

**EFICACIA DE LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA. UN
ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LOS
CONTRATOS.**

ALEXANDRA LONDOÑO VASQUEZ

VALENTINA CLAROS CARDOZO

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO

2025

ASESORA

JENNIFER STELLA MARIN

TRABAJO DE GRADO

Eficacia de los contratos de gestación subrogada altruista. Un análisis de los requisitos de existencia y validez de los contratos.

Effectiveness of altruistic surrogacy contracts. An analysis of the requirements for the existence and validity of contracts.

Alexandra Londoño Vásquez

Valentina Claros Cardozo

Resumen:

La gestación subrogada en Colombia carece de regulación jurídica clara, lo que genera conflictos entre la mujer gestante y los padres contratantes. A pesar de las propuestas legislativas, no se ha logrado regular adecuadamente esta práctica, que es cada vez más común debido al desarrollo social y el fácil acceso a la información, la falta de regulación deja la gestación subrogada en un limbo legal, sin garantías jurídicas claras. Este artículo de reflexión sugiere que un contrato de gestación subrogada con fines altruistas podría ser legalmente reconocido si cumple con los requisitos de objeto y causa lícita, capacidad y consentimiento, aspectos definidos para los contratos en el Código Civil colombiano.

Abstract: Surrogacy in Colombia lacks clear legal regulation, which generates conflicts between the surrogate mother and the contracting parents. Despite legislative proposals, this practice has not been adequately regulated, and is becoming more common due to social development and the increase in infertility. The lack of regulation leaves surrogacy in a legal limbo, without clear legal guarantees. Research suggests that a surrogacy contract could be legally recognized if it meets requirements such as lawful purpose and cause, capacity and consent.

Palabras clave: Gestación subrogada, altruismo, contratos, padres contratantes.

Keywords: Surrogacy, Altruism, Contracts, Contracting Parents.

Introducción

En cuanto a la práctica de la gestación subrogada esta es una realidad que debe ser abordada a nivel mundial. Colombia no es un país ajeno al desarrollo de este tipo de prácticas, a tal punto que tanto extranjeros, como nacionales acuden a centros médicos o clínicas requiriendo el servicio de alguna de las Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) entre estas la gestación subrogada, que, si bien a nivel legislativo no está debidamente reglamentada, ni prohibida, ha sido la causa de conflictos en lo que concierne a la validez de los contratos que se celebren entre los sujetos que pactan este tipo de relación.

El vacío jurídico que actualmente hay en Colombia ha conllevado que este tipo de conflictos lleguen a las altas cortes, en la actualidad la práctica de la gestación subrogada es un tema de gran polémica y que toca fibras sensibles en la sociedad, Colombia como país tercermundista no es ajeno a su desarrollo. Por lo anterior, desde hace muchos años se han presentado al Congreso de la República proyectos de ley que tienen como propósito legalizar este tipo de práctica, los cuales han terminado archivados, dando como resultado que a la fecha no exista una legislación específica que regule el tema. Por lo tanto, gran parte de los conflictos que se han presentado entre las partes no han sido resueltos por la jurisdicción ordinaria, por lo que se ven obligados a interponer una acción de tutela, que de no haber un fallo favorable quedan en la incertidumbre de saber si la Corte Constitucional colombiana escogerá su caso para resolverlo de fondo¹.

En esta investigación en primer lugar, se establecerán algunas cuestiones conceptuales acerca de la gestación subrogada y su análisis desde su aplicación altruista. En segundo lugar, se comparará la normatividad vigente que regula la práctica de la gestación subrogada en algunos Estados donde es permitida su práctica de forma solidaria o altruista incluyendo a Colombia intentando establecer cuál ha sido su avance jurídico y

¹ Algunos casos que contaron con suerte y fueron seleccionados por la Corte Constitucional fueron las siguientes sentencias: T-968 de 2009, T-398 de 2016, T-316 de 2018, C-602 de 2019, T-275 de 2022 y T-232 de 2024.

en qué condiciones regulatorias se encuentra actualmente, ya que desde el año 1998 con el primer proyecto de ley No. 047/1998 *“por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos científicos de procreación humana asistida, se modifican algunos artículos del Código Civil y Penal y se dictan otras disposiciones”* se intentó sin lograr resultados positivos la regulación jurídica de la práctica de la gestación subrogada, buscando que su aplicación se desarrollara con observancia de los derechos humanos tanto de los padres contratantes, mujer gestante como del que está por nacer.

Así mismo la investigación se centrará en valorar las condiciones de validez y existencia que debe contener un contrato de gestación subrogada con finalidad altruista, que obligue a las partes a su cumplimiento como medio de tutela de los derechos fundamentales de los que se involucran en el desarrollo de la actividad. Es decir, esta investigación encuentra mucha afinidad con el último proyecto de Ley Estatutaria 345-2023C, ya archivado por medio del cual se buscaba regular la subrogación uterina para la gestación en Colombia”, proyecto de ley que tuvo como propósito atender al llamado inmediato que hizo la Corte Constitucional al gobierno mediante la sentencia T-275 de 2022 de regular o establecer un marco jurídico para el desarrollo de la práctica. Así mismo, se valorarán los posibles conflictos jurídicos e implicaciones contractuales que se podrían suscitar aún con la modalidad altruista de la gestación subrogada.

El método de investigación a utilizar en este artículo fue el cualitativo y el método hermeneútico, teniendo en cuenta que se recopiló una gran cantidad de información, analizando la jurisprudencia nacional, así como la ley sobre la aplicación y desarrollo de la gestación subrogada altruista en el mundo, además de la percepción de la misma en las diversas culturas, el marco jurídico en algunos países y su avance considerando que esta práctica es cada vez más desarrollada tanto a nivel mundial como local.

Conforme a lo anterior, en el presente artículo se determinará la importancia de realizar un contrato entre las partes, donde se establezcan todas las condiciones jurídicas, personales, obligaciones y deberes de estas para una óptima realización de la práctica de la gestación subrogada altruista, se analizarán los siguientes aspectos tales como, las cuestiones conceptuales de la gestación subrogada altruista, se hablará de los

elementos de existencia y validez de los contratos, con el fin de determinar su aplicación en la gestación subrogada altruista y se indagará sobre la existencia de conflictos jurídicos provenientes de un contrato de gestación subrogada altruista.

I. Cuestiones conceptuales acerca de la gestación subrogada

Desde su génesis y gracias a su condición biológica, la mujer ha sido considerada el vínculo, el puente, que da lugar a la procreación, a tal punto que su infertilidad y/o esterilidad han acarreado graves problemas para la continuidad de la descendencia, lo que se ha considerado uno de los aspectos más importantes para la prolongación de la existencia de la humanidad, y así contribuir al desarrollo social, tal como se plantea a continuación:

Desde el punto de vista convencional la maternidad es entendida como un estado propio de la mujer, fruto de un proceso biológico o de una adopción. Sin embargo, en la actualidad, los avances científicos y el desarrollo de técnicas de reproducción asistida han dado origen a nuevas representaciones sociales de la maternidad, así como figuras jurídicas que ponen de manifiesto un cambio en los parámetros tradicionales que definen este concepto. (Mir, 2010. Pág. 178)

De acuerdo con la historia, la incapacidad de una mujer para procrear la convertía en una marginada, ya que no estaba cumpliendo con el papel que desde su concepción la sociedad le ha impuesto; problema que era solucionado exclusivamente por una de su mismo género; al punto que narra la historia que una mujer estéril que deseaba tener hijos debía concederle una esclava a su esposo para procrear, lo anterior, se ve reflejado en el siguiente antecedente histórico:

Se habla que el primer caso de gestación subrogada se remonta al año 1780 a.c. referenciando, El código del Rey Hammurabi - Mesopotamia en donde la mujer infértil o estéril que deseaba tener hijos debía concederle una esclava a su esposo con el fin de procrear, perdiendo así el esposo el derecho de realizar cualquier acto de repudio hacia su esposa. (Chaves, 2021, como se citó en Lara,1986. Pág. 3)

Así mismo, en el caso que fuera el hombre el que tuviese problemas de infertilidad o esterilidad, se debía buscar un pariente que lo sustituyera o reemplazara, para procrear con su mujer.

De otra parte, en la antigua Grecia y Roma, se acordaba que, si un matrimonio resultaba estéril por causa del esposo, entonces un hermano o un pariente de este último debía sustituirlo y la mujer tenía que procrear con ese hombre. El hijo que nacía de esa unión se consideraba como del marido y continuaba su culto. (Chaves, 2021, como se citó en De Coulanges, Pág. 3).

Del anterior recuento, se concluye que desde épocas remotas se practican diversos métodos para lograr la procreación, independiente de la esterilidad del hombre o la mujer, que como resultado es lo que actualmente se conoce como gestación subrogada, u otras denominaciones como se indica así:

Como maternidad subrogada, maternidad sustituta, vientre de alquiler, gestación por contrato, gestación por sustitución, entre otras nomenclaturas que se refieren a la solicitud que se hace a una mujer para gestar en su vientre a un hijo que será de quien lo haya solicitado, evidencian una realidad que se torna cada vez más común y que representa una alternativa de solución a la maternidad y/o paternidad de personas o parejas que se ven impedidas de concebir y/o gestar hijos por ellos mismos. (López y Aparisi, 2012 Pág. 256)

Respecto al origen de la gestación subrogada en América, de acuerdo con lo documentado, esta figura se originó en 1975:

En 1975 en California, Estados Unidos, cuando en un periódico de esa ciudad publicó un anuncio en el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril que a cambio de este servicio ofrecía una remuneración (Beetar Bechara, B. 2019, Pág. 135-166)

Este evento dio lugar a que en Estado Unidos se hablara abiertamente de un posible acuerdo entre una madre gestante y unos padres biológicos con problemas de esterilidad, lo que los limitaba a poder cumplir con el deseo de ser padres.

El primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se involucró la inseminación artificial fue documentado en 1976 a través de Noel Keane, un abogado de Dearborn, Michigan, Estados Unidos, quien creó la Surrogate Family Service Inc, con el fin de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación. (Beetar Bechara, B. 2019, como se citó en Arteta Párr.5)

Desde esa fecha a la actualidad en Estados Unidos la práctica de la gestación subrogada es una actividad cada vez más concurrente de manera libre y espontánea de las partes que lo requieren.

Con el pasar del tiempo a los sujetos que participan en el desarrollo de esta práctica se les ha establecido múltiples denominaciones; en el caso de la mujer que presta el vientre se encuentran: madre sustituta, gestante subrogada, madre subrogada, madre por contrato, madre portadora, mujer gestante, madre de alquiler; y en lo relativo a las personas que aportan o no el material genético se les denomina: pareja o padres contratantes, pareja o padres de intención o bien, persona solicitante persona física contratante, padre o madre solicitante o de intención.

En tal sentido coincidimos con la apreciación respecto al concepto que tiene Maria L. Valvidares Suarez (2019) en el cual realiza el siguiente planteamiento:

Considero más correcta la expresión gestación subrogada frente a la de maternidad subrogada, toda vez que la actividad que la persona gestante realiza es, valga la redundancia, la de gestar para otros, no la de ser madre. De esta manera se evidencia como conditio sine qua non, que el punto de partida de los acuerdos de gestación subrogada es la voluntad de la persona gestante de no tener la pretensión de establecer relaciones de filiación con el futuro bebé. (Pág. 3).

Para el objeto de estudio se seleccionaron las siguientes denominaciones para las partes:

Mujer Gestante: Es aquella que está dispuesta a prestar su útero para llevar a cabo el embarazo, sea de forma altruista o a cambio de un pago económico. Según lo permita la ley del país, o nación que se trate.

Padres Contratantes: Refiriéndose esta denominación a la persona o personas que requieren del servicio de gestación sustituta para tener un hijo, y que, por algún motivo, infertilidad, esterilidad u otra causa no pueden concebirlo, y desean que alguien más realice la gestación por ellos. (Callejas, 2021, Pág. 181).

Considerando que, en nuestro trabajo tenemos claro que, con la práctica de la gestación subrogada se gesta para otro, sin involucrar el concepto de madre, es imperativo aclarar el concepto de maternidad que tenemos al respecto.

De acuerdo con la literatura, la maternidad tiene su génesis desde el sistema patriarcal basado en componentes culturales y sociales, quienes consideraban que solo la lactancia era el único componente fundamental de nutrición para el recién nacido, así como la creación de esa interacción perenne entre él bebé y su madre.

Por otra parte el mito del amor maternal siempre ha estado basado en prejuicios permanentes, sin embargo, la historia muestra una evolución en el cambio que han tenido las mujeres hacia el concepto de instinto maternal, quienes siempre fueron consideradas como la base fundamental de un hogar, lo que ahora podría ser replanteado todas vez que, existen hogares donde un solo hombre cría a sus hijos, así mismo personas del mismo sexo, no contando siempre con la representación maternal persistentemente tan marcada y concebida desde los deberes maternos de la crianza como base fundamental para el buen desarrollo de un hogar.

En tal sentido nos identificamos en la apreciación que se tiene, referente a la condición de la mujer en su papel maternal:

Se ha intentado adaptar a las mujeres a un ideal maternal asexuado, carente de deseo y de hostilidades, para adecuarla a una perfecta relación filial que debe cumplir a la perfección si no desea ver peligrar su feminidad y su aceptación social (Saletti, 2008, Pág. 177)

Es evidente, por lo tanto, que una mujer que, desde lo más profundo de su ser, desea brindar amor, criar y establecer una familia, puede convertirse en una verdadera madre sin que esto requiera de un proceso de gestación o tener algún vínculo genético.

Otro aspecto importante a tener en cuenta en la gestación subrogada es el del parentesco, que con el pasar del tiempo ha ido evolucionando toda vez que este concepto está directamente relacionado con el vínculo consanguíneo que se genera entre los padres y sus hijos, así mismo surge la relación que se tiene con la familia de la pareja, creándose un vínculo intrínseco en la institución familiar por afinidad y el parentesco civil representado en la adopción. En los últimos tiempos se ha venido hablando de un nuevo concepto, este es el parentesco socioafectivo:

El estándar socioafectivo se torna hoy, al lado de los jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer el vínculo parental y las responsabilidades que esto conlleva: Este término marco tiene un componente social y afectivo que no se asocia a parentesco. Su desarrollo responde a la receptividad de manifestaciones de vivir en familia que encuentran su cauce en vínculos de apego significativos para la persona que conviven o no con vínculos parentales. A modo de ejemplos mencionemos, entre otros, el vínculo entre convivientes; el vínculo entre el progenitor afín y el hijo afín sin existir entre ellos parentesco por afinidad por ausencia de matrimonio; vínculo entre padrino y ahijado no pariente; vínculo entre anciano y cuidador; vínculo entre el hijo adoptado bajo la forma simple o de integración con los parientes y referentes afectivos del o los adoptantes; vínculo entre la persona nacida por una TRHA con los dadores de material genético o mujer gestante (Barg, 2024, como se citó en Krasnow,, p. 3).

El concepto anterior ha tenido diferentes análisis doctrinales de los cuales se derivan tres hilos conductores, siendo estos los siguientes: “Estos tres hilos conductores, naturaleza, ley e intención-elección aparecen como fundamentales en las etnoteorías del parentesco y de la reproducción humana que se revelan en la gestación subrogada. “(Fernández et al., 2018, Pág. 322)

Con respecto a la naturaleza este hilo conductor está relacionado en una condición biológica que se crearía a través de los vínculos genéticos entre los padres contratantes que aportaron su material genético en la práctica de la gestación subrogada, es decir aquí no se presentaría ninguna discusión entre el vínculo consanguíneo que se tiene con el bebé.

Por otra parte, esta apreciación se comparte con lo indicado por Fernández (2018):

Cuando el sujeto o los sujetos progenitores (en cualquier configuración: pareja hetero parental, pareja homoparental, madre sola o padre solo) tienen algún vínculo genético con el bebé nacido de la gestación subrogada, este vínculo es un vehículo importante de parentesco, aunque no necesariamente el único. A la vez, se minimiza, sistemáticamente, la relación biológica y epigenética que puede haber entre la gestante subrogada y el bebé que gesta y al que da a luz, en un esfuerzo de cortar o limitar el desarrollo de parentesco en esa dirección. (Pág. 322)

Con respecto al segundo hilo conductor, la ley entendiéndose ésta desde el marco legal de cada país para definir el parentesco, presenta un gran problema en el desarrollo de la práctica de gestación subrogada, pues a nivel mundial no hay una regulación homogénea para su aplicación, lo que da como resultado que se presenten múltiples transgresiones a los derechos fundamentales de los nacidos bajo esta modalidad que pudo haber sido desarrollada en países donde su regulación jurídica no es clara, situación, que puede recaer para dicho nacido un estado de apátrida, desencadenando lo anterior en una transgresión sistemática de derechos, tal como lo comenta la Corte Constitucional en la sentencia T-232 del 2024.

Es decir, una de las mayores falencias y debilidades, en el desarrollo de la práctica en Colombia es la carencia de una regulación clara y específica que no permita la vulneración de los derechos de las personas nacidas bajo esta práctica, independiente del país donde se desarrolle. Así como se indica: “donde entran en conflicto los distintos marcos legales de los países de origen de los padres intencionales y los países de destino para la subrogación.” (Fernández et al., 2018, Pág. 322)

Con respecto a la intención- elección, este hilo conductor está asociado con las condiciones que los padres contratantes buscan a la hora de realizar este tipo de práctica, ya que se tiene en cuenta aspectos tales como: elección de los donantes, país donde se va a realizar esta práctica, etc.

La intención-elección aparece, como ya se ha mencionado, no solo en la toma de decisión por parte de los padres intencionales de crear, por medios tecnológicos extraordinario un bebé que cuidarán y educarán, sino en la elección del destino para la gestación subrogada, en la elección de donante de semen y/o de óvulo, o de embrión, y en la elección de mujer gestante, aunque esta última, en algunos casos como el de los Estados

Unidos, es más bien una elección mutua en la que la gestante también elige a las personas por las que va a gestar. (Fernández et al., 2018, Pág. 323)

Finalmente en relación a estos tres elementos o hilos conductores (naturaleza, ley e intención-elección) como lo hemos mencionado, para el parentesco podrían ser determinantes para definirlo cuando se practica la gestación subrogada, pues no basta sencillamente con un vínculo genético que valide la filiación, ya que se deben considerar otros aspectos como la legislación o intención de los padres contratantes que serían una base fundamental para definir el parentesco ante un posible conflicto jurídico que se presente entre las partes, ya que en estos casos la intención de los padres contratantes es clara, pues desean que una vez nazca el bebé se registre como su hijo.

Otro aspecto para considerar de vital importancia es el concepto de familia, como una institución de relevancia en la sociedad que en la actualidad ha presentado una evolución bastante significativa desde su concepto original adaptándose a nuevas figuras de relaciones que se desarrollan y se crean día a día; sin embargo, la familia desde el punto de vista ético - moral es la base para forjar un esquema de valores en los individuos, lo cual puede llegar a ser determinante para el desarrollo personal y la convivencia, debido a que ésta es el primer punto de contacto de las personas con diversos vínculos interpersonales.

Considerando la vertiginosa evolución social y el desarrollo del ser humano, se da como resultado que surjan nuevos modelos de familia, como los siguientes:

Familia extensa: es aquella que está constituida por colaterales, pueden ser hermanos pertenecientes a una sola generación, y estos tienen sus respectivos hijos y parejas (Lares y Rodríguez, 2021, como se citó en Valdivia, 2008 y López, 2016, Pág. 6).

Familia troncal: —también conocida como familia nuclear extendida— está compuesta por padre, madre e hijo, con subsistemas de tipo conyugal, filial, parental y fraternal. (Lares y Rodríguez, 2021, Pág. 6).

Familia monoparental o familia de padre o madre soltera: en esta sólo el padre o la madre está a cargo del hijo o los hijos (Lares y Rodríguez, 2021, como se citó en Irueste et al., 2020; Martínez, 2015; López, 2016). Este tipo de familia se impuso sobre los términos: "familia rota, incompleta o disfuncional" (Lares y Rodríguez, 2021, como se citó en Valdivia, 2008, Pág. 6).

Núcleo monoparental secundario: en esta se incluye en la familia otros protagonistas externos, por ejemplo, los abuelos. (Lares y Rodríguez, 2021, como se citó en Irueste et al., 2020, Pág. 6).

Familias reconstituidas: aquí uno de los cónyuges ha tenido una unión familiar anterior. (Lares y Rodríguez, 2021, como se citó en López, 2016, Pág. 6).

Polifamilias: formadas por más de dos personas con lazos afectivos entre ellos, a saber, dos hombres y una mujer. (Lam y Pérez, 2018. Pág. 266)

Recientemente se ha hablado acerca de un nuevo concepto de familia, la "familia individual u hogar unipersonal".

Otra dimensión de familia reconocida por algunos autores, aunque al parecer ha sido poco señalada, es el llamado hogar unipersonal, es decir, aquel hogar habitado por una sola persona. Esto no significa que, es capital que se tenga en cuenta, el individuo en cuestión sea un solitario o hasta un misántropo, como se verá, él puede tener distintas relaciones que conforman un rico abanico de posibilidades, mismas que van desde lo afectivo hasta lo sexual, o sea, una activa vida con sus semejantes. (Lares y Rodríguez, 2021, Pág. 9).

Si bien es cierto que en el ámbito tradicional se necesitan dos personas para un proceso de reproducción, es evidente que la práctica de la gestación subrogada podría impactar positivamente en el concepto de familia monoparental y monoparental secundario. Que si bien es cierto pueden tener un enfoque parecido, esto no quiere decir que son iguales, puesto que la familia monoparental está compuesta por un solo progenitor y uno o varios hijos, a diferencia de la familia monoparental secundaria la cual tiene las mismas bases, pero con el añadido de que el progenitor convive con otras personas. En consecuencia, un hombre o una mujer de forma individual deciden criar un hijo integrándose a su círculo

social con el que este o esta cuentan. Es allí donde estos podrían ser apoyados por personas de su círculo afectivo para lograr su sueño de ser padre o madre mediante el uso de la gestación subrogada altruista.

Teniendo en cuenta el propósito de este trabajo, resulta importante adentrarse en el concepto de altruismo desde el punto de vista filosófico, ético y moral. Esto con el fin de argumentar por qué la técnica de la gestación subrogada debe desarrollarse de manera altruista y no onerosa, ya que esta última condición implicaría una cosificación del cuerpo tanto de la mujer gestante como del niño que está por nacer, así mismo desde el punto de vista constitucional sería ilícito ya que controvierde la dignidad humana y en consecuencia tendría un impacto en el derecho negocial, la cual es la ilicitud del negocio. En este entendido al aplicar el concepto de altruismo en el desarrollo de la práctica de la gestación subrogada se vuelve aceptable y plausible, máxime teniendo en cuenta la evolución de los conceptos de maternidad, parentesco y familia.

Desde el punto de la teoría psicológica se selecciona el siguiente concepto de altruismo el cual se define como:

...del altruismo sostiene que no todos los deseos remotos están dirigidos a uno mismo, sino que algunos deseos están dirigidos al bienestar de otros como un fin en sí mismo, aunque la mayoría de las veces no es de este modo. (Montagud, 2010. Pág 5)

Para el concepto de altruismo desde la perspectiva ética y moral existen diversas acepciones para definir el mismo, en tal sentido se selecciona el siguiente:

Ética y altruismo son, de algún modo, dos conceptos intercambiables. El comportamiento ético es, por definición, altruista en la medida en que antepone los deseos e intereses de los demás a los propios o, por lo menos, considera que el sufrimiento y el malestar ajenos debe concernirnos a todos” (Singer, 2012. Pág. 7).

Con base a lo anterior se debe tener en cuenta que el altruismo en la maternidad subrogada se ve reflejado cuando una persona, presta su vientre para que otro pueda

llevar a cabo su deseo de conformar una familia, esto sin buscar algo a cambio, solo el bienestar del otro.

Los conceptos antes indicados no pueden distar de los derechos fundamentales que para tal caso se centran en la mujer gestante y el menor que está por nacer, aspectos que se consideran como el mayor desafío en la práctica de la gestación subrogada y que se abordarán más adelante.

Finalmente, del anterior análisis se concluye que es la mujer desde su libertad de decisión y como dueña de su cuerpo quien decide practicar la gestación subrogada de manera altruista sin desconocer su valor de dignidad como puente fundamental de la procreación de un ser que es esperado con anhelo por alguien que desea convertirse en su padre o en su madre, a tal punto que lograr comprender el verdadero significado de conformar una familia.

II. Desarrollo jurídico de la gestación subrogada altruista en el mundo y en Colombia.

Si bien la gestación subrogada es una técnica que necesita de un tercero para su desarrollo (una mujer gestante) esto no impide que cada vez esta práctica sea más aplicada como procedimiento para la procreación, como lo están realizando en los siguientes países:

Rusia, Ucrania y Georgia son algunos de los países más permisivos. Entre los que está aceptada la gestación por sustitución, pero únicamente en determinadas circunstancias, destacan Canadá y Australia, donde se permite la gestación subrogada altruista, aunque en este último cada vez se va admitiendo más la gestación comercial. (Lopez, 2019, Pág, 19).

Por otra parte, desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), hace algunos años vienen realizando estudios respecto del acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)

incluyendo la gestación subrogada, de este estudio realizado en 2015 por TEDH se tiene lo siguiente:

El resultado arrojado fue que catorce estados prohíben expresamente la maternidad subrogada, entre los que se encuentran España, Austria, Alemania, Francia, Italia, Suiza, Suecia, Islandia, Estonia, Finlandia, Moldavia, Montenegro, Serbia y Turquía. En contrapartida a ello, en Ucrania, Rusia y Georgia su acceso es legal y permitido, sin importar que sea lucrativo, mientras que en Bélgica, República Checa, Luxemburgo y Polonia no cuentan con normas jurídicas que la regulen, pero su realización no está prohibida. Ucrania es considerada como uno de los países que recibe gran cantidad de personas en acceder a este servicio. (Miño. 2020. Pág.72).

Vale la pena aclarar que el TEDH ha dejado muy en claro su posición referente a la filiación de los niños nacidos por esta modalidad, toda vez que, prevalece como soporte universal el principio de interés superior del menor, el cual está por encima de la conducta contraria al derecho de quienes llevan a cabo el desarrollo de la práctica en otros Estados que sí está permitida. Ahora bien, con respecto al registro de los menores concebidos por la práctica de la gestación subrogada en Estados donde la práctica es permitida, pero cuyos padres residen en países donde la maternidad subrogada está prohibida, el tribunal europeo ha indicado lo siguiente:

El Tribunal consideró que los Estados no están obligados a inscribir los datos del certificado de nacimiento de un niño nacido por gestación subrogada en el extranjero para establecer la relación jurídica materno-filial con la madre intencional, ya que dicha relación puede ser también reconocida a través de la adopción. El Tribunal en una situación en la que un menor ha nacido en el extranjero mediante un contrato de gestación subrogada y ha sido concebido utilizando los gametos del padre intencional y de una tercera donante, y en la que la relación jurídica paterno-filial con el padre intencional ya ha sido reconocida en el Derecho interno, llegó a las siguientes conclusiones: 1. El derecho del menor a que se respete su vida privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio, exige que el derecho interno prevea la posibilidad de reconocer la relación legal materno-filial con la madre intencional, designada como "madre legal" en el certificado de nacimiento legalmente emitido en el extranjero; 2. El derecho del menor al respeto de su vida privada no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos,

matrimonios y defunciones de los datos del certificado de nacimiento legalmente emitido en el extranjero; puede utilizarse otro medio, como la adopción del menor por la madre intencional. (TEDH, 2022, Pág. 6-7)

Referente a la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra que la misma infiere que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) se realizan en gran número de países Latinoamericanos tales como Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Perú, Uruguay, sin embargo, estos no necesariamente cuentan con normas que regulen todos los tratamientos médicos que conforman estas técnicas.

En tal sentido la CIDH concluye lo siguiente:

La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) Vs Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Pág. 86).

Considerando que con las TRHA se abre el abanico de posibilidades para aquellas personas que por alguna u otra razón no han podido ser padres, con esta investigación se busca argumentar el por qué la gestación subrogada como una las TRHA debe ser regulada y orientada en la modalidad altruista y que su desarrollo no discrimine ni seleccione quien o quienes sí podrían acceder a la misma, como se legalizó desde el año 2022 en Cuba que mediante su Código de Familias (Ley 156 de 2022) establece en su artículo 130 el concepto de gestación solidaria así:

Artículo 130. Alcance. 1. La gestación solidaria favorece el ejercicio del derecho de toda persona a tener una familia y se sustenta en el respeto a la dignidad humana como valor supremo. 2. Solo tiene lugar: a) Por motivos altruistas y de solidaridad humana b) entre personas unidas por vínculos familiares o afectivamente cercanos; c) siempre que no se ponga en peligro la salud de quienes intervienen en el proceder médico; y d) en beneficio

de quien o quienes quieren asumir la maternidad o la paternidad y se ven impedidos de hacerlo por alguna causa médica que les imposibilite la gestación, o cuando se trate de hombres solos o parejas de hombres. 3. Se prohíbe cualquier tipo de remuneración, dádiva u otro beneficio, salvo la obligación legal de dar alimentos en favor del concebido y la compensación de los gastos que se generen por el embarazo y el parto.4. En todos los casos se requiere autorización judicial. (Código de familias de Cuba, Art. 130, 2022)

Con la regulación de la actividad, el Estado de Cuba ha dejado un espectro bastante amplio para la aplicación de la gestación subrogada, pues si bien debe realizarse de manera altruista, es necesario que entre las partes exista un lazo afectivo o familiar, no precisamente consanguíneo, es decir en Cuba se tiene claro que los padres contratantes deben demostrar una verdadera responsabilidad e interés de asumir la maternidad y/o paternidad, que no ha podido lograrse por diferentes aspectos médicos y/o genéticos, o también ante el fracaso de otras técnicas de reproducción asistida. No obstante, en la regulación Cubana se deja claro que si bien se acepta la gestación subrogada solidaria para su feliz término se deben cumplir estrictos controles en el ámbito legal, sanitario, judicial y una serie de requisitos que deben cumplir a cabalidad las partes con el fin de verificar que el desarrollo de la práctica está ajeno a toda remuneración o beneficios económicos.

En tal sentido es evidente que en Cuba la suscripción o no de un contrato entre las partes no representa ninguna validez jurídica, pues claramente son los tribunales especializados en familia quienes poseen toda autoridad judicial para determinar si se lleva a cabo o no el desarrollo de la práctica tal como se indica a continuación:

Sin autorización judicial, los centros de salud no pueden proceder a una transferencia embrionaria. En caso de que se viole esa disposición, la filiación del neonato se determina por las reglas de la procreación natural, lo cual significa que la madre legal será la mujer que gestó. Para dejar establecido en el registro civil quiénes asumirán la responsabilidad parental en estos casos, se toma en cuenta la voluntad de las personas que solicitaron el servicio, que a su vez deciden el grado de participación futura de la gestante en la vida de esa criatura. Esto no limita el derecho, reconocido en la propuesta del código, de que la persona nacida en estos términos llegue a saber cuál es su origen.

Si en el tiempo que tome todo el proceso muere alguna de las personas que asumiría la parentalidad, se mantendrán los vínculos filiatorios respetando su voluntad declarada ante un tribunal. O sea, el bebé nace como su hijo legal, con todos los derechos y deberes que de esta relación se deriven. (Borges et al., 2022, Pág. 5)

En otro de los Estados que también es permitida la gestación subrogada con fines altruistas es Uruguay que a través de la Ley 19167 de 2015 “Técnicas de Reproducción Asistida” incluyendo en su capítulo IV la gestación subrogada, limitando su aplicación sólo a aquellas mujeres que puedan demostrar una enfermedad genética o adquirida que limite el proceso de gestar su embarazo y además que quien decida prestar su vientre tenga un vínculo consanguíneo hasta de segundo grado, es decir que solo podría ser la mujer gestante, la madre o una hermana de uno de los miembros de la pareja que deseen aplicar a esta alternativa, acuerdo que deberá ser suscrito entre las partes de manera gratuita, tal como lo indican los artículos 25 y 26 de la citada Ley.

Artículo 25: Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros, para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.

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

Entiéndese por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo.

Artículo 26. El acuerdo a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscrito por todas las partes intervinientes.

Así mismo en Brasil, es permitida la subrogación del vientre entre el mismo clan familiar, es decir su enfoque también es altruista. Si bien en este país no existe una ley específica que regule el desarrollo de la práctica la responsabilidad recae directamente en el médico que se encarga del proceso, es por esto por lo que en este país no existe una autoridad administrativa o judicial que se encargue del control de la gestación subrogada, no obstante, se tiene lo siguiente:

En Brasil no existe una ley formal para la gestación por sustitución. Sin embargo, se afirma que la legitimidad de las tecnologías de reproducción asistida descansa en el reconocimiento constitucional de la libre planificación familiar, enunciada en el artículo 226, § 7, de Constitución de la República y regulada a falta de legislación en la materia, el Consejo Federal de Medicina (CFM), en uso de sus atribuciones, ha emitido actos normativos para orientar a los médicos en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. (Espejo et al., 2022, Pág. 57-58)

Se debe resaltar que el CFM, fue creado por la Ley 3.268/195 y, es una entidad de administración pública indirecta con facultades de inspección y regulación de la práctica médica por la Ley 9.263/1996. En Brasil actualmente está en vigor la Resolución 22302022, que regula la técnica de la gestación subrogada estableciendo con precisión que esta práctica no puede tener fines comerciales ni lucrativos, es decir solo de tipo solidario.

En la Resolución antes mencionada se establecen una serie de requisitos que se deben cumplir para poder llevar a cabo el desarrollo de la práctica de la gestación subrogada altruista siendo estos los siguientes:

a) tener al menos un hijo vivo; b) pertenecer a la familia de uno de los miembros de la pareja por consanguinidad hasta el cuarto grado (primer grado: padres e hijos; segundo grado: abuelos y hermanos; tercer grado: tíos y sobrinos; cuarto grado: primos; O c) si no puede cumplirse el punto b), debe solicitarse autorización al Consejo Médico Regional (CMR). (CIAMS, s.f. Parr. 23)

Con respecto a la gestación subrogada, se evidencia que tanto en Cuba como en Brasil la característica que cubre esta practica es la solidaridad, donde se encuentran

semejanzas en cuanto a la prohibición de los fines comerciales y la restricción que se impone a la mujer gestante, pues esta debe tener hasta cierto grado de consanguinidad, y con excepción se permite la intervención de una amiga cercana.

Para el caso específico de Colombia, en reiteradas ocasiones², se ha intentado sin lograr resultados positivos regular la práctica de la gestación subrogada. La última sentencia emitida por el juzgado 038 de familia de Bogotá, del 4 de diciembre de 2024 (impugnación de maternidad) realiza un análisis detallado de las técnicas de reproducción asistida practicadas en Colombia, haciendo una crítica de los problemas jurídicos que se avecinan por la falta de una regulación o norma que establezca de manera clara y precisa los requisitos y condiciones para el desarrollo de la práctica. Esta sentencia trae como sustento lo indicado en la sentencia T-969 de 2009 se establece:

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas. (Juzgado 038 de Bogotá D.C., 2024, Pág. 9)

En el año 2023 también se tuvo en Colombia un último impulso de regular la práctica con fines altruistas atendiendo el llamado de la Corte mediante la sentencia T-275 de 2022, fue el proyecto de ley Estatutaria 345-2023C “Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia”, sin embargo, este ya fue archivado; una muestra más de que la agenda legislativa de Colombia no responde a las necesidades

² Proyecto de ley 202 de 2016 “Por medio de la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos”, proyecto de ley 118 de 2019 “Por medio de la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada con fines de lucro, y regularla para parejas colombianas que presenten incapacidad biológica para concebir”, proyecto de ley 263 de 2020 “Por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la ‘cosificación de los bebés’, y se dictan otras disposiciones”, proyecto de ley 334 de 2023C “Por medio de la cual se reglamenta la subrogación gestacional en Colombia, se prohíbe con fines lucrativos, se garantizan los derechos de la mujer, los niños y niñas, y se dictan otras disposiciones,” entre otros.

regulatorias de la sociedad, por el contrario es una agenda política que solo responde a las intenciones de quienes están en el poder.

En la exposición de motivos del mencionado proyecto de ley se indica lo siguiente:

Se advierte que desde 1998 se han radicado por lo menos dieciséis proyectos de ley encaminados a crear un marco de actuación para la maternidad subrogada, iniciativas legislativas derivadas del Congreso de la República y que todas han resultado en archivo, bien sea por tránsito de legislatura sin surtir el trámite correspondiente, porque han sido acumuladas o los autores han decidido retirar el proyecto.

Con lo anterior además se evidencia el desinterés del Congreso de la República de Colombia al continuo llamado que la Corte Constitucional ha hecho a este poder legislativo de regular este tipo de prácticas, mediante las sentencias (T-968 de 2009, T-398 de 2016, T-316 de 2018, C-602 de 2019, T-275 de 2022, T-127-2024 y T-232 de 2024).

Posteriormente mediante la sentencia T- 275 de 2022 se hace nuevamente el llamado al poder legislativo así: “Sexto. – EXHORTAR al Gobierno nacional para que, en los próximos seis meses desde la notificación de esta sentencia, presente ante el Congreso de la República un proyecto de ley orientado a regular la «maternidad subrogada» en Colombia.” (Pág.43)

Actualmente se continúan presentando conflictos entre las partes enfrentando un reto en la tutela de los derechos fundamentales que, a la falta de un marco normativo claro, deja en incertidumbre a las partes afectadas, ya que la Corte Constitucional escoge de forma aleatoria las tutelas que va a revisar. En las últimas sentencias T-127 de abril de 2024 y T-232 de 2024 de junio de 2024 se reitera por parte de la Corte el exhorto al Congreso a regular la práctica de la gestación subrogada que estime más idónea así:

TERCERO.- REITERAR EL EXHORTO al Congreso de la República efectuado por esta Corte en la Sentencia T-275 de 2022, para que, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, regule de manera integral el procedimiento de gestación subrogada en Colombia, y tenga en cuenta: (i) su deber de definir la forma en que regulará

la gestación subrogada, ya sea para prohibirla, permitirla libremente o limitarla a circunstancias específicas; (ii) el interés superior del niño y la garantía de los derechos de la niñez y (iii) el enfoque de género y la protección de los derechos de las mujeres gestantes. (Corte Constitucional Colombiana, 2024, sentencia T-127, Pág. 82)

En la última sentencia (T-232 de 2024) se aborda nuevamente el tema de gestación subrogada donde la Corte Constitucional de Colombia reitera su llamado a regular la práctica y advierte los múltiples conflictos y riesgos que pueden llegar a afrontar las partes con el desarrollo de esta práctica así.

Por lo tanto, ante el vacío normativo, se crea un ambiente de tolerancia frente a la práctica. Esta es la situación de la mayoría de los países en el mundo, que pese a intentar regulaciones, como Colombia o Argentina, no logran atravesar las álgidas discusiones que suscitan estas técnicas en los órganos legislativos y, por lo tanto, permanecen desreguladas. Al respecto, el *O'Neill Institute* señaló lo siguiente: “cuando los Estados no prohíben explícitamente esta práctica, pero tampoco la regulan, la falta de certeza jurídica alrededor de esta figura crea un ambiente de ‘tolerancia’ en el que los acuerdos se llevan a cabo sin ninguna regulación o garantía para ninguna de las partes involucradas”

Si bien el último proyecto de ley ya está archivado del mismo se pueden rescatar aspectos relevantes tales como la prohibición del ánimo de lucro o provecho económico entre los padres contratantes y la mujer gestante, es decir se proponía regular la gestación subrogada, pero con fines altruistas. Sin embargo, en el proyecto de Ley no se precisa legalmente el concepto de altruismo o que debería entender el legislador por altruismo, toda vez que, es claro que no debe ir de por medio un lucro o provecho económico, sin embargo sin discusión se puede plantear que aquella mujer que de manera altruista presta su vientre implícitamente se vería afectada por una serie de factores asociados a la gestación, entre otros, tales como la salud en los cambios hormonales que conlleva el embarazo, alteraciones psicológicas postparto que podrían afectar su normal desarrollo laboral considerando aquí una serie de aspectos económicos y de apoyo que deben ser asumido por los padres contratantes, compensación que no debe tomarse como un provecho económico, que desnaturaliza el

altruismo, sino por el contrario que busca el beneficio de aquella mujer gestante y de los padres contratantes que también deberían gozar del reconocimiento de la seguridad social

Otro aspecto que se consideró en el proyecto de Ley ya archivado en el numeral 4 de su artículo 4. “prohibiciones” es el número de participaciones, indicando “*que una persona gestante solamente podrá prestarse para dicha práctica, por dos (2) ocasiones*”. Detalle que se considera en esta investigación que también desfigura el concepto de altruismo, pues en el entendido de que la gestación subrogada altruista es una práctica excepcional que no se presenta con frecuencia, razón por la cual establecer un número mayor a una vez, daría lugar a aperturar escenarios de cosificación, de reduccionismo moral, de instrumentalización, de convertir una práctica que en lo formal será altruista, en el ámbito material si se puede mercantilizar.

En los futuros proyectos de ley se debe advertir cómo la concepción de maternidad subrogada sugiere un cambio de la institución jurídica de la maternidad así como los requisitos para la filiación materna, ya que la gestación subrogada desmarca la noción cultural de que la maternidad y la gestación son dos figuras iguales en el entendido que la maternidad está ligada a la gestación, lo que no es del todo cierto, pues ya existen técnicas reproductivas que dan como resultado replantear el rol de la mujer que siempre se consideraron creadas para lo maternal. En tal sentido, en la actualidad se plantea un concepto diferente de maternidad asociado no solo al factor genético y a la voluntad procreativa, pues la técnica de gestación subrogada plantea un factor determinante de la maternidad ya que este concepto no será por el parto sino por el vínculo genético que tiene el que está por nacer con los padres contratantes.

También se deben considerar elementos esenciales que deberían ser parte del contrato y que se configuren en una relación típica bilateral, tales como los impactos psicológicos o daños que podría presentarse en la mujer que rompe todo vínculo filial al entregar el bebé o en la mamá o el papá que asume la responsabilidad de criar. En tal sentido en el contrato se debe contemplar todo tipo de previsión con el fin de establecer los efectos de la despersonalización de esos vínculos dando como resultado la discusión jurídica, toda

vez que el contrato está centrado en un sujeto de especial protección que es el niño, como se manifiesta en la sentencia T-968 de 2009.

Dentro de este 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 (pág. 58).

Finalmente, los múltiples llamados de la Corte Constitucional a regular la práctica y de las experiencias médicas que indican en “lo posible se recomienda que un caso de madre sustituta se haga entre parientes” podría considerarse dar como un primer paso en legalizar la práctica de la gestación subrogada con fines altruistas considerando que esta costumbre ancestral fue realizaba entre mujeres que no podían procrear y que buscaban el apoyo de otra para lograr el gran anhelo de ser madre.

III. Elementos de validez y existencia de un contrato de gestación subrogada altruista

En Colombia el contrato se encuentra definido en el artículo 1495 del Código Civil Colombiano y estipula lo siguiente: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser

de una o de muchas personas.” (Código Civil Colombiano, ley 84 1873, 31 de mayo de 1873).

Los contratos pueden ser unilaterales o bilaterales, es decir que una parte se obliga con la otra para realizar una contraprestación de dar, hacer o no hacer y por el contrario es bilateral cuando todas las partes se obligan. “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.” (Código Civil Colombiano, ley 84 1873, 31 de mayo de 1873).

El régimen contractual en Colombia está demarcado por dos aspectos importantes, lo gratuito y lo oneroso, al respecto el código civil nos indica que “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.” (Código Civil Colombiano, ley 84 1873, 31 de mayo de 1873).

Adicional a esto, los contratos también pueden ser:

Principal: un contrato es principal cuando no depende de otro para existir; este es el caso del contrato de arrendamiento.

Accesorio: depende de otro para poder existir; por ejemplo, el contrato de prenda, que se da para garantizar el pago de un préstamo.

Real: el contrato es real cuando se necesita para su validez la tradición de la cosa.

Solemne: cuando se requiere que se cumplan ciertas formalidades establecidas en la ley.

Consensual: cuando se perfecciona por el solo consentimiento de las partes.

Conmutativo: cuando una de las partes se obliga a hacer algo equivalente a lo que la otra parte va a hacer.

Aleatorio: cuando se trata de algo incierto que depende del azar. (Gerencie, 2022).

Los contratos también pueden ser nominados e innominados, esto depende de la existencia de una ley que regule estos contratos “Los contratos nominados hacen referencia a todos los contratos que aparecen en el Código Civil con su correspondiente nombre que los denomina.” (Gerencie, 2022). Un claro ejemplo de este tipo de contratos se encuentra en los de compraventa, ya que el Código Civil los incluye en su legislación y los define. Por otro lado, los innominados “son aquellos que no figuran expresamente en ninguna ley, pero que, por contener los elementos generales de cualquier contrato, surten efectos entre las partes que los suscriben.” (Gerencie, 2022). Un ejemplo es el contrato de socios, que si bien no se encuentra en la legislación cuenta con las características generales de los contratos y las partes tienen la libertad contractual de incluir las cláusulas a su conveniencia, siempre y cuando no sean abusivas o contrarias a derecho.

Teniendo en cuenta los aspectos generales antes mencionados sobre los contratos de acuerdo con el código Civil, analizaremos las características que podemos identificar en el contrato de maternidad subrogada con enfoque altruista, siendo la primera a destacar, la gratuidad, ya que el altruismo se basa en un dar sin recibir nada a cambio, este tiene por objeto la utilidad de una de las partes, que para este caso serían los padres contratantes. Es importante tener en cuenta que si bien el enfoque altruista de la gestación subrogada conlleva a un acuerdo entre las partes, donde la mujer gestante va a tener una obligación de mayor peso, esto teniendo en cuenta que la finalidad es la prestación de un servicio y que fruto de ello nace una persona, esto no implica que se deba desconocer la formalización de la práctica mediante un contrato bilateral; lo anterior en el entendido que su validez y existencia se configura en la medida en que dicho contrato tenga como finalidad el enfoque altruista, con el fin de no controvertir sobre la dignidad humana, así como tampoco se presente un impacto en el derecho negocial, es decir, buscar desde todos los ámbitos jurídicos la licitud de crear un contrato que brinde garantías jurídicas al desarrollo de la actividad de la gestación subrogada.

Vale la pena aclarar que no todos los contratos buscan una contraprestación, un claro ejemplo de esto se encuentra en los contratos de donación y de mandato, los cuales tienen un objetivo distinto a buscar una remuneración económica. Propósito que también

se enmarcaría en el contrato de gestación subrogada altruista, pues con el mismo lo que se buscaría es tutelar los derechos fundamentales que lleva implícito, tales como: la vida, la conformación de la familia y el libre desarrollo de la personalidad, tal como se indica:

Todos los seres humanos tenemos la libertad de decidir actuar o no, cuándo y cómo hacerlo, para crear y gobernar relaciones jurídicas. Hacemos referencia a la autonomía de la voluntad, misma que nos permite regular y lograr la consecución de nuestros fines y necesidades, porque las personas somos libres y decidimos obligarnos cuando celebramos un contrato. (Muñoz, 2021. Pág. 6)

En Colombia al no existir aún una regulación jurídica específica sobre la maternidad subrogada, se tiene como resultado que no se cuente con una definición precisa para cada una de las partes que conformarían el contrato de gestación subrogada altruista, razón por la cual en el país se utilizan múltiples denominaciones para la identificación de los sujetos asociados al desarrollo de la práctica de la gestación subrogada; para el caso de la mujer que presta el vientre se encuentran las siguientes denominaciones: madre sustituta, gestante subrogada, madre subrogada, madre por contrato, madre portadora, mujer gestante, madre de alquiler, y para el caso de los sujetos que aportan o no el material genético se le denomina: pareja o padres contratantes, pareja o padres de intención o bien, persona solicitante, persona física contratante, padre o madre solicitante o de intención. Es importante recordar que las denominaciones seleccionadas en este estudio fueron Mujer Gestante y Padres Contratantes.

Con el fin de analizar qué clasificación de contrato podría aplicar para regular el desarrollo de la práctica de gestación subrogada altruista, se cuenta en esta clasificación con el contrato innominado, que si bien, no está regulado en una ley, esto no significa que carezca de validez y existencia, recordemos que la maternidad subrogada en Colombia no está ni prohibida, ni permitida. También sería bilateral, ya que las partes tienen obligaciones entre sí, es aleatorio ya que el resultado depende del azar, pues pueden existir condiciones médicas que imposibiliten el nacimiento del bebé. Es gratuito ya que una de las partes presta un servicio sin esperar una remuneración a cambio, en este caso se prestaría el vientre sin buscar una ganancia, más allá de los cuidados propios del embarazo que estarían a cargo de los padres contratantes. Ahondando en

los requisitos de existencia y validez de los contratos, se encuentra que en el Artículo 1502 del Código Civil colombiano, se establece lo siguiente para que una persona se obligue:

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

La capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. (Código Civil Colombiano, ley 84 1873, 31 de mayo de 1873).

Para valorar si se evidenciarían los requisitos de existencia y validez antes mencionados en un contrato de maternidad subrogada altruista, se han valorado algunos planteamientos doctrinales asociados a este asunto que pueden llegar a surgir para el desarrollo de la práctica de la gestación subrogada concentrados en el consentimiento, el objeto y la causa lícita, dejando de lado la capacidad y la solemnidad.

Al respecto, frente al consentimiento se encontraron dos (2) posturas, una desde el punto de vista de lo económico y la otra desde la filiación así: “en la maternidad subrogada altruista, incluso después de una cuidadosa evaluación, y con los requisitos establecidos, no es posible asegurar que el consentimiento de la mujer no ha sido el resultado de la presión emocional o motivos económicos encubiertos”. (Barrera y Cadavid, 2016 Pág. 7).

Así mismo se indicó que:

En los casos en los que se utilice la técnica de reproducción asistida como opción para la concepción de un bebé, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia estableció que el consentimiento es uno de los criterios que junto al lazo genético ha reconocido el ordenamiento jurídico para determinar la filiación. Esto, de acuerdo con el artículo 42 de la Carta, que consagra: los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes, y que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. (Perdomo, 2023. Párr. 9)

Ahora, en cuanto al objeto lícito, también se encontraron dos (2) posturas, una que indica que el objeto lícito es la entrega del bebé y en la otra se menciona que dicha entrega es ilícita.

En la primera postura tenemos que:

Es en razón a este elemento que se ha considerado que el bebé recién nacido es el producto que se negoció. El fin u objeto de este contrato es precisamente la entrega del recién nacido, para que los contratantes finalmente puedan ejercer el derecho a la paternidad que tanto anhelan. (Cadavid y Barrera, s.f. Pág. 7).

En la segunda postura:

La doctrina ha establecido que el objeto de este contrato no puede ser el bebé que está por nacer, ni el cuerpo de la madre gestante, dado que se estaría comercializando. Por ello, se ha dicho que el objeto del contrato es una obligación de hacer, al estar directamente relacionada la fuerza biológica de la gestación y constituir la prestación de un servicio en favor de otro. (Perdomo, 2023. Párr. 7).

En cuanto a la causa lícita en Colombia, el simple hecho de que no exista una norma asociada al desarrollo de la práctica de la gestación subrogada da como resultado que este acto no sea permitido, pero tampoco prohibido, pues como se indicó anteriormente no hay una ley que regule este tipo de actividad. Por lo tanto, se ha dicho lo siguiente:

Una vez establecido estos aportes y encajado el contrato de maternidad subrogada dentro de la ley civil con característica atípica, es menester observar si es realmente válida o no la existencia de este tipo contractual; en primer orden, debe entenderse, de forma preliminar, que la invalidez de un contrato se establece cuando no existe una de los elementos esenciales o el mismo es ilegal; empero, que el contrato de maternidad subrogada no tenga una causa lícita o ilícita, es decir, que no se encuadre dentro de la tipicidad penal o civil como factor de inclusión o exclusión para celebrar contratos.(Vásquez y Llanos, 2019. Pág. 26-27)

Actualmente el Código Penal Colombiano no provee ninguna disposición que prohíba que una persona preste su vientre para que otra pueda concebir, es así como no existe

ningún impedimento legal que imposibilite la actuación de la práctica de la gestación subrogada en el territorio colombiano que permita considerar que es un acto ilícito.

Referente a los demás componentes del contrato es decir la capacidad y solemnidad no se encontró información que analizará negativa o positivamente estos elementos del contrato. Por eso, se hará el siguiente análisis sobre estos aspectos. Se entiende la capacidad legal por la aptitud que tienen las personas para poder obligarse así mismo, sin la autorización de otros. Se debe tener en cuenta que dicha capacidad legal, se divide en dos, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

Capacidad de goce: Hace referencia a los derechos y obligaciones que en general tiene una persona, por el simple hecho de ser persona. Es decir, todos gozamos de esta capacidad.

Capacidad de ejercicio: Es el hacer respetar derechos y poderse obligar, conociendo la dimensión de su obligación.

Con respecto al último tipo de capacidad, es decir la capacidad de ejercicio, este tiene una limitación con respecto a la edad para poder hacer un goce efectivo de la misma, ya que los impúberes, es decir los menores de edad entre 0-13 años tienen una incapacidad absoluta, por lo cual está limitada su capacidad de ejercicio, pues todo acto que celebren es ineficaz. Por otro lado, tenemos a las personas que están dentro del rango de edad de 14-17 años, los cuales tienen una restricción menor en comparación con la anterior categoría, ya que en este caso estamos frente a una incapacidad relativa, es decir que hay ciertos actos que si pueden celebrarse en este rango de edad y que se derivan en obligaciones.

Si se analiza la capacidad en un contrato de maternidad subrogada se encuentra que para que pueda ser efectivo este tipo de contrato, se debe de asegurar que todas las partes sean mayores de edad, esto con el fin de garantizar que todos tengan la madurez psicológica suficiente para afrontar las diversas implicaciones de un contrato de este tipo y que no se incurra en ningún tipo de incapacidad, recordemos que esa capacidad está directamente ligada con el principio de autonomía que tienen todas las personas.

Con respecto a la solemnidad, nos encontramos ante un elemento por naturaleza del contrato, es decir; que es innato a él. Este elemento hace parte de los requisitos que el legislador impone a ciertos actos jurídicos, para que surtan efectos. En este caso al ser una práctica que no está regulada, el legislador no ha impuesto algún requisito formal para darle validez a los contratos de gestación subrogada, es así que no se es necesario para llevar a cabo un contrato de este tipo. A diferencia de la solemnidad, si es necesario que en este tipo de contratos se basen en lo consensual, ya que es de suma importancia que las partes den el consentimiento para realizar este tipo de contratos, siendo, claro, libre y espontáneo, logrando así que se cumpla con el componente altruista de la gestación subrogada, ya que se realiza como un acto donde se busca el beneficio de una persona que por diversos motivos no puede concebir.

Ahora bien, teniendo en cuenta el análisis que se hizo de los requisitos de existencia y validez de los contratos, se puede inferir que la práctica de la gestación subrogada que deriva en un contrato de carácter privado en Colombia, tendría validez plenamente si se realiza bajo el punto de vista de una gestación subrogada altruista, tal como se propone a lo largo de este trabajo, esto debido a que la crítica central que se le hace a esta práctica, es con respecto al objeto de este contrato, ya que si se realiza bajo un punto de vista económico, se estaría instrumentalizando y cosificando a las mujeres, además de que vulnera los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que podría desencadenar en una trata de personas.

Es aquí donde se evidencian los esfuerzos que está realizando el legislador, pues en el último proyecto de ley 345-2023C, presentado el 27 de febrero de 2023, ya archivado se buscó regular la subrogación uterina o gestación subrogada, mediante la modalidad altruista trayendo implícito algunas novedades con respecto al ámbito contractual que se podrían considerar como un beneficio para las partes, estableciendo con las mismas una seguridad jurídica para el desarrollo de la práctica de la gestación subrogada altruista.

El proyecto de ley describía a los sujetos parte en el proceso de maternidad subrogada, de la siguiente manera: persona gestante y comitente, donde se ha indicado lo siguiente:

La primera entendida como la que acepta gestar en lugar de la parte comitente y para quien no se generan efectos de filiación. La parte comitente, en cambio, se entiende como la persona que conviene con la persona gestante, celebrar un Acuerdo de subrogación uterina para la gestación, con la intención de tener la filiación sobre el producto de la gestación, luego del nacimiento. (proyecto de Ley Estatutaria 345-2023C)

El contrato de gestación uterina que propuso el proyecto de ley estaba revestido de ciertas características especiales, esto debido a la naturaleza del contrato, tales como: es un contrato bilateral, gratuito, aleatorio y solemne, cada una de estas características hace alusión a diversas consideraciones que se deben de llevar a cabo al momento de celebrar este negocio.

Contrato bilateral: Hace referencia a que las partes del contrato, en este caso la persona gestante y el comitente tienen obligaciones que cada uno debe de cumplir para la ejecución del contrato.

Contrato gratuito: Es un contrato gratuito debido a la modalidad que se determinó para celebrar este tipo de contratos, que en este caso es la altruista. En consecuencia, el beneficio sólo es a favor de la parte comitente, ya que la persona gestante no tiene derecho a honorarios, sólo a una compensación por el daño emergente y el lucro cesante ocasionados por esta práctica a la persona gestante.

Contrato aleatorio: El contrato de gestación subrogada es aleatorio ya que su culminación es incierta, esto debido a que en el proceso se pueden presentar diferentes factores que pueden afectar la gestación.

Contrato solemne: Este elemento hace parte de los requisitos que el legislador impone a ciertos actos jurídicos, para que surtan efectos. En este caso lo que se pretendía es que estuviera elevado a escritura pública para que se cumpliera con lo establecido en el ya archivado proyecto.

De este contrato se derivaría una obligación principal, la cual impide que se hagan reclamos con respecto a la filiación y por otra parte impide que el comitente se niegue a recibir al producto de la gestación:

Como parte de las obligaciones principales del acuerdo, se incluye la imposibilidad de la persona gestante de reclamar derechos sobre el producto de la gestación, en vista de que carece de derechos de filiación. De igual manera, no es posible para la parte comitente negarse a recibir al producto de la gestación, en la medida en que tiene vínculos de filiación con este último, lo que acarrea la creación de los derechos y obligaciones de padre y/o madre descritos en la ley. (proyecto de Ley Estatutaria 345-2023C)

Con respecto a la capacidad negocial el proyecto de ley buscaba imponer unas restricciones relacionadas con la edad, ya que la persona gestante se debía encontrar en el rango de edad para concebir, esto es entre los 25 y 34 años. Otro aspecto importante que se consideró en este proyecto era verificar que el consentimiento sea libre y no esté viciado, así como la madurez reproductiva, esto se probaría con el uso de anticonceptivos y la planificación de los hijos, con el fin de determinar la autonomía reproductiva. (proyecto de Ley Estatutaria 345-2023C)

En relación con los concomitantes en el proyecto de ley se encontró que la gestación subrogada no limitaría a que las personas de manera individual o en pareja decidan acudir a estas prácticas, en caso de ser pareja siempre y cuando tengan problemas médicos para concebir, y al menos uno de los comitentes aporte material genético, en caso de que la pareja no pueda concebir pueden acudir a un banco de gametos, concretamente el proyecto proponía lo siguiente: “Para la parte comitente, no se limitará la posibilidad de que personas puedan serlo de manera individual o en pareja, siempre y cuando ambas partes tengan entre 25 y 50 años, siendo un requisito equivalente al descrito en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, para quienes deseen adoptar.” (proyecto de Ley Estatutaria 345-2023C)

Sobre la posibilidad de que los extranjeros puedan acceder a esta práctica no se establecía ninguna limitación, siempre y cuando contaran con residencia en el país, tal como se indica a continuación:

Es también relevante destacar que la regulación propuesta no prohíbe que extranjeros residentes en Colombia puedan acudir a la subrogación uterina para la gestación. Sin embargo, estos extranjeros residentes deben contar con la residencia debidamente certificada por Cancillería, a través de la visa de residente. De igual manera, para efectos

de generar protección, tanto al producto de la gestación, como a la persona gestante, es requisito que estas estén afiliadas al sistema de seguridad social, en el régimen contributivo. (proyecto de Ley Estatutaria 345-2023C)

El proyecto de ley también planteó la prohibición de aquellas cláusulas que vulneren los derechos fundamentales, sobre todo los derechos sexuales y reproductivos, entre las prohibiciones se encuentran las siguientes:

1. Aquellas que impidan que la parte gestante se libere del cumplimiento de sus obligaciones, con anterioridad de la fecundación o durante las primeras veinticuatro (24) semanas de la gestación.
2. Aquellas que impidan que la parte gestante interrumpa voluntariamente el embarazo, en cualquier momento de la gestación si la continuidad de la misma: (i) constituye peligro para la vida de la parte gestante, (ii) cuando exista grave malformación del feto, que haga inviable su vida por fuera del útero, y, (iii) en los casos en los cuales se identifique la inseminación no consentida o el vicio al consentimiento cualificado durante el procedimiento de inseminación.
3. Aquellas en que las partes se obliguen a realizar actos u omisiones que atenten contra el libre desarrollo de su personalidad, incluidas, más no limitadas a las conductas alimenticias, sociales, profesionales, sexuales o religiosas.
4. Aquellas que incluyan una cláusula penal o sanción a la parte gestante.
5. Aquellas que vayan en contra de la legislación vigente de parto digno, respetado y humanizado.
6. Aquellas que busquen que la compensación sea un reconocimiento por prestación de servicios o bonos por mediar la gestación. (proyecto de Ley Estatutaria 345-2023C)

Finalmente, se encuentra que el proyecto de ley traía muchas novedades sobre la regulación de la gestación subrogada, como lo son los aspectos contractuales y la limitación de negocio entre las partes, esto debido a la naturaleza del contrato, ya que sin una clara delimitación contractual se podrían vulnerar derechos fundamentales de la persona gestante como lo son los derechos reproductivos y sexuales.

IV. Posibles conflictos jurídicos e implicaciones contractuales con el desarrollo de la práctica de la gestación subrogada altruista.

Es importante tener en cuenta que la práctica de la gestación subrogada así se desarrolle con fines altruistas no sería ajena a conflictos, esto en el entendido que quienes realizan la misma son seres humanos que intrínsecamente en sus relaciones sociales ya hay una predisposición al conflicto, tal como se plantea:

Con frecuencia se señala que el conflicto es inherente al ser humano y ello se justifica en la medida en que éste hace parte de una comunidad o grupo social. En este sentido, “un conflicto solo puede nacer por la presencia del otro o de los otros” es decir, “por el simple hecho de vivir, el individuo debe enfrentar ciertos problemas en la relación con los demás, e incluso con él mismo”. Debe, entonces, entenderse como algo natural en el marco de las relaciones sociales propias de nuestra cotidianidad. (Illera, 2022, pág. 2.)

Con el desarrollo de la gestación subrogada altruista encontramos que se podrían presentar los siguientes conflictos jurídicos y contractuales:

Carencia de responsabilidad por los padres comitentes extranjeros: En esta situación se podría suscitar un conflicto en el evento de que los extranjeros como padres comitentes decidan no asumir su responsabilidad contractual pues fácilmente pueden abandonar el país, situación que pone en evidente peligro los derechos fundamentales del que está por nacer o el bebé que nació y la mujer gestante, vulnerándose en este aspecto el derecho de filiación, el reconocimiento a la identidad, así como la desprotección y abandono del bebé, ya que la mujer gestante no está en la obligación de asumir la maternidad, por lo tanto, se daría como resultado una carga que debe asumir el Estado de acuerdo al deber constitucional establecido hacia los niños, niñas y adolescentes.

Es por lo anterior, que se debe evaluar jurídicamente que, el desarrollo de la práctica de la gestación subrogada altruista pueda llevarse a cabo solo con extranjeros que cuenten con la debida residencia en el país, para evitar posibles condiciones que den lugar a la apátrida del bebé nacido por gestación subrogada, pues con tristeza se encuentra que son las mismas entidades estatales las que ponen obstáculo e impedimentos para la filiación de un bebé nacido por la práctica de la gestación subrogada amparándose en

normas que en muchas ocasiones vulneran los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescente, sin realizar el más mínimo análisis del sentido común al interés general de estos sujetos de especial protección, lo anterior se sustenta de acuerdo a la respuesta emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de su Dirección de asuntos Consulares, Migratorios y de Servicio al Ciudadano al responder una acción de tutela de acuerdo con la sentencia T - 127 de abril de 2024 determinó lo siguiente:

Por último, le solicitó al accionante que aportara el sustento legal de la afirmación según la cual asegura que un niño que nace de un vientre subrogado colombiano adquiere la nacionalidad por nacer de una mujer gestante colombiana y que acudiera a la representación consular de su país para gestionar el pasaporte de su hija. Asimismo, aprovechó la oportunidad para comunicar que de acuerdo con el artículo 16 de la Resolución 6888 de 2021 notificará al accionante que procederá con la cancelación del pasaporte No. XXX a nombre de EZ. (sentencia T-127, 2024, pág. 7).

Consideración jurídica que fue aprobada por el Juzgado 24 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá D.C., en sentencia del 20 de enero de 2023, negó el amparo de los derechos fundamentales incoados por el accionante indicando lo siguiente:

A su turno, afirmó que, por las características propias de un proceso de gestación subrogada, no puede considerarse que la nacionalidad de la mujer gestante se extiende de manera automática a la niña que dio a luz, pues dicha *“circunstancia no determina per se la maternidad y en tales circunstancias no puede menos que concluirse que para [la niña] desde su nacimiento no ha existido madre.”* Por todo lo anterior, concluyó que la negativa del Ministerio de Relaciones Exteriores obedece a los mandatos constitucionales y legales, por lo cual, no vulnera los derechos de la accionante.

Posición que a nuestro juicio es un yerro jurídico y una evidente vulneración a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en contra de lo indicado en el artículo 42 de la constitución política que establece 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.” (Constitución Política de Colombia, 1991). Este tipo de conflictos podría

evitarse con la regulación de la maternidad subrogada altruista, ya que, si hay un contrato válido, las personas al encontrarse en algún problema, pueden acceder a la jurisdicción y exigir el cumplimiento del mismo.

Inadecuada determinación de los gastos producto de las necesidades intrínsecas de la mujer gestante: Esta situación se podría generar en el evento que en el contrato no se determine claramente las obligaciones y deberes que deben cumplir los padres comitentes una vez la mujer gestante entre en su proceso de recuperación postparto. Adicionalmente se debe precisar en el acuerdo las posibles situaciones psicológicas y biológicas que podría presentar la mujer con la entrega del bebé por los lazos afectivos que desarrolló durante el embarazo.

Responsabilidad civil: Considerando que el contrato de gestación subrogada altruista es atípico, es imperativo tener en cuenta que con el desarrollo de esta actividad se podrían presentar una serie de situaciones sui generis que sobrepasan el entendimiento humano, en tal sentido se debería establecer en el contrato la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento de este por alguna de las partes, sin ninguna justificación establecida.

No entrega del menor a los padres comitentes: En el entendido que la gestación subrogada altruista está orientada a la voluntad libre, consensuada, espontánea, sin fines lucrativos, ayuda desinteresada de parte de la mujer gestante pues no es vulnerable y necesitada de dinero, se podría pensar que, la entrega del menor no tendría ninguna resistencia, sin embargo, como se indicó al inicio de este capítulo toda actividad que lleve implícito las relaciones sociales y humanas no está libre de conflictos, razón por la cual podría suceder que aquella mujer durante la gestación cree un vínculo o conexión con aquel ser a tal punto que decida no entregarlo.

No obstante, en la gestación subrogada altruista, entre las partes existe un vínculo más cercano que podría dar como resultado que los posibles conflictos pueden ser resultados de manera armónica, caso contrario al realizarse la actividad con fines lucrativos donde las partes solo tiene como propósito el cumplimiento de lo pactado dado que hubo contraprestación económica y la cesión del recién nacido está condicionado a ese pago.

En tal sentido en el evento que la mujer gestante decide no entregar el bebé se puede valorar una propuesta que ya la justicia de nuestro país reconoce como alternativa para favorecer el interés superior de los niños, niñas y adolescentes siendo esta la multiparentalidad³ o pluriparentalidad, como se indica en la sentencia del juzgado 038 de Bogotá D.C. de 4 de diciembre de 2024.

La pluriparentalidad, alude a la posibilidad de que un niño o niña pueda tener más de dos vínculos filiales por la misma línea, ya sea dos padres o dos madres, a partir del deseo o la voluntad de tres o más personas adultas de desempeñar roles de cuidado, asistencia y crianza respecto de ellos. Además, las familias pluriparentales pueden conformarse: 1. de manera originaria cuando previo al nacimiento del niño o niña existen tres o más personas que quieren ser eventualmente tenidas como progenitores, o 2. de manera derivada, cuando el proyecto de raíz monoparental o biparental se vuelve triple o múltiple tras el nacimiento del niño. (Juzgado 038 de Bogotá D.C., 2024, Pág. 15)

Con lo anterior se corrobora que cada vez se está evaluando y analizando el verdadero concepto de maternidad y paternidad así:

En Sentencia CTS 1976 de 2019, la Corte Suprema de Justicia falló el caso en donde la accionante, quien contaba con 15 años de edad, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales que estimó vulnerados por el juzgado accionado, al obligarla a practicarse la prueba de ADN con miras a establecer su filiación natural, cuando no era su deseo saber si el demandante era o no su progenitor biológico, pues desde su nacimiento la adolescente tenía establecida plenamente su familia, en donde para ella su padre era el que señalaba su registro de nacimiento. Para proteger las garantías fundamentales de la adolescente, la Corte Suprema revocó la decisión del Juez accionado de primera instancia, de obligarla a practicarse la prueba de ADN que el demandante (su padre biológico) pidió y que el C.G. del P. también ordena que se practique, para, en su lugar,

³ Estas nuevas tipologías de familia rompen con los estereotipos, barreras, y roles de género tradicionales y promueven la idea de que el amor, la protección, la cooperación, el cuidado, la crianza y la responsabilidad parental no se limitan a la estructura tradicional de “un hombre y una mujer” sino que por el contrario pueden manifestarse de diversas formas y combinaciones, en consecuencia, surge el concepto de multiparentalidad con la necesidad imperante de reconocimiento legal por parte del ordenamiento jurídico nacional para que de esta forma se garanticen, se protejan y se salvaguarden los derechos, el desarrollo y el bienestar de los niños, niñas y adolescentes que crezcan en el interior de estas familias diversas y que las mismas gocen de seguridad jurídica. (Rodríguez y Neira, s.f, Pág. 4)

ordenar al juez que dispusiera el archivo inmediato de las diligencias adelantadas. La Corte sobrepuso el principio del interés superior de la adolescente sobre el interés del padre biológico en su filiación bipartita y dejó a la accionante ante dos padres, el que reclamó su paternidad biológica y el que pasa por su padre. (Juzgado 038 de Bogotá D.C., 2024, Pág. 15)

Finalmente, con esta investigación se nombrarán algunas ventajas que tiene la práctica de la gestación subrogada con fines altruistas a pesar de los riesgos y dificultades que podrían conllevar la misma, respecto de la simple maternidad subrogada con fines lucrativos:

Dentro del contrato o acuerdo entre las partes debe quedar muy claro el ánimo altruista para realizar el procedimiento.

Las relaciones personales, el vínculo afectivo, consanguíneo o civil entre las partes podría dar como resultado que en el evento de presentarse conflictos estos pueden resolverse de manera armónica entre las partes en pro de lograr el fin de ser padres y desde el amor buscar el bienestar del que está por nacer o del nacido por la práctica de gestación subrogada altruista en comparación cuando hay dinero de por medio.

El concepto de altruismo debe estar orientado a brindar una solución a aquella persona o personas que no han logrado el sueño de ser padres por múltiples razones y que familiares, amigos o personas muy allegadas puedan aportar desde el amor y desinterés lograr este maravilloso sueño de ser padres. Si bien en la gestación con fines lucrativos también hay el mismo propósito de ser padres, el simple hecho que haya una negociación monetaria, ya desfigura una relación o vínculo de amor y desinterés entre las partes.

Conclusiones

- Es evidente que las técnicas de reproducción humana asistida están dando un avance tecnológico y científico vertiginoso en búsqueda de soluciones para mitigar los problemas que tienen algunas mujeres o parejas para consolidar su proyecto

de vida ligado al deseo de conformar una familia y que por alguna imposibilidad física no logran el objetivo, es aquí donde las TRHA, incluyendo la gestación subrogada altruista se vuelve una herramienta práctica para dar solución a este problema.

- En Colombia hace algunos años se realiza la práctica de la gestación subrogada sin ninguna norma clara y específica, es por esto por lo que es imperativo que el legislativo precise y determine una norma que establezca los términos y condiciones para el desarrollo de la práctica mediante la modalidad altruista así como su forma contractual de tal manera que se garantice una seguridad jurídica de especial protección a las partes involucradas y así evitar la mediación lucrativa entre las mismas.
- Si bien el concepto de altruismo está directamente relacionado con el amor y la capacidad de brindar a otros lo que está a nuestro alcance de una manera desinteresada y sin esperar nada a cambio, debe quedar claro que, así se realice el procedimiento de gestación subrogada de manera altruista, no se debe eliminar la relación contractual entre las partes.
- En el desarrollo de la práctica de la gestación subrogada altruista debe quedar muy claro que por ningún motivo debe existir una relación económica de las partes que apertura escenarios de cosificación de la mujer y del niño, no obstante, en la modalidad altruista se debe establecer un aporte económico para todas las necesidades en que se vería inmersa la mujer gestante antes, durante y después del embarazo.
- Esta investigación permite concluir que la aprobación de un contrato de maternidad subrogada altruista tendría las siguientes características de acuerdo con la normativa civil: es bilateral, gratuito, aleatorio, consensual e innominado.
- Finalmente, del análisis hecho para este trabajo investigativo se comprobó que los contratos de gestación subrogada altruista cumplen con los requisitos de existencia y validez de estos, pues a través de la modalidad altruista el objeto y la causa se configuran en una práctica lícita, por lo tanto, la celebración de un

contrato de esta naturaleza, en el territorio colombiano no puede ser un impedimento para iniciar un proceso legal que haga exigible su contenido.

Referencias

- Barg, L. (2024). *La función socioafectiva en los vínculos familiares*. Recuperado de: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/ConCienciaSocial/article/view/44887/44988#:~:text=La%20filiaci%C3%B3n%20socioafectiva%20resulta%20de,las%20responsabilidades%20de%20su%20cuidado.>
- Beetar, B. (2019). *La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco un jurídico integral e incluyente*. Revista Socio-Jurídicos, 21(2), 135-166. Recuperado de. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>
- Borges, L., González, A., y Sanchez, R. (2022). *Gestación subrogada en Cuba. Del marco legal al enfoque humanizado de la atención en salud*. Recuperado de: <https://convencionosalud.sld.cu/index.php/convencionosalud22/2022/paper/download/1618/1531>
- Cadavid, K. y Barrera, A. (s.f). *Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema*. Recuperado de. https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/2221/Maternidad_subrogada.pdf;jsessionid=
- Callejas, N. (2021) *Maternidad Subroga en el mundo globalizado. Lo que toda gestante sustituta en México debe saber*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7992838>

Chaves. E. (2021) *Gestación Subrogada en Colombia: Evolución, Tendencias y Desafíos*.

Recuperado de. <https://acortar.link/xlq75e>

Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) Vs Costa Rica. *Sentencia de 28 de noviembre de 2012*. Recuperado de:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

CIAMS, (s.f.) *Brasil*. Recuperado de: <https://abolition-ms.org/es/observatoire/brasil/>

Código de las Familias, Ley 156/2022. 17 de agosto de 2022. (República de Cuba).

Constitución Política de Colombia. (1991). Art. 42. 4 de julio de 1991. (Colombia).

Corte Constitucional Colombiana, (2024). *Sentencia T-127 de 2024*. M P. Jorge Enrique Ibáñez

Najar. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2024/T-127-24.htm>

Corte Constitucional Colombiana, (2024). *Sentencia T-232 del 2024*. M P. Natalia Ángel Cabo.

Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-232-24.htm>

Espejo, N., Fenton, C., Lathrop, F., y Scherpe, J. (2022). *La gestación por subrogación en*

América Latina. Recuperado de:

https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-07/LA%20GESTACION%20POR%20SUBROGACION_DIGITAL.pdf

Fernández, S., Hernández, E., Konvalinka, N. y Sánchez, R. (2018). *La Gestación Subrogada*

Bajo Prismas Diferentes. Cuatro Corrientes De Análisis Para Un Mismo Tema.

Recuperado de. <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rae/article/view/3563>

Gerencie.com. (2022, marzo 9). *Clasificación de los contratos*. Recuperado de <https://www.gerencie.com/clasificacion-de-los-contratos-segun-el-codigo-civil.html>

Gerencie.com. (2022, febrero 21). *Contratos nominados e innominados*. Recuperado de <https://www.gerencie.com/contratos-nominados-e-innominados.html>

Illera, María. (2022). *Conflicto, derecho y mecanismos alternativos*. Recuperado de: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122022000100236&script=sci_arttext&tln_g=pt

Juzgado 38 de familia de Bogotá. D.C. *Impugnación de maternidad 17-2023-00926-00 del 4 de diciembre de 2024*. Recuperado de: <https://www.integritylegal.co/abogado/fallo-doble-maternidad-en-el-registro-civil--alquiler-de-vientres-en-colombia->

Lam, J. y Perez, A. (2018). *La Construcción jurídica de las nuevas formas de familias en la legislación penal sustantiva cubana actual*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6598910.pdf>

Lares, R., y Rodríguez, L. (2021). *Hacia un nuevo concepto de familia: la familia individual*. Recuperado de: <http://ricaxcan.uaz.edu.mx/jspui/handle/20.500.11845/2219>

Ley 19167 de 2015. *Técnicas de Reproducción Asistida*. 22 de noviembre de 2013. D.O. No. 28854

Ley 1098 de 2006. *Por la cual se expide el código de la infancia y la adolescencia*. 8 de noviembre de 2006.

López, J y Aparisi, A (2012) *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*. Universidad de Navarra, España. Recuperado de: [hp://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf](http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf).

Lopez, R. (2019) *La Gestación Por Sustitución Altruista no Elimina el Aspecto Contractual de la Gestación del así Nacido*, Revista Jurídica de Castilla y León. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7041208>

MIR, L (2010) *La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada*. Revista Redbioética UNESCO, Vol. 1, N° 1 pp. 174-188. Recuperado de: [hp://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioética/revista_1/Leila.pdf](http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioética/revista_1/Leila.pdf)

Miño, L. (2020). *Las técnicas de reproducción humana asistida, una problemática que busca el consenso internacional: Dialogo interjurisccional de la CIDH y TEDH*. Recuperado de: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/47189/TFMD_00256.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Montagud, R. (2010) Revisión histórica del concepto de altruismo y prosocialidad. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/download/libro/694013.pdf>

Muñoz, T (2021). *Teoría general del contrato contemporáneo*. Universidad Veracruzana, México.

Perdomo, A. (2023) *La maternidad subrogada en Colombia*. Ámbito Jurídico. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/la-maternidad-subrogada-en-colombia>

Proyecto de Ley Estatutaria 345-2023C de febrero. *Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia.* (Febrero 2023).

Rodríguez, A y Neira, D. (s.f.). *Efectos de la falta de reconocimiento legal de la multiparentalidad en la garantía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en Colombia.*
Recuperado de: <https://acortar.link/OeFcU4>

Saletti, L. (2008). *Propuestas Teóricas Feministas En Relación Al Concepto De Maternidad.*
Recuperado de: <https://n9.cl/jrv3o>

Singer, P. (2012) *Ética y altruismo.* Recuperado de:
<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/56346/1/q36.pdf>

TEDH, (2022). *Ficha temática – Gestación subrogada y el CEDH.* Recuperado de:
https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Surrogacy_SPA#:~:text=El%20Tribunal%20consider%C3%B3%20que%20los%20Estados%20no%20est%C3%A1n%20obligados%20a,a%20trav%C3%A9s%20de%20la%20adopci%C3%B3n

Valdaires, M. (2019). *El Marco Constitucional Del Debate Feminista Sobre La Gestación Subrogada.* Recuperado de. <https://acortar.link/DN5Cnp>