



**MATERNIDAD SUBROGADA Y SOLICITUD DE CUSTODIA: UN DILEMA
PARA EL DERECHO DE FAMILIA**

PRESENTADO POR:

ANA ISABEL MUÑETÓN QUIÑÓNEZ
ESTUDIANTE DE DERECHO

DIRECTOR:

EDGAR GERMÁN SALAZAR

TRABAJO DE GRADO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
SANTIAGO DE CALI, COLOMBIA
2021**

ÍNDICE

Resumen.....	3
Abstract.....	3
Introducción.....	4
1. Derechos de familia derivados de la filiación.....	8
1.1 Conceptualización acerca de la filiación.....	8
1.2 Derechos derivados de la filiación.....	13
2. Técnicas de Reproducción Humana Asistida dentro del contexto jurídico colombiano.....	19
2.1 Conceptualización de las TRHA.....	19
2.2 Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el contexto jurídico colombiano.....	26
3. El contrato de subrogación tradicional respecto de la filiación y sus derechos derivados.....	40
3.1 Teoría general de los contratos atípicos.....	40
3.2 Análisis del contrato de subrogación tradicional y sus efectos jurídicos... 	48
4. Conclusiones.....	52
5. Referencias bibliográficas.....	57

RESUMEN

Las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)* se han convertido en herramientas de gran utilidad para la solución de problemas de fertilidad en el mundo, incluyendo a Colombia. Sin embargo, en el contexto nacional este tipo de procedimientos no están prohibidos ni permitidos debido a que no cuentan con un ordenamiento jurídico específico para cada caso, por ejemplo, el de la maternidad subrogada tradicional. Lo anterior ha generado que surjan vacíos jurídicos sobre la posibilidad de que una madre subrogante pueda solicitar la custodia del menor alegando que existe vínculo genético entre ambos, razón por la cual el siguiente estudio girará en torno a dicho análisis.

Palabras clave: Colombia, maternidad subrogada, subrogación tradicional, subrogación gestacional, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, filiación, contratos atípicos, custodia, ordenamiento jurídico.

ABSTRACT

Assisted Human Reproduction Techniques (TRHA) have become very useful tools for solving fertility problems in the world, including Colombia. However, in the national context, these types of procedures are neither prohibited nor permitted because they do not have a specific legal system for each case, for example, traditional surrogacy. The foregoing has generated legal gaps on the possibility that a surrogate mother may request custody of the minor, claiming that there is a genetic link between them two, which is why the following study will revolve around this analysis.

Keywords: Colombia, surrogacy, traditional surrogacy, gestational surrogacy, Assisted Human Reproduction Techniques, filiation, atypical contracts, custody, legal system.

INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas los avances en diversas áreas de la medicina han permitido desarrollar alternativas para darle solución a problemáticas que antes se consideraban lejanas. Uno de los campos en los que el desarrollo médico y tecnológico ha brindado nuevas opciones es el de la concepción, pues son frecuentes los casos en los que parejas, en todo el mundo, presentan problemas de infertilidad durante su vida reproductiva. Ante ese panorama, dichos avances médicos han puesto a disposición técnicas de reproducción que le permiten a esas parejas llegar a las etapas de concepción y nacimiento mediante la implementación de diversos procedimientos.

Es pertinente resaltar que no siempre el proceso de concepción se da a través de un acto sexual. Es posible que la concepción se origine mediante lo que se conoce en la actualidad como *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)*, entre las que se destacan la fertilización in vitro, la inseminación artificial, el alquiler de vientre o la maternidad subrogada.

Como se verá durante el desarrollo del presente estudio, a pesar de las ventajas que traen este tipo de avances médicos, algunos procedimientos como la fertilización in vitro, inseminación artificial, el alquiler de vientre, entre otros, no están exentos de polémicas o cuestionamientos, especialmente cuando se trata de la regulación jurídica que debe garantizar su implementación en cada país. Justamente, es en el campo del derecho colombiano donde se discuten actualmente muchos aspectos sobre procedimientos de reproducción alternativos como los que se expondrán a continuación.

Desde su creación, estas técnicas han sido objeto de debates en diferentes escenarios médicos, biológicos, físicos y hasta éticos o morales. En el ámbito jurídico este tema ha sido tratado en Colombia por la Corte Constitucional a través de sentencias como la T-968 del 2009 y se encuentra estipulado dentro de la Constitución Política de 1991. Además, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió en el año 2019 la ley 1953 (a su vez contenida en la Resolución 228 del año 2020) que impulsa una política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva.

Desde el punto de vista del derecho, la existencia de una persona natural tiene dos momentos importantes: la concepción y el nacimiento. La concepción se da cuando un gameto femenino y uno masculino se unen y originan al nasciturus, es decir, el que está por nacer. Por esa razón, a pesar de no tener derechos, el nasciturus sí tiene expectativas de derechos y está protegido por diversos ordenamientos legales que, en el caso colombiano, son el Código Civil, el Código Penal o el Código de Infancia y Adolescencia.

Sin embargo, a pesar de haber sido mencionado por la Corte Constitucional y de estar en la Constitución Política, el tema de las técnicas de reproducción asistida o asistencia científica en casos de reproducción sigue presentando un gran vacío de regulación dentro del ordenamiento jurídico nacional. Esto quiere decir que el panorama aún no es claro y que existe un vacío en cuanto al interrogante sobre cuáles son los parámetros legales para realizar un procedimiento de este tipo. Ese vacío normativo constituye un problema manifiesto, pues deja la implementación de estos procedimientos a merced de la interpretación.

Por esa razón, será fundamental analizar uno de los casos específicos de las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)*, pues está rodeado de grandes cuestionamientos que serán el eje de análisis de esta investigación. Se trata de la *maternidad subrogada* a través de la modalidad tradicional; un procedimiento en el cual la mujer gestante es quien aporta su propio material genético, lo que quiere decir que existe una mezcla genética de la mujer con el padre comitente subrogante. Esto causa un conflicto jurídico debido a que no solo se trataría de un alquiler de vientre o de un procedimiento de maternidad subrogada, dado que la madre gestante no solo pondría a disposición su cuerpo como condición biológica para la gestación, sino que además daría lugar a la existencia de un vínculo genético que la ligaría directamente con el nasciturus, generando así una relación filial entre ambos.

Ante esa situación, el problema radica en la posibilidad de que una madre gestante pueda acceder a la custodia del menor a pesar de haber renunciado a la misma a través de un contrato de *subrogación tradicional*.

A partir de lo planteado hasta aquí, resulta oportuno preguntarse lo siguiente: **Teniendo en cuenta el contrato de *subrogación tradicional*, ¿puede la madre gestante obtener la custodia del menor si así lo quisiera?**

La anterior pregunta busca ser respondida a través de los siguientes objetivos: el objetivo general será determinar si la madre gestante puede obtener la custodia del menor en virtud del contrato de *subrogación tradicional*.

Por su parte, los objetivos específicos serán, en un primer momento, definir la filiación en Colombia y los derechos derivados de esta; en un segundo momento se procederá a describir las *TRHA* dentro del contexto jurídico colombiano; mientras en una tercera etapa se buscará analizar el contrato de *subrogación tradicional* respecto de la filiación y los derechos derivados de esta.

En ese sentido, profundizar en este tipo de cuestiones jurídicas desde el campo académico resulta pertinente debido a que durante los últimos años los entes institucionales encargados de legislar al respecto no han resuelto completamente el conflicto tejido alrededor de la aplicación de las *TRHA*. Es papel fundamental de la academia continuar ahondando sobre el tema, de manera que el conocimiento que se genere sirva de base o derrotero para que las decisiones legislativas que se necesitan tomar sean implementadas con prontitud y le faciliten la vida a muchas parejas con problemas reproductivos.

Para la elaboración de este escrito se empleó una metodología analítico-descriptiva enfocada en las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)*, en el marco de un enfoque jurídico, normativo y jurisprudencial. Además, será de tipo explicativo, pues se busca esclarecer los enfoques jurídicos, analizar la jurisprudencia, los pronunciamientos de las altas cortes, algunas fuentes como providencias judiciales, textos jurídicos, textos científicos, como también artículos de revista y documentos pertinentes.

En definitiva, a continuación se abordarán los conceptos fundamentales necesarios para analizar, en el marco del contexto jurídico colombiano, si una madre gestante puede obtener la custodia del menor en virtud del contrato de *subrogación tradicional*.

1. DERECHOS DE FAMILIA DERIVADOS DE LA FILIACIÓN

En primer lugar, es importante abordar los derechos de familia derivados de la filiación dado que de este concepto se desprenden una serie de derechos y obligaciones que es necesario tener en cuenta a la hora de tratar las relaciones familiares, específicamente en este caso cuando están involucrados los menores de edad. En el presente capítulo se conceptualizarán los elementos más importantes de la filiación y posteriormente se caracterizarán los derechos derivados de esta.

1.1 Conceptualización acerca de la filiación

En el libro de Julio López del Carril (1975), titulado *La Filiación*, el autor trae a colación la definición que hace la Real Academia de la Lengua Española sobre este término al definirlo como “la procedencia de los hijos respecto de los padres”. López del Carril adicionalmente cita a otros autores que han hablado respecto de la filiación, todo para tener una visión más clara y amplia sobre este tema. Por un lado, toma de la doctrina francesa al autor Josserand, el cual manifiesta que hay dos maneras de conceptualizar la filiación, una general en donde la filiación hace referencia a “todos los anillos de la cadena que liga a una persona con sus antepasados”; y por un lado una de carácter particular donde la filiación es definida como “la relación de un hijo con sus progenitores inmediatos, con su padre y su madre” (Josserand, 1950, p.212).

Entre tanto, Carbonnier (1960), citado por Julio López de Carril, manifiesta que la filiación es el vínculo jurídico existente entre el padre o la madre y el hijo. Planiol-Ripert

(1945) citado también por López de Carril (1975) establece que la filiación “es un lazo de descendencia que existe entre dos, una de las cuales es el padre o la madre de la otra”.

Por otra parte, Carlos Ochoa Rico (1978) en su libro sobre *Filiación Natural Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso*, menciona que la filiación toma la calidad de un derecho natural y biológico que tienen todas las personas y que se da como resultado de las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer y que, por lo tanto, todo ser humano tiene un padre y una madre, es decir que el hecho biológico- físico conlleva al hecho jurídico de la relación; es por lo anterior que Ochoa Rico define a la filiación como “la relación o vínculo natural de la descendencia que existe entre el padre y el hijo. Considerada esta por el lado del padre, toma el nombre de paternidad y con relación a la madre se llama maternidad” (Ochoa, 1978, p.17).

Al igual que Josserand, el Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México manifiesta que la filiación también se puede dar como resultado de un hecho biológico o jurídico, definiéndola como “la relación o vínculo biológico entre los integrantes de una familia que es reconocido por el derecho y regulado por la ley” (Universidad Autónoma de México, SF). También se agrega que de la filiación se derivan una serie de derechos y obligaciones dentro de los cuales se encuentra la custodia, concepto que se desarrollará más adelante en el presente documento.

Jorge Parra Benítez (2017), en su libro sobre Derecho de Familia, al igual que Julio López del Carril, toma la definición de la filiación del diccionario de la Real Academia Española y agrega que es “la unión o vínculo entre el padre o la madre y el hijo, que es

originado principalmente en la procreación” (Parra, 2017, p.417), por lo que el autor manifiesta que de este vínculo nacen una serie de derechos y obligaciones tanto para los padres como para los hijos.

Una vez revisados estos autores, es pertinente examinar qué han dicho algunas instituciones jurídicas en Colombia sobre el concepto de la filiación. Por un lado, en la sentencia C-109 de 1985 la Corte Constitucional manifiesta que “toda persona y en especial el niño, niña y adolescente tiene derecho no solamente a llevar los apellidos de sus padres, sino a obtener certeza sobre su filiación, tanto paterna como materna, con el fin de reclamar su condición de hijo y para que se cumplan, en beneficio suyo, las obligaciones de sus progenitores” (Corte Constitucional, Sala Plena, D-680, 1985).

En la sentencia C-258 del 2015, la Corte Constitucional define a la filiación como “un derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias, nacionalidad, entre otros” (Corte Constitucional, Sala Plena. D-1034, 2015). La Corte también agrega que la filiación no solo garantiza el reconocimiento de ciertos derechos, sino que también se derivan otras garantías constitucionales, tales como la dignidad humana, el tener una familia y el libre desarrollo de la personalidad.

Por su parte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en el concepto 81 del 2013, al igual que la Corte Constitucional, reconoce la filiación como un atributo de la personalidad y añade además que la filiación “es la relación que existe entre padre o madre

e hijo o hija proporcionando una identidad a toda persona, implicando derechos y obligaciones entre estos” (ICBF, 2013).

Ahora bien, la Convención de los Derechos del Niño, acogida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, fue integrada al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 12 de 1991, de manera que establece que todos los niños, niñas y adolescentes se les debe reconocer su derecho fundamental de saber su verdadera filiación, de la cual se desprenden otros derechos desde que nacen, como lo son el nombre, la adquisición de una nacionalidad, el conocimiento sobre quiénes son sus padres y el derecho a ser cuidados por ellos.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC6359 del año 2017, define el concepto de filiación como un “vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado y que de esto se deriva un estado civil que es indivisible, imprescriptible e indisponible” (Corte Suprema de Justicia, SC63559, 2017).

La Corte Suprema agregó en ese mismo año que la filiación se divide en la siguiente clasificación: la filiación natural que puede ser matrimonial y extramatrimonial; la filiación adoptiva que puede ser por un padre o por ambos padres; y por último la filiación por reproducción artificial o asistida.

La filiación natural y la filiación por reproducción artificial o asistida coinciden en que son procesos genéticos-biológicos en los que se unen los gametos tanto femeninos

(óvulos) y masculinos (espermatozoide), cuya unión genera una célula llamada cigoto que es diploide porque comprende dos cromosomas de cada progenitor. La diferencia entre estos tipos de filiaciones radica en que en la natural, la unión de los gametos se da a través del acto sexual, mientras que en la artificial o asistida la fecundación de los óvulos se realiza con ayuda de las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)*, concepto que no implica un acto sexual y que se abordará en el siguiente capítulo.

A partir de lo anterior podemos afirmar que los efectos jurídicos sobre el estado civil y los derechos derivados de la filiación, independientemente de la clase de filiación que se trate, son iguales para todas las relaciones filiales. Esto también se fundamenta en el inciso 6 del artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados y procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” (Constitución Política, art.44 inciso 6, 1991). La sentencia SC 63559 del 2017 denomina lo anterior como “unidad de filiación”.

Ahora bien, los anteriores planteamientos permiten reconocer que la importancia de la filiación radica precisamente en entender que esta tiene efectos sobre el estado civil y además se derivan ciertos derechos y obligaciones, dentro de los cuales podemos encontrar la determinación de los nombres y apellidos, la atribución de la patria potestad y custodia, los derechos alimenticios y sucesorios y la nacionalidad; sobre los cuales se profundizará en el siguiente punto.

1.2 Derechos derivados de la filiación

Dentro de los derechos derivados de la filiación encontramos conceptos como el nombre y la nacionalidad, dos elementos que hacen parte de los llamados atributos de la personalidad, que son cualidades que le son inherentes a cada persona, pues se le reconocen a todo ser humano sin importar su condición. También son atributos de la personalidad el domicilio, el patrimonio, la capacidad y el estado civil; sin embargo, cabe resaltar que el nombre y la nacionalidad son dos de los elementos que se derivan de la filiación.

En este punto es importante destacar que la Constitución Política también reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos a lo cuales también se les atribuye una personalidad jurídica y también otros derechos especiales como sujetos de especial protección constitucional. A lo anterior se le agrega el nombre, la nacionalidad y la familia. El Código de Infancia y Adolescencia (2006), en su artículo 25, establece que “los niños, las niñas y adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen, como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley”.

En ese sentido, la filiación de los niños, niñas y adolescentes, entendida de una manera integral en la que está incluida la filiación mediante reproducción artificial, es un derecho fundamental derivado de la personalidad jurídica, al igual como una serie de derechos y obligaciones que el marco jurídico colombiano ha incorporado para garantizar el interés superior del niño. Ahora bien, es importante tener en cuenta que el Art. 335 del Código Civil establece que se presume que una mujer es la madre de un menor cuando prueba el parto y

la identidad entre ambos. Lo anterior se comprueba a través de la prueba de marcadores genéticos, un mecanismo obligatorio dentro de los procesos de filiación.

En segundo lugar, derivado del establecimiento de la filiación se encuentra la patria potestad. Según el artículo 288 del Código Civil, la patria potestad consiste en “un conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone” (Código Civil, 1887).

Parra Benítez, por su parte, manifiesta que la patria potestad es “un régimen de representación legal que los padres ejercen sobre sus hijos menores de edad no emancipados” (Parra, 2017, p. 554). Entre tanto, para Gómez Piedrahita la patria potestad es el “conjunto de derechos y deberes naturales que tienen los padres legales sobre sus hijos menores no emancipados y cuya finalidad es el desarrollo y protección legal de los derechos de la familia, del niño y del menor consagrados en la Constitución Política, en los tratados internacionales ratificados por Colombia y en las leyes nacionales” (1991, p.20).

El objetivo principal del ejercicio de la patria potestad es el bienestar emocional y material de los niños, niñas y adolescentes no emancipados; de hecho, no garantizar estos derechos podría generar la pérdida y suspensión de la misma. A lo anterior lo complementa la responsabilidad parental, la cual hace referencia a “la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, niñas y adolescentes durante su proceso de formación” (Código de Infancia y Adolescencia, 2006, Art. 14). En cabeza de ambos padres

estará la responsabilidad de cerciorarse que a los niños, niñas y adolescentes se les respeten sus derechos.

Dentro de las obligaciones que los padres tienen con respecto de sus hijos se encuentran la obligación de cuidarlos y protegerlos: “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral” (Código de Infancia y Adolescencia, 2006, Art. 23). Así mismo los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de estar con su familia y no ser separados de ella; la Corte Constitucional en su sentencia T-311 del 2017 confirma el derecho fundamental de los niños de tener una familia y de no ser separados de ella y agrega además el derecho fundamental al amor del niño. También hace alusión al artículo 44 de la Constitución Política que nombra la serie de derechos fundamentales que están en cabeza del niño, niña y adolescentes dentro de los cuales se encuentran la salud, la familia, la educación, la recreación, la cultura, su nombre y nacionalidad entre otros.

La Corte añade y hace énfasis en dos derechos fundamentales adicionales, los cuales son el amor y el cuidado. Es así entonces de donde se deriva el derecho de custodia y cuidado personal, como complementa Zafra, 2018 al decir que “la custodia abarca todas las obligaciones que se derivan de la vida diaria y cotidiana de los menores: alimentos, cuidados, vigilancia, atención, educación, formación” (p.155).

La custodia hace referencia al cuidado de los niños, niñas y adolescentes que por regla general está en cabeza de los padres, aunque esta puede ser removida y adjudicada a un pariente próximo cuando se vea en peligro la integridad del niño, niñas o adolescente.

el cual es un derecho fundamental para los niños, niñas y adolescentes que está protegido por la Constitución Política de Colombia, por la Convención Interamericana de los Derechos del Niño y por el Código de Infancia y Adolescencia.

Ahora bien, en un tercer lugar se deriva el derecho de alimentos, sobre el cual Parra Benítez en su libro Derecho de Familia establece que “los alimentos son una prestación que, generalmente en dinero, se debe por una persona a otra, de acuerdo con el mandato de la ley, para que la segunda pueda con ella satisfacer sus necesidades mas elementales o primeras o primarias, tales como la alimentación, la educación, la salud, la diversión, etc.” (2017, p.567).

Por otro lado, Cañón Ramírez define la obligación alimentaria como “impuesta por la ley, por una convención o por un testamento, a una persona, para asegurar la subsistencia de otra no solamente en virtud de la solidaridad humana y familiar si no por la ausencia absoluta y total en nuestro medio de la asistencia pública a que está obligado el estado” (1995, p.325).

Ya en términos legales son el Código Civil y el Código de Infancia y Adolescencia los encargados de establecer los parámetros por los cuales se rigen los alimentos. Si bien el Código Civil no la define, sí establece quiénes son sus titulares, las características, la preferencia, sus clases, el alcance y su terminación.

Sobre los titulares, el Código establece que se le deben alimentos al cónyuge, a los ascendientes, a los descendientes, a cargo del cónyuge culpable, al cónyuge separado o divorciado, a los hijos naturales y a los nietos naturales, a los ascendientes naturales, a los

hijos adoptivos, a los padres adoptantes, a los hermanos legítimos y a quien hizo una donación. Como se puede ver esta lista es taxativa y es la ley quien establece a partir de ella quienes son los alimentantes y quienes son los alimentarios.

Ahora bien, sobre la clasificación de los alimentos estos pueden ser congruos o necesarios: “son alimentos congruos los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social. Y necesarios los que le dan a los que basta para sustentar la vida” (Parra, 2017, p.574).

La ley complementa lo anterior con una clasificación más que hace referencia a los alimentos provisionales que, según el artículo 417 del Código Civil, son aquellos que “mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez o prefecto ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demandan obtiene sentencia absolutoria” (Código Civil, 1887).

En ese sentido, los alimentos se caracterizan por ser irrenunciables, intransmisibles por causa de muerte e inembargables, lo que permite definir que son un derecho subjetivo personalísimo.

El Código de Infancia y Adolescencia, adicionalmente, ha dicho sobre el derecho de alimentos que son “todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia medica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes” (Código de Infancia y

Adolescencia, 2006). Sobre esta definición es posible destacar que no solo la define como una prestación en dinero, pues agrega que los alimentos son mucho más que eso y hacen parte de una crianza integral del niño, niña y adolescente.

A partir de todo lo anterior se evidencia que la filiación, entendida de una manera integral, no excluye a aquella que se da a través de los métodos de la reproducción humana asistida, lo cual da a entender que la filiación mediante reproducción artificial genera los mismos derechos y obligaciones que el marco jurídico colombiano ha incorporado para garantizar el interés superior del niño. A continuación, se procederá a describir las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)* dentro del contexto jurídico colombiano.

2. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA) DENTRO DEL CONTEXTO JURÍDICO COLOMBIANO

En segundo lugar, es necesario abordar la conceptualización de las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)* y sus distintas modalidades o tipos, toda vez que es uno de los conceptos que le da sentido a este proyecto y además ayudará a comprender, desde un aspecto biológico y genético, el complejo recorrido de este tipo de procedimientos dentro del contexto jurídico Colombiano.

2.1 Conceptualización de las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)*

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), “del 8% al 10% de las parejas presentan algún problema de infertilidad durante su vida reproductiva. Si extrapolamos esta cifra a la población del planeta significa que entre 500 y 800 millones de personas tienen, probablemente, algún problema de fertilidad” (como se citó en Seger, 2003, p.98).

Teniendo en cuenta esas cifras se puede inferir que los problemas de infertilidad están lejos de ser un fenómeno aislado y de poca frecuencia entre las relaciones de pareja en todo el planeta, por lo cual las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)* no han surgido de una manera improvisada; por el contrario, han sido producto de un esfuerzo médico, científico y tecnológico destinado a suplir una necesidad global cada vez más problemática.

Varios países en el mundo, como Estados Unidos, España, Costa Rica, Inglaterra, Alemania, Noruega, Dinamarca, entre otros, ya han incursionado en la regulación jurídica de este tipo de técnicas. Ahora bien, antes de comenzar a abordar las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* dentro del contexto jurídico colombiano, es importante iniciar con una revisión de las definiciones que se han propuesto al respecto.

En primer lugar, es posible encontrar distintas versiones de lo que se entiende por *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)*; sin embargo, a continuación se expondrán las más representativas luego de una búsqueda bibliográfica en diversos libros, revistas científicas y académicas.

Según la revista de Derecho y Genoma Humano (2015), las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)* son “el conjunto de procedimientos por medio de los cuales un equipo médico contribuye al encuentro de los gametos femeninos y masculinos con fines reproductivos” (p.84). Adicionalmente, los autores Bladilo, de la Torre y Herrera (2017), de la Universidad de Buenos Aires en Argentina, plantean que:

“Las *TRHA* fueron, originariamente, la respuesta frente a un problema médico: la infertilidad. Sin embargo, en la actualidad esta concepción es limitada o restrictiva. Sucede que la reproducción asistida representa el medio para que miles de personas y parejas en el mundo logren alcanzar la paternidad por fuera de la noción de infertilidad, es decir, sin problemas de salud de por medio”.

Por otro lado, Castro de Arenas (1999), en el libro titulado *La revolución genética y sus implicaciones ético jurídicas*, propone que el uso de las *THRA* se justifica en la medida en que estas tienen como finalidad “solucionar problemas de reproducción humana que no habían encontrado respuesta en la medicina ni en las técnicas tradicionales de procreación” (p.30).

Lombardi (2013) expone que las *TRHA* son aquellas que “otorgan la posibilidad de ser padres o madres a personas con incapacidad reproductiva, tanto sea esta por diagnóstico médico o por pertenecer ambos padres a un mismo sexo (homosexuales)” (p.20). En este último caso, cabe destacar que Lombardi propone un caso adicional para comprender el uso de las *TRHA*, es decir, la posibilidad de que estas sean empleadas por parejas del mismo sexo, dada su incapacidad de procrear de manera biológica.

Adicionalmente, algunos organismos internacionales como el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), a través de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, han comprendido la precipitación de los avances tecnológicos en estas temáticas y, por lo tanto, vieron la necesidad de realizar el glosario de terminologías que se utilizan en el ámbito de las *TRHA*.

Cabe resaltar que la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida se cataloga como una institución científica que lleva más de 20 años promoviendo la excelencia en medicina reproductiva y está integrada por el 90% de los centros y clínicas que realizan estos procedimientos de reproducción asistida. Estas organizaciones establecen que las *Técnicas*

de Reproducción Humana Asistida (TRHA) son “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo” (OMS, ICMART, 2010, p.10).

Para estas entidades las *TRHA* solo aplican para las siguientes clases de reproducción asistida: la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la crio preservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y el útero subrogado, pero no aplican para la inseminación artificial utilizando espermatozoides de la pareja o de un donante.

De acuerdo con Monroy (2013), en su artículo sobre las *Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia*, las llamadas *TRHA* son definidas como un conjunto de procedimientos biológicos que son desarrollados y aplicados de manera médico-científica para poder mejorar el proceso de la concepción humana. Además, atendiendo a una definición más técnica desde el campo de la ciencia, el autor cita a Santamaría (2000) para exponer que:

“Entendemos por Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), al conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar, o substituir, los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc. No es pues adecuado referirse a estas técnicas como métodos de reproducción artificial, ya que no suplantán mediante elementos

artificiales o no biológicos al organismo masculino o femenino en la función procreativa, sino que pretenden ayudar a substituir en parte una función generativa deteriorada o inexistente (subfertilidad o infertilidad)” (p.37).

González de Cancino, en su texto *Maternidad por encargo*, define a las *TRHA* o maternidad por encargo cuando “una mujer otorga su consentimiento para ser inseminada, o para que se le transfieran óvulos fecundados o embriones, y se compromete a llevar adelante la gestación si el embarazo se produce, así como a entregar al o los comitentes el niño o los niños que nazcan como fruto de la aplicación de la técnica de asistencia médica a la procreación que se haya empleado” (p.399). Este autor, además, manifiesta que maternidad por encargo se refiere a las diferentes situaciones que pueden generar estos procesos como lo son la maternidad subrogada, la maternidad sustituta, sustitución en la gestación, alquiler de vientres, entre otras.

Así como ciertos autores y revistas académicas han logrado desarrollar definiciones sobre este tipo de técnicas, existen clínicas y entidades promotoras de salud (EPS) que también han propuesto definiciones sobre las *TRHA*. Por ejemplo, Sanitas ha manifestado que las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* son “aquellas técnicas de tratamiento de la esterilidad o infertilidad que conlleva una manipulación de los gametos o células sexuales. Para intentar solucionar los problemas de infertilidad que cada vez con más frecuencia afectan a las parejas, se han desarrollado dos técnicas principales (inseminación artificial y fecundación in vitro) y una serie de métodos complementarios que ayudan a la pareja a conseguir su objetivo, tener un hijo” (EPS Sanitas, 2019).

En este punto es fundamental indicar que tanto clínicas o EPS como Sanitas, junto a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, han manifestado que existen varias clases de *TRHA*, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: el alquiler de vientre o maternidad subrogada, la fertilización in-vitro, la inseminación artificial, la congelación de óvulos, la transferencia de embriones congelados, la inyección intracitoplasmática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional (DGP) y el método ropa. A su vez, estas diversas clases cuentan con una serie de variables de identificación genética, las cuales se explicarán de mejor forma en la siguiente tabla:

Variable	Denominación doctrinal	Identificación genética paterna del comitente subrogante	Identificación genética materna de la comitente subrogante	Identificación genética gestante
Material genético aportado en su totalidad por la pareja comitente subrogante.	Sustitución en la gestación. Maternidad plena.	Sí	Sí	No
Material genético aportado por personas diferente a la pareja comitente subrogante y a la mujer gestante	Sustitución en la gestación. Subrogación gestacional.	No	No	No

Material genético aportado por la mujer gestante y de un tercero no comitente subrogante.	Subrogación parcial. Maternidad por simple sustitución.	No	No	Sí
Material genético aportado por la mujer gestante y por el hombre comitente subrogante.	Subrogación tradicional.	Sí	No	Sí
Material genético de la mujer comitente subrogante y de un tercero no comitente subrogante.	Subrogación parcial.	No	Sí	No

Tabla 1. Tomada de: Revista de Derecho y Genoma Humano (2015)

En la anterior tabla es posible distinguir de forma más clara de qué maneras, en el marco de la genética, se pueden presentar las diferentes clases de *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, es decir, cómo el material genético de las partes se puede ver involucrado,

de manera que se pueda identificar qué relación tendría el niño, niña y/o adolescente con los intervinientes.

Lo anterior es importante pues permite identificar qué tanto material genético puede tener el niño, niña o adolescente respecto de las partes involucradas, lo que constituye un factor fundamental a la hora de establecer la filiación del niño, niña o adolescente.

2.2 Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el contexto jurídico colombiano

Para Uribe Escobar (como se citó en Benítez, 1991), en el libro titulado *Derecho de Familia*, es pertinente plantear que “la Carta de 1991 traza un conjunto de principios sobre el deber ser y el modus operandi de la comunidad familiar, desde la perspectiva de los valores y principios fundamentales en que aquella se asienta” (Parra, 2017, p.54). Para este autor los principios constitucionales fundamentales que se pueden aplicar al derecho de familia son los de la igualdad, la protección y el respeto; seguidos por derechos constitucionales como el de interés superior de la familia y de los niños, niñas y adolescentes, el principio de unidad familiar, el de protección y el principio de reserva.

Los anteriores postulados, principalmente el de igualdad, reserva y protección, se manifiestan en el artículo 42 de la Constitución Política, específicamente para el tema que se está tratando en esta investigación, pues en el parágrafo 5 se expone que los hijos concebidos naturalmente o a través de las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* tienen iguales derechos y deberes. En ese sentido, la Constitución deja claro que estos principios se deben

conceder a todas las personas sin discriminación alguna: “el principio de igualdad no equivale a identidad, por ser de orden cualitativo y no cuantitativo” (Parra, 2017, p.55).

Para el autor Parra Benítez la igualdad no se mide en términos cuantitativos, entendiendo esto como la cantidad de cosas u objetos que se le pueden brindar a las personas; sino que es entendida en términos cualitativos, es decir, en cuanto a derechos y beneficios. Así pues, en el ámbito del derecho de familia el principio de la igualdad se presenta en el artículo 13 de la Constitución Política en el que todos los seres humanos, sin importar su raza, creencia religiosa, u orientación sexual, son vistos ante la ley como iguales y gozarán de los mismo derechos, libertades y oportunidades. Este principio también se manifiesta en el artículo 42 de la carta política, en el que se aborda la igualdad entre los cónyuges y compañeros permanentes, mientras que se protege y ubica en un mismo plano a los hijos procreados naturalmente como aquellos que son concebidos de manera asistida.

Por otro lado, el principio de reserva “consiste en que la Constitución faculta para la regulación de la materia familiar, solo al legislador” (Parra, 2017, p.59), es decir, que en el artículo 42 el principio de reserva se manifiesta cuando exhorta al legislador a regular o aclarar lo relacionado con los hijos creados a través de los procedimientos de reproducción humana asistida.

Sobre el principio de protección se establece que las normas jurídicas deben estar conducidas a proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad especialmente para aquellos del grupo familiar que están más expuestos a que sean vulnerados sus derechos, como los son los niños, niñas y adolescentes. Méndez Costa (como se citó en Parra 2017),

manifiesta que “la protección se traduce en la legislación, resolución de conflictos y medios de acción positiva estatales que garanticen el goce y ejercicio de los derechos de los miembros de la familia que se expresan y realizan a través de las relaciones familiares” (p.61).

En lo que respecta al ámbito nacional cabe mencionar que en Colombia las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)* han sido utilizadas por personas que por motivos biológicos no han podido concebir un hijo o hija. Si bien la Constitución Política de Colombia, en su artículo 42, protege tanto a los niños concebidos dentro del matrimonio como fuera de este y a los niños concebidos naturalmente o de forma científica, este tipo de procedimientos no están prohibidos dentro del territorio nacional puesto que no hay una regulación que defina claramente su implementación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, para definir estas técnicas, realizó primero una conceptualización de la problemática de la *infertilidad*, la cual hace referencia al impedimento de alcanzar un embarazo clínico después de haber tenido relaciones sexuales sin la utilización de un método anticonceptivo por 12 meses o más, lo que se origina por daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, bajo nivel de esperma en el caso de los hombres, entre otras.

Es por esto que la Corte define las *TRHA* como “un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen la manipulación de ovocitos como de espermatozoides, o embriones para

el establecimiento de un embarazo” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, 2012).

Sobre este tipo de técnicas las Corte Interamericana agregó que está en cabeza del Estado regular todo lo relacionado a la prestación integral de servicios de salud, entendiendo a la salud no como carencia de enfermedades, si no como “un estado completo de bienestar físico, mental y social” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, 2012).

Lo anterior incluye la salud genética, que pretende que la mujer y el hombre tengan la autonomía de decidir si se van a reproducir o no y en qué momentos; además de que tengan el derecho de acceder a métodos de planificación familiar seguros y accesibles.

Así mismo, en la conferencia internacional sobre la población y el desarrollo de 1994 y la cuarta conferencia sobre la mujer en 1995 se proponen definiciones sobre la salud reproductiva y salud de la mujer manifestando que “los derechos reproductivos abarcan ciertos Derechos Humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, 2012). Además, propone que se deben facilitar este tipo de técnicas, específicamente la fecundación in vitro teniendo en cuenta directrices éticas y normas medicas adecuadas.

Justamente, fue con la sentencia T-968 del 2009 que la Corte Constitucional abordó la temática de las *TRHA*. En esta sentencia la Corte reconoce que en Colombia estos

procedimientos están legitimadas de acuerdo con la Constitución Política. Además, manifiesta que la doctrina considera estos procedimientos, como la maternidad subrogada o sustituta, como una medida positiva para solucionar las problemáticas de infertilidad que algunas parejas padecen, es decir que es una de las maneras de proteger y de tratar los derechos sexuales y reproductivos de la comunidad en el país.

Adicionalmente se deja entrever que en caso de regular las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* se generaría un impedimento para que exista remuneración entre las partes, además de la desprotección de los derechos del recién nacido y los conflictos que puedan llegar a tener los involucrados en este tipo de acuerdos.

En esa misma sentencia de la Corte Constitucional se expone un caso específico que evidencia la implementación de estas técnicas en Colombia. Sarai, una joven de 22 años, residente del municipio de Vijes en el Valle del Cauca y los señores Salomón de 54 años, residente en Sterling Massachusetts y su esposa Raquel, también residente en Sterling, Massachusetts, concibieron mediante las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* a los gemelos Samuel y David, aplicando concretamente la técnica conocida como fertilización in-vitro. Las partes se conocieron por medio de un centro de reproducción asistida llamado Fecundar, que está ubicado en la ciudad de Cali.

Precisamente, aunque en Colombia este es un tema que no está regulado claramente por la ley, se siguen aplicando este tipo de procedimientos, lo cual puede resultar arriesgado puesto que no existen parámetros legales claramente definidos a los que las partes involucradas tengan que ceñirse. Esto implica que los involucrados actúen con la libertad de

generar estos acuerdos sin los parámetros estrictamente definidos, lo que podría resultar en graves desacuerdos entre las partes o incluso en la vulneración de ciertos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes o de los padres, lo que se tratará con más claridad en los siguientes capítulos de esta investigación.

Respecto a lo anterior, la Corte Constitucional se pronunció sobre la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en relación con las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* de la siguiente manera. En un primer momento manifestó que las *TRHA*, según la doctrina, son “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este” (Gómez, 1994, p. 136).

Además, plantea que la mujer que gesta no aporta sus óvulos y también acepta que estas técnicas son una posible solución para las madres que no han podido quedar en embarazo. También añade que “la ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción, es que el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el espermatozoides del padre” (Corte Constitucional, Sala segunda de revisión, 2009).

La Corte Constitucional, en ese sentido, propone unos requisitos y condiciones a la hora de realizar los procedimientos de las *TRHA*, los cuales se listan a continuación:

1. Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.
2. Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre).
3. Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
4. Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.
5. Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.
6. Que se preserve la identidad de las partes.
7. 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.
8. Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo en ninguna circunstancia.
9. Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
10. Que la mujer gestante solo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros. (Corte Constitucional, Sala segunda de revisión, 2009).

Hay que mencionar que en el año 2017, ocho años después de la sentencia T-968, la Corte Suprema de Justicia abordó un caso de aplicación de las *TRHA*, en el cual una pareja

de extranjeros solicitaron la devolución de once embriones luego de un proceso de fecundación in vitro que no tuvo éxito en una clínica de fertilización en Medellín, Colombia.

En ese caso, la Corte Suprema de Justicia consideró, en primer lugar, que la función legislativa del Estado tiene que ir de la mano de los vertiginosos avances científicos que año tras año se ponen a disposición de la ciudadanía como solución a diversas problemáticas. En ese sentido, la protección y garantía de derechos de los ciudadanos no debería quedar eclipsada ante vacíos jurídicos producidos por la rapidez de los adelantos científicos, como se evidencia en el caso de las *TRHA*.

A partir de ese argumento, la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la polémica surgida en torno al uso que se le debe dar a los embriones sobrantes, que no fueron utilizados para transferencia uterina, luego de un proceso fallido de fertilización. Enseguida, la Corte señaló que en Colombia “no hay delimitación legal sobre el derecho de disponer de los pre-embriones congelados sobrantes, su posible condición y naturaleza, para efectos de futuras fertilizaciones” (2017, p.12).

La misma Corte Suprema de Justicia, también en el año 2017, emitió la sentencia 6359 en la que hace referencia a la diferencia existente entre la reproducción “natural” y “artificial”. Entonces explica el procedimiento detallado de la inseminación artificial y recalca la importancia de las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* para superar las problemáticas de infertilidad que tienen algunas parejas. Además trae a colación las definiciones respecto de la donación de gametos y pre embriones que hace el Decreto 1546 de 1998 modificado por el Decreto 2493 del 2004 y que son utilizados en estas técnicas; así

mismo, la Corte hace referencia a la filiación, manifestando que esta además de ser un vínculo de sangre entre el hijo y sus padres, genera un estado civil indivisible, indisponible e imprescriptible, y hace un nuevo aporte a esta temática, agregando una nueva clasificación a la filiación, es decir a parte de la filiación natural o por adopción, también está la filiación por reproducción artificial o asistida.

“Tanto la filiación natural como la reproducción asistida se dan por un proceso genético que consiste en la fusión de dos gametos o células sexuales haploides, una femenina (óvulo) y una masculina (espermatozoide). Una vez fecundado el óvulo por el espermatozoide se produce una célula denominada huevo o cigoto, que es diploide porque contiene dos conjuntos de cromosomas uno proveniente de cada progenitor” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC6359, 2017). A pesar de que ambos sean procesos biológicos, se diferencian en que la primera se da a través de la unión sexual de la pareja, mientras que en la reproducción artificial la fecundación del óvulo se hace a través de ayuda científica.

Igualmente vuelve y trae a colación el inciso sexto del artículo 42 de la Constitución Política, en el que se establece que los hijos concebidos de manera natural o científica están en igualdad de condiciones y tienen los mismos derechos, es decir que los efectos jurídicos que se derivan de la filiación son iguales; y por ende, en los escenarios en donde se ven involucradas este tipo de técnicas de reproducción asistida se ven cobijadas además por la presunción que trata el artículo 213 del Código Civil, el cual dice que “los hijos concebidos durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o

compañeros permanentes, salvo prueba en contrario en un proceso de investigación de impugnación de la paternidad” (Código Civil, Ley 57 1887).

Lo anterior implica que la Carta Política del 91 otorga igualdad de condiciones a los niños, niñas y adolescentes concebidos naturalmente y a aquellos concebidos científicamente, por lo tanto para estos últimos también se presume que cuando hubo un consentimiento informado entre los cónyuges o los compañeros permanentes para que se realizara alguna de las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, el niño, niña o adolescente que fue concebido con ayuda de alguna de estos procedimientos durante el matrimonio o la unión marital de hecho, tiene como padres a los compañeros permanentes o a los cónyuges (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC6359, 2017).

A partir de las anteriores sentencias, tanto de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, se ha identificado que el abordaje normativo sobre el tema de las *THRA* sí se ha tenido en cuenta en varias ocasiones, sobre todo desde una perspectiva de conceptualización de términos.

Sin embargo, todo lo anterior también ha permitido comprender que aún hace falta esclarecer muchos aspectos legales en torno a las *THRA*. Por ejemplo, en cuanto al establecimiento de parámetros definidos desde los cuales los ciudadanos puedan implementar estos procedimientos haciendo uso de acuerdos legales que protejan los derechos de todos los involucrados.

En otras palabras, más allá del abordaje conceptual, es menester nacional que la regulación legal de las *TRHA* sea mucho más específica, pues no basta con aludir a generalidades legales para resolver los interrogantes que tiene la comunidad sobre el proceder específico para cada caso.

En el apartado anterior se evidenciaron los vacíos en materia de regulación que generan obstáculos en la aplicación de las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)*. No obstante, este vacío de regulación en Colombia ha sido objeto de algunos intentos jurídicos para que las instituciones legislativas del país tomen medidas ante la necesidad de resolver este tipo de dilemas a través de una ley, no solo de sentencias.

Por esta razón, a lo largo de las últimas décadas, desde el Congreso de la República se han llevado a cabo varios intentos de proyectos de ley que buscaban regular estas técnicas; específicamente se han presentado 5 proyectos de ley desde el 2003 hasta el 2013, y fue hasta el 2019, mediante la ley 1953, que se avanzó en materia de regulación de este tipo de prácticas.

La senadora Leonor Serrano, a través del proyecto de ley No 46 del 2003, buscó regular el contrato de las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Al respecto la congresista afirmó lo siguiente:

“Con la iniciativa presentada he querido fijar límites a los procedimientos de Reproducción Humana Asistida, los cuales el derecho debe consagrar, y deben ser tenidos en cuenta en el mundo de la bioética que en la actualidad está avanzando a

pasos agigantados, haciéndose necesario la intervención del legislador como corresponsable de la normatividad social. Por esta razón, mi propuesta contempla en la tipificación del contrato de realización de prácticas de reproducción artificial los siguientes aspectos” (Semana, 2003).

A partir de lo anterior se puede ver que las *TRHA* no son un tema que haya despertado interés recientemente; por el contrario, son técnicas que desde hace varias décadas se han visto como una manera de solucionar las problemáticas de infertilidad y que gracias a estas se han encontrado alternativas para aquellas parejas o individuos que quieren ser padres y no lo han logrado.

Sin embargo, al no estar regulados o al no tener parámetros para poder llevar acabo estos procedimientos, se generan desacuerdos que producen perjuicios a los involucrados. Dentro de los principios rectores que proponía el proyecto de ley No 46 del 2003 para la implementación del contrato de *Reproducción Humana Asistida* se encontraban: I) Buena fe. II) La Transparencia. III) Del derecho a la información. IV) La confidencialidad y el respeto. y por último, La Solemnidad del contrato.

Sobre las características del contrato se consideraba que fuese bilateral, oneroso y solemne; el proyecto de ley también planteaba unos requisitos, dentro de los cuales se encontraban algunos como que la mujer usuario fuese mayor de edad, que su salud mental fuese viable, que si el procedimiento llegase a ser exitoso no pusiera en riesgo la vida de la madre o del nasciturus y por último la obligación por parte del cuerpo médico de informar a los usuarios sobre todas las indicaciones del procedimiento.

En el 2008 también se presentó el proyecto de ley 46 por el representante a la cámara Mauricio Parody, con el proyecto de ley se pretendía regular en todo Colombia la gestación sustitutiva como *Técnica de Reproducción Humana Asistida*. También en el 2009 se realizó el proyecto de ley 037, que al igual que el proyecto de ley 46, manifestaba legalizar los procedimientos de gestación sustitutiva en todo el territorio, luego en el 2011 con el proyecto de ley 148 del 2011, tenía como objeto el de regular la prohibición de clonación con fines reproductivos además de la regulación embrionaria específicamente para evitar la creación de embriones sobrantes.

Posteriormente en el 2013, a través del proyecto de ley 109, se buscaba reconocer la infertilidad como una enfermedad y se buscaba instaurar algunas pautas para que estas técnicas pudieran ser facilitadas por parte del Estado, puesto que los costos que estas pueden alcanzar son muy altos y no toda la población tiene la capacidad para adquirir estos procedimientos. Ello se plantea de la siguiente manera:

“Dentro de este mismo problema generado por falta de regulación, no hay una claridad sobre las condiciones que debe cumplir las personas que acuden a recibir estos tratamientos, no está determinado una edad mínima o máxima para recurrir a este tipo de ayuda, el factor de las condiciones familiares que es indispensable cuando hablamos de seres humanos, en qué estado de salud se encuentra la persona y sobre todo en su parte psicológica, tal vez una de las menos relevantes es la económica, ya que como quedó plasmado el acceso a este tipo de técnicas su costo es bastante

elevado, pero estos son temas que deben estar previstos en la ley” (Monroy, 2013, p.13).

Fue hasta el año 2019 que la Corte Constitucional abrió las puertas a un proyecto de ley que había sido admitido inicialmente por el congreso, pero que fue refutado por el gobierno puesto que representaba un alto costo de financiación. Ese proyecto de ley tiene como objetivo el de implementar la creación de una política pública para la infertilidad y así mismo exhortar al Ministerio de Salud y Protección Social para que regule el acceso a los procedimientos de las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. “Un elemento clave del proyecto de ley es que considera la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo que impide lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas” (El Espectador, 2018).

Es así como nace la ley 1953 del 2019 bajo el apoyo de la Corte Constitucional, con el objetivo de “establecer los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva” (Ley 1953, 2019). La ley define los conceptos de infertilidad y las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida TRHA* y también manifiesta que será el Ministerio de Salud y Protección Social el encargado de adelantar la política pública de infertilidad; para ello, la ley dispone que esta institución tendrá un término de seis meses.

Dicha política pública tendrá que desarrollar unos componentes específicos, como lo son: Investigativo, Preventivo, Educativo, Diagnóstico y tratamiento oportuno y Adopción. Así mismo, se establece que este Ministerio reglamentará el acceso a los tratamientos de

infertilidad que implementen las *TRHA* y que cumplirá con los siguientes criterios. El primero hace referencia a la determinación de requisitos (edad, condición de salud, etc.); el segundo es sobre la definición de mecanismos de protección individual para garantizar las necesidades en salud y la finalidad técnica del servicio; el tercer criterio propone la inclusión de otros adicionales que se consideren necesarios. Finalmente, el Ministerio de Salud y Protección Social se encargaría de realizar un registro único con los centros encargados de aplicar los procedimientos de las *TRHA*.

En definitiva, a pesar de que en el año 2019 se logró que un proyecto de ley en Colombia que se ocupase de la regulación sobre las *THRA* se aprobara con éxito, aún se mantienen los vacíos jurídicos planteados en esta investigación. El Ministerio de Salud y Protección Social creó una política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento, algo inédito en el ámbito político y jurídico nacional. Aunque ese avance ha sido importante, no ha sido suficiente para resolver los dilemas planteados en este trabajo.

El dilema expuesto en el presente estudio, sobre la posibilidad de que una madre gestante pueda obtener la custodia del menor a pesar de haber renunciado a la misma a través del contrato de *subrogación tradicional*, queda sin ser resuelto. En ese sentido, los logros en materia de regulación que se están llevando a cabo en la actualidad todavía no abordan un elemento central para la implementación de las *TRHA*, como lo es el de la madre gestante, la custodia y el contrato de *subrogación tradicional*.

Es por lo anterior que en el siguiente capítulo se analizará el contrato de *subrogación tradicional* dentro de la teoría de los contratos atípicos y los efectos que estos puedan tener.

3. EL CONTRATO DE SUBROGACIÓN TRADICIONAL RESPECTO DE LA FILIACIÓN Y SUS DERECHOS DERIVADOS

Hasta aquí se han abordado y conceptualizado sobre los derechos de familia derivados de la filiación, como también se han expuesto los derechos derivados de esta en función de sus efectos jurídicos. Posteriormente, en un segundo momento, se le dio desarrollo a las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)* a través de varias fuentes que permitieron conceptualizar estos mecanismos de reproducción, además de clasificarlos y realizar un breve recorrido de las TRHA en el marco del contexto jurídico colombiano.

Ahora bien, para poder darle respuesta a la pregunta problema planteada al inicio de este proyecto es necesario abordar un último componente temático que se encargará de analizar el contrato de subrogación tradicional dentro de la teoría de los contratos atípicos. No obstante, antes de entrar a profundizar este tipo de contrato, se debe primero explicar de qué trata la teoría general de los contratos atípicos, que es el universo en el que se ven enmarcados este tipo de contratos.

3.1 Teoría general de los contratos atípicos

La autonomía de la voluntad surge de los postulados de los artículos 4 de la Constitución Política y 1602 del Código de Comercio, en los que se determina que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y se definen las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados y basados en las normas legales y costumbres mercantiles. Esto quiere decir que la voluntad de las partes prevalece y es ley para ellas, pues la autonomía se halla supeditada a la ley, las buenas costumbres y el orden público, tal como

lo señala el artículo 871 del Código de Comercio, pues esta nace de la libertad contractual de las partes, siempre bajo el marco de la ley.

El Código Civil, en su libro IV, trata sobre las obligaciones en general y los contratos, que son materias estrechamente relacionadas con nuestra legislación. En ese sentido, el texto señala que un contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

El Código de Comercio también lo define en su Art. 864, en el cual se estipula que el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial. El acto jurídico como tal es la parte general y el contrato la especie o lo particular, es decir, que el contrato es una especie de acto jurídico porque en él interviene la voluntad del hombre para producir determinadas consecuencias o efectos jurídicos. En suma, queda claro que entre las partes suscribientes de un contrato nacen obligaciones y que estas están elevadas a la categoría de ley para las partes, como lo señala el Art. 1602 del Código Civil cuando dice que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.

Bonnecase (1993) establece que un contrato es una especie de convenio. “Un convenio o un pacto (dichos términos son sinónimos) es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo: la especie de convenio que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama contrato” (como se citó en Garcés, 2014, p. 37). El contrato, por lo tanto, es una especie dentro del negocio jurídico, el cual, a su vez, es una especie dentro de los actos

jurídicos. De ahí que, visto desde el acto jurídico, el consentimiento tiene unas manifestaciones mucho más amplias que las que tiene visto desde el negocio jurídico. La restricción más severa se encuentra cuando los doctrinantes insisten en la especie contractual: “Los elementos esenciales propios de todo contrato son el consentimiento o acuerdo de voluntades, la capacidad de las partes, el objeto, la forma y la causa. Faltando cualquiera de ellos, no hay contrato posible” (Laje, 1981, p. 174).

Por otra parte están los elementos naturales, que son la normatividad incorporada al contrato al momento de su celebración. Estos elementos están constituidos por aquellas reglas establecidas por el legislador incorporadas al contrato con o sin el conocimiento y voluntad de las partes, solo por su simple celebración. Adicionalmente se encuentran los elementos accidentales, que son aquellos que no son de la esencia, ni de la naturaleza pero que contribuyen a satisfacer la causa del contrato, es decir, que son los que las partes libremente acuerdan. Estos no pertenecen al negocio, no son necesarios, pero son incorporados en él por la autonomía y voluntad de las partes.

En cuanto a la autonomía de la voluntad, la Corte Constitucional ha señalado en varios fallos lo siguiente:

"La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos.

Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad (Sentencia T-338 de 1993. M.P.: Alejandro Martínez Caballero).

El profesor Fernando Hinestrosa también hace referencia en la Revista de Derecho Civil del Externado a la autonomía de la voluntad como "el poder de darse a sí mismo normas" (p. 10). Por su parte Betti, en su libro *Teoría General del Negocio Jurídico* hace referencia a la autonomía normativa de la siguiente manera: "La autonomía normativa se define como el poder atribuido a entes no soberanos para expedir normas jurídicas equiparadas a las normas del ente soberano" (p. 47).

De la Constitución Política es posible extraer los artículos 13 y 16, que consagran la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, respectivamente, que sirven de sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás. Adicionalmente, se encuentran una serie de normas constitucionales garantes de ciertos derechos, cuyo ejercicio supone la autonomía de la voluntad; tal es el caso del derecho a la personalidad jurídica (art. 14), el derecho a asociarse (art. 38), a celebrar el contrato de matrimonio (art. 42) y los lineamientos de tipo económico que traza el art. 333. También es importante resaltar el principio de la buena fe, pues este nos permite argumentar que el hecho

o acto realizado no se hizo con el fin de perjudicar a un tercero o sobrepasar los límites que la norma impone.

Justamente, debido a lo anterior las sociedades también han buscado refugio en nuevas modalidades de contratación que se conocen como Contratos Atípicos e Innominados; como lo explica la autora Marcela Castro en el libro de Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano, en el que se plantea lo siguiente: “El contrato atípico se explica por la fuerza normativa que la ley reconoce a los acuerdos alcanzados por los particulares, sin importar si ellos se enmarcan en figuras preexistentes reconocidas por el derecho positivo o si son fruto de la libre iniciativa y de la creatividad de las partes que buscan satisfacer sus intereses en la esfera patrimonial” (Castro, 2006, p.9).

Así como las sociedades evolucionan con el paso del tiempo, también sucede lo mismo con los mercados, la economía, el comercio y los negocios jurídicos; razón por la cual se busca generar nuevas opciones y mecanismos diferentes para poder mantener la competitividad en cada ámbito en medio de un mundo globalizado.

Es importante mencionar que en ciertos escenarios puede haber confusión en cuanto a la conceptualización de los contratos atípicos e innominados pues se pueden asumir como dos tipos de contratos similares; sin embargo, ambos se alejan en sus definiciones. Por un lado, los contratos atípicos son aquellos que no se encuentran regulados dentro del ordenamiento jurídico interno, es decir, la ley no establece un régimen contractual, mientras que en los contratos innominados sucede que estos no tienen un nombre.

En palabras de Castro (como se citó en Mascheroni) “es el contrato que no tiene una designación especial hecha por la ley”. Los autores también exponen que “los contratos atípicos son aquellos que no se encuentran tratados por la ley, surgidos a la vida jurídica por las necesidades prácticas de las personas. (...) Valiéndose de la libertad contractual inherente a la autonomía de la voluntad al igual que la libertad para contratar, no han sido asumidos por el legislador mediante una disciplina particular, a través de una regulación propia, en tanto que el innominado sería equivalente a un contrato al que la ley no ha otorgado nombre pero en el que tal fórmula contractual no ha sido disciplinada por la ley” (Castro, 2006 ,p.10).

Por otro lado, Máximo Ugarte Vega-Centeno en sus apuntes sobre los contratos atípicos o innominados agrega que “los contratos atípicos son aquellos que no están definidos por la legislación positiva; están reconocidos por la realidad social, económica y jurídica, y en ocasiones por leyes especiales, basándose en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad; por su parte los contratos innominados no tienen una denominación dentro de la ley” (Ugarte, s.f., p.20). En este punto vemos como Ugarte trae a colación otro término importante en la teoría general de los contratos atípicos y es la autonomía de la voluntad, que básicamente hace referencia a un principio que se caracteriza por otorgar la potestad a los individuos que van a realizar un negocio jurídico. En otras palabras, brinda la libertad de contratar en las formas que ellos acuerden siempre y cuando estas estén en sintonía con las normas de orden público y las buenas costumbres.

En ese sentido, teniendo en cuenta al autor Jaime Alberto Arrubla sobre las concepciones y conceptualizaciones de los contratos atípicos se puede establecer que los miembros de una sociedad, haciendo uso de la autonomía de la voluntad privada y así mismo

en la búsqueda de encontrar y regular sus intereses particulares, se ven en la obligación de utilizar instrumentos contractuales que ya son conocidos o en su defecto descubren nuevas maneras de poder realizar sus respectivos negocios jurídicos cumpliendo con las exigencias de un mundo cada vez más moderno y globalizado.

“El código es el retrato de su época, en el que quedan plasmadas las figuras contractuales a las cuales los comerciantes y empresarios acudían para instrumentar sus negocios, en búsqueda de seguridad jurídica. Pero nada más cierto que cuando la ley se expide comienza de inmediato a envejecer; mientras tanto la dinámica social continua, buscando cada vez mejores maneras de llegar a los consumidores en un ambiente competitivo” (Arrubla, 2015, p.1). A partir de lo anterior se puede inferir que es gracias a esto que se empiezan a evidenciar nuevas representaciones instrumentales con sus propias características, lo que les permite adquirir una singularidad propia que, por lo tanto, se les caracteriza como atípicas debido a que no fueron categorizadas previamente por parte del legislador.

Es importante reconocer que el derecho está en constante cambio a medida que las sociedades y las conductas humanas evolucionan y si bien en el área del derecho mercantil se ven influencias a partir de estos cambios que llevan a la contratación atípica, no es la única área que se ve afectada, pues en el área de la medicina y el derecho médico también se ven reflejados los cambios que enfrenta la humanidad y así mismo las problemáticas que conllevan estos cambios. Uno de los campos en los que el desarrollo médico y tecnológico ha brindado nuevas opciones es el de la concepción, pues son frecuentes los casos en los que parejas, en todo el mundo, presentan problemas de infertilidad durante su vida reproductiva.

A continuación, entraremos a realizar un breve análisis del contrato de *subrogación tradicional* y los efectos jurídicos que este puede llegar a tener.

3.2 Análisis del contrato de subrogación tradicional y sus efectos jurídicos

Como se ha manifestado anteriormente las *TRHA* surgen como una solución a una problemática de infertilidad que afecta a un porcentaje alto de la población mundial, incluyendo a la población colombiana. Adicionalmente, se ha expuesto que existen varios tipos de métodos o técnicas de reproducción humana asistida dentro de las cuales se encuentra la maternidad subrogada o por subrogación, es decir, aquella que consiste básicamente en que “una mujer gesta a un bebe, previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a la persona o personas que asumirán la maternidad sobre el mismo”, según Ruiz (como se citó en Beetar, 2019, párr. 19).

A lo anterior debemos agregar que la maternidad subrogada presenta dos modalidades que dependen de las condiciones biológicas en que estas se den; en primer lugar, se encuentra la tradicional en la que “la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante”. En segundo lugar, se encuentra la gestacional o parcial, en la que “la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada que normalmente es la madre comitente”, según Farnos (como se citó en Beetar, 2019, párr. 21).

A partir de la conceptualización de maternidad subrogada se puede destacar un elemento fundamental que hace referencia al pacto o previo compromiso. El propio concepto

de maternidad subrogada o por subrogación explica que esta surge siempre y cuando haya un pacto o compromiso, es decir, cuando las partes voluntariamente realizaron un acuerdo previo para poder llevar a cabo esta modalidad de *TRHA*.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo desarrollado en el capítulo 2 de este trabajo, en el que se expuso que las *TRHA* no se encuentran reguladas dentro del ordenamiento jurídico nacional, y por consiguiente no existe un parámetro que guíe a los centros de fertilidad ni a las partes involucradas en este tipo de procedimientos, es necesario resaltar que lo que ha permitido su implementación en Colombia durante varios años es que este tipo de acuerdos adquieran el carácter de atípicos.

Sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos o convenciones atípicas, la jurisprudencia a través de la Corte Suprema de Justicia en casación del 31 de mayo de 1938 manifestó que “las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato, se aplican por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del derecho de las obligaciones o de los contratos, y, a título complementario, por el arbitrio judicial”. La Corte Suprema agrega que lo anterior se dará siempre y cuando no coarten la libre voluntad de las partes. La teoría de la analogía de la cual aconseja la Corte se refiere a que el contrato atípico debe someterse a las reglas o parámetros del contrato típico que mas se asemeje; lo anterior lo sostiene el artículo 8 de la ley 153 de 1887, el cual plantea que “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”. Sin embargo, los acuerdos, convenciones o contratos en los que se ve involucrado la

maternidad subrogada tradicional son tan particulares que es complejo encontrar un contrato atípico al cual este procedimiento se pueda asemejar. Adicionalmente, cabe resaltar que estas teorías que manifiesta la jurisprudencia por lo general son aplicables en el ámbito del derecho comercial o mercantil, pero no en este tipo de procedimientos de fertilidad.

También es importante mencionar que la ausencia de parámetros claros para la implementación de las técnicas de reproducción ha derivado en que surjan problemáticas que han permeado el escenario jurídico. A pesar de ello las instituciones jurídicas nacionales, como la Corte Constitucional, han emitido sentencias que han propuesto una serie de condiciones a tener en cuenta al momento de realizar este tipo de acuerdos.

Entre esas condiciones se destaca, en primer lugar, que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otra persona. Según Beetar, una propuesta legislativa consistiría en aplicar principalmente la modalidad de maternidad subrogada gestacional altruista en el contexto colombiano, debido a que la ley expresa que una persona no puede ser objeto de comercio ni tratarse como un bien, puesto que el acuerdo gozaría de objeto ilícito (2019, párr. 25). En segundo lugar, otra de las condiciones relevantes definidas en las sentencias de la Corte Constitucional radica en que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado o acuerdo entre las partes, no pueda retractarse de entregar al bebé. Lo anterior es importante debido a que la misma Corte ha manifestado que estas condiciones se enmarcan bajo el parámetro de que la mujer que gesta o subroga su vientre no debe aportar sus propios óvulos, lo que constituye la modalidad de maternidad subrogada gestacional.

Sin embargo, las sentencias de la Corte Constitucional se limitan a proveer las condiciones o requisitos solamente para los casos de la modalidad de maternidad subrogada gestacional, razón por la cual la modalidad de *maternidad subrogada tradicional*, que es aquella en la que la madre subrogada también es la madre genética al prestar sus propios óvulos, queda sin un parámetro claro para su implementación.

Teniendo en cuenta que este tipo de *subrogación tradicional* sigue siendo implementada en el país, es menester que la regulación legal de las *TRHA* sea mucho más específica a nivel nacional, debido a que estas dos modalidades generan efectos civiles y jurídicos sobre la filiación que afecta los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como también los derechos de los adultos involucrados.

4. CONCLUSIONES

La caracterización de la filiación en Colombia y sus derechos derivados, la descripción de las *TRHA* dentro del contexto jurídico nacional y el análisis del contrato de *subrogación tradicional* respecto de la filiación han sido ejes centrales del presente trabajo.

Las sociedades, junto con sus respectivos avances médicos y tecnológicos, han desarrollado nuevos mecanismos jurídicos que se encargan de proveer soluciones a problemáticas que aquejan a miles de personas, por ejemplo, aquellas relacionadas con la infertilidad. Dichos mecanismos los hemos clasificado bajo la categoría de ‘atípicos’, dado que no están contenidos dentro de un ordenamiento jurídico específico, pero que a pesar de ello sí se han practicado desde hace varias décadas.

Un claro ejemplo son las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)*, como se describe en el capítulo 2 de este estudio en el que se explicó que estas surgen como una alternativa o solución para aquellos individuos que por motivos de infertilidad no han podido concebir un hijo. Teniendo en cuenta esto, se puede inferir que los problemas de infertilidad están lejos de ser un fenómeno aislado y de poca frecuencia entre las relaciones de pareja en todo el planeta, por lo cual las *TRHA* no han surgido de una manera improvisada; por el contrario, han sido producto de un esfuerzo médico, científico, tecnológico y jurídico destinado a suplir una necesidad global cada vez más evidente.

En este punto se percibe claramente cómo se integra el derecho y la medicina, puesto que las *TRHA*, y específicamente la *subrogación tradicional* dentro del contexto jurídico

colombiano, es una temática que se ha venido practicando desde hace varios años pero que no se encuentra regulada plenamente dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

“La maternidad subrogada en Colombia es una realidad evidenciada tanto en pronunciamientos de la Corte Constitucional como en el último informe de The International Federation of Fertility Societies (IFFS), según en el cual existen aproximadamente 25 centros especializados en el país dedicados a ofrecer tratamientos a parejas con problemas de salud reproductiva, entre ellos la aplicación de la maternidad subrogada dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). A pesar de ello, este tema no cuenta con un marco legal expreso en el que se establezcan las reglas claras en cuanto al alcance y contenido de la figura en los temas de filiación civil y derecho penal, tópicos que necesariamente se encuentran involucrados” (Beetar, 2019, párr. 4).

Aunque en Colombia este es un tema que no está regulado claramente por la ley, se siguen aplicando este tipo de procedimientos de reproducción, lo cual puede resultar arriesgado puesto que no existen parámetros legales claramente definidos a los que las partes involucradas tengan que ceñirse. Esto implica que los involucrados actúen con la libertad de generar estos acuerdos sin los parámetros estrictamente definidos, lo que podría resultar en graves desacuerdos entre las partes o incluso en la vulneración de ciertos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes o de los padres.

Una de las características particulares en este tipo de procedimientos, principalmente en una modalidad tan compleja como la *maternidad subrogada tradicional*, radica en que su implementación no cuenta con parámetros jurídicos establecidos, es decir, que no existen lineamientos sobre los cuales las partes involucradas puedan ceñirse.

En ese sentido, no existe en el actual ordenamiento jurídico colombiano una figura que pueda asemejarse a este tipo de procedimientos, pues a pesar de que la Corte Constitucional ha emitido sentencias en las que ha definido recomendaciones para la implementación de una regulación para la *subrogación gestacional*, dichas recomendaciones no son suficientes dado que no resuelven los dilemas jurídicos que se presentan en la *subrogación tradicional* cuando la madre subrogante brinda sus propios óvulos para la concepción, lo que genera un vínculo filial entre la mujer y el menor. Es justamente en ese vínculo filial en el que radica el dilema jurídico, dado que abre el debate sobre la posibilidad de que una madre subrogante pretenda solicitar la custodia del menor si así lo quisiera.

Lo anterior ha permitido ratificar que la implementación de las *TRHA* en el país no están reguladas a cabalidad, aunque es importante resaltar que la Constitución Política, en su artículo 42, le otorga los mismos derechos a un niño, niña o adolescente que fue concebido de forma natural o mediante procedimientos artificiales. Dentro de esos derechos se encuentra el derecho del menor a tener una identidad y a conservar aspectos como el nombre, la nacionalidad y la filiación que se integran para poder garantizar el interés superior y bienestar integral del niño, niña o adolescente. Además, a partir de lo anterior se derivan otra serie de derechos como la patria potestad, custodia y los alimentos.

Todo lo antes escrito permite afirmar que, si una madre subrogante que prestó sus propios óvulos para un procedimiento de *subrogación tradicional*, decide que quiere quedarse con la custodia del menor alegando que entre ambos existe un vínculo filial, dicha custodia se le podrá conceder siempre y cuando se garantice el bienestar del menor involucrado, es decir, que la madre pueda brindarle unas condiciones óptimas de vida, además de que pruebe mediante marcadores genéticos que existe un vínculo entre ambos, como lo establece el Art. 335 del Código Civil.

La Corte Constitucional en la sentencia T-968 del 2009 señala que los menores de edad son sujetos de especial protección y que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás. A esto le agrega que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico.

El Código de Infancia y Adolescencia, en su artículo 9, establece en primer lugar que “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, niñas y adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”. En segundo lugar, define que “en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

En definitiva, al no haber una regulación específica en el ordenamiento colombiano, es gracias a lo que menciona la Corte Constitucional y el Código de Infancia y Adolescencia que se puede inferir que la custodia de un menor siempre será definida en función de que se

privilegien sus derechos, por lo cual si una madre subrogante que prestó sus óvulos está en capacidad de brindar las garantías para dicha protección, entonces la autoridad competente podrá otorgarle la custodia si así lo solicita.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Garcés, J. (2014). *El Consentimiento, su formación y sus vicios*. Envigado, Colombia: Institución Universitaria de Envigado.

López del Carril, J. (1975). *La filiación*. Buenos Aires, Argentina: Cooperación de Derecho y Ciencias Sociales.

Ochoa, C. (1978). *Filiación natural, adopción y desarrollo jurídico de un proceso*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Wilches.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. (S.F). *La filiación*. Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/12.pdf>

Parra, J. (2017). *Derecho de familia*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2013). Concepto 81. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000081_2013.htm

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. (1989). *Convención Interamericana de los Derechos del Niño*. Recuperado de: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Gómez, H. (1992). *Derecho de familia*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Cañón, P. (1995). *Derecho civil; familia*. Bogotá, Colombia: Editorial Presencia Ltda.

Seger, L. (2003). El impacto emocional de la infertilidad en las fases de la reproducción asistida. *Revista Internacional de Psicología Clínica y Salud*, Vol. 11 (1), p. 98

Pinzón, I., Rueda, E. & Mejía, O. (2015). La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Núm. 43.

Castro de Arenas, R. (1999). *La revolución genética y sus implicaciones ético jurídicas*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.

Lombardi, A. (2013). “*Jaque a la identidad*”, *Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la vulneración del derecho a la identidad de los niños nacidos de dichas técnicas*. (Tesis de pregrado). Recuperado de <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12041/Lombardi%20Antonella.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Organización Mundial de la Salud (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Recuperado de: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf

Monroy, J. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. *Verba Luris*, núm. 30. Recuperado de: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2162>

González, E. (2014). *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

EPS Sanitas. (2019). Servicios de Reproducción Asistida. Recuperado de: https://www.sanitas.es/sanitas/seguros/es/particulares/servicios_salud/reproduccion-asistida/index.html

Código de Infancia y Adolescencia. Ley 1098 de 2006. 8 de noviembre del 2006 (República de Colombia).

Código Civil [C.C.]. Ley 84 de 1873. 31 de mayo de 1873 (República de Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Artículo 42. 7 de julio de 1991 (República de Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Artículo 44, inciso 6. 7 de julio de 1991 (República de Colombia).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC6359 de 2017. (República de Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-109 de 1985. (República de Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-258 del 2015. (República de Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-968 del 2009. (República de Colombia).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Decreto 2493 del 2004 [con fuerza de ley]. Por el cual se reglamenta parcialmente las leyes 9na de 1979 y 73 de 1988 en relación con los componentes anatómicos. 5 de agosto del 2004. D. O. No 45.631.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Civil. Sentencia SC6359, M.P.Arie Salazar Ramirez; 10 de mayo del 2017.

Ley 1953 del 2019. Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva. Febrero 20 del 2019.D.O No.50.873.

Revista Semana. (2003). *Reproduccion Humana Asistida, una alternativa*. Recuperado de <https://www.semana.com/reproduccion-asistida-alternativa/61354-3/>

Monroy, J. P. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. *Verba Luris*, (30), 135–150. Recuperado de <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.30.2162>

El Espectador. (2018). *Corte Constitucional abre la puerta a tratamientos de fertilidad con recursos públicos*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/judicial/corte-constitucional-abre-la-puerta-a-tratamientos-de-fertilidad-con-recursos-publicos-article-817319/>

Zafra, R. (2018). Nadie pierde la guarda y custodia compartida. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/27225>