

**VALIDEZ DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA  
EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

JENNIFFER RESTREPO VARGAS

GERMÁN VALDERRAMA SERRANO

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Bogotá, D.C.**

**2018**

**VALIDEZ DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA  
EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al  
título de Abogado

JENNIFFER RESTREPO VARGAS  
GERMÁN VALDERRAMA SERRANO

Doctora Andrea Alarcón Peña

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**Bogotá, D.C.**  
**2018**

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....</b>	<b>4</b>
Descripción del problema.....	4
1.2 Formulación del problema .....	7
1.3 Hipótesis.....	8
1.4 Justificación.....	8
1.5 Objetivos .....	10
1.5.1 Objetivo general.....	10
1.5.2 Objetivos específicos .....	10
<b>2. MARCO REFERENCIAL .....</b>	<b>11</b>
2.1 Marco Histórico.....	11
<i>Tabla 1. Tratamiento jurídico comparado de maternidad subrogada .....</i>	<i>15</i>
2.2 Marco Conceptual .....	17
2.2 Marco Jurídico.....	23
2.2.1 Marco constitucional.....	23
2.2.2 Marco legislativo.....	24
2.3 Teoría de los contratos en Colombia.....	26
2.3.1 Definición de contrato.....	26
2.3.2 Código Civil colombiano .....	27
2.3.3 Elementos de los contratos.....	27
2.3.4 Objeto lícito.....	29
2.3.5 Causa ilícita .....	30
2.3.6 Clasificación de los contratos .....	31
2.4 El contrato de maternidad subrogada .....	34
2.4.1 Subclasificación de los contratos de maternidad subrogada.....	35
2.4.2 Cuerpo sustantivo del contrato de maternidad subrogada.....	37
2.4.3 Clasificación del contrato de maternidad subrogada.....	38
<i>Tabla 2. Clasificación del contrato de maternidad subrogada .....</i>	<i>38</i>
2.4.4 Cláusulas del contrato de maternidad subrogada .....	40
<b>3. ELEMENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA .....</b>	<b>47</b>
3.1 Sobre derechos y tratamientos de infertilidad.....	47
<i>Tabla 3. Corte Constitucional, línea jurisprudencial: infertilidad.....</i>	<i>50</i>
3.2 Sobre reconocimiento de la incidencia científica en la sociedad y el ordenamiento jurídico.....	55
3.3 Sobre proyectos de ley acerca de gestación sustitutiva.....	59

<i>3.3.1 Proyecto de ley 47 de 1998 Senado</i> .....	60
<i>3.3.2 Proyecto de ley 45 de 2000 Senado</i> .....	60
<i>3.3.3 Proyecto de ley 029 de 2003 Cámara</i> .....	60
<i>3.3.4 Proyecto de ley 100 de 2003 Cámara</i> .....	60
<i>3.3.5 Proyecto de ley 64 de 2005 Cámara</i> .....	61
<i>3.3.6 Proyecto de ley 196 de 2008 Cámara</i> .....	61
<i>3.3.7 Proyecto de Ley 88 de 2017 Senado</i> .....	65
<b>3.4 Objeto y causa lícita en el contrato de maternidad subrogada</b> .....	67
<b>CONCLUSIONES ACERCA DE LA VALIDEZ EN CONTRATOS DE MATERNIDAD</b>	
<b>SUBROGADA</b> .....	73
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	80

## INTRODUCCIÓN

A partir del siglo XX el desarrollo de nuevas tecnologías se ha convertido en una de las manifestaciones más extraordinarias de la creatividad humana. Sin embargo y dado el rápido avance de la ciencia con frecuencia se presentan cuestiones que evidencian la existencia debates jurídicos, uno de estos se encuentra constituido por la reproducción asistida.

El embarazo subrogado, también conocido como gestación subrogada, maternidad sustituta o útero subrogado, madre gestacional o vientre de alquiler, es una técnica de reproducción asistida. Es el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual esta debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste (Gómez, 1994. p. 136).

Esta modalidad de reproducción registra, desde el punto de vista jurídico, diversos problemas derivados de la inexistencia de un marco normativo específico que regule los elementos esenciales y de la naturaleza que este acuerdo de voluntades exige.

En los primeros casos registrados sobre esta figura, la madre subrogada se mostraba dispuesta a participar en el acuerdo, atraída por fines nobles derivados de una relación de consanguinidad o amistad cercana con los padres subrogantes. Pero con el pasar del tiempo aparecieron otros intereses menos altruistas, como la búsqueda de un beneficio lucrativo asociado a diversas formas de contraprestación, que implicaron la presencia de una segunda parte con intereses claramente definidos y diferentes a la simple generosidad de alguien que desea ayudar a otro a tener un hijo, por encima de un impedimento biológico. Esta circunstancia generó problemas serios pues el objeto del contrato suponía un niño-a que sería entregado a los padres (o padre o madre) subrogante a cambio de una contraprestación. Evidentemente se advertía un objeto ilícito

claro, se producía una cosificación de la madre gestante y una violación clara a su dignidad al convertirla en un medio para el logro de un fin.

La subrogación tiene dos subclasificaciones que son de mayor debate, la subrogación comercial con contrato oneroso, con fines lucrativos; y la subrogación altruista donde no hay remuneración alguna (Brunet, et. al., 2012).

Los roles subrogante-subrogado derivados del contrato tienen claros intereses y el acuerdo que surge entre ellos queda expuesto a las mismas contingencias de cualquier relación contractual. De esta manera cuando comienzan a presentarse las primeras desaveniencias e inconvenientes entre las partes, el juez percibe la existencia de un vacío normativo respecto al surgimiento de este nuevo tipo contractual y la sociedad reconoce que este tipo de transacciones encuentra serias dificultades. Es clara entonces la existencia de una laguna normativa que regule de manera expresa este tipo de contrato que tiene unas particularidades que lo diferencian de otros contratos civiles y mercantiles. La opción de acudir a los principios generales y teoría general de los contratos parece la respuesta temporal mientras el legislador decide, en ejercicio de su competencia, desarrollar este contrato.

Esta situación, sin embargo, no es particular de Colombia. En muchos de los países en donde ha ingresado la maternidad subrogada como una alternativa reproductiva el problema es similar. El problema de fondo, es que no se trata solo de una técnica de reproducción asistida sino de un acuerdo que requiere de una figura jurídica acorde a los interesados, con el fin de que dichas situaciones y relaciones no esten bajo la sombra de la inseguridad jurídica. Pues en todo caso “resulta necesario que el acuerdo o contrato de gestación sea previo al embarazo, que éste se desarrolle estrictamente bajo dicho acuerdo, tenga su causa en él y por tanto sea posterior al mismo” (López et. al., p. 18, 2015.)

De acuerdo con esto, el presente trabajo de monografía parte de la formulación del problema de la siguiente manera: ¿Al tenor de la legislación civil colombiana, es posible predicar la validez de los contratos de maternidad subrogada o estos, indefectiblemente, se encontrarán viciados de nulidad?

Por tanto, el objetivo general del trabajo es determinar desde el punto de vista del derecho positivo y según su objeto y causa, si el contrato de maternidad subrogada es válido en Colombia a la luz de las normas existentes. Es así como la estructura del trabajo contiene en un primer capítulo una revisión de la maternidad subrogada según sus características a través de una revisión histórica y de vigencia legal en Colombia. En un segundo capítulo, se sintetizan las características de un contrato de maternidad subrogada según su desarrollo histórico a través de una reseña del derecho comparado y consuetudinario en diversos países del mundo. El capítulo tercero presenta una revisión teórica en materia contractual sobre la normatividad vigente en el país en contraste con las propuestas de reforma que han sido presentadas y que pudiesen tener una incidencia directa sobre los parámetros de legalidad de un contrato de maternidad subrogada.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### Descripción del problema

En el ordenamiento jurídico colombiano, no existe una prohibición expresa para realizar el tipo de convenio o acuerdo implícito en la maternidad subrogada. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-968 de 2009 señaló que

“... respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes”.

Se trata entonces de un pronunciamiento expreso en el cual, a partir de la protección especial que el ordenamiento constitucional otorga a la familia (Esborraz, 2015), la posibilidad de la maternidad subrogada se advierte como una alternativa. Y este argumento encuentra además soporte en el ordenamiento internacional, así la Declaración universal de los derechos Humanos en sus artículos 16 y 25.2; la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre en sus artículos 6, 7 y 30; el Pacto internacional de derechos económicos, Sociales y culturales en sus artículo 10; el Pacto internacional de derechos civiles y Políticos en sus artículos 23 y 24 y la Convención Americana sobre derechos Humanos en sus artículos 17, 19 y 27 presentan un régimen especial de protección de la familia que, frente al tema de esta monografía suponen una salvaguarda especial de la



maternidad y la infancia y la estipulación de la imposibilidad de discriminar a los hijos (con independencia de la forma en que se produzca su gestación o nacimiento)

Resulta claro en todo caso que frente a la posibilidad de gestación de hijos se ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas<sup>1</sup>. Este mecanismo ha sido tratado como un contrato cuyo fin es proporcionar una prestación de tipo material, pero en realidad se trata de un problema mucho más complejo por su alto contenido ético, dado que el elemento material de la prestación es un ser humano, considerado como incapaz por el ordenamiento jurídico colombiano y el acto en sí, involucra la disposición del propio cuerpo que podría ser contraria a la ley. A pesar de comprender múltiples implicaciones bioéticas esta investigación no se ocupará de su análisis.

Es ahora relativamente usual encontrar en publicidad tradicional o en la red de internet ofertas de sus vientres que mujeres alquilan a cambio de una remuneración<sup>2</sup>. Esta situación está generando algunos casos que resultan problemáticos en los cuales, a pesar del acuerdo inicial entre las partes que optan por este acuerdo remunerado y en apariencia sujeto simplemente a la entrega del objeto de contrato, se presentan posteriores litigios debido a que después del parto la parte subrogada, es decir la mujer gestante, puede negarse a entregar el bebé, por causas emocionales o igualmente, en la posibilidad de que, ante defectos físicos de nacimiento el recién nacido no sea aceptado por la parte subrogante o padres contratantes.

---

<sup>1</sup> De conformidad con la Organización Mundial de la salud más del 10% de las mujeres en el mundo tienen problemas de fertilidad entendidos como desorden en el sistema reproductor (OMS, 2018)

<sup>2</sup> Pueden consultarse al respecto, entre otros;

a) Foro libre de consultas: <http://thforo.activeboard.com/t40375076/busco-ventre-de-alquiler/>

b) Página en Facebook; <https://www.facebook.com/MadreSubrogadaVentreEnRenta/>

c) Agencia de alquiler de vientres: <https://www.babygest.es/foro/tema/agencias-de-alquiler-de-ventre-en-colombia/>

d) [www.unhijosposible.com](http://www.unhijosposible.com)

e) [www.madresubrogada.com](http://www.madresubrogada.com).

Siendo el bebé “el fin u objeto de éste contrato es precisamente su entrega, para que los contratantes puedan ejercer el derecho a la paternidad que tanto anhelan. Es en este elemento donde muchos críticos se basan para decir que se está cosificando la vida, que no se puede vender una vida humana” (Amador, 2010).

De otra forma, como lo dice Cano ”un contrato para que sea lícito, debe tener por objeto cosas que estén en el comercio. Esto no sucede con una persona. El contrato tema de este trabajo tiene por objeto un ser humano, por esta razón es absolutamente nulo, además repugna a las buenas costumbres el ponerle precio a un bebé; va en contra de todo principio religioso y moral” (2001 p. 18).

La negativa a entregar el niño/a o la negativa de los padres (padre o madre) a recibirlo en el contrato de maternidad subrogada encuentra referente en varios países que se anticiparon a la celebración de este tipo de contratos. Estados Unidos es uno de los ejemplos de sonados litigios al respecto, como se verá adelante. Por otra parte, dado que en Colombia existe un vacío normativo al respecto, dado que el la maternidad subrogada no se encuentra legalizada y tampoco se ha reglamentado acerca de aquellas alternativas personales en las cuales cabría el derecho al arrendamiento de un vientre en casos en los cuales la eventual subrogante presenta algún tipo de problema de infertilidad, se presentarían serias dificultades en el momento de dirimir conflictos surgidos entre las partes dentro de un contrato que no es aún válido en Colombia.

Por tal motivo, la Corte Constitucional en la sentencia anteriormente mencionada ha considerado que es urgente crear una regulación al respecto. No obstante lo anterior, la posición de la Corte al dar por legitimada la maternidad subrogada en virtud del artículo 42 de la Constitución, incurre en un error de enfoque del problema jurídico e interpreta la norma

más allá de su alcance, porque los derechos de los menores concebidos por este procedimiento no son el único problema que exige análisis, sino además los procedimientos jurídicos de vocación contractualista a los cuales se ha recurrido para que esos niños nazcan y se establezcan sus relaciones de filiación.

En este caso concreto el principio del derecho de considerar como permitido lo que no está expresamente prohibido por la ley podría presentar serias dificultades en el futuro, porque las consecuencias de las decisiones que así se tomen hoy serán irreversibles y prevalecerán en el tiempo en la forma de una vida humana.

No existiendo una legislación específica para reglamentar la maternidad subrogada, se debe tener en cuenta que el nacimiento de la figura jurídica como tal necesariamente se da a partir del acuerdo de voluntades en el cual se generan obligaciones para las partes y en cuyo caso y por definición, se está hablando de un contrato que genera obligaciones para las partes.

La teoría general de contratos en Colombia está desarrollada a partir de una base legislativa amplia, extensa y detallada que permite hacer un análisis del contrato de maternidad subrogada. Esta monografía hará un análisis general de esta teoría para poder analizar la viabilidad de la validez de estos contratos

## **1.2 Formulación del problema**

¿Al tenor de la legislación civil colombiana, es posible predicar la validez de los contratos de maternidad subrogada o estos, indefectiblemente, se encontrarán viciados de nulidad?

### **1.3 Hipótesis**

En Colombia es posible predicar contratos de maternidad subrogada que satisfagan los requisitos formales y sustanciales que permitan predicar su validez.

### **1.4 Justificación**

La presente monografía resulta útil para conocer a fondo el objeto y la causa del Contrato de Maternidad Subrogada y de acuerdo con la normatividad colombiana al respecto, poder determinar su validez en el país. Con el documento resultante se aportan los elementos necesarios para sustentar una posición clara y definida frente al problema jurídico planteado.

Más allá de los intereses de los grupos o entidades que propugnan por la aprobación de la maternidad subrogada o de aquellos que se manifiestan contrarios a la misma, existe la responsabilidad social de obrar conforme con la ley y asegurarse de que los actos civiles realizados no causen consecuencias negativas sobre las personas involucradas, máxime cuando estas se encuentran en condiciones de especial protección: niños/as y mujeres embarazadas. Esto es, que el surgimiento a la vida jurídica de posibles contratos viciados de manera insubsanable en su objeto y causa, podría traer serias dificultades futuras que afectarían de manera importante a la sociedad y la seguridad jurídica de las relaciones filiales surgidas en ese entorno.

La Corte Constitucional se ha manifestado a favor de la maternidad subrogada como un mecanismo positivo para solventar problemas de fertilidad en la Sentencia T-968 de 2009.

Sin embargo, esta sentencia, a juicio de los autores, presenta tres sesgos fundamentales que han permitido que la maternidad subrogada continúe sin piso jurídico alguno:

1. Incorre en sesgo interpretativo del problema al considerar legitimada la maternidad subrogada gracias a la igualdad constitucional de derechos que tienen los menores, sin importar su origen (artículo 42 Constitución nacional), cuando en realidad lo que está en entredicho no son los derechos del menor sino la figura jurídica (maternidad subrogada) a la cual se recurrió para generar un cambio en sus relaciones de filiación, con motivación de una de las partes nacida del deseo de tener un hijo y, además, del interés lucrativo de la otra, en contratos onerosos. Una de las características especiales de las técnicas de reproducción asistida, de acuerdo con Bestard (2009, citado por Fernández y Grau, 2015), es que el parentesco “es una relación que se define por la intencionalidad de los que quieren ser padres y no se define por los hechos biológicos de la reproducción”. Debe aclararse que en algunos casos el contrato no se acuerda a título oneroso y la parte subrogada lo hace con carácter altruista. Como indica Bellver Capella “la mayoría de los supuestos de maternidad subrogada altruista tendrán lugar en el ámbito de las relaciones familiares o de amistad, es más que esperable que la gestante tenga relación con el niño y que ambos se encuentren ante el desafío de gestionar una doble relación: la biológica y la legal” (2017, p. 235)

2. Incorre en un sesgo técnico al considerar la maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida, dentro del marco técnico científico para el tratamiento de la infertilidad, tema sobre el cual existe amplia regulación en Colombia, tema que se desarrolla en el capítulo 4 de la presente monografía, dejando de lado el verdadero problema de su entera competencia que es el contrato de maternidad subrogada.

3. Incurre en un sesgo de análisis integral y sistemático del problema jurídico al no tener en cuenta que la base de materialización de la maternidad subrogada es un contrato y que, como cualquier otro, debe cumplir con unas reglas básicas de validez que ya han sido contempladas por el legislador.

## **1.5 Objetivos**

### ***1.5.1 Objetivo general***

Determinar desde el punto de vista del derecho positivo y según su objeto y causa, si el contrato de maternidad subrogada es válido en Colombia a la luz de las normas existentes.

### ***1.5.2 Objetivos específicos***

Establecer la finalidad y los efectos de un contrato de maternidad subrogada según sus características a través de una revisión histórica y de vigencia legal en Colombia.

Definir las características de un contrato de maternidad subrogada según su desarrollo comparado y consuetudinario.

Adelantar una revisión teórica en materia contractual sobre la normatividad vigente y las consecuentes propuestas de reforma, que pudiesen tener una incidencia directa sobre los parámetros de legalidad de un contrato de maternidad subrogada. .

## 2. Marco referencial

### 2.1 Marco Histórico

En el origen de la civilización, la familia tuvo una organización patriarcal por excelencia y por esta razón, asegurar la descendencia revestía importancia vital para transmitir la herencia y el poder dentro de la tribu. Los primeros registros históricos de la sociedad patriarcal se encuentran en la antigua Mesopotamia (2.340 a.C.), correspondientes a la civilización paleo asiria (dinastía Acad), que se ubicaba en el valle entre los ríos Tigris y Éufrates. El poder en cabeza del patriarca era de carácter vitalicio y se transmitía con su muerte al hijo varón mayor o primogénito que recibía la mayor parte de la herencia y el poder sobre los destinos de la familia y la comunidad.

Dada la importancia que tenía la descendencia, fue necesario crear mecanismos para solventar los problemas de fertilidad en la mujer y por tal razón, aunque predominaba la monogamia, a falta de heredero varón se podía optar por la poliginia, con la cual el esposo podía tomar una segunda mujer llamada *shanitum* (supletoria), aunque la primera o *asshantum hirtum* (esposa escogida), poseía un rango superior y dominante sobre la segunda. En el Génesis, primer libro de la Biblia, se relata la historia de Abraham que se cree existió cerca de 1.850 a.c., quien ante la infertilidad de su esposa tuvo que recurrir a una sustituta para asegurar la descendencia (Génesis 16-1):

Saray, mujer de Abraham, no le había dado hijos; pero tenía una esclava egipcia, de nombre Agar. Ya ves que Yahveh me ha hecho estéril: llégate, pues, a mi esclava; quizás yo obtenga hijos de ella. Tomó Saray, mujer de Abraham, a la egipcia Agar, su esclava, y se la dio por mujer a su marido, Abraham. Se llegó él

a Agar, que concibió. Agar dio a luz un hijo a Abraham, y éste llamó Ismael al hijo que le había dado Agar. Tenía Abraham 86 años cuando Agar le dio a Ismael.

En la sociedad moderna, los primeros casos de maternidad subrogada tuvieron lugar en América del Norte. En efecto, el estado de California (EE.UU), es conocido por sus políticas liberales en materia jurídica y allí es precisamente en donde inicia la historia del alquiler de vientres. En 1975, en un periódico de California, se publica un anuncio en donde una pareja busca una mujer que se preste para ser inseminada artificialmente, a cambio de una remuneración económica, pero el desarrollo legal acerca del tema de la subrogación de vientres solo se produjo a través de una legalización de facto en una sentencia de 1993 alrededor del caso de Calvert contra Johnson. El Tribunal Superior del Condado de Orange, otorgó la custodia del bebé a los padres genéticos del mismo (los subrogantes Jhonson) y posteriormente a que, como expresa Scotti (2012), en “California es donde existen las leyes más favorables sobre alquiler de vientre“ (p. 280).

El comienzo de otro debate jurídico se presenta en 1978, con el nacimiento de Louise Joy Brown en Manchester (Gran Bretaña), la primera “niña probeta” que vino al mundo con la técnica de fecundación *in vitro*, que generó algunas preguntas desde el punto de vista jurídico. No obstante la verdadera controversia se presentó con la aparición de un caso en el cual hubo desacuerdo entre las partes, el nacimiento de Mellissa Stern en 1986. William y Elizabeth Stern, una pareja con problemas para concebir, acudieron al Centro de Esterilidad de Nueva York y tras un estudio detallado de posibles madres para alquilar, escogieron a Beth Whitehead. Tras varias entrevistas, los Stern, una pareja acomodada pensaron que habían encontrado la solución perfecta. Beth, esposa de un recogedor de basura, ya tenía dos hijos y no deseaba más, pero dada su difícil situación pecuniaria estuvo dispuesta a contratar



con los Stern a cambio de una remuneración económica. Sin embargo, tres días después del nacimiento, Beth sorprendió a los Stern al decirles llorando "No sé si podré desprenderme de la niña" (Basterra, 1987; Valencia, et. al., 2010).

En el contrato firmado por Beth Whitehead se comprometía a gestar el bebé de los Stern y prometía no fumar, drogarse, ingerir bebidas alcohólicas ni realizar el acto sexual en el período próximo a la inseminación artificial. Además, "no intentar crear una relación materno-filial" con el bebé nacido; en contraprestación, ella recibiría la suma de U\$10.000. En el momento del parto, Beth no aceptó el dinero aunque los Stern ya habían pagado U\$7.500 al centro de infertilidad ni quiso firmar la concesión de custodia a favor de los Stern. Se llevó la niña a casa, a quien a partir de entonces se le comenzó a llamar "Baby M" en todos los medios de comunicación y así inició un período de casi dos años en el cual la menor cambió sucesivamente del domicilio de los Whitehead al de los Stern. Por último, estos últimos tuvieron que utilizar el FBI para recuperar la bebé que su madre biológica había llevado a la Florida, hasta que el juez Sorkow, considerando que el contrato entre las partes era válido, concedió la custodia temporal de la niña al matrimonio Stern, pero permitió a Beth que la viera dos horas, dos veces por semana.

La sentencia fue recurrida por la señora Whitehead y el 3 de febrero de 1988, el Tribunal Supremo del estado de New Jersey al resolver el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia y declaró la nulidad del contrato celebrado entre Mary Beth Whitehead y el matrimonio Stern, por contrariar el interés público del estado. En esta forma, restituyó a la señora Whitehead sus derechos como madre biológica, pero confirmó la decisión de conceder la custodia de la menor al padre biológico por estar en mejor aptitud para ejercerla, y ordenó al juez de primera instancia, regular el derecho de visita de la madre

biológica (Cardaci, D; Sánchez, A. 2009). Cuando Melissa cumplió 18 años en marzo de 2004 y formalmente se terminó la patria potestad de Mary Beth Whitehead, fue adoptada por Elizabeth Stern (Basterra, 1987).

Tres décadas después y en el ámbito mundial la polémica no ha terminado. Por una parte, algunos países como Brasil, Canadá, Escocia, India, Rusia y Suecia han promulgado leyes y regulaciones que permiten la maternidad subrogada y por la otra, están los que expresamente la han prohibido, como es el caso de Alemania, China, Australia, Holanda, España y 42 de los 50 estados de EE. UU. Illinois es el único estado que tiene leyes específicas que regulan y permiten la maternidad subrogada. En Florida, Nuevo Hampshire, Nevada, Texas, Utah, Virginia y Washington, esta técnica se permite en tanto se cumplan requisitos específicos. En otros estados, como Arkansas, Connecticut, Iowa, Dakota del Norte, Nuevo México, Tennessee y Virginia Occidental, se practica pero las leyes no son muy detalladas y existen diferencias entre los tipos de maternidad subrogada (Regalado Torres, 2016). California, Nevada, Oregon, Connecticut, Rhode Island, New Hampshire, Delaware y Maine, permiten la maternidad subrogada con compensación monetaria. Otros estados, incluyendo Washington DC, Luisiana, Michigan, Nueva York, Nueva Jersey y Washington, no permiten una sustitución compensada, sino "sustitución compasiva", donde la sustituta no cobra por sus servicios (SMI, 2017). No obstante, debe aclararse que toda sustitución es compasiva, no movida por ánimo de lucro o deseo de obtener remuneración. .

Alrededor del mundo algunas naciones no solo permiten la maternidad subrogada, sino que esta se ha convertido en una industria lucrativa, como es el caso de India y Rusia. Otros países no la prohíben, pero los contratos de este tipo no tienen validez. En medio de

las dos posiciones, están los países que no tienen regulación al respecto, como es el caso de Colombia junto con Argentina y Costa Rica (Cruz, J.C & Castro, L, 2014 ).

La inexistencia de regulación normativa expresa, en el caso colombiano, sin embargo ha tenido intentos legislativos en el Congreso de la República (órgano legitimado para desarrollar normativa al respecto). Así, remitiéndonos al Proyecto de Ley 202 de 2016 de la Cámara de Representantes es posible señalar que el tratamiento jurídico que recibe la maternidad subrogada en diversos países es el siguiente:

***Tabla 1. Tratamiento jurídico comparado de maternidad subrogada***

<b>País</b>	<b>Prohibición Absoluta</b>	<b>Permisión Regulada</b>	<b>Permisión Expresa o Tácita</b>
Alemania	La práctica está prohibida por ser vista como comercio de personas.		
Francia	Las disposiciones francesas prohíben la maternidad subrogada, e incluso restringen que sus ciudadanos viajen a otras jurisdicciones para realizar esta práctica.		
Canadá		Está prohibido que cualquier persona realice un pago por un proceso de subrogación.	
China	Prohíbe a instituciones y personal médico realizar procesos de subrogación.		
Dinamarca		Está prohibida la realización de contratos en los que exista un pago	
España	La maternidad Subrogada se entiende como una Explotación de la Mujer con Fines Reproductivos, y en este sentido está expresamente prohibida en el artículo 10 de la Ley 14 de 2006.		

País	Prohibición Absoluta	Permisión Regulada	Permisión Expresa o Tácita
Italia	La Ley 40/2004 prohíbe expresamente la subrogación.		
India			Es abiertamente permitida la maternidad subrogada con fines lucrativos. Las clínicas y solicitantes celebran contratos privados con las gestantes.
Perú			No está tipificada como delito, sin embargo, se reconocen las complicaciones que esta práctica genera en la determinación de la filiación del menor y por lo tanto, en la protección de su bien superior.
Argentina			No existe una legislación específica sobre el tema, sin embargo, tampoco es una práctica que se encuentre prohibida.

Fuente: [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=202&p\\_cons ec=44027](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=202&p_cons ec=44027)

En el caso de la Unión Europea la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo ha hecho la siguiente recomendación: “la Unión Europea debe poner esfuerzos en la elaboración de una convención internacional sobre los aspectos de derecho internacional privado de la subrogación transfronteriza en una estrecha comunicación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado” (Todorova, 2010). En el mismo sentido y en resolución de 5 de abril de 2011 el Parlamento Europeo hizo una solicitud a los Estados miembros para que “que reconozcan el serio problema de la subrogación que constituye una explotación del cuerpo femenino y de sus órganos reproductivos”. Además “enfaticaba que las mujeres y los niños están sujetos a las mismas formas de explotación y ambos pueden ser vistos como “commodities” en el mercado reproductivo internacional, y que estos nuevos acuerdos reproductivos, como la subrogación, aumentan el tráfico de mujeres y niños y las adopciones ilegales a través de las fronteras nacionales”.

## 2.2 Marco Conceptual

Se comprende la maternidad como “estado o cualidad de madre” (RAE, 2014). Desde el punto de vista jurídico, la maternidad es el elemento básico de toda filiación (Monroy, 2003) y está definida en el artículo 335 del Código Civil como la circunstancia de ser una mujer la verdadera madre del hijo que se da como suyo y presupone dos requisitos: Que la mujer haya dado a luz un hijo y que se verifique el parto; Que el pretendido hijo sea el producto de dicho parto a lo cual se llama identidad del hijo en realidad (Lafont Pianetta, 2010).

Con referencia a la identidad, un concepto importante es la filiación, entendida como el vínculo que une el hijo con su padre o madre. Desde el punto de vista del padre o de la madre, se llama paternidad o maternidad, respectivamente (Monroy. 2003). Este es un elemento importante dentro de los cuestionamientos iniciales respecto a eventuales litigios que se pueden presentar en los contratos de subrogación de maternidad. La filiación, de conformidad con lo establecido por la legislación colombiana, se prueba mediante la verificación de cuatro elementos constitutivos: maternidad, matrimonio o unión marital de hecho, concepción y paternidad. Estos permiten, según el ICBF (2013), establecer una serie de derechos y obligaciones en relación con la patria potestad, los órdenes hereditarios, la nacionalidad, al igual lo relacionado con las obligaciones alimentarias. Santos (2009) reconoce, sin embargo, que “el verdadero reto actual no consiste en esta tendencia hacia la unicidad de régimen o nivelación de tratamiento de las diferentes formas de filiación ya conocidas y reguladas. Al derecho internacional privado hoy día, le interesan las nuevas

formas de filiación que se están obteniendo con las técnicas más modernas que nos proporciona la biotecnología” (p. 91), con lo cual está haciendo referencia a las nuevas normas de utilización y legalización de las variadas técnicas de reproducción asistida y de tratamiento de la infertilidad en el mundo, o lo que llama el desmantelamiento de los sistemas jurídicos internos provocado por los adelantos científicos. Pero no solamente esto.

Como comentan Herrera y Lamm (2012), el derecho filial tradicional centrado en la visión binaria de filiación por naturaleza o biológica y filiación adoptiva, se encuentra en crisis. Actualmente, aparte de estos dos tipos filiales con características propias, la realidad pone de manifiesto otra manera de alcanzar el vínculo filial que surge de las técnicas de reproducción humana asistida, basadas en una causa fuente independiente que es la voluntad procreacional.

Las reproducción asistida puede entenderse como el “conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc. No es pues adecuado referirse a estas técnicas como métodos de reproducción artificial, ya que no suplantando mediante elementos artificiales o no biológicos al organismo masculino o femenino en la función procreativa, sino que pretenden ayudar o substituir en parte una función generativa deteriorada o inexistente (subfertilidad o infertilidad)” (Santamaría Solís, 2000, pág. 38). Dentro de estas técnicas encontramos la maternidad subrogada (Monroy, JP 2013).

El subrogar es un verbo del área del derecho y viene del latín *subrogare* que significa “sustituir o poner a alguien o algo en el lugar de otra persona o cosa” (RAE, 2014). Los primeros en utilizar el término aplicado a la maternidad fueron los estadounidenses en la década de los 80 del siglo XX, cuando lo tradujeron como *surrogacy* y a partir de entonces, fue aceptado para designar el acuerdo de maternidad sustituta.

Dicha maternidad subrogada, para un acuerdo sobre maternidad sustituta, es un convenio por el cual una parte llamada madre subrogada, sustituta o madre portadora, se compromete a llevar en su útero un embarazo hasta su término, momento cuando entregará de forma voluntaria el producto de aquél, llamado recién nacido, a la pareja contratante, renunciando a cualquier vínculo de filiación con el neonato. Es 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” (Gómez Sánchez, 1994, p. 31).

La maternidad subrogada se considera un contrato ya que es un acuerdo “mediante el cual una mujer, previamente seleccionada, consciente, a cambio de una contraprestación o sin ella, permite que se le implante un óvulo fecundado de otra mujer o un embrión y se compromete a entregar la criatura después de su nacimiento” (Vera, 2003, p. 3).

Desde el punto de vista jurídico descrito por este autor, podría indicarse que se establece una relación de orden contractual, usualmente a título oneroso. No obstante esta circunstancia genera los más caldeados debates en la medida en que no en todos los países el pago o reconcimiento de una contraprestación se ajusta a la normativa. Así, la madre subrogada recibirá un lucro a cambio de entregar el producto de la gestación y renunciar de

manera voluntaria e irreversible, a los derechos sobre el menor nacido y conferidos por la maternidad (Bolton, 2017).

Respecto a los casos que requieren maternidad subrogada debe tenerse en cuenta unas características del proceso de reproducción. En el proceso de reproducción del ser humano, se pueden identificar dos etapas: 1. *Fecundación*: evento que tiene lugar al unirse el gameto masculino (espermatozoide), con el gameto femenino (óvulo), y fundirse el material genético de cada uno en el producto llamado embrión. 2. *Embarazo*: se inicia al implantarse el embrión en el endometrio uterino, y se desarrolla durante un período de 40 semanas que científicamente se le conoce con el nombre de gestación. Para que el embarazo se produzca y llegue a buen término, se requiere una mujer que en términos generales esté sana y en capacidad de resistir los cambios fisiológicos que se presentan durante el embarazo, y que sus órganos reproductivos se encuentren en condiciones anatómicas y fisiológicas para soportar un embrión en desarrollo; y, por último, es indispensable que exista un adecuado substrato metabólico y hormonal para sostener un embarazo durante las 40 semanas de gestación. De acuerdo con Romero-Maldonado, Arroyo-Cabrales & Reyna-Ríos (2010), las definiciones actuales de embarazo son:

Término temprano sería desde las 37 semanas hasta las 38 semanas y 6 días.

Término completo sería desde las 39 semanas hasta las 40 semanas y 6 días.

Término tardío sería desde las 41 semanas hasta las 41 semanas y 6 días.

Postérmino sería 42 semanas o más.

La finalidad de la maternidad subrogada es solventar problemas de fertilidad que, por lo general, se originan en la incapacidad para sostener un embarazo. Esta condición puede presentarse debido a alteraciones anatómicas en los órganos genitales femeninos,



alteraciones hormonales o condiciones inmunológicas en las cuales, aunque haya producción de óvulos viables, no es posible la implantación del embrión y/o el sostenimiento del embarazo a término.

Hay un segundo tipo de casos, cuando la mujer no puede sostener un embarazo porque este actuaría en detrimento de su salud, poniendo en riesgo su vida, como es el caso de ciertas enfermedades que, bajo el influjo hormonal gestacional, tienden a empeorar tumores o enfermedades autoinmunes que contraindiquen el embarazo, afecciones cardiacas, vasculares, etc.

Un tercer grupo de casos se presenta cuando la mujer por temor, por estética o por otra razón de índole personal, no está dispuesta a llevar un embarazo ni las consecuencias y secuelas que de él se derivan.

Y, por último, existe un cuarto tipo que se presenta en el caso de hombres solos o parejas del mismo sexo (hombres), en el cual ninguno de los dos tiene la posibilidad biológica de sostener el embarazo.

En cada uno de estos grupos, las consideraciones científicas, éticas, sociales y jurídicas son múltiples y han dado lugar a extensos debates que no son objeto de esta investigación y por lo tanto, tan solo se hace una mención.

Otra caracterización que debe tenerse en cuenta para el tratamiento del tema de la maternidad subrogada es el relacionado con los tipos de maternidad. Tradicionalmente, en una sola mujer convergían la maternidad natural y la maternidad legal, pero con el desarrollo científico y la aparición de técnicas de reproducción asistida, hoy en día se debe diferenciar

entre la maternidad genética, la maternidad gestante y la maternidad legal (Pinzón, et. al., pp. 92 y ss.):

*Maternidad genética:* se presenta cuando la madre subrogada aporta su óvulo para generar el embrión, bien sea mediante fecundación in vitro o fecundación directa. Según lo anterior, el recién nacido producto de dicho embarazo tendría un 50% de la información genética proveniente de la madre subrogada y el 50% restante, estaría dado por el padre de la pareja contratante o un tercero que solo intervendría como donante.

*Maternidad gestante:* se presenta cuando la madre subrogada no aporta material genético y es fecundada con el embrión producto de la pareja contratante o subrogante. En tal caso, el recién nacido producto de este embarazo no tendría algún tipo de vínculo genético con la madre gestante.

*Maternidad legal:* es el vínculo jurídico establecido por filiación entre la madre y el hijo, indiferente si se obtiene por un hecho natural o por medio de un acto jurídico.

No obstante, la maternidad sustituta no es en sí una técnica de reproducción humana asistida. Es una particular aplicación de algunas de dichas técnicas lo cual significa que “mediante alguna de las técnicas mencionadas o una combinación de ellas se logra fecundar un óvulo el cual es introducido en una mujer capaz de portar el embarazo y que se compromete a entregar al recién nacido a la mujer o la pareja que encargó el tratamiento” (Álvarez y Burbano, 2012, p. 13).

## **2.2 Marco Jurídico**

### ***2.2.1 Marco constitucional***

No existe mención alguna en la Constitución respecto a la maternidad subrogada o las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo la especial protección que otorga a la familia (Guío Camargo, R.E. 2009), a los derechos de las mujeres gestantes y a los derechos de los niños es basilar en el discurso constitucional (Peña, A. 2017).

A partir del marco constitucional vigente (art. 42) y en el Marco de un Estado Social de Derecho (Torres Ávila, 2013), la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se constituye por vínculos naturales o jurídicos, siendo el Estado y la sociedad garantes de la protección integral de la familia (Bernal, A. 2015). La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Pero, lo más importante en cuanto a las implicaciones que tiene el eventual desarrollo de un tema como el de la maternidad subrogada es el de que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” (art. 42).

Por otra parte, la norma constitucional de 1991 también prevé que “la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada” (art. 43).

De igual manera, el marco constitucional establece como derechos prioritarios y fundamentales los de los niños. Su vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de

ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, entre otros. Igualmente, el ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. En general, “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (art. 44).

De otra parte, respecto al estatuto del trabajo se garantiza en la carta constitucional “la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad” (art. 53).

### ***2.2.2 Marco legislativo***

Respecto al tema de la maternidad subrogada en principio podría indicarse que el principal problema radica en la gratuidad u onerosidad que el contrato predica. La Ley 919 de 2004 prevé expresamente la prohibición de “cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos. Quien done o suministre un órgano, tejido o fluido corporal deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración por el componente anatómico” (art. 1).

Posteriormente, el Decreto 2493 de 2004 que reglamentó la mencionada ley 919, estableció la prohibición de remuneración respecto a la “donación o suministro de un órgano o tejido, concepto dentro del cual se entienden incluidas todas las partes vivas que constituyen el organismo humano”. Esta normativa ha sido reiterada por el mandato de la Ley 1805 de 2016.

Con la Ley 985 de 2005 se adoptan en Colombia las medidas para proteger y prevenir la trata de personas definida como:

... obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación de las personas”, y además es específico en determinar que ‘El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal (art. 3).

No hay duda de que la capacidad reproductiva es inherente a la sexualidad del ser humano de tal manera que lucrarse y obtener beneficio de la reproducción, valiéndose de “alquilar” un ser humano, es a todas luces una clara forma de explotación sexual que además, tendrá efectos sobre individuos reconocidos por la sociedad y las normas, así como altamente vulnerables, a saber: 1. Una mujer embarazada, que adicionalmente entra al acuerdo contractual en condiciones asimétricas dadas por su inferioridad económica frente al contratante<sup>3</sup>. 2. Un menor de edad.

En el contrato de maternidad subrogada confluyen, por tanto, como lo recuerda Suárez (2013), “derechos encaminados a satisfacer necesidades no sólo de la parte no gestante y la mujer gestante, sino también y, con mayor importancia, derechos de los menores” (p. 5).

---

<sup>3</sup> Como sostienen Rodríguez Yong y Martínez Muñoz (2012) en la mayoría de los casos la madre subrogada carece de recursos económicos suficientes lo que genera un poder de negociación desproporcionado en favor de los padres (padre o madre) subrogantes. Esta circunstancia genera una causal de nulidad en el contrato, sin embargo también reconocen que esta circunstancia no sólo es predicable de este contrato sino que contratos de trabajo con bajos salarios podrían tener el mismo problema.

La ya mencionada prohibición de remuneración en la ley 919 de 2004, es retomada por la Ley 1805 de 2016 en la cual se precisó, en materia de donación de componentes anatómicos, que “Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión” (art. 17).

## **2.3 Teoría de los contratos en Colombia**

El Código Civil colombiano a pesar de su aparente vetustez ha permanecido desde el siglo XIX con modificaciones varias, pero manteniendo su esencia, siendo considerado como una de las más importantes obras jurídicas de América.

En materia contractual en este código se desarrollan todos los aspectos de un contrato en forma amplia, de tal manera que ha podido dirimir sin dificultad las controversias surgidas durante más de 150 años de relaciones civiles y obligaciones nacidas a partir de la fuente contractualista.

### ***2.3.1 Definición de contrato***

El contrato es un acuerdo de voluntades tendiente a generar obligaciones al tenor del artículo 1495. Adicionalmente, esta normativa hace un simil entre el contrato y la convención, alegando que esta última no solo genera obligaciones sino que también las modifica y las extingue; da cabida a todos los acuerdos posibles de voluntades orientados a

producir consecuencias en el campo del derecho. Desde esta óptica, el contrato solo tendría un campo restringido al crear solo obligaciones (Fernández & Acosta, 2000).

### ***2.3.2 Código Civil colombiano***

Al tenor de la ley 57 de 1887 se entiende que “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas” (art. 1495).

### ***2.3.3 Elementos de los contratos***

Los contratos están integrados por dos grupos que van a la par. Los requisitos que determinan si un contrato es existente y válido, y los elementos que caracterizan el contrato, establecen qué tipo de contrato es y la normatividad que lo rige. De acuerdo con Batti (1975) en cuanto a los elementos existen los esenciales, de la naturaleza y los accidentales:

*“Elementos esenciales (essentialia negotii).* Son los elementos mínimos que han de recurrir para que el contrato establecido por las partes, surja a la vida jurídica y sin los cuales el contrato pierde su especialidad o deja de ser contrato. Sin ellos el contrato no produce efecto alguno o puede degenerar en otro negocio.

*Elementos de la naturaleza (naturalia negotii).* Son aquellas reglas establecidas por el legislador y que se entienden incorporadas en el contrato solo por su simple

celebración, con o sin el conocimiento y voluntad de las partes. Se entiende que pertenecen al contrato sin que exista una cláusula especial.

*Elementos accidentales (accidentalia negotii)*. Son aquellos elementos que no son de la esencia ni de la naturaleza, pero contribuyen a satisfacer la causa del contrato. Los que las partes acuerdan libremente y le dan forma al contrato, no perteneciendo al negocio porque son incorporados en él, por la voluntad autónoma de las partes”.

No obstante, a pesar de que un contrato cuente con todos los elementos formales, como son capacidad, consentimiento, objeto, causa y forma como condiciones esenciales, además de los de índole tácita para cumplimiento de la ley, como los son los elementos naturales, a pesar de la voluntad de las partes, son condicionantes generales los de carácter ético y moral.

De conformidad con la libertad contractual [(Herrera Osorio, 2014) y (Garrido Cordobera, 2010)] los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, pero en ningún momento aquellos que sean contrarios a la ley, las buenas costumbres o el orden público (Alessandri, 2009). En ello se involucra la licitud del objeto contractual acorde a las leyes existentes que, a su vez, han sido resultado de la conversión de la moral colectivamente aceptada como norma social elevada al carácter jurídico de obligatoriedad penalizable o no, en cuanto se trate de un objeto tipificable como delito o un compromiso contractual que permita configurar un litigio por incumplimiento.

Como se advirtió en los objetivos propuestos en la parte inicial de esta monografía se hará énfasis en el objeto y la causa del contrato para determinar si el contrato de maternidad subrogada satisface estos requisitos o deviene en nulo.



#### ***2.3.4 Objeto lícito***

El Código Civil en sus artículos 1518 y 1519 y el Código de Comercio en el artículo 104, determinan que un acto jurídico tiene objeto ilícito cuando sus prestaciones aisladas o su conjunto son contrarias al orden público, a la ley imperativa o a las buenas costumbres. Son de orden público todas las normas que pertenezcan al derecho público, debido a que este se ocupa de la constitución del Estado y de los órganos que ejercen sus funciones, de las relaciones entre dichos órganos y las de estos con los particulares. Pero, en el campo del derecho privado, también son de orden público todas las instituciones concernientes al estado civil de las personas, la organización de la familia, los modos de adquirir la propiedad y otros derechos reales, la protección de los terceros contra los actos jurídicos, etc (Valencia Zea, A. 1990).

No obstante, para el derecho privado, como lo expresa Castro (2017), los contratos "legalmente celebrados" tienen fuerza normativa entre las partes (art. 1602 C.C.), pero debe advertirse que no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres (art. 16). Esto es de fundamental importancia pues significa que la voluntad privada se subordina al orden público para salvaguardia de valores superiores o aquellos que a la luz de la legalidad vigente permitan la tipificación de un delito contrario a estos valores. Es por esto mismo que el sistema legal proscribía actos que por su objeto o por su causa, resultaren lesivos de los dictados del interés general.

De lo anterior se puede decir que las buenas costumbres son parte integrante del orden público porque la moralidad es esencial para la conservación y desarrollo de la vida social. En el Código Civil, según su artículo 1523, también hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley, pero se debe agregar que no es sólo en los contratos, sino en las convenciones o en los actos jurídicos unilaterales porque la ley prohíbe en forma expresa la celebración de ciertas convenciones distintas de los contratos y el otorgamiento de ciertos actos jurídicos unilaterales por considerarlos contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

De esta veracidad jurídica y moral de toda sociedad se desprende toda aquella acción individual, acuerdo plural o compromiso de partes que pueda ser catalogado de intención contraria a las leyes o, lo mismo, como una causa ilícita.

### ***2.3.5 Causa ilícita***

Según lo expresa el Código Civil en su artículo 1524 la causa es “el motivo que induce al acto o contrato”, así la causa debe existir y ser lícita (Hinestrosa, F. 2015). se entiende por causa ilícita, la prohibida por la ley, contraria a las buenas costumbres o al orden público. De esta manera, la obligación de dar dinero a otra persona a cambio de que cometa un delito está viciada por causa ilícita. De igual forma, en el contrato de mutuo, la obligación del mutuario carece de causa lícita cuando esta recae sobre la dación de una cosa que se encuentra fuera del comercio. Frente a un contrato viciado por una causa ilícita, se generaría la nulidad absoluta del contrato. A esto se ha referido la Corte Constitucional cuando expresa en su sentencia C-597 de 1998 que:

“La nulidad, según la doctrina prevalente, constituye un castigo o sanción civil que se impone por la omisión de los requisitos que la ley considera indispensables para la validez de los actos o contratos. La nulidad se identifica con la invalidez del acto o contrato.

La nulidad puede ser absoluta o relativa. La primera se dirige a proteger el interés público o general de la sociedad, pues está destinada a castigar lo ilícito, es decir, lo contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público. La segunda protege el interés privado o particular”.

En el caso específico de la eventual contratación subrogada, en tratándose del derecho de familia dada la filiación del nacido que es objeto de contrato en este tipo de acuerdos entre partes, la ilicitud parte del objeto mismo contractual, en tanto no se encuentre legalizado y reglamentado este tipo de contrato en el país (Vélez, 2005). La causa en el contrato existe (motivación) pero la cuestión problemática radica en su legalidad (debido a que el objeto supondría una cosificación de la mujer subrogada).

### ***2.3.6 Clasificación de los contratos***

Desde el punto de vista de la reciprocidad, el contrato puede ser: unilateral o bilateral.

*Contrato unilateral.* Este contrato implica que ambas partes contratan, pero una sola es la que se obliga. Por ejemplo: la donación en la cual ambas partes contratan, pero solo el donante se obliga. De acuerdo con la SuperSociedades (2002), el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna, aunque

siempre se producen efectos para ambas partes, porque una se beneficia y la otra asume el riesgo, lleva una carga o una disminución patrimonial. Ejemplos: el mutuo, el comodato, el depósito, la prenda y el mandato gratuito.

Es necesario aclarar la gran diferencia que existe entre este tipo de contratos con el acto de formación unilateral, pues existe la tendencia de confundirlos y, por lo tanto, se cae en un grave error. El acto de formación unilateral como su nombre lo indica, es un acto que emana de una sola voluntad y, sin embargo, produce efectos jurídicos como en el caso del testamento.

*Contrato bilateral.* El contrato es bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente como en los casos de la compraventa, la permuta y el arrendamiento. Hay, por tanto, contraprestaciones: “Los contratos bilaterales son llamados también contratos de cambio o sinalagmáticos, entendiendo por sinalagma una relación bilateral y recíproca que hace interdependientes las obligaciones de los contratantes” (López, p. 212).

El Código Civil colombiano también expresa que el contrato es oneroso “cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes”, es decir, persiguen con su celebración un beneficio económico. Esta clasificación tiene importantes consecuencias:

1. La acción resolutoria solo tiene cabida en los contratos bilaterales por incumplimiento de la obligación primaria que estructura el contrato, de tal manera que no puede confundirse con otro, como, por ejemplo: dar la cosa por parte del vendedor y pagar el precio por parte del comprador. En los contratos unilaterales, no se puede invocar esta acción.

2. Lo propio sucede con la excepción del contrato no cumplido (Código Civil, art. 1609).

3. La cuestión de los riesgos, esto es, determinar si la imposibilidad del objeto de la obligación de una de las partes, sobrevinida sin su culpa entre el momento de nacer la obligación y el momento del pago, exonera o no a la otra parte de cumplir su propia.

Desde el punto de vista de la regulación, los contratos pueden ser típicos y atípicos (Álvarez, C. L., & Lasarte, 1995):

*Contratos típicos o nominados.* Son los contratos que están regulados por cualquier norma, ley, etc. Tienen un nombre y una regulación, ya sea en un código o en las leyes especiales.

*Contratos atípicos o innominados.* Estos contratos no están regulados y nacen de la iniciativa de las partes, no de la estructura predeterminada por la ley. En estos contratos, se aplica la normatividad que más se asimile, entendiendo que las normas de la compraventa son las primeras normas a las cuales se debe recurrir para poder regular el contrato.

*Contrao gratuito u oneroso:* como indica Leitao Alvarez - Salamanca (2015) “la diferencia entre un contrato gratuito y uno oneroso radica en la noción de “utilidad” que debe existir entre las partes; así cuando exista sólo para una, entiende que el contrato es gratuito o de beneficencia; y si la haya para ambos, entonces el contrato es oneroso”

## 2.4 El contrato de maternidad subrogada

Para entender este tipo de contrato, es necesario acudir al Diccionario de la Real Academia para definir la palabra subrogación y conocer su etimología. En efecto, esta palabra se deriva del latín *subrogatio* que significa “acción y efecto de subrogar”, que, a su vez según la misma fuente, significa “sustituir o poner a algo o alguien en el lugar de otra persona o cosa”. Por esta razón, se infiere que existen dos tipos de subrogación: la real cuando se sustituye una cosa por otra, y la personal cuando se pone una persona en lugar de otra.

En el caso concreto de la maternidad subrogada se hace referencia entonces a una subrogación de tipo personal que estaría compuesta por dos partes claramente identificables que son:

*La madre subrogada* que es la acreedora original del derecho de filiación sobre el producto de la gestación, es decir, es quien gestó y parió el recién nacido.

*La madre, padre o pareja subrogante* que son los que van a pagar por la titularidad del derecho de filiación, sustituyendo de esta manera a la madre que gestó y parió el recién nacido. Según lo anterior con el contrato de maternidad subrogada se pretende transferir el derecho de filiación del menor, de la madre gestante a la madre, padre o pareja subrogante.

Según el ordenamiento jurídico de Colombia, “se denomina *filiación* el vínculo que une al hijo con su padre o madre. Desde el punto de vista del padre o de la madre, se llama *paternidad* o *maternidad*, respectivamente” (Monroy, 2003). Ahora bien, teniendo claro que lo que se pretende transferir es el derecho de filiación y que es su definición exacta, se debe anotar que el elemento básico de toda filiación es la maternidad.

La maternidad está definida taxativamente por el Código Civil colombiano como “el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo” (art. 335), y supone el cumplimiento de dos requisitos:

1. Que la mujer haya dado a luz un hijo, o sea, que se haya verificado el parto.
2. Que el pretendido hijo sea producto del parto, esto es, la identidad del hijo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la madre legítima del hijo nacido, en cualquier circunstancia, sería aquella mujer que lo parió y, por lo tanto, en cabeza suya se encuentra la titularidad del derecho de filiación, sin importar si aportó o no material genético para la formación del embrión. Establecido este vínculo desde el momento mismo de dar a luz el hijo, el efecto del contrato de maternidad subrogada consiste en transferir el derecho de filiación junto con su elemento fundamental, la maternidad, a los padres subrogados, proceso este que se englobaría en el término general de subrogación de la maternidad.

#### ***2.4.1 Subclasificación de los contratos de maternidad subrogada***

De acuerdo con Cadavid y Barrera (2016), de acuerdo con el tipo de contrato que se celebra, se concibe una serie de subclasificación a la maternidad subrogada, de acuerdo con el tipo de acuerdo entre las partes (p. 5):

Subrogación tradicional: es un acuerdo en el que se utiliza óvulos de la madre subrogada y ella es la madre genética del niño. El embarazo se produce a través de un procedimiento de inseminación con el esperma del padre futuro o espermatozoides donados, o por medio de relaciones sexuales con el padre futuro

u otro hombre. También se conoce como subrogación parcial o de baja tecnología.

Subrogación gestacional: es un acuerdo en el que no se utilizan óvulos de la madre subrogada y otra mujer es la madre genética del niño. El embarazo se produce a través de un procedimiento de FIV (fecundación in vitro), ya sea utilizando los óvulos de la madre futura o donados. También se conoce como subrogación completa, de fecundación in vitro o de alta tecnología.

Subrogación altruista: es un acuerdo en el que a la madre sustituta no se le paga nada, o sólo se le remuneran aquellos gastos relacionados con el alquiler del vientre. Por lo general el padre o padres futuros pagan dichos gastos.

Subrogación comercial: es un acuerdo en el que la remuneración se le ofrece a la madre sustituta es superior a los gastos asociados a la subrogación. A esto se le puede llamar cuota o compensación por el dolor y el sufrimiento. De nuevo, por lo general el padre o padres futuros cubren dicho pago.

Subrogación transfronteriza: es un acuerdo que implica a una madre de alquiler y un padre o padres futuros de diferentes países. Un intermediario puede contribuir a la dimensión transfronteriza, que involucra frecuentemente más de dos países. También se conoce como subrogación internacional<sup>4</sup>.

De lo que se trata en el presente trabajo es de la maternidad gestacional, ya sea comercial o altruista, dependiendo de la concertación contractual de un pago o sin este. Según Cadavid y Barrera (2016), el argumento a favor surge de la validez de este tipo de contrato la que en sentencia T-968 de 2009 se ha reconocido como componente formal de una práctica

---

<sup>4</sup> Sánchez (2010) desarrolla con acierto estas modalidades



legal, de la que, al no existir una prohibición expresa para la realización de este tipo de acuerdos y lo previsto en la Constitución Nacional acerca de que puede practicar en cuanto “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes” (art. 42.6).

#### ***2.4.2 Cuerpo sustantivo del contrato de maternidad subrogada***

En el contrato de maternidad subrogada hay dos acciones a las cuales se obliga la madre sustituta:

1. La prestación de un servicio que consiste en llevar el embarazo durante las 40 semanas de gestación hasta el parto.
2. Entregar o dar el producto del embarazo (recién nacido), al contratante, lo cual implica la entrega física del hijo y la entrega efectiva de los derechos de filiación y maternidad.

Resulta claro en todo caso que en este contrato el consentimiento que otorga la mujer gestante debe ser “apto, informado y asesorado, no solo con relación a los tratamientos médicos reproductivos que se emplearan para lograr la concepción y el embarazo, sino además sobre las consecuencias jurídicas de su decisión con relación al niño- resultado de la técnica empleada” (Pinzón Marín, I.J. 2015) En este sentido y con el fin de evitar dificultades es posible remitirnos a la legislación que respecto al consentimiento opera en la adopción (medida de protección). Una vez este sea otorgado es irrevocable.

Así, en este contrato es posible encontrar dos partes: los padres subrogados y la madre subrogante. Sin embargo, es posible señalar que puede existir un tercer elemento que puede participar en el proceso, sin ser obligatorio, y son las instituciones de fertilidad o agencias de alquiler de vientres que desempeñan el papel de intermediarios en el proceso de búsqueda y selección de la candidata a madre receptora.

En muchos casos, estos intermediarios también coordinan y prestan el servicio de fertilización *in vitro* para producir el embrión e implantar el mismo en la madre sustituta. Aunque estas agencias no hagan parte del contrato de maternidad subrogada, se vinculan a los contratantes mediante otro contrato de prestación de servicios diferente e independiente del contrato de maternidad subrogada.

#### 2.4.3 Clasificación del contrato de maternidad subrogada

**Tabla 2. Clasificación del contrato de maternidad subrogada**

<b>Parámetro</b>	<b>Clase</b>	<b>Características</b>
Reciprocidad	Bilateral	Dos partes contratan y hay obligaciones mutuas
Onerosidad	Gratuito	No es posible considerar factores que supongan contraprestación.
Perfección	Solemne	No basta con el simple acuerdo de voluntades. Se debe suscribir un acuerdo y luego surtir una serie de trámites ante el ICBF para hacer efectiva la entrega del recién nacido
Regulación	Atípico	No encuentra regulación normativa expresa
Formación	De libre discusión	Las condiciones y cláusulas del contrato las pueden acordar y modificar los contratantes, respetando normas de orden público

Fuente: elaboración de los autores

En la clasificación de este tipo de contratos, hay un punto que ha generado una gran controversia en Colombia, motivo por el cual aparece resaltado en la tabla 2. La clasificación de los contratos según su regulación por la ley, puede ser *contratos típicos o nominados* que

son aquellos para los cuales existe una regulación taxativa, y *contratos atípicos o innominados* que no se encuentran descritos en la norma o no están regulados.

El contrato de subrogación materna sería de carácter bilateral (Código Civil, art. 1496), consensual y solemne (C.C., art. 1500), gratuito u altruista, conmutativo y aleatorio (C.C. art, 1498), principal (C.C., art. 1499), innominado puesto que es atípico y de tracto sucesivo en cuanto las obligaciones de las partes se van cumpliendo periódicamente durante la vigencia del contrato.

Con base en estos elementos, al analizar el contrato de subrogación materna, se encuentra que, por una parte, está la madre del menor nacido que en virtud de lo dispuesto por el artículo 335 del Código Civil, es la mujer que lo dio a luz y cuyo nombre quedó registrado en el acta de nacimiento que funge como prueba de la legitimidad de dicho vínculo, hecho que no tiene discusión.

Por otra parte, está fuera de discusión que como contraprestación a la cesión de los derechos de maternidad y filiación no se puede haber acordado la entrega de una suma de dinero a cargo de los padres subrogantes. Estos podrán asumir el pago de los gastos médicos que suponga el proceso, el pago de la alimentación a la mujer, las pruebas médicas, y otros gastos necesarios para el desarrollo adecuado del proceso de gestación y el parto. Lo que no podría predicarse es la exigencia de un pago (en dinero o especie) como requisito para que la madre gestante haga entrega del menor a los padres subrogantes.

Según lo anterior, como partes del contrato se tiene a una madre legítima con su bebé, que se compromete a entregarlo junto con los derechos como titular de la filiación y a la contraparte.

Los defensores de la maternidad subrogada en cabeza de las agencias de alquiler de vientres sostienen que se trata de un contrato atípico o innominado, enfoque erróneo y malicioso para ocultar la verdadera naturaleza del contrato. Es como si una persona intentara legitimar un contrato por medio del cual adquiere los servicios laborales de otro a título gratuito y perpetuo, y al no encontrar en la legislación una norma que hable de tal exabrupto jurídico, aduce que se trata de un contrato atípico o innominado cuando en realidad y a todas luces, es innegable que algo así encajaría en la figura de la esclavitud.

No obstante, es así que cuando se configura este contrato atípico, en la buena expresión de Mojica (2016), en el cual “sus estipulaciones no encajan en ninguno de los contratos normados por la ley” (p. 25), así en esta clase de contratos atípicos se refleja el mayor alcance del postulado de la autonomía de la voluntad privada, pues en estos es donde las partes teniendo en cuenta su conveniencia, determinan los efectos que han de producir, su alcance, sus condiciones o modalidades, aunque las respectivas estipulaciones no se amolden a los contratos patrones reglamentados por la ley civil.

#### ***2.4.4 Cláusulas del contrato de maternidad subrogada***

En cuanto a su formación, el contrato de maternidad subrogada se considera como un contrato de libre discusión, es decir, que está sujeto a variaciones acordadas por las partes y por tal razón, no existe un contrato universal para tal efecto ni tampoco que se suscriba solo al territorio colombiano. En las diferentes fuentes consultadas al respecto en Colombia y concretamente en la ciudad de Bogotá, se encontró infinidad de variantes en las agencias de

alquiler de vientres e incluso, en cada agencia se presentan diferencias materializadas en las cláusulas de los contratos.

La Corte Constitucional en su Sentencia T-968 de 2009, puso de manifiesto que debe haber una serie de requisitos o condiciones que se deben presentar para materializar un contrato de esta naturaleza:

- Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir (problemas de fertilidad).
- Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (que facilita su vientre).
- Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino ayudar a otras personas (fines altruistas).
- Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos.
- Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.
- Que se preserve la identidad de las partes.
- Que la mujer gestante, una vez haya firmado el consentimiento, informado e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor (previa obligación de suministro de información clara).
- Que los padres biológicos no puedan rechazar el hijo bajo alguna circunstancia.
- Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido el menor.

- Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.

Con estas diez condiciones, la Corte ha intentado esbozar un marco mínimo dentro del cual deberán actuar los contratantes.

No obstante esta indicación es posible señalar que al tenor de los diversos contratos de maternidad subrogada a los que se tuvo acceso (no resulta posible aportar o referenciar los contratos en virtud del secreto profesional dada la condición médica de uno de los investigadores) se encontraron algunas cláusulas de compromiso que fueron comunes a todos y que se relacionan a continuación:

1. Una vez que la fecundación sea efectuada con éxito, la madre subrogada se compromete a llevar adelante la gestación (en un plazo aproximado de 40 semanas). Ella está de acuerdo en cooperar con la investigación médica sobre su historia personal y médica, entregando la información mas exacta para un mejor conocimiento; está de acuerdo en renunciar a la custodia del niño, entregándosela a la pareja subrogada, firmando cualquier tipo de declaraciones juramentadas, documentos y papeles necesarios para llevar a feliz termino, el motivo de este acuerdo; declara que entiende que el niño va a ser concebido para el solo y único propósito de formar parte del hogar de la pareja subrogada, entregándolo a sus padres naturales; declara que está de acuerdo en firmar todas las declaraciones juradas necesarias y documentos posteriores al nacimiento del niño, a participar libre y voluntariamente en cualquier procedimiento de paternidad necesario para que el nombre de los padres naturales figure en el certificado de nacimiento como sus padres naturales y biológicos.

2. La consideración de este acuerdo está en compensar los servicios y gastos que de ninguna manera será entendida como una cuota para terminar los derechos paternales o como un pago a cambio de dar el consentimiento y renunciar al niño en una adopción, además de otras cláusulas contenidas en este acuerdo como el valor que paga la pareja subrogante a la madre subrogada, en cuotas proporcionales al periodo de gestación.
3. La pareja subrogante pagará los gastos incurridos para llevar adelante la gestación, además de todos los gastos del periodo de maternidad dentro de lo cual se incluye: médico, hospitalización, farmacia, laboratorio, ecografías, terapia y seguro médico mientras dure el embarazo, y el pago de apoyo psicológico por un año luego de terminado el periodo de gestación; gastos para transferir la paternidad, adopción, reconocimiento y ADN.
4. La madre subrogada es consciente y entiende que debe asumir todos los riesgos, incluso el riesgo de muerte que es incidental a la concepción, el embarazo y el parto; sabe además, que incluye pero no se limita a complicaciones subsecuentes; para el caso de que los eventos mencionados ocurran, la madre subrogada cuenta con un seguro de vida contratado previamente por la pareja subrogante, de tal manera que ayude a la madre subrogada en el caso fortuito de ocurrir los hechos mencionados.
5. Por medio de este acuerdo, la madre subrogada se compromete a asistir a la evaluación psiquiátrica por un periodo de un mes (psiquiatra designado por la pareja subrogante); la pareja subrogante pagará todos los gastos de la misma; al concluir dicha evaluación, la madre subrogada se compromete a firmar un descargo médico que permitirá la difusión del mismo para conocimiento de la pareja subrogante.

6. Mediante el presente, la pareja subrogante está de acuerdo que es derecho exclusivo y solo de la pareja subrogante, nombrar el niño nacido.
7. El término niño incluirá todos los niños, simultáneamente nacidos consiguientes a las inseminaciones contempladas en este acuerdo.
8. En el caso de que el niño fuera abortado de manera accidental dentro de los 90 días de gestación, los gastos mencionados en el numeral cuatro, se reembolsarán a la pareja subrogante.
9. Tanto la madre subrogada como los padres naturales deben someterse a un examen físico y genético completo bajo la supervisión de un médico autorizado, para determinar de esta manera, si la salud física y bienestar psicológico son satisfactorios. El examen físico incluirá un examen de VIH, y enfermedades de transmisión sexual.
10. En el caso de que el embarazo no haya ocurrido dentro de un tiempo razonable, los padres naturales podrán terminar el presente acuerdo por escrito, notificando a la otra parte, en su domicilio o a su apoderado legal.
11. El aborto solo está permitido en el caso de que el médico lo autorice, por encontrarse en peligro la vida de la madre subrogada o que el feto tenga algún tipo de malformación congénita.
12. La madre subrogada se compromete a llevar una gestación tranquila, seguir las indicaciones del médico al pie de la letra, vivir sano, no fumar, no consumir bebidas alcohólicas ni drogas ilegales; tomar todos los medicamentos recetados por el médico en las horas indicadas; asistir puntualmente a las citas médicas fijadas mes a mes, al igual que practicarse los exámenes solicitados por el médico.



En conclusión, la finalidad de estas cláusulas puede resumirse en los siguientes puntos:

1. Limitar el derecho de retracto de las partes.
2. Prevenir la negligencia de la madre subrogada en lo concerniente al cuidado del embarazo.
3. Garantizar la protección a la madre subrogada.
4. Establecer la obligación de los padres subrogantes, de correr con todos los gastos del embarazo y parto.
5. Asegurar la entrega del hijo a los padres subrogantes e impedir la creación de lazos afectivos con la madre subrogada.
6. Asegurar el pago del dinero acordado por parte de los padres subrogantes a la madre subrogada.
7. Liberar a los padres subrogantes de responsabilidad sobre cualquier lesión física o psicológica sufrida por la madre subrogada durante el embarazo y el parto.

En este sentido, con referencia a la legislación existente, en materia contractual se prevén tres tipos de obligaciones diferentes que son las de dar, hacer o no hacer (Código Civil, art. 1605). De acuerdo con Ospina y Ospina (2005) y Restrepo (2012), el “dar” se relaciona con la forma en que una de las partes “entrega” o transfiere el dominio sobre algo en favor de otro; los compromisos de “hacer” significan al deudor el cumplimiento de ciertos actos, realizaciones o prestaciones para la parte acreedora; el hacer implica una abstención del deudor en beneficio del acreedor.

Las obligaciones de hacer en contratos firmados de maternidad subrogada son las siguientes, según Vallejo (2015):

PARTE SUBROGANTE, parte sustituta:

1) Implantación del material genético 2) Adelantar el proceso de gestación hasta el momento del nacimiento. 3) Acudir a los controles prenatales Ingerir las vitaminas 4) Mantener una dieta saludable 5) Realizarse los exámenes médicos 6) Aportar informe psicológico y médico que dé cuenta de su estado mental y físico. 7) Otorgar el consentimiento informado. 8) Asistir a las terapias de acompañamiento psicológico.

PARTE SUBROGADA, Parte de Solicitantes o Padres Genéticos:

1) Otorgar el Consentimiento informado. 2) Hacer el aporte del material genético (si los dos son fértiles, deberán hacer el aporte los dos, si solo uno puede, lo hará quien este en capacidad) 3) Acompañar a los controles médicos a la sustituta (salvo estipulación en contrario).

Las obligaciones de “dar” en contratos firmados de maternidad subrogada son las siguientes:

PARTE SUBROGADA, parte sustituta:

Entregar el bebé una vez este haya nacido.

PARTE SUBROGANTE, solicitantes o padres genéticos:

1) Se entienden estos como los gastos que deben sufragar con ocasión al embarazo en cuanto a: Chequeos y exámenes médicos, Póliza de seguro a nombre de la sustituta, como garantía ante una eventual contingencia, Compra de vitaminas prenatales, alimentos de la dieta recomendada por el médico y Ropa de maternidad.

### **3. ELEMENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA**

#### **3.1 Sobre derechos y tratamientos de infertilidad**

La sentencia C-591 de 1995, del Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía, debatió acerca de la existencia legal de la persona natural en los siguientes términos:

“La Constitución no establece que la existencia legal de la persona principie en el momento de la concepción. Desde el momento de su nacimiento, el hombre es persona, tiene personalidad jurídica. Tiene un estado civil, atributo de la personalidad. Y si antes de ese momento la ley, permite que estén suspensos los derechos que le corresponderían si hubiese nacido, ello obedece a razones de diverso orden: morales, de justicia, políticas, etc. Razones, en fin, que hacen que el legislador dicte normas acordes con las ideas y costumbres correspondientes a un determinado momento histórico”<sup>5</sup>.

En el código civil colombiano se expresa que "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre" (art. 90). Posteriormente, precisa el mencionado código que:

“(…) Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe.

Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido

---

<sup>5</sup> Esta posición se mantuvo incólume en la sentencia C-327 de 2016

en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron (...)" (art. 93).

Al respecto, el ponente afirmaba que los actores confundían la existencia jurídica del ser humano, con su existencia biológica. La existencia jurídica comienza, según la legislación colombiana, con el nacimiento, en seguimiento de lo previsto constitucionalmente.

Por otra parte, recordaba el magistrado ponente, la existencia biológica comienza con la concepción, de lo cual es prueba que la legislación otorga una serie de garantías al *nasciturus*, tanto para prevenir los daños que se le puedan causar como para reprimirlos.

Posteriormente, y respecto a la condición materna, en la sentencia C-355 de 2006, los Magistrados Ponentes Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández hacían referencia al derecho a ser madre, es decir a la consideración de la maternidad como una “opción de vida” que corresponde al fuero interno de cada mujer. Consideraron los magistrados que, en consecuencia, no sería constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establecieran normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre, o que impida el cabal ejercicio de la maternidad.

De acuerdo con ello, el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, en alguna especial circunstancia al momento de tomar su decisión de ser madre, como podría ser por su temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en relación de pareja o no, o dentro del cumplimiento de un contrato de trabajo, entre otras razones, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, resultaría abiertamente inconstitucional.

De otra parte, la Corte Constitucional en la Sentencia T-644 de 2010, del Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva trató el tema de un tratamiento de fertilidad y frente al sistema de salud. Estableció allí que el “tratamiento de fertilidad se autorizará por una sola

vez más, dado que la accionante tiene 42 años y la fertilización no puede concederse de forma indefinida hasta tanto se obtenga como resultado un embarazo 100% viable”. Con base en esto ordenó al representante legal de la correspondiente IPS (Cosmitet Ltda.), que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de dicha sentencia, procediera a la autorización de la continuidad del tratamiento “de fertilización *in vitro* con óvulo donado que fue iniciado a la accionante”, incluyendo exámenes diagnósticos y los medicamentos médicos necesarios para lograr la correcta implantación del dicho embrión en el útero de la actora. Pero, condicionó la Corte dicha autorización a, “una sola vez y no de forma sucesiva e indefinida”. Lo cual reconoce un procedimiento iniciado, pero no el derecho al acceso a tratamientos de este tipo y subvencionados a través del sistema de salud.

En la sentencia T-528 de 2014, la Corte Constitucional a través de la Magistrada ponente María Victoria Calle Correa, reconoció el amparo al derecho a la salud de la accionante, mediando el tratamiento de fertilización *in vitro* ordenado por el médico tratante como única alternativa para lograr reproducirse, dado que el dicho servicio está excluido del Plan Obligatorio de Salud, POS, por el hecho de que “sí vulneró su derecho fundamental a la salud en la faceta de información, guía y acompañamiento”. Dada esta circunstancia de deficiente información previa, en su parte resolutive la Corte exhortó al gobierno nacional para que:

(...) por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización *in vitro*, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la

agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas.

Este fallo constitucional enfatizó acerca de la necesidad de una política de prevención a través de la información pertinente a personas con problemas de fertilidad, en cuanto a los obstáculos relacionados con el hecho que el sistema de salud no prevé dichos tratamientos como un derecho de la afiliada. De toda forma, esta línea jurisprudencial se convierte en el marco dentro del cual mecanismo de contratación subrogada de la maternidad se convierte en una de las opciones legales existentes como opción de respuesta a algunos de los casos de infertilidad cubiertos por el sistema de salud.

**Tabla 3. Corte Constitucional, línea jurisprudencial: infertilidad**

Casos en los cuales obra procedencia o improcedencia de tratamientos de infertilidad, producto de otras enfermedades, derecho a la salud, derecho a atención de No POS.			
Favorables		No favorables	
x	T-512 de 2003		
		T-752 de 2007	x
x	T-605 de 2007		
x	T-946 de 2007		
x	T-870 de 2008		
x	T-857 de 2009		
x	T-424 de 2009		
x	T-249 de 2010		
x	T-550 de 2010		
		T-226 de 2010	x
		T-550 de 2010	x
x	T-525 de 2011		
x	T-899 de 2012		
x	T-924 de 2013		
x	T-528 de 2014		
x	T-009 de 2014		
		C-131 de 2014	x
x	T-273 de 2015		
x	T-274 de 2015		
x	T-306 de 2016		
x	T-398 de 2016		
x	C-327 de 2016		

Fuente: elaboración de los autores.

La sentencia T-512/03, del Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, inicia la línea jurisprudencial de orden constitucional con el tema del derecho a la salud, mediando el tratamiento médico cuando la infertilidad es producto de otras enfermedades. Se consideró que en caso de un problema físico originario –en el sentido de no derivado de algún otro padecimiento-, que le impide la fecundación y que dicho problema no tiene consecuencias adversas o peligrosas para su vida, se está en el primer evento considerado por la Corte Constitucional, caso en el cual ha de negarse la tutela por improcedente habida consideración de que conforme a la jurisprudencia de la Corporación, no se considera violado, de manera directa o por conexidad, derecho fundamental alguno. Con relación a los asuntos de infertilidad, distingue entre tres situaciones:

“a) En los casos en los cuales la causa de la solicitud de atención médica es la infertilidad misma, la Corte Constitucional ha negado la procedencia de la tutela, con los siguientes argumentos:

Son fundamentales los derechos contenidos en el capítulo I del título II de la Constitución; que el derecho a la salud está consagrado en el capítulo II del título II de la Carta y, por lo mismo, no es fundamental; que, por otra parte, la salud es per se un derecho prestacional y, por lo tanto, no puede ser calificado como fundamental; que los derechos prestacionales únicamente se protegen mediante tutela cuando, por conexidad, se viola un derecho fundamental; que el derecho a la salud única y exclusivamente se protege por vía de tutela cuando se viola el derecho fundamental a la vida; que, de conformidad con los tratados de derechos humanos adoptados en el marco interamericano, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos prestacionales son de desarrollo progresivo, razón por la cual su prestación

efectiva se difiere a la existencia de recursos; que la protección a la maternidad se extiende a las facultades procreativas de la mujer, únicamente en el evento en que, de manera natural, sea apta para gestar; y, finalmente, dado que el no tratamiento de la infertilidad no pone en peligro la vida de la mujer, no se presenta violación de derecho fundamental alguno.

b) En el evento en que, a pesar de encontrarse los tratamientos contra la infertilidad excluidos del P.O.S., éstos se hubieren iniciado, la Corte Constitucional ha tutelado el derecho a la continuidad del servicio, razón por la cual resulta prohibido a las E.P.S. suspender la atención, alegando la expresa exclusión de tales tratamientos del P.O.S.

c) En los casos en los cuales la infertilidad es producto de otros males o enfermedades, la Corte ha protegido el derecho a acceder a los tratamientos médicos que los enfrenten y, así mismo, permitan la recuperación de las funciones reproductoras”.

Posteriormente, la Sentencia T-752 de 2007 trata la improcedencia para tratamientos de infertilidad. Luego, la procedencia para ordenar cirugía por problema de infertilidad ha sido estudiada en las sentencias T-605/07 y T-525/11. De manera específica, y dentro del reconocimiento tutelado al derecho a la salud, el procedimiento quirúrgico de laparoscopia, que sirve para determinar posiblemente una endometriosis y probablemente la infertilidad, fue tutelado en el fallo T-946/07).

En general, acerca de la acción de tutela y tratamiento de infertilidad, la línea jurisprudencial sobre improcedencia se recoge fundamentalmente en las sentencias T-870/08, T-226/10, T-550/10 y T-398/16. Respecto a la improcedencia por no configurarse ninguno



de los supuestos excepcionales en materia de fertilización in Vitro, también trata la sentencia T-009/14.

En el mismo sentido, el alcance de la acción de tutela con relación a tratamientos de infertilidad ha sido igualmente aclarado en las sentencias T-424/09, T-899/12, T-924/13, T-009/14 y T-398/16. En esta última, con ponencia del M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se ratificó la posición doctrinaria de la Corte en el sentido de oponerse a tratamiento de infertilidad cuando esta anomalía no representa afección de la salud o de la integridad de las pacientes.

Con el argumento de que es deber de los operadores judiciales de regular la utilización del servicio de salud con el fin de generar en los usuarios el uso adecuado del sistema de salud, se expresó el tribunal constitucional en la sentencia T-857/09, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, negando el amparo a determinados procedimientos no contemplados en las excepciones de derechos previstas por la Corte en su jurisprudencia anterior.

El acceso a tratamiento de fertilidad excluido del POS, respecto a que todo paciente tiene derecho a que se determinen las causas de la infertilidad y a un diagnóstico certero con el fin de establecer los tratamientos y procedimientos pertinentes, ha sido recogido en los fallos T-249/10, T-924/13, T-528/14 y T-306/16.

Acerca de la prohibición de anticoncepción quirúrgica a menores de edad, tocando el álgido tema del riesgo de programas y planes de infertilidad permanente que busquen controlar parte de la población y su crecimiento mediante controles de natalidad se expresó la Corte en su fallo C-131/14.

Recientemente, acerca del acceso a tratamiento de fertilidad excluido del POS, la Corte Constitucional exhortó al Gobierno Nacional para que realice la revisión de la situación

que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos correspondientes en la sentencia T-274/15, del M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. La Corte ha hecho una distinción entre la infertilidad originaria o primaria y la infertilidad secundaria, a efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela para otorgar tratamientos relacionados con dicha patología, específicamente cuando la misma sea producto o consecuencia de una enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente.

En caso de tratarse de una infertilidad originaria o primaria, según ha sostenido la Corte, el mecanismo tutelar es improcedente por cuanto el derecho a la maternidad no incluye la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por causas no imputables al Estado.

En el caso de una infertilidad secundaria, se limita la capacidad de una persona para engendrar causada por otras afecciones físicas o enfermedades, lo que supone la protección excepcional de los derechos fundamentales por esta vía.

En la sentencia T-306/16 del M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte reconoció derechos de la tutelante a recibir tratamientos de inmunoterapia, previo consentimiento informado de la accionante respecto de las tasas de éxito y de fracaso de la mencionada terapia y de sus potenciales efectos colaterales, teniendo en cuenta las eventuales consecuencias psicológicas causadas por la imposibilidad de lograr un embarazo.

Por último, ha hecho referencia a la Convención Americana sobre infertilidad y fertilización in vitro y un criterio relevante de interpretación de derechos fundamentales en su fallo C-327/16, con ponencia de la M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, La determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento no viola el deber de protección de la vida desde la concepción, según el artículo 4.1. de la Convención Americana, ya que la vida

como valor es un bien constitucionalmente relevante, pero no tiene el mismo grado de protección que el derecho a la vida. La Corte entonces declara exequible el artículo 90 del Código Civil pues en el bloque de constitucionalidad, en general, se indica que la vida prenatal no ostenta la titularidad del derecho a la vida, Por ello mismos, la determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento no viola dicha garantía por lo que se encuentra ajustada a los parámetros constitucionales. Es decir, la existencia legal de toda persona a partir del momento de su nacimiento, no vulnera el deber de protección de la vida desde la concepción reconocido en la CADH. No se ha de poder prohibir la fertilización in vitro, caso sobre el cual se generó el dicho reconocimiento de la Convención Americana.

En resumen, el Tribunal constitucional en Colombia ha reconocido con determinadas condiciones el derecho al tratamiento de infertilidad por diversas vías, aunque no específicamente mediando la existencia de la subrogación maternal como una conceptualización que signifique tratamiento de fertilidad, pues este es un concepto estrictamente técnico, a diferencia de los compromisos contratados entre personas sobre el eventual alquiler de vientre por parte de una de las partes del acuerdo.

### **3.2 Sobre reconocimiento de la incidencia científica en la sociedad y el ordenamiento jurídico**

Gómez (1994) reconoce que la doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo de resolución de los problemas de infertilidad de las parejas. Pero que también ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, entre otros problemas, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo formal de este tipo; o la desprotección de los derechos e intereses

del bebé recién nacido; o también, los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y, no obstante, los grandes conflictos que puede ser originados al surgir desacuerdos entre las partes involucradas.

Corti (2000) parte de que la maternidad subrogada se lleva a cabo, principalmente, mediante la fecundación in vitro y tiene dos formas de subrogación. La primera, una subrogación parcial o tradicional, cuando la mujer fértil es inseminada con el espermatozoides del hombre de la pareja, siendo ésta es la que aporta el óvulo. En este tipo de subrogación la mujer fértil y el niño están relacionados en lo genético, por lo cual se puede decir que dicha mujer fértil no sólo es quien presta su útero sino que también figura como madre biológica del niño. La segunda forma de subrogación es total o gestacional, en la cual la mujer fértil es aquella que es contratada, para llevar a cabo el desarrollo del embarazo, es decir, que es la pareja la que aporta el óvulo fecundado para que sea colocado en el útero de la mujer fértil que prestará su vientre para que ésta lleve a cabo la gestación del embrión o feto. En ambos casos obra la figura contractual, pero hay diferencia conceptual de la maternidad biológica.

Arámbula (2008), en la línea doctrinal de que los avances científicos cambian a la sociedad y sus ordenamientos legales, de manera rápida o lenta a través del tiempo, observa que el fenómeno de la maternidad subrogada, ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. En ello de manera implícita reconoce la aportación individual o en pareja de óvulo parcial o integral fecundado, lo que a su vez variará el concepto de maternidad formal en cada negocio contractual.

La doctrina internacional se ha referido en numerosas ocasiones frente al concepto de familia, como definición relativamente afectada por los avances científicos en algunos casos. Son varios los autores que coinciden con la definición sociológica considerando que ésta

institución con relevancia tanto histórica como jurídica se ha presentado a lo largo de los tiempos, desde los orígenes mismos de la humanidad, como los cimientos básicos de una sociedad fundamentada en el principio de colaboración humana. La familia es la primera forma de asociación donde aparece y se desarrolla el ser humano; adicionalmente y en concordancia se le ha denominado como un subsistema social que va cambiando conforme la sociedad misma va variando ya sea por cuestiones socioculturales, científicas o económicas, como lo han referido Jiménez & Villa (2009, p 11); López (2009, p. 59); Naranjo (2009, p. 293) y también Quiceno & Rodríguez (2012, p. 33).

Vela (2012), por su parte, ha explicado que el contrato de gestación por sustitución es un negocio especial del Derecho de familia. Este asunto se formaliza en documento público notarial, sea este oneroso o gratuito, mediante el cual una mujer, con capacidad suficiente, consiente libremente llevar a cabo la concepción, mediante técnicas de reproducción asistida y gestación, ya sea aportando o no su óvulo, con el compromiso de entregar el bebé nacido, cuyo origen biológico debe constar claramente en el documento formal, a los otras partes intervinientes. Dichas otras partes pueden ser sujetos individuales o una pareja matrimonial o de hecho, mayores plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea el que aporte el material genético, salvo en los supuestos expresamente previstos legalmente.

Lamm (2012), como tantos otros doctrinantes, insiste en su momento en la necesidad de que se debe regular la maternidad subrogada, afirmando que “es criterio compartido por la doctrina” (pp. 64-67). Lamm entiende que ante esta situación no existe fraude de ley, cuando el legislador no prohíbe la adopción. Ante un conflicto de intereses, lo que el legislador debe tener en cuenta es determinar la prevalencia del interés de la gestante sobre el interés genético, decidiendo la maternidad en favor de la madre gestante. Aunque,

después del parto y correspondiente nacimiento, una vez producida la inscripción en que conste la filiación a su favor, no debe existir ninguna prohibición, lo cual es imprescindible como control judicial para salvaguardar el interés del niño (pp. 74-77).

Navarro (2014) es uno de los doctrinantes que parte de la premisa que algunos avances tecnológicos o científicos inciden en cambios, ya sean tardíos en los valores sociales o en los ordenamientos legales. Expresa que la maternidad subrogada, es entendida como un contrato entre partes, una representada en la pareja que aporta el material genético y la otra en la mujer fértil que permite el desarrollo del embarazo. Este tipo de contratos no se encuentran regulados por el ordenamiento jurídico, aunque existen varios intentos de Proyectos de ley y una sentencia de la Corte Constitucional en Colombia que dicta algunas pautas, las cuales, sin embargo no han sido suficientes para proteger y garantizar los derechos de las personas que se suscriben a ellos.

El mismo Navarro lo expresa más claramente en su análisis sobre la maternidad subrogada en el país y impacto social y jurídico. Considera que los avances científicos tienen un impacto relevante en la sociedad pues cambian el modo de vivir de las personas y repercute en su cotidianidad. En el caso de la maternidad subrogada, que nace a partir de las técnicas de reproducción asistida, es creada una figura jurídica que no encuentra su regulación en el ordenamiento jurídico “pero sí se establece a partir de un contrato que contiene derechos y obligaciones para que se lleve a cabo” (p. 7).

López y otros (2015), al hacer referencia a los cambios en la legislación de su país, comenta que los niños que habían nacido, en el caso concreto, de una gestación por sustitución, tuvieron acceso al Registro Civil, aunque lo que no se inscribe es la filiación, debido a que ésta no podía determinarse con precisión por el hecho de la maternidad subrogada.

Vela (2017), define doctrinalmente la maternidad subrogada de manera quizá demasiado escueta: es un fenómeno social por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no.

Ávila (2017), para el caso español, trata de poner en tela de juicio la legislación nacional por medio del desarrollo de las incertidumbres que provoca su práctica, también en otros países. Analiza las diferentes posturas legislativas habidas en derecho comparado, para concluir de manera positiva con una propuesta de ley reguladora de esta técnica, aceptando que previo el concreto avance científico y la evidencia social de su posibilidad práctica de satisfacción de una necesidad humana al interior de algunas familias y parejas con circunstancias específicas, esta debe reconocerse en el orden jurídico.

### **3.3 Sobre proyectos de ley acerca de gestación sustitutiva**

En el ámbito de los proyectos de ley que han sido tramitados en el Congreso de la República con el fin de lograr la reglamentación de la gestación sustitutiva, en las diversas exposiciones de motivos se han producido argumentaciones a favor y en contra.

El proyecto de Ley Lucía, Proyecto 88 Senado actualmente en curso legislativo, ha hecho referencia a diversos proyectos de ley precedentes que han hecho trámite pero no han sido aprobados en las diferentes debates pertinentes. En el proyecto Lucía se reconce que todos ellos sirvieron de fuente y soporte para la reglamentación que se pretende actualmente, en tanto que fueron compiladas muchas figuras y nociones. Los proyectos previamente rechazados se enlistan a continuación con carácter nformativo.

### ***3.3.1 Proyecto de ley 47 de 1998 Senado***

Por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos científicos de procreación humana asistida, se modifican algunos artículos del Código Civil y Penal y se dictan otras disposiciones.

### ***3.3.2 Proyecto de ley 45 de 2000 Senado***

Por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se dictan otras disposiciones.

### ***3.3.3 Proyecto de ley 029 de 2003 Cámara***

Por el cual se modifica el ordenamiento civil regulando lo referente a procedimientos y técnicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones.

### ***3.3.4 Proyecto de ley 100 de 2003 Cámara***

Por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones.



### ***3.3.5 Proyecto de ley 64 de 2005 Cámara***

Por medio de la cual se permite el aborto en Colombia cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

### ***3.3.6 Proyecto de ley 196 de 2008 Cámara***

El Proyecto de ley 196 de 2008 Cámara, de diciembre 1 de 2008, se pretendía reglamentar “en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida”. Se planteaban condiciones como las siguientes para la pareja solicitante:

1. Pareja heterosexual, compuesta por hombre y mujer mayor de 25 años.
2. Ser colombianos.
3. En caso de ser extranjeros con un término de residencia en el país no inferior o a un año.
4. Legalmente capaces y en pleno uso de sus facultades mentales.
5. Casada o en unión libre, con un tiempo de convivencia mayor a dos años.
6. Cualquiera de los dos miembros de la pareja (hombre o mujer) tenga problemas de fertilidad certificados por un médico especialista.
7. Mujer tenga problemas de fertilidad gestacional certificada por un médico especialista.

8. Mujer tenga problemas de llevar a feliz término un embarazo, certificada por un médico especialista.
9. Mujer corra graves riesgos en su salud en estado de embarazo, certificado por un médico especialista.
10. Encontrarse en condiciones psicológicas sanas.
11. Tener prueba de VIH negativa

Por otra parte, las condiciones planteadas para la receptora gestante sustitutiva eran:

1. Ser mujer mayor de 25 años.
2. Ser colombiana.
3. Ser legalmente capaz y en pleno uso de sus facultades mentales.
4. No tener problemas de salud.
5. No tener antecedentes de embarazos de alto riesgo.
6. No haber sufrido pérdidas gestacionales.
7. No haber practicado aborto.
8. No tener ningún parentesco en el primer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o civil con los padres biológicos.
9. Encontrarse en condiciones óptimas de salud.
10. Haberse practicado consulta genética y de cariotipo.
11. Haberse practicado un examen psicológico.
12. Tener prueba de VIH Negativa.

El citado proyecto de ley recibía argumentaciones en contra. Se esgrimía que el derecho que toda persona tiene de reclamar el respeto de sus semejantes a causa de su condición humana y dignidad constituye al ser aplicada a la maternidad subrogada, “la prerrogativa de ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por sus propios padres”.

Pero, más adelante se exponía que “(...) el mero hecho de la manipulación del sujeto, transformándolo en cosa resulta en detrimento del desarrollo de su personalidad, preestableciéndolo como objeto de un contrato, organizando arbitrariamente el tiempo y lugar en los que debe nacer, supuesto de congelamiento del embrión que luego será implantado en la madre sustituta”. Se prescribían como razones de tal afirmación que todas estas alternativas que produce la ciencia, habrían de influir “en el desarrollo psico-emocional de la personalidad y en el derecho a conocer la propia identidad” y que la libertad del ser habría de ser “avasallada desde el comienzo de la vida del sujeto mediante la utilización de técnicas que devienen en un modelo para armar padres biológicos (que incluso pueden ser anónimos), madre portadora (con quien el *nasciturus* ha tenido una relación físico-psicológica) y padres del deseo”. Es de anotar que tales comentarios fueron hechos a pesar de que el proyecto de ley al cual se hacía referencia no incluía articulado alguno referente a algún tipo de contrato concreto. Este proyecto de ley, sin embargo, no logró las mayorías suficientes para obtener aprobación y convertirse en ley de la República.

Posteriormente el legislador pasó al extremo de pretender prohibir el contrato de maternidad subrogada, así el Proyecto de ley 026 de julio 26 de 2016 de la Cámara de Representantes “por medio de la cual se prohíbe el alquiler de vientres con fines de lucro en Colombia y se reglamenta su práctica” inició su trámite en el Congreso de la República. Este proyecto (igual que el anterior) no logró convertirse en ley.

Entendida la maternidad subrogada, o alquiler de vientres, en Colombia, “como el contrato entre una pareja de solicitantes y una mujer para que esta última geste un bebé en su vientre y cuando nazca lo entregue a los solicitantes, renunciando a la filiación sobre el menor”, el mencionado proyecto de ley proponía en su artículo 4, que se adicionara el artículo 188E a la Ley 599 de 2000, de la siguiente manera:

“188E. Del alquiler de vientres con fines de lucro: El que promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer a llevar a cabo un contrato de alquiler de vientres con fines de lucro incurrirá en prisión seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Una de las cuestiones que mayor debate ha generado tiene que ver con los costos que este contrato supondría para el sistema general de salud. Respecto a este tema, en artículo reciente, Sánchez (2017) enfocó el análisis de la maternidad subrogada desde el ángulo de los gravosos costos que tendría una ley que ampare dichos procedimientos sobre el sistema de salud. Considera este experto médico que la prevención y el tratamiento de la incapacidad para procrear, adelantado como política pública de infertilidad con miras a garantizar el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas protegidas bajo el sistema de seguridad social “tiene inocultables repercusiones gravosas en el presupuesto de la salud”. Si bien la tecnología ha hecho aportes a la reproducción humana, en bioética existe un principio que consiste en que “No todo lo que se puede hacer se debe hacer”.

La Ley Estatutaria de la Salud establece como deber del Estado financiar de manera sostenible el sistema, pero la Corte Constitucional ha argumentado que la protección del derecho a la salud no puede ser sacrificada bajo el pretexto de la sostenibilidad financiera. Al respecto, continúa Sánchez, el gasto en salud está justificado si es racional, beneficiando a las mayorías necesitadas. Si se tiene en cuenta el principio ético de justicia distributiva (Alarcón Peña, A, 2017), se le encuentra sentido al racionamiento del gasto y, de entrar en vigor una ley como la mencionada su incumplimiento daría lugar a tutelas con el respaldo de la Corte Constitucional. Dado que el proyecto de ley sobre infertilidad no establece que la

pareja sea homo o heterosexual, podrían darse casos de parejas homosexuales invocando sus derechos sexuales y reproductivos, acudiendo a la tutela contra el sistema de salud.

### ***3.3.7 Proyecto de Ley 88 de 2017 Senado***

En concordancia con el reconocimiento de la incidencia de los avances científicos y su incidencia en cambios de las sociedades y, por ende, de sus regulaciones legales, se encuentra en curso al interior del Senado en Colombia la propuesta legislativa que ha sido denominada como Proyecto de Ley Lucía.

Esta denominación se atiene a lo expresado por la Corte Constitucional en cuanto “el título de una ley, pese a carecer de valor normativo, exhibe valor como criterio de interpretación de las normas contenidas en el cuerpo de la ley”, considerando que las “leyes sí pueden tener subtítulo, pero éste no puede ser discriminatorio, ni sustituir el número de la ley o la referencia a su contenido, ni carecer absolutamente de relación con el contenido de la ley” (p. 20). “Lucía” es significativo de "lux", su significado es "Aquella que lleva la luz" o "Aquella que nace de la luz", dice, por tanto, el mencionado proyecto de ley.

El proyecto revela claramente su objeto de regular, a) Técnicas de reproducción humana asistida, y b) Relaciones entre sujeto aportante, depositante, donante, sujeto receptor, uso del vientre, médico y ser humano procreado por técnicas de reproducción humana asistida, establecimiento o centro de asistencia técnica (art. 1).

El proyecto define las técnicas de reproducción asistida clasificándola en dos grupos de tratamientos denominados de baja complejidad (fecundación del óvulo intracorpórea) y de alta complejidad (fecundación del óvulo extracorpórea) (art. 2).

Parte el proyecto de diferenciar entre aportantes, depositante o donantes de gametos. Son aportantes de gametos las personas que acuden a una institución autorizada para la recolección y utilización de sus gametos, a fin de aplicar las técnicas referidas en esta (proposición de) ley, exclusivamente en su cónyuge o compañera permanente.

Son Depositantes de gametos, las personas que permiten a una institución autorizada la recolección de sus gametos para que sean conservados por esta con la finalidad de hacer posible su descendencia en tratamientos posteriores.

Los Donantes de gametos son las personas que permiten a una institución autorizada la recolección y utilización de sus gametos, a fin de aplicar las técnicas, referidas al proyecto de ley, a otras personas seleccionadas por esa institución. Habrá donantes abiertos y donantes cerrados. Los primeros ocultarán su identidad hasta la mayoría de edad de la descendencia. Serán donates cerrados quienes prohibirán la revelación de su nombre e identidad en general.

El proyecto define los diferentes tipos de inseminación con referencia al tipos de pareja y de concertación de las partes involucradas en el proceso.

En el mencionado proyecto se propone la creación de una Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida Créase la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida como organismo permanente y consultivo del Gobierno Nacional (art. 32). Se establecen por demás sus funciones (art. 33-34).

Establece, igualmente, el tipo de centros y equipos biomédicos que podrán realizar estos procesos, así como sus responsabilidades (arts. 34 a 36). En forma preventiva, otorga a esos centros la responsabilidad de registrar los nacimientos así como las malformaciones que lleguen a presentarse en algunos de los diferentes casos (art. 37).

### 3.4 Objeto y causa lícita en el contrato de maternidad subrogada

Para que un contrato tenga validez, según lo preceptuado por el código civil, debe reunir las siguientes condiciones (art. 1502):

1. “Que las partes contratantes sean legalmente capaces.
2. Que se exprese el consentimiento y este sea exento de todo vicio, los vicios del consentimiento son error, fuerza y dolo.
3. Que el objeto del contrato sea lícito, es decir que el fin perseguido sea permitido por las normas.
4. Y por último causa lícita que no es más motivo que impulsa a las partes a suscribir un contrato”.

En el caso de un hipotético contrato de maternidad subrogada, bajo la legislación vigente en Colombia, se requeriría que:

1. Las partes representadas por padre y madre subrogantes y la madre subrogada sean legalmente capaces, esto es, mayores, edad y en uso pleno de sus funciones mentales.
2. El contrato de subrogación de maternidad debe expresar el pleno consentimiento de las partes, fundamentalmente lo que respecta a la parte que sume los costos generales del procedimiento, así como la entrega final del niño o niña nacido a la madre subrogante por parte de la madre subrogada y de su correspondiente filiación.
3. El objeto del contrato de maternidad subrogada, o alquiler de vientre sea lícito, es decir que dicho objeto contractual esté permitido por las normas vigentes.

4. La causa debe ser lícita, es decir que el motivo que impulsa a las partes a suscribir este tipo de contrato sea legal.

En Colombia, siendo la maternidad subrogada un tipo de técnica de reproducción asistida, no está permitida por la ley, lo que lleva a que el objeto contractual no sea lícito.

Por otra parte, la causa puede ser lícita en cuanto los motivos que impulsan a subrogantes y subrogada, pero el objeto contractual no podría tener remuneración alguna, en cuanto está previsto en la Ley 919 de 2004 (reglamentada por el Decreto 2493 del mismo año), en su artículo 1, pues para no constituir el delito de compensación por “componentes anatómicos”, esto es el recién nacido, el contrato de maternidad subrogada no podría plantear un precio determinado por el alquiler de vientre. A lo sumo, podría contener el elemento de costos de atención en salud previstos para el período de gestación y parto. En decir que, en virtud de la indefinición legal de la maternidad subrogada en Colombia, un eventual contrato con este objeto no podría ser de carácter oneroso. Esta tendencia fue reconocida a su vez en el Proyecto de ley 202 de 2016 de la Cámara de Representantes (que tenía la pretensión de declarar la ilegalidad del contrato de maternidad subrogada) en el que se indicaba que la onerosidad en este contrato “es una forma de explotación a la mujer y una comercialización de menores”.

De otra parte, el asunto relacionado con la filiación del recién nacido, a la cual tendría que renunciar la parte subrogada en una eventual cláusula contractual, resultaría contradictoria con el código civil en su aparte relacionado con la filiación. La filiación es una de las normas que incorpora el derecho de familia y en consecuencia las partes no podrían establecer en un contrato la obligación para la madre sustituta o subrogada de renunciar a la filiación. En este punto también aparece la previsión existente en la ley 1060 de 2006, que



modificó el código civil en su artículo 223: “Una vez impugnada la filiación del hijo, si este fuere menor de edad, el juez nombrará curador al que lo necesitare para que le defienda en el proceso” (art. 9).

De manera similar, en caso de disputa alrededor de la figura de adopción que pidiere ser esgrimida, el código civil ha previsto que

“Por la adopción plena el adoptivo cesa de pertenecer a su familia de sangre, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o del artículo 140. En consecuencia: 1o. Carecen los padres y demás parientes de sangre de todo derecho sobre la persona y bienes del adoptivo. 2o. No podrá ejercerse la acción de impugnación de la maternidad de que tratan los artículos 335 a 338, ni la de reclamación de estado del artículo 406, ni reconocimiento o acción alguna encaminada a establecer la filiación de sangre del adoptivo. Cualquier declaración o fallo a este respecto carece de valor” (art. 278).

Cabe recordar lo concerniente a los artículos citados en el ordenamiento civil sobre la maternidad disputada:

“La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. Tienen el derecho de impugnarla: 1o) El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo. 2o) Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya. 3o) La verdadera madre para exigir alimentos al hijo” (art. 335).

De otra parte, el código civil también ha previsto quienes son los terceros titulares de la acción:

“Se concederá también esta acción a toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre” (art. 337).

Igualmente, un proceso impugnatorio alrededor de la filiación del nacido podría llegar a un litigio alrededor de evidencias probatorias sobre un eventual argumento de falso parto:

“A ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aun para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad o para exigirle alimentos, o para suceder en sus bienes por causa de muerte” (art. 338).

Por tanto, en resumen, este tipo de contrato de maternidad subrogada (tal como se esta dando en el país a partir de los contratos revisados) está viciado de nulidad en cuanto la contempla el pago de una contraprestación a la madre subrogada. Para evitar ello la Corte Constitucional a partir de la jurisprudencia ha considerado que para que el contrato pueda ser válido, el elemento de gratuidad debe ser la constante lo que supone que el carácter oneroso del contrato no debería presentarse por cuanto si se entendiera oneroso se estaría cosificando tanto a la madre sustituta como al nacido, porque se entenderían como instrumento yendo en contravía del principio de dignidad humana. Se entendería que la madre no sería titular de su propio proyecto de vida sino un instrumento para lograr el desarrollo del proyecto de vida de la madre o de los padres, de la subrogada o de los subrogantes que celebran el contrato por el cual se comprometen a una remuneración con miras al cumplimiento del contrato .

En este punto, la maternidad por sustitución o maternidad subrogada supone un negocio de cifras muy altas, como comenta Santos (2011), donde la madre subrogada generalmente recibe una ínfima parte, y el resto queda en las instituciones que funcionan como “bancos” de materiales genéticos, en primer lugar, al Estado por vía indirecta a través

de los impuestos que en países donde ello está reglamentado son aplicables, y al esposo de la mujer gestante o sustituta. De acuerdo con esto se pasa del derecho de las personas para ingresar al derecho de los contratos o al de los bienes, según Santos Belandro.

Respecto al objeto del contrato resulta absolutamente claro que el mismo no podría, bajo ninguna circunstancia, estar constituido por el niño/a o por el utero de la madre gestante. En este contrato el objeto estaría dado por una obligación de hacer (no de dar al niño/a gestado). La prestación sería poner al servicio de otros (padres subrogantes que han dado su material genético, por ello uno de los requisitos en este tipo de contratos es que el material genético femenino no sea provisto por la madre gestante para evitar crear un vínculo genético) una función biológica: la gestación. Por ello es que se indica que en estricto sentido este podría ser un contrato de prestación de servicios. Si el contrato es gratuito no sería ilícito y la voluntad contractual no iría en contravía de normas de orden público.

En cuanto a la legalidad ya ha quedado establecido que no existe norma legal que prohíba este objeto contractual, máxime tratándose del préstamo de un servicio en el que se involucra el cuerpo de su titular, -en nuestro caso la gestante- pues la disposición del mismo, solo puede ser titularidad de ella.

Sin embargo, es necesario reconocer que este tipo contractual promueve importantes intereses constitucionales “como la solidaridad, la autonomía, el pluralismo, la tolerancia, la realización individual como elemento dignificante del ser humano; si ser padre contribuye a la realización de la dignidad humana de quien así lo percibe, que un Estado y una sociedad le priven de tal concepción, sería privarle su derecho a ser libre, del mismo modo, quien

participa en tal propósito disponiendo de su fuerza biológica de gestación” (Pinzón Marín, I.J. 2015)

## **CONCLUSIONES ACERCA DE LA VALIDEZ EN CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA**

La maternidad subrogada es una figura que involucra simultáneamente un problema jurídico de orden contractual y un problema derivado de la guarda de los derechos humanos de la persona natural. No obstante, como Calle (2009) expresó, la doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas. Hasta hoy, se sigue poniendo de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia con el fin de evitar la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo de este tipo, la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley y, los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas. En Colombia, debe recordarse, existe un respaldo constitucional que justificaría la aplicación del contrato de subrogación del vientre de la mujer como una institución jurídicamente aceptada bajo el “Principio de libertad reproductiva”, amparado en la constitución nacional y en distintos tratados internacionales, contemplados en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia.

Aunque en Colombia las reglas al respecto de este sensible tema no aparecen claras, si puede afirmarse que se incurre en falsedad en documento público cuando el recién nacido fuere presentado ante una notaría con el fin de registrarlo bajo un apellido diferente al de la mujer que le haya dado a luz, es decir quien alquiló su vientre. Este es un elemento en contra de la validez formal de un contrato de maternidad subrogado que antecediera al nacimiento

de un ser cuya persona y derechos si han sido reconocidos plenamente en el bloque de constitucionalidad, lo cual no obstante no valida el acto contractual de origen.

A la posibilidad descrita se agrega otra forma de delito consistente en el intento de tráfico de menores. Al producirse la entrega del nacido a la parte contratante que haya pagado una determinada suma de dinero se puede haber incurrido en posible tráfico de personas, más tipificable aun cuando se tratare de extranjeros. En el caso, es posible solo ante un juez mediante juicio de impugnación de paternidad o maternidad lograr que los contratantes, quienes alquilan el vientre, adquieran la legitimidad como padres del bebé de la contratista, lo que haría obligantes las correspondientes pruebas genéticas. En caso en los cuales la “contratista” que alquila el vientre no tiene esposo, la pareja de la contratante queda con la paternidad adelantando un proceso legal de adopción. Una tercera parte interviniente en los casos mencionados es la representada por los médicos que realizan el procedimiento, razón por la cual en la práctica los varios vacíos jurídicos existentes actualmente hacen que en Colombia los centros especializados se nieguen a realizarlo, pues no hay garantía de que luego del parto la contratista haga entrega del bebe objeto de un eventual contrato.

Cabe citar, por otra parte, lo dispuesto en la Ley 919 de 2004 (reglamentada por el Decreto 2493 del mismo año):

“(…) se prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos. Quien done o suministre un órgano, tejido o fluido corporal deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración por el componente anatómico. Ni el beneficiario del componente, ni sus familiares, ni cualquier otra persona podrá pagar precio alguno por el mismo, o recibir algún tipo de compensación” (art. 1).

De otra parte, el decreto 2493 de 2004 establece la prohibición de remuneración o cualquier tipo de compensación o retribución por la donación o suministro de un órgano o tejido, concepto dentro del cual se entienden incluidas todas las partes vivas que constituyen el organismo humano (art. 15). Es así como, en Colombia, un eventual acto de contratación de carácter oneroso para el objeto de maternidad subrogada sería causal de invalidez por el mismo motivo de su acuerdo monetario. O, de otra forma, que el contrato sería con carácter no oneroso o de gratuidad- La gratuidad u onerosidad, como reitera Vallejo (2015), “dependerá de la legislación del país en el que se pretenda ejecutar la práctica” (p. 28).

La mencionada prohibición de remuneración es retomada por la Ley 1805 de 2016 que precisó, en materia de donación de componentes anatómicos, que “Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión” (art. 17).

En resumen, en Colombia, con amparo de la sentencia T-968 de 2009 no ha sido considerada legítima la maternidad subrogada, sino la igualdad constitucional de derechos de los menores habidos dentro o fuera del matrimonio. De hecho, la sentencia hizo referencia a un caso de contratación onerosa el cual fue demandado no por esta razón sino por el incumplimiento de la parte contratista que no deseaba reconocer la tenencia del nacido por las partes contratantes. Este aspecto puede verse resuelto en cuanto al plantear un caso de similitud hipotética, pero que conlleve la existencia de la maternidad gestacional, es decir de aquella en la cual una subrogante no aporta material genético alguno, no conllevaría duda alguna de filiación en cuanto medien las evidencias científicas del tipo prueba ADN. En Colombia desde 1987, año en que se empleó por primera vez la técnica de ADN, se establece con total certeza la verdad biológica, y por ende la relación filial entre padres e hijos (Mojica,

2003). La ley 75 de 1968, sobre filiación, fue modificada por ley 721 de 2001, en su artículo 1 por las disposiciones al respecto de la filiación mediante la prueba de ADN.

Por otra parte, frente a la hipótesis de contratación entre partes, en la cual, al llegar a la etapa de cumplimiento de la entrega del objeto contractual, el recién nacido, si la madre gestante se opone a la entrega comprometida, siendo el contrato viciado de invalidez en su origen, el proceso probatorio llevaría a la definición de filiación a favor de los subrogantes. Ante la hipótesis de negación de la recepción del objeto del contrato por Caso subrogad no entrega y/o subrogantes no reciben como problemas del contrato.

De otra parte, se ha incurrido en una dudosa interpretación de orden científico que considera la maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida para el tratamiento de la infertilidad, regulada en Colombia, dejando, por otra parte, un vacío jurídico en el plano de la formalidad contractual y un espacio para la potencial tipificación delictual de algunas conductas de las partes contratante y contratista. Al plantear el contrato de maternidad subrogada con aportación de material genético por parte de la madre subrogada, la materialización de la maternidad subrogada en la forma de un contrato es, por tanto, exenta de validez y presenta vicios de nulidad dentro del ordenamiento jurídico actual en el país a partir de los problemas de filiación que podrían ser argumentados en un litigio civil.

Igualmente, no se encuentra la maternidad subrogada autorizada como figura jurídica en Colombia. Un contrato oneroso sobre esta materia se encuentra prohibido. Por tanto, un contrato de maternidad subrogada que de hecho sea comprometido entre partes sería invalidado por su carácter oneroso. Solo de manera altruista (Lamm, 2013), como es de uso en diversas partes del mundo en la actualidad, como se ha desprendido del estudio comparado en el cual al menos trece países aceptan esta modalidad, sería factible esta clase de contrato,



quedando sin embargo sujeto a las eventuales circunstancias de incumplimiento de partes, como se ha producido ya de acuerdo con lo estudiado por el tribunal constitucional en la reiterada sentencia T-968.

Cabría hacer referencia a lo que Dreyzin y Harrington (2011) comentan acerca de que, resulta esencial distinguir los supuestos en los que el contrato de gestación por subrogación tiene lugar en un Estado donde las partes se encontraban nacionalmente conectados por domicilio, residencia o nacionalidad, de aquellos en los cuales el traslado de algunas de las partes se lleva a cabo con la única finalidad de celebrar y cumplir un contrato de estas características.

En términos de un derecho consuetudinario, la contratación de maternidad subrogada resulta un hecho no desacomunado mediante acuerdos que se inician en redes publicitarias y con base en el común acuerdo de partes sin amparo en reglas jurídicas preexistentes. De tales avisos muchos se adhieren a un acuerdo, reglado o no, dentro del país y otros a acuerdos contractuales acordados fuera en otra nación, sea por facilidades legales u otras razones específicas. En ninguno de estos casos la reclamación es viable para las partes, dadas las diferencias de ordenamientos jurídicos que estarían implícitas en estos casos.

Debe suponerse que, sobre su base de invalidación jurídica en términos de acuerdos remuneratorios, objeto contractual y consecuente causa real, verdadera, pero ilícita, la costumbre de estos acuerdos no tendría base jurídica de reclamación alguna entre partes, tratándose de maternidad gestante.

Las diversas propuestas de reforma legal, a través de siete proyectos de ley cursados en las dos últimas décadas, que han buscado reglamentar los procedimientos de maternidad sustituta, o bien prohibir de manera taxativa su realización, están aún pendientes de solución

dentro del Congreso de la República, ente legislador al cual la Corte Constitucional ha exhortado la urgente regulación al respecto.

De acuerdo con lo ya expresado, al no existir normativa al respecto del tema contractual en materia de subrogación de maternidad, no es posible pensar en un desarrollo diverso a partir de la teoría general de los contratos, pues se trata de un asunto que, como lo ha expresado la Corte Constitucional, supone un contrato no se encuentra prohibido en la legislación colombiana. La misma Corte ha expresado, con base en Bernal (2012), que este tipo de acuerdo tiene más ventajas que la adopción, pues los padres genéticos serán sin duda alguna los padres jurídicos. Al respecto, con el fin de desvirtuar la presunción de maternidad por el hecho del parto, se debe aportar como documentos antecedentes del registro civil de nacimiento, el contrato de alquiler de vientre y las pruebas genéticas de filiación. Dejó la Corte por resolver el asunto de si sería válido el contrato cuando no se establece una remuneración, caso en el cual quizá se hablaría de adopción y, de acuerdo con el Código de la Infancia y Adolescencia (art. 66), el contrato estaría viciado de nulidad.

Finalmente, los proyectos presentados ante la Cámara, tanto en pro de la reglamentación de la maternidad subrogada, en el 2008, como para su eventual prohibición y reglamentación, 2016, no han dado curso positivo en el Congreso de la República. De esta forma, los dos vértices de la discusión jurídica, la legalización del contrato de maternidad subrogada y su reglamentación, en contraste con la prohibición de su práctica reglamentada, se encuentran sin resolver, lo cual significa que la incidencia última que ello está teniendo en el tema de la contratación subrogada es no solo su indefinición jurídica sino su ilicitud a la luz del derecho de familia, de clara índole no pactable. Actualmente se encuentra en curso legislativo el denominado Proyecto de Ley “Lucía”, en el cual se ha acumulado la experiencia

de diversas exposiciones de motivos y de los debates de veinte años alrededor de un tema que, como lo reconoce la doctrina internacional, y como pasa en todos los países, está en mora de reconocer la incidencia social de ciertos avances científicos sobre una realidad familiar e individual reconocida muchas de las veces como problemática que ya deja entrever claras soluciones morales y legales.

## Referencias bibliográficas

- Alarcón Peña, A. (2017). *Justicia social-justicia judicial*. Revista Principia Iuris. No. 4
- Alessandri, A. (2009). *De los contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Álvarez, C. L., & Lasarte, C. (1995). *Principios de derecho civil: Contratos* (Vol. 3). Trivium.
- Álvarez, D. y Burbano, C. (2012). *Maternidad Subrogada y Filiación a la Luz del Ordenamiento Jurídico Colombiano*. Trabajo de grado de Abogado. Santiago de Cali: Universidad de San Buenaventura. Facultad de Derecho. Recuperado de: [http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/1147/3/Maternidad\\_Luz\\_Ordenamiento\\_Alvarez\\_2012.pdf](http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/1147/3/Maternidad_Luz_Ordenamiento_Alvarez_2012.pdf).
- Amador, M. (2010). *Biopolítica y biotecnología: reflexiones sobre maternidad subrogada en India*. Nehru, India. Recuperado de [https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista\\_cs/article/view/466/1370](https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/466/1370)
- Arámbula Reyes, A. (2008). *Maternidad subrogada*, Centro de Documentación Información y Análisis, Cámara de Diputados, LX Legislatura, México
- Ávila Hernández, C. (2017) *La maternidad subrogada en el Derecho comparado*. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. *Cadernos de Dereito Actual* N° 6, pp. 313-344
- Baffone, C. (2013) *La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México*. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46(137), pp. 441-470. Recuperado de 04 de septiembre de 2015, de

[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332013000200001&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000200001&lng=es&tlng=es)

Basterra, Francisco (1987) *El dilema de 'Baby M'* Dos mujeres se disputan ante los tribunales la maternidad de un bebé gestado bajo contrato. Recuperado de: [http://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html)

Bellver Capella, J (2017) *Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista*. Cuadernos de Bioética. pp 229 -243. Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/875/87551350007/>

Bernal, A. (2015). *La familia como derecho humano de la comunidad IgBTI en Colombia*. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 18, 36, 29-46. DoI:<http://dx.doi.org/10.18359/dere.932>

Bernal, Julia (2013) *Reproducción asistida y filiación. Tres casos*. Opinión Jurídica. Universidad de Medellín, pp. 135-150. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n24/v12n24a09.pdf>

Betti, Emilio. (1975) *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Revista de Derecho Privado. Madrid.

Bolton, Raquel (2017) *Maternidad subrogada. Análisis desde la bioética*. En García, José Juan (director). Recuperado de: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/210-maternidad-subrogada>.

Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., Kin, D., Marzo, C., y Mccandless, J. (2012). *European Parliament*. Recuperado de [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOLJURI\\_ET\(2013\)474403\(SUM01\)\\_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOLJURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf)

Cadavid, K. y Barrera, A. (2016) *Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema*. Facultad de Derecho de la Universidad CES- Medellín. Recuperado de: [http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad\\_subrogada.pdf](http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad_subrogada.pdf)

Cano, H. (2001) *La maternidad subrogada en el derecho colombiano*. Trabajo de grado (Abogada). Medellín: Universidad de Medellín. Facultad de Derecho.

Carballo Piñeiro, L. (2015) *España: doctrina e interacción entre el Tribunal Supremo español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la gestación por sustitución*. Marzo 11. Recuperado de: <https://cartasblogatorias.com/2015/03/11/espana-doctrina-e-interaccion-entre-el-tribunalsupremo-espanol-y-el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-a-proposito-de-la-gestacion-por-subrogacion/>

Cardaci, D; Sánchez Bringas, Á. "*Hasta que lo alcancemos...*" *Producción académica sobre reproducción asistida en publicaciones mexicanas*. *Alteridades*, vol. 19, núm. 38, julio-diciembre, 2009, pp. 21-40

Castro, M. (2017) *Constitución y Derecho Privado*. *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes. Recuperado de: [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=293&lang=es](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=293&lang=es)

Código Civil Colombiano (2016). Bogotá: Legis.

Corti, I. (2000). *La maternità per sostituzione*. Univ. Macerata-Dip.dir.privato e del lav. Milano: Giuffré. 220p.

Cruz Palomo, J.C, Castro Ortiz, L. (2014). *La omisión legislativa en materia de contrato de alquiler de vientre materno en Colombia y consecuencias jurídicas*. Revista Criterio Jurídico Garantista. No. 11. Pág. 110- 125.

Decreto 410 (marzo 27, 1971) *Por el cual se expide el Código de Comercio*

Domínguez, J. (2015). *Fundamental proteger derechos de los niños producto de maternidad subrogada: Juez*. En: Periódico El Herald. Tabasco, México, 11 de julio. Recuperado de: <http://www.oem.com.mx/elheraldodetabasco/notas/n3875560.htm>

Dreyzin de Klor, A. y Harrington, C. (2011) *La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?*. En Revista de Derecho de Familia, octubre, pp. 301-329.

Duran Ayago, A. (2004) *El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural*. En: Calvo Caravaca, A.L. / Carrascosa, J. El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales, Madrid, COLEX, p. 298.

ElMundo (2017a) *Así son las legislaciones sobre la maternidad subrogada en otros países del mundo*. Recuperado de: <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/06/28/595279e9e5fdea501e8b467c.html>

ElMundo (2017b) *El derecho y los vientres de alquiler*. Recuperado de: <http://www.elmundo.es/opinion/2017/05/22/5921cc8e468aeb304e8b4637.html>

Esborraz, D.F. (2015) *El concepto constitucional de familia en América latina. Tendencias y proyecciones*. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia, n.º 29, julio-diciembre de 2015, pp. 15-55. doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.02>

European Parliament (2014). *Resolution of priorities and outline of a new EU policy framework to fight violence against women 2010/2209 –INI. Estambulgo.*

Recuperado de: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA2014-0126+0+DOC+XML+V0//ES>

fenómeno social por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no

Fernández, G. O., & Acosta, E. O. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Librería Temis Editorial.

Fernández, M. y Grau, C. (2015) *Relaciones de parentesco en las nuevas familias*. Disociación entre maternidad/paternidad biológica, genética y social. *Gazeta de Antropología*, artículo 02 <http://hdl.handle.net/10481/34248> Recuperado de: <http://www.gazeta-antropologia.es/?p=4660>

Flores, J. (2016). *México convertido en centro internacional de maternidad subrogada*. *Diario de Puebla*, marzo 30, periódico independiente digital. Recuperado de: [http://www.diariodepuebla.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20450](http://www.diariodepuebla.org/index.php?option=com_content&view=article&id=20450) %3Amexico-convertido-en-centro-internacional-de-maternidadsubrogada&catid=9%3Acolumnas&Itemid=5

Garrido Cordobera, L. (2010). *Transformaciones del derecho contractual y principios de libertad y autonomía*. En AA.VV, *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI* (págs. 97-122). Bogotá: Universidad Javeriana.

Gómez Sánchez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons. 204p.



- Guío Camargo, R. E. (2009). *El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Studiositas, Vol. 4 (3)
- Herrera Osorio, F. (2014). *De la autonomía de la voluntad a libertad de contratación: una revisión de la evolución del concepto*. En J. A. Bonivento Fernández, & P. Lafont Pianetta, Jurista y maestro. Homenaje a Arturo Valencia Zea (pp. 517 - 552). Bogotá: Universidad Nacional.
- Herrera, M. y Lamm, E. (2012) *Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)*. Segunda parte. abril 13. En Microjuris.com. Cita: MJ-DOC-5752-AR | MJD5752.
- Hinestrosa, F. (2015) *Tratado de las obligaciones II*. Vol.1. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Editorial Universidad Externado.
- ICBF (2013) Concepto 81 de junio 25. *Consulta sobre el Reconocimiento a la paternidad*
- Jayme, E. (2010) *Direito internacional privado e Cultura pós-moderna*. En: Cadernos do Programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS, Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Seleção de Textos da obra de Erik Jayme, volumen 1, número 1, Porto Alegre, Marzo.
- Jiménez R. & Villa, V. (2009) *Aspectos Histórico jurídicos de la institución familiar*. Editorial Universitaria del Costa. EDUCOSTA
- Lafont Pianetta, P. (2010). *Derecho de familia*. Tomo I. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional
- Lamm, E. (2012). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres (Vol. 2)*. Edicions Universitat Barcelona.

Leitao Álvarez-Salamanca, Francisca. (2015). *Los conceptos de onerosidad y gratuidad en el Código Civil chileno*. Revista de derecho (Valparaíso), (45), 85-98.  
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000200003>

López González, J. L., Mondéjar Peña, M. I., & Pérez Álvarez, M. P. (2015.). *Nuevos materiales para el estudio transversal y en abierto de los nuevos desafíos jurídicos del derecho de familia*. Madrid, España.: UAM. Departamento de Derecho Privado, Social y Económico; Facultad de Derecho. Recuperado de.  
<https://repositorio.uam.es/handle/10486/669508>

López, L. (2009) *Familias transnacionales: Oportunidad y cambio en contexto migratorio*. Editor: Universidad de Caldas. Ed. 1. Bogotá, Colombia.

Lorena, C. (2012) *Maternidad subrogada y alquiler de vientres: una realidad no legislada*. Universidad Empresarial Siglo 21. Recuperado de:  
<https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/11424/Ortellado%2C%20Claudia%20Lorena.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Miller, Jonathan (2004). *Una tipología de los trasplantes legales, utilizando la sociología, la historia del derecho y ejemplos argentinos para explicar el proceso de trasplante*. American Journal Comparative Law. Traducción de Lucas Emiliano Barreiros y Luciana Teresa Ricart.

Ministerio del Interior, India. (2012). *Regarding Surrogacy issues involving Foreigners*. Mumbai, India. Diciembre 17. Recuperado de  
<http://www.iwannagetpregnant.com/wpcontent/uploads/Surrogacy-Issues-Involving-Foreigners.pdf>

- Mojica, J. (2016) *Teoría del negocio jurídico y las obligaciones*. En: Lecciones de teoría del negocio jurídico y obligaciones. Segunda edición, Ibáñez, Universidad Santo Tomás. 326p.
- Mojica, L. (2003) *La prueba técnica ADN en los procesos de filiación*. Estudios socio – jurídicos, 5 (1), pp. 250 – 265. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co>
- Monroy Cabra, Marco G. (2003). *Derecho de Familia y de Menores*. 8 ed. Bogotá: Ediciones del profesional.
- Monroy, J.P. (2013). *Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia*. Revista Verba Iuris. Pág. 135 – 150. Bogotá.
- Naranjo, F. (2009) *Derecho civil personas y familia*. Ediciones Librería jurídica Sánchez R. LTDA. Ed. 12
- Navarro, N. (2014). *Regulación de la Maternidad Subrogada en Colombia: Análisis de la Viabilidad Jurídica en Colombia para la celebración de los contratos de gestación “Altruistas” y/o “Comerciales”*. Fac. de Derecho Universidad Cooperativa de Colombia. Recuperado de. <https://www.redsociojuridica.org/red/wp-content/uploads/2017/06/Maternidad-Subrogada.pdf>
- OMS (2018). <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/perspective/en/>  
Consultado el 10 de julio de 2018.
- Ospina, G. y Ospina, E. (2005) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- Peña, Andrea Alarcón (2017). *Sobre el valor normativo de la constitución y la constitucionalización del orden económico*. Human Rights and Universal Legal: Volume II. Editorial Autografía, 2017.

Pérez, G. y Cantoral, K. (2014) *La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el derecho mexicano. una propuesta legislativa desde la academia*. En: Revista Boliviana de Derecho, enero, No. 17. Recuperado de: <file:///C:/Users/Home/Downloads/DialnetLaDignidadDelMenorEnCasoDeLaMaternidadSubrogadaEnE-4787332.pdf>

Pinzón Marín, I.J. (2015) *Filiación y contratos de gestación de vida humana por sustitución de vientre: un análisis ético-jurídico*. Tesis de maestría. Universidad Javeriana. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/16003/PinzonMarinInesYohanna2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Pinzón, I.; Rueda, E. y Mejía, O. (2015) *La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre*. Revista de Derecho y Genoma Humano. No. 43, julio-diciembre, pp. 83-122. Recuperado de: [http://www.javeriana.edu.co/documents/4578040/4715782/RevDerechoyGenomaH\\_83-122/dd919031-4548-4978-945a-d81b480f3cd9](http://www.javeriana.edu.co/documents/4578040/4715782/RevDerechoyGenomaH_83-122/dd919031-4548-4978-945a-d81b480f3cd9)

Proyecto de ley 026 (julio 26, 2016) *Por medio de la cual se prohíbe el alquiler de vientres con fines de lucro en Colombia y se reglamenta su práctica*, Cámara.

Proyecto de ley 088 (2017) *Por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones*. Senado.

Proyecto de ley 196 (diciembre 1 de 2008) *Reglamentación en todo el territorio nacional de la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida*, Cámara.

Quiceno, G. & Rodríguez, R. (2012) *Las relaciones familiares en el siglo XXI*. Universidad la Gran Colombia. Ed. 1. Bogotá, Colombia

Real Academia Española (2014). *Diccionario*. 23 ed. Madrid.

Regalado Torres. M.D. (2016) *Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada*. Femeris.No. 2. Pág. 10 – 34.

Restrepo, C. (2012) *Apuntes sobre obligaciones*. Editorial Bonaventuriana. 282p.

Rodríguez, C. & Martínez, K. (2012). *El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense*. Rev. derecho (Valdivia) [online]. vol.25, n.2, pp. 59-81

Rojas, J. (2015). *Maternidad Subrogada*. Recuperado de: <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php>

Romero-Maldonado, S., Arroyo-Cabrales, L. M., & Reyna-Ríos, E. R. (2010). *Late premature consensus*. *Perinatología y Reproducción Humana*, 24(2), pp. 124-130.

Sánchez Aristi, R. (2010). *La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos*. Humanista humanidades médicas. (49), pp. 13-38. Madrid, España

Sánchez Torres, Fernando (2017). *La justicia distributiva: se legisló sobre un asunto que tiene repercusiones gravosas en el presupuesto de la salud*. En: El Tiempo, periódico, julio 18.

Santamaría Solís, L. (2000) *Cuadernos de bioética*. Recuperado de: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>, Recuperado 20 de junio de 2018.

Santos Belandro, R. (2009) *Derecho Civil Internacional y de Familia*, Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo.

Santos Belandro, R. (2011) *La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella*. En Suplemento de Derecho

- Internacional Privado y de la Integración, del 25 de noviembre. Citado: elDial.com - DC1762.
- Scotti, Luciana (2012) *El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”:* una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Pensar en derecho*, año 1, No. 1, pp. 267-290
- SDS (2002) *Concepto 220-76387 Superintendencia de Sociedades*. [www.supersociedades.gov.co /conceptos/2000/00](http://www.supersociedades.gov.co/conceptos/2000/00). Consulta septiembre 13
- SMI (2017) *Legal Concerns For Surrogacy*. Recuperado de: <https://www.surrogatemothers.com/?s=legality>
- Suárez, R. (2013) *Derecho de Familia. Tomo II: Filiación: Régimen de los incapaces*. Bogotá: Editorial Temis S.A. Cuarta Edición.
- Todorova, V. (2010) *Recognition of Parental Responsibility: Biological Parenthood v. Legal Parenthood, i.e. Mutual Recognition of Surrogacy Agreements: What is the Current Situation in the MS? Need for EU Action?*, Institute for Legal Studies, Bulgarian Academy of Sciences, Bulgaria. Recuperado de: <http://www.europarl.europa.eu/studies>
- Torres Ávila, J. (2013). *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*. Bogotá. Usta ediciones.
- Valencia Zea, A. (1990) *Derecho civil Tomo III. De las obligaciones*. Octava edición. Editorial Temis. Bogotá - Colombia.
- Valencia, R., Alvarez, C., Salazar, D., y Ibarguen, L. (2010). *¿Cuál es el papel del derecho frente a las técnicas de la maternidad subrogada?* Antioquia, Colombia. Recuperado de: <http://maternidadsubrogadainvestigacionuco.blogspot.com.co/> Wallis

Vallejo, V. (2015) *El concepto de maternidad subrogada en Colombia*. Universidad de San Buenaventura, Cali. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Recuperado de: [http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/3029/1/Concepto\\_maternidad\\_subrogada\\_vallejo\\_2015.pdf](http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/3029/1/Concepto_maternidad_subrogada_vallejo_2015.pdf)

Vela Sánchez, A.J. (2011) *La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler*, Diario La Ley, núm. 7608, Sección Doctrina, 2 de abril, Año XXXII, pp. 1-15.

Vela, J.A. (2012) *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares. Granada, pp. 37-96

Vélez, G. A. M. (2005). *El arrendamiento de vientre en Colombia*. Universidad de Medellín.

Vera, E. (2003) *Responsabilidad civil en conflictos materno-fetales en madres delegadas o por encargo*. Trabajo de grado (Abogado). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana. Facultad de Derecho.

Vilar, S. (2014) *Situación actual de la Gestación por Sustitución*. En: Revista de Derecho UNED, No. 14. Recuperado de: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/13293/12164>

Wallis, L. (2013). *La multimillonaria y polémica “fábrica de bebés” en India*. BBC MUNDO. Recuperado de [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/130726\\_sociedad\\_india\\_fabrica\\_bebés\\_jp](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/130726_sociedad_india_fabrica_bebés_jp)

Normativa

Ley 57 (1887) *Código Civil Colombiano*.

Ley 721 (diciembre 24, 2001) *Por la cual se modifica la ley 75 de 1968 (prueba de ADN para filiación)*.

Ley 985 (agosto 26, 2005) *Por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma.*

Ley 919 (Diciembre 22, 2004) *Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico.*

Ley 1060 (julio 26, 2006) *Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad.*

Ley 1805 (Agosto 4, 2016) *Por medio de la cual se modifican la ley 73 de 1988 y la ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones.*

Sentencias

Sentencia C-591 de 1995

Sentencia C-597 de 1998

Sentencia C-355 de 2006

Sentencia T-968 de 2009

Sentencia T-644 de 2010

Sentencia T-528 de 2014

Sentencia C-327 de 2016

Sentencia T-512 de 2003

Sentencia T-752 de 2007

Sentencia T-605 de 2007

Sentencia T-946 de 2007

Sentencia T-870 de 2008

Sentencia T-857 de 2009

Sentencia T-424 de 2009



Sentencia T-249 de 2010

Sentencia T-550 de 2010

Sentencia T-226 de 2010

Sentencia T-550 de 2010

Sentencia T-525 de 2011

Sentencia T-899 de 2012

Sentencia T-924 de 2013

Sentencia T-528 de 2014

Sentencia T-009 de 2014

Sentencia C-131 de 2014

Sentencia T-273 de 2015

Sentencia T-274 de 2015

Sentencia T-398 de 2016