

“MATERNIDAD SUBROGADA ¿es una figura jurídicamente admisible en Colombia?”

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADAS**



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS BOGOTÁ**

**2016**

*“MATERNIDAD SUBROGADA ¿es una figura jurídicamente admisible en Colombia?”*

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADAS**

**Presentado por:**

**KATERINE DELGADO BENAVIDES**

**MARÍA PAULA RANGEL PINZÓN**

**Director:**

**ANTONIO PABÓN SANTANDER**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS BOGOTÁ**

**2016**

## **NOTA DE ADVERTENCIA**

*“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.*

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>11</b>
<b>I. NOCIONES FUNDAMENTALES SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA.....</b>	<b>11</b>
1.1 DEFINICIÓN .....	11
1.2 FINALIDAD .....	13
1.3 CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA .....	16
1.3.1 FECUNDACIÓN HOMÓLOGA .....	16
1.3.2. FECUNDACIÓN HETERÓLOGA.....	17
1.4. CONCEPTO JURÍDICO DE “MADRE” .....	18
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>22</b>
<b>II. LEGISLACIÓN COMPARADA .....</b>	<b>22</b>
2.1 UCRANIA .....	23
2.2 ESPAÑA.....	26
2.3. ESTADOS UNIDOS .....	28
<b>CAPITULO III .....</b>	<b>31</b>
<b>III. MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA.....</b>	<b>31</b>
3.1. CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA .....	31
3.1.1. EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO.....	32
3.1.1.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO .....	32
3.1.1.1.1. MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD (CONSENTIMIENTO)...	33
3.1.1.1.2. OBJETO .....	33

3.1.1.1.3. FORMA SOLEMNE .....	35
3.1.1.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO .....	35
3.1.1.2.1. CAPACIDAD.....	36
3.1.1.2.2. LICITUD DEL OBJETO .....	39
3.1.1.2.3. LICITUD DE LA CAUSA.....	41
3.1.1.2.4. AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD O CONSENTIMIENTO.....	43
3.1.2. TIPOS DE CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	47
3.2. IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD/PATERNIDAD.....	48
3.3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL .....	51
3.3.1. CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T- 968 DE 2009.....	51
3.3.2. ANÁLISIS DE FONDO DE LO ESTABLECIDO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA DE TUTELA- 968 DEL AÑO 2009.....	60
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>62</b>
<b>IV. RECOMENDACIONES FINALES .....</b>	<b>62</b>
<b>CAPITULO V .....</b>	<b>68</b>
<b>V. CONCLUSIONES .....</b>	<b>68</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>74</b>

## INTRODUCCIÓN

La Ciencia y la tecnología han permitido crear y desarrollar diferentes técnicas de reproducción humana asistida (RHA) con el fin de poder darle a las parejas que no pueden hacerlo de manera natural, la posibilidad de reproducirse con ayuda científica.

Dentro de las distintas técnicas (RHA) para la maternidad subrogada es importante entender que **A)** la inseminación artificial es definida como “*un procedimiento en virtud del cual se introduce esperma al órgano genital femenino con el propósito de que produzca una fecundación*”<sup>1</sup>, y **B)** la fecundación in vitro (FIV) por su parte, consiste en una técnica mediante la cual se consigue que un óvulo sea fecundado por un espermatozoide en

---

<sup>1</sup> Awad Cucalon María Inés & Mónica de Narvaez Cano. Tesis de grado: “Aspectos jurídicos en las técnicas de reproducción asistida humana en Colombia” Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, 2001. Página 13. En: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis02.pdf>

condiciones especiales, en un laboratorio<sup>2</sup>; la finalidad de este último método de reproducción es la de implantar el óvulo fecundado en el útero de una mujer para que se desarrolle en su totalidad.

En desarrollo de esas técnicas, muchas veces resulta necesario además acudir a un tercero para que se cumpla de manera integral el procedimiento requerido, por ejemplo, recurrir a una madre sustituta que gaste los embriones implantados hasta la culminación exitosa del mismo. Esa implementación de las técnicas de reproducción humana asistida (RHA) ha generado sin embargo diferentes discusiones de tipo ético, biológico y religioso.

A estas discusiones se les ha agregado un problema de carácter jurídico. En efecto existen países en los cuales se estableció una legislación amplia y completa sobre la materia y otros en los cuales la legislación es parcial o incoherente. Asimismo, encontramos legislaciones a nivel mundial que prohíben la reproducción humana a través de las nuevas técnicas asistidas.

Colombia se encuentra en el grupo de países que no cuentan con una regulación amplia e integral que permita solucionar los diferentes conflictos que pueden derivarse de este método de reproducción. La legislación colombiana actual, no tiene la capacidad de resolver las controversias que se derivan de la figura conocida como “maternidad subrogada”, en la medida en que existen muchos vacíos legales que hacen imposible su regulación integral.

---

<sup>2</sup> Gomez De La Torre, Maricruz. *Fecundación In Vitro y Filiación*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile., 1993. Impreso. Página 15.

Ha sido la experiencia y el conocimiento de los jueces los cuales, a través de la jurisprudencia, se han dedicado a resolver las distintas controversias que se derivan de la figura de la maternidad subrogada<sup>3</sup>.

Adicionalmente, es importante mencionar que hoy en día a nivel global no existe unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de la naturaleza contractual de la maternidad subrogada. Hay quienes afirman que es de naturaleza contractual y quienes acuden a ella deben cumplir con los requisitos y las características de todo contrato, el problema puede presentarse realmente cuando en esos contratos se pactan beneficios económicos para la madre gestante y en el mismo sistema jurídico se ha prohibido el comercio sobre la vida humana o los órganos y las funciones vitales del cuerpo, de manera que si se tiene la maternidad subrogada como contrato, resultaría deseable establecer límites y condiciones especiales previas que no han sido previstas por el legislador.

En este orden de ideas, es preciso mencionar que el uso reiterado que tiene esta práctica en Colombia, hace fundamental el establecimiento de esos límites, características y requisitos que den claridad sobre el objeto, las obligaciones y deberes que se asumen con el desarrollo de esta procedimiento, los cuales deben preservar las garantías y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política. De de igual manera proveer por el respeto y debido cumplimiento del ordenamiento jurídico colombiano para así poder tener la posibilidad de

---

<sup>3</sup>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-968 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa: Diciembre 18 de 2009).

evitar a grandes rasgos futuras controversias o, por lo menos, tener unos pilares unificados para la solución de las mismas.

Para solucionar dichos problemas es preciso y necesario analizar si bajo la legislación colombiana, la figura de maternidad subrogada es o no jurídicamente viable desde distintas órbitas, puesto que la mayoría de autores dan por sentado que su naturaleza es contractual y emprenden su análisis partiendo desde este punto de vista, sin acotar otro tipo de naturaleza como la legal<sup>4</sup>.

La presente monografía tiene por objeto estudiar la naturaleza jurídica de la figura de maternidad subrogada, haciendo un análisis completo con respecto a la existencia y validez del supuesto contrato que se celebraría en el alquiler de vientre, teniendo en cuenta las leyes de filiación cuya característica principal es que estas últimas son de orden público, es decir que no pueden ser modificadas mediante un simple acuerdo de voluntades entre las partes interesadas.

Además de las leyes de filiación colombianas, será necesario tener en cuenta lo establecido en el Decreto 1260 de 1970 relativo al Estado Civil en Colombia, con el fin de ver la validez del contrato de maternidad subrogada.

---

<sup>4</sup> Por naturaleza legal, hacemos referencia a los efectos que de la maternidad subrogada se derivan directamente de la ley, como es el caso de Ucrania y no de un contrato.

Será igualmente importante no sólo identificar los elementos fundamentales y bases de toda relación contractual, sino también hacer énfasis en los efectos que puede generarse con la posible celebración de un contrato de alquiler de vientre.

De esta forma, esta monografía se divide en cinco capítulos. El primer capítulo referente a las “naciones fundamentales”, donde se ilustra a qué se hace referencia con la práctica de maternidad subrogada y los principales conceptos que se utilizan en esta materia. El segundo capítulo llamado “legislación comparada”, pretende revisar de manera general, las legislaciones de distintos países en los cuales se prohíbe o se permite este método. Consecuentemente, en el capítulo tercero llamado “maternidad subrogada en Colombia”, se hace un análisis acerca de los elementos que son parte de un contrato y se mira a la luz del derecho colombiano la validez que pueden tener o no estos contratos. Además en este capítulo se realiza un breve análisis jurisprudencial de las decisiones de la Corte Constitucional sobre la materia, pudiendo terminar así con un capítulo sobre recomendaciones especiales y un último capítulo que concluya con la admisibilidad o no de la maternidad subrogada en Colombia jurídicamente hablando.

## **CAPÍTULO I**

### **I. NOCIONES FUNDAMENTALES SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA**

#### **1.1 DEFINICIÓN**

Ha sido la doctrina la encargada de proporcionar una definición general sobre la maternidad subrogada. Es importante precisar que a nivel mundial esta figura puede tener distintos nombres o denominaciones y que dependiendo de las normas que regulan la materia, la definición y los términos puede cambiar.

En este orden de ideas, los autores se han encargado de definir la maternidad subrogada 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>5</sup>. Además, es posible mencionar que en otros textos internacionales la definición de maternidad subrogada se da en los siguientes términos: “*contrato en virtud del cual una mujer es compensada por gestar al niño de un hombre que no es su esposo*”<sup>6</sup>.

Es también conocida como alquiler de vientre o maternidad sustituta y se define en términos generales como el pacto en virtud del cual una mujer denominada “madre gestante o biológica” realiza todo el proceso de gestación de los gametos hasta la formación y desarrollo total de un ser humano, obligándose a ceder los derechos al momento del nacimiento del menor, en favor de una madre denominada madre afectiva<sup>7</sup>.

Dados los parámetros expuestos, se entiende por madre gestante o biológica *aquella mujer que gesta el embrión durante nueve meses en su útero, para luego parir a un bebé, sin importar el origen genético que tiene*”.<sup>8</sup> En cuanto a la denominada madre contratante o madre afectiva, es posible afirmar que es aquella que no ha dado a luz al menor sino que se ha encargado de su crianza y es por regla general, quién hace parte del acuerdo de voluntades que antecede al procedimiento y quien finalmente es quien se quedará con la custodia del menor<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Gómez Sánchez, Yolanda. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons, 1994, página 136.

<sup>6</sup> Gostin, Larry. *Surrogate Motherhood. Politics and Privacy*: Indiana University Press. Print. 1990.

<sup>7</sup> Ruíz Martínez, Rocío. *Maternidad Subrogada. Revisión bibliográfica*. Trabajo de Grado: España, 2013

<sup>8</sup> *Íbidem*.

<sup>9</sup> Ruíz, *op. cit.*,

## 1.2 FINALIDAD

Resulta difícil hoy en día hablar de un único concepto de familia, puesto que su evolución y desarrollo ha sido constante a lo largo del tiempo, dejando como consecuencia grandes cambios en la naturaleza del concepto tradicional aun así, se ha ido adaptando a las diferentes connotaciones sociales, económicas, políticas, religiosas que se han venido presentando en la gran mayoría de sociedades del mundo. Hablar de un concepto tradicional de familia en Colombia, no permitiría incluir las nuevas formas que han sido aceptadas por el derecho en los últimos años.

Conforme a lo anterior, es preciso afirmar que la finalidad de la maternidad por subrogación como método de reproducción, es poder dar la posibilidad a las parejas que no pueden procrear de manera natural de realizarse como padres de un hijo que sea concebido mediante la manipulación genética y se les permita formar una familia en sentido amplio.

A este respecto la Carta Política de Colombia ha establecido como un derecho el tener una familia. En el artículo 42 de la misma se establece que *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (...) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable (...)”* (Subrayas fuera del texto original).

En este artículo se permite por la norma superior colombiana crear una familia ya sea por medios naturales o por los mecanismos de reproducción artificial, siempre y cuando medie la voluntad de la pareja. Esta consagración de “familia” por parte de la Constitución se hace en sentido amplio, es decir, familia no es solo aquella que se deriva del vínculo matrimonial, sino la que entendida junto con el concepto de “sociedad plural”, se configura respecto de lazos diferentes al natural<sup>10</sup>.

De acuerdo con la anterior definición, es necesario hacer referencia a lo establecido por la Corte Constitucional respecto de las parejas del mismo sexo. A pesar de que la consagración constitucional establece que la familia se conforma entre un hombre y una mujer, el desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, de manera progresiva ha ido otorgando los mismos derechos de las parejas heterosexuales a las homosexuales en diferentes ámbitos, mayoritariamente en materia patrimonial.

En sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional estableció: “ *De conformidad con lo indicado en otros apartes de esta providencia, la sola pareja que libremente manifiesta su consentimiento o se une con vocación de permanencia es ya una familia, así en el matrimonio como en la unión marital de hecho que, tradicionalmente y para distintos efectos, ha sido aceptada como familia aún sin descendientes, luego la situación no puede ser distinta en el caso de las personas homosexuales que conforman una unión estable*”.

De esta cita, es posible deducir que la Corte Constitucional ha ampliado el concepto de familia de tal forma en la que han quedado incluidas las parejas del mismo sexo.

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional: Sentencia T-572 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Por otra parte, la Constitución Política consagra como derecho fundamental de los niños el de pertenecer a una familia y no ser separados de ella de forma injustificada<sup>11</sup>. En sentencia T-408 de 1995<sup>12</sup>, la Corte no dudó en considerar a la familia como un derecho fundamental.

En línea con la consagración constitucional y la jurisprudencia de la Corte, se afirma que los colombianos tienen el derecho fundamental de conformar una familia, razón por la cual, si no pueden hacerlo de manera natural por diferentes circunstancias<sup>13</sup>, puedan acudir a los métodos de reproducción asistida y a la maternidad subrogada como opciones para materializar este derecho fundamental.

La maternidad subrogada como se mencionó en un principio, es un procedimiento que tiene como finalidad la reproducción, cuando esta no se pueda dar por medios naturales, ya sea porque los gametos de la pareja no puedan procrear o porque el útero de la mujer tenga una imperfección que le impida el normal desarrollo del embrión en el mismo u otro similar. También, la maternidad subrogada ha sido utilizada por diferentes mujeres en el mundo por razones diferentes a las de tipo médico, referentes más a las de tipo estético.

Como característica principal de la maternidad subrogada, se encuentra que es una técnica de reproducción asistida a la cual pueden acudir las mujeres y en general las parejas,

---

<sup>11</sup> Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia). Artículo 44.

<sup>12</sup> Corte Constitucional: Sentencia T-408 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>13</sup> Aclaración: circunstancias que estén circunscritas a la salud de la pareja o de los interesados.

siempre y cuando estén dispuestas a asumir las obligaciones que se derivan de esta figura, cumpliendo con los estatutos de cada país donde se pretenda ejercer dicha práctica.

### **1.3 CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA**

La maternidad subrogada está directamente relacionada con la forma en la que se da la fecundación.

Dependiendo de la razón por la cual se acuda a la maternidad subrogada o alquiler de vientre, se han realizado distintas clasificaciones. Es así como el problema puede radicar en la capacidad de la madre para gestar el embrión en su útero y llevar a cabo con éxito el embarazo o que exista un problema con los gametos (óvulo y/o espermatozoide) que no permitan la correcta fecundación y formación del feto.

Se han construido conceptualmente diferentes categorías o tipos de maternidad subrogada, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

#### **1.3.1 FECUNDACIÓN HOMÓLOGA**

Este tipo de maternidad está relacionado con un proceso de fecundación que se considera el más sencillo pues es aquella que se presenta cuando la pareja que contrata aporta la totalidad de los gametos (tanto óvulo como espermatozoide) los cuales son implantados en la madre subrogada quien sólo aporta el útero para que se dé la gestación correspondiente.

### 1.3.2. FECUNDACIÓN HETERÓLOGA

En contraposición con la primera, es posible establecer que en este tipo de fecundación pueden intervenir varios sujetos.

De esta forma, es posible que intervenga la madre sustituta aportando material genético (óvulo) junto con su útero; o se puede presentar el caso en el que el óvulo y/o espermatozoide provengan de terceros donantes, en cuyo caso la madre gestante solo aportará el útero pero gestará material genético diferente al suyo y diferente al de una o las dos personas interesadas en llevar a cabo el procedimiento.

El siguiente cuadro resume las diferentes posibilidades que se pueden dar en la fecundación heteróloga:

<b>GAMETOS MASCULINOS</b>	<b>GAMETOS FEMENINOS</b>	<b>MADRE GESTADORA</b>
Semen de donante	Óvulo de pareja	Madre Sustituta
Semen de donante	Óvulo de donante	Madre Sustituta
Semen de pareja	Óvulo de donante	Madre Sustituta
Semen pareja	Óvulo de madre sustituta	Madre Sustituta

Semen donante	Óvulo de madre sustituta	Madre Sustituta
---------------	-----------------------------	-----------------

La gran mayoría de problemas derivados de la maternidad por subrogación se desprenden del segundo tipo de fecundación, es decir, de la fecundación heteróloga, en la medida en que no se encuentra un soporte genético respecto del lazo que existiría entre la madre contratante o afectiva (la cual no aporta material genético) y el hijo, caso en el cual la entrega al momento del nacimiento puede complicarse ya que la madre biológica puede negarse a la entrega o tener derechos sobre el menor, por compartir un vínculo de consanguinidad.

#### **1.4. CONCEPTO JURÍDICO DE “MADRE”**

Resulta necesario en este punto realizar un análisis sobre las normas que regulan el concepto de madre para así determinar jurídicamente quién goza de tal calidad. En primer lugar, es posible afirmar que no existe una norma específica que dé un concepto explícito de “madre”, pero es perfectamente deducible de las normas de filiación y de aquellas que regulan el estado civil de las personas en Colombia.

Para comenzar con el análisis, podemos remitirnos al concepto de madre dado por otras legislaciones como la chilena, en virtud de la cual se entiende que se establece la maternidad bajo tres supuestos diferentes<sup>14</sup>:

- a. En primer lugar, se determina legalmente en virtud del parto. En este punto, es deducible y se entiende que la madre es aquella que ha dado a luz al menor.
- b. En segundo lugar, se entiende que quién aparece en el Registro Civil en el cual se registra el nacimiento y la identidad del menor, concuerda con la figura de madre.
- c. Por último, el mismo Código establece que la maternidad puede estar determinada por el reconocimiento o sentencia en firme que se haya dado en un juicio de filiación. Según esta norma, será entonces, la mujer que reconozca o que a través de una sentencia se instituya como madre del menor.

En el Código Civil Argentino, se establece lo siguiente:

***“Determinación de la maternidad***

*Art. 242. La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de*

---

<sup>14</sup> Código Civil Chileno: “Art. 183. La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil. En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes”.

*identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido.”<sup>15</sup> (Negrilla fuera del texto original).*

Conforme a la regla citada, es posible establecer que para el derecho argentino, madre es aquella mujer que ha dado a luz al hijo y que como prueba de esto, debe presentar un documento que así lo certifique. Lo anterior sin perjuicio de los procesos de adopción que se adelanten bajo las leyes argentinas<sup>16</sup>.

En el derecho colombiano se han establecido diferentes normas relativas a la maternidad. Haremos referencia al artículo 90 del Código Civil el cual consagra: *“la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, **al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”** (Negrilla fuera del texto original).*

Haciendo una interpretación de las normas sobre la existencia de las personas y en principio del citado artículo, es posible afirmar que el derecho colombiano entiende por madre

---

<sup>15</sup> Código Civil de la República Argentina [CCA]. Septiembre 29 de 1869. (Argentina).

<sup>16</sup> Telam. Agencia Nacional de Noticias. Telam.com.ar. Publicado el 19 de Julio de 2015. Consultado el 14 de septiembre de 2015. n.p.

En este punto es importante mencionar que durante el año 2015, a través de diferentes procesos judiciales, ha sido posible que en Argentina prevalezca el interés superior de los niños y el consentimiento informado de quienes participan en la gestación, por encima del esquema legal y la definición de madre establecida en el Código Civil. Se crea un antecedente de voluntad gestacional. A esto se hará referencia más adelante.

aquella que da a luz al hijo, al establecer lo anteriormente resaltado del artículo, es decir, se da inicio a la personalidad cuando al nacer se separa y sobrevive por lo menos un momento separado de su madre.

Esta teoría parece ser respaldada por el artículo 49 del Decreto 1260 de 1970 encargado de regular la prueba del nacimiento, de la siguiente manera: “*Artículo 49. El nacimiento se acreditará ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles. (...)*” (Negrilla fuera del texto original).

A lo anterior se adiciona que registrar al menor con apellidos diferentes al de la mujer que da a luz, configura el delito de falsedad en documento público. Así mismo, se deriva de las normas del mencionado Decreto, que en los partos naturales quien debe hacer el registro del menor es la mujer que da a luz al hijo. Para cambiar la información relativa a los apellidos, es necesario iniciar un proceso ante un juez, como se explicará más adelante.

Lo anterior sin perjuicio de las normas consagradas para la adopción en el ordenamiento jurídico colombiano.

En este orden de ideas, puede hacerse referencia a otras ramas del derecho que también consideran como madre a quien ha dado a luz a un hijo. Así, en el derecho laboral las madres son acreedoras de ciertos beneficios laborales v.gr. la licencia de maternidad.

Cuando se observan las reglas sobre esta figura, se encuentra que las personas que pueden ser beneficiarias son las madres y que se entiende por madre como la “progenitora del recién nacido o la adoptante”<sup>17</sup>.

En conclusión, si bien en la legislación colombiana no existe una definición de la figura de la “madre,” es posible afirmar que para el derecho nacional, madre es aquella que da a luz al recién nacido.

## **CAPÍTULO II**

### **II. LEGISLACIÓN COMPARADA**

La maternidad subrogada y su relativa novedad ha creado en el mundo la necesidad de contemplar por lo menos la idea de llegar a su reglamentación, puesto que, cada país dependiendo de sus leyes ha tenido en algún momento que resolver casos donde intervenga una madre sustituta, contraponiendo por supuesto derechos, principios, deberes y obligaciones que en muchas ocasiones por falta de lineamientos jurídicos pueden terminar siendo vulnerados en su esencia.

Actualmente, no son muchos los países que cuentan con herramientas jurídicas que establezcan la legalidad o prohibición de manera tajante con respecto a esta temática, dada su complejidad y vacío legal. Sin embargo, resulta de gran importancia conocer la experiencia internacional de países como Ucrania, España y Estados Unidos, los cuales

---

<sup>17</sup> Ministerio del Trabajo. *¿Qué es la licencia de maternidad?*. Fecha de consulta: 16 de Septiembre de 2015.

constituyen ejemplo, en el derecho comparado, de tres distintas posturas: admisión, prohibición y admisión bajo ciertas limitaciones.

## 2.1 UCRANIA

La intención de legalizar la práctica de subrogación en Ucrania se produjo en principio para promover la natalidad de un país con problemas de fertilidad, lo cual poco a poco se convirtió en un negocio sin reglas preestablecidas. Como consecuencia de lo anterior, la legalización también se expidió con el fin de resolver los innumerables conflictos que estaba causando la aplicación de programas de maternidad subrogada en dicho país, puesto que este fenómeno social no garantizaba la protección jurídica necesaria de los participantes en esta técnica reproductiva, generando un desapego total de la ley, impidiendo de plano una posible solución a problemas futuros sobre su ejercicio.

Desde el año 2004, el ejercicio de la subrogación es totalmente legítimo en Ucrania. Y se encuentra regulado por el Código de Familia Ucraniano y el Orden No. 24 del Ministerio de Salud de Ucrania. Por su parte, en el capítulo segundo, artículo 123 del Código de Familia<sup>18</sup> de este país se establece la filiación del niño nacido de una madre de alquiler y a su vez, determina expresamente que su paternidad corresponde al matrimonio que haya aportado sus gametos como resultado de las técnicas de subrogación.

---

<sup>18</sup> Danchenko, Olga. *In Ukraine the child (В Україні за дитиною)*. Ukrainian Bar Association for Foreign Affairs. Creation date: December 2010. Web. En: [http://ukrinur.kiev.ua/publications/publications\\_1.html](http://ukrinur.kiev.ua/publications/publications_1.html). Access date: July 2008.

Por otra parte, si los gametos no pertenecen a los cónyuges, se puede establecer la paternidad antes del parto siempre y cuando exista consentimiento conjunto de los padres biológicos de manera escrita presentado en el Registro Civil (artículo 125.2 del Código de Familia de Ucrania).

A su vez, el artículo 139 del Código de Familia en Ucrania instituye la impugnación de la maternidad en la que son enfáticos al establecer que la madre sustituta no tiene derecho alguno a mantener al menor, siendo esta una de las razones más atractivas para que extranjeros acudan a este país como solución a su imposibilidad de reproducción de manera natural.

De esta forma es válida la selección de una madre de alquiler que cumpla con los requisitos establecidos por el Ministerio de Salud de Ucrania y el Decreto No 771, es decir, ser una mujer adulta, con capacidad y disponibilidad de dar a luz un niño sano, que no tenga ninguna restricción médica que impida el procedimiento. Quien exprese su consentimiento voluntario por escrito deberá hacerlo junto con el de su esposo en caso tal que su matrimonio se encuentre registrado. Será necesario igualmente que las demás partes contratantes den su consentimiento <sup>19</sup> y que así mismo, las personas interesadas la estimen adecuada como mujer sustituta en el proceso, para de tal forma efectuar la recompensa establecida, más todos los gastos colaterales y médicos que puedan llegar a surtir hasta el cumplimiento del contrato.

---

<sup>19</sup>Mohapatra, Seema. *Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy*,: Orlando, 2013. Berkeley. J. Int'l Law. 412 Page. 20.

Adicionalmente, en caso tal que los interesados en contratar sean extranjeros, estos deben presentar un documento que autentique la existencia de su matrimonio, el cual deberá pasar por la colocación del sello “apostilla” en virtud de la Convención de La Haya, suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros<sup>20</sup>.

*"Según la legislación ucraniana, las futuras portadoras han de tener entre 20 y 35 años, tener al menos un hijo propio y, si están casadas, contar con autorización del marido"*<sup>21</sup>, tal es el caso de Ana Lázaro Bosch Ludmila de 26 años de edad, casada, con una hija de 6 años tiene como principal fuente de ingresos la práctica de la maternidad subrogada, dada la incapacidad actual de su marido para trabajar.

Por otra parte y contrario al caso anterior, Nina de 33 años, con dos hijos propios y tras varios intentos para lograr la finalidad de esta técnica de reproducción, solamente uno le funcionó. Tuvo muchos conflictos alrededor del contrato pues la pareja de extranjeros con nacionalidad italiana con quienes lo realizó, no querían cumplir con lo pactado teniendo que, de manera coercitiva, quedarse con el bebé hasta que le pagaran la suma adeudada, por tal razón, se vio forzada además a cobrar una indemnización por daños morales causados, dados todos los hechos sucedidos.

---

<sup>20</sup> Danchenko, *op. cit.*,

<sup>21</sup> Levante, El mercantil valenciano. Creado el 09 de octubre de 2013. Levante-emv.com. Fecha de consulta: 28 septiembre de 2015.

Lo anterior evidencia algunas de las muchas complicaciones a las que puede conducir esta práctica si no se encuentra bien regulada, pues tras las últimas prácticas de maternidad subrogada, Nina se encuentra realizando su trámite de divorcio, debido a que su marido le quitó completamente su apoyo, dados los múltiples problemas que acarrea ser una madre de alquiler y principalmente por la falta de garantías de las agencias mediadoras en la subrogación ucraniana<sup>22</sup>.

Cabe señalar que las disposiciones vigentes en Ucrania sobre maternidad por sustitución están destinadas a proteger los derechos de los niños, cónyuges, padre biológico del niño, madre de alquiler o biológica, dependiendo del caso, lo cual garantiza el derecho a una familia, la presencia de una madre y padre que velen por el bienestar del niño como padres legítimos.

## **2.2 ESPAÑA**

La legislación española sobre técnicas de reproducción humana asistida Ley 14/2006 de 26 de Mayo en su artículo 10 numeral 1 prohíbe la gestación subrogada: *“será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*. A su vez, se establece que la filiación en el país español se determinará por el parto, es decir que para efectos legales, la madre será la gestante, más no la biológica, en el entendido de que las dos sean distintas.

---

<sup>22</sup> *Íbidem.*

De igual manera es importante resaltar que la maternidad subrogada no es lícita en España, porque su aplicación sería contraria a lo establecido su Carta Política, puesto que el objeto del acuerdo al cual llegarían las partes vulneraría derechos fundamentales del niño como su dignidad y su integridad<sup>23</sup>; Así mismo, el Código Civil español en su artículo 1271 es claro al establecer que *“podrán ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres”* y además en su artículo 1275 complementa instituyendo que *“los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”*, por lo tanto la celebración de un contrato que tenga como objeto la vida humana estaría viciado de nulidad por su causa y por razón de su objeto, impidiéndole a la madre gestante cumplir su obligación de entregar al niño cuando se produzca su nacimiento.

Cabe señalar que según los parámetros recogidos en la Instrucción del 5 de Octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y el Notariado, la filiación de un niño nacido bajo esta técnica de reproducción es susceptible de registro en España siempre y cuando se haya realizado en países donde esté plenamente permitida su práctica, respetando los derechos de la mujer gestante por medio de una resolución judicial y además que uno de los padres tenga nacionalidad española, entre otros requisitos, pudiendo ejercer la inscripción en el Registro Civil sin el nombre de quién gestó al niño<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Constitución Política de España [Const]. Diciembre 29 de 1978. (España). Artículos 10.1 y 15.

<sup>24</sup> Agencia Estatal Española. Boletín Oficial. Instrucción de 5 de octubre de 2010. Dirección General de los Registros y del Notariado sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Publicado en: «BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2010, páginas 84803 a 84805.

Dada la falta de autorización en el país español y el hecho de que la mayoría de nacionales han accedido a esta práctica en países como Ucrania o Estados Unidos, ha generado que existan multiplicidad de casos con problemas de filiación, por lo cual, después del año 2010 donde se instauró la Instrucción anteriormente mencionada *“el oficial español encargado del registro civil debe revisar:*

- a) *La validez formal de una decisión extranjera.*
- b) *Que la Corte original ha basado su jurisdicción internacional en condiciones equivalente a las provistas por la ley española.*
- c) *El respeto al debido proceso.*
- d) *Que los intereses del menor y de la madre embarazada has sido garantizados.*
- e) *Que la decisión extranjera es una decisión final y que los consentimientos dados en el contrato son irrevocables<sup>25</sup>.*

Asimismo, los certificados de registro extranjeros no avalan el registro de filiación en el registro civil español<sup>26</sup>.

### **2.3. ESTADOS UNIDOS**

La maternidad subrogada o alquiler de vientre en Estados Unidos no tiene una legislación unitaria por tratarse de un país con sistema federal. Solamente diecisiete estados tienen

---

<sup>25</sup> González Martín, Nuria. *“Maternidad Subrogada y adopción internacional”* Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.: México, 2012.

<sup>26</sup> *Ibíd.*

leyes que permiten esta técnica de reproducción asistida, pero adicionalmente varían enormemente en amplitud y restricciones<sup>27</sup>.

El Estado de California, fue el precursor en legalizar este procedimiento. Permite que la maternidad subrogada se efectúe de manera comercial, haciendo cumplir a cabalidad los contratos que se realicen con objeto de la transacción del niño, por lo cual, hace posible que todos los futuros padres, independientemente de su estado civil u orientación sexual puedan figurar como padres antes del nacimiento, sin necesidad de realizar un procedimiento de adopción o figuras jurídicas similares<sup>28</sup>.

En contraposición a la postura planteada por el Estado de California, se encuentra el Estado de Michigan, el cual prohíbe rotundamente todos los acuerdos o contratos que provengan de este tipo de técnicas de reproducción humana asistida. Incurrir en esta práctica conlleva a un delito de suma gravedad, se castiga con una multa de hasta 50.000 dólares y hasta cinco años de prisión<sup>29</sup>.

La maternidad subrogada en el Estado de Nueva Jersey es permitida siempre que no medie la compensación monetaria a la hora de concretar el acuerdo. “*Baby M*”, es el caso más conocido en la Nación Americana sobre esta práctica, el cual surgió en este Estado en 1988,

---

<sup>27</sup> Lewin, Tamar. “*Surrogates and Couples face a Maze of laws, state by state*” The New York Times. September (2014). Web. September 2015.

<sup>28</sup> Lawrence, Elizabeth. “*Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights*” Golden Gate University Law Review. Vol. 21 (2010): 1-33. Web. October 2015.

<sup>29</sup> Cook, Rachel., Day Shelley, and Felicity With. *Surrogate Motherhood: International Perspectives*. Portland, Oregon: Publish by Hart Publishing c/o. 2003. Print. Page 24.

donde en primera instancia el Juez Harvey Sorkow validó el contrato celebrado entre Mary Beth Whitehead y el matrimonio Stern que comprendía una cuota de 10.000 dólares a la madre de alquiler y el pago de todos los gastos médicos en los que esta pudiese incurrir, siempre que al momento del nacimiento se les entregara la custodia del niño y se cumpliera todas las cláusulas contractuales pactadas de manera bilateral. Lo anterior, impedía ejercer algún derecho por parte de la madre gestante sobre el menor que estaba por nacer.

La controversia entre las dos partes que realizaron el contrato, surgió cuando la madre gestante, una vez entregada la menor a los padres legales, se arrepintió y pidió recobrar a quien consideró como su hija, negándose a transferir la custodia a los esposos Stern.

El juez que llevó el caso realizó una ponderación de derechos y tuvo en cuenta única y exclusivamente el bienestar de la niña, puesto que sus derechos debían prevalecer por encima de los demás.

Dada la decisión del Juez de primera instancia, la Señora Whitehead interpuso una declaratoria de nulidad del contrato celebrado ante el Tribunal Supremo del Estado, puesto que va en contra de ley y del orden público, a lo cual el Tribunal accedió invalidando el contrato y restituyéndole sus derechos como madre. Sin embargo, confirmó la custodia al

Señor Stern como padre de la niña, enfatizando sus argumentos en la prioridad que debe darse a los intereses de la menor, por la calidad de vida futura que podría llegar a tener<sup>30</sup>.

### **CAPITULO III**

#### **III. MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA**

##### **3.1. CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA**

De acuerdo con la doctrina global, la maternidad subrogada se ha entendido como una figura de naturaleza contractual en virtud de la cual las partes interesadas en realizar el procedimiento, efectúan un acuerdo de voluntades del que se derivan una serie de derechos y obligaciones. En Colombia, como se verá más adelante, la sentencia T-968 de 2009 adoptó la teoría general en la que se establece la naturaleza contractual del “alquiler de vientre”.

La legislación colombiana consagró una definición de contrato, entendido este como un acto que genera obligaciones para las partes, en otras palabras, los contratos son fuente de obligaciones. El artículo 1495 del Código Civil establece como contrato o convención “*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.*”. En la doctrina se encuentran múltiples acepciones sobre contrato, una de las más replicadas en el ámbito del derecho hace referencia a que los contratos son “*los actos realizados por la voluntad de una o más*

---

<sup>30</sup> Guzmán Ávalos, Aníbal. “*La subrogación de la maternidad*”. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. Núm. 20 (2007): Página 116. Web. <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222932007.pdf> Año de acceso: 2015.

*personas con el objeto de producir un efecto jurídico, el que puede consistir en crear, modificar, transmitir o extinguir un derecho”<sup>31</sup>.*

Como se analizó anteriormente, por regla general en los países en los que está permitida y regulada la maternidad subrogada, ésta se realiza a través de un contrato en virtud del cual las partes se obligan a ceder los derechos que tienen sobre el menor a cambio del pago en el que se incurra en el procedimiento médico (Estado de California, EEUU) o por un valor comercial que se pacte entre ellas (Legislación Ucraniana).

Para que el contrato de maternidad subrogada sea eficaz bajo las normas de la legislación colombiana es necesario que los gametos, tanto óvulo como espermatozoide, sean de la pareja contratante, es decir, de los interesados en que se realice el procedimiento para obtener la custodia del menor, esto con el fin de que no se presente el problema de que la madre de alquiler cuente con un porcentaje genético en el menor que será entregado posteriormente por ella a los padres legales.

Establecido lo anterior, resulta necesario hacer un análisis general sobre los elementos de existencia y validez del contrato en Colombia, a fin de determinar la viabilidad del acuerdo de voluntades que se realice para la maternidad subrogada.

### **3.1.1. EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO**

#### **3.1.1.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO**

---

<sup>31</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo. *Derecho Civil de los contratos*. Santiago de Chile: Editorial Zamorano y Caperan. 1976. Impreso. Pág. 5.

### **3.1.1.1.1. MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD (CONSENTIMIENTO)**

El artículo 1502 en su numeral segundo establece que la persona que se va a obligar debe otorgar su consentimiento en el acto o declaración y además este no debe adolecer de ningún vicio. En otras palabras, es posible establecer que hay consentimiento cuando se presenta una concurrencia libre de voluntades.

Se define el consentimiento como una manifestación expresa de la voluntad que realiza una persona que quiere adquirir una serie de obligaciones o derechos. La doctrina ha establecido que *“hay consentimiento contractual cuando existe un acuerdo entre las partes para la generación de obligaciones. (...) El consentimiento contractual se conforma a partir de la manifestación de la voluntad de contratar por una parte y la manifestación recepticia y aceptación por la otra u otras partes en la generación del contrato”*<sup>32</sup>.

### **3.1.1.1.2. OBJETO**

El objeto del contrato es un elemento de existencia del mismo, es decir, es un componente necesario para que la relación contractual que se llegue a crear nazca a la vida jurídica en Colombia.

Teniendo claridad de lo anterior, es importante traer a colación lo reglamentado en el artículo 1518 del Código Civil colombiano, el cual establece que *“no sólo las cosas que*

---

<sup>32</sup> JIMENEZ VALDERRAMA, Fernando. *Teoría del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis. 2015. Impreso. Página 35.

*existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.”* Además, el mismo artículo hace énfasis en que, *“si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”*.

Asimismo, el artículo 917 del Código de Comercio en Colombia<sup>33</sup> estipula que la relación jurídica se perfeccionará sólo con la existencia de la cosa.

Con fundamento en el ordenamiento jurídico colombiano y entendiendo que *“el objeto de todo acto jurídico fuente es la producción de obligaciones, las cuales, a su turno, han de tener también un objeto”*<sup>34</sup>, nos lleva a decir que el objeto del contrato de maternidad subrogada existe por cuanto la manifestación de voluntad versa sobre el derecho que una mujer otorga a unos terceros de poder permitir que en su vientre se desarrolle un hijo gestado. No se trata de una actuación que se encuentre prohibida legalmente y constituye ella una relación jurídica que crea prestaciones para las partes. Así, la madre sustituta se

---

<sup>33</sup> **VENTA DE COSA FUTURA.** La venta de cosa futura sólo quedará perfecta en el momento en que exista, salvo que se exprese lo contrario o que de la naturaleza del contrato parezca que se compra el alea. Si la cosa llegare a tener únicamente existencia parcial podrá el comprador desistir del contrato o perseverar en él a justa tasación. Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. **ARTÍCULO 917. Abril 15 de 1887 (Colombia).**

<sup>34</sup> Cubides Camacho, Jorge. *Obligaciones. Sexta Edición.* Bogotá, Colombia: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2009. Impreso. Pág 227.

obliga a prestar su vientre para que la madre y padre afectivos puedan tener un hijo, y estos a cambio se obligan a pagar por ello una suma de dinero .

Ahora bien, si por el contrario el objeto del contrato de maternidad subrogada estuviese condicionado por un pago al nacimiento de la obligación, estaríamos situados en un caso de inexistencia por imposibilidad jurídica del objeto, lo cual analizaremos más a fondo cuando hablemos de objeto ilícito.

### **3.1.1.1.3. FORMA SOLEMNE**

Es un requisito de existencia de algunos actos jurídicos en Colombia. Desde la génesis de la teoría de acto jurídico en el derecho romano ha sido necesario, en algunos casos, atender a unas formalidades.

Poniéndonos en contexto del contrato de maternidad subrogada y dadas las tres clases de solemnidad existentes: (I) ad solemnitatem, (II) ad probationem y (III) voluntaria, consideramos que si bien legalmente no existe para este contrato una exigencia de forma para su existencia, sí resultaría conveniente, por la importancia del tema, que las partes lo recogieran por escrito para tener plena claridad sobre el contenido y alcance de las obligaciones.

### **3.1.1.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO**

### 3.1.1.2.1. CAPACIDAD

En el sistema legal colombiano existen dos tipos de capacidad. En primer lugar se encuentra la denominada “*capacidad legal o de ejercicio*” que se puede definir de la lectura de las normas consagradas en el Código Civil colombiano, especialmente del artículo 1502, como el poder que tiene una persona de obligarse de manera autónoma, sin depender de la autorización de otra.

Se define en otras palabras como la “*aptitud de la persona para administrar por sí sola sus derechos, para ejercerlos si el ministerio o autorización de otra*”<sup>35</sup>. En segundo lugar se encuentra la capacidad denominada “de goce”, aquella que tienen todas las personas y que se trata de un atributo de su personalidad, definida como “*la aptitud que tiene un sujeto para adquirir derechos y contraer obligaciones. De ahí que se pueda afirmar que se trata de la persona, pues nace y muere con ella y, por consiguiente, que toda persona es naturalmente capaz.*”<sup>36</sup>. Para la celebración de actos jurídicos y su validez es necesario tener en cuenta la capacidad legal o de ejercicio, por lo que sólo haremos referencia a esta.

El artículo 1502 del Código Civil, establece que para que una persona se obligue ante otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que esa persona cumpla con una serie de requisitos establecidos en ese artículo, dentro de los cuales es necesario que la persona “sea legalmente capaz”, determinado en el numeral primero del mismo.

---

<sup>35</sup> MANTILLA ESPINOSA, Fabricio & Ternera Barrios, Francisco. *Los Contratos en el Derecho Privado*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario. 2007. Impreso. Página 87.

<sup>36</sup> *Ibidem*. Páginas. 86-87.

Si una persona no es legalmente capaz, es decir, que no puede tomar las decisiones de manera autónoma, será considerada por el derecho como “incapaz”, por consiguiente, el artículo 1504 del Código Civil, enumera a los incapaces haciendo referencia al discapaz mental<sup>37</sup>, los impúberes y sordomudos que no puedan darse a entender. Estas personas enlistadas como incapacidades, son consideradas por el ordenamiento jurídico como “incapaces absolutos” y los efectos que puedan producir los actos que realicen son nulos absolutamente, esto quiere decir, que no producen ningún efecto y no admiten caución<sup>38</sup>.

El ordenamiento jurídico colombiano, hace referencia a otro tipo de incapaces, cuyos actos tienen efectos diferentes a los anteriormente mencionados, estos son los incapaces relativos. Por incapaz relativo se entiende a aquella persona cuyos actos “*pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes*”<sup>39</sup>. A diferencia de los incapaces absolutos, los actos o negocios jurídicos que realizan estas personas tienen un efecto de nulidad relativa, esto hace referencia a que una de las formas en la que se sana la nulidad puede ser cuando desaparezca la causa que dio origen a la incapacidad.

Tanto los incapaces absolutos como los relativos, pueden ejercer sus derechos a través de un “representante legal”, la actuación de este representante puede darse de diferentes modos: puede ser directa o indirecta, en los casos en los que actúe a nombre propio o cuando realice estipulaciones en nombre de otro.

---

<sup>37</sup> La Ley 1306 de 2006 cambió el régimen de guardas, por lo tanto ya no se habla de “dementes” sino de discapaz mental.

<sup>38</sup> Ospina Fernández, Guillermo & Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS. 2014. Impreso. Página 89.

<sup>39</sup> *Ibíd.*

El último inciso del artículo 1054 implanta otro tipo de incapacidad en los siguientes términos: "*Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos*", al respecto podemos precisar que este tipo de incapacidad se refiere a la existencia de ciertos actos jurídicos lícitos que no pueden ser desarrollados por determinadas personas mencionadas por la ley.

Los efectos que produce la realización de actos jurídicos por parte de este tipo de incapaces, son los de la nulidad relativa, pues el artículo 1741 del mismo código, establece que la nulidad absoluta de los actos solo se da cuando hay objeto o causa ilícita, o cuando se omite algún requisito o formalidad que exijan las leyes para el desarrollo de actos o contratos.

Haciendo referencia específicamente al tema de maternidad subrogada, se afirma que para que exista un contrato en esta materia, del cual se deriven todos los derechos y obligaciones, será necesario que se cumplan estos requisitos que exige la ley en cuanto a la capacidad de las personas contratantes, los cuales se resumen en tener la capacidad legal descrita en el presente acápite.

Al respecto, la Tutela 968 de 2009 –tal y como se expondrá más adelante- estableció unos preceptos tomados de la doctrina, que deben ser tenidos en cuenta al momento en el que se vaya a legislar sobre la maternidad subrogada en Colombia. Dentro de esos requisitos establecidos en la sentencia de la Corte Constitucional, se encuentra el de "*que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber*

*tenido hijos, etc.;*”. Cuándo se señala la “mayoría de edad” se hace referencia a que la persona tenga la capacidad de tomar decisiones y auto determinarse y de no depender de la voluntad de otra persona.

### **3.1.1.2.2. LICITUD DEL OBJETO**

Se entiende que el objeto es lícito cuando no es contrario a las buenas costumbres, a la moral o al orden público ni a las leyes, por lo tanto, todo contrato que desconozca alguna de ellos tiene objeto ilícito.

El artículo 1519 del Código Civil colombiano establece que “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación”. Asimismo, es importante resaltar que en el ordenamiento jurídico de Colombia “no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos”<sup>40</sup>, es decir, que no inadmite la gestación por sustitución por vía contractual.

Sin embargo, consideramos que el principal problema jurídico que plantea el tema de esta tesis, se encuentra precisamente en este punto específico y consiste en poder determinar si el contenido mismo del objeto del contrato, se ajusta a las leyes que regulan la materia.

Para resolver ese interrogante, no se puede pasar por alto el alcance de las normas que regulan la maternidad. Así en Colombia se considera que la madre será quien dé a luz al

---

<sup>40</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-968 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa: Diciembre 18 de 2009).

menor, por lo tanto, de conformidad con la legislación nacional, la filiación se determinará por el parto, excluyendo la posibilidad de que la madre afectiva sea considerada como biológica<sup>41</sup>.

En efecto el decreto 1260 de 1970, establece:

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

*Los médicos y las enfermeras deberán expedir gratuitamente la certificación.*

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

De conformidad con la anterior definición, la figura de maternidad subrogada, a la luz de la norma citada, plantea el problema de que la madre del menor es aquella de la cual nace y surge entonces un delicado interrogante: ¿podría la mujer contratante ser calificada jurídicamente como madre del menor?.

Sin entrar en análisis de tipo ético o moral que no son objeto de este trabajo, en nuestra opinión, la forma como se encuentra redactada la definición legal de madre hace que el contrato tenga objeto ilícito, por cuanto lo que en últimas se está acordando es que quien

---

<sup>41</sup> Decreto 1260/1970 [Presidente de la República]. Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas. Julio 27 de 1970.

por definición legal no es “madre” lo sea, y consideramos que la norma citada es una disposición de orden público.

Presenta el contrato bajo estudio el problema de que su objeto tiene que consultar las normas del derecho de familia, las cuales en su gran mayoría son normas respecto de las cuales no se puede pactar en contrario, y en ese orden de ideas el gran obstáculo que jurídicamente surge para este tipo de acuerdos negociables, de manera muy concreta, que se está confiriendo el estado civil de madre, a quien no se encuentra enmarcada dentro de la definición legal.

De esta forma resulta inobjetable que si se interpretan en conjunto las normas que regulan el negocio jurídico con aquellas que definen el estado civil de madre, la conclusión es que el contrato de maternidad subrogada adolece de objeto ilícito.

### **3.1.1.2.3. LICITUD DE LA CAUSA**

El móvil o motivo que lleva a las partes a contratar es lo que conocemos como causa en la relación jurídica, la cual debe ser *licita*, es decir que no vaya en contra de la ley y las buenas costumbres y además debe constatarse como *real*, en otras palabras, que corresponda a la realidad.

El artículo 1524 del código civil colombiano, en su primer párrafo dice que la causa de las obligaciones no debe declararse, por lo tanto, la causa ilícita afecta la validez del contrato solamente cuando la otra parte tiene conocimiento de la misma.

De igual manera en Colombia, el Código Civil se encuentra amparado por la *teoría de los móviles determinantes*<sup>42</sup>, dado que en su artículo 1524 segundo párrafo establece que causa es “*el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público*”.

Con fundamento en lo anterior, la causa en el contrato de gestación por sustitución sería totalmente lícita, siempre que el motivo o móvil de las partes para la celebración del acto jurídico verse únicamente en generar la posibilidad a las personas que por dificultades o impedimentos físicos no puedan por medio de procesos naturales gestar un bebé y de tal manera efectuar su derecho fundamental a conformar una familia.

Es lícita la causa en este tipo de contratos además porque su acuerdo no implica, bajo el anterior precepto, un contenido inmoral o contrario a las buenas costumbres, y adicionalmente no vulnera ninguna norma positiva, ya que no existe legislación vigente que impida su aplicabilidad.

---

<sup>42</sup> Cubides Camacho, Jorge. *Obligaciones. Sexta edición*. Bogotá, Colombia: Editorial Pontificia Universidad Javeriana. 2009. Impreso. Página 261.

#### 3.1.1.2.4. AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD O CONSENTIMIENTO

Para que el consentimiento sea completamente válido, será necesario que esté libre de vicios. Tanto la ley, la jurisprudencia y la doctrina han identificado una serie de elementos o actuaciones que vician el consentimiento y que lo invalidan, y se tiene como principio fundamental que el consentimiento debe estar libre de error, fuerza o dolo.

El mismo artículo 1502 del Código Civil, consagra que para que una persona se obligue, debe dar su consentimiento y que este no adolezca de ningún tipo de vicio. El artículo 1508 del mismo estatuto, instituye los vicios del consentimiento en los siguientes términos: *“los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”*.

##### a. ERROR

El error como vicio del consentimiento se define como *“la ignorancia o defectuosa representación”*<sup>43</sup> que se tiene sobre una determinada situación de hecho o de derecho que haya llevado al sujeto a contratar. También ha sido definido el error como *“es la discrepancia inconsciente entre la declaración de voluntad y el objeto a que se refiere dicha declaración; hay discrepancia inconsciente entre lo declarado y lo requerido”*<sup>44</sup>.

El Código Civil estipula diferentes clases de error: (i) Error sobre un punto de derecho: según el estatuto civil, este error versa sobre un punto de derecho y no vicia el

---

<sup>43</sup> *Ibídem*.

<sup>44</sup> Ortiz Monsalve, Álvaro. *Manual de obligaciones. Civiles y Mercantiles*. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS. 2007. Impreso. Página 51.

consentimiento; (ii) Error de hecho sobre la especie del acto o del objeto: este error de hecho vicia el consentimiento en la medida en que versa sobre naturaleza del acto o del contrato que se celebra, o recae sobre la identidad de la cosa que es objeto del acto o contrato; (iii) Error de hecho sobre la calidad del objeto: vicia el consentimiento cuando no hay concordancia entre las partes respecto de la calidad de la cosa objeto del contrato o acto. El Código Civil es claro en establecer que este tipo de error no vicia el consentimiento sino cuando la calidad es el principal motivo que lleva a las partes a contratar; (iv) Error sobre la persona: en principio este error no vicia el consentimiento. Es un error que recae sobre la persona con la que se va a contratar y sólo vicia el consentimiento cuando se tienen en cuenta características especiales que son el motivo principal que lleva a contratar.

Conforme con lo establecido por el Código Civil, se evidencia que no todos los errores son considerados como vicios del consentimiento. Existe un componente fundamental para que un error tenga la capacidad de viciar el consentimiento y es que recaiga sobre el elemento principal que lleva a las partes a contratar, es decir, debe haber una discordancia entre ambas partes respecto del elemento esencial y relevante que los lleva a manifestar su voluntad de contratar.

#### **b. FUERZA**

Como se refirió anteriormente el código civil establece además cuando la fuerza tiene la capacidad de viciar el consentimiento, establece el artículo 1513: *“la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este*

*género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes a descendientes a un mal irreparable y grave”.*

Es claro que cuando se ejerce fuerza o violencia, ya sea física o moral, sobre una persona el consentimiento no puede ser válido. Para que la violencia constituya un vicio e invalide la voluntad, es imprescindible que exista una intimidación real sobre el individuo que lo lleve a manifestar su consentimiento. El artículo 1514 establece que cualquier persona puede ejercer la fuerza o violencia con el fin de obtener el consentimiento o la voluntad requerida para la celebración de un determinado contrato o acto.

De igual forma, la fuerza debe inducir al individuo de tal manera, que lo lleve a la celebración del contrato e incluso hasta la realización mismo. La amenaza debe ser imperiosa y puede recaer tanto en la persona del contratante como en su familia o bienes.

### **c. DOLO**

El dolo puede definirse como aquella actitud engañosa de una de las partes que provoca la manifestación de voluntad de su contraparte para la realización de determinado acto o la celebración de un contrato. La doctrina ha definido el dolo como vicio del consentimiento como *“el error provocado (...) en el supuesto del dolo, el error es inducido o provocado, por acción u omisión, por la contraparte en el acto bilateral o por un tercero”*<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General del Acto Jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma. 1991. Impreso. Página 169.

El dolo debe probarse en las situaciones fijadas por la ley, no existe una presunción del dolo tal y como lo establece el artículo 1516: *“El dolo no se presume sino en los casos especialmente previsto por la ley. En los demás debe probarse”*.

El artículo 1515 del mismo estatuto dispone que el dolo no vicia el consentimiento cuando proviene de un tercero ajeno a la futura relación contractual. Se considera como vicio del consentimiento cuando una de las partes es quien actúa de manera dolosa y lleva a su contra parte a contratar, exige el código que si no hubiera existido el dolo, la parte no habría contratado.

La doctrina a nivel universal ha identificado diferentes elementos del dolo para que tenga la capacidad de viciar el consentimiento. Según De Castro y Bravo<sup>46</sup>, para que el dolo vicie el consentimiento, será necesario analizar la conducta de quien indujo a la manifestación de voluntad y ver lo viciada que resulta la voluntad de quien la declara. Este autor señala que se requiere *“1. Una conducta insidiosa; es decir, una actuación intencionada y dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando las palabras o maquinaciones adecuadas. 2. Que la voluntad del declarante quede viciada (...); 3. Que dicha conducta insidiosa sea la determinante de la declaración (...). 4. Que el dolo sea grave (...)”*<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> De Castro y Bravo, Federico. *EL Negocio Jurídico*. Madrid, España: Editorial Civitas S.A. 1985. Páginas 150-155.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

Estos mismos elementos mencionados se pueden derivar de la lectura del artículo 1515: *“El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado”*.

Con respecto a la maternidad subrogada es importante señalar que el consentimiento otorgado, tanto por la madre gestante o biológica como el de los padres afectivos debe estar libre de vicios.

### **3.1.2. TIPOS DE CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA**

Como se consideró en el capítulo sobre legislación comparada, en los diferentes países se han identificado dos tipos de contrato sobre maternidad subrogada, los cuales tienen un objetivo económico diferente.

En el primer contrato, denominado como contrato de maternidad subrogada **comercial**<sup>48</sup> se hace referencia a la contraprestación que recibe la madre gestante que tiene como finalidad aumentar su patrimonio propio, es decir, el pago que se realiza por parte de la pareja contratante funciona como un beneficio económico que recibe la madre gestante por realizar la germinación durante el tiempo necesario.

En contra posición, se da el segundo tipo de contrato de maternidad subrogada denominado como **tradicional**<sup>49</sup> en virtud del cual la gestación en el útero de la madre subrogada no está detrás de un enriquecimiento en la realización de la gestación. Es necesario precisar que en este tipo de contratos, por lo general, se establece el pago de los gastos médicos en los

---

<sup>48</sup> Ruíz Op. Cit Pág. 9

<sup>49</sup> *Ibidem.*

que incurra la madre gestante durante todo el procedimiento hasta el parto, pero la contraprestación en ningún momento se da con fines lucrativos.

Como mencionábamos anteriormente, en países como Ucrania está permitido que las mujeres tengan de oficio la gestación en sus cuerpos de un cigoto, para obtener de ello un beneficio puramente lucrativo.

En Colombia, al no estar regulado el tema, es necesario hacer unas precisiones respecto de este tipo de contratos. En principio se podría pensar que es posible celebrar cualquiera de los dos tipos, en desarrollo del principio de libertad que tienen los sujetos para contratar y en virtud de la autonomía de la voluntad privada. Sin embargo, esta aproximación es errónea, por cuanto como quedó expuesto anteriormente, el objeto del contrato encuentra un límite en la definición legal de madre, toda vez que en últimas, por vía contractual, se está confiriendo ese estado civil a quien no lo tiene.

### **3.2. IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD/PATERNIDAD**

A falta de regulación en Colombia sobre la maternidad subrogada, y para superar en últimas el problema de legalidad que se ha planteado, se ha entendido que las parejas que acudan a este procedimiento científico, deben iniciar un proceso de impugnación para obtener la custodia y cuidado personal del menor, además de todos sus derechos con el fin de convertirse legalmente en los padres.

La legislación Colombiana reguló de manera integral la impugnación, que es un procedimiento mayoritariamente utilizado para temas de paternidad pero que puede ser

recurrido en diferentes casos para impugnar la maternidad. Así las cosas, solo ante un juez y mediando las pruebas correspondientes se logra la legitimación de los derechos de los padres que alquilan el vientre de la mujer que dio a luz al menor.

El Código Civil modificado por la Ley 1060 de 2006, asentó las bases del proceso de impugnación de la maternidad y de la paternidad en Colombia. En términos generales las leyes implantan una presunción según la cual los hijos concebidos durante el matrimonio o la unión marital de hecho se presumen hijos de los cónyuges o compañeros permanentes, presunción de hecho que es posible desvirtuar. Además establece quienes son las personas que tienen legitimación en la causa para adelantar el proceso de impugnación.

El artículo 218 del Código Civil modificado por la Ley 1060 de 2006 insta: *“El juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o la presunta madre biológica, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre”*. Es a través de este proceso en el que los padres que alquilan el vientre de la mujer que dio a luz, quedan legitimados legalmente como los padres del menor.

La gran crítica que se hace a este punto radica en que la efectividad del procedimiento de la maternidad subrogada disminuye en la medida en que es necesario realizar un proceso de impugnación largo y complejo para legitimar la paternidad y la maternidad del menor, en donde tienen que demostrar la existencia de un acuerdo entre la madre de alquiler y los

padres interesados. Esto dificulta el normal desarrollo y el avance del proceso de subrogación de tal forma en que se obstaculiza el ejercicio de lo que pactaron las partes y se convierte en un riesgo de incumplimiento de lo acordado.

En efecto, es necesario preguntarnos si la madre que hemos determinado como “biológica” o “gestante” podría impugnar la maternidad respecto del hijo que fue entregado a las personas que alquilaron su vientre, en otras palabras, ¿es posible que la madre biológica pueda impugnar la maternidad del hijo fruto del alquiler de vientre? Para responder a este interrogante, es necesario señalar que bajo las normas actuales, es completamente posible que la madre biológica o gestante inicie un proceso de impugnación de maternidad si lo considera pertinente al querer quedarse con el menor, con una alta posibilidad de tener éxito en su pretensión.

A este respecto es importante tener en cuenta que, en adición al tema de la licitud del objeto, las normas que regulen la maternidad subrogada deberán ser muy claras al prohibir la iniciación de un proceso por parte de la madre biológica cuando los gametos (ovulo y espermatozoide) sean aportados por la pareja contratante. Pero bajo la luz del derecho actual y de la falta de regulación sobre el tema, es perfectamente posible que se presenten este tipo de casos.

Es importante aclarar que la Ley 721 de 2001 establece que la investigación de la paternidad se define mediante prueba genética, siendo este resultado fundamental para la filiación del menor<sup>50</sup>

### **3.3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

En Colombia se han presentado múltiples casos de maternidad subrogada, pero solo existe una sentencia sobre el tema la cual ha realizado una mención sobre el tema, dando a conocer la inexistencia legislativa que se encuentra hoy sobre la materia.

A continuación nos disponemos a realizar un breve análisis sobre lo establecido en la sentencia por la Sala Segunda de Revisión de Tutelas. Relataremos los hechos más importantes que suscitaron la controversia y las consideraciones fundamentales sobre los intereses superiores del menor, el concepto de familia, la custodia y cuidado personal del menor, el derecho a la familia y en líneas muy generales, la maternidad por subrogación, que tuvo la Corporación para resolverla.

#### **3.3.1. CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T- 968 DE 2009**

##### **a. HECHOS**

---

<sup>50</sup> Ley 721 de 2001. Artículo 2: En los casos de presunto padre o presunta madre o hijo fallecidos, ausentes o desaparecidos la persona jurídica o natural autorizada para realizar una prueba con marcadores genéticos de ADN para establecer la paternidad o maternidad utilizará los procedimientos que le permitan alcanzar una probabilidad de parentesco superior al 99.99% o demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad. En aquellos casos en donde no se alcancen estos valores, la persona natural o jurídica que realice la prueba deberá notificarle al solicitante que los resultados no son concluyentes.

La accionante conocida en la sentencia<sup>51</sup> como Sarai, interpuso acción de tutela contra la providencia proferida el 29 de agosto del 2008 por el Juzgado Décimo de Familia de la ciudad de Cali.

En los hechos de la sentencia se relata que la accionante consideró que el juzgado Décimo de Familia de Cali, desconoció el derecho fundamental de sus hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, el derecho a la igualdad y la aplicación de los tratados internacionales que consagran los derechos de los niños.

Sarai aseguró que un nacional colombiano de nombre Salomón y su esposa Raquel dominicana, residentes en Estados Unidos, deseaban tener un hijo y acudieron a ella para lograr este cometido. En principio la señora Sarai, aceptó realizarse distintos tratamientos con el fin de ayudar a la pareja a cumplir su sueño de ser padres, sin embargo, el único contacto que tuvo la accionante con el señor Salomón se dio por vía telefónica.

Sarai acudió a un centro especializado en este tipo de tratamientos en la ciudad de Cali, en donde le implantaron los óvulos de la señora Raquel, tratamiento que finalmente no dio resultado, pues los óvulos no fueron compatibles con el organismo de Sarai y fueron expulsados. Por esta razón Salomón tomó la decisión de viajar a Colombia con el fin de conocer a Sarai personalmente y proponerle que volviera a realizarse un tratamiento, pero que esta vez involucrara sus óvulos. Mediante la fecundación in vitro, utilizando los óvulos

---

<sup>51</sup> Es válido aclarar que los nombres de las personas en las sentencia fueron cambiados con el fin de proteger una serie de derechos.

de Sarai y los espermatozoides de Salomón, se produjo como resultado un embarazo gemelar.

Salomón se encargó de pagar la EPS de Sarai y de enviarle una suma de dinero equivalente a \$149.000 para su manutención hasta que ella cumplió los (5) meses de embarazo. El día 21 de marzo del año 2006, nacieron los mellizos Samuel y David con buen estado de salud. Sarai, por el contrario, sufrió algunos quebrantos en su salud y su hermano asumió tanto los gastos médicos en los que se incurrieron.

Sarai, ante la ausencia del padre, se vio obligada a registrar a los menores con sus dos apellidos y a velar por su correcta alimentación y cuidado durante los siguientes nueve (9) meses de los menores, pues Salomón no les proporcionó alimentos ni asistencia médica. Durante este término, el padre reconoció y registro a los menores como hijos suyos.

Luego de cumplidos los (9) nueve meses de vida de los menores, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Yumbo, retiro a la madre la custodia y cuidado personal de los niños, debido a las condiciones de la vivienda en la que se encontraban los menores, custodia que fue asignada de manera provisional a la tía paterna.

A raíz de esta última situación, Salomón tomó la decisión de separar a los menores de su madre biológica de forma definitiva y dio inicio a u proceso de custodia y cuidado personal y a otro de privación de la patria potestad en la ciudad de Cali. Además, presento demanda de permiso de salida del país con el fin de que los niños pudieran residir en los Estados Unidos.

## **b. SENTENCIA DEL JUZGADO DÉCIMO DE FAMILIA DE CALI**

El juzgador tuvo en cuenta la existencia de un contrato verbal de alquiler de vientre entre la señor Sarai y el Señor salomón. En virtud de ese contrato, la madre estaba obligada a entregar a los menores concebidos a partir de ese procedimiento. En segundo lugar tuvo en cuenta los giros realizados por el señor Salomón a Sarai para cubrir el tratamiento adecuado, dando cumplimiento a lo contratado y suponiendo un incumplimiento del contrato por parte de Sarai al quedarse con los niños. Un tercer argumento estableció el desconocimiento de los derechos del padre al no permitir el registro con sus apellidos y no proporcionar las visitas a las que se tenía derecho.

Además de lo anterior, menciona la sentencia en primera instancia que dadas las condiciones económicas de la madre y a la situación de subdesarrollo, *inseguridad y pobreza que vive la ciudad de Cali*<sup>52</sup>, los menores tendrían un mejor futuro y vivirían en mejores condiciones con su padre. Por último, consideró el juez que el padre tenía un mejor derecho a estar con ellos al haber utilizado todas las herramientas para que se diera su concepción.

Para proteger los derechos de la madre, el juez ordenó a Salomón traer los niños o permitir su ida a Cali, por lo menos dos veces al año.

---

<sup>52</sup> Frase tomada textualmente de la sentencia T-968 de 2009. M.P María Victoria Calle Correa.

Por estas consideraciones, Sarai decidió interponer una acción de tutela contra esta providencia alegando que el juez tuvo en cuenta solo lo establecido por el demandante sin tener en cuenta otras consideraciones relevantes para el caso, por ejemplo, que Sarai cambió de vivienda con el fin de proporcionarles a sus hijos un ambiente más propicio para su desarrollo.

En su defensa, alegó el demandado que la madre había ocultado el nacimiento de los menores, obstaculizando así su reconocimiento por parte del padre. Puso en consideración otros argumentos, entre otros, las consignaciones realizadas a Sarai en forma mensual para que fueran hechos los aportes correspondientes a la EPS de la madre.

La señora Sarai afirmó que el convenio se dio por terminado ante el fracaso del tratamiento (refiriéndose a la implantación de los óvulos de Raquel), y una vez tuvo una relación más íntima con el señor Salomón, decidió realizar su sueño de ser padre. Por el contrario Salomón niega esta versión.

A raíz de lo anteriormente expuesto, Sarai decide interponer la acción de tutela en contra de esta decisión.

### **c. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

La decisión de primera instancia correspondió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, el cual concedió la tutela interpuesta por la accionante, decisión que fue posteriormente impugnada por el demandado y fue la Corte Suprema de Justicia, Sala

de Casación Civil, la que decidió confirmar el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito de Cali por vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

Ordenó la Corte Suprema de Justicia al juzgado décimo, dictar una nueva sentencia en el término de 15 días, orden que fue incumplida y que dio lugar a el inicio de un incidente de desacato que terminó en la expedición de un número equivalente a cuatro sentencias por parte del mencionado juzgado, luego de distintos debates producto de la interposición de múltiples tutelas interpuestas por ambas partes sobre las decisiones tomadas por las autoridades. Finalmente, el caso fue revisado por la Corte Constitucional.

#### **d. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

La Corte empieza su análisis refiriéndose a la calidad de sujetos de especial protección que tienen los menores de edad y a la prevalencia de sus derechos sobre los demás. Hace un recuento de lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política, en virtud del cual se consagran los derechos a la vida, la integridad física, la salud, al nombre, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y amor, entre otros, como derechos fundamentales.

Radica en cabeza de la familia, la sociedad y del Estado la obligación de proteger a los niños con el fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos prevalentes. La función de asistencia y protección se convierte en un elemento fundamental, por lo que no es posible que el Estado y la sociedad antepongan otras

situaciones para evitar el bienestar de los menores. Esta protección especial encuentra fundamento tanto en las normas nacionales como en los instrumentos internacionales.

En segundo lugar, la Corporación pone en consideración el interés superior del menor. Señala la Corte que debe prevalecer en todas las situaciones el interés superior del menor, definido por el Código de Infancia y Adolescencia como *“el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*. Figura que recibe respaldo igualmente en los documentos internacionales que la consagran.

Todas las autoridades administrativas en general y las autoridades judiciales, deben tener en cuenta el interés superior de los menores en determinadas situaciones. Dichas autoridades cuentan con un ámbito discrecional para tomar decisiones respecto de esta materia, pero la Corte ha impuesto unos límites y presupuestos básicos que deben ser tenidos en cuenta, tales como son la garantía de las condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales del menor, la protección del menor frente a riesgos prohibidos, la garantía del desarrollo integral del menor entre otros.

Sigue esta corporación con análisis, centrándose en esta oportunidad, en la idoneidad del grupo familiar concluyendo que la familia es un concepto que debe entenderse dentro del “pluralismo” y que el derecho fundamental a no ser separado de una familia, se relaciona directamente con otros derechos de los niños de los consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política. Además, la familia es una institución fundamental para materializar estos derechos. Continúa la Corte afirmando que solo en unas condiciones especiales y

específicas se puede realizar la separación de los menores de sus familias, pero no puede ser por simple capricho de la autoridad, es decir, las medidas de separación son excepcionales y se imponen para ellas los requisitos de racionalidad y graduación.

En acápites posteriores, la Corte Constitucional se enfoca en el estudio de la custodia y cuidado personal del menor y realiza unas consideraciones acerca de un estudio realizado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) sobre la suspensión provisional de la custodia materna en el caso que es objeto de discusión. Concluye en este punto la Corporación que el ICBF no ejecutó todos los procedimientos necesarios como para haber tomado una decisión tan drástica como es la separación de los menores de su madre.

Posteriormente habla la sentencia acerca del Alquiler de vientre. En un subtítulo presentado, se afirma que este procedimiento no se encuentra regulado por el ordenamiento jurídico colombiano. Empieza el estudio citando una definición doctrinal sobre la maternidad subrogada y sentenciando que la mujer que gesta no aporta sus óvulos para que se dé el desarrollo de este procedimiento. Menciona que se fecunda el óvulo de la mujer que no ha podido gestar, con el semen de su marido o compañero o incluso el de un donante desconocido. Las madres sustitutas aceptan gestar al menor y se comprometen a entregarlo a cambio del pago de una suma determinada de dinero o de los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

La Corte resalta el sistema de maternidad subrogada por encima del de la adopción, en la medida en que considera que el niño que nace es biológico de quienes deciden alquilar el vientre. Se cita en la sentencia el caso “Baby M” antes expuesto en el presente escrito.

Considera esta Corporación que no existe una prohibición expresa para que se realice la maternidad por subrogación, más sin embargo, las técnicas de reproducción asistida se encuentran autorizadas expresamente por el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia.

Pero advierte igualmente que el vacío normativo sobre la materia, ha generado diferentes vulneraciones a los derechos fundamentales de los menores. Por esta razón, la Corte decidió establecer requisitos tomados de la doctrina tales como los que se mencionan a continuación: “(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas (...)”<sup>53</sup>.

Después de tener en cuenta estos requisitos, la Corte precisó que el proceso que dio origen a los menores Samuel y David, no fue fruto de un arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, en la medida en que la madre aportó los óvulos y esto la convierte en madre biológica de los menores.

---

<sup>53</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-968 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa: Diciembre 18 de 2009).

Por último la Corte Constitucional se centra en el estudio de las sentencias proferidas por el juzgado décimo de familia de Cali.

#### **e. DECISIÓN**

Después de hacer un estudio sobre el caso y sobre las diferentes instituciones del derecho que se relacionan con el mismo, la Corte Constitucional resuelve mantener en firme la decisión que dejó sin efectos la sentencia proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali, la cual otorgaba el permiso al padre para que se llevara a los menores a vivir en el exterior, otorgándole así mismo la custodia de los menores. Exige la presencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el acompañamiento del proceso de reencuentro de los menores con su madre y ordena al Juzgado décimo de Familia de Cali el cumplimiento de las medidas encaminadas al restablecimiento de los derechos.

### **3.3.2. ANÁLISIS DE FONDO DE LO ESTABLECIDO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA DE TUTELA- 968 DEL AÑO 2009**

No nos resulta necesario repetir lo ya dicho y establecido en la sentencia antes descrita, pero si es fundamental resaltar que la Corte Constitucional no hizo un análisis profundo acerca de la falta de regulación de la figura de maternidad subrogada.

Entendemos que la Corte Constitucional no debe suplantar la función del legislador, pero consideramos que pudo haber hecho un estudio más detallado acerca del alquiler de vientre,

teniendo todas las herramientas a su alcance para hacerlo y poder establecer elementos fundamentales que den una guía al legislador acerca de cómo llenar el vacío jurídico que, como bien ha establecido, vulnera derechos fundamentales de los menores y de las personas que acuden a este procedimiento.

La Corporación solo se dedica a tomar un concepto de la doctrina y a establecer unos requisitos tomados de la misma, sin tener en cuenta el contexto social en el cual se está presentando la figura de maternidad subrogada. Asume que sólo la mujer que aporta el óvulo, fecundado ya sea por su pareja o por un donante desconocido, puede acudir a este tipo de procedimientos, sin tener en cuenta que la donación puede hacerse igualmente respecto de los óvulos ya por una donante desconocida.

No se plantea la Corte los múltiples problemas que se derivan de la maternidad subrogada en ningún momento, es por esto que consideramos que el análisis respecto de lo que ha denominado como “*contrato o convenio*” de alquiler de vientre no es correcto y es un estudio incompleto que lleva a la Corporación a realizar afirmaciones contrarias a la realidad, como las que se mencionan a continuación.

En primer lugar se arriesga a afirmar que la maternidad subrogada se realiza a través de un contrato considerándolo como legal en Colombia sin entrar en mayor detalle acerca de los elementos esenciales del mismo, como se han abordado en el presente escrito. Sencillamente cita a la mayoría de la doctrina y toma como válido el supuesto contrato celebrado entre las partes.

En segundo lugar, no se tomó el tiempo de hacer el análisis respecto de los tipos de maternidad subrogada que se encuentran respecto del ámbito económico, es decir, un estudio sobre la maternidad subrogada comercial y la tradicional, habrían hecho una gran diferencia en la sentencia producida.

En tercer lugar, desacredita que se haya presentado un procedimiento de maternidad subrogada en el caso bajo estudio, en la medida en que los óvulos fueron aportados por Sarai, sin tener en cuenta algún otro tipo de consideración más profundo que la llevara a resolver el caso en cuestión de la manera en que lo hizo.

Para ser una sentencia de tutela, la única que aborda respecto de la materia, consideramos que se quedó corta en el análisis y que pasó por alto el estudio a fondo de todos los requisitos de existencia y validez del contrato.

## **CAPÍTULO IV**

### **IV. RECOMENDACIONES FINALES**

Como ha quedado expuesto, si se realiza un contrato de maternidad subrogada en la actualidad y bajo las leyes vigentes, este adolecería de objeto ilícito y por lo tanto no sería un contrato válido. Por lo anterior, es necesario establecer las bases fundamentales sobre las cuales se debe crear una legislación integral sobre la materia.

En este capítulo pretendemos establecer los puntos más importantes que deberían ser tenidos en cuenta por el legislador al momento de crear una regulación satisfactoria que no presente inconvenientes en la práctica de la maternidad subrogada.

#### **a. DEFINICIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

Para empezar, el legislador debe definir la maternidad subrogada entendiéndola como un método de reproducción humana asistida, procedimiento en virtud del cual una mujer gestará los gametos implantados en su útero, a tener todos los cuidados que su estado le demande y se obligará a entregar al recién nacido a la pareja contratante.

Dentro de la parte introductoria se deberá establecer igualmente, la finalidad para la cual se ha creado esta figura en Colombia y los objetivos que pretende la regulación, esto es, evitar los conflictos entre las partes del contrato, proteger los derechos fundamentales de los menores, proteger el interés superior de los niños, entre otros. Además, como finalidad se busca la conformación de una familia a través de asistencia científica para aquellas parejas que no pueden procrear de manera natural.

#### **b. SUJETOS**

En segundo lugar, deberá tenerse en cuenta un elemento fundamental de la figura: los sujetos a quienes aplique la regulación. Estos deberán estar plenamente identificados, en primer lugar deberá hacerse referencia a la pareja contratante y con el fin de garantizar todos los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la igualdad, deberá permitirse el acceso a la figura de la maternidad subrogada tanto para las parejas heterosexuales como las homosexuales que tengan el ánimo de conformar una familia.

En este orden de ideas, será necesario que las mujeres gestantes conozcan todos y cada uno de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato, es así como la ley debe explicar de forma clara la renuncia a la maternidad como principal consecuencia de la celebración del contrato.

Por otra parte, dentro de la regulación será necesario establecer las condiciones tanto físicas como psicológicas en las que se debe encontrar la madre gestante para poder llevar a cabo el procedimiento y lo establecido en el contrato de maternidad subrogada.

### **c. FLEXIBILIZACIÓN DE LAS NORMAS DE FILIACIÓN**

Por otra parte, será necesario flexibilizar mediante una reforma legal, el registro obligatorio establecido por el Decreto 1260 de 1970, en la medida en que se haga específico que la madre gestante renuncia explícitamente a la maternidad y sea posible registrar a los padres contratantes como tales. Es necesario romper con el esquema tradicional el cual establece que madre es aquella que gesta a los menores y que da a luz y como tal sea la única que puede aparecer en el registro de nacimiento (salvo que exista un proceso judicial de por medio).

Lo anterior podría simplificarse si se tiene en cuenta que en el consentimiento informado que se firma por parte de la madre gestante, se establece su condición y que ella ha renunciado a la maternidad y se ha obligado a entregar al menor en la medida en que existe un contrato de maternidad subrogada de por medio.

Así mismo, la ley podrá establecer una solemnidad al contrato de maternidad subrogada y es que para que se facilite la prueba de la existencia del mismo, este se dé de forma escrita y esté autenticado ante una autoridad competente. Este requisito tendría por objeto que en caso de controversia entre las partes, sea revisado por el juez competente y sea menos dispendioso dirimir el conflicto que versa sobre el mismo.

#### **d. IRREVOCABILIDAD DEL ACTO JURÍDICO**

El siguiente aspecto que debe tenerse en cuenta al momento de producirse una ley integral, es el de la irrevocabilidad. El contrato de maternidad subrogada no puede ser revocado una vez las partes se constriñen a cumplir con las obligaciones establecidas en el mismo. Lo anterior se realiza con el fin de dar seguridad jurídica y de proteger los derechos fundamentales de los niños y de las parejas contratantes.

Bajo esta característica fundamental, no será posible para la madre gestante, arrepentirse y revocar su consentimiento teniendo como fundamento que su móvil para contratar no es el de conformar una familia, sino que busca el lucro y el pago de una compensación por la realización del mismo.

Tampoco cabrá este arrepentimiento para la pareja contratante y deberá asumir todos los derechos que se les imponen a los padres respecto de sus hijos sin ninguna clase de excepción.

## **f. ONEROSIDAD**

Otra característica principal que identifique el contrato de maternidad subrogada, será la relacionada con la onerosidad del mismo. Se deberá plantear la onerosidad del contrato como característica principal, una vez se flexibilicen las leyes pertinentes. El pago constituye uno de los elementos esenciales del contrato de arrendamiento en general, y es el móvil que llevaría a las mujeres a ser madres gestantes.

Con la onerosidad no se pretende el enriquecimiento caprichoso y abusivo de las mujeres gestantes, es por esto que la ley deberá establecer un valor mínimo y un máximo expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes para el pago por el alquiler del vientre.

Debe entenderse esta remuneración como una compensación a los diferentes problemas que se presenten a la madre gestante durante todo el periodo de embarazo, el legislador debe tener en cuenta que dar a luz a un niño no es tarea fácil y de alguna forma se debe compensar el sacrificio que se realiza por cumplir con los deseos de un tercero.

No se debe entender la onerosidad como el pago por la prestación directa del útero, ni la negociación de un derecho fundamental como la vida, sino que la finalidad de la contraprestación es la de compensar como se ha establecido anteriormente.

El hecho de permitir única y exclusivamente el contrato de maternidad subrogada como un contrato gratuito y tradicional, haría que las personas encontraran la forma de pagar una retribución, saltándose los límites y regulaciones establecidas en la ley, pues es claro que

quien presta su útero lo hace buscando una satisfacción y beneficio personal, por lo general, económico.

Cómo excepción, es posible crear una norma en virtud de la cual el contrato sea gratuito siempre y cuando la madre gestante sea pariente de la madre o padre contratantes, y siempre y cuando se establezca de esta forma en el contrato.

Será imprescindible limitar el parentesco en la excepción, conforme a los grados existentes, es decir, el legislador puede limitarlo hasta el cuarto (4°) grado de consanguinidad y el segundo (2°) de afinidad, por poner un ejemplo.

#### **g. MATERIAL GENÉTICO**

Será necesario que el legislador tenga en cuenta dentro de la regulación, que es posible recolectar el material genético de un tercero ajeno a la relación contractual, para implantarlo (sea por fecundación in vitro o por inseminación artificial) en el cuerpo de la mujer gestante, teniendo claro que una vez celebrado el contrato de maternidad subrogada y adquirido el mencionado material, la propiedad de manera indiscutible e irrevocable del mismo debe ser de la pareja contratante.

En este orden de ideas, cabe resaltar que la renuncia al material genético se debe seguir haciendo con la firma del consentimiento informado que firman las personas al momento de realizar una donación de sus gametos.

Ahora bien, para evitar problemas de filiación entre los contratantes, la única excepción que podría consagrarse en la regla explicada en el párrafo anterior, es la relativa al material genético de la madre gestante. Bajo ninguna circunstancia se podrían utilizar los óvulos de la madre de alquiler para que sean fecundados por el padre contratante.

#### **h. CENTROS ESPECIALIZADOS**

Aunque parezca obvio, dentro de la regulación será necesario que el legislador advierta que la maternidad subrogada sólo se podrá llevar a cabo en los centros especializados y que tengan conocimiento acerca de la materia. Serán aquellas entidades vigiladas por el Estado y que cuenten con todas las medidas de seguridad y de salubridad para que se dé en la medida de lo posible, un procedimiento satisfactorio, y sin dejar de lado que las obligaciones de estos centros y en especial de los profesionales que realicen los procedimientos, son de medio y no de resultado.

### **CAPITULO V**

#### **V. CONCLUSIONES**

El tema de la maternidad subrogada, y en general de todas las formas de reproducción humana asistida, implican múltiples debates en todos los ámbitos sociales y jurídicos, pero no es posible que el debate prime sobre los derechos fundamentales de las personas consagrados en la Constitución Política y mencionados durante el desarrollo de este trabajo.

Después de realizar un profundo análisis sobre la viabilidad jurídica de la figura innominada en el derecho colombiano catalogada como “maternidad subrogada”, hemos concluido que la necesidad de efectuar una normatividad al respecto se hace inminente, no solo por los casos renombrados actualmente<sup>54</sup>, los cuales evidencian los vacíos jurídicos en cuanto a la validez de los actos jurídicos que hoy en día se celebran para ello, sino también por aquellos casos que clandestinamente se efectúan o mejor aún, aquellos que se realizan constantemente sin ningún control<sup>55</sup>, generando sin duda alguna inseguridad jurídica a quienes acceden a este mecanismo de reproducción humana asistida.

La finalidad de nuestro trabajo de grado, no solo se centra en el análisis de su viabilidad contractual, sino también en proteger la existencia de los derechos de los niños que terminan involucrados en este acuerdo de voluntades, todo ello con el fin de proveerles una estabilidad emocional y física a largo plazo y un futuro seguro, que solo con el concepto de familia puede lograrse.

El derecho comparado siempre ha sido un punto de referencia cuando es necesario regular un tema no previsto en el derecho nacional tal y como sucede en Colombia con la maternidad subrogada, dado que de las legislaciones extranjeras que ya han analizado y debatido el tema, es posible llegar a tomar supuestos de derecho útiles. La conclusión más significativa en este análisis consiste en que en Colombia resulta imperativo legislar

---

<sup>54</sup> Franco, Mónica. “Alquiler de vientres, un negocio en gestación”. La Patria.com (2012). Web. <http://www.lapatria.com/manizales/alquiler-de-vientres-un-negocio-en-gestacion-8067> Fecha de acceso: Septiembre 2015.

este mecanismo de reproducción humana asistida, todo ello porque, no solamente generaría una estabilidad jurídica, sino también porque solucionaría el gran problema que en nuestro concepto actualmente se presenta en torno a la validez del contrato, pretendiendo que los interesados en esta práctica asuman derechos y obligaciones, queden protegidos por el ordenamiento jurídico nacional.

Es posible afirmar que en otros países como los mencionados en el Capítulo sobre derecho comparado, la maternidad subrogada ha funcionado o no bajo parámetros que se consideran completamente conservadores (como el caso Español) o liberales (como el caso de Ucrania). Pero hay puntos medios como el caso de Estados Unidos y algunos de sus Estados. Con lo anterior, se pretende ilustrar que sí es posible dar una regulación a la materia, teniendo como único fin, el derecho de todos a procrear y concebir la idea de familia.

Cada una de las recomendaciones planteadas en nuestra tesis, tienen el propósito de resguardar temas importantes como la filiación, el estado civil, la paternidad, la maternidad, sin que ello implique desprestigiar la idea de viabilidad del contrato de “alquiler de vientre”, ya que, con la legislación actual sería imposible acceder a un contrato válido, puesto que en nuestro concepto su objeto se consideraría ilícito y por tanto invalidaría el acto jurídico realizado.

Encontramos que mediante un acto jurídico de carácter bilateral, sería posible establecer las prestaciones a las que se obligan las partes respecto de la maternidad subrogada, pero que

para que este sea válido, será indispensable modificar algunas normas de orden público sin que por ello se desconozca ese principio.

Ahora bien, la tesis planteada en este trabajo de grado es ecléctica<sup>56</sup>, puesto que hemos trazado el contrato de maternidad subrogada como oneroso, saliéndonos de toda índole conservadora. Esta perspectiva ecléctica, admite la licitud del contrato y garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, elementos fundamentales y desarrollados jurisprudencialmente para que se dé la constitución de este tipo de práctica como método de reproducción humana asistida.

Si bien vemos la onerosidad como un elemento fundamental del contrato de maternidad subrogada, aceptamos que este requisito puede llegar a ser sensible en la sociedad colombiana, pues algunas personas podrían afirmar que se está comerciando con la vida y con los órganos, lo cual está prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico colombiano. Aun así, consideramos que con una limitación y una perfecta regulación por parte del legislador colombiano, es posible establecer la onerosidad como un elemento compensatorio para la madre gestante, lo cual una vez más, confirma la necesidad eminente de regulación sobre el tema.

---

<sup>56</sup> Entendiendo *eclecticismo* (*de ecléctico*) lo establecido por la Real Academia Española como: “*Modo de juzgar u obrar que adopta una postura intermedia, en vez de seguir soluciones extremas o bien definidas*” o “*escuela filosófica que procura conciliar las doctrinas que parecen mejores o más verosímiles, aunque procedan de diversos sistemas*”.

Cabe mencionar que las distintas prácticas sobre alquiler de vientre, tienen como costumbre la necesidad de que se cumplan ciertos requisitos que mas allá de lo jurídico resultan convenientes para el contrato<sup>57</sup>. Consideramos que requisitos como la salud mental y física, así como la vitalidad de la madre sustituta, son fundamentales *a priori* de la realización del procedimiento, puesto que ello es una garantía de la salud del niño. De igual manera, el hecho de los interesados al acceso o deseo de procrear por medio de esta práctica, dada su imposibilidad de dar a luz a un niño por medios naturales, en virtud de condiciones de infertilidad o enfermedad manifiesta, se encuentren casados o tengan un compañero permanente, hace que exista convicción o aspiración de formar una familia, a pesar de que su condición biológica lo impida, previendo en todo momento lo necesario a la madre sustituta para la concepción de quién será su hijo.

Todo lo anterior se estipularía por medio de un consentimiento escrito que serviría de prueba ineludible a la hora de determinar las diferencias entre madre gestante y madre contratante.

De igual manera, nos atrevemos a afirmar que si el legislador encontrara imposible realizar la flexibilización aquí planteada, será necesario que acuda a otras formas o instituciones

---

<sup>57</sup> Moreno Castañeda, Richard. "Alquiler de vientre, una opción para dar bienestar y alegría a otros". Revista Aló.co. (2013). Web. <http://alo.co/belleza-y-bienestar/alquiler-de-vientres-en-colombia> Fecha de acceso: Octubre 2015.

como la doble maternidad o doble paternidad<sup>58</sup>, pues debe adaptarse a las realidades sociales que se presentan en el país todos los días<sup>59</sup>.

La posibilidad de acceder a este tipo de acuerdos de manera contractual también se encuentra fundado en que la modificación de las normas cambie su tonalidad estricta respecto a la verdad biológica que consagran e introducir la realidad artificial, entendida esta como la posibilidad de utilizar la ley para dar legitimidad a aquellos padres que acuden a la reproducción humana asistida, sin necesidad de acudir a un procedimiento complejo y largo como el de la adopción.

Si bien nuestra tesis pretende permitir la existencia y validez de este acto jurídico bilateral, es relevante aclarar que el legislador no solo debe con prontitud llenar los vacíos actuales sobre alquiler de vientre, sino que a su vez debe también revisar el tema de reproducción humana asistida puesto que es fundamental que la consagración idónea de estas dos problemáticas vayan de la mano y tengan en cuenta la evolución de distintos criterios tanto médicos como científicos, que lo único que buscan es darle al ser humano más posibilidades de cumplir con su deseo y su derecho a tener una familia. El ordenamiento jurídico colombiano no puede dar la espalda a todo aquello que la sociedad y la ciencia exigen.

---

<sup>58</sup> “Corte reconoce a pareja gay paternidad de gemelos”. Revista Semana. (2015). Web. <http://www.semana.com/nacion/articulo/adopcion-gay-pareja-que-alquilo-ventre-fue-respaldada-por-la-corte/449601-3> Fecha acceso: Noviembre 2015.

<sup>59</sup> A pesar de esta breve mención, consideramos que esto es tema de otra tesis diferente, pero la advertimos como una posibilidad.

## VI. BIBLIOGRAFIA

### DOCTRINA (LIBROS Y ARTÍCULOS)

Alessandri Rodríguez, Arturo. *Derecho Civil de los contratos*. Santiago de Chile: Editorial Zamorano y Caperan. 1976.

Bohórquez Orduz, Antonio. *De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Generalidades Contractuales*. Bogotá, Colombia: Ediciones: Doctrina y Ley Ltda. 2004.

Boquilla, Martha V. *Aspectos Legales Subrogación: Ucrania y EE.UU (ІПАВОБИ АСПЕКТИ СУРОГАТНОГО МАТЕРІНСТВА:*

*УКРАЇНА ТА США)*. Ternopil Universidad Nacional Económico (Тернопільський національний економічний університету). (2008)

[http://medicallaw.org.ua/uploads/media/02\\_314.pdf](http://medicallaw.org.ua/uploads/media/02_314.pdf)

Cano, María Eleonora. *Breve Aproximación en Torno a la Problemática de la Maternidad Subrogada*. <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> (Buscar en Google: “Problemática sobre la Maternidad Subrogada”).

Cook, Rachel., Day Shelley, and Felicity With. *Surrogate Motherhood: International Perspectives*. Portland, Oregon: Publish by Hart Publishing c/o. 2003.

Cubides Camacho, Jorge. *Obligaciones. Sexta Edición*. Bogotá, Colombia: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2009.

Danchenko, Olga. *In Ukraine the child (В Україні за дитиною)*. Ukrainian Bar Association for Foreign Affairs. Creation date: December 2010. Web. En: [http://ukrinur.kiev.ua/publications/publications\\_1.html](http://ukrinur.kiev.ua/publications/publications_1.html). Access date: July 2008.

De Castro y Bravo, Federico. *EL Negocio Jurídico*. Madrid, España: Editorial Civitas S.A. 1985.

Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General del Acto Jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma. 1991.

Gómez Estrada, Cesar. *De los Principales Contratos Civiles*. Tercera edición Bogotá, Colombia: Editorial: Temis. 1999.

Gómez Sánchez, Yolanda. *El Derecho a la Reproducción Humana*. Madrid, España: Editorial: Marcial Pons. 1994.

González de Cancino, Emilssen. *Los Retos Jurídicos de la Genética*. Bogotá, Colombia: Editorial: Universidad Externado de Colombia. 1995.

González Martín, Nuria. “*Maternidad Subrogada y adopción internacional*” Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.: México, 2012.

Gómez de la Torre, Maricruz. *Fecundación In Vitro y Filiación*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1993.

Gostin, Larry. *Surrogate Motherhood. Politics and Privacy*: Indiana University Press. 1990.

Guzmán Ávalos, Aníbal. *La subrogación de la maternidad IUS*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932007>> ISSN 1870-2147

Jiménez Valderrama, Fernando. *Teoría del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis. 2015.

Lawrence, Elizabeth. “*Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights*” Golden Gate University Law Review. Vol. 21 (2010): 1-33. Web. 3 de Octubre de 2015.

Mantilla Espinosa, Fabricio & Ternera Barrios, Francisco. *Los Contratos en el Derecho Privado*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario. 2007.

Mohapatra, Seema. *Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy*.: Orlando, 2013. Berkeley. J. Int'l Law. 412.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Derecho de familia y de menores*. Bogotá, Colombia: Bogotá Jurídicas Wilches. 1997.

Moreno Castañeda, Richard. “Alquiler de vientre, una opción para dar bienestar y alegría a otros”. Revista Aló.co. (2013). Web. <http://alo.co/belleza-y-bienestar/alquiler-de-vientres-en-colombia> Fecha de acceso: Octubre 2015.

Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá, Colombia: Séptima edición. Editorial: Temis. 2001.

Ortiz Monsalve, Álvaro. *Manual de Obligaciones*. Quinta edición. Bogotá, Colombia: Editorial: Temis. 2010.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. España: Espasa Calpe. 2009.

Tamayo Lombana, Alberto. *Manual de Obligaciones*. Bogotá, Colombia: Editorial: Temis. 2004.

Valencia, Arturo. *Derecho civil – derecho de familia*. Bogotá: Editorial Temis. Tomo III.

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Constitucional: Sentencia T-408 de 1995. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-355 de 2006. (M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández: Mayo 10 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-968 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa: Diciembre 18 de 2009).

Corte Constitucional: Sentencia T-572 de 2009. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional: Sentencia C-577 del 2011. (Presidente: Juan Carlos Henao Pérez).

## **LEGISLACIONES**

Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia).

Código Civil Chileno [CCCH]. Diciembre 14 de 1855. (Chile).

Código Civil de la República Argentina [CCA]. Septiembre 29 de 1869. (Argentina).

Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000 (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Constitución Política de España [Const]. Diciembre 29 de 1978. (España).

Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Agosto 15 1887.

Ley 45 de 1936. Sobre reformas civiles (filiación natural). Marzo 05 de 1936.

Ley 75 de 1968. "Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar". Diciembre 30 de 1968.

Ley 1 de 1976. Por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regulan la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican

algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en materia de Derecho de Familia. Enero 19 1976.

Ley 29 de 1982. Por la cual se otorga la igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios. Febrero 24 1982.

Decreto 1546 de 1998 [Ministerio de Salud Pública]. Por medio del cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9a. de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares. Agosto 04 de 1998.

Decreto 1260 de 1970 [Presidente de la República]. Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas. Julio 27 de 1970.

Decreto 2737 de 1989 [Presidente de la República]. Por el cual se expide el Código del menor. Noviembre 27 de 1989

Decreto 1546 de 1998 [Presidente de la Republica]. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9<sup>a</sup> de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares. Agosto 04 de 1998.

Resolución 3199 de 1998. [Ministerio de Salud]. Por la cual se establecen las normas técnicas, científicas y administrativas para el funcionamiento de los Bancos de Componentes Anatómicos, de las Unidades de Biomedicina Reproductiva. Centros o similares y se dictan otras disposiciones. Agosto 6 de 1998.

Agencia Estatal Española. Boletín Oficial. Instrucción de 5 de octubre de 2010. Dirección General de los Registros y del Notariado sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Publicado en: «BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2010, páginas 84803 a 84805.

Ley 1306 de 2009. Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados.

## **ARTÍCULOS DE REVISTA Y DIARIO**

Agencia Nacional De Noticias. Agencia oficial de noticias de la República Argentina. Telam. Telam.com.ar

Revista Semana. “*Corte reconoce a pareja gay paternidad de gemelos*”. (2015). Web. <http://www.semana.com/nacion/articulo/adopcion-gay-pareja-que-alquilo-vientre-fue-respaldada-por-la-corte/449601-3>

Franco, Mónica. “Alquiler de vientres, un negocio en gestación”. La Patria.com (2012). Web. <http://www.lapatria.com/manizales/alquiler-de-ventres-un-negocio-en-gestacion-8067>

Lewin, Tamar. “*Surrogates and Couples face a Maze of laws, state by state*” The New York Times.

Levante. “Ucrania, la meca de las madres de alquiler”. (2013). Web. <http://www.levantemv.com/sociedad/2013/09/27/vientres-low-cost/1036432.html>

Moreno Castañeda, Richard. “Alquiler de vientre, una opción para dar bienestar y alegría a otros”. Revista Aló.co. (2013). Web. <http://alo.co/belleza-y-bienestar/alquiler-de-vientres-en-colombia>

## **TRABAJOS DE GRADO**

Beorlegui, Ana. “*La maternidad Subrogada en España*”. Barcelona, España: Universidad de Navarra. 2014. En: <http://academica.e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1> <http://www.unav.es/cdb/coeconvencion.html>

Awad Cucalon María Inés., Mónica de Narvaez Cano. Tesis de grado: “*Aspectos jurídicos en las técnicas de reproducción asistida humana en Colombia*”. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 2001 En: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis02.pdf>

Ruíz Martínez, Rocío. *Maternidad Subrogada. Revisión bibliográfica*. Trabajo de Grado: España, 2013.