

EFFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS  
OBLIGACIONES EN EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

KAREN MELISSA JIMÉNEZ CIRO

MARIANA VERA ECHAVARRÍA

TRABAJO DE GRADO

ASESORA: CATALINA MERINO

DOCENTE, ESPECIALISTA EN DERECHO DE FAMILIA, MAGISTER EN  
DERECHO PROCESAL, DOCTORANDA EN DERECHO PROCESAL  
CONTEMPORÁNEO.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2016

## CONTENIDO

|                    |   |
|--------------------|---|
| Introducción ..... | 4 |
|--------------------|---|

### CAPÍTULO I

|  |   |
|--|---|
| Contrato de maternidad subrogada y desarrollo histórico de la figura y normatividad en países de Argentina y Rusia ..... | 8 |
|--|---|

|                          |    |
|--------------------------|----|
| Recuento histórico ..... | 11 |
|--------------------------|----|

|   |    |
|---|----|
| Maternidad subrogada en Argentina ..... | 13 |
|---|----|

|                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| Maternidad subrogada en Rusia ..... | 17 |
|-------------------------------------|----|

### CAPÍTULO II

|  |    |
|--|----|
| Requisitos estructurales de la maternidad subrogada y su análisis constitucional. .... | 21 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| Contrato de maternidad subrogada en la teoría del negocio jurídico..... | 22 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| Sentencia T 968/09: único pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto de la maternidad subrogada ..... | 31 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| Oposiciones al contrato de maternidad subrogada ¿problema jurídico para la aplicación en Colombia ..... | 36 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| El arrendamiento de vientres como teoría de adecuación ..... | 39 |
|--|----|

### CAPÍTULO III

|  |    |
|--|----|
| Los efectos jurídicos del incumplimientos de las obligaciones del contrato de maternidad subrogada ..... | 41 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| Análisis de cada uno de los requisitos exigidos por la Corte Constitucional ..... | 45 |
|---|----|

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| Propuesta al legislador ..... | 57 |
|-------------------------------|----|

|                    |    |
|--------------------|----|
| CONCLUSIONES ..... | 62 |
|--------------------|----|

|                    |    |
|--------------------|----|
| BIBLIOGRAFÍA ..... | 69 |
|--------------------|----|

## Dedicatoria

Dedicado a *Francisco Javier Vásquez* (qepd) promotor de esta investigación, maestro, amigo y gran ser humano que dejó huella en nuestros corazones.

## Agradecimientos

A la docente *Catalina Merino Martínez*, por su entera disposición, infinita paciencia y por la gran guía que fue en la construcción de este trabajo de grado.

## INTRODUCCIÓN

Se propondrá exponer en este texto el fenómeno jurídico de la maternidad subrogada en Colombia, considerando la hipótesis de que para algunas personas es totalmente desconocido el término, por otro lado, hay otras que están familiarizadas con esta práctica pero no dominan o no tienen claro por completo en qué consiste.

En consonancia con lo anterior, lo que se pretende en principio es contextualizar al lector sobre el significado médico y jurídico de la maternidad subrogada, cómo es el procedimiento en centros especializados para lograr que sea implantado el embrión en la mujer, y simultáneamente que pueda identificar a plenitud las partes, a qué va encaminada la voluntad de las mismas, que en últimas es la entrega de un bebé que fue alumbrado por otra persona distinta a los padres biológicos.

Se advierte al lector de que en Colombia no existe dentro del ordenamiento jurídico regulación alguna, solo una sentencia por parte de la Corte Constitucional que es la T-968/ 09, MP MARIA VICTORIA CALLE CORREA donde de manera sucinta toca el tema: expone una definición, y más adelante enunciará diez

requisitos que serán objeto de estudio en la medida en que se va desarrollando este escrito.

Hay que mencionar además, que en el transcurso del tiempo la maternidad subrogada, o mal llamado alquiler de vientres, se viene practicando desde hace décadas en otros países, de ahí que sea importante hacer mención de las naciones de Argentina y Rusia, donde la rama legislativa de cada país se ha tomado la tarea de regular dicha práctica, con la finalidad de que exista seguridad jurídica para las partes y especialmente para el menor involucrado, lo cual ha generado reformas de carácter sustancial al ordenamiento jurídico; *verbi gratia* en el país de Argentina, donde la filiación será posible demostrarse con el consentimiento informado, documento que será conducente para el nexo filial entre los padres contratantes.

Partiendo de la comparación normativa, se plantean interrogantes de los que el legislador probablemente pueda referenciarse para elaborar una normatividad análoga con los países expuestos, dependiendo claro está, de las necesidades propias de Colombia, haciendo uso de herramientas como censos donde pueda con más precisión cuantificar el porcentaje de la población que realiza esta práctica.

Como desde el principio se afirma que el tratamiento al acuerdo de voluntades entre la madre subrogada y los padres subrogatarios debe elevarse a contrato, será menester argumentar jurídicamente desde la teoría del acto o negocio jurídico la justificación de que sea un contrato, de modo que es necesaria la introducción de definiciones dadas por doctrinantes para dar crédito a la hipótesis planteada, y será desde ahí, donde se podrá identificar los elementos esenciales del contrato y dentro de las numerosas clasificaciones encontradas en el código civil, establecer en cuáles circunscribir el acto o negocio jurídico de la maternidad subrogada.

Para terminar, se examinará con ojo crítico cada una de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia T 968/09, y simultáneamente prever los supuestos de hecho en el que se presente incumplimiento por alguna o ambas partes al omitir o violar algún requisito, con esas observaciones se propondrán soluciones jurídicas o en su defecto generar más interrogantes al lector.

Lo que en últimas se pretende demostrar, es la necesidad imperiosa de que el legislador tome cartas en el asunto e inserte en el ordenamiento jurídico regulación sobre el tema, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional al instaurar los diez requisitos le otorgó tácitamente viabilidad jurídica al contrato de maternidad subrogada, por lo cual, deberá el Congreso en consonancia con las normas constitucionales como lo es el art 42 y de igual forma aplicando las condiciones manifestadas por la Alta Corte, hacer un ejercicio legislativo articulado con la finalidad de que haya para los colombianos que deciden acudir a un vientre subrogado seguridad jurídica.

## **EFFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA**

### **PREGUNTA PROBLEMATIZADORA**

¿Cuáles son los efectos jurídicos derivados del incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes en el contrato de Maternidad Subrogada?

### **OBJETIVO GENERAL**

Analizar los efectos jurídicos derivados del incumplimiento de las obligaciones por alguna de las partes frente al contrato de Maternidad Subrogada

### **OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Definir el contrato de maternidad subrogada poniendo de presente el desarrollo histórico de la figura y su tratamiento en el Derecho comparado.
- Establecer los requisitos estructurales del contrato de maternidad subrogada a partir de la teoría general del negocio jurídico y de los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia T-968/09.

- Evaluar si dentro del ordenamiento jurídico colombiano existen normas expresas que regulen las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento del contrato maternidad subrogada, con el fin de proponer, ante su ausencia, un modelo de cómo debería realizarse el contrato y el procedimiento para su aplicación.

## CAPÍTULO I

### **CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA, DESARROLLO HISTÓRICO DE LA FIGURA Y NORMATIVIDAD EN PAÍSES DE ARGENTINA Y RUSIA.**

La doctrina ha definido el contrato de maternidad subrogada como: “La maternidad subrogada es la sustitución del estado o calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer de quien procede el óvulo o mujer gestante”.<sup>1</sup>

Otra definición se encuentra en la Sentencia T 968/09, que por cierto, es la única en el ordenamiento jurídico colombiano que habla al respecto : *El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.”*

---

<sup>1</sup>CASTILLO FREYRE, Mario. BERNAL GONZALEZ, Alejandro. Revista Vademécum de Familia. Ed. 2011. N° 44. pág. 10\*\*\*\*\* cita de citas

Para que pueda hablarse de maternidad subrogada es necesario acudir a técnicas de reproducción asistida, con el fin de ofrecer principalmente soluciones a las parejas o personas que desean tener hijos, pero que no cuentan con la capacidad física o biológica para lograrlo.

Será menester enunciar qué son técnicas de reproducción asistida y en qué consisten.

“Entendemos por técnicas de reproducción asistida (TRA), al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc.”<sup>2</sup>

(...)No es pues adecuado referirse a estas técnicas como métodos de reproducción artificial, ya que no suplantán mediante elementos artificiales o no biológicos al organismo masculino o femenino en la función procreativa, sino que pretenden ayudar o substituir en parte una función generativa deteriorada o inexistente <sup>3</sup>

A partir de estas afirmaciones dadas por Santamaría Solís, puede concluirse que la finalidad de ellas, radica principalmente en la posibilidad de una fecundación exitosa para aquellas personas que por algún motivo se le imposibilita concebir de manera natural un hijo, y poner de presente que en ningún momento se sustituyen los órganos biológicos que generan vida.

La ciencia médica ofrece dos alternativas para lograr la reproducción humana asistida:

- ***Inseminación artificial:*** La inseminación artificial, grosso modo, se define como la colocación de espermatozoides en el tracto genital femenino en forma artificial con ayuda de los médicos expertos en fertilidad en el momento adecuado de la

---

<sup>2</sup> Técnicas de reproducción Asistida, pág. Web. <http://www.reprotectucentro.com/Inseminacion-Artificial-Intrauterina-en-Bogota-Colombia>)RA)

<sup>3</sup>Técnicas de reproducción Asistida, (TRA)

ovulación de la mujer para buscar el embarazo.<sup>4</sup>

La esperma utilizada para la inseminación artificial puede provenir bien sea de la pareja de la mujer, siempre y cuando el semen cumpla con las características requeridas para que los espermatozoides viajen correctamente hasta el óvulo y se fecunde, de lo contrario, al no cumplir con las propiedades solicitadas, se procede a la fecundación con esperma con origen de un donante anónimo.

- **Fecundación In Vitro (FIV):** La fecundación In Vitro es un procedimiento mediante el cual, los centros especializados en esta materia propician en un laboratorio el encuentro entre óvulo y espermatozoide con la finalidad de coadyuvar a la fertilización, se procede en primer lugar a la obtención de huevos en la mujer después de inducciones de la ovulación o de técnicas de súper ovulación, para la obtención de un número adecuado de huevos los cuales se extraen del ovario por técnicas de ecografía transvaginal dirigiendo una aguja hacia los diferentes folículos para obtener los huevos que son entregados de forma inmediata al laboratorio, en condiciones de temperatura estables, estos huevos son evaluados en su madurez, su cantidad y su calidad para ser inseminados con espermatozoides obtenidos del hombre<sup>5</sup>

Teniendo en cuenta lo procedimientos empleados para la consecución de reproducción asistida que nos brinda los avances de la ciencia, se determinará el procedimiento adecuado para la reproducción humana.

En cuanto al tema objeto de estudio, con las definiciones expuestas al principio del capítulo, es posible concluir que existen variables en cuanto a la forma,

---

<sup>4</sup> Pág., Web. <http://www.reprotectucentro.com/Inseminacion-Artificial-Intrauterina-en-Bogota-Colombia>

<sup>5</sup> Página web ([http://www.reprotectucentro.com/Tratamiento-de-Fertilizacion-In-Vitro-en-Bogota-Colombia?gclid=Cj0KEQjwyJi\\_BRDLusby7\\_S7z-IBEiQAwCVn0TSucCLvmFIXTCOKiRevjBPw1Zw8vJD6E-6RWQJuswaAhmo8P8HAQ](http://www.reprotectucentro.com/Tratamiento-de-Fertilizacion-In-Vitro-en-Bogota-Colombia?gclid=Cj0KEQjwyJi_BRDLusby7_S7z-IBEiQAwCVn0TSucCLvmFIXTCOKiRevjBPw1Zw8vJD6E-6RWQJuswaAhmo8P8HAQ))

condiciones y procedimiento:

1) La pareja contratante es quien aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) entonces la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de gestar el bebé.

2) El material genético es aportado por una sola persona, bien sea que la mujer contratante aporte su óvulo y la esperma se obtenga de un donante anónimo, y dicho material genético es implantado en el útero de la madre subrogada

3) Que tanto el óvulo como la esperma no sean aportados por la pareja contratante sino por donantes anónimos que serán implantados en el útero de la madre subrogada para que geste y posteriormente entregue el bebé.

Puede advertirse que en ninguno de los casos la madre subrogada aporta material genético para la fertilización, porque de serlo, su condición cambiaría a la de madre biológica, por lo cual, el contrato quedaría sin efectos frente a la obligación imperante de entregar el bebé al momento de su nacimiento, lo cual desnaturalizaría por completo el contrato de maternidad subrogada.

### ***RECUENTO HISTÓRICO***

El fenómeno de la maternidad subrogada, se viene presentando desde finales del siglo pasado en varias partes del mundo, la historia de las madres sustitutas se remonta en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración<sup>6</sup>.

Para otros, el nacimiento de dicho fenómeno, data en el año 1981, por Noel Keane, un abogado de Dearborn, del Estado Michigan en Estados Unidos, quien quiso ofrecer una alternativa a las parejas que poseían inconvenientes para

---

<sup>6</sup> SANTAMARIA SOLÍS, Luis, Técnicas de Reproducción Asistida, Aspectos Bioéticos. Ed. Universidad Autónoma de Madrid, N° 1. año, 2000. pág. 180

concebir hijos, reclutando mujeres criadoras que albergaran la criatura en su vientre y que al momento del nacimiento entregaran el bebé a la pareja que solicitaba la intervención de Keane<sup>7</sup>.

Las principales causas que dieron origen o creación la maternidad subrogada, son: por problemas de esterilidad o infertilidad, cuestiones de estética física, situaciones de fecundación post mortem, reproducción por personas solteras o de parejas homosexuales, de estas se derivan:

- Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
- Cuando un mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para fecundación;
- Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donante de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donante, que geste para que dé a luz un bebé.
- Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;
- Cuando una mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el espermatozoides de su marido mediante una fecundación in vitro; o
- Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.<sup>8</sup>

### ***ALGUNOS CASOS EN EL MUNDO***

---

<sup>7</sup> Revista Vademécum de Familia, N° 44. Ed. 2011. Pág. 10.

<sup>8</sup> Ibídem, pág. 12.

Uno de los casos más resonantes fue el denominado “Baby M.” ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebé, y la obligación de abortar si de los tests de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías.

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de “Baby M.”, pero la madre portadora (**además, dueña del óvulo**) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whithead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Así mismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé.

El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del Estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socioeconómicas para “Baby M.”. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita<sup>9</sup>. (Maternidad subrogada, editorial Astrea; Maria E. Cano)

En 1987 una mujer llamada Kim Cotton fue contratada para ser madre subrogada por una pareja, la mujer fue inseminada artificialmente, la esperma la donó el marido y el óvulo fue donado por una mujer anónima. El Instituto a cargo de hacer el procedimiento fue Surrogate Parenting Association que cobró la suma de

---

<sup>9</sup> CANO, María E, Maternidad Subrogada. Ed. ASTERA, año 2002. Páginas. 3 y ss.

14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta tanto el tribunal de menores se expidiera. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción<sup>10</sup>.

### **MATERNIDAD SUBROGADA EN ARGENTINA**

El primer fallo judicial sobre la maternidad subrogada en Argentina<sup>11</sup> antes de la expedición del nuevo código civil, cuando una pareja de casados desde el año 2006, que ante la imposibilidad de tener hijos, una allegada a su familia, amiga de la pareja, se ofreció de manera desinteresada a ser sometida a una Fecundación In Vitro con los gametos de los esposos, gestar el bebé en su vientre y entregarlo al momento del nacimiento, configurando el primer caso conocido en Argentina en lo que refiere a la maternidad subrogada, ocurrido en el año de 2013. Los padres biológicos demandaron la filiación en el juzgado Nacional de primera instancia en lo civil, en donde les fue concebida la pretensión solicitando la filiación, y posteriormente plasmado en el registro civil y capacidad de las personas.

A raíz de este caso, dicho método se empezó a implementar por parejas heterosexuales, homosexuales y por personas solteras, donde la autonomía de la voluntad era suficiente para que se llevase a cabo el contrato de maternidad subrogada, a pesar de que no existía regulación expresa sobre dicho fenómeno en auge.

El método ya decantado con anterioridad en el que se prohíbe que la madre subrogada sea al mismo tiempo madre biológica se excepcionó en Argentina, ya que el otro método que se utilizaba en la Argentina es que la madre subrogada pueda a su vez dar en donación su material genético, o sea sus óvulos, y que el

---

<sup>10</sup> *Ibidem*. Pág. 4.

<sup>11</sup> Página, Web. <http://www.lexaustralis.com/vientresubrogado.htm>

semen utilizado para la fecundación proceda del hombre que contrata a la madre, utilizando el método de Fecundación In Vitro (FIV), en consecuencia en lo que respectaba a la filiación por parte del padre no suscitaba problema alguno ya que era él quien había aportado el material genético pero como la madre subrogada era a su vez madre biológica, procedía ella a dar en adopción al bebé a quien la había contratado para que por esa vía se estableciera la filiación.

Estos son uno de los requisitos que se debe de tener para ostentar a calidad de madre subrogada:

“ a) el comitente (una pareja o una persona sola) aporta el material genético (óvulo y espermatozoide) y la madre portadora recibe el embrión en su útero para llevar a cabo la gestación y el nacimiento; b) la madre portadora también aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con esperma del comitente o de un tercero; c) el material genético es aportado por individuos (ambos o solo uno de ellos) ajenos a la parte comitente y la madre portadora cede su útero.”<sup>12</sup>

El anterior Código Civil argentino en su artículo 242 decía que la maternidad quedará establecida, aún sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

Enunciaré los artículos que anteriormente servían como base para justificar el contrato de maternidad subrogada:

En el artículo 953 del código civil argentino, el tema de la impugnación de la paternidad y la maternidad da lugar a la práctica del examen de ADN ya sea por

---

<sup>12</sup> BERGER, Sabrina M. Abogada. [sabriberg@gmail.com](mailto:sabriberg@gmail.com). "La prohibición del contrato de maternidad subrogada en el derecho argentino. Situación legal en la República Argentina

parte del hijo o de los padres biológicos o del tercero interesado.

Frente al contrato innominado como ellos lo llamaban anteriormente, intervienen tres partes: una de esas partes son la –pareja interesada o una sola persona y estos deben aportar todo el material genético, la segunda persona dentro de este contrato será la mujer portadora del vientre y la tercera persona en este contrato es el equipo especializado para efectuar la implantación del embrión. En Argentina no son considerados el cuerpo humano o las partes de este como cosas, por lo tanto como es un derecho personalísimo, el contrato se tornaría lícito siempre y cuando este no vulnere la moral o las buenas costumbres. Lo cual el contrato de maternidad subrogada es un contrato innominado en donde las características de este son de carácter particular y autónomas para el desarrollarlo.

En la parte legal cuando la madre portadora da a luz y este niño nace esta deberá ceder la custodia al padre de la pareja contratante y el cónyuge de este será la que adoptara al niño y debe renunciar a sus derechos como madre.

### ***Nuevo código civil argentino***

Título V sobre la filiación, capítulo II

Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

Artículo 560. **Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida** El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida nos habla en que los centros autorizados para intervenir en dichos procedimientos deben estos tener el consentimiento previo he informado y libre de personas que se sometan al

uso de dichas técnicas de reproducción asistida el consentimiento debe ser renovado cada vez que estén involucrados la utilización de gametos y embriones.

En su Artículo 561. **Forma y requisitos del consentimiento** La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Artículo 562. **Voluntad procreacional** Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

El consentimiento informado que es el documento donde se le brinda la información completa a la mujer en lo que respecta al procedimiento que se le practicará, los riesgos, los compromisos que asume, y por último que su voluntad irá encaminada a entregar el bebé cuando nazca, que lo firmará de manera libre será la fuente filial en Argentina para que los padres puedan registrar al bebé como su hijo.

Es así como en Argentina, mediante los artículos anteriores, le otorga sustento jurídico a las partes para asuntos de filiación, ya que el consentimiento informado, es suficiente para que los contratantes ostenten la calidad de padres frente a la persona que ya nació y que debe ser entregada.

## MATERNIDAD SUBROGADA EN RUSIA

La maternidad subrogada en Rusia se ha venido practicando hace bastante tiempo y esta está regulada por la Ley Básica N°. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”, de 22 de junio 1993, norma que indica las condiciones para los que desean acudir a una madre subrogada, los requisitos que debe cumplir quien se postule como madre gestante, cómo debe hacerse el procedimiento, en qué centros debe practicarse o como ellos lo llaman agentes de la maternidad subrogada, y por último la manera en que se establece el vínculo filial.

El artículo 35 de la ley anteriormente enunciada, dispone lo siguiente:

- “Toda mujer que se encuentra en edad reproductiva, mayor de 18 años, tiene derecho a la fecundación in vitro y la implantación del embrión.
- La fecundación in vitro y la implantación del embrión sólo se efectuarán en los centros médicos autorizados, siempre que medie el consentimiento escrito de los cónyuges o la mujer sin pareja.
- Los datos sobre la fecundación in vitro y la implantación embrionaria realizadas, así como sobre la identidad del donante tendrán la consideración de secreto médico.
- La mujer tendrá derecho a la información sobre las técnicas de fecundación in vitro e implantación del embrión, los aspectos médicos y legales de sus consecuencias, los datos del examen médico-genético, el aspecto y la nacionalidad del donante, la que le ha de suministrar el responsable de la intervención médica.”

Así mismo, en Rusia cualquier persona no puede acudir a dicha práctica, deberá ser una pareja de esposos, donde deberá estar debidamente inscrita el acta de matrimonio, de parejas que vivan en unión marital de hecho, o las mujeres solteras.

De conformidad con el Código de Familia, se reconocen como cónyuges:

- Art. 1: “2. Solamente se reconoce el matrimonio contraído ante un órgano del Registro Civil.”
- Art. 10. Celebración del matrimonio. “1. El matrimonio se contrae ante órganos del Registro Civil. 2. Los derechos y las obligaciones de los cónyuges nacen a partir de la inscripción del matrimonio por un órgano del Registro Civil.”

También existe limitación en lo que concierne a las condiciones físicas que debe tener la mujer para que pueda acudir a una madre subrogada, condiciones que versan únicamente en la imposibilidad física de concebir. Estas están especificadas en el punto 7 del Anexo N<sup>o</sup>. 1 a la Orden del Ministerio de Salud Pública N<sup>o</sup>. 67 “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina”, de 26 de febrero de 2003 (inscrita por el Ministerio de Justicia el 24 de abril de 2003 con el número 4452) y son:

- Indicaciones de la gestación subrogada:
  - Ausencia del útero (congénita o adquirida);
  - Deformación de la cavidad o del cuello uterino debida a alteraciones congénitas del desarrollo o provocada por una enfermedad;
  - Sinequias de la cavidad uterina que carecen de tratamiento;
  - Enfermedades somáticas a consecuencia de las cuales queda contraindicada la gestación;
  - Reiterados intentos fallidos de la FIV cuando, pese a haber obtenido embriones de alta calidad, la transferencia de los mismos no ha conducido a un embarazo.”

De igual forma, cualquier mujer no podrá aplicar para ser madre subrogada, toda vez que el Anexo N<sup>o</sup>. 1 a la Orden ministerial dice lo siguiente: “Podrán ser madres

subrogadas las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y que reúnan los requisitos siguientes:

- Tener una edad de entre 20 y 35 años;
- Tener un hijo propio sano;
- Tener una buena salud psíquica y somática.

Tratándose de la maternidad subrogada, el principal escollo con que pueden darse los padres biológicos es la posibilidad de que la gestante cambie de opinión y se niegue a dar su consentimiento para que sean inscritos como los padres del nacido<sup>13</sup>, la posibilidad que le otorga el vigente Código de Familia (art. 51, punto 4):

- "Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas.
- Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo geste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (madre subrogada)."

A partir de estos presupuestos, indica el primer paso a seguir para que los contratantes aparezcan como padres del bebé: haciendo inscripción en el libro de nacimientos. Sin embargo, dice la ley que la madre subrogada podrá negarse a dar el consentimiento para que se inscriban en dicho libro; quiere decir que además del consentimiento informado, deberán aportar otro consistente en el permiso para la implantación del material genético y el de la madre subrogada

---

<sup>13</sup> Pág. Web. [http://surrogacy.ru/es/legal\\_aspects.php](http://surrogacy.ru/es/legal_aspects.php)

para que pueda efectuarse la inscripción con la finalidad de que queden registrados como padres en el libro de nacimientos.

Mientras tanto, la Ley N°. 143-FZ “Sobre las actas de estado civil”, de 15 de noviembre de 1997:

“Artículo 16. Declaración de nacimiento

5. Para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil por declaración de los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la implantación del embrión en otra mujer con el fin de que lo gaste, simultáneamente con el documento que certifique el nacimiento deberá presentarse un documento expedido por un centro médico en que conste el consentimiento expreso de la mujer que haya dado a luz al niño (madre subrogada) para que dichos cónyuges sean inscritos como los padres del menor.”

Entonces, después de que los padres se hayan inscrito debidamente en el libro de nacimientos, deberá aportar dicho registro conjuntamente con el consentimiento de la madre subrogada y con el certificado del centro donde se realizó el procedimiento, es decir, expedido por el agente de maternidad subrogada y con esta documentación podrán hacer la inscripción en el Registro Civil.

## **CAPITULO II**

### **REQUISITOS ESTRUCTURALES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU ANALISIS CONSTITUCIONAL**

Luego de haber expuesto la definición de Maternidad Subrogada en el capítulo anterior, de hacer un breve recuento histórico y esbozar el tratamiento que se le da a la misma en los países de Rusia y Argentina, el discurso se centrará en lo que refiere a los requisitos estructurales a partir de la teoría general del negocio

jurídico, y de los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia T 968/09, poniendo también de presente las demás posturas que existen con relación al contrato referido.

En primer lugar, debe definirse qué es un contrato en el ámbito jurídico: el código civil colombiano en el art 1495 expresa que "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas".

De ahí que doctrinantes y juristas como Díez-Picazo adopte la idea el contrato puede aplicarse para designar todos los negocios jurídicos bilaterales de derecho privado, abarcando tanto los de derecho patrimonial como los de derecho familiar y sucesiones. Por tanto, para este autor, el acuerdo acerca de una maternidad subrogada será reputado contrato, más allá de las consideraciones respecto de su licitud o ilicitud<sup>14</sup>.

En este contexto, es viable que pueda elevarse a contrato la voluntad manifestada entre las partes que deciden acudir a la Maternidad Subrogada, en donde se plasma la carga obligacional de cada uno de ellos, principalmente, en lo que comporta a la mujer contratada de gestar el bebé en su vientre, bajo condiciones en lo relativo a los cuidados que debe tener, a la asistencia de citas médicas, entre otros. Así mismo, la carga obligacional de quien la contrata en cuanto a proporcionar todos los medios y los gastos que surjan del embarazo, la alimentación y manutención de la madre subrogada debido a que debe tenerse en consideración siempre el bienestar de ella.

Ahora bien, unos de los problemas radican en que en Colombia no hay una regulación expresa en relación a los elementos y características del acuerdo de voluntades del presente escrito, por consiguiente, debe entenderse como un contrato atípico.

---

<sup>14</sup> CANO, María E, Maternidad subrogada. Ed. ASTREA. 2002

## **CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO**

### **Concepto de acto o negocio jurídico:**

“El acto o negocio jurídico es la manifestación de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos”.<sup>15</sup>

Para **OSPINA FERNÁNDEZ**, la definición anterior es completa toda vez ya que reúne totalmente los elementos de un negocio jurídico la noción de negocio jurídico que comprende la manifestación de la voluntad y el objetivo específico que plasma la voluntad de las partes o de la parte, que en últimas es la produce efectos jurídicos.

### **Los elementos del acto o negocio jurídico**

Conforme a la definición expuesta, se tendrán entonces como elementos esenciales del acto o negocio jurídicos (i) la manifestación de la voluntad (ii) el objeto jurídico.

(i) La manifestación de la voluntad: Es la exteriorización de la voluntad de los agentes, pues al Derecho las actuaciones de aquellos que trascienden su fuero interno y repercuten en la vida social.<sup>16</sup>

(ii) El objeto de los actos jurídicos: Consiste en la manifestación de la voluntad, que es la sustancia de dicho acto, debe encaminarse directa o reflexivamente a la producción de efectos jurídicos.<sup>17</sup>

### **Clasificación de los actos jurídicos**

---

<sup>15</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Libro Teoría general del negocio jurídico. Ed. TEMIS, 2009, pág. 17

<sup>16</sup> Ibídem pág. 28

<sup>17</sup> Ibídem. Pág. 28

Dentro de la clasificación de los actos jurídicos se encuentran el contrato, concepto definido en el art 1495 del código civil, y posteriormente en sus artículos 1496 a 1500 al establecimiento de algunas de las clasificaciones de los contratos:

- a) Unilaterales y bilaterales
- b) Onerosos y gratuitos
- c) conmutativo y aleatorios
- d) Principales y accesorios
- e) Reales, solemnes y consensuales
- f) Contratos preestipulados y contratos por adhesión
- g) Contratos relativos y contratos colectivos
- h) Contratos de ejecución instantánea y contratos de ejecución sucesiva
- i) Contratos típicos y contratos atípicos.

a) Contratos unilaterales y bilaterales

El contrato es unilateral, cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna.

El contrato bilateral, es cuando las partes se obligan recíprocamente, la característica es que a diferencia del unilateral, ambas partes tendrán carga obligacional.

“El contrato bilateral o **sinlagmático** es bilateral tanto en su formación efectos”.<sup>18</sup>

Para **GARCÉS VÁSQUEZ** “*Estricto sensu*, un contrato no se estima bilateral porque se haya celebrado entre dos partes, sino por cuanto ambas artes se obligan mutua o recíprocamente”.<sup>19</sup>

b) Contratos gratuitos y onerosos.

---

<sup>18</sup> **LEÓN MONCALEANO**, William Fernando. Citado por. Óp. **GARCÉS VÁSQUEZ** Derecho obligacional, ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, Primera edición 2010, pág. 38. CITA DE CITA

<sup>19</sup> **GARCÉS VÁSQUEZ**, Pablo Andrés, Teoría del Negocio Jurídico, Ed. Biblioteca Jurídica DIKE, 2015. Pág. 92.

Según el artículo 1497 del código civil: El artículo en mención refiere en primer lugar a que el contrato es gratuito cuando sólo una parte es quien percibe la utilidad derivada del negocio jurídico. La onerosidad refiere a la utilidad o beneficio para uno solo de los agentes o para ambos.

c) Contrato conmutativo o aleatorio.

El artículo 1498 dispone: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

Las definiciones del texto legal transcrito carecen de exactitud (sic). En realidad, un contrato es conmutativo cuando reúne tres condiciones: (i) Que sea oneroso o útil para todas las partes que en él intervienen (ii) que no sea aleatorio (iii) que produzca prestaciones que se miren como “equivalentes” entre sí.<sup>20</sup>

Los requisitos referidos son imprescindibles para identificar la diferencia entre el contrato conmutativo con otras clasificaciones, además de que los efectos jurídicos del incumplimiento son diferentes: si la utilidad no es para ambos será unilateral; que sea aleatorio no le permite a quien creía tener la posibilidad de percibir un beneficio reclamar que se efectúe el mismo, toda vez que al momento de contratar no tenía certeza de que efectivamente fuera acreedor de alguna prestación, de esta manera lo explica FERNANDEZ: “El contrato aleatorio puede ser o no oneroso (...) La verdadera característica del contrato aleatorio, como la de cualquier acto jurídico de la misma clase, estriba en la imposibilidad de estimar, desde el primer momento, una o más de las prestaciones que produce, por depender estas al azar”.<sup>21</sup> Por último se caracteriza en que las prestaciones sean equivalentes entre sí, con pleno conocimiento de las partes del valor de una cosa y la otra para celebrar el contrato.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*. Pág. 62.

<sup>21</sup> *Ibidem*. Pág. 63.

d) Principales y accesorios.

El Código Civil se refiere a esta clasificación en el artículo 1499, y distingue los contratos principales de los accesorios, donde el primero subsiste por sí solo, es decir, no necesita depender de un contrato para tener efectos jurídicos, por otro lado, los accesorios sí necesitan de la preexistencia del primero para que pueda hacerse valer, es decir, las cláusulas que estipulen las partes son las que le dan vida al contrato accesorio.

Se explicará con un ejemplo: X celebra un contrato de compraventa con Y, y para garantizar el pago de la deuda grava un inmueble con un contrato de hipoteca. El contrato principal es el de compraventa, y a raíz de dicho contrato nace a la vida jurídica la hipoteca como contrato accesorio, ya que si las partes convienen cancelar la hipoteca la compraventa sigue subsistiendo por sí sola, pero si llegado el caso un juez declara la inexistencia o nulidad absoluta del contrato de compraventa, automáticamente la hipoteca queda sin efecto jurídico alguno.

Para **RODRIGUEZ FONNEGRA** quien “tomando al pie de la letra el texto legal transcrito, resulta concepto absurdo, porque todo contrato, sea que produzca obligaciones principales o accesorias, subsiste por sí mismo dentro de las obligaciones legales”.<sup>22</sup>

e) Consensuales, Solemnes y reales.

El artículo 1500 del código civil establece: El contrato es real para que se perfecciones sea indispensable la tradición, y todas aquellas formalidades especiales que si una de esas no está de manera expresa no producirá ningún efecto frente al contrato celebrado por las partes.

---

<sup>22</sup> RODRIGUEZ FONNEGRA, Jaime, De la Compraventa y Materias Aledañas. Teoría Negocio Jurídico, citada por OSPINA FERNADEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Ed. TEMIS, Bogotá, 2009. Pág. 65.

Para **GARCÉS VÁSQUEZ** “los contratos reales, es otra especie de negocio jurídico formal que surge al tráfico jurídico, únicamente en cumplimiento de la forma *ad substantiam actus* proveniente de normas jurídicas imperativas”.<sup>23</sup>

En concordancia lo anterior expuesto por **GARCÉS VÁSQUEZ**, que el contrato anteriormente nombrado es un intercambio jurídico la cual hace un intercambio de normas imperativas.

f) contratos de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva

“La doctrina tradicional atiende si las prestaciones resultantes son de tal naturaleza que puedan ser cumplidas en un solo acto (instantáneamente), como las provenientes de una compraventa de contado, o si, por el contrario, el cumplimiento del contrato se supone la ejecución de prestaciones sucesivas durante un tiempo más o menos largo, como ocurre en el arrendamiento, seguro de vida y el contrato laboral”<sup>24</sup>

Para **GARCÉS VÁSQUEZ** “El contrato de ejecución sucesiva es imposible que sea cumplido en un solo acto, en tanto ha de cumplirse de manera clínica, razón por la cual inevitablemente requiere del transcurso del tiempo para su ejecución”.<sup>25</sup>

Inutilidad de la clasificación: “La doctrina del derecho civil formulo que la clasificación de los contratos de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva, porque en ella ha creído erróneamente encontrar el fundamento de importantes fenómenos jurídicos que, en realidad, nada tienen que ver con ella”.<sup>26</sup>

### **Las condiciones para la existencia y validez de los actos jurídicos.**

Clasificación general.

---

<sup>23</sup> **GARCÉS VÁSQUEZ**, Pablo, Teoría de Negocio Jurídico, ed. Biblioteca Jurídica DIKE, 2015. Pág. 84.

<sup>24</sup> Teoría Negocio Jurídico, Ib. Pág. 72.

<sup>25</sup> **GARCÉS VÁSQUEZ**, Pablo, Teoría de Negocio Jurídico, ed. Biblioteca Jurídica DIKE, 2015. Pág. 83

<sup>26</sup> *Ibidem* Jaime, Teoría Negocio Jurídico, Pág. 74.

Según el artículo 1502 del código civil,” para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. Que sea legalmente capaz; 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; 4. Que tenga una causa lícita”

### 1. La capacidad legal

“es la aptitud que se atribuye a una persona o sujeto para estos ser titulares de derechos y obligaciones para estos realizar actos jurídicos, sin la necesidad de acudir a la autorización de otras personas”

1.2 “Se refiere a toda clase de actos jurídicos o, a lo menos, a la gran mayoría de ellos”<sup>27</sup>

En el artículo 1504 del código civil enumera dichas personas, que son las siguientes: los dementes, los menores de 18 años, los sordomudos que no pueden darse a entender, los disipadores en interdicción judicial

1.3 Incapacidad absoluta: Es una condición con una limitación a personas que no pueden valerse por sí mismas, en estas encontramos a los impúberes, discapacitados mentales absolutos, a los sordomudos que no se pueden dar entender por ningún medio. Estas personas son declaradas judicialmente como interdictos absolutos y el juez les nombrará un curador para la administración de sus bienes y cuidado personal o si su patrimonio es igual o superior a 500 S.M.L.M.V se le nombrará un administrador fiduciario, como lo dicta la ley 1306 de sobre el régimen de representación legal de los incapaces.

1.4 La incapacidad relativa: es una condición que tienen menores de 18 años, los disipadores o dilapidadores y personas sordomudas que no se

---

<sup>27</sup> *Ibidem*. Pág. 88.

dan a entender por escrito, estas personas son declaradas judicialmente discapaces relativos, y el juez le nombrará un consejero para la administración de sus bienes.

## 2. El consentimiento:

El consentimiento es una expresión de la voluntad, donde las personas libres y capaces exteriorizan a través de un signo, firma, palabra o de forma escrita. Esta debe ser libre de vicios, fuerza o dolo para la formación del mismo, como lo dicta la ley 1306 de sobre el régimen de representación legal de los incapaces.

Para el contrato de maternidad subrogada, dicho elemento se materializa con la firma por parte de los contratantes del consentimiento informado que proporciona el centro especializado donde será efectuado el procedimiento, además del contrato.

## 3 Causa lícita:

“En el artículo 1502 del código civil menciona la causa lícita entre los requisitos para la existencia y la validez de los actos jurídicos”.<sup>28</sup>

La cusa será entonces “los móviles o motivos concretos y variables que presiden la intención de la misma persona al contratar (...)”<sup>29</sup>.

Sera menester precisar que en Colombia la cusa o la motivación por parte de la madre gestante deberá ser con fines altruistas, así mismo, el motivo por parte de los contratantes será el sentir de querer ser padres y el de obligarse a hacerse cargo del bebé

## 4 Objeto lícito:

---

<sup>28</sup> **OSPINA FERNANDEZ** Guillermo, **OSPINA ACOSTA** Eduardo. Teoría general de las obligaciones y del negocio jurídico; Pagina 256. Editorial TEMIS S.A, Bogotá - Colombia obras Jurídicas, Edición 2014

<sup>29</sup> *Ibíd.* Página 259.

“Hemos visto que para que se configure un acto jurídico no basta cualquier manifestación de voluntad, sino que es necesario que el agente o agentes persigan un objetivo jurídico cual es la creación, modificación o extinción de relaciones de tal índole, aunque no se ocupen de señalar pormenorizadamente todo el contenido específico de dicho acto, ya que las normas jurídicas pertinentes al reconocerlo se ponen en movimiento y se encargan por vía imperativa o supletiva, de llenarlos vacíos de que adolezca”.<sup>30</sup>

No está de más anotar que el objeto lícito en el contrato de maternidad subrogada, este debe estar sujeto a la Constitución, la ley y a las buenas costumbres. En este sentido y como se analizará con posterioridad, será lícito el contrato que tenga por objeto para nuestro caso la gestación del bebé y la entrega del mismo.

#### **LA FUERZA MAYOR Y EL CASO FORTUITO.**

La definición de caso fortuito o fuerza mayor, se encuentra en el artículo 1° de la ley 95 de 1890, donde reza que “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, **el imprevisto a que no es posible resistir**, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público. Etc” (negrita fuera de texto).

En este sentido, la principal característica del caso fortuito o la fuerza mayor es que es un imprevisto que es no es posible resistir, ambas deben concurrir, por ante la ausencia de alguna de ellas no se podría hablar de ninguna manera de este eximente de responsabilidad civil.

La Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia se ha referido al respecto, como en sentencia de 20 de noviembre de 1980: “Según el verdadero sentido o inteligencia del artículo 1° de la ley 95 de 1890, los

---

<sup>30</sup> **OSPINA FERNANDEZ** Guillermo, **OSPINA ACOSTA** Eduardo. Teoría general de las obligaciones y del negocio jurídico; Pagina 237. Editorial TEMIS S.A, Bogotá - Colombia obras Jurídicas, Edición 2014

elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor (...), deben ser concurrentes (imprevisibilidad e irresistibilidad) lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura a pesar de ser irresistible pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de la fuerza mayor o caso fortuito (...)"<sup>31</sup>

Es así, que, como se afirmó anteriormente, cuando se alega y se comprueba dicha causal el efecto jurídico derivado de esta es que el deudor quede eximido de responsabilidad frente al acreedor.

Así mismo, se pronuncia mediante la providencia de 13 de noviembre de 1962 frente a los elementos constitutivos, añade la inimputabilidad y procede a explicar cada uno: "La doctrina y la jurisprudencia enseñan que los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual son: la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. El primero consiste en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible de preverlo. Y la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara. (...)"<sup>32</sup>

En congruencia con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en la sala de casación civil, se extrae que frente al contrato objeto de

---

<sup>31</sup> Sentencia 20 de noviembre de 1980. Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. M.P. Alberto Ospina.

<sup>32</sup> Sentencia 13 de noviembre de 1962. Expediente N° 5475. Sala de Casación civil y agraria. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

estudio también le es aplicable tal eximente a la madre subrogada si se llegare a presentar alguna de las dos, bien sea antes durante y después del embarazo.

Piénsese en el evento en el cual por un accidente de tránsito, donde la madre subrogada sea víctima de una imprudencia por parte de otra persona estando en estado de gestación, y como consecuencia del accidente aborte el bebé, no habría lugar a que responda civilmente por el incumplimiento del contrato y los perjuicios causados ya que se encuentra frente al eximente de caso fortuito, ya que para el caso planteado no le fue posible prever la imprudencia del tercero, tampoco la pudo resistir y mucho menos le será imputable tal responsabilidad.

### ***El contrato atípico.***

En lo que refiere a los contratos típicos, La Corte Suprema de Justicia ha expresado que: “Es aquella particular forma de regular ciertas situaciones generales a través de “tipos”, los cuales no son otra cosa que conductas y fenómenos sociales individualizados en preceptos jurídicos, (...) con el fin de atribuirle los efectos allí previstos” <sup>33</sup>

Es decir que el Derecho se encarga de regular en el ordenamiento jurídico actuaciones particulares entre sujetos de derecho privado, especificando las características que permiten que cada tipo se distinga de los demás, además, proporciona a los sujetos conocer de antemano los efectos jurídicos al momento de la celebración del contrato, *verbi gratia* en el contrato de compraventa cuando en el art estipula la condición resolutoria, es así que las partes saben que un incumplimiento de las obligaciones acarreará que la contraparte solicite la

---

<sup>33</sup> Sentencia Referencia, Expediente, 5817 22 de Octubre de 2001

resolución del contrato.

La finalidad de tipificar los contratos no es otra que describir de manera ordenada las disposiciones negócias del acto o negocio jurídico y en efecto regular jurídicamente el mismo.

Con base en lo anterior, se colige que un contrato atípico es todo lo contrario al que es típico, de tal manera que la Corte Suprema lo definió así: “Cuando un contrato no se encuentra descrito en un tipo legal y, subsecuentemente, no está especialmente regulado por el ordenamiento, se denomina **atípico**”.<sup>34</sup> En lo tocante a los efectos jurídicos expresa en el mismo párrafo la dificultad que comporta la atipicidad de un contrato por dos razones: “precisar su admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer que su función económico – social se encuentra conforme con los principios ético- jurídicos rectores del ordenamiento; y, de otro, la de establecer las reglas jurídicas que los disciplinan”<sup>35</sup>. Para dar solución a la primera dificultad es necesario hacer remisión a la generalidad de la teoría de acto o negocio jurídico, donde se precisan las condiciones de existencia y validez de todo contrato, pasada esta prueba, se deben precisar las reglas jurídicas de lo disciplinen, atendiendo las características de determinado contrato en cuestión.

Sin embargo, con antelación debe conocerse frente a qué clasificación de contrato atípico se hará el estudio a saber: “estos se han clasificado en tres grupos fundamentales:

- a) Los que presenten afinidad con un solo contrato nominado determinado;
- b) los que resulten con elementos atinentes a varios y diversos contratos nominados; es decir, los llamados mixtos, en los que concurren y se contrapesan distintas causas; y
- c) los que no tienen ningún parentesco conceptual con figuras conocidas y un

---

<sup>34</sup> Sentencia Referencia, Expediente, 5817 22, de Octubre de 2001

<sup>35</sup> Ibidem

contenido absolutamente extraño a los tipos legales”<sup>36</sup>

El contrato de maternidad subrogada no está tipificado, escasamente están especificadas las condiciones del mismo en la sentencia de la Corte Constitucional T- 968/09, en cuanto a la reglamentación sólo existen conceptos meramente doctrinales en lo que refiere a su tratamiento, en cuanto al grupo de la clasificación enunciada anteriormente tiene afinidad con el literal c, donde se acude al criterio de la combinación, la Corte Suprema explica el método como una desintegración de los contratos nominados para adecuar de allí la particularidad del contrato atípico con la intención de dar un tratamiento análogo, en palabras de la Alta Corte, dice que es “desintegrar cada contrato nominado en sus componentes y buscar qué disciplina corresponde a cada uno de dichos componentes”<sup>37</sup>

***Sentencia T 968/09: único pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto de la Maternidad Subrogada.***

Después de definir la estructura del contrato de Maternidad subrogada adecuándola a la teoría del Negocio jurídico, es importante introducir los requisitos exigidos por la Honorable Corte Constitucional quien se pronunció al respecto en la Sentencia T 968/09.

Será menester entonces, a modo de esbozo, narrar los hechos que suscitaron el pronunciamiento y que dieron como resultado las condiciones que deben aplicarse al contrato de Maternidad Subrogada para que éste tenga viabilidad jurídica.

Los hechos ocurridos en la ciudad de Cali, dan cuenta de un conflicto entre un ciudadano colombiano a quien llamaremos Salomón\*<sup>38</sup> quien estaba casado con

---

<sup>36</sup> Sentencia Referencia, Expediente, 5817 22 de Octubre de 2001

<sup>37</sup> Sentencia Referencia, Expediente, 5817 22 de Octubre de 2001

<sup>38</sup> La Corte Constitucional cambio los nombres para la protección de la identidad de los menores

Raquel\*, residentes en EE.UU, en contra de Sarai, ciudadana colombiana residente en Cali- Colombia.

Salomón y Raquel toman la decisión de concebir hijos, sin embargo, después de varios intentos y al ver que ella no quedaba en embarazo, acuden a realizar chequeos médicos que arrojan como resultado la imposibilidad de Raquel de engendrar.

Ante esta situación, deciden buscar opciones para concebir un hijo, por lo cual el esposo (que no poseía problemas de fertilidad) se contacta con Sarai en la ciudad de Cali con la finalidad de que se sometiera a un tratamiento de fertilidad y que cuando naciera el hijo fruto de esa fertilización se lo entregara a cambio de unas contraprestaciones: él se comprometía a pagarle mes a mes la seguridad social en el ámbito de salud, del mismo modo, le pasaría una cuota mensual para su sostenimiento y al final le daría una suma de dinero que oscilaba en los quince millones de pesos. Sarai, ante una situación económica precaria descrita en el proceso, acepta la propuesta de Salomón y se somete al tratamiento de fertilidad.

Acuden entonces a un centro especializado para que se le practicara un procedimiento de reproducción asistida, en donde Salomón sería quien aportaría su semen, el cual sería fecundado con los óvulos de Sarai, y en consecuencia ambos serían padres biológicos de los hijos que se fuesen a dar a luz.

Después de practicar los estudios y hacer los procedimientos necesarios para la fertilización, queda embarazada de gemelos, que nacieron en perfecto estado de salud, en consecuencia y en virtud del contrato hecho con anterioridad, Salomón le exige a Sarai que le entregase los hijos para llevárselos a EE.UU a convivir con ellos y su esposa Raquel. Sin embargo, Sarai se niega a entregarlos porque se encariña con los niños y crea lazos fuertes de maternidad, es entonces cuando se inicia una batalla legal por la custodia de los hijos en los juzgados de Cali.

El juzgado décimo de familia en primera instancia, conoce del caso y los argumentos del señor Salomón consistentes en que el ICBF había privado provisionalmente a Sarai de la custodia de los hijos, por el estado de salud de los niños ocasionados por el sitio en que vivían (vivían al lado de una empresa que les producía afecciones respiratorias), condiciones inconcebibles para el padre, que tenía los medios económicos suficientes para proporcionar unas condiciones de vida dignas a los niños y que principalmente existía un contrato entre ambos consistente en entregar a Salomón los niños cuando nacieran, pero que ante la negativa de ella, tuvo que acudir ante la jurisdicción ordinaria para que se hiciera efectiva la entrega, pretendiendo la salida de los menores del país.

El juez concede las pretensiones del señor Salomón, en consecuencia, permite la salida de los menores del país, motivando entre otras cosas la prevalencia del acuerdo pactado entre Salomón y Sarai, aludiendo que en materia contractual un *contrato es ley para las partes* y que Sara lo había incumplido injustificadamente. Por último, para garantizar los derechos de la madre, ordena que Salomón: *“deberá permitir el contacto de los menores con su madre, suministrándole la dirección de residencia, teléfono y permitiéndole las visitas”*.

Sarai interpone todos los recursos que la ley le otorga en contra de las decisiones proferidas y llega a la Corte Suprema de Justicia, en la sala de Casación Civil, la Corte Constitucional conoce el caso gracias a una acción de tutela incoada por la madre de los niños en contra de la Corte Suprema de Justicia alegando la prevalencia de los derechos de sus hijos. Procede entonces la Corte ha analizar el caso, donde analiza la eventual vulneración de los derechos de niños involucrados, así mismo, ante el problema jurídico en cuestión en lo que refiere a la Maternidad subrogada, expresando entre otras cosas que:

"En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la

realización de este tipo convenios o acuerdos (...) la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes” (...) y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas”.<sup>39</sup>

Por estas afirmaciones la Corte decidió establecer diez requisitos para el contrato de maternidad subrogada:

(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; donde probablemente será la causa que generalmente originará que las personas acudan a una madre subrogada, ya que muchas personas no consideran la adopción como una alternativa, y por lo tanto querrán que sus hijos tengan su ADN.

(ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); con la finalidad de evitar que la madre subrogada no tenga parentesco de consanguinidad con la criatura, porque de existir, no surtirá efectos la obligación de entregar a su propio hijo.

(iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; previendo objeto ilícito en el contrato, ya que si existiese remuneración económica se trataría de una especie de arrendamiento, lo cual cosifica a la mujer contraviniendo preceptos constitucionales y legales, donde más adelante se analizará con mayor detenimiento.

---

<sup>39</sup> COERTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela – 968 de 2009.

(iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; Para que pueda celebrar válidamente un contrato, debe tener dieciocho años, ya que el código civil en el art 1502 y ss. establece que la capacidad de ejercicio por regla general se adquiere cuando se cumple la mayoría de edad. En consecuencia, si la mujer contratada es menor de edad, no tendrá capacidad para obligarse, y la capacidad hace parte de los requisitos de validez de todo contrato, ante la carencia de esta, el contrato estaría viciado de nulidad que puede ser absoluta o relativa, dado que podría sanearse si en el transcurso del embarazo cumple con la mayoría de edad.

(v) La mujer deberá someterse a chequeos médicos por la necesidad de garantizar que el bebé nazca con las mejores condiciones de salud, situación parecida con la madre quien al asistir a todas las citas médicas protege su integridad personal.

(vi) También la preservación de identidad entre las partes hizo parte de los requisitos exigidos por la Alta Corte, para que sean siempre las mismas personas involucradas de principio a fin.

(vii) La mujer gestante no podrá retractarse después de implantado el material genético, de hacerlo, estaría incurriendo en el delito de aborto, penalizado en la ley 599/00, además de los perjuicios que ocasionare a los padres subrogatarios de la criatura ante la expectativa de ser padres.

(viii) Así como la mujer gestante no podrá retractarse, tampoco podrán rechazar el bebé los padres contratantes y

(ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; estos dos requisitos pretenden dar una protección al bebé después de su nacimiento, donde se prevé la posibilidad de que sea abandonado

por parte de los padres el menor, por tal razón, incluye estos requisitos, sin embargo, es importante anotar que los menores de edad tienen una protección supraconstitucional, lo que les da una protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado al imponer el deber de corresponsabilidad con ellos.

(x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros. En congruencia con sus pronunciamientos como lo fue la Sentencia C - 355/06, en la que excluyó de responsabilidad penal a las mujeres que bajo determinadas circunstancias no constituye delito, a saber:

*“a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.*

Es posible que se den todos los presupuestos -exceptuando el incesto- ya que el embarazo acarrea riesgos, y puede constituir eventualmente peligro para la vida de la mujer o de su integridad física. Ahora bien, el interrogante sobre el segundo aspecto radica en que ¿Quién toma la decisión de abortar si hay mal formación en el feto? ¿La madre subrogada o los padres subrogatarios?

Por último, si no existe consentimiento para que le fuere practicado el procedimiento, si fue forzado su consentimiento o coaccionada de alguna forma podrá practicarse el aborto, y el efecto del contrato será nulidad absoluta.

## **Oposiciones al Contrato de Maternidad Subrogada: ¿Problema jurídico para la aplicación en Colombia?**

Dice Zannoni\* que el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres. En igual sentido se pronuncia el jurista español Jaime Vidal Martínez<sup>40</sup> para quien un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público,<sup>41</sup>

Será de suma importancia definir qué se entiende por moral y orden público en el universo jurídico, en consecuencia, la forma más expedita es hacer una remisión a los pronunciamientos de la Corte Constitucional frente a estas palabras, debido a que puede sumirse en ambigüedades por los significados polisémicos de las mismas.

Existen varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, pero es precisa al afirmar que: "No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social (...)"<sup>42</sup>

Así mismo, el Alto Tribunal sostiene: "Es posible afirmar que la moralidad pública (i) es un elemento adicional en la constitucionalización de los derechos de los ciudadanos, (ii) es fuente de limitaciones de derechos constitucionales, en tanto permite al Estado imponer restricciones con el objetivo de armonizar proyectos de

---

<sup>40</sup> VIDAL MARTINEZ, Jaime. Las nuevas formas de reproducción Humana. Pág 191. Citado por, Óp. Cit. CANO, María E. pág. 6.

<sup>41</sup> Zannoni, Eduardo, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Bs. As., ASTREA, 1978, p.

111. citado por, Óp. Cit. CANO, María E. Pág. 6.

<sup>42</sup> Sentencia de la corte constitucional C 224 de 1994

vida disímiles en el contexto de una democracia, (iii) está compuesta por los principios que se encuentran en relación de conexidad necesaria con la idea de Estado social y democrático de derecho, cuales son, entre otros: dignidad humana(...)"<sup>43</sup>

Partiendo de esta base, si se entiende que la Carta Política en el artículo 42 permite como tipo de procreación la derivada de las técnicas de reproducción asistida, debe entenderse, por tanto, que esa forma de generación de vida humana no riñe con la moralidad, en consecuencia, sería absurdo proscribir la utilización de la ciencia en el escenario de la conformación de la familia. Además, y en defensa de principios Constitucionales como la dignidad humana, la personalidad jurídica y el libre desarrollo de la personalidad, pilares del Estado Social de Derecho, el constituyente le otorgó al individuo la libertad de escoger el tipo familia que mejor se adecue a sus creencias y formas de vida, en tanto ser autónomo, único e irrepetible, además la posibilidad de escoger el número de hijos, imponiendo para ello el deber de una progenitura responsable, y bajo la condición de la existencia de la unidad de filiación, esto es, aquella que pregona desde la ley 29 de 1982, la igualdad de la progenie independientemente de su origen o forma de concepción.

Los métodos científicos utilizados para combatir la imposibilidad de procrear son la materialización de los derechos referidos anteriormente, ya que brindan la posibilidad a las personas que así lo desean de conformar una familia de acuerdo a su proyecto de vida. En conclusión, atendiendo al pronunciamiento de la Corte Constitucional cuando define el concepto y la naturaleza de la moralidad pública, puede predicarse que si de manera contractual se pacta la Maternidad Subrogada, esta realidad jurídica no atenta ni va en contravía de la norma primigenia.

Aunado a lo anterior, se le suman demás posturas como la de la Comisión

---

<sup>43</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela - 301 de 2004.

Palacios, sustentada por Suoto, en informe de la Comisión Especial de Estudio sobre la Fecundación In Vitro al predicar que "(...) razones éticas al considerarse que hay una unidad de valor en la maternidad que en ella no se respeta y que crea una distorsión deshumanizadora. También, porque puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (...) inadmisibles en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles (...)"<sup>44</sup>

Contrario sensu a la postura inmediatamente anterior, hay que precisar que en Colombia el tema de la Maternidad Subrogada fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en la sentencia del 2009 antes referida, donde el Alto Tribunal fue tajante al expresar que en el ordenamiento jurídico no está contemplado taxativamente la prohibición de que se celebre dicho negocio jurídico, por lo tanto, debe atenderse al principio general del Derecho que reza que lo que no está prohibido está permitido, y que a su juicio, tácitamente se le otorgó viabilidad jurídica a la misma toda vez que ordenó al Congreso legislar sobre el tema.

Por otra parte, previendo posibles negociaciones con fines lucrativos, incluyó en el tercer requisito reflejado en la Sentencia T 968/09 la prohibición de que se realice la maternidad subrogada con dichos móviles, condicionándolo a que sólo puede presentarse por razones altruistas, por tal razón, es posible concluir que, por lo menos en Colombia, el fenómeno que pudiera desencadenar en abusos y en comercializaciones, como lo sostiene Suoto en informe rendido al foro de "*Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho*".

---

<sup>44</sup> SUOTO GALVÁN, Beatriz. Docente Universidad Alicante. Foro, Nueva época, núm. 1/2005: 275-292. Aproximación al Estudio de la Gestación de Sustitución desde la Perspectiva del Bioderecho. Pág. 279.

## **El arrendamiento de vientres como teoría de adecuación.**

El grupo de investigación de Justicia Constitucional de la Universidad Libre de Colombia, produjo un texto llamado *Libro de Maternidad Subrogada*,<sup>45</sup> en el cual sostiene que la figura jurídica más aproximada al mal llamado “alquiler de vientres” es el contrato de arrendamiento, ya que considera que la definición que da el código civil al mismo es la más cercana para darle viabilidad jurídica a la subrogación de vientres.

Empero a lo anterior, es necesario analizar cada uno de los elementos esenciales del contrato de arrendamiento para estudiar realmente si es admisible la postura de los autores de la obra anterior. Sea lo primero decir, que para que se acepte tal tesis, ésta debe guardar congruencia con los preceptos Constitucionales y a su vez, con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia T 968.

**Cosa:** El libro de maternidad subrogada, define el objeto del contrato de la siguiente manera: "Supone entonces dos partes, que serían de un lado la pareja infértil, que llamaremos A; y del otro lado, la mujer portadora que va a ofrecer su útero, y llamaremos B; así las cosas, se parte entonces del presupuesto que se va a realizar una Fecundación In Vitro, con material genético de la pareja interesada, o sea, óvulo y espermatozoides de estos. Entonces B se obliga a proporcionar a A su útero durante los nueve meses del embarazo, sin que esto signifique la cosificación de los órganos del cuerpo humano".<sup>46</sup>

Contrario sensu a la afirmación anterior, se considera que hay una concepción errada de lo que el autor del *Libro de Maternidad Subrogada* entre lo que se entiende entre cosa y objeto del contrato. Si en los elementos esenciales del contrato de arrendamiento tiene que haber una cosa, no puede considerarse el útero como tal, la distinción radica en que en realidad el objeto del contrato es

---

<sup>45</sup>AGUILAR GOMEZ, José Rodrigo, -Investigador, DIAZ RICARDO, Tatiana, -Directora de Proyecto. Libro de Maternidad Subrogada N°1, Universidad Libre de Colombia 2010.

<sup>46</sup> Ibídem, Pág. 31.

que la madre subrogada albergue en el vientre la criatura para que se lleve a cabo lo pactado. En este sentido, la retórica cambia, no se cosifica el útero, sino que se entenderá como el medio natural para que se geste la criatura.

**Plazo:** La doctrina ha definido el tracto sucesivo como “Aquellos que generan obligaciones de cumplimiento intermitente o continuo, cuya propia naturaleza impide que puedan ser satisfechas de manera instantánea”<sup>47</sup>

Es sin duda un elemento que encaja perfectamente en el contrato de maternidad subrogada, ya que existe una ejecución en el tiempo a medida que el embarazo transcurre. Por lo tanto, el tracto sucesivo es un carácter esencial de dicho contrato.

**Precio:** El argumento de los investigadores supone que es oneroso porque "cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; la utilidad de los padres consiste en tener un hijo con su carga genética; y la utilidad de la portadora yace en la remuneración económica que esta recibe por haber dado su vientre en arrendamiento" <sup>48</sup>

En este elemento existe disensión: la Corte Constitucional condicionó en la Sentencia T- 968/09, en el tercer requisito la prohibición expresa de “que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas”.

El móvil que lleva a los contratantes a celebrar el negocio jurídico debe ser altruista y no podrá ser de contenido económico, además, si se permitiese el ánimo de lucro, se estaría incurriendo en la cosificación del cuerpo humano en donde se le pondría precio a albergar una criatura en el vientre, y probablemente condicionando la entrega del bebé al pago de la remuneración económica

---

<sup>47</sup> GÓMEZ ESTRADA, César; De los principales contratos civiles, tercera edición, Bogotá 1999, Temis, Pág. 182.

<sup>48</sup> AGUILAR GOMEZ, José Rodrigo, -Investigador, DIAZ RICARDO, Tatiana, -Directora de Proyecto. Libro de Maternidad Subrogada N°1, Universidad Libre de Colombia 2010. Pág. 32 – ss.

pactada, la gestación de una nueva vida no puede supeditarse a motivos meramente económicos. En definitiva se concluye que la subrogación de vientres no puede, por no compartir su naturaleza jurídica, elementos y efectos, tipificarse como una modalidad de arrendamiento, y en esa medida no es dable nominarla también alquiler de vientres.

### **CAPITULO III**

#### **EFFECTOS JURÍDICOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA**

Con base en la información plasmada en el segundo capítulo, donde ubicamos al acto jurídico de la Maternidad subrogada dentro de la clasificación jurídica de los contratos, se tratará de inferir las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento por alguna de las partes; así mismo, analizar cada uno de los requisitos expuestos por la Corte Constitucional y cuáles serán los efectos jurídicos de la inobservancia, omisión o la violación de alguna de las condiciones expresadas en la Sentencia T 968/09.

Antes de examinar el primer punto, conviene formularse la siguiente pregunta: ¿El contrato debe celebrarse antes o después de haberse implantado el embrión en la madre subrogada? Luego de resuelta la pregunta se tratará el siguiente aspecto en cuanto al incumplimiento de alguna de las partes dependiendo del tiempo en que se haya celebrado el contrato.

##### **- Si se celebra el contrato antes de haberse implantado el embrión:**

En este supuesto debe tenerse en consideración lo siguiente: ¿si aún no le ha sido implantado el embrión a la mujer, tiene la calidad de madre subrogada? No será coherente que tenga dicha calidad sin siquiera tener en su vientre un bebé, será indicado afirmar que será “promitente madre subrogada”. En otras palabras, es como aquellas personas que realizan una promesa de

compraventa, que ostentarán la calidad de promitente vendedor y promitente comprador, y sólo hasta que se cumpla el plazo o condición tendrán la calidad de vendedor y comprador; en ese orden de ideas, la calidad de madre subrogada se sujetará sólo al hecho de que se encuentre en estado de embarazo, antes no.

Continuando con la hipótesis planteada, ¿qué ocurriría entonces si la promitente madre subrogada se rehúsa a practicarse el procedimiento que dará como resultado su embarazo? ¿Podrán los contratantes hacer exigible lo pactado? es decir, ¿obligarla a quedar en embarazo?

Frente a esta cuestión, toda mujer tiene la facultad de decidir si desea tener hijos o no, el número de hijos y el intervalo de los nacimientos, encontrando el sustento jurídico en la Constitución, específicamente en los artículos 1, 16 y 42; también en las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como lo es la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer*, en el art 16 literal e contempla la libertad de decidir el número de hijos y el intervalo de los nacimientos.

En relación con los artículos mencionados en el párrafo anterior, la Corte Constitucional ha afirmado lo siguiente respecto del artículo 1 sobre la dignidad humana:

*“(...) La elevación a rango constitucional de la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle”.*<sup>49</sup>

Es de esta interpretación sirve como base para deducir razonablemente que obligar a la mujer a que cumpla con la obligación de quedar embarazada cuando ella se rehúsa a practicarse el procedimiento sería una violación evidente a su dignidad, porque se viola la libertad de elegir su proyecto de vida y las condiciones en que quiere desarrollarlo.

---

<sup>49</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 227 de 2003. Magistrado Ponente. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

El derecho a la libertad, que comprende en sí misma la autonomía de la mujer en tomar decisiones referente a su reproducción, en lo que respecta a la autodeterminación reproductiva la Corte Constitucional en sentencia afirma: *“La autodeterminación reproductiva reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia”*<sup>50</sup>, la afirmación tiene relación intrínseca con el art 16 de la Carta Política, ya que el libre desarrollo de la personalidad trae consigo la toma de decisiones que quiere para su vida.

Ahora bien, si el artículo 1602 del Código Civil pregona que un contrato es ley para las partes, en estricto sentido, no debe entenderse como una afirmación absoluta, más aun si existe una colisión entre esta norma contemplada en el código civil y la Constitución Política. Sin embargo, ante la pugna de las disposiciones Constitucionales entre las legales, el artículo 4 de la Carta Política otorga la solución: se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Por lo tanto, si antes de que le sea implantado el material genético la mujer se opone rotundamente a cumplir con la obligación de quedar embarazada como lo estipula el contrato, aun así exista el consentimiento informado firmado por ella, podrá retractarse de celebrar el negocio jurídico, sin perjuicio de las acciones judiciales que pretendan el pago de perjuicios ocasionados a los contratantes.

- **Si se celebra después de implantado el embrión:**

Lo que se recomienda es que el contrato se celebre después de implantado el material genético en la mujer, porque es a partir de ese momento en el que adquiere la calidad de madre subrogada, situación contraria en el supuesto anterior.

En este evento pueden suceder dos circunstancias:

---

<sup>50</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 627 de 2012. Magistrado Ponente. Dr. Humberto Antonio Sierra Parto.

La primera es que se quiera retractar la madre subrogada estando embarazada, lo cual se traduce en un aborto. Si se produce, existe un incumplimiento en la ejecución del contrato, porque el objeto del mismo era gestar la criatura en su vientre y no se llevó a cabo, por lo tanto, existirían acciones judiciales como el cobro de perjuicios ocasionados a los subrogatarios, sin que esto excluya las acciones penales a las que haya lugar, como lo es la conducta típica de aborto contemplada en el código penal.

La segunda, es que el retracto se pretenda dar por parte de los padres subrogatarios, donde ya no quieran que nazca el bebé o que no les sea entregado. Ante esta hipótesis, la vía judicial que tendrá la madre subrogada será la de iniciar un proceso de impugnación de la maternidad para que el juez declare el parentesco de consanguinidad con los padres que incumplieron el contrato. De ahí que también pueda demandar a quienes la contrataron por los perjuicios derivados del daño ocasionado al no querer recibir el bebé.

El siguiente aspecto tratará de las condiciones exigidas por la Corte Constitucional expresados en la sentencia T - 968/09<sup>51</sup>, donde se analizará cada uno de los requisitos con el fin de proporcionar un mejor entendimiento de los mismo y dilucidar los efectos jurídicos en caso de conflicto u omisión en la aplicación de alguno de ellos.

### **Análisis de cada uno de los requisitos de la Corte Constitucional.**

#### **i. Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.**

Las nuevas técnicas de reproducción asistida fueron pensadas por la ciencia médica para remediar el impedimento que tienen algunas personas para engendrar.

---

<sup>51</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 968 de 2009. Magistrada Ponente, Dra. María Victoria Calle Correa.

Como se ha explicado en repetidas ocasiones, la madre subrogada se somete en centros especializados a tratamientos para gestar el bebé en su vientre, ya quien la contrata, de manera general es porque tiene problemas fisiológicos para concebir, sin embargo, fácticamente en algunos casos no ocurriría así.

En este orden de ideas, ¿es un requisito *sine qua non* para que surja esta figura jurídica?. En principio puede pensarse que sí, porque bien sea para una pareja o una persona que quiera ser padre o madre debe tener una calidad o alguna patología que le impida realizar su deseo de concebir, no obstante, ¿qué impedimento jurídico tendría una persona que desee acudir a la maternidad subrogada sin que tenga problemas fisiológicos?

Con ocasión de resolver el interrogante, será preciso remitirse al artículo 42 de la Constitución, que permite la concepción con asistencia científica, y que además no está sujeta a condición en el sentido de que sea solamente cuando la persona tiene problemas físicos que le impiden engendrar. De conformidad con esto, podrá la persona pactar con otra para que le geste un hijo sin que sea necesario tener inconvenientes físicos para procrear.

En definitiva, no será estrictamente necesario que quien contrata esté sumido en una imposibilidad física a las que refiere la Corte Constitucional.

Cabe otra duda al respecto, y es que si se mira con detenimiento cada uno de los requisitos, sólo hablan del caso de la mujer con problemas fisiológicos para concebir, sin embargo, ¿qué ocurre si un hombre quiere congregarse a realizar esta práctica y no tiene pareja femenina?. La respuesta puede estar guiada por la Carta Política, porque al tenor del artículo 18 que en consonancia al Derecho a la Igualdad es viable desde el punto de vista Constitucional.

Desde este punto de vista lo puede hacer: consiguiendo un óvulo donado en un centro especializado y que sea fecundado por su esperma y gestado el feto por una madre subrogada.

**(ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre);**

Indiscutiblemente es requisito *sine qua non* para que se lleve a cabo el contrato de maternidad subrogada, debido a que si es la mujer que facilita su

vientre al mismo tiempo la donante del óvulo, se convierte en la madre biológica del menor, por lo cual, por ese simple hecho, nace un vínculo jurídico por existir un parentesco de consanguinidad, en consecuencia, hay una imposibilidad de quien la contrató para que obligue a la mujer contratada a entregar a su hijo, por ende, se desnaturalizaría por completo el acto o negocio jurídico.

**(iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas;**

El sentido común lleva a pensar que nadie actuaría de manera altruista haciendo semejante sacrificio sin esperar nada a cambio, teniendo en cuenta los cambios en el cuerpo que acarrea un embarazo, las incomodidades y los posibles riesgos del mismo, a no ser que exista un vínculo afectivo entre la madre subrogada y subrogataria en el que eventualmente sí se daría el presupuesto exigido por la Corte de que no haya un fin lucrativo de la madre gestante y sí sólo el propósito de ayudar a alguien más. El problema será para quienes no encuentren una persona que le geste un bebé bajo ese presupuesto, quedándoles solamente la opción de adoptar.

Ahora bien, si en el contrato se llegase a pactar remuneración económica a la madre subrogada por concepto de la “prestación del servicio” de gestar el bebé, la consecuencia jurídica sería la inexistencia del contrato, toda vez que como se explicó con anterioridad, dentro de los elementos de la existencia se encuentran el consentimiento, objeto y la causa. Por tanto, si dentro del objeto del contrato dice que X gesta un bebé para Y, y que en contraprestación Y le pagará a X una remuneración por la gestación, el contrato será inexistente por objeto ilícito.

**(iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; y**

**(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;**

Es apenas comprensible la exigencia de determinadas condiciones para que se tenga en la medida de lo posible una certeza de la aptitud de la mujer que gestará el bebé en su vientre, con la finalidad de que se corran con los menores riesgos posibles en aras de salvaguardar la salud de la madre subrogada y así mismo del bebé que está por nacer.

Los centros especializados realizan una serie de estudios tanto físicos como psicológicos para examinar las condiciones físicas de la madre que se postula para gestar, bien sea para evitar posibles complicaciones en el transcurso del embarazo o algún tipo de trastorno que pueda generar al gestar un hijo que no es suyo.

Consideramos que este tipo de seguimientos antes, durante y después del embarazo son de suma importancia, ya que se garantiza un nacimiento de un bebé sano, y el manejo oportuno de eventualidades que puedan presentarse, ya que un embarazo de una u otra manera acarrearán riesgos.

Siempre que la madre subrogada cumpla con estos requerimientos no habrá problema alguno, ¿pero qué ocurriría si se niega a hacerse chequeos médicos o si hace caso omiso a las recomendaciones dadas por los médicos tratantes?

En razón del contrato, y de que existe por parte de la mujer gestante una obligación de hacer, podrá el contratante acudir a los estrados judiciales para hacer valer dicha cláusula, mediante acciones judiciales como la contemplada en el art 426 del Código General del Proceso, de la ejecución de dar o hacer.

**vi) que se preserve la identidad de las partes**

En todo caso, no habrá variación de las partes, desde la celebración del contrato deben saber las partes de forma inequívoca con quien contratan,

con la finalidad de que no hayan confusiones de ninguna índole para efectos de ejecutar en el contrato.

Piénsese en que la madre subrogada se quiera retractar y desee ceder el contrato a otra mujer en estado de embarazo, no será posible que efectúe tal cesión toda vez que en ella reposa el material genético de los padres subrogatarios, de ahí resultando una relación de *intuito personae*, por las condiciones únicas que porta la madre subrogada a causa de la implantación del material genético.

Así mismo, si los padres contratantes pretenden de alguna forma ceder a otros padres el contrato, no tendrá efectos jurídicos la cesión, porque a su vez estaría cediendo los derechos y obligaciones que tienen sobre el bebé que está por nacer, contrariando normas de orden público como lo son la Constitución Política en el art 42 que impone a los padres una progeneritura responsable, simultáneamente se vulnerarían los derechos fundamentales de los menores, tales como la dignidad humana, el derecho a la familia, a su integridad personal, los derechos de protección como el abandono físico, emocional y psicoafectivo, al cuidado personal que debe ser de manera integral, y el derecho a la identidad, establecidos en la ley 1098/ 06.

Empero a lo anterior, la cesión del contrato será anulable, toda vez que hay una nulidad absoluta por contrariar normas de orden público como ya se explicó.

Por consiguiente, si eventualmente se inicia un proceso, siempre serán las mismas partes las que acudirán al mismo, en consecuencia, tendrán la calidad de Litis consortes necesarios.

**(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;**

Se hace necesario e imprescindible que en un contrato de maternidad subrogada haya un consentimiento por parte de la madre gestante, ya que tiene varias implicaciones jurídicas, por cuanto debe saber con exactitud qué tipo de procedimiento le practicarán, las consecuencias y lo que acarreará a corto, medio y largo plazo: que conozca con antelación en qué consiste el procedimiento, la procedencia del material genético a implantar, los eventuales riesgos, acudir a chequeos médicos, dar a luz al bebé y entregarlo a los padres biológicos.

Si se niega a entregar el bebé, sobre quien no tiene algún derecho ya que no existe parentesco de consanguinidad, podrán acudir a los estrados judiciales, aportando las pruebas que consideren pertinentes: tales como la prueba de ADN y el contrato. Es por ello la importancia de que se plasme en el mismo la no retractación para facilitar el proceso judicial en caso de que haya una renuencia por parte de la madre subrogada a entregar el bebé.

Es por esta razón la vital importancia de que el legislador tome cartas en el asunto, porque es que la calidad de madre, objetivamente -por así decirlo- la tiene quien dio a luz al bebé, de ahí que con el acta de nacido vivo pueda alegar la maternidad, pero para controvertir dicha situación deberán los padres iniciar un proceso de impugnación de la maternidad que puede durar un tiempo considerable, implicando la separación del hijo a sus padres y viceversa, coexistiendo así una violación a los derechos fundamentales del menor involucrado. La envergadura de esta situación conlleva a concluir que el congreso debe prever esta situación, y para evitarla, se sugiere una reforma en el derecho sustancial, donde sirva de ejemplo la ley civil de Argentina, que con el consentimiento informado sea suficiente para establecer la filiación entre los padres subrogatarios y el bebé, y no tengan que iniciar un largo proceso que en últimas vulnera, como ya se dijo, los derechos fundamentales del menor, además de afectar los lazos amorosos entre los padres y el hijo que puedan establecerse desde el momento de la

entrega, con el fin de fortalecer la comunicación y el vínculo afectivo entre ellos.

Por último, si se habla de derechos fundamentales de un menor, donde existe una protección supraconstitucional, ¿podrán los padres solicitar que les sea entregado el bebé interponiendo una acción de tutela como solución inmediata? ¿O solo será solicitando como medida cautelar la entrega del bebé para evitar violación de derechos fundamentales dentro del proceso de impugnación de la maternidad?.

**(viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia;**

No puede considerarse un requisito como tal que los padres biológicos no rechacen a su hijo bajo ninguna circunstancia, ya que la Constitución Política impone dicho deber a los padres en su Art 42 inciso séptimo al establecer que “La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y **deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos**” (Negrita fuera de texto), así mismo, la ley 1098 de 2006, conocido como el código de infancia y adolescencia que impone de manera imperativa el deber de los padres respecto del cuidado, sostenimiento, manutención y educación de los menores, como lo dispone el art 14 del código en mención, donde dispone que “(...) Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”.

Sin embargo, y sin que haya contrariedad con lo que se afirma, ¿qué sucederá en el evento en que se nieguen rotundamente los padres a recibir el bebé?. Una solución que la madre subrogada tiene es que inicie un proceso de impugnación de la maternidad como en el anterior supuesto, o como se planteó también la viabilidad de una acción de tutela para restablecer los derechos vulnerados del menor.

**(ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y**

A todas luces se pretende brindar una protección al menor para que sus derechos no sean vulnerados, sin embargo, la Carta Política brinda formalmente una protección especial al menor en aras de dar garantías fundamentales, como lo plasma el art 44 de la norma superior, así como los tratados internacionales

De igual manera, el código de infancia y adolescencia en sus artículos 8 y 10 desarrolla lo enunciado en la Carta Política en lo que refiere a la prevalencia de los derechos de los niños, articulado con el deber de corresponsabilidad que es el que permite que se materialicen y se hagan exigibles los derechos a quienes tienen el deber de protección de los menores, en materia de protección, cuidados y atención.

**(x) Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros”.**

Independientemente de que esté o no estipulada esta cláusula en el contrato a la mujer le asisten derechos fundamentales como la vida, que en todo caso es prevalente. Lo que pretende la Corte con esta aseveración es que no habrá incumplimiento por parte de la mujer gestante si eventualmente se presenta alguna situación adversa que ponga en peligro su vida o su integridad física.

La Corte Constitucional, mediante en una conocida providencia identificó tres situaciones en las cuales el aborto no se considera como delito: *a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de*

***inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. (Negrita fuera de texto original).***<sup>52</sup>

Cabe anotar que en el aparte resaltado, si no existe consentimiento está la mujer facultada para abortar el bebé, con la finalidad de proteger su derecho a la vida, al respecto la Corte, en la mencionada sentencia expresó: *“Dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana”*.<sup>53</sup>

Puede colegirse de esa afirmación que la titular del derecho (la mujer embarazada) estará facultada disponer que le sea practicado el aborto siempre y cuando su vida esté en peligro, o cuando no hubo consentimiento en la obtención del embarazo mediante alguna técnica de reproducción asistida, ya que en el juicio de ponderación hecho por la Corte Constitucional dice que *“La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana (...)Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos”*<sup>54</sup> por ende, contará con las herramientas jurídicas suficientes sin que ello implique un incumplimiento unilateral del contrato al practicarse el aborto.

Además, el contrato será anulable, toda vez que hay un vicio del consentimiento –valga la redundancia- lo cual acarreará nulidad absoluta insubsanable.

---

<sup>52</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 355 de 2006. Magistrados Ponentes, Dr. Jaime Araujo Rentería. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>53</sup> *Ibíd.*

<sup>54</sup> *Ibíd.*

Ahora bien, en el evento en que la madre sin justa causa interrumpa el embarazo, deberá asumir la responsabilidad civil que ello acarree, sin perjuicio de las acciones penales que puedan iniciarse por el delito de aborto consagrado en el artículo 122 de la ley 599/2000, Código Penal Colombiano.

### **PROPUESTA AL LEGISLADOR:**

La propuesta que se hará al legislador se basará en los siguientes puntos:

1. Forma del contrato de maternidad subrogada, incluyendo la calidad que deben tener las partes, teniendo en cuenta las condiciones establecidas en el país de Rusia, con inclusión de alguno de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional.
2. Fuente de filiación.
3. Procedimiento para inscribir en el registro civil.

#### **1. FORMA DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.**

En el primer capítulo, se puso de presente el país de Rusia y la normatividad a aplicar para estos casos y se indicó las condiciones que debía tener la mujer que se quisiera postular como madre subrogada y los contratantes.

Dentro de esas condiciones se encuentra i) la mayoría de edad; ii) que la madre subrogada haya tenido por los menos un hijo que haya nacido en buenas condiciones generales de salud, y iii) que cuente con buena salud física y somática, Así mismo, en Rusia quienes quieran contratar deberán ser mayores de edad, pueden ser parejas casadas, con unión marital de hecho o para mujeres solteras, no habla de hombres solteros.

Las condiciones enunciadas para la madre subrogada son las que el legislador colombiano debería incluir en la normatividad, en primer lugar por la

capacidad para obligarse que se obtiene al cumplir la mayoría de edad, y que es un requisito de validez de los contratos. El segundo requisito es que la mujer haya tenido un hijo propio y que este haya nacido en buenas condiciones de salud, tales requerimientos deberían también aplicarse por dos razones: la primera de ella es que la mujer gestante ya ha pasado por esa etapa, de una u otra manera la experiencia para llevar un embarazo es de suma importancia, ya que conoce las consecuencias que el mismo acarrea, y que el bebé que tuvo haya nacido en buenas condiciones recrea un precedente de las condiciones idóneas que tiene para gestar un hijo. Por último, la buena salud física y somática se verificará en los centros especializados donde se harán los exámenes y procedimientos pertinentes para que sea considerada como apta.

En lo que respecta a los padres subrogatarios, es de gran significación que no solo puedan contratar parejas casadas, con unión marital de hecho o las mujeres solteras, ya que en aplicación a los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad consagrados en la Carta Política en los artículos 13 y 16. En este sentido, deberán incluirse los hombres solteros, quienes donando su esperma y con un óvulo obtenido de un centro especializado puedan realizar el procedimiento de Fecundación In Vitro puedan ser padres acudiendo a la maternidad subrogada.

Es de anotar que si bien es cierto que se trae a colación la legislación Rusa, estos requisitos también se encuentran incluidos en la sentencia T 968/09 en los numerales cuarto y siguientes.

Pasado este filtro, se deberá tener en cuenta los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en la providencia que ya fue objeto de estudio y ahondar en los que son *sine qua non*, como el de que la madre subrogada no sea quien done el material genético, entre otros.

Será entonces que dentro de las cláusulas de contrato que son imprescindibles se tendrán a saber:

- i) **Que la mujer gestante no sea quien aporte el óvulo:** Esta condición sine qua non deberá estar plasmada en el consentimiento informado, para que en esa medida la mujer gestante tenga claro que no es ella quien aporta sus gametos, y que, en consecuencia, no es madre biológica del bebé. De igual forma, no obsta para que se incluya dentro de las cláusulas del contrato.

Será relevante la tarea de los centros especializados para que informen con antelación tal condición con la finalidad de que no presenten malos entendidos entre las partes del contrato.

- ii) **Que no haya un fin lucrativo:** Como se expuso con anterioridad en el capítulo III, que en el contrato conste una contraprestación o indemnización a favor de la madre subrogada se tendrá como resultado una nulidad absoluta en el contrato por objeto y causa ilícita. En esta medida, bajo ninguna circunstancia mediarán dineros que no salgan de lo concerniente a los pagos inherentes al embarazo tales como gastos médicos.
- iii) **Preservación de identidad de las partes:** es preciso que las partes tengan claro que tanto la madre subrogada como los subrogatarios por la relación existente en el contrato tienen calidad de *intuitu personae*, por ende, la existencia de la cláusula que prohíba la cesión del contrato a terceros debe constar en el contrato.
- iv) **No retracto:** por la naturaleza del contrato, y la especialidad del mismo, de manera inicial la mujer gestante sabe que lo deberá entregar, y que a su vez, los padres biológicos no podrán rechazarlo o retractarse de recibirlo, de lo contrario, se verán obligados a iniciar las acciones judiciales pertinentes tales como impugnación de la maternidad, acciones ejecutivas o inclusive, acción

constitucional de tutela por la vulneración a derechos fundamentales del menor.

Po último, debido a la trascendencia y a que hay un menor involucrado, será menester de las partes elevar el contrato a escritura pública, y que se le exijan los anexos en los que conste todo el procedimiento médico empleado, exámenes, y principalmente el consentimiento informado firmado por la madre subrogada.

## **2. FUENTE DE FILIACIÓN.**

En consideración con el tratamiento que le da el país de Argentina, debido a las facilidades sin que implique informalidad alguna en lo concerniente a la fuente de filiación ente los padres contratantes y el bebé.

Como se hizo alusión en el primer capítulo, con la entrada en vigencia del nuevo código civil argentino se creó una nueva fuente filial: el consentimiento informado.

El documento en mención, servirá para ser presentado al Escribano Público – aquí en Colombia se denomina Notario- y serán inscritos en el Registro Civil como padres del menor.

Para el caso colombiano, se planteará de la misma manera que en el país argentino, donde la fuente filial de los padres biológicos sea el consentimiento informado, pero adicionando también el contrato de maternidad subrogada, ya que es en ambos documentos donde se manifiesta clara e inequívocamente la voluntad de las partes encaminadas a producir efectos jurídicos con la finalidad de que sea entregado el bebé a los contratantes, y que sean ellos quienes ostenten la calidad de padres con los derechos y obligaciones que se incorporan al tener tal parentesco.

Será necesario, ante tal planteamiento la introducción en el ordenamiento jurídico una norma que permita que sea de dicha manera, es decir, la inserción de una nueva fuente filial que se materializará con la presentación

de la documentación antes enunciada ante la Notaría al momento de registrar el bebé.

**PROCEDIMIENTO:**

Con claridad del punto anterior, y de que la fuente de filiación será el consentimiento informado y el contrato de maternidad subrogada elevado a escritura pública, se estima que el procedimiento para que se efectúe el registro civil como quieren los contratantes para que los padres biológicos del bebé, o quien sea el padre o madre biológica figuren como tales, deberá tenerse en cuenta que el procedimiento comenzará a surtirse desde el momento del nacimiento de la criatura.

Es por ello, que será ineludible la necesidad de incluir una reforma en el formato del certificado de nacido vivo que el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE - proporciona a los hospitales y clínicas consistente en incorporar una casilla o espacio donde conste que dicho nacimiento se dio bajo el contrato de maternidad subrogada.

Luego de que sea entregado el bebé, y los padres se dispongan a llevarlo a Notaría para realizar el registro, deberán adjuntar al notario:

1. Consentimiento informado
2. Contrato de maternidad subrogada
3. Acta de nacido vivo.

Adjuntada la respectiva documentación, se registrará el menor y como padres figurarán quienes hayan aportado su material genético para la creación de ese ser.

## **CONCLUSIONES**

Como resultado se tiene que la Maternidad Subrogada es un contrato donde básicamente una persona que bien sea por problemas fisiológicos que le impida concebir o porque considera que el medio más idóneo es acudir a esta práctica contrata a una mujer para que por medio de un centro especializado en técnicas de reproducción asistida, le implanten un embrión y lo gestee durante todo el embarazo, y cuando dé a luz lo entregue a las personas que la contrataron

Desde hace décadas en varios países del mundo ha venido en crecimiento la práctica de maternidad subrogada, donde en muchos casos el conflicto entre las partes han parado en litigios ante los estrados judiciales: principalmente por la custodia del bebé al que la mujer gestante se negó a entregar voluntariamente.

Sin embargo, y con el objeto introducir al ordenamiento jurídico normas que regulen las técnicas de reproducción asistida y a su vez la maternidad subrogada, la rama legislativa de algunos países se han tomado la tarea de crear normas para dar viabilidad, seguridad jurídica y garantizar el derecho a conformar una familia a las personas que por variedad de motivos deciden acudir al mal llamado alquiler de vientres.

Para este escrito, se analizaron los países de Argentina y Rusia: en el primero, ante la creación del nuevo código civil argentino se hizo una importante modificación en lo relativo a la filiación, reforma consistente en la inserción de una nueva fuente filial por medio del consentimiento informado cuando el bebé sea concebido por alguna técnica de reproducción asistida, a su vez, regula en su articulado la forma y los requisitos del consentimiento.

En Rusia, con la expedición de la ley “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación Rusa” indica de manera más completa las cada una de las condiciones para que se lleve a cabo la maternidad subrogada.

En primer lugar, asigna lugares específicos para que se lleve a cabo el procedimiento a la madre subrogada, dichos centros especializados son denominados “agentes de la maternidad subrogada”.

Así mismo, limita la capacidad para poder contratar: sólo serán parejas conyugales registradas o aquellas que conviven en unión marital pero no están registradas, y por último a las mujeres solteras. Algo semejante ocurre con las mujeres que deseen aplicar a ser madres subrogadas, la ley dice que debe reunir los requisitos de edad, que es tener entre veinte y treinta y cinco años, tener un hijo propio sano y buena salud psíquica y somática.

Otro rasgo es que también delimita las circunstancias en las que debe estar inmersa la mujer contratante para que pueda aplicar a la gestación por subrogación, que versan únicamente en problemas fisiológicos para concebir, que están taxativas en la ley, por lo tanto, la decisión de acudir a una madre subrogada no puede ser caprichosa y debe existir una causa física que lo justifique.

Al igual que Argentina, establece que el consentimiento informado será el documento conducente para establecer la fuente de filiación, y deberá ser inscrito en el libro de nacimientos para que queden los contratantes registrados como

padres del bebé concebido mediante la técnica de reproducción asistida.

Por último para efectos de que expedir el registro civil, deberán llevar el acta del libro de nacimientos acompañada del certificado médico expedido por el centro especializado que realizó el procedimiento, es decir, el agente de maternidad subrogada –como se mencionó anteriormente- donde firme constancia del consentimiento informado.

Es a partir de estos ejemplos donde puede el legislador colombiano ilustrarse sobre la forma más adecuada para establecer las condiciones en que debe estar sometido el contrato de maternidad subrogada, los efectos jurídicos que tendrá el mismo, teniendo en cuenta la ductilidad del Derecho y que las normas deben estar ajustadas a las necesidades de la sociedad que está en constante cambio, que para este caso, denota urgencia por cuanto cada vez habrán más personas que deseen acudir a la maternidad subrogada, poniendo de presente los países que ya con oportuna observancia de esta situación decidieron crear una nueva fuente filial, además del procedimiento que deben hacer los subrogatarios para que en efecto queden registrados como padres sin necesidad de acudir a un proceso contencioso para impugnar la maternidad de la mujer que gestó el bebé.

Se prosigue el análisis en el segundo capítulo, en lo referente a las generalidades de la teoría del acto o negocio jurídico, con el fin de conceptualizar el concepto y las clasificaciones que ella deriven para dar sustento jurídico a la afirmación de que el la maternidad subrogada debe ser un contrato.

Al existir la manifestación de la voluntad por los agentes quienes serán para este caso la madre subrogada, y el (los) subrogatario (os) con el objeto de que la primera geste un bebé en su vientre y después lo entregue a los contratantes, lo cual produciría efectos jurídicos, hay sin duda un acto o negocio jurídico que se exteriorizará en un contrato.

Dentro de las clasificaciones de los contratos, se sostendrá que la maternidad subrogada es un (i) contrato atípico, ya que no existe regulación expresa; (ii) bilateral debido a la necesidad de la aceptación voluntaria de ambas partes; (iii) gratuito ya que la Corte Constitucional no permite onerosidad en el mismo; (iv) principal porque subsiste por sí solo; (v) preestipulado porque es viable que las partes pacten cláusulas especiales, que no necesariamente puede significar que no guarde congruencia con la Constitución y la ley, y, por último no es descabellado pensar que existe (vi) mixtura en lo que refiere a la ejecución del contrato: en un primer momento será de ejecución sucesiva en el término del embarazo, y, será de ejecución instantánea cuando al momento de nacer se deba entregar para dar cumplimiento a la condición.

Es importante aclarar que ante la relevancia jurídica que reviste este contrato, debería ser solemne, sin embargo, la solemnidad de los actos está preestipulada por la ley como condición de existencia, y, al no existir dicho precepto no es obligación de las partes elevar el contrato a escritura pública.

Del análisis hecho en el tercer capítulo, se colige que para que la mujer subrogada tenga tal calidad es desde el momento en que se implanta el embrión, por cual se sugiere que el contrato se celebre cuando la mujer tenga albergada la criatura en su vientre.

Superado el interrogante planteado en el último capítulo referente al momento en que deba celebrarse el contrato, luego se especifica cada uno de los requisitos exigidos por la Corte Constitucional en la sentencia T-968/09 y se estudia el efecto jurídico que acarrea la omisión o el incumplimiento de alguno de ellos y se concluyó:

- i. **Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir:** Con los supuestos planteados, se consideró que no es un requisito imprescindible toda vez que no existe en norma alguna que impida

a las personas que no posean dichos inconvenientes para que acudan a la maternidad subrogada, por lo tanto, puede prescindirse de este requisito.

- ii. **que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre):** Requisito *sine qua non* para dar viabilidad jurídica al contrato, porque de lo contrario desnaturalizaría por completo el negocio jurídico, teniendo en cuenta que si el material genético es de quien da a luz al bebé, será en consecuencia la madre biológica y no tendrá la obligación de entregar a su propio hijo.
- iii. **que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas:** Si el objeto en el objeto del contrato se encuentra una remuneración económica por la gestación del bebé, el contrato será inexistente por ilicitud en el objeto, ya que el vientre no es una cosa que sea susceptible de ser negociada.
- iv. **que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.:** La mayoría de edad es un presupuesto legal para que una persona tenga capacidad de ejercicio, es decir de contraer obligaciones con terceros. La ausencia de este al momento del contrato podrá tener como consecuencia dos aspectos: la nulidad absoluta o relativa, esta última porque podrá sanearse si en el transcurso del embarazo la madre subrogada cumple la mayoría de edad.
- 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:** En aras de garantizar la plenitud del embarazo y de que el bebé nazca en perfectas condiciones se estableció este requisito. Ante el incumplimiento por parte de la madre subrogada podrán los contratantes iniciar un proceso ejecutivo por la obligación de hacer que está estipulada en el

contrato, o se plantea el interrogante: ¿podrán solicitar la terminación del contrato?.

- vi. **que se preserve la identidad de las partes:** Por el material genético que porta la madre subrogada, existe el contrato será intuito personae, así mismo los padres subrogatarios independientemente de las situaciones que se le presenten mientras se ejecuta el contrato deberán hacerse siempre cargo de la mujer embarazada y del bebé cuando esté en el vientre y cuando nazca. Bajo ninguna circunstancia podrán evadir las responsabilidades y obligaciones contraídas.
- 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:** Como el consentimiento informado y el contrato en Colombia no son fuente filial, ante la negación de la madre subrogada de entregar el bebé los padres contratantes deberán iniciar un proceso de impugnación de maternidad. Al respecto, se plantea el interrogante si en realidad este será el medio más expedito para la entrega del bebé, o si podrá hacerse mediante acción de tutela o si pueden pedirse como medidas cautelares dentro del proceso de impugnación de la maternidad.

La solución está en las manos del congreso, punto donde se sugiere que legisle en este acápite de manera análoga como en Argentina y Rusia, por la facilidad y la seguridad jurídica que hay frente a los contratantes y a la prevención de vulneración de derechos fundamentales del menor.

- viii. **que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia:** No se considera que debe condicionarse en el contrato este precepto, ya que los menores tienen protección especial por parte del Estado mediante mecanismos que hacen efectivos el restablecimiento de sus derechos.

- ix. **que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor:** La corresponsabilidad encabezada en primer lugar por la familia del menor, permite que la protección de sus derechos por lo tanto, ante la falta de estos, serán los familiares más próximos quienes estarán a cargo de velar por sus cuidados, protección y desarrollo integral.
- x. **que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros:** Independientemente de que esté o no estipulada esta cláusula en el contrato a la mujer le asisten derechos fundamentales como la vida, que en todo caso es prevalente. Si la mujer interrumpe el embarazo bajo los supuestos que establece la Corte Constitucional en la sentencia C-355/06 no existirá responsabilidad penal y tampoco civil respecto de los padres contratantes.

Para terminar, se pone de presente que para que haya una efectiva protección del menor antes, durante y después del embarazo, el material genético implantado a la madre subrogada debe pertenecer por lo menos a uno de los padres, con la finalidad de que exista un parentesco de consanguinidad, y que por ende, existe indefectiblemente obligación de hacerse cargo del menor, requisito que la Corte no enunció en ninguna parte de la providencia objeto de estudio.

## BIBLIOGRAFIA

- CASTILLO FREYRE, Mario. BERNAL GONZALEZ, Alejandro. Revista Vademécum de Familia. Ed. 2011. N° 44.
- Técnicas de reproducción Asistida, pág. Web. [http://www.reprotectucentro.com/Inseminacion-Artificial-Intrauterina-en-Bogota-Colombia\\_año\\_2013](http://www.reprotectucentro.com/Inseminacion-Artificial-Intrauterina-en-Bogota-Colombia_año_2013).
- SANTAMARIA SOLÍS, Luis, Técnicas de Reproducción Asistida, Aspectos Bioéticos. Ed. Universidad Autónoma de Madrid, N° 1. año, 2000.
- Revista Vademécum de Familia, N° 44. Ed. 2011.
- CANO, María E, Maternidad Subrogada. Ed. ASTERA, año 2002..
- Página, Web. <http://www.lexaustralis.com/vientresubrogado.htm> enero de 2000
- BERGER, Sabrina M. Abogada. [sabriberg@gmail.com](mailto:sabriberg@gmail.com). "La prohibición del contrato de maternidad subrogada en el derecho argentino. Situación legal en la República Argentina
- Página web [http://surrogacy.ru/es/legal\\_aspects.php](http://surrogacy.ru/es/legal_aspects.php) año 2016.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Libro Teoría general del negocio jurídico. Ed. TEMIS, 2009.
- **GARCÉS VÁSQUEZ, Paulo Andrés.** Derecho obligacional, Ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, Primera edición 2010
- **GARCÉS VÁSQUEZ, Pablo Andrés,** Teoría del Negocio Jurídico, Ed. Biblioteca Jurídica DIKE, 2015.
- OSPINA FERNADEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría Negocio Jurídico Ed. TEMIS, Bogotá, 2009
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil y agraria. Sentencia 20 de noviembre 1980.M.P Alberto Ospina.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil y agraria. Sentencia de 13 de noviembre de 1962. Exp. N° 5475. M.P Carlos Ignacio Jaramillo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela – 968 de 2009. Magistrada Ponente, Dra. María Victoria Calle Correa
- Sentencia Referencia, Expediente, 5817 22 de Octubre de 2001
- CANO, María E. Maternidad Subrogada. Año, 2002
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 224 de 1994. Magistrado Ponente, Dr. Jorge Arango Mejía
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela - 301 de 2004. Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Montealegre Lynett
- SUOTO GALVÁN, Beatriz. Docente Universidad Alicante. Foro, Nueva época, núm. 1/2005: 275-292. Aproximación al Estudio de la Gestación de Sustitución desde la Perspectiva del Bioderecho
- DIAZ RICARDO, Tatiana, -Directora de Proyecto. Libro de Maternidad Subrogada N°1, Universidad Libre de Colombia 2010
- GÓMEZ ESTRADA, César; De los principales contratos civiles, N° 3. Ed. TEMIS, Bogotá 1999.
- ZANNONI, Eduardo, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Ed. ASTREA, 1978 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 227 de 2003. Magistrado Ponente. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 627 de 2012. Magistrado Ponente. Dr. Humberto Antonio Sierra Parto
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 355 de 2006. Magistrados Ponentes, Dr. Jaime Araujo Rentería. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.