corresponde la filiación de los hijos producto de la implementación del método, pese a ello, la realidad es que todos estos esfuerzos no son suficientes para darles a las personas interesadas en la gestación subrogada una seguridad jurídica que respete su derecho constitucional de crear familia, tal como lo establece el artículo 42 de la constitución política, al mencionar que una de las maneras de crear familia es por la voluntad responsable de conformarla y asimismo iguala los derechos y deberes de los hijos procreados de manera natural y los concebidos a través de la aplicación de métodos científicos, por tal razón pese a que este artículo de investigación se encaminó en compilar todos esos pequeños avances que la jurisprudencia, la doctrina y los investigadores han aportado a este tema es imprescindible que prontamente el órgano legislativo abandone esa postura evasiva que ha tenido durante más de 25 años y por fin cree una ley integral que regule la maternidad subrogada en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

- Abello, J. (2007). *Filiación En el Derecho de Familia*. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.
- Asamblea de las Naciones Unidas. (1995). *Programa de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer*. Beijing.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1981). *Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Nueva York.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). *Convención sobre los Derechos del Niño*.
- Ávila Ferrans, E. L., & Rodríguez Gamarra, P. (2023). *Análisis del contrato de subrogación uterina generador de filiación en Colombia, periodo 2022*. Repositorio Universidad Libre.

- Barajas López, R. M., & Garzón Salamanca, A. (2021). *Maternidad subrogada en Colombia, derecho o necesidad*. Repositorio Universidad Libre. Obtenido de <https://hdl.handle.net/10901/20862>
- Barreto Pineda, R. D. (2023). *Maternidad subrogada, bajo la óptica de la ineficiencia de los negocios jurídicos en Colombia desde 2000 al 2023*. Repositorio Universidad Libre.
- Benjamín Pacheco, J. M., Monsalve León, C. M., & Torregrosa Donad, I. (2020). *Los Elementos Del Contrato De Maternidad Subrogada*. Repositorio Universidad Javeriana.
- Cárdenas González, C. A., & González Ortiz, C. A. (2021). *Maternidad subrogada en Colombia – aportes psicológicos y jurídicos*. Repositorio Universidad Libre. Obtenido de <https://hdl.handle.net/10901/19396>
- Castro Blanco, M. A., & Muegues Baquero, E. A. (12 de mayo de 2021). *Análisis evolutivo del concepto de familia: un estudio de cara con la jurisprudencia constitucional colombiana*. *Derectum* (Vol. 6 Núm. 1) Págs. 17-19
- Chiapero, S. M. (2012). *Maternidad Subrogada*. Buenos Aires: Astrea.
- Comisión de Derechos Humanos. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París, Francia.
- Comisión Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República. (1887). *Ley 57, Código Civil Colombiano*. Bogotá: Diario Oficial No 52.682.
- Congreso de la República. (2000). *Ley 599 Código Penal*. Bogotá: Diario Oficial No. 52.682
- Congreso de la República. (2006). *Ley 1098 Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá: Diario Oficial No. 52.682.
- Corrales Soto, J. A., & Giraldo Garcés, L. F. (2023). *Omisión legislativa al contrato de maternidad subrogada en Colombia*. Repositorio Universidad Libre. Obtenido de <https://hdl.handle.net/10901/27025>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. (26 de julio de 2019). *Sentencia T-339/2019, exp. T-7.024.539*.
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional. (26 de abril de 2022). *Sentencias T-144/2022 exp. T-8.510.382*.
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional. (19 de septiembre de 2023). *Sentencia T-370/2023, exp. t-9.241.567*.
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. (18 de diciembre

- de 2009). *Sentencia T-968/2009, exp. T-2220700*.
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional. (1 de agosto de 2022). *Sentencia T- 275/22, exp. 8.585.986*.
- Dutto, R. J. (2022). *Socioafectividad y Derechos*. Buenos Aires: Astrea.
- Equipo de Reproducción Asistida ORG. (27 de agosto de 2019). *Revista Médica Virtual*. Obtenido de <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>
- Espinoza López, S., & Alzate Hurtado, L. C. (2023). *La validez de la subrogación uterina como negocio jurídico en la legislación colombiana*. Repositorio Universidad Libre. Obtenido de <https://hdl.handle.net/10901/27651>
- Florián Peña, D. C., & López Casteblanco, M. A. (2023). *Análisis comparado del desarrollo normativo de la Maternidad Subrogada en Colombia, Brasil y Estados Unidos*. Repositorio Universidad Libre. Obtenido de <https://hdl.handle.net/10901/28069>
- Los Informantes. (2024). *El controversial mundo de la maternidad subrogada: el vacío legal y la alta demanda*. Bogotá. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=2njsJM3Shy0>.
- Mahecha Sánchez, G. A. (26 de octubre de 2021). *Diálogos Procesales: La Familia Poliamorosa*. (J. A. Méndez, entrevistador).
- Riaño González, V. R. (6 de junio de 2013). La Constitucionalización del Derecho de Familia en Colombia. *Advocatus*(20), págs. 290-310.
- Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. (1978). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica
- Segura Madariaga, E. C., & Marín Méndez, M. (2023). *Regulación de la maternidad subrogada en Colombia*. Repositorio Universidad Libre. Obtenido de <https://hdl.handle.net/10901/28076>
- Soto Lamadrid, M. Á. (1990). *Biogenética, Filiación y Delito*. Buenos Aires: Astrea.
- World Health Organization. (2023). *Infertility prevalence estimates: 1990–2021*. World Health Organization. <https://iris.who.int/handle/10665/366700>. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0
- IG