

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO AL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA¹

Lady Magali Martínez Hoyos²

Steeven Cardona Arango³

Resumen

La maternidad subrogada es una forma de dar solución a los problemas de fertilidad para personas con deseos de concebir, esto por medio de las TRHA (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), dicha práctica que en el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra regulada, pero tampoco prohibida. El presente artículo plantea la necesidad que en Colombia se legisle sobre el tema, abordando todos los requisitos de formalidad que se deben cumplir entre las partes, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a un contrato atípico, siendo la falta de legislación una inseguridad jurídica para los contratantes y que ante el incumplimiento del contrato quede al arbitrio de ellos la búsqueda de soluciones, llevando esto a la vulneración de sus derechos y del menor recién nacido. También, se encontrará el análisis de las implicaciones frente a la filiación de ese menor fruto del convenio, considerando que en Colombia solo es madre quien da a luz, dando una descripción de los avances desde lo jurisprudencial y las Altas Cortes respecto al tema, llegando así a unas conclusiones dando respuesta a los objetivos planteados.

PALABRAS CLAVE: Reproducción natural; reproducción humana asistida; contrato atípico; derechos sexuales y reproductivos; maternidad subrogada; negocio jurídico.

¹ Artículo de revisión bibliográfica para optar por el título de abogado en la Universidad Católica Luis Amigó. Asesora metodológica y temática: Laura Victoria Cárdenas Rojas.

² Estudiante de la Facultad de Derecho y ciencias políticas de la Universidad Católica Luis Amigó. lady.martinezho@amigo.edu.co

³ Estudiante de la Facultad de Derecho y ciencias políticas de la Universidad Católica Luis Amigó. Steven.cardonaar@amigo.edu.co

Abstract

Surrogacy is a way of solving fertility problems for people with the desire to conceive, this through TRHA (Assisted Human Reproduction Techniques), said practice that in the Colombian legal system is not regulated, but neither prohibited. This article raises the need for Colombia to legislate on the subject, addressing all the formality requirements that must be met between the parties, taking into account that we are facing an atypical contract, the lack of legislation being a legal uncertainty for the contracting parties and that in the event of a breach of the contract, the search for solutions is left to their discretion, leading to the violation of their rights and of the newborn child. Also, the analysis of the implications regarding the affiliation of that minor fruit of the agreement will be found, considering that in Colombia only the mother is the one who gives birth, giving a description of the advances from the jurisprudential and the High Court's regarding the issue, arriving thus to some conclusions responding to the objectives set.

Keywords: Natural reproduction; assisted human reproduction; atypical contract; sexual and reproductive rights; surrogate maternity; legal business.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad como está establecido en el artículo 42 de nuestra Constitución Política, esta construcción ha predominado en la historia de Colombia, sin embargo, la realidad social ha permitido que se den muchos cambios con respecto a su formación, buscando dar solución a las nuevas formas de concebir. Uno de estos cambios lo podemos ver en los contratos de maternidad subrogada dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), donde esta se define como una forma de permitirles a las parejas que por cualquier motivo no puedan procrear, hacerlo por medio de avances tecnológicos y genéticos. Este tipo de maternidad se

presenta cuando, por alguna razón, la mujer presenta una alteración en su sistema reproductivo y/o sufre trastornos en alguna de las etapas gestacionales y que por razones médicas le es imposible gestar a su propio hijo(a).

Las técnicas de reproducción asistida fueron concebidas y desarrolladas para dar solución a este tipo de problemas, cuando se opta por este procedimiento en el vientre de otra persona da como resultado el nacimiento de un niño gestado por una mujer, sujeta a un pacto mediante el cual se establece el deber de ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figuraba como madre de éste.

Es esta realidad la que nos lleva a evidenciar que Colombia tiene un gran vacío en nuestro ordenamiento jurídico, ya que este tipo de contrato (la maternidad subrogada) no cuenta con un marco legal expreso donde se establezca las reglas claras para el ejercicio de esta figura o para prohibirla, generando con ello una inseguridad jurídica y confusión en nuestra carta política, buscando la necesidad no solo de regular, sino también de abarcar el ambiente en que puede desarrollarse, con completo cumplimiento de la ley.

Todo esto dejándonos así frente a nuevas problemáticas, referidas a ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que surgen por el incumplimiento de los contratantes cuando opera la figura de maternidad subrogada, por la falta de regulación colombiana? para dar respuesta a esta pregunta nos planteamos como objetivo general de esta investigación determinar que Colombia debe contar con un marco incluyente, equitativo y justo para todos los actores intervinientes en el contrato de maternidad subrogada y como objetivos específicos nos centraremos en analizar las características de este contrato atípico e identificaremos la necesidad de que exista esa regulación exhaustiva.

La importancia entonces de esta investigación es mirar todas las perspectivas de la celebración de este tipo de contrato, de alquiler de vientre o maternidad subrogada, considerando que desde el derecho se debe indagar y establecer las relaciones entre las

perspectivas jurídicas y bioéticas del contrato y sería entonces necesario establecer mediante creación normativa la regulación de las posibles variables que puede llegar a generar el desarrollo de esta práctica, por lo que subsiste la necesidad latente de una regulación que se articule a la normatividad vigente, el Estado no debe quedar al margen cuando existen intereses que deben protegerse, cuando las consecuencias jurídicas pueden ser perjudiciales para los contratantes, debido a que no está claro las obligaciones contractuales de las partes y posterior a esto recae la necesidad que este tema se analice y logre llegar a una conclusión donde se determinen sus alcances.

La metodología de esta investigación se circunscribe dentro de un enfoque cualitativo, debido a que se centra en el estudio de un sistema jurídico con grandes vacíos de tipo normativo, como en el caso del fenómeno de la maternidad subrogada que necesita ser profundizado para comprender el por qué y aunque a pesar de que en otros países, inclusive del contexto latinoamericano, se presentan considerables avances legislativos y jurisprudenciales sobre el tema, en Colombia, aún con casos evidentes y con la intervención de la Corte Constitucional al Congreso de la República para que legisle, no se presenta ningún avance. Todo esto articulado con un tipo de investigación descriptivo, analítico y documental, pues la información para llegar a los resultados será recopilada de documentos físicos y electrónicos, los cuales se analizarán y harán referencia a la descripción de eventos, sucesos y procedimientos que serán evaluados desde diferentes aspectos e indicadores para lograr describir lo que se está investigando y tener un resultado con la mayor precisión posible.

1. Características del contrato atípico de maternidad subrogada en Colombia, su validez y eficacia.

1.1 Definiciones y tipos de maternidad subrogada.

Según la R.A.E (Real Academia Española) es la técnica reproductiva que utiliza vientre de alquiler, o también es la mujer que, previo acuerdo o contrato, cede su capacidad gestante para que le sea implantado un embrión ajeno, engendrado mediante fecundación in vitro, y se compromete a entregar al nacido al término de su embarazo. (R.A.E, 2020)

En su etimología la palabra madre viene del latín “mater/matris” la cual a su vez del griego “mater/matros”, cuyo significado es madre, es la mujer que engendra una persona. (the free dictionary by Farlex, 2009) La palabra "subrogar" viene del latín surogare y significa "sustituir". Sustitución o colocación de una persona o cosa en lugar de otra. Ejercicio de los derechos de otro, por reemplazo del titular. Adquisición de ajenas obligaciones, en idéntica situación, en lugar del anterior obligado. (Vega , 2021)

Se puede definir entonces esta práctica como aquella alternativa dentro de las TRHA (Técnicas de Reproducción Humana Asistida) en virtud de la cual “una mujer gesta a un bebé, previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a la persona o personas que asumirán la paternidad sobre el mismo”. (Ruiz, 2013, pág. 4)

Es importante entonces definir que son las (TRHA), son tratamientos y procedimientos para lograr el embarazo. Estos procedimientos complejos pueden ser una opción para personas que ya pasaron por diversos tratamientos para la infertilidad, pero todavía no lograron el embarazo, las técnicas de reproducción asistida también ayudan a las parejas que, aunque consigan la fecundación, no consiguen gestaciones viables. Hay soluciones especiales para cada caso, por lo que es pertinente dar una

breve explicación de cada una de las técnicas de reproducción asistida que encontramos en la actualidad. (Monroy, 2013)

La primera denominada inseminación artificial, estriba en preparar una muestra de semen e introducirla en el útero, la fecundación se produce en las tubas uterinas (trompas de Falopio) de la mujer. La segunda llamada fecundación in vitro, en la cual los óvulos se extraen de los ovarios, la fecundación se produce en el laboratorio, es decir, los embriones se cultivan in vitro y se trasladan al útero de la mujer, y como tercera tenemos la transferencia de embriones congelados, los tratamientos anteriores producen embriones en exceso que son congelados. Este tratamiento consiste en descongelar los embriones y transferirlos al útero de la mujer. (Sanitas, 2021)

En el ámbito jurisprudencial frente al tema de la maternidad subrogada hasta el momento solo se conoce una sentencia por parte de la Corte Constitucional, la Alta Corte se pronunció a través de la Sentencia T-968 de 2009, en dicho fallo se define la maternidad subrogada como:

Es el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso, mediante él debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer figurará como madre de éste. (Sentencia T – 968 de 2009)

Los diferentes estudios analizados a través de esta investigación, concluyen que la maternidad subrogada o alquiler de vientre como una forma de permitirles a las parejas que por cualquier motivo no puedan procrear, hacerlo por medio de avances tecnológicos y genéticos. Este tipo de maternidad se presenta cuando, por alguna razón, alguno de los padres presenta una alteración en su sistema reproductivo y/o sufre trastornos en alguna de las etapas gestacionales y que por razones médicas le es imposible a la mujer gestar a su propio hijo(a). Las técnicas de reproducción asistida fueron concebidas y desarrolladas para dar solución a esta serie de problemas.

El siguiente cuadro nos enseña las actuales TRHA que se utilizan de acuerdo al material biológico:

MUJER SUBROGADA (Técnica de TRA)	ORIGEN DE LOS GAMETOS	HERENCIA GENÉTICA	SUBROGANTES (más probables)
Solo portadora de la gestación (FIV)	Gametos propios Ovocito + espermatozoide de los subrogantes	Materna y paterna: pareja subrogante	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pareja heterosexual
	Semen de donante Ovocito de la mujer subrogante + espermatozoide de donante	Materna: mujer subrogante Paterna: donante de semen	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pareja heterosexual con factor ♂ ■ Pareja homosexual femenina ■ Mujer sin pareja
	Ovocitos de donante Ovocito de una donante de ovocitos + espermatozoide del varón subrogante	Materna: donante de ovocitos Paterna: varón subrogante	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pareja heterosexual con factor ♀ (ovulatorio + uterino) ■ Pareja homosexual masculina ■ Varón sin pareja
	Gametos de donante Ovocito de una donante de ovocitos + espermatozoide de donante	Materna: donante de ovocitos Paterna: donante de semen (ninguna contribución genética de los subrogantes)	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pareja heterosexual con factor ♀ (ovulatorio + uterino) y factor ♂ ■ Mujer sin pareja con factor ♀ (ovulatorio + uterino)
Portadora de la gestación + Donante de ovocitos (IA o FIV)	Ovocitos de donante Ovocito de la mujer subrogada + espermatozoide del varón subrogante	Materna: mujer subrogada Paterna: varón subrogante	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pareja heterosexual con factor ♀ (ovulatorio + uterino) ■ Pareja homosexual masculina ■ Varón sin pareja
	Gametos de donante Ovocito de la mujer subrogada + espermatozoide de donante	Materna: mujer subrogada Paterna: donante de semen (ninguna contribución genética de los subrogantes)	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pareja heterosexual con factor ♀ (ovulatorio + uterino) y factor ♂ ■ Mujer sin pareja con factor ♀ ovulatorio además del uterino

(Boada, 2010)

Es importante señalar que en la actualidad se tienen dos modalidades de maternidad subrogada, en primer lugar, tenemos, **la subrogación tradicional, plena o total**: ésta se utiliza cuando la mujer no puede facilitar óvulos para su posterior fertilización. En este caso, la madre subrogada brinda el óvulo, y el padre (o un donante anónimo de esperma) aporta los espermatozoides. El futuro hijo, por ello, tiene una relación genética con la gestante subrogada; el esperma se introduce en el interior del útero de la madre sustituta a través de inseminación artificial o, si fuese preciso, mediante procedimientos de tecnología reproductiva. y generalmente el recurso que se usa para lograr la concepción es el de la inseminación artificial. (ICBF, 2020)

La subrogación gestacional o parcial: es la elección más recomendada en todos los casos, pero en especial cuando las futuras madres pueden producir óvulos con garantías para ser fecundados, pero que por razones médicas o incluso desconocidas no pueden llevar a término la gestación del embarazo. El esperma y los óvulos son aportados por los futuros padres o por los donantes de esperma u óvulos, con exclusión de la madre sustituta. Los óvulos son inseminados con la FIV, y el embrión resultante se transfiere al útero de la madre sustituta en un procedimiento de transferencia de embriones. En este caso el embrión no está genéticamente relacionado con la gestante. (ICBF, 2020)

También se encuentra que la maternidad subrogada según su finalidad puede ser onerosa o altruista (gratuita). De acuerdo con (Martinez, 2015), la primera opción se presenta cuando la madre gastadora acepta llevar a cargo el procedimiento de maternidad subrogada de manera gratuita, por lazos de cariño, amistad o parentesco con la pareja contratante; y la subrogación onerosa se da cuando la madre gastadora recibe de la pareja contratante una contraprestación por finalizar el embarazo y entregar al niño producto del acuerdo.

1.2 Elementos del contrato, sus partes y características.

a. **Las partes:** dos personas mínimo, por un lado, se encuentra la madre sustituta que es la mujer que gestará, llevará a cabo el embarazo y dará a luz al bebé; por el otro lado tendríamos a la pareja o a la persona que quiere convertirse en padre o madre, que será quien posiblemente aporte material genético, y quién o quiénes dado el caso pagarán por los gastos acordados. (Barrera Correa, 2020)

b. **Los elementos:** la maternidad subrogada es un contrato que contiene fuentes de obligaciones para ambas partes, bajo el entendido de que la voluntad,

tanto de la madre gestante como de los padres biológicos, es de llevar a cabo dicho acto jurídico. Su naturaleza contractual trae consigo que las partes contratantes cuenten con la capacidad necesaria para contraer y, además, que se celebre de forma verbal o escrita, siempre que la partes se obliguen en virtud de la manifestación de sus voluntades mediante una convención en donde se establezcan los efectos y los medios para llegar al fin específico. (Pacheco, 2020)

Así entonces, los elementos principales de este contrato atípico y sus modalidades, siguiendo lo establecido en el Código Civil Colombiano en sus artículos 1502, 1508, 1517, 1521 y 1524 se puede concebir que este acto tiene unos componentes esenciales para su existencia, los cuales son el consentimiento, el objeto genérico y como elementos de validez la capacidad, ausencia de vicios, objeto y causa lícita.

El consentimiento y voluntad: es un elemento primario del acuerdo que llegan las partes en el contrato. En este las partes previamente han apreciado una serie de condiciones, y llegan a un acuerdo para voluntariamente aceptarlas y cumplirlas. Así las cosas, al tener el consentimiento como elemento fundamental de todo contrato, se toma una importancia frente a la realización de cualquier procedimiento médico, toda vez que debe existir la manifestación de la voluntad de la persona que se sujeta a aquél.

El consentimiento constituye uno de los principios fundamentales en bioética, fundamentado en la “autonomía de la voluntad” la cual es fundamental en todo tratamiento médico. (Sentencia C – 933, 2007)

Es fundamental que esa voluntad o consentimiento tome legalidad, es indispensable que esta no adolezca de vicios que la afecten, los vicios del consentimiento los establece el legislador por medio del Código Civil en el artículo

1508: “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son: error, fuerza y dolo”

Según la Corte Constitucional, “**el error** consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento”. (Sala Plena de la Corte Constitucional, C-993 - 2006)

Otro vicio del consentimiento es la **fuerza**, entendida todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento. (Código Civil. Art 1513)

El **dolo** es otro de los vicios del consentimiento, del cual si es usado en una negociación siempre va a revelar efectos de invalidez, el dolo es realizado cuando una persona induce a otra a firmar un contrato por medio de engaños y mentiras, la conciencia y voluntad va encaminada a generar un daño, este vicio no recae como tal a la libertad o autonomía privada, sino sobre el conocimiento, es importante aclarar que puede existir dolo cuando una de las partes contratantes omite información de la cosa objeto del contrato. (Galeano Gutierrez, 2017)

En cuanto al objeto: según el artículo 1517 y 1521 del Código Civil Colombiano el propósito de este acto jurídico es entonces crear, modificar, transferir o extinguir obligaciones, el objeto de la obligación es dar, hacer o no hacer, así entonces la obligación que surge es el compromiso de la arrendataria de pagar el dinero pactado a cambio de la entrega del hijo (en caso que se hable de onerosidad del contrato) y por otro lado la obligación de la arrendadora sería la prestación del servicio de gestación y después a esto la entrega del menor.

En cuanto a la entrega del menor se ha entendido que este recién nacido es el producto de ese negocio. El fin u objeto de este contrato es precisamente la entrega del recién nacido, para que los contratantes finalmente puedan practicar el derecho de paternidad que tanto anhelan. Es en este elemento donde muchos críticos se basan para decir que se está cosificando la vida, que no se puede vender una vida humana (Amador, 2010). Cabe destacar que el objeto ilícito es todo lo que está prohibido por la ley, y este contrato al no estar regulado es completamente lícito.

En cuanto a las cargas obligacionales tenemos: de un lado, la madre subrogada, podemos observar cinco obligaciones básicamente según Morales de Setien Ravina, Carlos Francisco:

1) un denominado servicio de gestación, el cual consiste en el sometimiento voluntario a los respectivos procedimientos dependiendo la modalidad de TRHA que se use, hasta quedar embarazada; 2) el deber de cuidado que trae inmerso el estado de gravidez, procurando bajo las reglas de un utópico sujeto al cual denominaremos “buena madre gestante”, todos los cuidados propios e inherentes de una mujer cuidadosa y diligente frente a la maternidad, entre los cuales estaría el sometimiento a todos los procedimientos obstétricos, quirúrgicos y médicos en general que se requieran para llevar a buen término el parto 3) entregar la criatura que se gestó en su útero, en el tiempo y lugar convenidos; 4) ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este; 5) y, por último, quedar a disposición de los padres subrogantes para cualquier tipo de análisis congénito que se llegase a necesitar en eventuales enfermedades o patologías provenientes o desarrolladas en la etapa de gestación. (Morales de Setien Ravina, 2020)

Por otra parte, las obligaciones de la madre o pareja subrogante son:

1) pagar el valor convenido (dependiendo bajo cual modalidad, gratuita o altruista) 2) asumir de manera suficiente todo tipo de expensas, gastos, procurar los medios y, en general, lo que podríamos catalogar una obligación de “promotor” durante la etapa de gravidez; hay que esta no se limita a un aspecto meramente económico, pues además será obligación procurar todo en cuanto a medios, accesos, asesorías, profesionales médicos y, de ser necesarios, psicólogos, y demás requerimientos en torno al mismo o a cualquier condición médica que

se genere de la gestación, salvo pacto en contrario; 3) recibir el hijo nacido. (Hernandez Ramirez, 2011)

En este contrato de maternidad se da una obligación de hacer, en este caso poner al servicio de otro una función biológica propia, la de la gestación, según Gómez:

La licitud de este se identificará con tres criterios de evaluación: la legalidad, la preminencia del interés social y la moralidad. La legalidad indica que la conducta contractual no contraria normas imperativas. La preminencia del interés social señala que la conducta contractual no contraria el orden público, trátase del orden político o del orden público económico. La moralidad indica que la conducta contractual no contraria las buenas costumbres. (Gómez, 2010).

La causa: el artículo 1524 del Código Civil Colombiano nos dice que es el motivo por el cual se induce al acto o contrato, si un acto tiene una causa ilícita será totalmente nulo.

La causa como elemento constitutivo de los contratos, se comprende como el motivo por el cual se lleva a realizar un acto o contrato en sí. Resulta claro que la finalidad de esta práctica pone de manifiesto el interés genuino de los padres contratantes (o biológicos) de realizarse tanto a nivel personal como a nivel de pareja, ya que es entendido que la esterilidad es una castigo para la pareja y por ello un punto de ruptura en la unión (Molina, 2006), puesto que la reproducción tiende a legitimar el vínculo conyugal; la práctica de maternidad subrogada permitiría entonces obtener un nivel más alto de bienestar en relación a la salud mental y emocional.

Independiente de la naturaleza del contrato, es necesario que las partes estipulen cada una de las obligaciones acreedoras a las mismas, así como los riesgos y responsabilidades que puedan surtir por cualquier eventualidad como casos de fuerza mayor o caso fortuito que pueda entorpecer ese fin perseguido.

Existen diferentes posiciones con respecto al precio, pago o remuneración por el alquiler de vientre, el cual siempre dependerá del acuerdo al que se llegue entre las partes, son estos elementos los que configuran el contrato de alquiler de vientre, y cada legislación le podría añadir algunas particularidades. (Cadavid, 2016)

c. **Características:** Ahora analizaremos las características de este contrato atípico; como primera encontramos que es **bilateral** por existir un acuerdo anterior de voluntades, por un lado, tenemos la mujer que presta su cuerpo para asumir la gestación para luego dar al recién nacido, por otro lado, tendríamos a la pareja o a la persona que quiere convertirse en padre o madre, que será quien posiblemente aporte material genético, y quién o quiénes dado el caso pagarán por los gastos acordados. La bilateralidad se presenta por cuanto las partes se están obligando de manera recíproca estableciéndose en acreedores y deudores frente al otro. (Noguera, 1998)

También es un contrato **no conmutativo**, porque a pesar de ejecutar esfuerzos y establecer un precio por los servicios prestados, nunca serán equivalentes a las prestaciones una frente a la otra, por la naturaleza misma de la técnica, pero si se podría hablar de **aleatoriedad** en el entendido que, aunque dicha práctica tiene como finalidad la gestación de un bebe, no se podría avizorar en un 100% como serán las condiciones del bebe al nacer, como por ejemplo el fenotipo, o si el niño podría nacer con algún tipo de discapacidad. (Vallejo, 2015)

Es **principal** porque el contrato existe por sí solo sin la necesidad de existencia de otro acuerdo. Es **innominado** ya que como lo hemos expuesto anteriormente, no se encuentra regulado en la ley colombiana, los integrantes lo celebran bajo su autonomía privada. Es **consensual**, al ser innominado es consensual ya que solo hace falta el acuerdo de voluntades entre las partes para que se celebre, y también es de **ejecución diferida** por que las obligaciones van apareciendo y se modifican conforme avanza el embarazo (Winter, 1998), es decir, su eficacia queda en suspenso hasta el momento en que resulten

exigibles tanto los derechos como las obligaciones contenidas. El contrato nace desde su celebración, pero sus efectos están postergados.

Gratuito, ya que la Corte Constitucional en Sentencia T-950/06 establece como uno de los requisitos de los contratos de arrendamiento de vientre la gratuidad de los mismos (Areíza, 2019). La gratuidad se da porque una de las partes brinda a la otra un servicio, sin recibir nada a cambio. De esta manera la gratuidad brinda al acto jurídico plena eficacia; ya que el cuerpo humano no puede ser objeto contractual, a pesar que se quiera simular con otros términos, el vientre de la mujer gestadora es el objeto y el medio de la obligación emanada del contrato. Lo que se afirma es que existe un vacío legal, dado que no está establecido si un útero es una cosa que pueda ser alquilada.

1.3 Validez y eficacia.

Para hablar de validez y eficacia se hace indispensable definir estos dos conceptos, **la validez** indica la regularidad del contrato. El contrato válido es el que responde a las prescripciones legales, esta definición atiende al negocio jurídico en sí mismo y, apuntando a los efectos queridos por las partes. Ahora bien, para que el contrato sea válido se requiere que cumpla con los siguientes requisitos generales, que las partes contratantes sean legalmente capaces, es decir, que tengan capacidad legal para poder obligarse, que se consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, es decir, que de manera libre y espontánea se dé la aceptación, que recaiga sobre un objeto lícito y una causa lícita.

En cuanto a la **eficacia** de un negocio jurídico es esa capacidad de crear efectos. Es decir, el carácter vinculante y exigible jurisdiccionalmente de los términos y condiciones que definen ese contenido del contrato, es una consecuencia de ser el contrato, válido. Una fuerza o aptitud para producir efectos; en tanto que ineficacia es la ausencia de efectos, o más ampliamente, la afectación de éstos; por ser distintos a los esperados por las partes o por ser lesivos para ambas o alguna de ellas. (Porrás Camacho, 2020)

La validez de los actos jurídicos atípicos o innominados en el ordenamiento jurídico, resulta carentes para reglar todas las posibles negociaciones que se presentan o desarrollan los particulares en su cotidiano vivir. Esta es una realidad que en la práctica se presenten modalidades contractuales que, por el hecho de no estar reglamentadas en la norma, no carecen de validez jurídica.

En este orden de ideas, en este contrato prima el principio de la autonomía de la voluntad privada, el cual puede inducir a las personas a que celebren todos los acuerdos de voluntades que crean necesarios, siempre y cuando se respeten los derechos de los demás, las buenas costumbres, el orden público y se respeten los requisitos de existencia del negocio jurídico, como es la causa lícita y el objeto lícito.

La validez entonces estaría salvaguardada por el hecho de esas restricciones a la autonomía de la voluntad deben de estar positivizadas en el ordenamiento, al no existir norma alguna que prohíba la disposición de las capacidades de las partes del cuerpo, más que de las partes mismas, como objeto contractual, resulta viable jurídicamente celebrar el contrato.

La doctrina establece el argumento de que el contrato no pueden ser invalido ya que la remuneración que se paga a la madre gestante no remunera la adquisición de un menor a título de compraventa, sino en el pago de un servicio, en el cual se pone a disposición la capacidad fisiológica del vientre para la gestación del feto (Cohen, 1984), por lo tanto, se concebiría la gestación subrogada como un servicio prestado. Además, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, se ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42 constitucional, el cual indica que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes”. (Colombia, Constitución Política, 1991)

Así entonces la validez del contrato se materializa también en el uso de la libertad de las mujeres porque ellas en ejercicio de su desarrollo personal, pueden disponer de las funciones de su cuerpo en beneficio de otros, todo bajo el principio de la voluntad privada antes mencionado. Como lo define la Corte Constitucional:

Facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación. (Corte Constitucional Sentencia C-341, 2003)

También la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional, dice que en el actual ordenamiento jurídico colombiano, no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos, lo que lo hace válido, pero recalca esa necesidad apremiante de regular la materia para evitar, a verbigracia, la mediación onerosa, lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la clara 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.

Cabe destacar que los derechos sexuales y reproductivos admiten y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y brindan los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación.

El Alto Tribunal Constitucional en Sentencia T-732 de 2009, concordante con las Sentencias C-355 de 2006, T-605 de 2007 y T-636 de 2007, ha dicho:

Tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo, es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de

la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado.
(Sentencia T-732, 2009)

Ahora bien, la posición que se toma en la presente investigación después del análisis jurisprudenciales y doctrinales, es que este contrato al no contrariar la ley, la constitución o los principios socioeconómicos que sustentan el sistema, el objeto del contrato es un acto de mera disposición sobre la capacidad gestacional de un órgano, que no afecta de manera alguna la integridad física de las partes, y que puede ser objeto de negociación en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

También, es importante advertir que “en principio el valor de la vida y el ejercicio de estos derechos no se encuentra en colisión salvo cuando se trata del ejercicio del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo”, con ello ratifica la existencia intrínseca del derecho a la vida en el contrato. (Sentencia C-327, 2016)

De esta manera se establece que el contrato estudiado es lícito, aunque su práctica no se encuentre expresamente regulada, pero que esto no permite que la voluntad de esas partes se encuentre libre de cualquier delimitación por su licitud, viéndose obligados a unos límites que deben ajustarse en todo momento como lo son las disposiciones de la Constitución Política y a los elementos principales de los negocios jurídicos, como lo son la capacidad, la existencia, la licitud del objeto y la causa, por mencionar algunos.

De esta forma, vemos que la integración de la familia tiene varios matices y toda una convergencia complicada sobre el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas. En cuanto a esa equiparación de derechos sobre la diversidad de formas de surgimiento de los hijos y su reconocimiento tanto doctrinal como jurisprudencial, establece la base constitucional de protección y legitimación jurídica de las diferentes formas de reproducción asistida, dentro de las cuales se encuentra la maternidad subrogada.

2. Necesidad de una regulación normativa frente a la figura de maternidad subrogada.

La dualidad de posiciones respecto del tema hace que sea necesario que exista un ordenamiento idóneo para afrontar las nuevas realidades jurídicas en torno a la reproducción. La falta de legislación en los Estados que practican esta técnica simboliza un alto índice de inseguridad en el método para la madre gestante, el bebé o los padres contratantes, que va desde estafa, problemas de filiación del niño o que simplemente la gestante decida quedarse con el bebé.

El interés superior del recién nacido, no puede quedar al arbitrio de los particulares que intervienen en un procedimiento de esta clase, ya que el producto de la concepción es una persona que debe ser tratada como tal y no como una mercancía o cualquier tipo de objeto de cambio, por eso las leyes deben tomar en cuenta el principio que predomine para darle a la persona una protección más extensa, ya que el producto de la concepción es un bebé que necesariamente requiere toda la protección de la ley a un por encima del consentimiento como elemento de existencia del contrato.

En Colombia a pesar del exponencial aumento de entidades que brindan estos servicios, se establece un interrogante, como la necesidad de legalizarla y de regular los diferentes métodos relacionados a esta práctica, delimitando solo la intervención a especialistas. Han existido muchos proyectos de ley por parte de Senadores y Representantes de la Cámara, pero siempre sin éxito, tanto en lo referente a maternidad subrogada como a las técnicas de reproducción asistida en general. (Arteta, 2011)

2.1. Incumplimiento de las partes.

Ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas por los contratantes, y como se determinó anteriormente que estos acuerdos son válidos, se podría exigir su cumplimiento o invocar resolución del contrato, claro está, de cumplirse los

supuestos para ello. La resolución por incumplimiento según el artículo 1546 del Código Civil, se presenta en los contratos de prestaciones recíprocas. Cuando una de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede a su elección solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato con efectos retroactivos, y en cada caso, solicitar una indemnización por los daños.

Así entonces, la resolución por esa imposibilidad sobrevenida de la prestación se invoca cuando ha acaecido un hecho generado por la culpa de los contratantes o por ausencia de esta en caso fortuito o fuerza mayor, que impide la ejecución de las prestaciones convenidas en un contrato. La prestación se podría establecer imposible porque se pierde o arruina el bien que es objeto de ella, o porque alguna de las partes enferma o muere, o porque deviene en necesaria la abstención de la pretensión a la que se obligó. En virtud de la resolución, las partes han de restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento en el que se produce la causal que la motiva, y si esto no fuera posible deben reembolsar en dinero el valor que tenía en dicho momento. (Martínez S. D., 2019)

Las circunstancias en que se pueden presentar incumplimientos de las partes son de gran amplitud, como por ejemplo, si la mujer gestante decide no entregar al nasciturus, perderá el derecho a la compensación económica y deberá indemnizar a los comitentes por todos los gastos derivados del contrato, además de las acciones adicionales que estos puedan tramitar encaminados al establecimiento de la filiación a su favor, que en un principio se le reconocerá a la mujer gestante, en virtud de la filiación por vía natural. (Pacheco, 2020)

La responsabilidad civil en estos casos es destinado a indemnizar los gastos sufragados, por otra lado, si el incumplimiento es por parte de las personas que quieren convertirse en padres, la persona gestante podría pedir indemnización de perjuicios por daños morales, pero en lo que realmente se apoyarían para solucionar dicho conflicto sería un examen de ponderación del derecho del menor en primacía frente a los demás derechos,

siendo esto: la garantía del desarrollo integral del menor, las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales y el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que siempre prevalecen los derechos del menor. (Pacheco, 2020)

Es importante aclarar, que según la Corte en Sentencias T-968 de 2009 y T-316 de 2018, todo dependerá del método o modalidad del que se desee llevar, como en el caso tradicional, plena o total de maternidad subrogada existe un amparo constitucional evidente, al no existir duda sobre la propiedad del material genético porque la mujer no “transfiere” su posición y, por lo tanto, sus derechos como madre no son innegables, pero claramente después de ello se analizarán los intereses y derechos del menor.

En el evento de la modalidad gestacional, la mujer que gesta y da a luz no da sus óvulos y de por medio hay un compromiso único de gestar el embrión y darlo a luz. Para la Corte del ordenamiento jurídico no resulta clara tanto la permisión como la prohibición para practicar esta modalidad de reproducción asistida.

Estas situaciones claramente brindan una inseguridad jurídica de las partes porque cualquier controversia suscitada, siempre prevalecerá el interés del menor según el artículo 44 de la Constitución Política, como la garantía del desarrollo integral y la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

2.3. Filiación.

La filiación es un supuesto jurídico, que conlleva como consecuencia jurídica, el otorgarle a todo sujeto jurídico una identidad. Esta identidad supone la relación jurídica entre padres e hijos, definiendo los derechos y las obligaciones entre ellos.

La Corte Constitucional en Sentencia C 258 de 2015 la define, como:

El derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de la patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias, nacionalidad, entre otros. Además, a través de la protección del derecho a la filiación se concreta el contenido de otras garantías superiores como tener una familia, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. (Sentencia C 258, 2015)

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, define la filiación así:

La filiación es un derecho jurídico que tienen los niños, niñas y adolescentes, a tener una identidad y conservar sus elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y la filiación conforme a la ley, por eso deben ser inscritos(as) en el registro civil inmediatamente nacen. (ICBF, Concepto ICBF, 2019)

Según Abello (2007) se puede entender así:

La relación que existe entre padres e hijos. La palabra filiación se deriva del vocablo latino filius-filii que quiere decir hijo. La filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre a con su madre, vínculo que tiene fundamento, en principio en un hecho natural, la procreación, pero que jurídicamente puede tener otras fuentes como, la adopción o la reproducción asistida. (López, 2014, p. 10)

María Cristina Escudero Álzate (2016), en su obra Procedimiento de familia y del menor, plasma el concepto de filiación:

Del sentido mismo de la filiación se puede derivar la definición. En este orden, esta figura se define como el vínculo jurídico que se entabla entre dos personas, el padre o la madre, de un lado, y el hijo de otro lado. Así concebida, tiene lugar la llamada filiación paterna o materna. (Alzate, 2016)

La misma autora sostiene que la filiación se puede dividir en tres grupos, el primero sería:

La filiación por procreación, también llamada biológica o por naturaleza, en la medida en que emerge de la cópula carnal, valga decir, entre la relación sexual del hombre y la mujer, relación que trae consigo un embarazo y su posterior alumbramiento. En consecuencia, el

hijo será producto de tal relación y tendrá por padres al hombre y la mujer que participaron en la mencionada copulación carnal. (Alzate, 2016)

En el segundo grupo contextualiza el siguiente: “La filiación por generación está determinada por la utilización de los diversos métodos de fecundación asistida: inseminación artificial y fertilización o fecundación in vitro” (Alzate, 2016)

El tercer grupo lo definió:

La filiación adoptiva a diferencia de las anteriores formas de filiación, la filiación adoptiva es de creación legal. Las filiaciones de procreación y generación se caracterizan por la presencia de vínculo de sangre, en tanto que la filiación adoptiva tales vínculos están ausentes por completo. (Alzate, 2016)

En la práctica de la maternidad subrogada al utilizar material biológico de diferentes sujetos, los padres contratantes y la madre gestante, nace el interrogante en cuanto a la determinación de la filiación materna, ya que a la luz del ordenamiento jurídico colombiano esta se establece por el hecho del parto, dejando a la madre contratante solo un camino legal, la adopción de su propio hijo.

No obstante, según Quiceno:

Dicha práctica tiene algunos inconvenientes a la luz de la ley colombiana, por cuanto el Código del menor anteriormente y ahora el de la Infancia y la Adolescencia, han prohibido otorgar consentimientos para adoptar respecto de personas determinadas, encontrándose una solución a través de reconocimiento de la paternidad por parte del padre y la posterior adopción del niño o la niña por parte de la cónyuge o compañera de este, ya que tal figura si está autorizada por el Código de Infancia y la Adolescencia. (Quiceno, 2012 p. 532)

La legislación colombiana hasta el día de hoy tiene un vacío jurídico frente al tema de filiación cuando se utilizan Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), en la Sentencia C 004 de 1998 nos establece la filiación frente al padre con la utilización de estas técnicas,

La duración de la gestación no se puede considerar un factor definitivo en la prueba de la filiación y que ahora se demuestra principalmente, por las características heredo-biológicas

análogas entre el hijo y su presunto padre, y por la prueba antro-po-heredo-biológica. (Sentencia C 004, 1998)

Esto nos deja más posibilidades de que se demuestre la filiación entre padre e hijos cuando se utilicen TRHA, como la inseminación artificial, la fecundación in vitro, entre otras.

Pero donde queda la filiación materna cuando es quien dona los óvulos para su fecundación y posteriormente se utilizan las TRHA en el vientre alquilado, ya que en Colombia la filiación se refuta de la mujer que da a luz y no de la biológica. De acuerdo al decreto 1260 de 1970 artículo 49:

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... (República, 1970)

Y según explica el artículo 335 del Código Civil Colombiano se puede impugnar la maternidad “la maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero”.

Dicho lo anterior, hasta el momento y de acuerdo a la ley solo se podrá discutir la filiación materna con la impugnación de esta por parte de la madre que se refuta como ello. También cabe anotar que de acuerdo a la Sentencia C 109 de 1995 se puede alegar la filiación real por parte del hijo si es su decisión de conocer su verdad biológica.

La corte concluye que, dentro de límites razonables y en la medida de lo posible, toda persona, tiene derecho a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real. Las personas tienen entonces, dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero “derecho a reclamar su verdadera filiación”. (Sentencia C 109, 1995)

Ante esta realidad, los pretendidos derechos de la madre que aporta el material biológico, no podrán ser protegidos porque sencillamente no existe una norma que ponga en orden esta situación, no hay regulación de un contrato de maternidad, además de que un embrión o un vientre sean objeto de este, y de que una mujer que no haya dado a luz a su hijo sea tomada como la madre de ese recién nacido parido.

3. Marco incluyente, equitativo y justo, para todos los intervinientes en el contrato de maternidad subrogada en Colombia.

Antes de dar claridad sobre la importancia de la inclusión, equidad y justicia dentro de ese futuro marco legislativo, establecemos la pertinencia de dar una breve reseña histórica que vislumbre la trayectoria de este contrato atípico. Las aproximaciones realizadas sobre la maternidad subrogada, dan cuenta de documentos antiguos que muestran acontecimientos similares a la sustitución de la maternidad. Así, una de las primeras manifestaciones de las características de la subrogación de la maternidad según (Ruiz, 2013), se encuentran en algunos hechos descritos en la Biblia, como por ejemplo: “cuando Sara la esposa de Abraham, ante la imposibilidad de quedar embarazada, le presta a su sirvienta Agar, que si pare un hijo para él” (Ruiz, 2013) Situaciones como la anterior, se observaban en las reglas de la Mesopotamia en donde se permitía que el varón se casase con otra mujer si la primera no le daba descendencia.

Así mismo, también esta práctica se remonta al antiguo testamento en las sagradas escrituras, donde:

Viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: Dame hijos, o si no, me muero. Y Jacob se enojó contra Raquel y dijo ¿yo soy acaso Dios, que te impidió el fruto de tu vientre? Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilhá; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella. Así le dio a Bilhá su sierva por mujer; y Jacob se llegó a ella. Concibió Bilhá, y dio a luz un hijo a Jacob. (Sagrada Biblia, Génesis 30, 1960)

Los historiadores dan cuenta también que en la Grecia Antigua la esterilidad “era producto del enojo de los dioses. En esta etapa, la mujer era señalada y repudiada por una cuestión biológica, al no ser fértil, el varón podía acudir sin problema a esclavas para que estas les dieran descendencia”. (Figuroa & Hernández Ramírez, 2011) Lo anterior, vislumbra que las alternativas en caso de infertilidad para las relaciones familiares han estado siempre presentes en la historia de la humanidad, siempre en la contante búsqueda de salidas donde se pudiera asegurar la descendencia y la administración en un futuro del patrimonio acumulado por parte de los padres, y también satisfaciendo esa necesidad biológica de engendrar.

En la actualidad, la subrogación de la maternidad, vista desde un contexto global, existen grandes diferencias en cuanto a las posturas que se tienen en los diferentes países, unos la aprueban, otros la prohíben y en otros no se tiene una claridad jurídica como en Colombia y Brasil. Otras legislaciones como las españolas han configurado un limitante ilícito civil, sin llegar a convertirse en una sanción administrativa o un delito, que lo ha reiterado de la siguiente manera: “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”. (Godoy, 2014)

En Francia, Alemania, Suiza, Italia, Portugal y Austria, está prohibida la maternidad subrogada, ya que esto generaría problemas de filiación, de tráfico de menores y de personas (madres sustitutas), y diversas opiniones que dieron a estos países el suficiente soporte para prohibirlas. (Lamm. & Lamm, 2013)

En el caso de los Estado Unidos el derecho a procrear ha tenido un amplio desarrollo, la jurisprudencia norteamericana establece la categoría de derecho fundamental del right to, reproduce de la libertad personal, la doctrina de esta nación reconoce que se trata de un derecho cuya titularidad corresponde a las parejas o personas, estériles o no, que les faculta a procrear de manera natural y acceder a cualquiera de las técnicas de fecundación artificial (Arámbula Reyes, 2008).

Ahora bien, en el caso colombiano como le hemos venido analizando, hay un gran vacío normativo que se hace necesario llenar, teniendo en cuenta que se ha vuelto una problemática y realidad social, ya que no se debe dejar a discrecionalidad de las partes la búsqueda de soluciones, cuando se presenta diferencias entre ellas, pudiendo generar consecuencias jurídicas para las partes y poniendo en peligro la garantía de todos los implicados. Se debe tener en cuenta que la ciencia avanza constantemente y que el derecho no puede quedarse atrás a la hora de regular esta práctica.

Dicha regulación que se preste en un futuro en Colombia, sobre el tema tratado, debe tener un marco **inclusivo**, esta inclusión vista desde la perspectiva de todos los intervinientes en el contrato, es decir tanto las personas que quieren ser padres, como la mujer que gesta en su vientre la criatura, las entidades encargadas de los tratamientos, como también ese bebe fruto del convenio, es decir, que cada uno tenga a través de esa ley, sus derechos y obligaciones claros, para brindar amplia protección, como también las consecuencias por su incumplimiento.

También sería necesario que dicha inclusión se diera no solo de lo anteriormente mencionado, si no también mirándolo desde las perspectivas de género y las diferentes tipologías de familia que hoy vive la sociedad, es decir, que permita establecer y acoger a las personas solteras que desean ser padres o madres y tiene la capacidad económica, psicológica, ética y moral para serlo, igualmente la inclusión de la población LGBT, parejas homoparentales que decidan realizar dicha práctica no se vean excluidas por la norma, con el fin de que posteriormente no sea necesario que la Corte Constitucional a través de jurisprudencia se pronuncie sobre el tema.

De acuerdo a como lo menciona Francisco Javier Jiménez Muñoz, este tipo de contrato también nace como un “medio obligado para que las personas homosexuales masculinas e incluso los hombres solos, puedan ser padres al margen de la subrogación,

supuestos en los que obviamente el óvulo deberá provenir de madres sustituta o de una donante por razones biológicas”. (Jiménez, 2012)

Conforme a Vela Sánchez, se puede dar una propuesta de regulación, modificando el ordenamiento jurídico, ya que es un convenio que vendría siendo un negocio jurídico especial del derecho de familia, gratuito u oneroso, en documento notarial, donde una mujer con capacidad obra libremente en llevar a cabo la gestación con TRHA y cumple con requisitos para poder hacerlo, en el cual podrá o no aportar su óvulo con el compromiso irrenunciable de entregar al bebé; los demás intervinientes podrán ser personas solteras o pareja, matrimonial o de hecho, aportando al menos uno su material genético, certificación del origen biológico del hijo, al igual que podrán contemplarse cláusulas adicionales para el legal cumplimiento del contrato y también los efectos del incumplimiento del convenio. (Vela, 2012)

Colombia tiene una cultura jurídica derivada de ciertos principios religiosos, que se han impuesto y que posiblemente condicionan, como consecuencia de la raza o ideología política, como lo nombra María Luisa Balaguer en su libro Hijos del mercado “parte de la idea de que existen ciertos límites en los actos y conductas sociales que no deben rebasar los mínimos de la condición humana, y que el ordenamiento jurídico debe proteger”. (Balaguer, 2018)

En cuanto a lo **equitativo y justo**, nos referimos no solo a la protección integral de derechos de todos los implicados, sino también a esas posibles consecuencias negativas que se podrían generar por incumplimientos, por esa responsabilidad civil que en estos casos claramente puede trascender lo patrimonial; destinado a indemnizar los gastos sufragados; y que, para dirimir los litigios que se presenten, no sean por la escasa jurisprudencia que existe, sino por una ley, que brinde seguridad y claridad en el tema, para que cuando se acuda a la justicia, sea más fácil solucionar el conflicto y desde antes se pueda vislumbrar claramente las posibles consecuencias que se puedan generar dentro de la relación contractual.

De igual manera, a pesar de la carencia de regulación, no obsta para que la voluntad de las partes se encuentre libre de cualquier delimitación por su licitud, viéndose constreñida a ciertos límites que deben atenderse en todo momento como lo son las disposiciones de la Carta Política y a los elementos primordiales de los negocios jurídicos, como lo son la capacidad, la existencia y licitud del objeto y la causa, entre otros.

Así entonces, los jueces aparte del análisis de los elementos estructurales del contrato, deberán hacer un examen de ponderación del derecho del menor en primacía frente a los demás derechos, siendo estos, la garantía del desarrollo integral del menor, la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales y el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen siempre los derechos del menor. (Pacheco, 2020)

En este orden de ideas es importante traer a colación los compromisos a los que se adhieren las personas en la gestación subrogada, ya que son variados y comprenden varios momentos como la etapa previa de gestación, la etapa del periodo de gestación y la etapa de nacimiento, entrega del nacido y registro. (Areíza, 2019)

Así las cosas, como lo establece Enríquez calderón:

Este negocio jurídico de la gestación por sustitución implicara la reformulación en la teoría de la constitución de la filiación y del estado civil de las personas; sería además una variación a la institución de la adopción y reformaría la presunción y prueba de la maternidad. Por tanto, la norma que se produzca no debe apuntar a estructurar válidamente un contrato, sino a regular ampliamente su homologación y la de sus efectos jurídicos. (Enríquez Calderón, 2018)

Es claro que se pueden presentar situaciones, como podrían ser, las cláusulas abusivas que plasman alguna limitación sobre el cuerpo de la mujer gestante, llegando a afectar su libertad personal, autonomía o privacidad, ya que de ninguna manera podría imponerse determinados hábitos, como: consumir algún tipo de droga o limitarlas en su libertad de movimiento con prohibiciones a viajar o practicar determinadas actividades. (Salazar, La gestación para otros: una reflexión jurídico constitucional sobre conflicto entre deseos y derechos, 2018)

Se podría también establecer, que dicha propuesta legislativa consagre unos requisitos legales, que pueda incluir cláusulas vinculantes de ausencia de onerosidad bajo la gravedad de juramento, también, que el acto jurídico sea susceptible de registro, quizás no de instrumento públicos, pero sí una institución del Estado que coordine y administre los registros de las personas que contraten la subrogación de maternidad, todo con el fin de brindarle control y vigilancia al Estado. Así, con estas solemnidades, se facilite la prueba de la existencia del mismo, este se dé de forma escrita y esté autenticado ante una autoridad competente. Este requisito tendría por objeto que, en caso de controversia entre las partes, sea revisado por el juez competente y sea menos dispendioso solucionar el conflicto.

De esta manera se dará una flexibilización de las normas de filiación mediante una reforma legal, el registro obligatorio establecido por el Decreto 1260 de 1970, para que se haga más claro y específico que la madre gestante renuncia expresamente a la maternidad y siendo posible registrar a los padres contratantes como tales. Es necesario romper con la idea tradicional el cual establece que madre es aquella que gesta a los menores y que da a luz y como tal sea la única que puede aparecer en el registro de nacimiento (salvo que exista un proceso judicial de por medio). (Delgado Benavides, 2016)

Por tal razón se puede entrever que la subrogación en la maternidad cuenta con todos los elementos para ser jurídicamente viable, y su práctica debe entonces plantearse no como un mero contrato sino como un negocio de familia que como lo establecen Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve:

Las principales instituciones de familia obedecen al querer, a las declaraciones o manifestaciones que una persona hace, con el fin de realizar su proyecto de vida en procura de afecto, protección, ayuda y en general su felicidad y la de los demás con quienes deben relacionarse; así el matrimonio es el resultado del libre desarrollo de la personalidad, de la libertad, del querer de dos personas que expresan sus voluntades frente a un funcionario civil o religiosos revestido de competencia especial para decepcionarlas; el fundamento de la unión marital es igual; también la adopción, que se hace para prohijar a un menor en una familia, es el resultado del querer del adoptante o de los adoptantes; el reconocimiento de un hijo extramatrimonial también lo es y qué no decir del acuerdo de voluntades para establecer el régimen de bienes del matrimonio. (Valencia Zea, 2011) (p.564)

De lo anterior observamos como los autores, hacen énfasis en que los negocios jurídicos familiares tienen íntima relación con el emprendimiento de un proyecto de vida, y la subrogación en la maternidad también lo es.

Como lo establece Daza Coronado, Sandra Milena:

La legalidad de la maternidad subrogada en Colombia, deberá estar amparada dentro de un marco jurídico que determine la finalidad con la que se recurre y que no sea más que otra, que la de facilitar la procreación solidariamente, mediante la intervención científica que garantice todos y cada uno de los bienes jurídicos tutelados por la ley; garantía debe darse bajo el cumplimiento de los derechos fundamentales que le asisten a las personas que recuren a esta práctica como una alternativa en su procreación, lo que desde el punto de vista jurídico es posible a través de un desarrollo legal que la regule, conceda derechos y otorgue obligaciones dentro de las libertades y límites señalados en la Constitución y demás instituciones jurídicas que se relacionen. (Daza Coronado, 2019)

Así entonces, Se hace un estudio de un cumulo de principios constitucionales, como, por ejemplo, los fines del Estado social de derecho, los derechos fundamentales y los sujetos de especial protección, de esta manera se fundamentará la práctica de la maternidad subrogada estableciendo su futura reglamentación como una institución jurídico familiar en

la que predomine el interés superior, sobre los intereses particulares. (Daza Coronado, 2019)

Es importante el análisis que debe hacer el legislador sobre la onerosidad que se puede presentar en el contrato, ya que este requisito puede llegar a ser controversial en la sociedad colombiana, ya que ciertas personas podrían asegurar que se está comerciando con la vida y con los órganos, lo cual está prohibido expresamente nuestro ordenamiento jurídico. Aun así, con una limitación y amplia regulación por parte del Estado, es posible establecer la onerosidad como un elemento compensense a la madre gestante. (Delgado Benavides, 2016).

Se debe revisar de igual forma el tema de reproducción humana asistida ya que es trascendental que la consagración apta de estas dos problemáticas vayan de la mano y tengan presente la evolución de diferentes criterios, como médicos y científicos, que lo único que siempre buscan es darles a las personas más posibilidades de cumplir con su deseo y su derecho a tener una familia. (Delgado Benavides, 2016)

El ordenamiento jurídico colombiano no puede ignorar a todo aquello que la sociedad colombiana y la ciencia exigen.

Conclusiones

Después del análisis realizado en la presente investigación se estableció que, el contrato atípico de maternidad subrogada en Colombia es válido, ya que, de acuerdo a las características estudiadas de este no se vislumbraron causales algunas que afecten la validez, por cuanto no hay una norma expresa que indique lo contrario o que prohíba la disposición de las capacidades de las partes del cuerpo, más que de las partes mismas, así mismo, el análisis hecho frente a ese objeto del contrato, se deduce que es un acto de mera disposición sobre la capacidad gestacional de un órgano, que no afecta de manera alguna la integridad física de las partes, y que puede ser objeto de negociación en ejercicio de la autonomía de la voluntad. De esta manera se aprueba disponer que la autonomía de la

libertad y el libre desarrollo de la personalidad, son aquellos principios que ponen en marcha esa relación contractual, cumpliendo con los elementos de validez, en cuanto a la capacidad y consentimiento, libre de vicios.

Ahora bien, en el transcurso de la investigación hemos podido reflexionar en la importancia de la legislación frente al tema, ya que Colombia tiene un gran vacío judicial, no solo por las controversias que pueden surgir por el incumplimiento de las partes en la ejecución del contrato, sino también, por los problemas que se presentan con respecto a la filiación.

Debemos tener en cuenta que, en nuestro país solo es madre quien da a luz, por lo anterior nos surge el siguiente interrogante: ¿dónde quedan las madres que aportan su material genético cuando se utilizan las TRHA? Pues bien es cierto que, la madre sustituta solo alquila su vientre para el desarrollo de este embrión, no obstante, todo el material genético fue aportado por los padres contratantes (tanto la madre como el padre), pero en el momento del parto, en el documento legal, solo se refuta madre la mujer que dio a luz, es allí, cuando nos encontramos en un gran problema y observamos la necesidad de una norma que regule este vacío jurídico, ya que dicho documento lleva por madre a la mujer que dio a luz y no a la que aportó el material genético de ese bebé, es decir, su verdadera madre.

El mencionado documento (registro de nacido vivo) constituye el documento legal para el registro civil de nacimiento del bebé, ahora bien, para el hecho de la filiación paterna, solo es necesario su aceptación como padre y será el padre legalmente, pero la madre queda a la deriva, sin el reconocimiento filial de su hijo acabado de nacer. Se puede tener en cuenta que, cuando existe este contrato, los contratantes pagan y la mujer que dio a luz entrega al bebé, pero ¿cómo la madre va a poder realizar ese registro civil de nacimiento y dar su nombre como madre? Teniendo en cuenta que, el documento del parto lleva el nombre de la mujer que dio a luz.

De esta manera, la necesidad de dicha regulación es evitar el detrimento de la seguridad jurídica, por lo que, aparte de tener que establecer un régimen legal que logre velar por los valores jurídicos de mayor magnitud por su rango constitucional, como lo son los derechos del niño y la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, el juez deberá interpretar y caminar una estrecha línea para la resolución de fondo de una controversia con escasa regulación, cada vez que se vea enfrentado a una situación derivada de este contrato.

Lo anterior, nos lleva a analizar innumerables preguntas de carácter moral, social y jurídico, ya que este tema es de gran debate por las diferentes problemáticas que se pueden generar a su alrededor. Se propone entonces una maternidad subrogada libre de cualquier elemento que pueda vulnerar, amenazar o que ignore derechos que claramente supondría un retroceso en el arduo trabajo que ha llevado a reposicionar el papel que desempeña, por ejemplo, la mujer en el derecho, en la sociedad y en la familia, bajo el entendido de sujeto de especial protección constitucional.

Así las cosas, el contrato de maternidad subrogada implicaría una reformulación en la teoría de la constitución de la filiación y del estado civil de las personas; además, un cambio a la institución de la adopción y también reformaría la presunción y prueba de la maternidad. Por todo esto, la norma que se origine no debe apuntar a estructurar válidamente un contrato, sino a regular ampliamente su homologación y la de sus efectos jurídicos, contando claramente con un marco incluyente, equitativo y justo para todos los intervinientes.

Bibliografía

- Lledó Yagüe, F. (1988). Fecundación artificial y derecho.
- Alzate, M. C. (2016). *Procedimiento de familia y del menor*. LEYER.
- Anders, V. (marzo de 2021). *Etimologías de Chile*. Obtenido de <http://etimologias.dechile.net/>
- Arámbula Reyes, A. (2008). Maternidad subrogada. Cámara de Diputados. 90 y 91. DF, México. Obtenido de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>
- Areíza, L. V. (2019). La viabilidad de la maternidad subrogada en Colombia, desde la teoría del negocio jurídico. *Univesidad Nacional de Colombia*, 85.
- Balaguer, M. L. (2018). *Hij@s del mercado: La maternidad subrogada en un estado social*. España: Difusora Larousse- Ediciones Catedra.
- Barrera Correa, A. (2020). Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema. Medellín, Colombia. Recuperado el 31 de 03 de 2020, de https://repository.ces.edu.co/bitstream/10946/2221/1/Maternidad_subrogada.pdf
- Boada, M. (2010). *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*. Barcelona, España: Fundació Victor Grífols i Lucas.
- Cadavid, K. M. (2016). *Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema*. tesis pregrado, • Cadavid Pulgarín, Karla Mariana. Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema. (tFacultad de Derecho de la Universidad CES, Medellín. Obtenido de https://repository.ces.edu.co/bitstream/10946/2221/1/Maternidad_subrogada.pdf
- Cohen, B. (1984). SURROGATE MOTHERS: WHOSE BABY IS IT? *American Journal of Health Care Law*, Vol. 3 (3).
- Colombia, A. C. (4 de julio de 1991). Constitución Política. Colombia.
- Daza Coronado, S. M. (Mayo de 2019). La mujer como sujeto de especial protección constitucional en la elección a la maternidad subrogada en Colombia. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/77300/525045472019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Delgado Benavides, K. y. (2016). MATERNIDAD SUBROGADA ¿es una figura jurídicamente admisible en Colombia? BOGOTÁ. Obtenido de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/36767/DelgadoBenavidesKatherine2016..pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Enríquez Calderón, W. y. (2018). Controversias derivadas del incumplimiento de una de las partes del contrato de alquiler de vientre en Colombia. Colombia: Universidad de San Buenaventura Colombia Facultad de Derecho Derecho. Obtenido de

http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/6259/1/Controversias_Derivadas_Incumplimiento_Moreno_2018.pdf

Figueroa, J. L., & Hernández Ramírez, A. (2011). Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. 1335 - 1348. México.

Galeano Gutierrez, A. (2017). Las consecuencias jurídicas para los contratantes en la maternidad subrogada en Colombia por problemas en la resolución del contrato. Bogota D.C, Colombia. Obtenido de https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4515/Consecuencias_jur%C3%ADdicas_maternidad_subrogada.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Godoy, V. M. (2014). *Régimen Jurídico de la tecnología reproductiva de la investigación biomédica con material humano embrionario*. Madrid, España: Dykinson.

Gómez, C. (2010). *Teoría del contrato*. Medellín, Colombia: Sello Editorial de la Universidad de Medellín.

Hernandez Ramirez, A. y. (2011). Ley de maternidad subrogada. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIV, núm. 132.

ICBF. (2019). *Concepto ICBF*.

ICBF. (2020). *Concepto ICBF No 08*.

Jiménez, F. J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid, España: Reus.

Lamm., E., & Lamm, E. (2013). Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona, España. Obtenido de <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>

Larousse Editorial, S. (Ed.). (2009). *the free dictionary by Farlex*, 4.0. Recuperado el 31 de 03 de 2021, de <https://es.thefreedictionary.com/madre>

Martinez, M. V. (2015). *Maternidad subrogada: una mirada a su regulación en mexico*.

Martinez, S. D. (septiembre de 2019). Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional. Piura, Peru. Obtenido de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4247/DER_156.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Molina, M. E. (2006). *Transformaciones Histórico Culturales del Concepto de Maternidad y sus Repercusiones en la Identidad de la Mujer*. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22282006000200009

Monroy, J. P. (4 de Noviembre de 2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. Bogota , Colombia . Recuperado el 3 de 2021, de

file:///C:/Users/123/Downloads/2162-Texto%20del%20art%C3%ADculo-3285-1-10-20180828.pdf

Morales de Setien Ravina, C. F. (2020). *LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ORDANAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO*. TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TITULO DE ABOGADO, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, BOGOTA. Recuperado el 31 de 03 de 2021, de <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/35038/u821275.pdf?sequence=1>

Noguera, E. (1998). De los contratos, principios y nociones. *P4. fondo de publicaciones universidad Sergio arboleda*.

Pacheco, J. M. (17 de 11 de 2020). Los elemnetos del contrato de maternidad subrogada. Bogota D.C, Colombia. Obtenido de <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/11938082/9.+Pacheco+y+otros+139-158.pdf/37db0a2c-53eb-4ff0-81a6-d3f953e8b35e>

Porras Camacho, H. K. (Agosto de 2020). Las Condiciones de Validez y Eficacia del Contrato Atípico de “Joint Venture” en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. Barrancabermeja, Colombia.

R.A.E. (2020). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/vientre-de-alquiler>

República, P. d. (27 de julio de 1970). Decreto 1260. Bogotá.

Ruiz, M. R. (2013). *meternidad subrogada*. tesis de pregrado , Universidad de cantabria, cantabria, españa .

Sagrada Biblia, Génesis 30. (1960). Reina Valera.

Sala Plena de la Corte Constitucional, C-993 (Corte Constitucional C-993 - 2006).

Salazar, B. O. (2018). *La gestación para otros: una reflexion jurídico constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*. Madrid, España: Dykinson.

Sanitas, E. (31 de 3 de 2021). www.sanitas.es. Obtenido de <https://www.sanitas.es/sanitas/seguros/es/particulares/biblioteca-de-salud/ginecologia/exploraciones-ginecologia/san041995wr.html>

Sentencia C – 933 (Corte Constitucional de la República de Colombia 2007).

Sentencia C - 004 (Sala Plena de la Corte Constitucional 22 de enero de 1998).

Sentencia C - 004 (Sala Plena de la Corte Constitucional 22 de enero de 1998).

Sentencia C - 109 (Corte Constitucional de la República de Colombia 15 de marzo de 1995).

Sentencia C - 258 (Sala Plena de la Corte Constitucional 6 de mayo de 2015).

Sentencia C - 327 (Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia 2016).

Sentencia T – 968 de 2009 (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión).

Sentencia T-732 (2009).

Valencia Zea, A. y. (2011). Derecho Civil Tomo I Parte General y Persona. *Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, Temis*. Bogotá, Colombia.

Vallejo, M. A. (2015). EL CONCEPTO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA. Cali, Colombia. Recuperado el 2021, de http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/3029/1/Concepto_maternidad_subro_gada_vallejo_2015.pdf

Vega, J. (31 de 3 de 2021). *Diccionario Jurídico y Social | Enciclopedia Online*. Obtenido de <https://diccionario.leyderecho.org/subrogacion/>

Vela, A. J. (2012). *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. España: Comares.

Winter, C. G. (1998). La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución? . *Revista Chilena de Derecho*, 25.