



MINISTERIO DE JUSTICIA Y
DEL DERECHO



MINISTERIO DE SALUD Y
PROTECCIÓN SOCIAL

Bogotá D.C febrero de 2023

Doctor

JAIME LUIS LACOTURE PEÑALOZA

Secretario General

Honorable Cámara de Representantes

Congreso de la República

Ciudad

Asunto: Radicación Proyecto de Ley Estatutaria *“Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia”*

Respetado doctor:

De conformidad con lo establecido en los artículos 139 y 140 de la ley 5ª de 1992, me permito presentar a consideración del Congreso de la República de Colombia el Proyecto de Ley Estatutaria *“Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia”*, para el correspondiente estudio y trámite legislativo, en los términos definidos en la Constitución y en la ley conforme a lo expresado en la exposición de motivos y articulado.

Del señor Secretario,

NESTOR IVÁN OSUNA PATIÑO

Ministro de Justicia y del Derecho

DIANA CAROLINA CORCHO MEJÍA

Ministra de Salud y Protección Social



PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA _____ DE 2023
“Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia”

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Tabla de Contenido

1.	Introducción.....	3
2.	Consideraciones generales.....	4
3.	Características, lineamientos mínimos y antecedentes de la regulación.	7
4.	Iniciativa legislativa	10
5.	Derecho comparado y marco internacional.....	11
6.	Objeto y Contenido del Proyecto de Ley Estatutaria.....	15
6.1.	Sobre la terminología escogida.....	15
6.1.1.	Subrogación uterina para la gestación	15
6.2.	Sobre la regulación propuesta	17
6.2.1.	La modalidad escogida.....	17
6.2.2.	Principios	19
6.2.3.	Prohibiciones incluidas	19
6.2.4.	Sobre la modalidad contractual	23
6.2.5.	Sobre la capacidad negocial.....	24
6.2.6.	Sobre la compensación	26
6.2.7.	Cláusulas prohibidas	27
6.2.8.	Del consentimiento informado en los actos médicos asistenciales....	29
6.2.9.	Del proceso asistencial, el manejo de tejidos reproductivos y embriones 30	
6.2.10.	Sobre la intervención estatal	31
6.2.11.	Implicaciones respecto de la filiación	33
6.2.12.	De la seguridad social y aspectos a cargo de la parte comitente...	34
7.	Adopción de directrices de la Corte Constitucional	36



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA _____ DE 2023

“Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia”

1. Introducción

El Gobierno Nacional conforme al numeral 2 del artículo 140 de la Ley 5 de 1992, a través del Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio de Salud y Protección Social, presenta el Proyecto de Ley Estatutaria **“Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia”**, en cumplimiento de la orden 6 de la sentencia T- 275 de 2022, que exhorta *“al Gobierno nacional para que, en los próximos seis meses desde la notificación de esta sentencia, presente ante el Congreso de la República un proyecto de ley orientado a regular la «maternidad subrogada» en Colombia”*¹.

Asimismo, el objeto de la presente Ley busca dar desarrollo a los derechos reconocidos a nivel convencional de los niños, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas,² dentro de los cuales destacamos: (i) el derecho a la identidad, (ii) el derecho al nombre, (iii) el derecho a la nacionalidad, (iv) el derecho a una relación familiar y (v) el derecho a no ser objeto de venta, de conformidad con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía,³ entendiendo venta como todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.

Como también, tiene como fin regular el acuerdo de subrogación uterina para la gestación para que, a través de su uso, se asegure los derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, el derecho a la salud reproductiva, a poder conformar una familia y el interés superior de niños, niñas o adolescentes. En el contexto colombiano, fue posible identificar distintas instancias en las cuales los mencionados derechos fundamentales se encuentran en peligro de ser vulnerados, a partir cláusulas incluidas en acuerdos de voluntades fundados en la iniciativa privada, a partir de la admisión tolerada resultado de la Sentencia T-968 de 2009. Por lo tanto, se busca delimitar el alcance de la iniciativa privada, adelantada en el contexto de la inclusión de la subrogación uterina como uno de los procedimientos que pueden hacer parte de las técnicas de reproducción

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 2022.

² Ratificada en Colombia por medio de la Ley 12 de 1991.

³ Ratificado en Colombia por medio de la Ley 765 de 2002.



humana asistida preservando la protección de los derechos fundamentales de las personas que sean parte de los negocios jurídicos por medio del cual se regulen los términos y condiciones de la subrogación uterina para la gestación.

Por tanto, el presente proyecto de ley estatutaria estableció: (1) el objetivo del proyecto de ley, (2) elementos, solemnidad y seguimiento del acuerdo de subrogación uterina para la gestación, (3) consentimiento informado de todos los actos asistenciales en salud necesario dentro del acuerdo, (4) proceso asistencial, manejo de tejidos reproductivos y embriones, (5) filiación, (6) seguridad social y, (7) otras disposiciones.

2. Consideraciones generales

Para el diseño del proyecto de ley estatutaria se tuvieron en cuenta el tipo de técnica de reproducción humana asistida usada, las consecuencias y necesidades generales para la parte gestante, las reglas para la parte comitente y los derechos de la niñez. Es por eso que, dentro de los primeros análisis que se dieron fueron sobre la definición de *Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)* de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART), se cuenta dentro de las TRA el útero surrogado⁴. Lo cual permite señalar que esta alternativa como uno de los posibles procedimientos que pueden hacer parte de las TRA.

Por otra parte, en Colombia, la Ley 1953 de 2019, hace referencia a las *Técnicas de Reproducción Asistida* como Terapias de Reproducción Humana Asistida-TRHA, las cuales define en su artículo quinto como todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Para efectos de este documento y del articulado del Proyecto se utilizará el término contenido en la ley previamente referenciada-

⁴ Técnicas de Reproducción Asistida (TRA): todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante. 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). Disponible en: https://cnrha.sanidad.gob.es/documentacion/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Asistida_TRA.pdf



Si bien como procedimiento la Subrogación Uterina⁵, puede definirse y clasificarse de diferentes maneras se señala que en el presente concepto se hará referencia al tipo de subrogación en la cual la persona que gesta no tiene ningún vínculo genético con el producto del embarazo, esto es subrogación gestacional.

Lo anterior, teniendo en cuenta el contexto en el cual se vienen desarrollando las prácticas de subrogación uterina en el país, esto es admisión tolerada⁶, manejada de manera privada por los centros de fertilidad⁷ y equipo jurídicos que realizan prestación de servicios legales para la definición de la filiación⁸ y demás trámites de Registro de Civil; prestaciones que de manera general puede afirmarse se adelantan sin vigilancia y control suficiente, generando prácticas que si bien permiten el reconocimiento abierto de múltiples formatos de familia, y dan cuenta de la autonomía reproductiva como ejercicio de libertad para que se tomen decisiones relacionadas con el antes y después de la reproducción, acontecen sin que se haya dado un debate sobre la manera en la cual se generan límites, condiciones de los acuerdos, como dirimir conflictos, éticos, bioéticos y legales cuando estos se presentan⁹.

En consecuencia, es fundamental generar condiciones dignas y seguras para que quienes realicen esta práctica tengan la posibilidad de hacerlo con observancia de todos sus derechos humanos. Incluyendo unas garantías básicas en materia de aseguramiento para la persona gestante y el recién nacido. Adicionalmente, es prioritario que existan unas prerrogativas que garanticen un proceso seguro, incluyendo el consentimiento libre, informado y cualificado, el cual no es igual al acuerdo contractual entre las partes. Lo anterior, buscando asegurar la correcta

⁵ “Sobre la subrogación uterina, como procedimiento, es necesario saber que puede ser de dos tipos, el primero, la subrogación gestacional, en el cual quien gesta pasa por un procedimiento de transferencia embrionaria, el cual se realiza tras la generación de un embrión producto de gametos de terceros; el segundo, es la subrogación tradicional, en la cual la persona en gestación provee los óvulos y el útero, y pasa por un proceso de fertilización con gametos de terceros (Fuchs, 2018). De forma sencilla puede señalarse que, la diferencia entre estos dos tipos yace en que en la subrogación gestacional quien gesta no tiene relación genética alguna con el producto del embarazo y en la segunda sí.” Moreno-Molina, J. Subrogación uterina entre la autonomía reproductiva y el deseo reproductivo. *Bioética Plural* IV. 2022

⁶ Beetar Bechara, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia; hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Estudios Socio Jurídico*, 21 (2).

⁷ Se reportan en el REPS, un total de 16 prestadores de atenciones sobre fertilidad. Información de la base de datos de las Entidades Departamentales y Distritales de Salud, en la cual se efectúa el registro de los Prestadores de Servicios de Salud con fecha de corte: martes 07 de febrero de 2023 (8:23 a.m.)

⁸ El mercado de los vientres de alquiler en Colombia: un bebé a 4.000 dólares. El país. Disponible en <https://elpais.com/america-colombia/2023-01-03/el-mercado-de-los-vientres-de-alquiler-en-colombia-un-bebe-a-4000-dolares.html>

⁹ Moreno-Molina, J. Subrogación uterina entre la autonomía reproductiva y el deseo reproductivo. *Bioética Plural* IV. 2022. pág. 60



protección de los derechos de los intervinientes en la precitada técnica, especialmente el interés superior de niños, niñas o adolescentes.

En coherencia con lo anterior, así como en los argumentos expuestos en la literatura más reciente sobre la persistencia de la práctica aún en escenario de regulación o silencio legislativo, “[...] *aunque se prohíba —como en España— o no haya ley que la regule —como en Argentina—, la gestación por sustitución se practica, aunque mediante varios subterfugios.*”¹⁰, se considera que es necesario regular de manera seria y consensuada el uso de esta técnica por medio de una ley.

Adicionalmente, se considera que, cualquier regulación sobre el asunto debería incluir una protección a priori y una a posteriori, de las partes y de la persona nacida por medio de la practica; y que, para cumplir con lo dispuesto por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia T-275 de 2022, donde se exhorta al Gobierno Nacional para reglamentar esta figura, habrá de tenerse en consideración la regulación disponible en el país sobre Infertilidad, Interrupción Voluntaria del Embarazo, Parto Humanizado, Atención de la gestación y el parto, así como lo relacionados con Donación de tejidos y órganos, de la misma manera que los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre las otras TRHA.

La precitada corporación se ha pronunciado anteriormente sobre el asunto de las TRHA, en múltiples ocasiones abordando puntos como, filiación, licencias a las partes que realizaran el cuidado y la crianza, características de los acuerdos de subrogación, financiación con recursos públicos de manera excepcional y parcial de las TRHA, entre ellas en las Sentencias T-968 de 2009, T-398 de 2016 y T-316 de 2018, U-074 de 2020, T- 357 de 2022, reconociendo con éstas el vacío normativo existente.

Así mismo, se considera cubierta las garantías del nacido vivo con la legislación vigente y las rutas de protección establecidas en términos de infancia, a través de las leyes 75 de 1968, 12 de 1991, 1098 de 2006, 1295 de 2009 y 1804 de 2016, como por medio de la Sentencia T-844 de 2011, en donde se propende por la búsqueda de la familia extensa biológica en caso de abandono o fallecimiento de los padres, donde si bien se analizó frente a los casos de adopción, en una sentencia hito que orienta la responsabilidad del ICBF de buscar las garantías necesarias de niños, niñas o adolescentes frente a circunstancias sobrevinientes.

¹⁰ Lamm. E. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. Gestación por sustitución. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Colección de Bioética Unesco. 2022. Disponible en: <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/disponible-en-abierto-el-libro-gestacion-por-sustitucion>



3. Características, lineamientos mínimos y antecedentes de la regulación.

La sentencia T-968 de 2009, la Corte Constitucional resaltó los siguientes puntos que deberían ser parte de la regulación:

“(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.”

En la misma línea con las observaciones presentadas anteriormente, esta misma corporación, en la sentencia T-316 de 2018, indicó que existía vacío normativo respecto de los siguientes puntos:

“(i) «la donación de óvulos»; (ii) «la congelación de embriones sobrantes»; (iii) «la filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los padres»; (iv) «la inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta”»; (v) «lo relativo al registro de la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos; (vi) «el número de descendientes de cada donante», y (vii) «la obligatoriedad en que estarían las entidades promotoras de salud de conseguir óvulos cuando quien solicita la fecundación in vitro no los produce; y, la posibilidad de comercio de óvulos”.

Sobre las características de la regulación se considera pertinente anotar que, los asuntos sobre donación, manejo de embriones, los registros de donantes de celular reproductivas, ha sido abordado en normativa como la Ley 1953 de 2018 y la resolución 228 de 2020 con relación a TRHA, la Leyes relacionadas con manejo de tejidos y donantes, Ley de 1979 y 73 de 1988, los decretos 1546 de 1998 y 780 de 1998 - modificado por la Resolución 3100 de 2019. Así como la Resolución 3199 de 1998. Los cuales si bien presentan algunos vacíos normativos- que corresponden a



la necesidad de una actualización frente a la disponibilidad de nuevas tecnologías mas no a una legislación adicional- dejan un importante contexto frente al asunto de la reglamentación integral de acuerdo con lo expresado por la Corte en la ST 357 de 2022,

“Una regulación integral de esta materia debe ocuparse de manera detallada y a partir de un enfoque de género, entre otras cosas, de (a) las etapas de las TRHA, (b) los intervinientes en ellas, sus derechos y obligaciones, (c) la naturaleza, alcance y efectos de los acuerdos celebrados para su desarrollo, (d) las condiciones para prestar el consentimiento, las posibilidades de modificarlo y la oportunidad para hacerlo, (e) el destino posible de los gametos y embriones conservados así como el tiempo durante el cual ello puede ocurrir, (f) la responsabilidad de las clínicas y del personal sanitario que participa en el proceso y (g) los efectos en materia de filiación.”

Por otra parte, es de anotar que en la sentencia T-275 de 2022, la Corte Constitucional resaltó la necesidad de regular *“la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas”*.

Adicionalmente, en la citada sentencia en la que se exhorta al Gobierno Nacional a presentar una propuesta, se rescata los diversos esfuerzos legislativos que han buscado la regulación de la figura. Así, se advierte que desde 1998 se han radicado por lo menos dieciséis proyectos de ley encaminados a crear un marco de actuación para la maternidad subrogada, iniciativas legislativas derivadas del Congreso de la República y que todas han resultado en archivo, bien sea por tránsito de legislatura sin surtir el trámite correspondiente, porque han sido acumuladas o los autores han decidido retirar el proyecto. Señala además el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional que, hasta el momento, ninguno de los proyectos ha hecho referencia a las licencias de paternidad o maternidad en los eventos de la maternidad subrogada.

De igual forma en los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema y tal como lo advierte el Consejo Superior de Política Criminal” En *ningún momento el alto tribunal se refirió a la necesidad de prohibir, y mucho menos,*



penalizar esta conducta” y “la falta de regulación de un tema no resulta ser razón suficiente para su criminalización”¹¹.

En esa misma línea resulta importante, desde ya, advertir que existe lineamientos en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos por medio de sentencias de la Corte Interamericana que invitan a abordar la discusión sobre la maternidad por subrogación como un procedimiento para la procreación y que no violenta el marco normativo internacional de derechos humanos vigente.

El panorama expuesto, sustenta la propuesta presentada por el Gobierno Nacional, el cual busca por medio de una iniciativa conciliadora establecer un marco jurídico de regulación de la práctica, que propenda por la protección de los derechos de las personas que participan en el proceso. En especial, desde las funciones del Estado de cuidar y garantizar una vida digna, la salud de las partes resulta preponderante dentro del presente proyecto de ley, como la autonomía reproductiva que ostenta la persona gestante -mujer, persona no binaria, hombre trans, queer, entre las diversas identidades de género que tenga las condiciones biológicas para gestar-.

De allí que el proyecto de ley le dé relevancia a los principios bioéticos, la diferencia entre el acuerdo de subrogación uterina para la gestación y el consentimiento informado, se establezcan requisitos para las partes del acuerdo, se contemple la compensación para la parte gestante, existan prohibiciones para la configuración del acuerdo entre quienes no podrían y las cláusulas lesivas, el seguimiento necesario en salud para la persona gestante en las diversas etapas del proceso y posteriores, como el cuidado del recién nacido, la claridad de la filiación, los derechos a conocer y la importancia de aportar al sistema de seguridad social colombiano, en pro de las garantías mínimas de protección del Estado colombiano frente a las prestaciones económicas.

En consecuencia, se considera que, en aras de cumplir con la precitada orden de la honorable Corte Constitucional, este proyecto de ley estatutaria busca regular los aspectos descritos por la misma en pronunciamientos anteriores teniendo en cuenta lo que ya se encuentra disponible en el ordenamiento sobre TRHA y manejo de tejidos y donantes.

En desarrollo de la presente iniciativa legislativa, el Ministerio de Justicia y del Derecho realizó una Comisión de Expertos, en la cual se buscaban dilucidar las distintas aristas a tener en cuenta respecto de la subrogación uterina para la

¹¹ Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley 202 de 2016 Cámara “*por medio de la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos*”. Disponible para su consulta en: [https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/politica-criminal/Conceptos/06%20CSPC%20-%20P.L.%20202%20de%202015%20C%20\(maternidad%20subrogada\).pdf](https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/politica-criminal/Conceptos/06%20CSPC%20-%20P.L.%20202%20de%202015%20C%20(maternidad%20subrogada).pdf)



gestación, invitando expertos de la academia, así como del Gobierno Nacional, para lograr una legislación que tenga como alcance regular las relaciones entre las partes que realizan el acuerdo, dando además indicaciones concretas sobre el alcance del aseguramiento y las prestaciones en salud derivadas de revisiones previas (que pueden incluir mas no limitarse a revisiones de tipo psicológica y de capacidad biológica, evaluaciones preconcepcionales y estudios genéticos) a la práctica de la técnica, que contemple además la manera en la cual se van a justar las relaciones entre las partes frente los posibles riesgos en la salud física y emocional de las personas gestantes y que se provean condiciones adecuadas para el postparto (como la incapacidad, las licencias de maternidad-paternidad, atención psicológica y médica en caso de que estas sean necesaria).

Así presentamos un proyecto que da respuesta a los más de 12 años en que lleva la corte advirtiendo la imperiosa necesidad de que se legisle sobre la maternidad subrogada, y los aspectos que están directamente relacionados con esta figura. En la búsqueda de superar, el vacío legislativo que existe sobre la materia ha generado una situación jurídica que, de paso, ha obligado al juez de tutela a resolver asuntos concretos sin que las reglas puedan hacerse extensivas a otros casos, al no existir una regulación de por medio¹².

4. Iniciativa legislativa

De conformidad con lo anterior y, habida cuenta el contexto social de nuestro país, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio de Salud y Protección Social, tomaron la determinación de poner en consideración del Congreso de la República el articulado adjunto a la presente, buscando regular la precitada institución jurídica para que, a través de su uso, se asegure los derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, el derecho a la salud reproductiva, a poder conformar una familia y el interés superior de niños, niñas o adolescentes.

En el contexto colombiano, fue posible identificar distintas instancias en las cuales los mencionados derechos fundamentales se encuentran en peligro de ser vulnerados, a partir cláusulas incluidas en acuerdos de voluntades fundados en la iniciativa privada.

Por lo tanto, por medio del presente Proyecto de Ley Estatutaria, se busca delimitar el alcance de la iniciativa privada, preservando la protección de los derechos fundamentales de las personas que sean parte de los negocios jurídicos por medio

¹² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 2022.



del cual se regulen los términos y condiciones de la subrogación uterina para la gestación.

5. Derecho comparado y marco internacional

En el plano internacional, existen 3 vertientes regulación posibles: (i) prohibición, (ii) regulación altruista y (iii) regulación comercial.

Como sus nombres indican, la primera implica una prohibición total de la práctica, sin tomar en consideración sus fines o los métodos que se empleen. La segunda, por su parte, permite el desarrollo de la práctica, siempre y cuando no medie ningún fin comercial entre las partes contractuales y, finalmente, la tercera, permite que se desarrolle la práctica, incluso con fines comerciales.

En derecho comparado, es posible evidenciar que existen países que han adoptado normativa tendiente a regular esta práctica.

Como ejemplos de países que incluyeron un régimen de prohibición, podemos mencionar a España¹³, al igual que países europeos como Italia, Austria, Francia, Alemania o Suiza y países africanos como Burkina Faso, Marruecos o Egipto. Esta misma clase de regulación se aplica en países como China, Indonesia o Filipinas. Respecto de países latinoamericanos, fue posible evidenciar que tanto Guatemala¹⁴ como los Estados mexicanos de Querétaro¹⁵ y San Luis Potosí,¹⁶ prohíben el desarrollo de esta práctica.

En cuanto a la regulación altruista, podemos encontrar ejemplos de la misma en Brasil, según el cual no se permite la subrogación uterina para la gestación con fines comerciales y, además, solo se permite hasta el cuarto grado de consanguinidad.¹⁷ El caso de Uruguay es similar, puesto que, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 19.167 de 2013, según el cual los acuerdos de “gestación subrogada” se

¹³ En el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece que los contratos que acuerden esta práctica serán nulos de pleno derecho.

¹⁴ Si bien no existe una regulación clara en Guatemala sobre la subrogación uterina para la gestación, sí existen normas que podrían limitar lo propio, como el delito de trata de personas incluido en el artículo 202 del Código Penal Guatemalteco y el entendimiento descrito por la Corte de Constitucionalidad Guatemalteca, en la Sentencia 3590-2016, del 20 de julio de 2017. Las anteriores apreciaciones, extraídas de: Molina Morán, J. A. (2022). *La gestación por subrogación en Guatemala*. En *La Gestación por Subrogación en América Latina* (1.ª ed., pp. 215–243). Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁵ Artículo 400 del Código Civil de Querétaro

¹⁶ Artículo 243 del Código Familiar de San Luis Potosí.

¹⁷ Resolución N° 2.168, del 21 de septiembre de 2017.

Disponibile en: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026



entienden nulos absolutos, salvo que existan eventos en los que una persona sea incapaz de gestar su propio embarazo y acuda a un familiar de hasta un segundo grado de consanguinidad, acuerdo que debe ser gratuito.¹⁸

En el caso de Sudáfrica, la subrogación uterina para la gestación es permitida, siempre y cuando la misma no tenga fines comerciales o de generar rédito económico, sin limitar que exista parentesco entre las partes, de conformidad con lo indicado en el capítulo 19 del *Children's Act 38 of 2005*.¹⁹ Una regulación similar, aunque mucho más escueta, es aquella adoptada en Nueva Zelanda, por medio del *Human Assisted Reproductive Technology Act 2004* que, en su sección 14, establece que los acuerdos de subrogación uterina para la gestación no son, en sí mismos, ilegales, salvo que contengan fines comerciales. Igualmente, se indica que los acuerdos de subrogación uterina para la gestación no son oponibles por o contra cualquier persona.²⁰

Finalmente, en cuanto a la regulación de regulación comercial, debemos destacar 2 ejemplos claros, como lo son Ucrania y Rusia. En estos Estados, la subrogación uterina para la gestación está permitida sin ninguna limitación.

En el caso de Ucrania, específicamente respecto de las reglas de filiación, el artículo 139 del Código Civil Ucraniano establece que la relación de filiación se establece con el material genético. En consecuencia, en casos en los que se apliquen TRHA, los padres son quienes aporten el material genético, lo cual se aplica a la gestación por subrogación.

De otro lado, la Orden 787 de 2013 del Ministerio de Salud de Ucrania regula la gestación por subrogación, en el sentido de permitir su práctica, siempre y cuando, al menos, uno de los padres comitentes otorgue su material genético y, por otro lado, estableciendo que las parejas podrán acudir a la práctica en casos de infertilidad confirmada, prohibiendo el uso de la misma en casos de razones profesionales, políticas o estéticas.²¹

El caso de Rusia es muy similar al de Ucrania, en cuanto a la autorización de la gestación por subrogación comercial, de conformidad con los numerales 9 y 10 del Estatuto 55 de la Ley Federal 323-FZ, sobre la protección de la salud de los

¹⁸ Ley 19.167 de 2013. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_ley19.167_ury.pdf

¹⁹ *Children's Act 38 of 2005*. Disponible en: <https://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf>

²⁰ *Human Assisted Reproductive Technology Act 2004*. Disponible en: <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0092/latest/whole.html#DLM319317>

²¹ Oleg M. Reznik, Yuliia M. Yakushchenko. (2020). *LEGAL CONSIDERATIONS SURROUNDING SURROGACY IN UKRAINE*. *Wiadomości Lekarskie*, Volume lxxiii, Issue 5: Sumy State University, pp. 2.



ciudadanos de la Federación Rusa, en la cual se incluye la gestación por subrogación dentro de las TRHA, estableciendo requisitos para las partes de los acuerdos, sin imponer limitaciones respecto de la compensación.²²

Asimismo, consideramos importante tomar en consideración el caso de India, que, entre 2002 y 2015, establecieron un régimen regulación comercial de la gestación por subrogación.²³

En 2015, India decidió prohibir la subrogación uterina para la gestación transnacional, más concretamente a través de la notificación del Ministerio de Salud del 4 de noviembre de 2015, en la cual notificó que no se permitiría el desarrollo de la práctica por extranjeros o por ciudadanos indios establecidos en el exterior.

Finalmente, en 2021, India reguló la gestación por subrogación, permitiendo únicamente la gestación por subrogación altruista, por medio de la *Surrogacy (Regulation) Act, 2021*, que, en su artículo 38, establece la prohibición a cualquier persona de desarrollar actividades tendientes a la gestión por sustitución comercial, indicando que estos actos constituyen un delito con pena privativa de la libertad.

Esta evolución estuvo motivada por el desarrollo de la práctica en India, de tal manera que la situación social generada por esta figura captó la atención del gobierno de India, tomando la determinación limitar la figura escalonadamente, hasta solamente la modalidad altruista.²⁴

Abonado al panorama internacional es de destacar que la regulación presentada se compromete con el respeto de los derechos sexuales y reproductivos los cuales están relacionados con la libertad de las personas a decidir sobre su sexualidad y el ejercicio libre de la misma y abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales, documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación,

²² ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ от 21 ноября 2011 года №323-ФЗ Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации. Disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/102297/123594/F-1477641865/323-FZ.pdf>

²³ Rudrappa, S. (2018). *Reproducing Dystopia: The Politics of Transnational Surrogacy in India, 2002–2015*. *Critical Sociology*, 44(7–8), 1087–1101. <https://doi.org/10.1177/0896920517740616>.

²⁴ BBC. (25 de agosto de 2016). *India unveils plans to ban surrogacy*. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-37182197>. Recuperado el 15 de noviembre de 2022.



coacciones o violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos²⁵.

Al reconocer las técnicas de reproducción humana asistida como un medio para garantizar el derecho a intentar procrear en igualdad de condiciones con acceso a todos los médicos tecnológicos que buscan facilitar y favorecer la procreación, se habilitan paternidades y maternidades inconcebibles o biológicamente imposible décadas atrás. En las cuales se reitera que no existe una única mujer ni un único buscador de medios, desde los cuales se definen la autonomía, sino en la existencia de la autonomía reproductiva superpuesta sobre las diferentes características de las personas que participan en la toma de decisiones. Ha de llamarse la atención a la universalización de los cuerpos de las mujeres gestantes como víctimas de un proceso impuesto por terceros, cuando desde las mismas condiciones y contextos toman decisiones sobre el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

Los estándares construidos en el proyecto de ley en favor de la garantía de entre otros derechos, los sexuales y reproductivos, tienen respaldo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente aquellos que se comprometen con la erradicación de la discriminación y toda forma de violencia contra las mujeres, tales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” así como los pronunciamientos de Instituciones Internacionales como la Organización Mundial de la Salud²⁶, en el sentido de que todas las mujeres deben tener el derecho a decir cuando se trata sobre sus cuerpo y su salud.

Insistir en la prohibición de este tipo de acuerdos, refuerza las supuestas experiencias de la gestación y el parto, como eventos que definen a la mujer y la persona que gesta, por encima de la formación de decisiones y expectativas emocionales, intelectuales e inter personales de cada una de las mujeres; ratifica que solo se es madre cuándo se gesta y pare, y que esta es una categoría irrenunciable, reduciendo las decisiones de la mujer a su capacidad biológica de completar la gestación; haciendo de ésta una única forma de ser mujer, y asumir la relación gestar-parir-criar.

Respecto de nuestro Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, es de resaltar que en en sentencia del 29 de noviembre de 2016 la Corte Interamericana

²⁵ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, Egipto, 5–13 de septiembre, 1994, Doc. de la ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995)

²⁶ OMS defiende el derecho de mujeres a decidir sobre su cuerpo y su salud. Visto el 22 de febrero de 2023 en: https://www.swissinfo.ch/spa/aborto-eeuu_oms-defiende-el-derecho-de-mujeres-a-decidir-sobre-su-cuerpo-y-su-salud/47713776



de Derechos Humanos, como máximo órgano interprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en el caso Gómez Murillo Y Otros Vs. Costa Rica, determinó que de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de solución amistosa y en la sentencia, el Estado debía *“iniciar en un plazo razonable, una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación”*.

6. Objeto y Contenido del Proyecto de Ley Estatutaria

6.1. Sobre la terminología escogida

6.1.1. Subrogación uterina para la gestación

La subrogación uterina es por definición la gestación de un ser humano, que una vez nacido es entregado a la persona o personas que se harán cargo de él o ella, puntualmente quienes van a asumir la paternidad/maternidad, en ello cabe reconocer que la elaboración de la noción de maternidad está dada por la persona que decide participar en el proceso de asistencia a la reproducción, quien pudiera determinarse como madre durante la gestación y seguir considerándose como tal después de finalizado el proceso y realizada la cesión del producto del embarazo, el hijo o hija, o no; finalmente, la maternidad no está definida ni determinada exclusivamente por el acto de gestar; ha de tenerse presente además que, “[...] en los procedimientos de técnicas de reproducción humana asistida se ve una clara intención, y determinación, de la voluntad procreacional. Como procedimientos médicos, responden a un proceso cuyo resultado es la gestación y la obtención de una vida, por medio del uso de tecnología, sin buscar a través de estos medios, resolver un problema fisiológico o una limitación biológica sino para rodearles. Al rodear los problemas o limitaciones, el objetivo de los procedimientos se repliega en crear un ser humano, con recursos biológicos propios o que provienen de terceros, sin que se espere que estos tengan un rol en la crianza del hijo resultante.” (Moreno-Molina, J. 2022)

En consecuencia y como aspecto preliminar, en el presente documento y el Proyecto de Ley habla de “subrogación uterina para la gestación”, en lugar de “maternidad subrogada”, toda vez que, consideramos al primer término más adecuado, sin perjuicio de la utilización reiterada del segundo. Así, también consideramos que la terminología de “alquiler de vientre” o denominaciones similares, no es idónea para tratar la problemática objeto del presente Proyecto de Ley.

Se deja a un lado la posibilidad de hacer referencia a hablar de “alquiler”, pues esto haría referencia al contrato de arrendamiento, descrito en el artículo 1973 del



Código Civil, que se define como “(...) *un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y **la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado***”. Como parte de la definición de este contrato, es posible evidenciar uno de sus elementos esenciales, es la compensación o el denominado canon. En este sentido, utilizar la denominación “alquiler” dotaría de un contenido comercial a la práctica que, como se verá en apartes siguientes, no es compatible con el tipo de regulación propuesta.

Adicionalmente, se señala respecto del sufijo “subrogación” o “subrogada”, debemos mencionar que tampoco consideramos que se ajuste a la realidad de la práctica. En cuanto al significado literal, la Real Academia Española, el verbo “subrogar” hace referencia a “*Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa*”²⁷. En su sentido natural, es posible determinar que el rol principal de la persona gestante que decida llevar a cabo la gestación sería, en efecto, sustituir en favor de otra persona, en vista de que para esta última es imposible por sus propios medios (en caso de que sea un hombre) o que, por situaciones médicas o por su proyecto de vida no le sea posible concebir incluso teniendo pareja.

Finalmente, se considera que el concepto “subrogación uterina para la gestación” es idóneo, en vista de que hace referencia, por un lugar, a todos los procesos físicos y biológicos que conlleva la técnica, incluso desde antes de que la persona gestante quede en estado de embarazo. De la misma manera que, no da lugar a dudas respecto de la relación entre la parte gestante y la comitente, en la medida en que esta tiene que ver con que la primera entre a sustituir a la segunda en el proceso biológico descrito, sin reemplazar a la parte comitente en ningún derecho u obligación derivada de la maternidad generada, tras el parto.

Con respecto a términos como *Producto de la gestación*²⁸ y *Material reproductivo humano*, es necesario indicar que estos delimitan categorías comunes para las atenciones en salud derivadas de los procedimientos de fertilidad y del embarazo, permitiendo claridad en el proceso asistencial, en el contenido de los acuerdos y en el consentimiento informado, en tanto los anteriores contienen en sí las categorías con las cuales se nombran durante el proceso de concepción, inseminación, y otros eventos obstétricos, el período en el cual el óvulo fecundado se desarrolla en el

²⁷ Diccionario de la Real Academia Española. “Subrogar”. <https://dle.rae.es/subrogar>

²⁸ Es necesario separar el producto de la concepción preimplantación, de los embriones a implantar así como aquellos que pueden ser agrupados en el producto del embarazo, del parto o aborto, según las Herramienta de codificación del CIE-11, teniendo en cuenta la ubicación, *Contacto con los servicios de salud por razones asociadas con la reproducción en la cual se utiliza el término producto*, para hacer referencia por ejemplo a Producto único, nacido en hospital, sin especificación; Otro producto único, nacido en hospital.



útero independientemente de los diferentes estados de desarrollo del fetal, permitiendo una terminología sencilla, en especial cuando el uso de conceptos que puedan ser interpretados a través de juicios morales o cargados de calificativos que generen confusión semántica y legal sobre los intervinientes en las etapas de las TRHA así como en las condiciones para dar el consentimiento.

6.2. Sobre la regulación propuesta

6.2.1. La modalidad escogida

De conformidad con los antecedentes descritos en la sección 5, respecto del uso de la figura de la subrogación uterina para la gestación, se concluyó que una reglamentación de esta, permitiendo únicamente su uso altruista, es la más adecuada para dar protección a los derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, el derecho a la salud reproductiva, a poder conformar una familia y el interés superior de niños, niñas o adolescentes.

De esta manera, el aspecto fundamental a resaltar del Proyecto de Ley, es que no se permitiría la subrogación uterina para la gestación con fines comerciales en territorio colombiano.

Lo anterior, puesto que, en consideración del Gobierno Nacional, el permitir la remuneración a la práctica generaría incentivos perversos para el uso de la misma, que pondrían en peligro los derechos fundamentales de las personas gestantes, así como de niños, niñas o adolescentes que nazcan como resultado de esta práctica, además de que iría en contra de las directrices dadas por la Corte Constitucional, especialmente aquellas de la sentencia T-968 de 2009, en el sentido de regular la práctica altruista.

Igualmente, debe tomarse en consideración que el artículo 1 de la Ley 919 de 2004 prohíbe la remuneración para la donación de componentes anatómicos, no solo para el beneficiario o donante, sino de manera general.²⁹ En el mismo sentido, el artículo 2 de la Ley 919 de 2004 establece como delito el tráfico, la compra, la venta y la comercialización de componentes anatómicos.³⁰

²⁹ ARTÍCULO 1o. La donación de componentes anatómicos; órganos, tejidos y fluidos corporales deberá hacerse siempre por razones humanitarias. **Se prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos.**

Quien done o suministre un órgano, tejido o fluido corporal deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración por el componente anatómico. **Ni el beneficiario del componente, ni sus familiares, ni cualquier otra persona podrá pagar precio alguno por el mismo, o recibir algún tipo de compensación.**

³⁰ Artículo 2o. Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión.



Consideramos que la postura altruista para la subrogación uterina para la gestación es la posición coherente con el ordenamiento jurídico vigente., por lo que se incluyó una prohibición generalizada a la subrogación uterina para la gestación comercial, así como una prohibición a la intermediación con fines comerciales, en el artículo 4 del proyecto de ley. Estas prohibiciones serán descritas en la siguiente sección 6.2.2

En consecuencia, únicamente se permitiría una compensación a la parte gestante, que debería ser costeadada por la parte comitente, que permita reparar el daño emergente y el lucro cesante que se generen como producto del desarrollo de la subrogación uterina para la gestación, haciendo también que la responsabilidad de bienestar tanto de la parte gestante como del feto, sean de la parte comitente. Lo anterior, sin permitir que se limite el libre desarrollo de la personalidad o las libertades individuales de la parte gestante.

En general, cuando se piensa en altruismo se piensa en un sistema sin costos, lo cual impresiona preferible frente a la comercialización- alternativa que viene en reducción dentro de las regulaciones en el mundo-, pero no necesariamente es así, cuando la persona gestante es una extraña que voluntariamente ofrece su cuerpo, su función reproductiva, la relación entre las partes puede ser mucho más ambigua que la que habría a simple vista dentro de un contrato de prestación de servicios definido cuidadosamente. Con lo anterior, se llama a ver con igual detenimiento los efectos sobre los cuerpos, las relaciones y los efectos de estas ante los principios inamovibles establecidos para el uso de estas tecnologías, la dignidad humana, la autonomía y la garantía de los derechos de todas las personas que hacen parte del proceso y de quien resulta de este lo que cobra especial relevancia frente al argumento de la explotación, pues este tiende a ser medido en referencia a la desigualdad en términos de dinero, clase social o poder entre la mujer subrogante y los receptores³¹.

Sin embargo, no debe dejarse a un lado que el acuerdo, aun desde la visión altruista, implica que se renuncia a derechos y condiciones de salud y bienestar, de forma tal, que, la construcción de la voluntariedad pudiera no tener vicios a primera vista,

PARÁGRAFO 1o. En la misma pena incurrirá quien sustraiga un componente anatómico de un cadáver o de una persona sin la correspondiente autorización, quien participe en calidad de intermediario en la compra, venta o comercialización del componente o quien realice publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración.

PARÁGRAFO 2o. Cuando la conducta se realice con el fin de comercializar los componentes anatómicos humanos en el exterior, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena.

³¹ Apel, Susan. Why Compensating Surrogate Mothers is the Right Thing to Do, Human Reproduction, The Hasting Center, 2011. Disponible en <https://www.thehastingscenter.org/why-compensating-surrogate-mothers-is-the-right-thing-to-do/>



pero podría desbalancearse ante conflictos relacionados con la cualificación del consentimiento. Circunstancia a tener en cuenta frente a la compensación y sus características.

Es necesario que se tenga en cuenta que el altruismo implica un no favorecimiento económico, sin embargo, no excluye la necesidad de establecer la compensación sobre el cuidado y la salud por llevar a cabo la gestación, lo cual implica las garantías antes enumeradas, por lo que es deber de la legislación que se garantice un proceso de consentimiento informado constante para cada uno de esos momentos asistenciales, y que en caso de ser necesario se diferencie entre los consentimientos formales y cualificados, para los procedimientos que supongan un riesgo para la continuidad de la autonomía reproductiva y futuras decisiones de la mujer frente a sus derechos sexuales y reproductivos.

6.2.2. Principios

Se describen como principios básicos que envuelven la práctica de subrogación uterina para la gestación, como técnica de reproducción humana asistida en un contexto de pluralismo moral, la Dignidad Humana, la Autonomía Reproductiva y la Igualdad y No discriminación.

Lo anterior, sin pretender con esto dar un orden particular o estructura de priorización, sino para establecerles como un medio, no solo para estimar, sino para evaluar los factores que atraviesan el proceso de subrogación uterina para la gestación. Procurando la enunciación de principios que no sean interpretados como absolutos ontológicos, sino como guías reflexivas que permitan la resolución de posibles conflictos o situaciones de tensión moral, ética o legal.

Su inclusión se considera entonces imperativa en la discusión de una regulación donde confluye la biomedicina y el ejercicio de los derechos civiles. En especial si se tiene en consideración la pregunta, ¿cómo se espera que sea adelantada la práctica de la SUG?, tras fijar como alcance de la legislación los procesos asistenciales y procedimientos médicos realizados en el marco de la práctica y las relaciones entre las partes.

6.2.3. Prohibiciones incluidas

En el proyecto de ley presentado, en virtud de la modalidad escogida y con el fin de proteger los derechos de las personas gestantes, así como la dignidad humana, se incluyeron las siguientes prohibiciones.

6.2.3.1. La práctica con fines comerciales

Sobre esta prohibición particular, debemos mencionar que la justificación para su inclusión obedece a la modalidad escogida, según se mencionó en la sección 6.2.1.



6.2.3.2. La práctica transfronteriza

En aras de promover una correcta vigilancia y control del desarrollo de la subrogación uterina para la gestación y de los intereses de la parte gestante y del interés superior de niños, niñas o adolescentes, se escogió una metodología de regulación que prohíbe el desarrollo transnacional de esta práctica, regulando a partir de márgenes y requisitos que necesariamente incluyen un control y provocan que, disminuyan los abusos y las injusticias, favoreciendo la eliminación de la temida explotación, y desincentivando economías de mercado que puedan generar comportamientos de turismo reproductivo y abusos³².

Se busca entonces, evitar comportamientos de extranjeros que pudieran acudir a Colombia como un lugar atractivo para la subrogación uterina para la gestación, promoviendo alguna forma de industria reproductiva que resulta en una opción que solo está disponible para aquellos que pueden permitírselo, aumentando el riesgo de explotación, abuso y condiciones de vulnerabilidad, en tanto es imposible un absoluto control de la calidad o la seguridad de los servicios de salud así como un mayor riesgo para las gestante, impidiendo una protección a priori que brinde un marco legal que de seguridad jurídica a las partes y al nacido vivo, así como a posteriori en tanto no permite vigilar el interés superior de niños, niñas o adolescentes en el territorio colombiano, sin dejar a un lado que válida que las TRHA son un objeto simple de comercio, y no una garantía al derecho q intentar procrear en igualdad de condiciones por medio de métodos científicos y tecnológicos que faciliten y favorecen la procreación, favoreciendo controles que prevengan escenarios de explotación.

Adicionalmente, esta práctica generaría turbaciones en los derechos y en el traslado de los niños que nazcan producto del uso de esta práctica, lo cual se hace especialmente delicado en situaciones que atenten contra el orden público.³³

Igualmente, es menester mencionar que el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF),³⁴ ha recomendado a los países que regulan la subrogación uterina para la gestación, prohibir la posibilidad de que se celebren acuerdos de subrogación internacionales (ISAs, por sus siglas en inglés),

³² Lamm, E. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. Gestación por sustitución. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Colección de Bioética Unesco. Disponible en: <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/disponible-en-abierto-el-libro-gestacion-por-sustitucion>

³³ Pascal, Julia. (2022). *War in Ukraine creates impossible choice for surrogate mothers*. Le Monde. Disponible en: https://www.lemonde.fr/en/m-le-mag/article/2022/04/25/war-in-ukraine-creates-impossible-choice-for-surrogate-mothers_5981554_117.html. Recuperado el 16 de noviembre de 2022.

³⁴ UNICEF. (2022). *KEY CONSIDERATIONS: CHILDREN'S RIGHTS & SURROGACY*. Briefing Note. Disponible en: <https://www.unicef.org/media/115331/file>



en vista de que generan mayores dificultades para hacer valer los derechos de los niños que nazcan como consecuencia de esta práctica.

En aras de cumplir con las directrices internacionales y abogar por la mayor protección a las mujeres y a la niñez, se incluyó esta prohibición en el proyecto de ley, en el artículo 4.

6.2.3.3. El retracto bilateral

En virtud de la modalidad escogida, la introducción de la prohibición del retracto bilateral (esto es, el mutuo disenso de las partes del acuerdo en cumplir con sus obligaciones) tiene como fundamento evitar que se generen situaciones que podrían dejar desprotegido al producto de la gestación, en el sentido de que, por ministerio de la Ley, sería la parte comitente quien obtendría la filiación del producto de la gestación, no la persona gestante.

De esta manera, la filiación no sería modificada por una decisión de las partes en el sentido de que la parte comitente no desee asumir su patria potestad o en caso de que la persona gestante desee asumir la crianza del producto de la gestación, como si tuviera relación de filiación.

Es necesario tener en cuenta que la persona gestante, de conformidad con lo indicado en el proyecto de ley, tiene la potestad de interrumpir voluntariamente el embarazo, hasta la semana veinticuatro (24) de la gestación, por lo que esta es una causal de retracto del acuerdo, conforme se indicará en párrafos posteriores.

6.2.3.4. El número de participaciones

Para efectos de desincentivar la comercialización de la práctica, el proyecto de ley contempla que una persona gestante solamente podrá prestarse para dicha práctica, por dos (2) ocasiones.

Esta circunstancia generaría que, en caso de que una persona gestante desee prestar su útero, una tercera vez, el acuerdo esté viciado de nulidad, al no cumplir con los requisitos habilitantes, lo cual se describirá en mayor detalle en párrafos posteriores, así como también se generarían las sanciones al notario y/o la entidad de salud a quien corresponda.

6.2.3.5. La negación de la filiación

Toda vez que la parte comitente celebra el acuerdo de subrogación uterina para la gestación, con la claridad de que surge una relación filial con el producto de la gestación, cualquier cláusula o aspecto que permita a la parte comitente renunciar o negar la filiación, por cualquier motivo, se prohíbe.



Lo anterior, en vista de que el producto de la gestación tiene relación filial, en el mismo sentido que una gestación realizada por medios naturales o por medio de cualquier TRHA.

6.2.3.6. La intermediación con fines comerciales

En el mismo sentido de la modalidad escogida, el proyecto de ley prohíbe la intermediación con fines comerciales, toda vez que la práctica regulada y permitida, es aquella que se realice de manera altruista.

Permitir la intermediación onerosa para el desarrollo de esta práctica, implicaría la comercialización de la práctica, lo cual sería contrario a la modalidad escogida.

6.2.3.7. La publicidad con fines comerciales

Esta prohibición tiene como base la modalidad escogida, optando por evitar cualquier tipo de comercialización de las etapas previas, incluyendo publicidad sobre la necesidad de material reproductivo humano, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración, o cualquier otra actividad que implique captación con fines de explotación de las partes de un acuerdo de subrogación uterina por sustitución.

6.2.3.8. Entidad a cargo de las sanciones por incumplimiento a las prohibiciones

Como se verá en párrafos posteriores, el proceso de protección de los derechos e intervención estatal planteado involucra agentes del sector de notariado y registro, así como del sector salud.

En este sentido, las sanciones aplicables serían aquellas establecidas en el artículo 131 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 21 del Decreto 3346 de 1959.

De otro lado, el proyecto de ley entiende que volver punible, tipificar y asignar una pena, no es la única prohibición jurídica posible, máxime si se tiene en cuenta que la falta de regulación de un tema no resulta ser razón suficiente para su criminalización, mucho más si se atiende a al derecho penal con sus características de ser subsidiario, fragmentario y la última ratio.

Las superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia y control del sistema general de seguridad social en salud y el servicio público de notariado y registro serán las competentes para para iniciar de oficio o a solicitud de parte, el proceso administrativo sancionatorio e imponer las sanciones correspondientes a sus vigilados, cuando existan los supuestos descritos en la ley. Lo anterior, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinaria y penal a la que haya lugar.



Ello quiere decir que conductas como la inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, el acto o transacción en virtud de la cual un niño, niña o adolescente sea vendido, entregado o traficado por precio en efectivo o cualquier otra retribución a una persona, o demás conductas reprochables, serán objeto de la respuesta penal que ya para ello prevé nuestro código penal.

6.2.4. Sobre la modalidad contractual

Con la regulación presentada se busca determinar el tipo de personas que sean capaces legalmente para acudir a esta práctica y poder celebrar acuerdos de gestión por sustitución. Este será definido como un contrato bilateral, gratuito, aleatorio y solemne, por medio del cual la parte comitente y la parte gestante, acuerdan la subrogación uterina para la gestación, en los términos descritos en el proyecto de Ley.

Es de resaltarse que existen dos partes negociales: la persona gestante y la parte comitente. La primera entendida como la que acepta gestar en lugar de la parte comitente y para quien no se generan efectos de filiación. La parte comitente, en cambio, se entiende como la(s) persona(s) que conviene con la persona gestante, celebrar un Acuerdo de subrogación uterina para la gestación, con la intención de tener la filiación sobre el producto de la gestación, luego del nacimiento.

En este sentido, se trata de un contrato bilateral, en vista de que tanto la persona gestante como la parte comitente tienen obligaciones que deben cumplir en ejecución del acuerdo de subrogación uterina para la gestación.

Es un contrato gratuito, toda vez que existe un beneficio de una sola de las partes (la comitente) y la persona gestante no tiene derecho a honorarios o remuneración alguna, sino únicamente a la compensación por el daño emergente y lucro cesante causados y este acuerdo carece de ánimo de lucro alguno, so pena de encontrarse viciado por objeto y causa ilícitos.

Es un contrato aleatorio, en vista de que el proceso de gestación es incierto y es aleatorio, en vista de que no es posible determinar con toda certeza que este se tenga feliz término en todas las ocasiones.

Es un contrato solemne, en vista de que deberá ser elevado a escritura pública ante notario para poder ser ejecutado. Sobre las notarías se ahondará en párrafos posteriores.

Como parte de las obligaciones principales del acuerdo, se incluye la imposibilidad de la persona gestante de reclamar derechos sobre el producto de la gestación, en



vista de que carece de derechos de filiación. De igual manera, no es posible para la parte comitente negarse a recibir al producto de la gestación, en la medida en que tiene vínculos de filiación con este último, lo que acarrea la creación de los derechos y obligaciones de padre y/o madre descritos en la ley.

Para evitar estos aspectos, el proyecto de ley requiere que la persona gestante, bajo ninguna circunstancia, aporte su material genético, lo cual reafirma la imposibilidad de crear vínculos de filiación.

6.2.5. Sobre la capacidad negocial

Para las personas que deseen acudir a este acuerdo como persona gestante, se exigirá que se encuentre en una edad idónea para concebir, que, de conformidad con el sustento médico, se ubica entre los 25 y 34 años de edad. En tanto período considerado proporcional teniendo en cuenta condiciones de alto riesgo obstétrico, por edad o primera gestación así como la distribución en el número de nacimientos según edad quinquenal de la madre, los cuales se dan de 20 a 24 años el 29% de los nacidos vivos, seguidos por los de 25 a 29 años, que corresponden al 25% de los nacidos vivos del 2021; en el país con una tendencia sostenida, de acuerdo a lo reportado en estadísticas vitales del DANE³⁵.

Lo anterior, tiene en cuenta además la madurez reproductiva, la cual se ha relacionado con comportamientos más asertivos con respecto al uso de anticonceptivos y las decisiones sobre el calendario del primer hijo y la planificación de los posteriores. Permitiendo validar que la persona gestante haya pasado por un ejercicio de autonomía reproductiva, que de experiencia para la cualificación del consentimiento.

De otro lado, conforme las recomendaciones médicas y las directrices de la Corte Constitucional, la persona gestante ya debe haber completado un proceso de gestación, con nacido vivo, al menos una vez y se aclara que no podrá ser parte gestante más de 2 veces. Lo cual resulta además en una limitación de los periodos intergenésicos cortos que supongan un riesgo prevenible en la gestación, tal y como se referencia en la literatura científica que señalan un mayor riesgo de complicaciones como parto pre término, diabetes gestacional, desprendimiento prematuro de placenta, muerte neonatal y restricción del crecimiento intrauterino entre otros.

35

https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/pre_estadisticasvitalas_lltrim_2021pr.pdf



Asimismo, se incluyeron requisitos de idoneidad en salud física, mental y psicosocial de la gestante y su aptitud, que deberán ser previamente avalados por parte de equipos multidisciplinarios a cargo del acompañamiento de las TRHA.

Para la parte comitente, no se limitará la posibilidad de que personas puedan serlo de manera individual o en pareja, siempre y cuando ambas partes tengan entre 25 y 50 años de edad, siendo un requisito equivalente al descrito en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, para quienes deseen adoptar. Esto como un conjunto de características que buscan garantizar el interés superior de niños, niñas o adolescentes, así como la posibilidad de que se haya realizado un proceso de información cualificado y toma de decisiones para la definición de la paternidad o maternidad, no limitada al deseo reproductivo sino al compromiso sobre la crianza y el cuidado del niño o niña, incluida la esperanza de vida³⁶ de las partes para el acompañamiento y el cuidado en el curso de vida.

Sin embargo, en el proyecto se incluyó el requisito de que, en el caso de las parejas, estas deben tener razones médicamente probadas que les impidan concebir. Lo anterior, para limitar el uso inconsciente de la subrogación uterina para la gestación. Asimismo, se incluye el requisito de que, al menos uno de los comitentes, en caso de ser pareja, deben aportar el material genético, salvo que sea imposible para ambas concebir, caso en el cual pueden acudir a bancos de gametos.

En el caso de las personas solteras, es posible que estas también acudan a bancos de gametos para que aporten el material genético faltante.

De otro lado, también se deberá probar la idoneidad moral para ser padres o madres del niño producto de la subrogación uterina para la gestación, en vista de que es un interés del Estado que quienes deseen poner en marcha esta práctica cumplan con este tipo de condiciones, para así evitar generar daños a los niños que nazcan como producto de la práctica, velando por el interés superior de niños, niñas o adolescentes, descrito en el artículo 44 de la Constitución Política. Esta situación deberá ser validada por medio de dictamen médico.

Es también relevante destacar que la regulación propuesta no prohíbe que extranjeros residentes en Colombia puedan acudir a la subrogación uterina para la

³⁶ La esperanza de vida (que corresponde al número promedio de años que viviría una persona, siempre y cuando se mantengan las tendencias de mortalidad existentes en un determinado período), es de 74 años; las mujeres viven, en promedio, 6,8 años más que los hombres. Disponible [https://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=853&Itemid=28&phpMyAdmin=3om27vamm65hhkhrtgc8rrn2g4#:~:text=Fecundidad%2C%20mortalidad%20y%20esperanza%20de%20vida&text=La%20esperanza%20de%20vida%20\(que,a%C3%B1os%20m%C3%A1s%20que%20los%20hombres.](https://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=853&Itemid=28&phpMyAdmin=3om27vamm65hhkhrtgc8rrn2g4#:~:text=Fecundidad%2C%20mortalidad%20y%20esperanza%20de%20vida&text=La%20esperanza%20de%20vida%20(que,a%C3%B1os%20m%C3%A1s%20que%20los%20hombres.)



gestación. Sin embargo, estos extranjeros residentes deben contar con la residencia debidamente certificada por Cancillería, a través de la visa de residente.

De igual manera, para efectos de generar protección, tanto al producto de la gestación, como a la persona gestante, es requisito que estas estén afiliadas al sistema de seguridad social, en el régimen contributivo.

6.2.6. Sobre la compensación

De conformidad con la naturaleza altruista de la posición escogida en la presente iniciativa legislativa, el artículo 8 del proyecto de ley establece la compensación, que excluye cualquier tipo de remuneración.

En vista del impacto físico y psicológico que introduce la gestación a la persona gestante, el proyecto de ley pretende protegerla, por medio de la reparación del daño emergente y el lucro cesante que este pueda causar a la parte gestante.

De esta manera, la compensación no busca ser un reconocimiento pecuniario, sino que busca reparar las turbaciones en el cuerpo y proyecto de vida que la gestación pueda generar en la persona gestante, siendo así coherente con la regulación altruista.

En tal virtud, la compensación buscaría reconocer los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la subrogación uterina para la gestación, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el posparto.

Consideramos que estos gastos serían aquellos que no generarían remuneración, de ningún tipo, puesto que simplemente buscaría reconocer los cambios físicos y psicológicos que pueda tener la persona gestante, sin que estos gastos generen un incremento patrimonial de la persona gestante.

Lo anterior, también incluye el puerperio, que es el período de recuperación tras el parto. Durante este período, la parte comitente deberá seguir dando la compensación a la persona gestante.

Es también necesario aclarar que cualquier remuneración que se haga pasar como compensación estaría extralimitando el alcance de la compensación y sería de carácter comercial, por lo que no estaría autorizado de conformidad con el proyecto de ley.



6.2.7. Cláusulas prohibidas

Como consecuencia de la protección a los derechos de la persona gestante, en el artículo 9 del proyecto de ley se encuentran las cláusulas prohibidas y que se entienden no escritas dentro del acuerdo de subrogación uterina para la gestación.

Las cláusulas prohibidas son todas aquellas que limiten o vulneren los derechos sexuales y reproductivos como parte integral del derecho fundamental a la salud, conforme los principios de dignidad humana, autonomía reproductiva e igualdad. Dentro de estas, las siguientes fueron incluidas de manera expresa, sin limitar otras que vayan en contra de la mencionada limitación o vulneración de derechos:

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

La razón de ser de las primeras 2 causales tiene que ver con la Sentencia C-055 de 2022, de la Corte Constitucional, por medio de la cual encontró ajustado a la Constitución Política la interrupción voluntaria del embarazo, hasta la semana 24.

En esta ocasión, se determinó que el artículo 122 del Código Penal es exequible condicionalmente “(...) *en el sentido de que la conducta de abortar allí prevista solo será punible **cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación y**, en todo caso, este límite temporal no será aplicable a los tres supuestos en los que la Sentencia C-355 de 2006 dispuso que no se incurre en delito de aborto, esto es, “(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista*



grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

A la luz de tal pronunciamiento, consideramos de la mayor importancia aclarar que no se podrá limitar el derecho de interrumpir voluntariamente el embarazo, al ser un derecho de rango constitucional de la persona gestante. Lo anterior incluye la terminación libre durante las primeras 24 semanas de gestación o posterior a estas, por medio de instrucción médica, dentro de los eventos descritos.

Es importante aclarar que, en estos casos, la persona gestante no deberá reconocer a la parte comitente ninguna suma dineraria, sino simplemente deberá restituir los bienes y efectos que le haya otorgado la parte comitente para el desarrollo de la gestación, conforme se encuentra descrito en el artículo 8 del proyecto de ley.

En cuanto a la tercera cláusula, es importante aclarar que no se podrá forzar a la persona gestante a realizar actos que atenten contra su libre desarrollo de la personalidad, tales como el obligarle a consumir cierto tipo de alimentos o evitar que desarrolle actividades sociales, religiosas o sexuales, por el solo hecho de llevar a cabo la gestación.

La cuarta cláusula busca que no se genere ningún detrimento patrimonial a la parte gestante como consecuencia de la gestación, incluso en los casos en los cuales existan ciertas actitudes contrarias a la voluntad de la parte comitente. Esto, debido a que el móvil altruista de la persona gestante impediría que fuera responsable por acciones le generen sanciones o cláusula penal, para garantizar la totalidad de sus derechos, en consonancia con las cláusulas prohibidas anteriormente.

La quinta cláusula busca evitar que la parte comitente obligue a la persona gestante a someterse a procedimientos de parto que vayan en contra de las normas de parto humanizado, descritas en la Ley 2244 de 2022, garantizando el derecho de la persona gestante durante el embarazo, trabajo de parto, parto, posparto y duelo gestacional y perinatal con libertad de decisión, conciencia y respeto.

En cuanto a la sexta cláusula, esta busca generar la nulidad de las cláusulas que generen ánimo comercial en el desarrollo de la práctica, conforme se ha mencionado durante el presente documento.

No obstante lo anterior, la lista transcrita no busca ser taxativa, sino proporcionar ejemplos de cláusulas que no estarían permitidas.



6.2.8. Del consentimiento informado en los actos médicos asistenciales

Cualquier proyecto de ley que sea discutido sobre la reproducción humana asistida debe complementar la protección y promoción de la salud con la seguridad, dignidad y derechos para las personas que están relacionadas con el proceso, en especial de aquellas nacidas por las terapias de reproducción asistida humana y de las mujeres, quienes más que los hombres, ven significativamente afectada su salud y bienestar general por la aplicación de este tipo de tecnologías, por lo que un proyecto de ley debe de forma clara y concisa precisar medidas para la protección de estas con el establecimiento de principios y reglas de aplicación.

Una de estas medidas es el consentimiento informado, para la participación en la TRHA como parte gestante, puesto que es el medio para que se dé un ejercicio de autonomía reproductiva a partir de la cualificación del consentimiento, procurando una mayor voluntariedad y libertad en el acto. En tanto, a través del mismo se traza el proceso información-voluntariedad-consentimiento, lo que implica que, habiendo recibido la información objetiva, amplia, clara y suficiente sobre todo lo que contempla la participación en el proceso de implantación, gestación y parto, se depura el proceso de toma de decisiones y se promueve el ejercicio de libertades al mismo tiempo que se reitera la relevancia de los derechos y la dignidad de la persona, que se pudiera encontrar en una circunstancia de asimetría. El consentimiento informado, ha sido analizado por la Corte en varias ocasiones, y frente a su carácter de principio autónomo, ha referido que:

*“La jurisprudencia constitucional ha determinado que el consentimiento informado, como un principio autónomo que a su vez protege la dignidad humana, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad personal, es un componente esencial de los derechos a la salud y de acceso a la información. **Por ello, el consentimiento informado debe cumplir con tres requisitos: debe ser (i) libre, es decir, debe ser voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción; (ii) informado, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, esto es – oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa- y en algunos casos; (iii) cualificado, criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento.** Así, en los casos de mayor complejidad también pueden exigirse formalidades adicionales para que dicho consentimiento sea válido, [...] En este sentido, este Tribunal ha determinado que **la complejidad de la intervención en la salud también es proporcional al grado de competencia del individuo.** Además, para todos los casos se requiere que la persona pueda comprender*



de manera autónoma y suficiente las implicaciones de la intervención médica sobre su cuerpo.”³⁷ [Énfasis fuera del texto]

Específicamente frente al consentimiento informado en los casos de fecundación in vitro, este alto tribunal se pronunció sobre los estándares mínimos de información estableciendo,

*“En decisiones tan trascendentales en el futuro del ser humano, debe asegurarse que el proceso de toma de decisión se realice con el soporte más informado y detallado posible. No se trata de un numerus clausus, si no de reglas indicativas y generales que pueden estar adicionadas con otras dependiendo del caso específico, y que buscan (i) que en la relación médica se respete la autonomía de los pacientes; (ii) **se jerarquice el rol de las mujeres, que en últimas son las que generalmente comprometen su cuerpo en este tipo de tratamientos** y (iii) **se entienda, por parte de la pareja y del personal médico, que en el escenario de la procreación, debe existir un equilibrio razonable entre la libertad de los futuros padres y la responsabilidad para con la descendencia.**”³⁸[Énfasis fuera del texto]*

En esos términos, se considera imperativo que el proyecto de ley reconozca las diferencias entre los consentimientos informados y los acuerdos de subrogación con fines civiles, dando relevancia a que en el caso del uso de este tipo de tecnologías las acciones deben estar enmarcadas en la salud y bienestar de las mujeres y en su participación en la toma de decisiones en salud dentro del proceso de gestación y los actos asistenciales derivados de este.

En consecuencia, se han formulado de manera separada, la definición diferenciada de consentimiento informado, el proceso de consentimiento informado y el contenido mínimo del proceso de información, así como indicaciones particulares de los responsables del proceso de información y posterior firma del documento de consentimiento informado que hará parte integral del acuerdo.

6.2.9. Del proceso asistencial, el manejo de tejidos reproductivos y embriones

Teniendo en cuenta la Declaración Universal sobre el genoma y los derechos humanos y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, se establecen disposiciones orientadas a la prevención de conductas eugenésicas, la manipulación de material reproductivo con fines de investigación en el contexto de subrogación uterina para la gestación, así como de la indicación explícita de todas

³⁷ Sentencia C-246 de 2017. M.P GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

³⁸ Sentencia T-375 de 16. M.P GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO



las decisiones relacionadas con el material genético humano deben respetar los principios de diversidad de las personas y del material genético humano.

Se retoma además en este la indicación sobre el proceso de consentimiento informado en clave de garantía del ejercicio de la autonomía reproductiva, la dignidad humana y la protección de la salud así como del bienestar de la mujer, y no como garantía del embarazo como medio para la obtención de un producto, para los casos en los que se requieran intervenciones intrauterinas durante la gestación, en las cuales se ponga el riesgo la vida de la gestante, se dará prevalencia a la integridad física y mental de esta de la misma manera que funciona para la Interrupción voluntaria del Embarazo.

Adicionalmente, se establece la necesidad de modificar las variables incluidas en el diligenciamiento del Certificado de Nacido Vivo y de los datos de seguimiento de la persona que se encuentra en puerperio, para que pueda darse continuidad a la vigilancia de eventos de morbilidad y mortalidad perinatal.

6.2.10. Sobre la intervención estatal

Como aspecto a resaltar, por medio del presente proyecto de Ley, como requisito de formalidad de los acuerdos de subrogación uterina para la gestación, se incluye la obligación de las partes de elevarlos a escritura pública, ante notario.

De esta manera, a partir de las funciones públicas ejercidas por parte de las notarías, estos serían el punto inicial de control, para efectos de poder notificar al sistema de salud y a las autoridades de dicho sistema, sobre la celebración de acuerdos de subrogación uterina para la gestación, por medio de elevarlos a escritura pública que deben realizar las partes, para que se puedan ejecutar estos acuerdos, previo control de legalidad por parte del notario.

Los aspectos que debe verificar el notario, para efectos de aceptar el acuerdo , son los siguientes:

1. El reconocimiento expreso de la parte comitente en el que reconoce y acepta el vínculo jurídico de filiación que se establece entre ella y la persona nacida, como consecuencia del acuerdo subrogación uterina para la gestación, inmediatamente de acaecido el nacimiento.
2. La aceptación expresa de la persona gestante en la que acepta que no tiene vínculos jurídicos de filiación con la persona nacida, como consecuencia del acuerdo subrogación uterina para la gestación
3. Manifestación escrita de consentimiento informado cualificado, para participar en el acuerdo de subrogación uterina para la gestación, el cual



- debe incluir que se han informado, de manera previa a la suscripción del acuerdo, lo establecido en el artículo 13 del proyecto de ley.
4. Las evaluaciones de salud física, mental y psicosocial de las partes del acuerdo, en los términos contemplados en los artículos 6 y 7 del proyecto de ley.
 5. La certificación médica que acredita que la parte comitente es incapaz de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de la persona gestante o del producto de la gestación.
 6. Certificado médico de la IPS que hará los procedimientos de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el que se acredite que al menos uno de los comitentes aporta su material reproductivo, cuando medicamente sea posible.

Una vez determinados estos requisitos, el notario debe proceder a hacer el registro del acuerdo en el sistema de información administrado por el Ministerio de Salud y Protección Social, descrito en el artículo 6 de la Ley 1953 de 2019.³⁹

Igualmente, como se anunció en la sección 6.2.3.8, las autoridades del sector notariado y salud, continuarán desarrollando sus funciones, en virtud del Decreto 3346 de 1959 (sobre las funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro) y la Ley 1148 de 2011 (sobre las funciones de la Superintendencia de Salud).

De conformidad con el artículo 21 del Decreto 3346 de 1959, la Superintendencia puede imponer (i) multas de diez a quinientos pesos, (ii) suspensión hasta por sesenta días y (iii) destitución del cargo. Estas sanciones serán impuestas según la gravedad de la falta que realice el notario respectivo, por ejemplo, pretermitiendo el registro en el sistema de información del acuerdo o también registrando un acuerdo que, a todas luces, estaría viciado de objeto y causa ilícitos.

Por parte de la Superintendencia de Salud, el artículo 131 de la Ley 1438 de 2011 le permite imponer las siguientes sanciones: (i) amonestación escrita, (ii) multas entre 200 a 8.000 salarios mínimos a personas jurídicas y entre 50 a 2.000 para personas naturales, (iii) multas sucesivas para personas jurídicas de hasta 3.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y de hasta 300 para personas naturales, (iv) revocatoria total o parcial de la autorización de funcionamiento, suspensión del certificado de autorización y/o el cierre temporal o definitivo de uno

³⁹ Artículo 6°. Registro Único. El Ministerio de Salud y Protección Social creará un registro único en el que estarán los centros de atención especializada autorizados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida, así como de los pacientes tratados. Quedan incluidos los bancos receptores de gametos y/o embriones.

Los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida solo podrán realizarse en los centros de atención especializada que estén en el Registro y que, por lo tanto, cumplen con los requisitos que determine el Ministerio de Salud y Protección Social.



o varios servicios y (v) remoción de representantes legales y/o revisores fiscales en los eventos en que se compruebe que autorizó, ejecutó o toleró con dolo o culpa grave conductas violatorias de las normas del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Finalmente, es necesario aclarar que será obligación de los notarios ante los cuales se realice el registro de los niños y niñas nacidos a partir de la subrogación uterina, reportar sobre dicho registro, para que así las entidades de protección de salud y de la infancia y adolescencia tengan conocimiento para su protección.

6.2.11. Implicaciones respecto de la filiación

Las normas de filiación se encuentran descritas en los artículos 213 y siguientes del Código Civil, mencionando la presunción de filiación de los hijos concebidos durante el matrimonio, salvo que se impugne la paternidad.

Estas normas reflejan la visión de la presunción de maternidad, en el entendido de que la misma no se puede impugnar, toda vez que al momento de su redacción no existían TRHA que permitieran que una persona que no sea la madre biológica, sea la madre de un hijo.

Igualmente, es necesario hacer referencia a las normas relativas al registro civil, documento en el cual reposa la información de padres y madres en territorio colombiano.

El artículo 49 del Decreto Ley 1260 de 1970, reza:

ARTICULO 49. <CERTIFICACIÓN DEL NACIMIENTO>. El nacimiento se acreditará ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido **a la madre** en el parto, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles.

Los médicos y las enfermeras deberán expedir gratuitamente la certificación.

Los testigos declararán ante el funcionario sobre los hechos de que tengan conocimiento y la razón de éste, y suscribirán la inscripción. El juramento se entenderá prestado por el solo hecho de la firma.

En cuanto a este artículo, se puede concluir que la madre que será objeto de certificado y posterior registro, es la madre que haya dado a luz. En los casos de la subrogación uterina para la gestación, esto implicaría que se registre a la persona gestante y no a la parte comitente.



Por tal motivo, en el artículo 20 del proyecto de ley, se ordenó la modificación del artículo en mención, toda vez que no se haría referencia al médico o enfermera que haya asistido *a la madre en el parto*, sino únicamente al médico o enfermera que haya asistido *el parto*, introduciendo la posibilidad de incluir en el certificado de nacido vivo las particularidades de los acuerdos de subrogación uterina para la gestación.

Esta reforma buscaría evitar que se generen controversias entre la persona gestante y la parte comitente o que se generen actos contrarios a la ley de registro civil, dando claridad respecto de la filiación.

En este punto, vale la pena aclarar que parte de los aspectos clave del consentimiento informado para la persona gestante, es que la misma comprenda con toda claridad que el producto de la gestación carece de vínculos filiales y que, por ministerio de la ley, el niño o niña que nazca como resultado de la subrogación uterina, es hijo de la parte comitente, con todos los derechos y obligaciones que esto implica para la parte comitente.

Igualmente, el Ministerio de Salud y Protección Social estará a cargo de modificar el certificado de nacido vivo, para así poder permitir su diligenciamiento, en los eventos de subrogación uterina.

6.2.12. De la seguridad social y aspectos a cargo de la parte comitente

Toda vez que la Sentencia T-275 de 2022 versaba precisamente respecto del reconocimiento de la licencia de maternidad para un padre viudo que actuó como parte comitente, este proyecto de ley busca regular este aspecto, para que las partes de un acuerdo de subrogación uterina para la gestación tengan certeza sobre los aspectos de seguridad social que se generan como consecuencia del embarazo.

En primer lugar, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo no establece directamente el derecho de la parte comitente para que se le reconozca la respectiva licencia, con ocasión del nacimiento de su hijo, a través de la subrogación uterina.

El Código Sustantivo del Trabajo tampoco establece de manera clara la licencia o incapacidad en cabeza de la persona gestante.

De esta manera, el proyecto de ley buscó hacer adiciones al Código Sustantivo del Trabajo que amparen los derechos de las partes del acuerdo de subrogación uterina para la gestación.

Los artículos 22 a 26 del proyecto de ley introdujeron las siguientes claridades respecto de este particular:



1. La persona gestante tiene derecho a recibir atenciones integrales del puerperio y seguimiento, en igualdad de condiciones de todas las demás personas gestantes, sean parte de un acuerdo de subrogación uterina para la gestación o no.
2. La persona gestante tiene derecho a incapacidad médica durante el tiempo de recuperación tras el embarazo (el puerperio).
3. Se adiciona el artículo 127-A al Código Sustantivo del Trabajo, en el sentido de reconocer el derecho a la licencia de paternidad y/o maternidad a la parte comitente.
4. Se adiciona el párrafo 6 al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, aclarando su aplicación de la licencia de maternidad y paternidad en los casos de acuerdos de subrogación uterina para la gestación.
5. Se adicionó el numeral 6 y un párrafo artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, con el fin de prohibir el despido a cualquiera de las partes de un acuerdo de subrogación uterina para la gestación.

Finalmente, el reconocimiento de la licencia maternidad y paternidad para la parte comitente tiene la intención de reflejar la reciente posición de la Corte Constitucional en la Sentencia C-415 de 2022.

En dicha decisión, la Corte Constitucional, se indicó que las parejas homoparentales tienen derecho a las licencias de maternidad, paternidad, parental compartida y parental flexible en relación con las parejas adoptantes del mismo sexo descritas en la Ley 2114 de 2021, toda vez que el legislador incurrió en omisión legislativa relativa.

De esta manera, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 (que modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo), en el entendido de entender incorporadas a las parejas homoparentales, al igual que a las parejas heteroparentales.

Por medio del proyecto de ley, se entienden incluidas todo tipo de parejas en el derecho a la licencia de maternidad y de paternidad, según corresponda, por lo que el entendimiento de la Corte Constitucional en la Sentencia C-415 de 2022 de que *“(...) corresponde a las parejas adoptantes del mismo sexo definir por una sola vez, quien de ellos gozará de cada prestación en las mismas condiciones previstas para las familias heteroparentales adoptantes”*, también se aplica a las parejas homoparentales que participen en un acuerdo de subrogación uterina para la gestación, como parte comitente.



Por otra parte, en cuanto a la financiación de los servicios de salud, el artículo 28 deja en claro que la persona gestante no se retira de los cuidados como parte aportante del sistema de seguridad social.

En ese sentido, se aclara que la parte comitente tendrá a cargo las atenciones relacionadas con estudios preconceptionales, y los procedimientos relacionados con la inseminación en el caso de la subrogación uterina para la gestación, así como la compensación y el seguimiento especializado requerido, que no sean prestados por el sistema de salud, con el fin de no generar impactos a este último.

7. Adopción de directrices de la Corte Constitucional

De conformidad con lo descrito en el presente documento y tal como fue anunciado en la sección 3 del mismo, por medio del proyecto de ley, se buscó, no solamente cumplir el exhorto de la honorable Corte Constitucional, sino dar cierre a los puntos que fueron destacados por parte de esta, durante los últimos 13 años.

Así, presentamos el siguiente cuadro con el cumplimiento de los aspectos resaltados:

Aspectos resaltados por la Corte Constitucional	Artículo del Proyecto de Ley Estatutaria
Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir	Artículo 7 – Requisitos habilitantes de la parte gestante
Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre)	Artículo 6 – Requisitos habilitantes de la parte comitente
Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas	Artículo 4 – Prohibiciones. Se prohíbe la práctica con fines comerciales El proyecto de ley prohíbe la subrogación uterina para la gestación con fines comerciales, así como la intermediación con fines comerciales.
Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.	Artículo 7 – Requisitos habilitantes de la parte gestante
Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas;	Artículo 8 – Requisitos habilitantes de la parte gestante Artículo 9 – Solemnidad del acuerdo.



Aspectos resaltados por la Corte Constitucional	Artículo del Proyecto de Ley Estatutaria
Que se preserve la identidad de las partes	Artículo 6 – Requisitos habilitantes de la parte comitente Artículo 7 – Requisitos habilitantes de la parte gestante CAPÍTULO V – Filiación Artículo 27 – Derecho a conocer
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;	Artículo 19 – No filiación
Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia	Artículo 18 – Filiación
Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor;	Artículo 11 – Muerte de la parte comitente
Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros	Artículo 9 – Cláusulas prohibidas. Se permite la interrupción voluntaria del embarazo, en los términos descritos en la Sentencia C-055 de 2022. Esto representa la evolución de la jurisdicción constitucional respecto de la interrupción voluntaria del embarazo.
La mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo	Artículo 4 – Prohibiciones Se prohíbe la mediación con fines comerciales.
La desprotección de los derechos e intereses del recién nacido	CAPÍTULO V – Filiación Artículo 11 – Muerte de la parte comitente
Los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley	Artículo 4 – Prohibiciones. Se prohíbe la práctica con fines comerciales
Los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas	CAPÍTULO V – Filiación Se establece la relación de filiación, por ministerio de la ley, impidiendo que se generen conflictos por desacuerdos. Artículo 8 – De la compensación. Se establece de manera clara el alcance de la compensación. Artículo 9 – Cláusulas prohibidas.



**MINISTERIO DE JUSTICIA Y
DEL DERECHO**



**MINISTERIO DE SALUD Y
PROTECCIÓN SOCIAL**

Aspectos resaltados por la Corte Constitucional	Artículo del Proyecto de Ley Estatutaria
	Se prohíbe la inclusión de cláusulas penales contra la parte gestante. Artículo 10 – Terminación anticipada. Se establecen los eventos de terminación anticipada y las consecuencias de esta.

De los honorables congresistas,

NESTOR IVÁN OSUNA PATIÑO
Ministro de Justicia y del Derecho

DIANA CAROLINA CORCHO MEJÍA
Ministra de Salud y Protección Social



Proyecto de Ley Estatutaria _____ de 2023

“Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia”

“El Congreso de Colombia,

DECRETA”.

CAPÍTULO I OBJETO, DEFINICIONES Y PROHIBICIONES

Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene como objeto regular la subrogación uterina para la gestación en Colombia, estableciendo los parámetros que regulan el proceso asistencial y clínico, el tipo de acuerdo entre las partes, las relaciones filiales y la protección de la subrogante y del producto de la gestación, en garantía de los derechos a la libertad de desarrollo de la personalidad y los derechos sexuales y reproductivos como parte integral del derecho fundamental a la salud, conforme los principios de dignidad humana, autonomía reproductiva e igualdad.

Artículo 2. Principios. Son principios rectores de la práctica de subrogación uterina la Dignidad Humana, Autonomía reproductiva e Igualdad y No discriminación.

Artículo 3. Definiciones. Para efectos de la presente ley se entiende:

1. *Acuerdo de subrogación uterina para la gestación:* Es el contrato bilateral, gratuito, aleatorio y solemne, por medio del cual la parte comitente y la persona gestante, acuerdan la subrogación uterina para la gestación, en los términos descritos en la presente Ley.
2. *Material reproductivo humano:* componentes anatómicos de tipo celular, tejidos reproductivos, y embriones que hacen parte del proceso de concepción, implantación y gestación.
3. *Parte comitente:* Es (Son) la(s) persona(s) que conviene(n) con la persona gestante, celebrar un Acuerdo de subrogación uterina para la gestación, con la intención de tener la filiación sobre el producto del embarazo luego del nacimiento. Al menos una de las partes comitentes debe estar vinculada genéticamente con el producto del embarazo, cuando medicamente sea posible.



4. *Persona gestante*: El término personas gestantes incluye a toda persona con capacidad biológica de quedar en embarazo y atravesar el proceso de gestación, lo que abarca, mujeres, hombres transgénero, transmasculinidades, personas no binarias o personas intersexuales, sin excluir otras identidades de género con las cuales la persona se autoreconozca, *que acepta la implantación del embrión* y el proceso de la gestación, sin que esto genere efectos de filiación, y quien entregará el producto de la gestación una vez terminada la gestación. Para efectos de la presente Ley, se entiende que la persona gestante no provee su propio material genético.
5. *Producto de la gestación*: producto de la concepción, implantación y gestación, independiente de la edad gestacional. Que, para efectos de la presente Ley, completará su proceso de crecimiento y desarrollo dentro del útero de la persona gestante sin que esto genere una filiación, y el cual será entregado a la parte comitente finalizado el período de gestación.
6. *Subrogación uterina para la gestación*: técnica de reproducción humana médicamente asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona o con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.

Artículo 4. Prohibiciones. Para la prevención de la explotación de la persona gestante y la garantía del interés superior del menor, se prohíbe la celebración o ejecución de acuerdo de subrogación uterina para la gestación:

1. *Comercial*. Que impliquen ánimo de lucro o provecho económico en el que la parte comitente pague a la persona gestante un valor que genere su incremento patrimonial y ganancia ocasional, que vaya más allá de la compensación en los términos contemplados en la presente ley.
2. *Transfronteriza o transnacional*. En que las personas participantes no cumplan con los requisitos habilitantes contemplados en la presente ley.
3. *Retracto bilateral*. En el que las partes puedan retractarse del cumplimiento de sus obligaciones, una vez se inicien los procedimientos médicos que involucren la manipulación de material reproductivo, respecto de la entrega del producto de la gestación, para la persona gestante y respecto de la



filiación con la persona nacida vida producto del acuerdo, para la parte comitente.

4. *Número de participaciones.* En el que la persona gestante haya participado en más de dos (2) acuerdos de subrogación uterina para la gestación.
5. *Negación de la filiación.* En el que la parte comitente pueda negar su vínculo filial con la persona nacida, y la persona gestante se oponga a que la persona nacida permanezca con la parte comitente o reclame su filiación con esta.
6. *Intermediación con fines comerciales.* En el que haya existido intermediación de personas naturales o jurídicas con fines comerciales

Se prohíbe a las personas naturales o jurídicas realizar publicidad sobre la necesidad de material reproductivo humano, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración, o cualquier otra actividad que implique captación con fines de explotación de las partes de un acuerdo de subrogación uterina por sustitución.

Las superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia y control del sistema general de seguridad social en salud y el servicio público de notariado y registro serán las competentes para para iniciar de oficio o a solicitud de parte, el proceso administrativo sancionatorio e imponer las sanciones correspondientes a sus vigilados, cuando existan los supuestos descritos en el presente artículo. Lo anterior, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinaria y penal a la que haya lugar.

Las partes y demás intervinientes que participen en cualquiera de las etapas de la celebración o ejecución de acuerdo de subrogación uterina para la gestación tienen la obligación de denunciar ante las autoridades competentes, la incursión en cualquiera de las prohibiciones contenidas en el presente artículo o cualquier otro acto contrario a la ley.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS, SOLEMNIDAD Y SEGUIMIENTO DEL ACUERDO DE SUBROGACIÓN UTERINA PARA LA GESTACIÓN

Artículo 5. Objeto del acuerdo. El Acuerdo de subrogación uterina para la gestación es un acuerdo de voluntades sin fines de lucro en el que la parte comitente con imposibilidad de concebir, o de llevar a término un embarazo, certificado médicamente, asume en favor de la persona gestante una compensación para que esta use su capacidad biológica de gestación para dar lugar al nacimiento de un ser



humano y entregar el producto de la gestación de conformidad con los términos establecidos en esta ley.

Artículo 6. Requisitos habilitantes de la parte comitente. Únicamente podrán ser parte comitente de un Acuerdo de subrogación uterina para la gestación, las personas, que cumplan las siguientes condiciones:

1. Ser nacional colombiano, colombiano casado con extranjero o extranjero residente en el país.
2. Ser una persona soltera, una pareja, casada o en unión permanente de conformidad con la ley colombiana, con imposibilidad de concebir, o de llevar a término un embarazo, certificado médicamente.
3. Tener entre veinticinco (25) y cincuenta (50) años de edad.
4. Encontrarse afiliados al sistema de seguridad social colombiano, dentro del régimen contributivo o el que haga sus veces.
5. La parte comitente debe aportar su material reproductivo, para garantizar el vínculo genético con el producto de la gestación, salvo que ambos en la pareja casada o en unión permanente o la persona soltera se encuentre diagnosticada con enfermedad o trastorno que afecte la fertilidad.
6. Tener idoneidad para la crianza del niño o niña, como padre o madre, o ambos según corresponda, conforme a lo establecido en el numeral 4 del artículo 12 de la presente ley.

Artículo 7. Requisitos habilitantes de la persona gestante. Únicamente podrán ser persona gestante de un Acuerdo de subrogación uterina para la gestación, las personas que cumplan las siguientes condiciones:

1. Ser nacional colombiano o extranjero residente.
2. Tener entre veinticinco (25) y treinta y cuatro (34) años.
3. Estar afiliada al sistema de seguridad social colombiano, dentro del régimen contributivo o el que haga sus veces.
4. Tener aptitud física y psicológica para poder gestar, acreditada a través de:
 - a. Un estado de salud que le permita someterse al proceso de inseminación, transferencia de embriones y gestación sin poner en peligro su vida, ni la viabilidad de la gestación, más allá de los esperados para un evento obstétrico.
 - b. Haber completado un parto con nacido vivo al menos una vez antes de la celebración del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación.
 - c. No haber estado en gestación en los dos últimos años.



- d. No haberse sometido a un proceso de subrogación uterina para la gestación más de una (1) vez.
- e. Cumplir con lo establecido en el numeral 4 del artículo 12 de la presente ley.

Artículo 8. De la compensación. La compensación estará a cargo de la parte comitente. En concordancia con lo descrito respecto del objeto del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación, este no podrá tener fines comerciales ni ánimo de lucro.

La compensación que trata la presente Ley únicamente podrá compensar los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la subrogación uterina para la gestación, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el posparto.

La compensación incluye aquel daño emergente y el lucro cesante que sean causa directa de los esfuerzos que deba realizar la persona gestante para efectos de cumplir con sus obligaciones en virtud del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación. Se entienden incluidos los daños secundarios o complicaciones imprevistas en el proceso.

Artículo 9. Cláusulas prohibidas. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no escritas las cláusulas del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación que limiten o vulneren los derechos sexuales y reproductivos como parte integral del derecho fundamental a la salud, conforme los principios de dignidad humana, autonomía reproductiva e igualdad, tales como:

1. Aquellas que impidan que la persona gestante se libere del cumplimiento de sus obligaciones, con anterioridad de la fecundación o durante las primeras veinticuatro (24) semanas de la gestación.
2. Aquellas que impidan que la persona gestante se libere del cumplimiento de sus obligaciones, en cualquier momento de la gestación si la continuidad de esta: (i) constituye peligro para la vida de la persona gestante, (ii) cuando exista grave malformación del feto, que haga inviable su vida por fuera del útero, y, (iii) en los casos en los cuales se identifique la inseminación no consentida o el vicio al consentimiento informado cualificado durante el procedimiento de inseminación.
3. Aquellas en que las partes se obliguen a realizar actos u omisiones que atenten contra el libre desarrollo de su personalidad, incluidas, más no limitadas a las conductas alimenticias, sociales, profesionales, sexuales o religiosas.
4. Aquellas que incluyan una cláusula penal o sanción a la persona gestante.



5. Aquellas que vayan en contra de la legislación vigente de parto digno, respetado y humanizado.
Aquellas que busquen que la compensación sea un reconocimiento por prestación de servicios o bonos por mediar la gestación.

Artículo 10. Terminación anticipada. El Acuerdo de subrogación uterina para la gestación únicamente terminará anticipadamente en los siguientes casos:

1. Fallecimiento de la persona gestante.
2. Interrupción voluntaria del embarazo.
3. Interrupción de la gestación por indicación médica.
4. Pérdida espontánea de la gestación.
Cuando la técnica de reproducción asistida no logre el estado de embarazo, después del número de ciclos de implantación acordados, los cuales no pueden superar 3 intentos.

Artículo 11. Muerte de la parte comitente. En caso de muerte de la parte comitente, se dará aplicación a las normas de restablecimiento de derechos descritas en el Código de Infancia y Adolescencia.

En este evento, el Acuerdo de subrogación uterina para la gestación no se entenderá terminado hasta tanto la persona gestante no haga entrega del producto de la gestación al tutor legal de este último.

Parágrafo: En caso de que la parte comitente esté compuesta por parejas casadas o en unión marital de hecho, la persona sobreviviente será quien obtenga la patria potestad de la persona nacida viva, producto de la gestación.

Artículo 11. Solemnidad del acuerdo. Previo al procedimiento de implantación todo acuerdo de subrogación uterina para la gestación tendrá que ser elevado a escritura pública ante notario, quien deberá realizar su registro en el sistema de información que para el efecto establezca el Ministerio de Salud y Protección Social.

El notario verificará los elementos de validez y contenido del acuerdo, así como el consentimiento informado en los términos contenidos en la presente ley. Así mismo, se deberá verificar que el acuerdo contiene:

1. El reconocimiento expreso de la parte comitente en el que reconoce y acepta el vínculo jurídico de filiación que se establece entre ella y la persona nacida, como consecuencia del acuerdo subrogación uterina para la gestación, inmediatamente de acaecido el nacimiento.



2. La aceptación expresa de la persona gestante en la que acepta que no tiene vínculos jurídicos de filiación con la persona nacida, como consecuencia del acuerdo subrogación uterina para la gestación.
3. Manifestación escrita de consentimiento informado cualificado, para participar en el acuerdo de subrogación uterina para la gestación, el cual debe incluir que se han informado, de manera previa a la suscripción del acuerdo, lo establecido en el artículo 12 de la presente ley.
4. Las evaluaciones de salud física, mental y psicosocial de las partes del acuerdo, en los términos contemplados en los artículos 5 y 6 de la presente Ley.
5. La certificación médica que acredita que la parte comitente es incapaz de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de la persona gestante o del producto de la gestación.
6. Certificado médico de la IPS que hará los procedimientos de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el que se acredite que al menos uno de los comitentes aporta su material reproductivo, cuando médicamente sea posible.

Parágrafo 1. El Ministerio de Salud y Protección Social incluirá en el sistema de información previsto en la ley 1953 de 2019 el registro y reporte de los acuerdos de subrogación uterina para la gestación, en los términos establecidos en la presente ley, dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a su promulgación.

Parágrafo 2. En caso de determinar que el objeto o la causa no cumplen con las condiciones descritas en la presente Ley, el notario podrá solicitar a las partes los ajustes que considere pertinentes para que los documentos contractuales cumplan con los requisitos descritos en la presente Ley.

Las partes deberán adoptar las modificaciones, so pena de que el notario se niegue a la prestación del servicio. Los acuerdos celebrados sin elevarse a escritura pública adolecen de invalidez jurídica, en los términos descritos en el artículo 1741 del Código Civil.

Parágrafo 3. Con el ánimo de proteger los derechos contemplados en el artículo 15 constitucional la escritura pública que contiene el acuerdo estará sujeta a reserva.



CAPITULO III DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS ACTOS MÉDICOS ASISTENCIALES

Artículo 13. Consentimiento informado. Para los efectos de la presente ley, se tendrá en cuenta que cuando se trata de consentimiento informado para los actos asistenciales derivados de la gestación en el contexto de un acuerdo de subrogación uterina para la gestación, estos deben cumplir con las características de cualificación del consentimiento orientado a reconocer la autonomía de la persona gestante.

Artículo 14. Proceso de Consentimiento informado. Es el proceso a través del cual se da la información sobre el acto asistencial para cualificar el consentimiento, se verifica la capacidad para la toma de decisiones en salud y se expresa la aceptación de la ocurrencia de un acto asistencial.

Para que el proceso de consentimiento informado se considere cualificado, debe ser voluntario y libre, provisto de información suficiente y clara, que incluya opciones, alternativas, riesgos y beneficios de cada uno de los actos asistenciales a realizar en el contexto del acuerdo de subrogación para la gestación.

Artículo 15. Contenido mínimo del consentimiento informado. El consentimiento informado cualificado que hace parte integral del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación debe incluir:

1. Los riesgos de los procedimientos de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
2. Los cambios esperados y posibles en el cuerpo de la persona gestante, en su salud y condición de bienestar, durante la preparación para la inseminación, la gestación, el trabajo de parto, el puerperio y el posparto.
3. Los efectos de los medicamentos e intervenciones necesarias para el proceso de inseminación y gestación.
4. Los posibles eventos obstétricos que supongan un riesgo para la vida y para el futuro reproductivo de la gestante.
5. Información sobre las implicaciones y consecuencias de las evaluaciones pre-concepcionales incluidas las evaluaciones de tipo genético.
6. El derecho de la persona gestante a la reserva de la confidencialidad de la historia clínica y a la anonimización en caso de considerarla una necesidad.
7. El establecimiento de variables para el ejercicio de reducción embrionaria y la interrupción voluntaria del embarazo.



8. Todas aquellas situaciones que, relacionadas o derivadas de la inseminación, supongan riesgos y daños parciales y definitivos derivados de la gestación, cómo pérdida de la fertilidad, cambios en las condiciones de sexualidad, salud sexual y reproductiva.

El proceso de información para la cualificación del consentimiento deberá ser adelantado por el equipo a cargo de los procedimientos de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y el documento del que trata el numeral 3 del presente artículo, deberá ser firmado por el médico que realizará la implantación y seguimiento del inicio de la gestación.

CAPÍTULO IV

DEL PROCESO ASISTENCIAL, EL MANEJO MATERIAL REPRODUCTIVO Y DE EMBRIONES

Artículo 16. Material reproductivo. Para adelantar el proceso asistencial de subrogación uterina como parte de una técnica de reproducción humana asistida se tendrán en cuenta las siguientes disposiciones:

1. Que la IPS haya verificado que el acuerdo de subrogación uterina para la gestación haya sido elevado a escritura pública conforme a los requisitos contemplados en la presente ley previo al desarrollo de actos asistenciales.
2. La persona gestante no podrá ser donante de óvulos para la gestación resultante del acuerdo.
3. Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético. En el caso de personas solteras, se podrá acudir a bancos de donación de gametos cuando por razones biológicas se requiera el material reproductivo humano.
4. El material reproductivo y embriones no podrán ser manipulados genéticamente con propósitos eugenésicos, ni de investigación.
5. El material reproductivo y embriones no utilizados en el proceso asistencial de subrogación para la gestación son propiedad de la parte comitente.
6. Las decisiones relacionadas con el material genético humano deben respetar los principios de diversidad de las personas y del material genético humano.
7. El consentimiento informado es requerido para cada uno de los procedimientos asistenciales que se adelantará en el cuerpo de la gestante y será dado de manera exclusiva por esta.
8. El consentimiento para el proceso de obtención, preparación y preservación de tejidos reproductivos de la parte comitente será dado de manera exclusiva por esta.
9. En caso de que se requieran intervenciones intrauterinas durante la gestación, en las cuales se ponga el riesgo la vida de la gestante, se dará prevalencia a la integridad física y mental de esta.



10. En caso de que se requieran intervenciones intrauterinas como cirugía fetal, el consentimiento para la realización del procedimiento deberá obtenerse de las partes.
11. En lo atinente al parto, vaginal o por cesárea, con respecto al parto digno y humanizado, deberá reconocerse la participación de los comitentes en la definición del plan de parto, respetando los acuerdos establecidos entre las partes y estableciendo un enfoque diferencial para el plan de parto, post parto y puerperio, siempre y cuando no se afecte los derechos fundamentales de la persona gestante.

Parágrafo. El Ministerio de Salud y Protección social actualizará la reglamentación de la habilitación para la prestación de servicios de los centros de atención especializada para realizar procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida.

Artículo 17. Certificado de nacido vivo. En todos los casos en que el nacimiento sea producto de un acuerdo de subrogación uterina para la gestación el certificado de nacido vivo deberá ser diligenciado de manera diferencial.

El Ministerio de Salud y Protección Social, realizará las modificaciones correspondientes y necesarias para el diligenciamiento del Certificado de Nacido Vivo cuando nazca en centro médico, o de los otros certificados que sirvan de título antecedente para el Registro Civil de Nacimiento, y de los datos de seguimiento de la persona que se encuentra en puerperio.

CAPÍTULO V FILIACIÓN

Artículo 18. Filiación. La filiación civil queda establecida entre la persona nacida y la parte comitente con independencia del aporte genético, sobre la base de la voluntad procreacional, y mediante el certificado de nacido vivo, la identidad de la parte comitente y el registro del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación.

La parte comitente no podrá impugnar la filiación del producto de la gestación.

Artículo 19. No filiación. La persona gestante no tiene filiación con la persona nacida producto del acuerdo. Así como tampoco aquellos donantes cuyo tejido reproductivo haya sido usado como parte de la técnica de reproducción humana asistida.



Artículo 20. Modifíquese el artículo 49 del Decreto Ley 1260 de 1970, el cual quedará así:

Artículo 49. Certificación del nacimiento. El nacimiento se acreditará ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido **el parto**, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles.

Los médicos y las enfermeras deberán expedir gratuitamente la certificación.

Los testigos declararán ante el funcionario sobre los hechos de que tengan conocimiento y la razón de éste, y suscribirán la inscripción. El juramento se entenderá prestado por el solo hecho de la firma.

Artículo 21. Se deberá informar el nacimiento al Sistema de Información definido por el Ministerio de Salud y Protección Social por el médico, enfermero, auxiliar de enfermería o en promotores de salud que se encuentren debidamente capacitados e inscritos en las Direcciones de Salud y que atienda el hecho vital; o por el funcionario registral cuando el documento conste por declaración juramentada presentada por dos testigos hábiles que hayan presenciado el hecho o hayan tenido noticia directa y fidedigna del nacimiento.

CAPÍTULO VI DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 22. Seguimiento al puerperio y perinatal. La persona gestante tiene derecho a recibir las atenciones integrales del puerperio y el seguimiento médico correspondiente según los parámetros técnicos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

El seguimiento deberá incluir la vigilancia de eventos de morbilidad y mortalidad perinatal.

Artículo 23. Seguridad social de la persona gestante. La persona gestante tendrá el derecho a la incapacidad médica correspondiente al período de recuperación de las condiciones fisiológicas del puerperio.

Artículo 24. Seguridad social de la parte comitente. Adiciónese el artículo 127-A a la Ley 1098 de 2006, así:



Artículo 127-A. Seguridad social de la parte comitente. La parte comitente en el marco de un Acuerdo de subrogación uterina para la gestación tendrá derecho al disfrute y pago de la licencia establecida en artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, desde el nacimiento de la persona producto del acuerdo de subrogación para la gestación.

La persona nacida viva como producto de un acuerdo de subrogación uterina para la gestación tendrá derecho a ser afiliado a la correspondiente seguridad social desde el momento mismo de su nacimiento.

Cuando la parte comitente sea constituida por una pareja por matrimonio o unión marital de hecho, deberá definir e informar la persona que disfrutará de cada prestación en cuanto a las licencias parentales, conforme lo establece la ley.

Artículo 25. Adiciónese el párrafo 6 al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, así:

Parágrafo 6. Las licencias e incentivos contemplados en el presente artículo para la adecuada atención y cuidado del recién nacido aplicarán en lo pertinente a la parte comitente en el marco del Acuerdo de subrogación uterina para la gestación.

Artículo 26. Adiciónese el numeral 6 al artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

- 6. En los casos de celebración de acuerdos de subrogación uterina para la gestación, se prohíbe el despido de la persona gestante durante el tiempo de la gestación.**

Para la parte comitente, se prohíbe su despido durante el tiempo de la gestación o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al nacimiento del producto de la gestación. Esta prohibición se activará con la notificación al empleador del estado de embarazo de la persona gestante acompañado de la escritura pública del acuerdo. La notificación podrá hacerse verbalmente o por escrito. En ambos casos el trabajador tendrá hasta un (1) mes para adjuntar la prueba que acredite el estado de embarazo de la persona gestante. Para tal efecto, serán válidos los certificados médicos o los resultados de exámenes realizados en laboratorios clínicos avalados y vigilados por las autoridades competentes.



Parágrafo. Cuando la parte comitente sea constituida por una pareja por matrimonio o unión marital de hecho, para que opere la prohibición de despido se requiere que una de las personas no cuente con empleo formal, situación que se acreditará mediante una declaración, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, de que la otra persona carece de un empleo.

CAPÍTULO VII OTRAS DISPOSICIONES

Artículo 27. Derecho a conocer. La persona nacida como consecuencia de un Acuerdo de subrogación uterina para la gestación tiene derecho a acceder a la información contenida en la escritura pública que contiene el acuerdo y al registro de la información dispuesto por el Ministerio de Salud y la Protección Social, alcanzada la mayoría de edad.

Parágrafo 1. Cuando la persona nacida como consecuencia de un acuerdo de subrogación uterina para la gestación no haya alcanzado la mayoría de edad, podrá acudir ante el Tribunal Superior competente, mediante apoderado o asistido por el Defensor de Familia, según el caso, para solicitar que se ordene el levantamiento de la reserva y el acceso a la información.

Parágrafo 2. El funcionario que viole la reserva, permita el acceso o expida copia a personas no autorizadas, incurrirá en causal de mala conducta.

Artículo 28. Financiamiento de la Subrogación Uterina para la gestación y procedimientos relacionados. Los servicios de atención y acompañamiento integral brindados dentro de los programas de control a la gestante o control prenatal brindados por las Empresas Prestadoras de Salud continuarán siendo prestados por el sistema de salud, salvo que la parte comitente asuma los servicios de medicina prepagada para estos.

En todo caso estará a cargo exclusivo de la parte comitente, las atenciones relacionadas con estudios preconceptionales, y los procedimientos relacionados con la inseminación en el caso de la subrogación uterina para la gestación, así como la compensación y el seguimiento especializado requerido, con excepción de aquellos indicados como parte integral del tratamiento de la infertilidad según la Ley 1953 de 2019 y su respectiva regulación, o la norma que le modifique o actualice.



MINISTERIO DE JUSTICIA Y
DEL DERECHO



MINISTERIO DE SALUD Y
PROTECCIÓN SOCIAL

Artículo 29. Financiamiento. El Gobierno Nacional apropiará los recursos necesarios del Presupuesto General de la Nación para garantizar el cumplimiento de las funciones asignadas al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Superintendencia de Salud y, a la Superintendencia de Notariado y Registro.

Artículo 30. Vigencia. La presente ley rige dieciocho (18) meses después de su publicación en el Diario Oficial.

De los Honorables Congresistas,

NESTOR IVÁN OSUNA PATIÑO
Ministro de Justicia y del Derecho

DIANA CAROLINA CORCHO MEJÍA
Ministra de Salud y Protección Social