

# NATURALEZA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA O POR SUSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO EN COLOMBIA<sup>1</sup>

## LEGAL NATURE OF MATERNITY SUBROGATED OR BY SUBSTITUTION WITHIN THE FRAMEWORK OF THE LEGAL BUSINESS THEORY IN COLOMBIA

*Gustavo Andrés Lobo Garrido\**

**Recibido:** octubre 1 de 2018–**Aprobado:** octubre 31 de 2018–**Publicado:** junio 3 de 2019

### Artículo de investigación

**Forma de citar este artículo en APA:**

Lobo Garrido, G. (enero-junio, 2019). Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada o por sustitución en el marco de la teoría del negocio jurídico en Colombia. *Summa Iuris*, 7(1), pp. 78-96. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3276>

### Resumen

Ante el vacío normativo existente en Colombia, la naturaleza jurídica del acuerdo de voluntades, que tiene por objeto llevar a cabo la *maternidad subrogada o por sustitución*, ha generado bastante controversia, especialmente con el análisis de los presupuestos de su existencia, validez y eficacia en el marco de la *teoría del negocio jurídico*. En efecto, la identificación de los elementos de existencia y de validez del referido acuerdo, especialmente la determinación de lo que constituye el objeto y la causa del negocio, ha originado una discusión sobre su viabilidad jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano. Debido a lo anterior, se hace imperativo analizar la viabilidad jurídica de este negocio con el fin de pegonar su permisión o prohibición.

La presente investigación plantea la importancia de analizar el negocio jurídico de la maternidad por sustitución o subrogada con el fin de identificar su naturaleza jurídica en el marco de la teoría del negocio jurídico. A partir de la identificación y análisis de sus presupuestos de existencia y validez, se demostrará que el contrato de maternidad por sustitución es válido jurídicamente de acuerdo a la normatividad vigente en Colombia.

<sup>1</sup> El presente artículo hace parte del proyecto de investigación: El negocio jurídico de maternidad por sustitución: directivas para su regulación en el ordenamiento colombiano, el cual hizo parte del programa de maestría en Derecho Contractual Público y Privado, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás de Bogotá, 2018.

\* Magíster en Derecho Contractual Público y Privado, Especialista en Derecho Administrativo y Abogado, de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Correo electrónico: [gustavolobo20@gmail.com](mailto:gustavolobo20@gmail.com)

La presente investigación es de tipo dogmático-teórica jurídica. Se empleó una metodología cualitativa documental y se tomó como base cada uno de los objetivos específicos planteados en el proyecto de investigación.

La metodología cualitativa y la estrategia de investigación analítica, descriptiva y conceptual fueron fundamentales para la realización del estudio.

Para el procesamiento y análisis de la información se tomó como base el modelo guía de "Sistematización de la Información Documental", mediante el cual se recolectó la información de manera precisa y ordenada, destacando los puntos claves y esenciales que fueron de gran utilidad y provecho para el desarrollo de la presente investigación y la obtención de resultados.

## Palabras clave

Reproducción Humana; Contratos; Derechos reproductivos; Acuerdo bilateral; Maternidad Subrogada.

## Abstract

Given the regulatory vacuum in Colombia, the legal nature of the agreement of wills that has as its object to carry out Surrogacy or Substitution has generated considerable controversy, especially with the analysis of the budgets of its existence, validity and effectiveness within the framework of The Theory of Legal Business. In effect, the identification of the elements of existence and validity of the referred agreement, especially the determination of what makes up the object and the cause of the business, has led to a discussion on its legal viability in the Colombian Legal System. The foregoing denotes the need and importance of analyzing the legal viability of this business to proclaim its permission or prohibition.

The present investigation is of a dogmatic-legal theoretical type, where a qualitative documentary methodology was used and each of the specific objectives set out in the research project was taken as a basis.

The research strategy used is analytical, descriptive and conceptual, and together with the qualitative methodology, it was fundamental for the realization of the study.

For the processing and analysis of the information, the guiding model of "Systematization of the Documentary Information" was taken, through which the information was collected in an accurate and orderly manner, highlighting the key and essential points that were very useful and useful. for the development of the present investigation and the obtaining of results.

## Keywords

Human reproduction; Contracts; Reproductive rights; Bilateral agreement; Surrogate motherhood

# INTRODUCCIÓN

El desarrollo científico y tecnológico ha permitido la utilización de diferentes *técnicas de reproducción humana asistida*, como métodos alternativos para la procreación de seres humanos y la superación a los problemas anatómicos, biológicos, funcionales y/o fisiológicos que acongojan a quienes los padecen y les impiden para llevar a cabo su proceso procreativo de manera biológica o natural con éxito. El auge de estas técnicas ha permitido que la concepción humana pueda prescindir del acto sexual o de la relación coital y ser lograda mediante procedimientos científicos que posibilitan el encuentro de gametos femeninos y masculinos con fines reproductivos. En este escenario nace lo que se denomina la maternidad por sustitución o subrogada, la cual, aunque no es en sí misma una técnica de reproducción humana asistida autónoma, es una particular aplicación de varias de estas técnicas, en especial: inseminación artificial y fecundación in vitro (Souto Galván, 2005, p. 277). Así pues, a partir de este tipo de procedimientos, se han derivado negocios jurídicos para su celebración y ejecución, en donde las partes contratantes manifiestan su voluntad de manera clara e intencional y adquieren derechos y obligaciones recíprocas.

En Colombia, la mencionada técnica de reproducción humana asistida, así como todas las demás existentes (inseminación artificial, fecundación in vitro, inyección intracitoplasmática de un espermatozoide (ICSI), transferencia intratubárica de gametos (GIFT) e inseminación intrauterina), no cuentan con una normatividad que desarrolle y establezca los parámetros, exigencias, formalidades, condiciones y límites para su procedimiento y ejecución, por lo que su práctica se ha llevado a cabo sin ningún control legislativo. La ausencia de regulación plantea un problema de incertidumbre jurídica sobre la validez de los negocios que de ellas se originan a la luz de la normatividad actual, especialmente, de la teoría del negocio jurídico. Lo anterior refleja la urgente necesidad de ajustar, actualizar y adoptar la legislación a los nuevos paradigmas y realidades técnico-científicas.

## LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN O SUBROGADA

Se conoce como maternidad por sustitución, subrogada o de alquiler de vientre/útero al acto reproductor mediante el cual una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez el embarazo llega a término, entregar el recién nacido al comitente o comitentes y renunciar a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado (Sánchez Arísti, 2010). La mujer que recibe este encargo (mujer subrogada, madre subrogada o portadora) está sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual, además de gestar y entregar la criatura, debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este (madre subrogante, contratante o comitente) (Sánchez, 1994, p. 136). De acuerdo con lo anterior, se identifican las características esenciales del presente acuerdo, a saber: (a) la gestación, alumbramiento y entrega del hijo encargado a favor del comitente; (b) la cesión de los derechos sobre el recién nacido por parte de la mujer subrogada y, (c) el reconocimiento del hijo encargado por parte de los comitentes (Silva Salcedo, 1996, p. 18).

Así mismo, la maternidad subrogada o alquiler de vientre alberga las siguientes modalidades:

### MODALIDADES DE EJECUCIÓN

Según la aportación de los gametos:

1. Maternidad por simple sustitución: conocida también como “subrogación total o tradicional”. Consiste en que la mujer que gesta y que da a luz aporta al proceso su material genético, puesto que, es la productora del óvulo fecundado (Alarcón Rojas, 2009, p. 130).
2. Maternidad por sustitución en la gestación: conocida también como “subrogación parcial o meramente gestacional”. Consiste en que la mujer que gesta y que da a luz no aporta al proceso su material genético, ya que no es la productora del óvulo fecundado (Alarcón Rojas, 2009, p. 130).

De acuerdo con el fin, la gestación puede ser:

1. Subrogación altruista: se presenta cuando la madre gestante acepta llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada de manera gratuita por lazos de amor, amistad o parentesco con la pareja contratante (Ramírez & Figueroa, 2011, p. 1341).
2. Subrogación onerosa: en esta modalidad la madre gestora recibe de la pareja contratante una contraprestación por concluir el embarazo y entregar el producto de la concepción al nacer (Martínez-Martínez, 2015, p. 361).

Ahora bien, quienes intervienen en esta técnica reproductiva materializan jurídicamente su manifestación de voluntad mediante la celebración de un contrato, por el cual buscan adquirir derechos y contraer obligaciones mutuas. Así pues, dentro del contrato de maternidad en sustitución se reflejan dos partes contratantes: una pareja comitente deseosa de tener un hijo y una mujer (mujer subrogada, madre subrogada o portadora) que acepta adelantar un embarazo a cuenta y riesgo de la pareja comitente (Marín, Barrera & Patiño, 2015).

Como consecuencia de su práctica generalizada, se han identificado las principales obligaciones de las partes que intervienen en el acuerdo que tiene por objeto llevar a cabo la maternidad por sustitución, a saber:

## OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRATANTES

Obligaciones de la madre subrogada:

- Prestar el servicio de gestación: consiste en someterse al procedimiento de transferencia de embriones hasta quedar embarazada. Una vez embarazada, deberá adoptar todos los cuidados propios de una mujer en dicho estado. Así mismo, deberá cuidar y mantener el embrión que le ha sido implantado a fin de que su desarrollo sea normal. Finalmente, deberá someterse a todos los requerimientos obstétricos, quirúrgicos y médicos que se requieran para llevar el parto a buen término (Silva Salcedo, 1996, p. 260).

- Entregar la criatura que se gestó en su útero en el tiempo y lugar convenidos (Silva Salcedo, 1996, p. 262).
- Ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como la madre de este (Sánchez, 1994).

#### Obligaciones de la madre o pareja subrogante:

- Pagar el valor convenido (Silva Salcedo, 1996, p. 263).
- Pagar las demás expensas y gastos en que deba incurrir la madre subrogada para cumplir debidamente sus propias obligaciones (Silva Salcedo, 1996, p. 263).
- Recibir al hijo recién nacido (Sánchez, 1994).

## NATURALEZA JURÍDICA DEL NEGOCIO JURÍDICO DE LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN O SUBROGADA

En Colombia, la maternidad por sustitución o subrogada carece de una normatividad que reglamente los requisitos, parámetros, formalidades y procedimientos para su celebración y ejecución. En consecuencia, sus estipulaciones se pactan bajo el principio de la libertad contractual consagrado en el postulado de la autonomía privada de la voluntad de los contratantes del artículo 1602 del Código Civil, por lo que podrá presentar, en cada caso, características particulares y diversas modalidades de desarrollo y contenido (Marín, Barrera & Patiño, 2015). De esta manera, al no estar tipificado dentro del ordenamiento jurídico colombiano, es posible catalogarlo como un contrato atípico e innominado<sup>2</sup>. Considerando lo anterior, se procederá a analizar la admisión y validez del acuerdo que tiene por objeto llevar a cabo la maternidad por sustitución a partir de la identificación y análisis de sus presupuestos de existencia y validez en el marco de la teoría del negocio jurídico, como se indica en el artículo 1502 del Código Civil.

<sup>2</sup> El principio de la libertad contractual consignado en el postulado de la autonomía privada permite a los particulares buscar consecuencias en derecho, es decir, ejercitar potestad normativa que puede encuadrar o no en una categoría normada, dando lugar a clasificar los contratos en típicos y atípicos con la diferencia esencial que lo atípico también produce sus efectos jurídicos y tiene su propia disciplina de regulación (Arrubla Paucar, 2004, p. 25).

## PRESUPUESTOS O CONDICIONES DE EXISTENCIA Y VALIDEZ

### CAPACIDAD

Para la celebración del acuerdo que tiene por objeto llevar a cabo la maternidad por sustitución, será necesario que las partes intervinientes cuenten con capacidad legal o de ejercicio. En consecuencia, solo las personas mayores de edad podrán celebrar el presente acuerdo y realizar la referida técnica reproductiva (Marín, Barrera & Patiño, 2015). No se exigen calidades o condiciones calificadas para las partes contratantes, ya que, actualmente, no se cuenta con una disposición normativa que lo imponga.

### CONSENTIMIENTO LIBRE DE VICIOS

Considerando que la técnica reproductiva de la maternidad por sustitución resulta ser un tratamiento médico, será indispensable el otorgamiento del consentimiento de manera previa, libre, informada y expresa de las partes intervinientes<sup>3</sup>, en el que se les den a conocer las implicaciones del procedimiento, sus beneficios y riesgos, de tal manera que adquieran la autonomía suficiente para decidir si se someten o se rehúsan al tratamiento médico con los beneficios o riesgos que este implique. En efecto, en los artículos 1º y 15º de la Ley 23 del 18 de febrero de 1981, Código de Ética Médica<sup>4</sup>, se establece que “el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas curativas y de rehabilitación correspondientes (...).” De modo que: “(...) Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.

<sup>3</sup> Según la doctrina, se entiende por consentimiento informado el proceso que surge en la relación médico-paciente, por el cual este último expresa su voluntad y ejerce por tanto su libertad al aceptar someterse o rechazar un plan, diagnóstico terapéutico, de investigación, etc., propuesto por el médico para actuar sobre su persona, y todo ello tras haber recibido información suficiente sobre la naturaleza del acto o actos médicos, sus beneficios y riesgos y otras alternativas que existen a la propuesta (Rodríguez López, 2004, p. 115).

<sup>4</sup> Código de Ética Médica [CEM]. Ley 23 de 1982. Artículos 1 y 15. febrero 18 de 1982 (Colombia).

De acuerdo con lo anterior y para efectos de pregonar la existencia y validez del contrato que se examina, el consentimiento declarado por las partes deberá ser consiente, exento de error, fuerza y dolo y, además, deberá otorgarse de manera previa, libre, informada y expresa, prestando especial relevancia a las implicaciones, beneficios y riesgos que puede acarrear el tratamiento médico.

## CAUSA LÍCITA

Como requisito de existencia, es necesario que la causa sea real, es decir, que exista. En el acuerdo sub-examine, existe un motivo para ambas partes contratantes:

- Para la madre o pareja subrogante será el deseo de tener descendencia (Silva Salcedo, 1996), es decir, materializar el derecho a la reproducción, porque la maternidad subrogada estará reservada exclusivamente para aquellos casos en donde la madre comitente se encuentra fisiológicamente impedida para gestar. De manera que la vanidad, la estética, las circunstancias laborales, el solo arbitrio, la situación económica, entre otros, no podrían ser los motivos que induzcan a la comitente a la celebración de este negocio jurídico (Alarcón Rojas, 2009, p. 113).
- Para la madre subrogada es posible que su móvil para celebrar el contrato sea el deseo de ser altruista, su instinto maternal, o bien, su interés por el dinero que recibirá (Silva Salcedo, 1996, p. 256).

Como requisito de validez, es primordial que la causa, además de ser real, sea lícita, es decir, no debe ser contraria a los postulados que establece el ordenamiento jurídico. En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa a la realización de acuerdos de maternidad por sustitución, de manera que su práctica no puede adolecer de nulidad por causa ilícita en tanto no están prohibidas expresamente por la ley (Marín, Barrera & Patiño, 2015, p. 105). En efecto, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que prohíba de manera expresa la celebración del contrato de alquiler de vientre como medio posibilitante de la procreación humana.

Tampoco existe una norma reguladora que atenúe, limite o restrinja su eficacia jurídica. En tales condiciones, es factible la aplicación del principio general según el cual los particulares estamos facultados para celebrar todos los actos jurídicos que no estén expresamente prohibidos por las normas y que no desconozcan normas imperativas (Marín Vélez, 2005, pp. 144-145).

## OBJETO LÍCITO

Para comprobar lo que constituye el objeto del contrato que se estudia, será necesario identificar la principal prestación de las obligaciones que pactan las partes contratantes y si se trata de obligaciones de dar, hacer o no hacer. Determinado lo anterior, se definirá lo que constituye el objeto del contrato de maternidad por sustitución.

La principal obligación asumida por la madre o pareja subrogante consiste en sufragar los costos y demás expensas razonables que se generen con ocasión del tratamiento médico. Aunque la consecuencia final del contrato es el nacimiento de un menor, las prestaciones a las que se obligan las partes no se orientan a comprar un recién nacido, sino a realizar una técnica de reproducción humana asistida que, como cualquier tratamiento médico, implicará unos gastos que deberá asumir la mujer o pareja solicitante. En consecuencia, se trata de una obligación de dar, exactamente, una suma de dinero.

En segundo lugar, la principal obligación que adquiere la madre subrogada consiste en prestar el servicio de gestación (Silva Salcedo, 1996, p. 243), es decir, constituye una obligación de hacer. Ahora bien, se advierte que el útero es un órgano del cuerpo humano y, por tanto, es un bien que no puede ser objeto de comercio, pero debe considerarse que la operación que lleva inversa el acuerdo de voluntades en el presente contrato no busca colocarlo en venta ni en alquiler, pero sí es su función biológica de gestación la que se convierte en objeto del negocio jurídico (Marín, Barrera & Patiño, 2015, p. 110). En efecto, el ordenamiento jurídico reconoce y ampara negocios en donde su objeto lo constituye la fuerza

física, fuerza intelectual o fuerza de trabajo del cuerpo humano, por lo que es viable pregonar la capacidad biológica para gestar como objeto del contrato sub-examine (Alarcón Rojas, 2009, p. 131).

Identificada la prestación de las obligaciones a las que se obligan las partes contratantes en virtud del contrato de maternidad por sustitución, se concluye que el objeto del contrato que se estudia es una obligación de hacer, en este caso, poner al servicio de otra persona la propia función biológica de la gestación, lo cual resulta jurídicamente válido porque cumple con los requisitos que exigen los artículos 1517 y siguientes del Código Civil, como se demostrará a continuación:

- El servicio de gestación existe y es físicamente posible, es decir, no es contrario a las leyes de la naturaleza que una mujer sobre lleve un embarazo (Silva Salcedo, 1996, p. 243).
- Es posible desde el punto de vista jurídico porque no existe una norma imperativa de orden público que la prohíba (Marín Vélez, 2005, p. 144) y, además, no vulnera ni transgrede los derechos o la integridad de las partes que intervienen en ella, por lo que este acto de disposición que una mujer ejerce sobre su cuerpo no contraría las disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano.
- Es determinado, se centra en obtener un servicio, el de gestación.

Es importante señalar que no resulta posible pregonar la validez del presente acuerdo de voluntades en todas las modalidades de ejecución que tiene la maternidad por sustitución según la aportación de los gametos, a saber: simple sustitución o sustitución en la gestación. En efecto, solo la segunda modalidad podrá ser admitida a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, ya que el negocio jurídico que consiste en que una mujer se obliga a entregar su hijo biológico -lo es porque lleva su información genética y ella es la productora del óvulo fecundado- contendría un objeto ilícito. En este supuesto, el ser humano que se gestaría, o que está en gestación, se convertiría en la cosa o materia sobre la que recaería el contrato y los seres humanos no pueden ser objeto de ningún negocio jurídico (Alarcón Rojas, 2009, p. 130).

En consecuencia, a la luz de la normatividad colombiana, un contrato de maternidad por simple sustitución estaría viciado de nulidad absoluta por ilicitud en su objeto, ya que se estaría celebrando un negocio jurídico prohibido por la Constitución Política de Colombia<sup>5</sup> (Alarcón Rojas, 2009, p. 131). A contrario sensu, el contrato de maternidad por sustitución en la gestación no estaría viciado de nulidad, puesto que la mujer gestante no se obliga a entregar un hijo biológico, sino, como ya se dijo anteriormente, a prestar un servicio que consiste en gestar un embrión fecundado sin su información genética, es decir, sin sus óvulos, lo cual sí resulta viable jurídicamente.

## CONCLUSIONES

Los avances tecnológicos y científicos han tergiversado la concepción de lo que tradicionalmente se conoce como la reproducción humana. Métodos inimaginables de superación a los problemas de infertilidad que sufren ciertas personas para llevar a cabo su proceso procreativo de manera natural, les ha permitido materializar su derecho a la reproducción y conformar una familia mediante la concepción, gestación y alumbramiento de un ser humano concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida. No obstante, la ausencia de reglamentación de estas prácticas en Colombia ha generado un problema de incertidumbre jurídica relacionada con la validez de los negocios jurídicos que de ellas se derivan y de los parámetros, exigencias, formalidades, condiciones y límites que deben aplicarse para su correcto procedimiento y ejecución. Este es el caso de los acuerdos que nacen con ocasión de la práctica de la maternidad subrogada o por sustitución, una técnica particular de reproducción humana asistida<sup>6</sup> en la cual, ante la ausencia de regulación normativa, las partes contratantes estipulan y pactan las condiciones del negocio bajo el principio de la libertad contractual consagrado en el postulado de la autonomía privada de la voluntad, como se estipula en el artículo 1602 del Código Civil.

<sup>5</sup> Artículo 17 Constitución Política de Colombia.—“Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas”.

<sup>6</sup> La maternidad por sustitución, como se señaló al inicio de la presente investigación, no es en sí misma una técnica de reproducción humana asistida autónoma, ya que su práctica se desarrolla mediante el empleo de otras técnicas como la inseminación artificial o fecundación in vitro, por lo que es viable aseverar que la maternidad por sustitución es una particular aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

De conformidad con la normatividad vigente en Colombia, el contrato de maternidad por sustitución o subrogada se cataloga como un contrato atípico e innominado, puesto que no se encuentra descrito en un tipo legal concreto ni se prevén los supuestos de hecho que la misma práctica encarna. Sin embargo, a partir de la identificación y análisis de sus presupuestos de existencia y validez en el marco de la teoría del negocio jurídico, el contrato de maternidad por sustitución resulta jurídicamente válido, como se verá a continuación:

**Capacidad:** normativamente no se exigen calidades o condiciones calificadas para la celebración de este tipo de negocios jurídicos, en consecuencia, las partes contratantes deberán contar con capacidad legal o de ejercicio, es decir, deberán ser mayores de edad.

**Consentimiento libre de vicios:** considerando que la técnica reproductiva de la maternidad por sustitución resulta ser un tratamiento médico, será indispensable que el otorgamiento del consentimiento de las partes contratantes sea consiente, exento de error, fuerza y dolo y, además, que sea otorgado de manera previa, libre e informada.

**Causa lícita:** en primer lugar, como requisito de existencia, el motivo del negocio para la madre o pareja subrogante lo constituirá el deseo de tener un hijo genéticamente suyo, es decir, materializar su derecho a la reproducción, reservado exclusivamente para aquellos casos en donde la madre comitente sufre de problemas de infertilidad y es incapaz de llevar a cabo el embarazo. Por consiguiente, si el motivo que induce a la mujer a celebrar el presente contrato es otro (verbigracia la vanidad, la estética, las circunstancias laborales, entre otras) el contrato estará viciado de nulidad absoluta por ilicitud en su causa. Por su parte, el móvil de la madre subrogada deberá ser el deseo de ser altruista o su instinto maternal, es decir, el acto no puede tener un fin lucrativo, por lo que el contrato de maternidad por sustitución deberá ser siempre gratuito o, en otras palabras, sin ánimo de lucro<sup>7</sup>. En segundo lugar, como requisito de validez, la causa del presente negocio no resulta ser ilícita, ya que el ordenamiento jurídico colombiano no contempla una prohibición expresa para su práctica o una disposición que limite o restrinja su eficacia jurídica.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T – 968 de 2009. M.P.: María Victoria Calle Correa. Exp.: T-2220700.

**Objeto lícito:** de acuerdo con la prestación de las obligaciones que pactan las partes contratantes en el presente negocio y considerando los requisitos de validez que debe reunir el objeto de toda obligación, como se indica en los artículos 1517 y siguientes del Código Civil, se comprueba que el objeto del contrato de maternidad por sustitución está constituido por:

1. Por parte de la madre o pareja subrogante, una obligación de dar, exactamente, dar una suma de dinero correspondiente a los costos y demás expensas razonables que se generan con ocasión del tratamiento médico.
2. Por parte de la madre o mujer subrogada, una obligación de hacer consistente la prestación del servicio de gestación, encargándose de gestar un embrión que le será implantado mediante una técnica de reproducción humana asistida.

Ahora bien, la prestación del servicio de gestación cumple con los parámetros exigidos por la ley civil porque: (a) desde el punto de vista material, el servicio de gestación existe y es físicamente posible, no es contrario a las leyes de la naturaleza que una mujer sobrelleve un embarazo; (b) desde el punto de vista jurídico, es posible por las siguientes razones:

1. No existe una norma imperativa de orden público que la prohíba o una disposición que limite o restrinja su eficacia jurídica.
2. No vulnera ni transgrede derechos o la integridad de las partes que intervienen en ella.

Y (c) es determinado, se centra en obtener un servicio, el de gestación.

Por otra parte, no es posible afirmar que el objeto del contrato de maternidad por sustitución lo constituye el útero o vientre de la madre subrogada o el embrión o feto que nacerá mediante el procedimiento médico, porque, aunque la consecuencia final del contrato que se estudia es el nacimiento de un menor, las prestaciones a las que se obligan las partes

no se dirigen a comprar un recién nacido, es decir, no se trata de una obligación de resultado en la que la mujer subrogada garantiza el nacimiento y entrega de un ser humano.

En efecto, las obligaciones que adquiere la mujer subrogada son de medio, pues deberá poner su máxima diligencia, prudencia y cuidado en la prestación del servicio de gestación de un embrión que le será implantado mediante una técnica de reproducción humana asistida. Sostener lo contrario convertiría al ser humano que se gestaría, o que está en gestación, en el objeto del contrato, lo que sí resultaría contrario a la Constitución y, por ende, generaría la nulidad absoluta del contrato en mención por objeto ilícito. Además, la mujer subrogada o gestante no busca ofrecer su útero o vientre en venta o en alquiler, en cambio, ofrece la capacidad biológica de gestación que el mismo órgano posee para permitir la gestación de un embrión que le será implantado.

Es primordial señalar que solo será válida la modalidad de maternidad subrogada en la que la madre subrogada no aporta su material genético (maternidad por sustitución en la gestación) porque si lo aporta (maternidad por simple sustitución), se estaría comprometiendo a entregar su hijo biológico, lo cual sí se encuentra prohibido en el ordenamiento jurídico por constituir trata de seres humanos.

Una vez identificados y analizados los presupuestos de existencia y validez del contrato de maternidad subrogada o por sustitución, se describen a continuación las características que lo individualizan, y constituyen, en última instancia, los criterios y lineamientos que orientarán al legislador colombiano a conformar una legislación propia, adecuada y conveniente para Colombia:

- Se trata de un contrato de prestación de servicios en el cual se contrata el servicio de gestación de la mujer gestante o subrogada.
- Partes contratantes: de un lado, el(los) comitente(s) que pueden ser parejas heterosexuales, homosexuales, casadas o en unión marital de hecho o personas solteras que sufren de problemas fisiológicos para concebir; y, de otra parte, una mujer (mujer subrogada, madre subrogada o portadora) que acepta prestar su servi-

cio de gestación de un embrión que le será implantado mediante una técnica de reproducción humana asistida. La mujer subrogada o gestante no puede aportar al proceso su material genético, es decir, no podrá ser la productora del óvulo fecundado.

- Serán obligaciones de la mujer subrogada, principalmente: (a) prestar el servicio de gestación, (b) adoptar todos los cuidados propios de una mujer en estado de gravidez, (c) someterse a todos los exámenes médicos que sean necesarios para el normal desarrollo del embrión y (d) hacer entrega del recién nacido en el tiempo y lugar convenido.
- Serán obligaciones de la mujer o pareja subrogante, principalmente: (a) aportar al tratamiento médico su material genético, es decir, deberá ser la productora del óvulo fecundado; (b) pagar los costos y demás expensas razonables que se generen con ocasión del tratamiento médico y (c) recibir al recién nacido en el tiempo y lugar convenido.
- Solo podrán contratar los servicios de gestación de una mujer aquellas personas que sufren de problemas de infertilidad y son incapaces de concebir (causa lícita del negocio).
- El objeto lo constituye la prestación de un servicio que consiste en poner a disposición la capacidad biológica de gestación de la mujer gestante o subrogada para adelantar el embarazo de quien(es) será(n) hijo(s) de los comitentes.
- El contrato deberá ser solemne, por lo que tendrá, entre otras, ciertas formalidades especiales como: (a) constar por escrito, (b) deberá suscribirse ante notario público y (c) deberá estar firmado por las partes contratantes y por el médico quien llevará a cabo el tratamiento.
- El contrato deberá ser gratuito, la mujer subrogada o gestante no puede tener como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.

- Se deberán incorporar dentro del contrato cláusulas que establezcan el tipo de procedimiento médico de transferencia de embriones que se practicará, especificando el número de intentos para su práctica y los tiempos para su realización.
- El médico tratante tendrá una especial responsabilidad en darle a conocer a la mujer gestante o subrogada las implicaciones, beneficios y riesgos del procedimiento médico antes, durante y después de la implantación del embrión, deber que se mantendrá durante la gestación y posterior nacimiento.
- Si la madre subrogada o gestante se niega a hacer entrega del menor nacido, deberá indemnizar a la mujer o pareja comitente o subrogante por todos los gastos derivados del contrato, sin perjuicio de las acciones civiles que estos últimos puedan adelantar.
- El consentimiento de la mujer o pareja comitente o subrogante será irrevocable, por lo que no podrán rechazar al hijo que nace mediante el presente procedimiento.

Sin embargo, mientras no exista un régimen legislativo que reglamente el contrato de maternidad por sustitución, será el juez civil de contratos el responsable de resolver, en virtud de su interpretación, las posibles controversias que se susciten por motivo del mismo, buscando proteger y asegurar los derechos y garantías de quienes intervienen en el presente contrato, especialmente, del menor resultante del tratamiento médico. Para ello, el juez civil deberá acudir a las reglas de interpretación de los contratos establecidas en el Título XIII del Libro Cuarto del Código Civil. No debe olvidarse que dentro del negocio jurídico se encuentra involucrado un menor, en consecuencia, deberá prevalecer el interés superior del menor en el ejercicio de interpretación que desarrolle el juzgador.

Finalmente, para efectos de alcanzar la plena aplicación del contrato sub-examine y, especialmente, para lograr que las partes contratantes obtengan lo deseado, será indispensable ajustar, actualizar y adaptar la legislación civil a los nuevos paradigmas y realidades técnico-científicas. En efecto, resulta necesario que, en primer lugar, se prevea dentro de la legislación civil que es posible el nacimiento de un ser humano mediante

la intervención científica y tecnológica y que, en segundo lugar, el hijo nacido por medio de esta asistencia sea sujeto de todas las prerrogativas, derechos y garantías, tal y como lo establece el inciso 6° del artículo 42 constitucional. En consecuencia, será necesario modernizar las instituciones jurídicas más tradicionales del derecho de familia con el fin de que exista un vínculo jurídico reconocido entre el menor nacido mediante estas técnicas y sus padres solicitantes.

## CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación comercial de cualquier índole. Asimismo, la Universidad Católica Luis Amigó no se hace responsable por el manejo de los derechos de autor que el autor haga en sus artículos, por tanto, la veracidad y completitud de las citas y referencias son responsabilidad del autor.

## REFERENCIAS

- Alarcón Rojas, F. (2009). La maternidad por sustitución. *Familia, tecnología y derecho*, 123–136.
- Arrubla Paucar, J. A. (2004). *Contratos mercantiles. Contratos atípicos* (Tomo II). Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Diké.
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Vigésimotercera Ed. Leyer.
- Código Civil de Colombia Anotado [Código]. (2012). Álvaro Tafur González. Trigésima Ed. Editorial Leyer.
- Código de Comercio de Colombia Anotado [Código]. (2012) Hildebrando Leal Pérez. Trigésima Ed. Editorial Leyer.
- Código de la Infancia y la Adolescencia [Código]. (2013) Eunice Salazar Sarmiento. Vigésima Quinta Edición. Editorial Leyer.

Código de Ética Médica [CEM]. Ley 23 del 18 de 1982. Artículos 1 y 15. febrero 18 de 2981 (Colombia)

Corte Constitucional. (10 de mayo de 2006). Sentencia C-355 de 2006, Magistrados Ponentes; Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (18 de diciembre de 2009). Sentencia T-968 de 2009, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (7 de diciembre de 2011). Sentencia T-917 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Fernández, O. (9 de Julio de 2009). *ELMUNDO.ES* (Salud). Recuperado de <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2009/07/09/mujer/1247145566.html>

Lamm, E. (2016). Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos. *Ars Iuris Salmanticensis*. Recuperado de <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/14368/15395>

Marín Vélez, G. A. (2005). *El arrendamiento de vientre en Colombia*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.

Marín, I. Y., Barrera, E. R., & Patiño, O. M. (2015). La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, (43), 83-122.

Martínez-Martínez, V. L. (2015). Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México. *Díkaion*, 24(2), 353-382.

Ramírez, A. H., & Figueroa, J. L. (2011). Ley de maternidad subrogada en el Distrito Federal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1335-1348.

- Rodríguez López, P. (2004). *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Barcelona: Bosch S.A.
- Sánchez Aristi, R. (2010). La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos. *Revista Humanitas Humanidades Médicas*, (40), 13-38.
- Sánchez, Y. G. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.
- Silva Salcedo, P. (1996). *Arrendamiento de útero*. Chile: Editorial Jurídica CONOSUR.
- Souto Galván, B. (2005). Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. España.
- Valencia Zea, A. & Ortiz Monsalve, A. (2010). *Derecho civil. Tomo I Parte General y Personas*. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.
- Valencia Zea, A. & Ortiz Monsalve, A. (2010). *Derecho civil. Tomo III De las Obligaciones*. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.