LÍMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

KAREN TATIANA AGREDO GUZMÁN

YONATAN ALEXIS CAMPO COLLAZOS

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA COMFACAUCA “UNICOMFACAUCA”

PROGRAMA DE DERECHO

POPAYÁN

2022

LÍMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

KAREN TATIANA AGREDO GUZMÁN

YONATAN ALEXIS CAMPO COLLAZOS

Monografía de Grado presentada como requisito para optar al título de Abogado

Asesor:

Alexander Llantén Correa

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA UNICOMFACAUCA

PROGRAMA DE DERECHO

POPAYÁN

2022

Tabla de Contenido

Resumen 6

Introducción 7

Capítulo I: Planteamiento del Problema 9

1.1 Formulación del Problema 9

1.2 Justificación 9

1.3 Objetivos 10

1.3.1 Objetivo General 10

1.3.2 Objetivos Específicos 10

Capítulo II: Marcos de Referencia 11

2.1 Estado del Arte 11

2.2 Marco Conceptual 15

2.3 Marco Teórico 25

2.3.1 Evolución Histórica de la Maternidad Subrogada 25

2.3.2 Autonomía de la voluntad Privada 27

2.3.3 Dignidad Humana 29

2.3.4 Seguridad Jurídica 30

2.4 Marco Constitucional, Legal y Jurisprudencial de la Maternidad Subrogada en Colombia 32

2.4.1 Marco Constitucional de la Maternidad Subrogada en Colombia 32

2.4.2 Marco Legal de la Maternidad Subrogada en Colombia 36

2.4.3 Marco Jurisprudencial de la Maternidad Subrogada en Colombia 39

Capítulo III: Metodología 44

3.1 Tipo de Investigación 44

3.2 Técnica y Recolección de la Información 44

Capítulo IV: Análisis de las Reglas a los Límites de la Autonomía Privada de la Maternidad Subrogada en Colombia 45

4.1 En relación con el Marco Constitucional 45

4.2 Tensión entre Principios en la Maternidad Subrogada en Colombia 46

4.3 En Relación con el Marco Legal 47

4.3.1 Autonomía de la Voluntad Privada en la Maternidad Subrogada 48

4.3.2 Autonomía de la voluntad Privada 49

4.3.3 Libertad de Contratar 49

4.3.4 Libertad de Elegir Contratante 50

4.3.5 Libertad de Escoger La Figura Negocial 51

4.3.6 Libertad de Escoger El Contenido Negociado 51

4.3.7 Límites a la Autonomía Privada (Normas de Orden Público) 52

4.4 Proyección de la Autonomía Privada en el Contrato 54

4.5 En relación con la Jurisprudencia 56

4.6 Propuesta de los Elementos Naturales, Esenciales y Accidentales del Contrato de Maternidad Subrogada 56

4.6.1 Elementos Naturales del Contrato de Maternidad Subrogada 57

4.6.2 Elementos Esenciales del Contrato De Maternidad 60

4.6.3 Elementos Accidentales del Contrato de Maternidad Subrogada 62

4.7 Resultados del Análisis 64

Capítulo V: Conclusiones 66

Bibliografía 71

Resumen

En Colombia, la maternidad subrogada es una práctica que se ha venido desarrollando como una técnica de reproducción humana asistida, siendo este un tratamiento por regla general altruista que busca colaborar a parejas que no pueden tener hijos, brindándoles la oportunidad de realizar el sueño de ser padres. Lo cierto es que, esta actividad no se encuentra reglada por el ordenamiento jurídico de Colombia, por esta razón, se hace necesario reflexionar sobre los límites a la autonomía privada en los convenios que surgen entre la mujer que alquila su vientre y los padres genéticos o contratantes, así como la tensión de principios que surge ante este vacío normativo, debido a la tímida forma en que se ha tratado a la gestación sustituta en Colombia. Para ello se abordará la normatividad y jurisprudencia relacionada al convenio de maternidad subrogada, y de ahí, definir los límites de la autonomía privada a la luz de nuestro Estado social de derecho que tiene como principio fundamental a la dignidad humana.

Palabras Clave: Maternidad subrogada, objeto y causa lícita, autonomía privada, contrato de maternidad subrogada, orden público.

Introducción

En Colombia, cada vez es más frecuente el alquiler de vientres entre parejas que por decisión propia u obligados bajo circunstancias fisiológicas, realizan de forma controlada y asistida su proceso de ser padres. Sin embargo, en Colombia esta actividad no está regulada, pero tampoco está prohibida lo que hace necesario preguntarse sobre los límites a la autonomía privada en los convenios o acuerdos entre la mujer que presta su vientre y los padres genéticos o contratantes, más aún, desde una mirada constitucionalista, dadas las características del actual Estado social de derecho de Colombia (Constitución Política, 1991), que se sustenta en el principio de la dignidad humana, a lo cual refiere que el ser humano no deba ser tratado como un medio sino como un fin en sí mismo.

La gestación sustituida como es conocida, es una técnica de reproducción humana asistida, que se viene implementando con mucha fuerza en la actualidad en todo el mundo y Colombia no puede ser la excepción, y aunque han surgido iniciativas para regularlo como proyectos de ley por algunos miembros del Congreso, lo cierto es que existe un vacío jurídico en nuestra legislación actual, lo que ha obligado a los jueces en casos concretos a resolver en base a principios constitucionales que se desarrollan en esta práctica (Sentencia T-968, 2009).

La ausencia de reglas específicas que determinen los elementos del convenio de maternidad subrogada genera una problemática en razón a los posibles límites en la autonomía de la voluntad privada, más aún cuando lo que está en juego son principios fundamentales tales como la libertad, la vida y la dignidad humana, lo que podría desincentivar esta práctica que es muy común en otros países como en la Unión Europea, India y Estados Unidos según el Régimen de Subrogación en los Estados Miembros de la “UE” del Parlamento Europeo. y que beneficia a mujeres principalmente que no pueden gestar un hijo de manera natural.

Por lo anterior, se tendrán en cuenta proyectos de ley, el marco constitucional y legal, doctrina y la jurisprudencia nacional, que si bien no ha tenido un papel activo y protagónico en esta materia, si permite reflexionar y determinar los posibles parámetros o reglas de juego que se reúnen en este contrato privado, que emerge de la libre voluntad de las partes, esto a su vez nos obliga analizar los límites a dicha autonomía de la voluntad privada, puesto que dicha práctica es realizada en Colombia sin ninguna seguridad jurídica.

Esta monografía pretende presentar a la comunidad en general, en primera medida, una reflexión crítica acerca de los vacíos normativos de esta práctica médica en Colombia, seguidamente generar discusión sobre los límites a la autonomía que tendrían las partes al consentir su voluntad en este tipo de convenios, que tienen por objeto el "alquiler" del vientre de una mujer, con el fin de engendrar vida, y posteriormente entregar el recién nacido a los padres genéticos o contratantes, según los principios de nuestro actual Estado social de derecho, principalmente el de dignidad humana, en donde se prohíbe utilizar al ser humano como un medio, pues este es fin en sí mismo (Martí, 2021).

Capítulo I: Planteamiento del Problema

En varios países del mundo como los de la Unión Europea, India, Estados Unidos y Colombia, cada vez es más frecuente la modalidad de alquiler de vientres o la maternidad subrogada entre parejas y terceros, que por decisión voluntaria u obligados bajo circunstancias fisiológicas toman la decisión de recurrir a realizar de forma asistida bajo parámetros médicos el proceso de ser padres mediante el alquiler de vientres. Sin embargo, en nuestro país, esta actividad no está regulada, lo cual implica que no se encuentra prohibida legalmente, existiendo con ello vacíos jurídicos lo que implica cuestionarse sobre los límites a la autonomía privada para la realización de estos acuerdos o convenios.

1.1 Formulación del Problema

Al momento de realizarse los acuerdos o convenios de alquiler de vientre entre la mujer que preste su vientre y los padres contratantes, ¿cuáles son los límites constitucionales, legales y jurisprudenciales a la autonomía privada para la celebración de contratos de maternidad subrogada en Colombia?.

1.2 Justificación

Este trabajo es elaborado con el fin de dar a conocer la problemática que existe en nuestro país por la ausencia de legislación que prohíba o avale la maternidad subrogada. Esta práctica está siendo realizada en Colombia sin brindar ninguna seguridad jurídica, que respalde a las partes que se ven involucradas, ni tampoco a la práctica misma, la cual puede verse como una gran ayuda para aquellas parejas que desean tener hijos que llevan sus genes, pero por medio de una mujer que alquila su vientre para dar vida.

A partir de diferentes puntos de vista basados en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina se busca encontrar un punto de equilibrio que nos permita definir los elementos esenciales,

naturales y accidentales del contrato de alquiler de vientre involucrando a las partes, tanto como para la mujer gestante, como para los padres que requieran el servicio, quienes mediante el principio de autonomía privada y las libertades que brinda el mismo, convengan sus pretensiones en un contrato que regule de una forma adecuada sus intereses para que genere un resultado positivo del acuerdo, teniendo en cuenta los límites a la autonomía privada en base al marco constitucional, legal y jurisprudencial en la materia.

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo General

Analizar los límites constitucionales, legales y jurisprudenciales a la autonomía privada en la celebración de contratos de maternidad subrogada en Colombia

1.3.2 Objetivos Específicos

- Establecer los marcos conceptual y teórico de la maternidad subrogada en Colombia.
- Exponer el marco constitucional, legal y jurisprudencial de la maternidad subrogada en Colombia.
- Analizar las reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales a los límites a la autonomía privada en la maternidad subrogada en Colombia.

Capítulo II: Marcos de Referencia

En este capítulo se abordará la maternidad subrogada entendida como un método de reproducción asistida en el cual una mujer presta su vientre para gestar una vida y entregarla posteriormente a los padres contratantes. Sin embargo, es importante tener en cuenta algunos principios que permiten su desarrollo en Colombia los cuales entran en conflicto al momento de aplicarlos, como la dignidad humana, autonomía privada y la seguridad jurídica.

De igual manera se expondrá la evolución histórica y teórica de la maternidad subrogada tomando como referencia el tratamiento que se ha venido dando en los países de la Unión Europea, India, Estados Unidos y Colombia.

2.1 Estado del Arte

La maternidad subrogada viene siendo hace ya varias décadas una actividad médica-científica en desarrollo y en auge, es decir, cada vez son más las parejas buscan la posibilidad de alquilar un vientre (León y Millán, 2013), de modo que la maternidad subrogada se ubica como una de las técnicas de reproducción asistida para aquellas personas que desean ser padres, pero que por limitaciones fisiológicas, por regla general infertilidad o por mera voluntad, deciden alquilar el vientre de una mujer, comprometiéndose esta, a entregar el recién nacido a las personas que lo encargaron y asumieron los costos de pago en dinero o gastos causados por el embarazo y parto, por regla general.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano no existe prohibición alguna para la realización de esta clase de acuerdos o convenios respecto a las técnicas de reproducción asistida dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituida. Dicho ordenamiento considera que están legitimadas jurídicamente, bajo el artículo constitucional 42-6, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia

científica, tienen iguales derechos y deberes" (Constitución Política, 1991), ocasionando que la figura de maternidad subrogada se desarrolle en nuestro país como una nueva forma de reproducción humana, y a su vez ha generado desde el escenario jurídico avances doctrinales y jurisprudenciales, los cuales han suscitado distintos puntos de vista, algunos a favor y otros en contra de esta actividad en crecimiento en nuestro país.

Si a lo anterior se le agregan altos índices de desempleo y pobreza, es entendible que muchas mujeres están optando por "alquilar" su vientre con fines lucrativos y de acuerdo con lo descrito en el artículo de Mir Candal (2018), donde manifiesta que la maternidad subrogada se convierte en una opción laboral para la madre subrogante, con el fin de encontrar una estabilidad económica tanto para ella como para su familia, donde según la autora, la libertad reproductiva no es pensada como derecho, ya que las mujeres pasarían a servir como instrumento de reproducción, por lo tanto, la libertad reproductiva estaría viciada desde sus inicios (Mir Candal, 2018).

Ahora, adicional a estos aspectos económicos inherentes a la maternidad subrogada, específicamente al pago a la mujer gestante, se deben considerar los gastos en que incurren los padres genéticos o contratantes en cada una de las técnicas que pueden llevarse a cabo para llevar a feliz término dicho proceso de gestación. O sea, el costo no puede quedar enfocado únicamente a lo que se paga a la madre receptora, si no también ha todo proceso que conlleve a una transacción económica: donación de esperma, donación de óvulos, atención clínica, diagnóstico pre-implantatorio, entre otros (López, 2017).

Desde otro ángulo, la maternidad subrogada se debe de observar cómo una decisión libre y autónoma de adultos quienes ejercen plenamente sus derechos obviamente sin perjuicio propio ni a terceros, motivos por los cuales no puede señalarse a aquellas personas que la ejercen, quedando reflejado así, el principio de autonomía privada (Camacho, 2009). Por lo tanto, al

momento de llevar a cabo la maternidad subrogada es necesario fijarnos en la filiación del menor, teniendo en cuenta que el derecho debe de resolver cuál es la maternidad jurídicamente relevante: la maternidad genética o la gestacional, ya que la mujer que presta el vientre y da a luz al menor, jurídicamente es la madre y la mujer que da sus óvulos, jurídicamente también es la madre genética. Lo cual desde un punto de vista contrario, puede considerarse la ilegalidad de estos acuerdos, cuando trivializa la voluntad de la mujer gestante en su decisión sobre el destino biológico del menor (Rubio, 2012).

Ahora bien, desde otra óptica al enfocarnos en la ponderación de principios, el sistema jurídico debe de ponderar los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante, como los del menor, entendiéndose por atributos vinculados dentro de la Constitución Política que tienen como finalidad principal la garantía del respeto por la dignidad humana,

> En tal sentido, es importante destacar al derecho a la identidad y la verdad, la cual es considerada como un privilegio fundamental que tiene todo individuo desde el momento de la concepción, implicando el derecho a una identidad psicológica, social, histórica y sobre todo a una verdad biológica, garantizando de este modo el conocimiento sobre la verdad de su procedencia y origen parental, el mismo que es establecido y reconocido mediante el proceso de filiación (Motta-Angulo, 2021, parr.4).

Por lo tanto, al centrarnos en los elementos esenciales, naturales o accidentales, se visualiza la necesidad de adoptar algunos requisitos adicionales tales como “la edad reproductiva apropiada, el hecho de haber sido madre previamente, estabilidad psíquica y emocional, y demás” (Pacheco, Monsalve y Torregrosa, 2020, p.23). Pero también de las implicaciones psicológicas y sociales de dicha práctica en todos los involucrados.

A modo de ejemplo, se tiene que, en países como “Ucrania y Rusia, los vientres de alquiler están permitidos de manera comercial, es decir, que la persona subrogante recibe una asignación monetaria por el servicio”. En la misma línea “otros países que autorizan el pago son Kazajistán, Georgia y Bielorrusia”, permitida desde finales del siglo pasado. Así mismo, en Estados Unidos, “la remuneración legalizada existe en Washington, California y, más recientemente en Nueva York” (Moraga, 2021, p.31).

Por otra parte, la Unión Europea ha rechazado enfáticamente el tema optando por la prohibición de esta figura, argumentando dicha postura en la lucha contra la violencia hacia la mujer, ya que, por medio de resolución del 5 de abril del año 2011, se:

> Enfatiza 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 (Parlamento Europeo, 2014).

La discusión sobre dicha figura ha sido objeto de estudio por varios Estados que no tienen dentro de su legislación el tema en concreto, pero el objeto de discusión no ha sido del todo rechazado en los países de la Unión Europea, ya que en Bélgica este servicio se presta en una Clínica de Fertilidad, con sus respectivas condiciones, las cuales deben ser principalmente de manera altruista y tácita, con la ventaja de que los contratos no tienen que cumplirse obligatoriamente (Parlamento Europeo, 2014).

Por otro lado, en Grecia e Irlanda la maternidad subrogada está permitida siempre y cuando no sea comercial, ya que se considera que la práctica de la subrogación gestacional o maternidad subrogada involucra la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias

financieras o de otro orden, de esta manera, queda claro que la postura de la Unión Europea es prohibir rotundamente la figura de la maternidad subrogada al prestarse como un medio para la explotación de mujeres vulnerables pero dejando la salvedad que aunque esta sea su posición, algunos de sus países miembros si llevan a cabo dicha práctica (Parlamento Europeo, 2014).

Por lo anterior se puede concluir que el tratamiento que se le ha dado a la maternidad subrogada no es uniforme a nivel mundial, pues en algunos países, su tendencia es a regular y limitar su práctica, y en otros a regular con el fin de estimular su desarrollo.

2.2 Marco Conceptual

En este punto es necesario hacer claridad sobre algunos conceptos centrales para este trabajo.

Maternidad:

> El concepto maternidad proviene del vocablo latino *maternitas*, a su vez derivado de *maternus*, este término puede hacer referencia a la condición de madre, entendida como aquella mujer que concibió y parió uno o más hijos o que ejerce un rol de cuidado con afecto y responsabilidad similar al que suelen desarrollar las mamás (Definicionde, 2021).

A la maternidad se la puede interpretar o dar alcances diferentes según el punto de vista desde el que se analice, en principio se puede decir, que la maternidad inicia con la fecundación del óvulo y corresponde a la madre que lo gesta y da a luz, pero cabe aclarar que la maternidad tiene otros aspectos más amplios, como lo son, el vínculo afectivo, vínculo de crianza, educación, entre otros.

"Ser madre en la especie humana excede el hecho biológico y tiene un significado a nivel social, cultural y psicológico" (Oiberman, 2009), lo cual permite reconocer otros tipos de maternidad, por ejemplo, cuando una mujer adopta un niño, no solamente será su tutora legal, sino

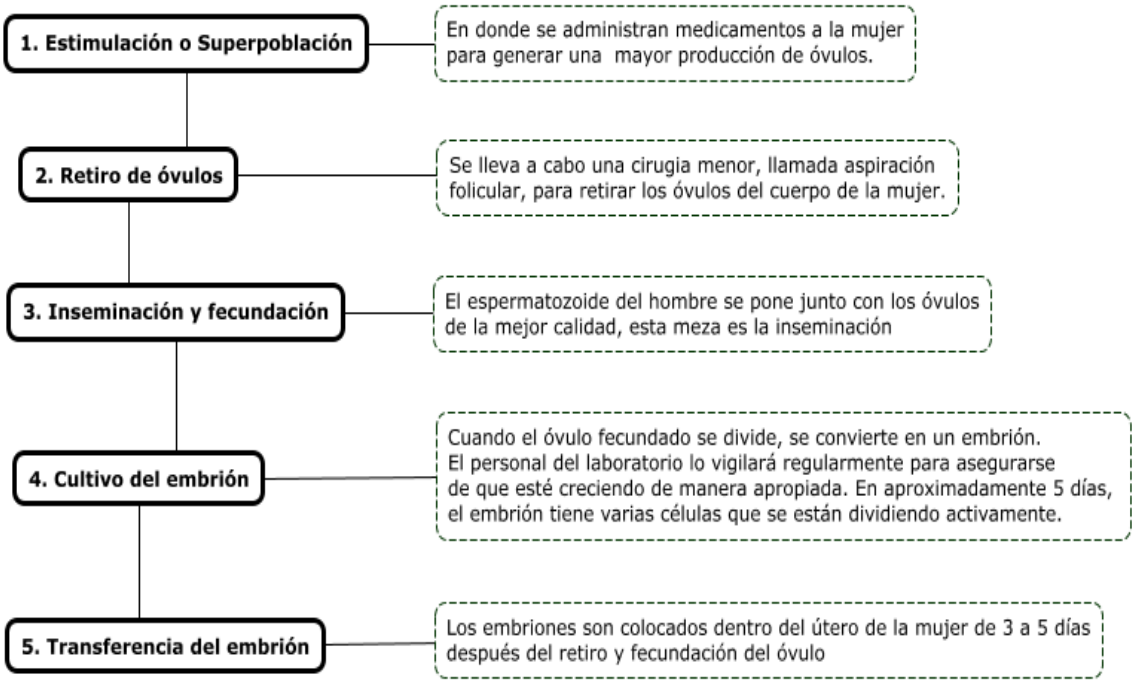
que empieza a subsistir unos vínculos sentimentales y de sentido de responsabilidad por ese nuevo ser a su cargo.

Desde el punto de vista cultural y evolutivo de la psicología, se considera que la noción de maternidad es un proceso que transcurre con el tiempo. En la actualidad se confirman múltiples cambios, en donde "los roles, patrones relacionales y tradicionales sufren importantes transformaciones y surgen nuevas alternativas de definición de sí mismo" (Molina, 2006, p.13).

Así, podemos indicar que el concepto de maternidad, sobrepasa los escenarios médicos y biológicos, como también los legales, pues implica también un proceso cultural y afectivo, que genera principalmente deberes y derechos morales, entre la madre y el hijo, teniendo en cuenta que desde el momento en que la madre, ya sea adoptiva o biológica, decide tomar dicho rol, su obligación permanece y todo lo que derive de ello.

Maternidad Subrogada: La maternidad asistida inició como un método de fecundación *in vitro*, en donde se une un óvulo y un espermatozoide en el vientre de un tercero, el cual requiere de cinco pasos básicos:

Gráfica 1. Proceso Fecundación *in vitro*



Fuente: Elaboración propia con base en la Biblioteca Nacional de Medicina (2022)

En ese sentido, se llama “maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero al acto productor 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” (Rodríguez, 2005, p.56).

Después de haber cumplido el periodo de embarazo, la mujer gestante debe entregar ese bebe a sus padres biológicos, y a cambio los padres deben de contribuir monetariamente por su servicio. La paciente estéril sin útero es sometida a una híper estimulación ovárica para la producción de ovocitos “en sincronía con el ciclo natural de la portadora subrogada y se realiza después el procedimiento de reproducción asistida que se haya decidido”, previamente convenido en un contrato todas las especificaciones del caso, tal como se aprecia en Estados Unidos de América e Inglaterra (Rodríguez, 2005).

Como se aprecia, las madres sustitutas o madres de alquiler son aquellas mujeres fértiles que aceptan convenientemente, llevar a feliz término un embarazo que se ha generado mediante el esperma del varón que aparecerá como padre y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre y que más adelante después de haber cumplido el periodo de embarazo y al producirse el parto, la mujer gestante debe entregar el bebe a sus padres genéticos, y a cambio los padres deben de contribuir monetariamente por su servicio y por todos los gastos ocasionados en el transcurso de este tiempo (Rodríguez, 2005).

En Estados Unidos se iniciaron las primeras pautas de un contrato escrito, en donde se pautan las voluntades de las partes en el año 1976, por parte del abogado Noel Keane, en donde su objetivo era ayudar a parejas con problemas para concebir. La maternidad subrogada se empezó a tratar en los tribunales estadounidenses a partir del caso conocido como Baby M en 1986.

Por otro lado, desde la Unión Europea se realizó un estudio, el cual ofrece:

> Una visión preliminar de la amplia gama de cuestiones políticas relativas a la subrogación como una práctica a nivel nacional, europeo y mundial. Analiza detenidamente los enfoques jurídicos nacionales relacionados con la subrogación. También analiza el Derecho de la Unión Europea existente y la legislación de la Convención Europea de Derechos Humanos para determinar cuáles son las obligaciones y posibilidades que rodean a la subrogación nacional y transnacional. El estudio concluye que es imposible indicar una tendencia legal en particular a través de la UE, aunque todos los Estados miembros parecen estar de acuerdo en la necesidad del menor de disponer de unos padres legales y un estatus civil claramente definidos (Brunet, et al, 2013).

A continuación, enseñaremos un cuadro temático, en donde se agrupa el tratamiento que los países miembros de la Unión Europea le han dado a la maternidad subrogada, con el fin de dar

a conocer el manejo que se ha venido dando a esta práctica en donde por regla general no existe prohibición legal para realizarse.

Cuadro 1. Resumen de los enfoques jurídicos de los Estados miembros de la UE

País	Prohibición general	Prohibición en materia de subrogación comercial	* Expresamente facilitada	Sin ley específica sobre subrogación
Austria	Prohibición de donación de óvulos; por lo que se prohíbe la subrogación gestacional	No existe prohibición específica en relación a la subrogación tradicional	No	No existe ley específica para la subrogación tradicional
Bélgica	No	Subrogación comercial prohibida por razones políticas	Alguna prestación en una clínica de fertilidad, sujeta a condiciones; en la actualidad existen propuestas	No existe ley especial para la subrogación altruista: los contratos no tienen obligatoriedad en su cumplimiento y se requiere adoptar para

			legislativas ante el Parlamento	transferir la paternidad en forma legal
Bulgaria	No	No disponible	No: Pero existe un proyecto de ley que está siendo considerado actualmente	No disponible
Chipre	No	No	No	Sí
República Checa	No	No	No	Sí
Dinamarca	No	Sí	No	No existe ley especial para la subrogación altruista: los contratos no tienen obligatoriedad en su cumplimiento y se requiere adoptar para transferir la paternidad en forma legal
Estonia	No	No	No	Sí

Finlandia	Prohibición de los acuerdos de subrogación que utilicen tratamiento de fertilidad	No existe prohibición específica en relación a la subrogación tradicional	No	No existe ley específica para la subrogación tradicional
Francia	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
Alemania	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
Grecia	No	Sí	Sí: Subrogación gestacional altruista sujeta a restricciones	No disponible
Hungría	No	Sí	No	No existe ley para la subrogación altruista

Irlanda	No	Sí	No: Sin embargo, hay algunas pautas formales relativas a los acuerdos de subrogación transfronterizos	No existe ley especial para la subrogación altruista: los contratos no tienen obligatoriedad en su cumplimiento y se requiere adoptar para transferir la paternidad en forma legal, sin embargo, los tribunales han concedido recientemente permiso a los padres genéticos futuros a ser nombrados como los padres legales en los registros de nacimientos.
Italia	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
Letonia	No	Sí	No	No existe ley para la subrogación altruista.
Lituania	No	No	No	Sí
Luxem-burgo	No	No	No	Sí

Malta	Sí	No disponible	No disponible	Sí
Países Bajos	No	Sí	Sí: Se requiere subrogación gestacional altruista por ley para cumplir con las pautas profesionales	No existe ley para la paternidad, por tanto se requiere adopción
Polonia	No	No	No	Sí
Portugal	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
Rumanía	No	No	No	Sí
Eslova-quia	No	No	No	Sí
Eslovenia	No	No	No	Sí
España	Sí	No disponible	No	No disponible

Suecia	Ilegal para las clínicas de fertilidad hacer acuerdos de subrogación	No	No: el Consejo Sueco de Ética Médica ha publicado recientemente un informe sobre la reproducción asistida, en la que sugiere que la subrogación altruista debería permitirse en Suecia.	No existe ley para la subrogación altruista: se requiere adopción para transferir la paternidad
Reino Unido	No	Sí	La legislación prevé la transferencia de la paternidad bajo ciertas condiciones	No existe ley especial para la subrogación altruista: los contratos no son de obligado cumplimiento y la paternidad solo se transferirá en determinadas circunstancias

Fuente: Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Interiores “El Régimen de Subrogación en los Estados Miembros de la UE”.

Cambiando la perspectiva, se tiene que, en el continente asiático, más exactamente en India hay cerca de 200.000 clínicas privadas que ofrecen este servicio de reproducción asistida, por lo que la Federación India de la Industria afirma que es un negocio proyectado a generar 2.3 billones de dólares anuales en el año 2012 (Amador, 2010). La maternidad subrogada en la India tiene una amplia cobertura, de tal modo, que fue hasta el año 2012 donde fue considerada como la Capital Mundial de la maternidad subrogada, desde el año 2016 se aprobó una ley que exige el cumplimiento de varios requisitos para acceder a este tratamiento, por tal motivo, a partir del número de personas interesadas en realizar dicho procedimiento en este país se requiere que los interesados sean una pareja heterosexual, con mínimo dos años de matrimonio, entre otros requisitos (Álvarez, 2019).

Visto lo anterior, en relación con el tratamiento que a nivel mundial se ha dado a la gestación subrogada, esta se ha limitado a una actividad biológica y médica, restándole importancia al carácter cultural, sentimental, psicológico y hasta educativo etc., variables que deberían tenerse en cuenta al momento de regular estas actividades. Aunque se logra evidenciar que, a nivel mundial, el descuido legislativo en distintos países sobre la maternidad subrogada es bastante amplio, aunque podemos tomar como referencia el avance legislativo realizado por la India, elaborando un estudio de qué aspectos se podrían aplicar en Colombia.

2.3 Marco Teórico

2.3.1 Evolución Histórica de la Maternidad Subrogada

Teniendo en cuenta que la ciencia médica subdivide el concepto de maternidad y establece diferentes tipos de maternidades conocidas como: la maternidad genética, maternidad gestacional, maternidad legal y la maternidad subrogada, se encuentra en el diccionario médico la definición

de la maternidad genética, la cual hace referencia al vínculo que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre.

> En cuanto a la relación con la maternidad gestacional, determina que es la que se produce por el hecho de llevar a cabo la gestación, mientras que la maternidad legal es entendida como la que se deriva por el hecho de la gestación (Vallejo, 2015, p. 12).

Así pues, analizando la maternidad subrogada como una técnica asistida en donde una mujer gesta él bebe de otra familia, encontramos sus inicios en el libro Génesis 16:1-16 de la Biblia la cual narra un caso de infertilidad entre el Patriarca Abram y su esposa Saray, por lo tanto, su esposa le dice que tenga relaciones sexuales con su esclava a ver si por medio de ella logra ser madre. Del mismo modo se indica en el Código de Hammurabi (1750 a. C.) los procedimientos de infertilidad de la mujer, donde se contempla la posibilidad de recurrir a las esclavas solo con fines reproductivos.

De lo anterior se puede concluir, que la maternidad subrogada es un método utilizado desde tiempos remotos, para ayudar a parejas infértiles a tener un hijo, ya que durante años la fertilidad era necesaria para conformar la familia, e incluso en tiempo recientes esto quedó plasmado en las leyes civiles, las cuales han estado sujetas a diferentes cambios debido a las transformaciones históricas.

A continuación, se narra un primer caso de subrogación de útero presentado en el año 1989, donde la pareja americana Stern, que al no poder tener descendientes decidieron contratar a la señora Whitehead, quien era casada, para que fuera inseminada con los gametos del señor Stern y posteriormente convenido debería entregar el bebé recién nacido a la pareja, esto a cambio de un valor económico pero, llegado el momento, la señora Whitehead, que dio a luz a una niña, se negó a entregarla al matrimonio razón por la cual ellos hicieron apelación al Tribunal Supremo de Nueva

Jersey, logrando que se les concediera la custodia al matrimonio Stern (Hernández y Santiago, 2011).

En Estados Unidos se iniciaron las primeras pautas de un contrato escrito, en donde se pautan las voluntades de las partes en el año 1976, por parte del abogado Noel Keane, su objetivo era ayudar a parejas con problemas para concebir. La maternidad subrogada se empezó a tratar en los Tribunales estadounidenses, por el caso conocido como Baby M en 1986 (Bioetica Wiki, 2022).

En otros hemisferios como lo evidenciamos en párrafos anteriores, la maternidad subrogada es práctica cada vez más frecuente tanto desde el escenario altruista, como en un mecanismo de sustento económico. Lo anterior en gran parte se debe al desarrollo de la ciencia y la tecnología que juega un papel importante en la ciencia médica, que permite procedimientos alternativos a los tradicionales, como por ejemplo la reproducción humana asistida, como el alquiler de vientres, un proceso que hasta la presente es seguro para las partes que confluyen en esta actividad, es decir los padres contratantes: la mujer que alquila su vientre y el que está por nacer.

2.3.2 Autonomía de la voluntad Privada

Cuando se habla de contrato es imperativo hablar de la autonomía privada de la voluntad, el maestro Fernando Hinestrosa enseña que esta figura es una de las más antiguas e importantes, la cual se ha conservado durante décadas, ya que la autonomía de la voluntad representa un acto fundamental del acuerdo entre las partes, es decir el contrato o convenio que se celebre para la realización del fin que en este caso es el contrato de maternidad subrogada que tiene como resultado el nacimiento de un bebe.

En definitiva, es un instrumento jurídico que desarrolla plenamente el derecho fundamental a la libertad que goza toda persona, en este caso de obligarse a través de los acuerdos que las partes

establecen dándole paso al principio de autonomía privada, entendida en la doctrina como el poder de sus propios intereses o como el poder de un sujeto para decidir sobre su propia esfera jurídica, obteniendo así gran relación con el principio de libertad, ya que la autonomía privada es una categoría social y a su vez histórica que de ninguna manera se puede excluir del problema de libertad, porque precisamente en el contrato existe por virtud del ordenamiento una fuerza de ley que legitima al particular con una autorresponsabilidad y unos límites para el reconocimiento legal de dicha autonomía.

En esta línea, la libertad de contratación en nuestros tiempos se han transformado en la necesidad de regular de manera libre las relaciones jurídicas con las demás personas, por medio de la libertad de contratar, libertad de elegir contratante, libertad de escoger la figura negocial y la libertad de escoger el contenido negociado, utilizando el negocio jurídico como instrumento para realizar y ejercer la autonomía privada para que sirva como vehículo o puente al poder de autodeterminación para disponer de lo propio, de los elementos integrantes del patrimonio, de sus cosas, de las relaciones de familia y de los bienes de su personalidad refiriéndose a sus propios intereses, es decir, es un poder del individuo de regular sus propios intereses, mediante el acuerdo de voluntades empleado en la actualidad como criterio de la disciplina de la responsabilidad.

De lo anterior se concluye que las partes que interfieren y toman las decisiones en el contrato de maternidad subrogada ejercen el principio de autonomía privada mediante acuerdos para la realización del objetivo en común que es el nacimiento del bebe, dónde la mujer que presta o alquila el vientre debe dejar por sentado su consentimiento, aceptando el tipo de procedimiento que se va a realizar y sus consecuencias y una que finalizado el tratamiento se haga la debida entrega a los padres contratantes quienes también tienen el deber u obligación de comprometerse

a pagar el valor del contrato y todos los gastos médicos, que se requieran para la realización del objetivo en común.

2.3.3 Dignidad Humana

La dignidad humana en Kant, aplicada a la época actual debe llevarnos a entender que dicha dignidad está relacionada en torno a la vida moral y las formas en cómo ha influido en la cultura política y jurídica, analizando el núcleo de los conceptos morales fundamentales a partir del saber moral común a todo ser humano, "como sujeto racional capaz de adecuar su razonamiento a su querer" (Jean, 2018, p.54).

Kant, manifiesta en su libro "La fundamentación metafísica de las costumbres", que "en el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad", ya que esta vendría siendo una extensión de la idea de la libertad, que en otras palabras se sobreentiende como la libertad, la moralidad, la racionalidad y la autonomía de la voluntad, por lo que para Kant la libertad y la autonomía de la voluntad, junto con la moral tendría una gran conexión con la dignidad humana. Kant hace énfasis en que el hombre nunca será solo un medio u objeto para conseguir un fin, sino que es un fin en sí mismo, y justamente de ahí es que procede su dignidad (Duque, 2011).

Según la filosofía de Kant, la dignidad humana tiene un vínculo estrecho con la autonomía de la voluntad, esto quiere decir que, si una persona no goza en plenitud de su autonomía de la voluntad, esta no tendría dignidad, ya que para Kant el ser humano es capaz de crear sus propias normas morales, siempre y cuando estas puedan ser tomadas de manera universal (Martí, 2021).

En razón a lo anterior, sería pertinente preguntarnos si la maternidad subrogada, que tiene por objeto que una mujer alquile o preste su cuerpo específicamente su vientre, se tipifica como una actividad contraria a la dignidad humana de la mujer, pues podría entenderse que se utiliza

como un instrumento o un medio para alcanzar un fin, que es dar vida a un ser humano en su vientre, para que irrevocablemente se entregue a sus padres que brindaron su información genética.

La dignidad humana es la primera limitante a la autonomía privada en el contrato de maternidad subrogada, ya que se estaría instrumentalizando el vientre materno, lo cual genera que la mujer sea tratada como un medio y no como un fin en sí mismo, por lo tanto al momento de legislar sobre el tema, no se puede condicionar el principio de la dignidad humana, sino que se debe de aplicar reglas relacionadas con los principios bioéticos y no infringir ningún tipo de principio sobre las personas; no causar dolor o sufrimiento; no incapacitar a otros; y no privar a los demás de los bienes de la vida, por ejemplo, no privarlos del derecho de autodeterminar su existir. Así que, al ser la dignidad un concepto incondicionado moralmente, "su juridificación supondría la misma incondicionalidad y no aceptaría la manipulación genética con fines ajenos a lo establecido que es la maternidad subrogada" (Valdés, 2014, p.68).

2.3.4 Seguridad Jurídica

En cuanto a la seguridad jurídica, se puede ver que el Código Civil redactado por Andrés Bello no hace referencia al contrato de maternidad subrogada, pues es lógico que para entonces era imposible advertir este tipo de actividades médicas, de ahí que no se regularan estas situaciones.

Nuestro Código Civil está erosionando, en la medida en que las actividades sociales en las últimas dos décadas han sufrido transformaciones sustanciales producto del avance de la ciencia y la tecnología, por lo que se estima imperativo una transformación para una adaptación de situaciones que el Código Civil debería regular como por ejemplo el de gestación subrogada. La ausencia de un marco jurídico, legislativo en la materia, genera no solo inseguridad jurídica para

ambas partes en el contrato de maternidad al no tener reglas claras en sus elementos esenciales, naturales y accidentales.

Por lo tanto, esta ausencia de legislación genera inseguridad jurídica tal y como se ha planteado en la Sentencia C-250/12 donde la seguridad jurídica hace referencia a un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales, en los que la Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta. “La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza” (Sentencia C-250 de 2012).

En otras palabras, existe total seguridad sobre las normas vigentes que regulan la situación jurídica respecto de la cual se solicita tomar la decisión, al momento de configurarse dicha relación. En definitiva, al no existir una ley sobre la maternidad subrogada, el juez debe decidir sobre un tema en concreto y aplicar principios para solucionar el conflicto, tal como se evidencia en la Sentencia T 968 de 2009.

De este capítulo logramos concluir que el significado de maternidad abarca distintos aspectos como; biológicos, sociales, psicológicos, culturales y entre otros, los cuales influyen en el concepto de maternidad, y que en razón a los avances tecnológicos y de la ciencia, brindan en la actualidad ha parejas con problemas de fertilidad el sueño de convertirse en padres, realizando procedimientos alternativos como el alquiler de vientre, donde se implanta un óvulo inseminado con información genética de los padres contratantes, en el útero de una mujer, para que ella geste al bebe y después del parto lo entregue a los padres contratantes. Lo anterior ha generado que en países como La India, Estados Unidos y algunos estados miembros de la Unión Europea, empiecen a legislar sobre el tema con el fin de regular y generar seguridad jurídica a las partes y al que está

por nacer, aspecto que más adelante se analizará en el caso colombiano, que desde ya ante la omisión legislativa sobre el contrato de maternidad subrogada, genera inseguridad jurídica, ya que dicha práctica se realiza en Colombia, sin un control legislativo.

2.4 Marco Constitucional, Legal y Jurisprudencial de la Maternidad Subrogada en Colombia

Aquí se abordará el marco constitucional, legal y jurisprudencial de la maternidad subrogada en Colombia, con el fin de determinar los alcances jurídicos que se tienen para regular esta práctica que ha crecido exponencialmente durante la última década, y que ante la omisión legislativa, ocasiona una inseguridad jurídica, a las partes que en ella intervienen, y que sin lugar a dudas está estrechamente relacionada con principios fundamentales como la dignidad humana, la libertad y con ello la autonomía de la voluntad privada y que ante el vacíos legislativos participan de manera protagónica desde el orden constitucional y jurisprudencial en Colombia. Por esta razón a continuación se exponen algunos aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales pertinentes a la maternidad subrogada.

2.4.1 Marco Constitucional de la Maternidad Subrogada en Colombia

En este apartado se pretende ubicar al lector en los valores, principios y reglas que gobiernan o deberían gobernar la gestación subrogada en Colombia, dado que es claro que los ordenamientos jurídicos no sólo están integrados exclusivamente por reglas o normas jurídicas claramente determinadas como Kelsen los concebía en la teoría pura del derecho. En ese orden de ideas debemos reconocer que también existen valores y principios con una fuerza normativa igual o mayor que las mismas reglas, ya que estos, la mayoría de sus veces tienen su fuente en el orden constitucional.

Por lo anterior, creemos que los principios que gobiernan o deberían gobernar la maternidad subrogada en Colombia son; principio de dignidad humana, sobre el cual se sustenta

nuestro Estado social de derecho Artículo 1 constitucional, el de legalidad, que implica que los particulares solo son responsables por violar la ley y la constitución regulado en el artículo 6 constitucional y el de libertad y autonomía privada, ´para lograr concluir si la gestación subrogada es o no permitida desde el orden constitucional.

Así, lo primero que debemos tener en cuenta es que en Colombia es deber del Estado asegurar la protección, la vida, la convivencia, la igualdad, la libertad y la paz de sus integrantes dentro del marco jurídico para que se garantice un orden político en donde el núcleo fundamental de la sociedad es la familia. Ahora, los fines esenciales del Estado colombiano son "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios". Para el cumplimiento de estos fines el Estado debe poner en marcha su poder público, sea judicial, legislativo y administrativo que efectivice lo consagrado en la carta política, según las demandas sociales que surjan y requieran de su protección (Constitución Política, 1991).

Para el objeto de estudio tenemos que existe una estrecha relación entre el principio de dignidad humana y libertad, y este a su vez con el de la autonomía privada y el derecho de asociación, pilares del negocio jurídico, en tanto se garantiza el derecho de libre asociación, lo cual se puede asociar a la libre determinación de contratar, libertad de elegir contratante, libertad de escoger la figura negocial y la libertad de escoger el contenido negociado.

Es claro entonces que la maternidad subrogada tiene sustento constitucional como lo acabamos de observar, pues surge de la decisión libre de una mujer y un hombre de constituir vínculos naturales y jurídicos para la creación de la familia, siendo está en núcleo esencial de la sociedad, por lo tanto, el Estado debe garantizar la protección integral de la familia reconociendo iguales derechos y oportunidades a los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados de manera natural o por asistencia científica (Constitución Política, 1991).

Ahora, como se indicó en párrafos anteriores, el sistema jurídico no solamente está integrado por reglas bien estructuradas como lo plantea Hans Kelsen, también está integrado por principios, es decir está conformado por normas abstractas (Austin, 2002) que tienen la capacidad de regular conductas puntuales. En este punto traemos a colación dos principios que priman en el contrato de maternidad subrogada, los cuales se contradicen entre sí, estos principios son; la dignidad humana y el principio de libertad o autonomía privada, dado que si se protege el principio de la dignidad humana implicaría necesariamente que la autonomía privada que goza la madre gestante estaría en gran parte reducida o limitada, en la medida en que no podría disponer de manera absoluta de su cuerpo.

Por otro lado, tenemos que, si protegemos el principio de autonomía privada o de libertad, implicaría que la mujer gestante y los padres genéticos tendrán una libertad mucho más amplia de disponer de los elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato, donde puntualmente habría una libertad de configuración del convenio de maternidad subrogada.

Ahora bien, cuando hay colisión de principios hay que aplicar la teoría de ponderación, porque existe una tensión en los principios al momento de aplicarlos, como por ejemplo en la figura de la maternidad subrogada, estos principios colisionan entre sí, por la razón de que si protejo el derecho a la dignidad humana implicaría una reducción a la libertad que goza la madre gestante de auto determinarse en relación con su cuerpo, es decir, aquella libertad que tiene de decidir cómo utiliza su cuerpo, pero si se protege el principio de la autonomía de la libertad, implicaría que la madre gestante o los padres genéticos tienen una libertad de configuración mucho más amplia en el convenio de maternidad subrogada, es en este caso donde en ambos principios colisionan cuando se aplican en el contrato de la maternidad subrogada.

En el libro de Carlos Bernal (2011), titulado “El derecho de los derechos, Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales”, se toma como referencia los cambios que acarreó la Constitución Política de 1991, ya que integra un grupo de derechos fundamentales, los cuales deben ser la base para la creación de derechos ordinarios, el libro hace énfasis en el principio y en el juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Este escrito hace alusión a los mandatos derivados del principio de igualdad, indica que un mandato es un trato idéntico a destinatarios que se encuentran en condiciones parecidas, lo cual no origina problemas interpretativos, por consiguiente no ocasiona problemas, mientras que por otro lado, encontramos un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero que aquellas similitudes sean más relevantes a las diferencias que puedan existir entre ellas, deberán tener un trato igual pese a esas mismas diferencias, por lo que a partir de ahí, se le clasifican como casos difíciles, pero que a su vez deben de ser tratadas con la misma importancia que ambas requieren, aplicando el eje de la definición del principio de igualdad de la Constitución colombiana garantizando que no exista un trato diferenciado.

El principio de igualdad es aplicado por la Corte Constitucional, como juicio de proporcionalidad al momento de aplicar derechos fundamentales, teniendo en cuenta si se va aplicar un trato paritario o un trato diferenciado, dependiendo al grupo de personas al que va dirigido y de esta manera lograr una ponderación de derechos adecuada, Así pues, al no estar regulada la maternidad subrogada de manera vinculante mediante una ley, al juez o magistrado que deba resolver un asunto de esta naturaleza, debe de utilizar la ponderación como mecanismo de solucionar la discordia que se genera de los principios que entran en conflicto, al no estar regulada la maternidad subrogada, la herramienta de la ponderación debe de ser utilizada en casos

en concretos y no de manera abstracta, ya que lo que se pretende hacer es aplicar la interpretación de principios.

2.4.2 Marco Legal de la Maternidad Subrogada en Colombia

Es preciso indicar que en la actualidad no existe norma expresa que regula la maternidad subrogada, sin embargo el Congreso inició el proyecto de Ley 070 de 2018 el cual ha sido elaborado por la senadora María del Rosario Guerra y Santiago Valencia, integrante del partido Centro Democrático, el cual está siendo debatido para prohibir la maternidad subrogada, con el fin de "evitar el tráfico de menores, trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos y lucrativos" (Congreso de la República, 2020).

También encontramos que el senador Armando Benedetti propuso un proyecto de ley que cuenta con 44 artículos, que busca "reglamentar la inseminación artificial y la procreación con asistencia científica". La exposición de motivos señala:

> El móvil determinante del presente proyecto obedece a la necesidad de regulación jurídica en diversos temas relacionados con la inseminación artificial, con el fin de adoptar criterios y directrices del orden legal, para salvaguardar al ser humano en sus derechos y libertades, proteger a la familia y desarrollar el derecho a la procreación, conforme un ordenamiento que llene los vacíos jurídicos que en la actualidad se evidencian frente al tema en comento para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad (Congreso de la República, 2016).

La ausencia total de reglas legislativas en la materia como regulación expresa en la maternidad subrogada, ha obligado a utilizar la función integradora de los principios, es decir ante ausencia de regla expresa aplicamos directamente los principios, como hasta el momento ha ocurrido en casos concretos. En síntesis dentro de nuestra Constitución se encuentran plasmados

fines y principios del estado que dan viabilidad al contrato de maternidad subrogada, cómo lo son la libertad de asociación y autonomía privada, en cada caso en concreto apoyando la voluntad de disponer sobre lo propio de las partes involucradas en el negocio jurídico, aunque la rama judicial haya hecho avances en la interpretación y aplicación de los fines y principios aplicables en casos en concretos, es tarea de la rama legislativa aplicar principios y generar reglas de carácter abstracto.

Sin embargo, que no exista norma expresa que regule o prohíba la práctica de la maternidad subrogada, no implica *per se*, que los convenios que surjan entre los padres contratantes y la mujer que alquila su vientre, se regulan a través de las disposiciones generales del contrato, figura principal del negocio jurídico.

En primera medida diremos que el acuerdo de voluntades que surgen en el alquiler de vientre, no es más que un contrato, es decir un acuerdo entre dos o más partes para crear, modificar, regular o exigir derechos y obligaciones en una relación jurídica puntual. Ahora, los elementos constitutivos de todo contrato son el acuerdo, el objeto, la causa y la forma que se encuentran previstas en la ley, según sea el querer de las partes.

Por lo anterior diremos que el contrato puede ser nominado o innominado, será nominado cuando el acuerdo y sus condiciones se encuentran previstas o calificadas en tipo contractual legal, como por ejemplo la compraventa, el mutuo etc., por lo tanto deberán garantizarse los elementos constitutivos para que exista y alcance los efectos jurídicos que de él se esperan y los innominados son aquellos contratos que no se integran dentro de un determinado tipo legal, por lo tanto tienen su fundamento en el reconocimiento legal de la autonomía privada contractual, y que en ejercicio de dicha autonomía el Estado tutele dichos compromisos.

Gran parte de los contratos innominados surgen de la necesidad de regular los acuerdos derivados de nuevas prácticas sociales, que en base al crecimiento exponencial de la ciencia y la

tecnología están en constante mutación, de ahí que muchos de estos escenarios no se encuentran regulados por la legislación civil o comercial, pero que merecen de igual protección que los tipificados o nominados, permitiendo a las partes que confluyen en este tipo de acuerdos, de una mayor libertad o autonomía para establecer sus elementos esenciales, naturales y accidentales.

En consecuencia, de lo anterior podríamos concluir que el contrato de maternidad subrogada es un contrato innominado es decir que no se encuentra regulado en nuestra legislación actual, lo que implica que las partes al momento de expresar su voluntad tienen un grado de libertad mucho mayor que en otros tipos de contratos que la ley detalla de manera expresa sus elementos constitutivos.

Si bien en los contratos innominados como el de maternidad subrogada, las partes gozan de mayor libertad de configuración en su constitución, esto no implica que deban cumplirse aspectos que el orden jurídico ha fijado para que surja la obligación y alcancen los efectos jurídicos que las partes se han trazado. En primera medida deben tenerse presente los elementos para obligarse en todo acuerdo contemplados en el artículo 1602 del código civil, es decir la capacidad, el consentimiento libre de vicios, el objeto y causa lícita, aspectos que se quieren ilustrar para el contrato que nos convoca.

La capacidad, entendida como la aptitud que tiene una persona para obligarse por sí misma sin que medie la voluntad de otra persona. De igual manera el consentimiento de las personas participantes de esta clase de convenios debe estar exentos de vicios, es decir la voluntad no puede afectarse por error, fuerza y dolo, es decir no puede existir error en la persona, el objeto o el tipo negocial, como tampoco coacción externa a la madre gestante o en los padres contratantes para el consentimiento de su voluntad en este tipo de contratos.

Ahora, la licitud está señalada por la ley como requisito *sine qua non* del objeto del contrato. El objeto es lícito cuando no es contrario a las normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres, en ese orden, habrá que entrar a determinar si existe norma expresa que prohíba o reproche el objeto o los efectos jurídicos que persiguen las partes en un contrato determinado, que para los contratos innominados como el de maternidad subrogada ante falta de norma imperativa que prohíba, se podría concluir que está permitida, sin embargo como vamos a determinarlo en el capítulo siguiente, la autonomía privada estaría limitada desde el orden constitucional a la luz de los principios que tienen un papel fundamental e integrador ante ausencia de normas que regulen una circunstancia específica, como por ejemplo en la práctica de la maternidad subrogada.

En ese orden de ideas la maternidad subrogada representa varios cambios y retos para la legislación colombiana, teniendo en cuenta que cada vez la ciencia avanza y es necesario que las normas y conceptos jurídicos se adapten a dicho cambio. En la época que se redactó el Código Civil colombiano de 1873, en el cual se encuentran estipulados los elementos del contrato, no se alcanzaba a dimensionar los cambios que han tenido las formas de relacionarse y obligarse entre miembros de la sociedad. Ahora, es claro que en Colombia la falta de legislación sobre la maternidad subrogada genera inseguridad jurídica, ya que al no estar regulada, amplía la autonomía privada de las partes contractuales, sin un marco claro de lo que se puede o no alrededor de esta práctica, dejando los contratos alrededor del alquiler de vientres a la interpretación y aplicación de los interesados y del juzgador en cada caso en concreto.

2.4.3 Marco Jurisprudencial de la Maternidad Subrogada en Colombia

En Colombia es casi nulo el marco jurisprudencial o el precedente judicial en materia de maternidad subrogada por ninguna jurisdicción, ya sea administrativa, ordinaria, o constitucional,

sin embargo, traemos a colación la Sentencia T - 968 de 2009 en donde la Corte Constitucional hizo una aproximación a lo que es la figura de la maternidad subrogada. Esta sentencia al ser una sentencia de tutela tiene efectos interpartes y no *erga omnes*, es por eso que dicho pronunciamiento no puede entenderse como una decisión judicial que genere un precedente judicial el cual obligue a los demás jueces a seguir su línea. Cabe resaltar que esta sentencia es importante porque es emitida en sede de revisión por la Corte Constitucional, la cual ejerce la guardia de la integridad y la supremacía de la constitución de conformidad al Artículo 4 y 241 de la constitución política, además trae a colación algunos elementos que consideramos importantes, razón por la cual lo explicamos de la siguiente manera.

En la mencionada Sentencia de la Corte Constitucional, se discute el caso del señor Salomón de nacionalidad colombiana, casado con la señora Raquel, de nacionalidad dominicana, quienes residen en Estados Unidos, y deseaban tener un hijo, en este proceso conocieron a la señora Sarai que aceptó realizar varios tratamientos con el fin de que el señor Salomón fuese padre. La señora Sarai y Salomón se conocieron por intermedio del Doctor Marco Julio Velásquez, director del Programa de Fertilización *in vitro* del Centro de Reproducción Asistida Fecundar, quien los presentó con el propósito inicial de que Sarai alquilara su vientre.

En este acuerdo inicial los óvulos empleados para el proceso de fertilización *in vitro* serían los de la señora Raquel, limitándose Sarai a prestar su vientre para ser implantados una vez estuviesen fecundados con el esperma del señor Salomón, y sobrellevar el embarazo, todo a cambio de una suma mensual de dinero que enviaría el matrimonio a Sarai durante el tiempo que durará el embarazo y otra cantidad significativa al final del mismo. Sin embargo, después de varios intentos, Sarai no quedó embarazada. Incluso, posteriormente, se llegaron a emplear óvulos de una donante sin ningún éxito. Tras varios intentos fallidos, la señora Sarai al implantarse 4 embriones

finalmente queda embarazada dando a luz a dos gemelos, los niños nacieron en Vijes, Valle del Cauca, lugar de residencia de la madre, el 21 de marzo de 2006, en buen estado de salud, donde por consiguiente la madre registró a los menores al día siguiente como hijos extramatrimoniales no suministrando el nombre del padre, quien no tuvo la oportunidad de regresar al país de manera oportuna para estar en el parto, debido a que no se le avisó a tiempo. De lo anterior, se despliegan una gran cantidad de situaciones e inconvenientes jurídicos, donde finalmente se evidencia la necesidad de una regulación exhaustiva, así como del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones, que la misma Corte Constitucional definió en Sentencia T-968, 2009:

1. que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.
2. que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre).
3. que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
4. que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.
5. que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.
6. que se preserve la identidad de las partes.
7. que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
8. que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia
9. que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.

10. que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica (Sentencia T-968, 2009).

En esta sentencia no se discute a fondo el tema de la maternidad subrogada en su *ratio decidendi*, pero trajo elementos importantes, que serán fuente para otras decisiones judiciales. Por ejemplo, en pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia, en donde una pareja trata de realizar el traslado de sus embriones fertilizados desde Estados Unidos a Colombia, ya que no habían tenido éxito con el primer procedimiento de fecundación In Vitro, por lo tanto, se generan una serie de interrogantes y conclusiones:

> Al existir un número de embriones adicionales, no utilizados para la transferencia uterina (criopreservados), es cierto que se presentan múltiples cuestionamientos de naturaleza ética, moral y religiosa; al preguntarse ¿cuál es la naturaleza de ellos?, ¿son simplemente cosas?, son personas con protección legal?, o no son ni lo uno ni lo otro, sino se les podría calificar como *tertium genus*, susceptibles igualmente de protección especial. Son aspectos que deben analizarse en cuanto a la disposición de esos elementos en consideración al criterio de que, si son cosas, entonces surge el interrogante de quiénes son sus propietarios; y si nadie los reclama, se pregunta, ¿podría hablarse de cosas abandonadas? (Corte Suprema de Justicia, 2017).

De lo anterior, la Corte toma como punto de referencia para tomar una decisión, la importancia de los derechos sexuales y reproductivos, y a su vez, la libertad de toma de decisiones:

> Encuentra la Sala que es de gran importancia proteger los derechos sexuales y reproductivos de los actores, que de ninguna manera pueden ser vulnerados por el Estado colombiano que, al suscribir una serie de tratados y pactos internacionales, se comprometió a velar por el cumplimiento efectivo de tales garantías, en el entendido que las personas

> que acuden a los tratamientos de reproducción asistida lo hacen con la facultad de tomar decisiones libres y tendientes a la consecución de ciertos logros, que en definitiva propenden por el establecimiento de una familia (Corte Suprema de Justicia, 2017).
>
> Además, manifestó:
>
> Por ende, ha de expresarse que los acuerdos negociales de la índole de marras, que no afecten los principios éticos básicos ni refieran a ilicitudes, en principio, podrán servir para regular las relaciones entre las partes respecto a los términos plasmados en ellos, de donde surge que el consentimiento mutuo respecto al futuro de los embriones debe tener importancia, en presencia de controversias sobre qué hacer con tales en caso de diferencias irreconciliables y obliga a que en los convenios así realizados se tenga el cuidado de planear con suficiente claridad la totalidad posible de aspectos, que prevengan un conflicto futuro (Corte Suprema de Justicia, 2017).

Del marco constitucional, legal y jurisprudencial se logra concluir principalmente que la ausencia legislativa en los contratos de maternidad subrogada, obliga a la aplicación directa de los principios constitucionales en cada caso específico, principalmente el de dignidad humana y la autonomía privada, que por regla general entran en conflicto, por lo tanto, corresponde a los jueces de la república, realizar una debida ponderación de derechos en cada caso en concreto. Finalmente resaltamos que la Corte Constitucional, en sentencia T/968/2009 con efectos Inter partes, plantea algunos elementos que debería contener el contrato de maternidad subrogada en Colombia, sin embargo, esta sentencia no tiene efectos vinculantes, lo que obligará al legislador en algún momento a legislar sobre la materia con el fin de dar seguridad jurídica a esta práctica médica y a las partes que confluyen en este tipo de convenios.

Capítulo III: Metodología

3.1 Tipo de Investigación

Esta monografía jurídica es descriptiva y cualitativa, es decir se centra en describir y exponer un escenario problemático y proponer una posible solución normativa, dada la insuficiente literatura y normatividad sobre el objeto de investigación. Para el presente caso, se analizará la problemática de la maternidad subrogada desde el orden constitucional, legal y jurisprudencial con el fin de fijar los límites a la autonomía privada en los acuerdos o convenios que se den entre la mujer que alquila su vientre y los padres contratantes y así proponer desde el punto de vista contractual elementos esenciales, naturales y accidentales en el contrato de maternidad subrogada.

3.2 Técnica y Recolección de la Información

La presente monografía jurídica instrumentaliza la técnica de análisis documental, siendo éstos: la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina. Esta información fue sistematizada en una matriz bibliográfica que permite la organización de dicha información, es importante indicar que para consultar los documentos empleados se usaron gestores bibliográficos, tales como Scielo, Redalyc, Latintex, Google académico, relatoría de la Corte Constitucional entre otros. De esta forma se pudo tener un amplio panorama de análisis del problema toda vez que se consultaron visiones institucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinales del tema objeto de estudio.

Capítulo IV: Análisis de las Reglas a los Límites de la Autonomía Privada de la Maternidad Subrogada en Colombia

Este capítulo tiene como objetivo realizar un análisis del marco constitucional, legal y jurisprudencial desarrollado en el capítulo anterior, y con ello concluir que las partes que intervienen en este tipo de convenios gozan un nivel alto de libertad y autonomía al momento de configurar su libertad contractual, sin embargo, desde ya se plantea que los límites a la autonomía privada se sujetan a los principios que deben respetarse y que hacen parte del marco constitucional, específicamente el de dignidad humana, además se pretende analizar los elementos del contrato de maternidad subrogada emitidos a título de ilustración por la Corte Constitucional en su Sentencia T 968/ de 2009 los cuales marcan parámetros importantes como ejes fundamentales a la hora de celebrar un convenio o contrato donde su objeto principal sea llevar a cabo el nacimiento de un bebe.

4.1 En relación con el Marco Constitucional

Con base en el actual Estado social de derecho, el cual a su vez se sustenta en la dignidad humana como principio rector, consagrado en el artículo primero constitucional, tenemos que es la base y el sustento de los demás principios y reglas legales de nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior implica desde un pensamiento kantiano que el ser humano no es un medio sino un fin en sí mismo, lo que quiere decir, que toda persona con independencia de su raza, cultura, credo, nivel económico etc., gozan de protección por parte del Estado en relación con unos mínimos que garanticen una vida digna.

En este punto, tenemos que el alquiler de vientre, se constituye en una práctica que obliga a una fémina a prestar su vientre para concebir, implicaría de alguna manera la instrumentalización de su cuerpo, y según la idea de dignidad humana expuesta en el párrafo anterior, existiría un

conflicto con el principio fundante de nuestro ordenamiento jurídico. Pese a lo anterior, se puede indicar, que es en este punto, en donde la mujer ejerce su autonomía privada y decide de manera libre si presta su vientre o no, todo esto mediante un contrato, teniendo en cuenta que es ella quien debe someterse al embarazo y posteriormente al parto, para finalmente entregar al bebé a los padres contratantes. A contrario sensu, tenemos que si bien existe una limitación al ejercicio autónomo de la libertad para decidir sobre cada vida, este no puede sobrepasar garantías que se consideran mínimas e irrenunciables, por lo tanto la libertad que goza para decir sobre lo suyo, no es absoluta.

La autonomía privada de la cual gozan las partes que intervienen en el contrato de maternidad subrogada es muy amplia, en vista del vacío normativo existente ya que no existe una reglamentación normativa por medio de pautas claras, ni se prohíbe expresamente esta actividad, por lo tanto, las partes estarán sometidas a lo que por voluntad propia establezcan en el contrato sin transgredir las normas imperativas. En relación con lo anterior encontramos que los principios de autonomía y el de dignidad humana pareciera contraponerse, lo cual obliga a que el Juez y en su momento, el Legislador realicen ponderación de estos principios

4.2 Tensión entre Principios en la Maternidad Subrogada en Colombia

Como anteriormente se expuso, para Kant ninguna persona debe ser utilizada como un medio, ya que el ser humano es un fin en sí mismo, y en esta premisa es en la que se basa principalmente el principio de la dignidad humana, cuyo principio se podría ver comprometido por parte de la mujer gestante, teniendo en cuenta que una parte de la doctrina señala que la mujer es instrumentalizada para gestar el hijo de una pareja a cambio de dinero. Pero ante esta postura, también se puede indicar que la mujer que alquila el vientre instrumentaliza a los futuros padres para conseguir un fin económico, por medio de su deseo de ser padres. Atado a lo anterior, se encuentra el principio de autonomía, el cual está correlacionado con el principio de la autonomía

privada, en dónde personas adultas con capacidad de contratar, desean de manera libre y voluntaria realizar un contrato, por lo tanto, al no permitirle plasmar y ejercer su voluntad de manera libre, también se estaría transgrediendo el principio de libertad.

Resolver dicha tensión es un reto para el juez o magistrado, ya que debe basarse en la interpretación de principios y esto ocurre por la omisión legislativa frente al tema en concreto. De tal modo que el legislador debe entrar a analizar los principios anteriormente mencionados y realizar un estudio minucioso ponderando dichos principios para justificar la maternidad subrogada y dicho estudio debe tener en cuenta las particularidades de cada caso.

Según lo anterior, la libertad de decidir sobre lo propio, lo cual implica el cuerpo y el plan de vida, se funda en la autonomía privada que se ve en aparente confrontación directa con la dignidad de la mujer que presta su vientre, porque se estaría instrumentalizando, aunque cabe resaltar que la dignidad humana va ligada con la autonomía de la voluntad, la libertad de decidir y la moral, ya que cada persona es capaz de regirse bajo sus propias reglas morales, siempre y cuando estás se logren aplicar de manera universal, lo anterior implica, que la dignidad de la mujer también se vería afectada si se restringe su autonomía bajo argumentos religiosos o ético que no comparte.

4.3 En Relación con el Marco Legal

En este punto diremos que la ausencia de una regulación expresa obliga a la luz del principio de supremacía e integración del marco constitucional, de conformidad al artículo 4 constitucional, que deban aplicarse de manera directa los principios constitucionales, sin embargo es pertinente traer algunos aspectos normativos coherentes con este tipo de contrato innominado.

Lo primero que hay que decir, es que el contrato de maternidad subrogada es un negocio jurídico, pues surge de la voluntad libre y espontánea de las partes con el fin de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones y con ello alcanzar sus objetivos personales y colectivos. En

base a lo anterior, diremos que la autonomía privada se convierte en un elemento central de discusión en esta clase de contratos, razones por las cuales, a continuación se desarrollarán algunas ideas centrales a la luz de la autonomía privada con la maternidad subrogada.

4.3.1 Autonomía de la Voluntad Privada en la Maternidad Subrogada

En la maternidad subrogada, el principio de autonomía privada juega un papel importante para poder respaldar dicha práctica y llevarla a cabo mediante mecanismos jurídicos, que comprenden cuatro importantes esferas que son el eje central para generar obligaciones y deberes a las partes involucradas, teniendo en cuenta que los actores del hecho jurídico están disponiendo de algo suyo frente a los demás, presuponiendo que cada parte maneja sus propios intereses así como hace disposición de ellos. Lo anterior se ve representado a la primera y segunda esfera, las cuales son la libertad para contratar y la libertad de escoger contratante, lo que significa que cada parte debe actuar de manera autónoma, libre y responsable, con respecto a la parte del contrato que debe cumplir.

Las siguientes dos esferas, que hablan sobre la libertad de escoger la figura negocial y la libertad de escoger el contenido, llevan a que las partes involucradas en el negocio jurídico, deben de discutir cuál va a ser la tipicidad del contrato y a su contenido el cual versa sobre el tiempo que la madre subrogada debe culminar su embarazo y entregar al bebe a sus padres biológicos, encontrando un punto de equilibrio en donde la autonomía privada no debe transgredir ni afectar a ninguna de las partes.

Por consiguiente, debemos recalcar que la autonomía privada está limitada por normas de orden público, según lo expuesto por la Corte en la Sentencia C-166 de 1997,

> Éstas se refieren a los preceptos que no son susceptibles de ser obviados ni siquiera por el acuerdo de voluntades entre los particulares, pues conciernen al interés público y social del

Estado, normas orientadas a la seguridad, solidaridad y justicia. Son imperativas, obligatorias, no son susceptibles de pacto en contrario, de renuncia o transacción (Corte Constitucional, 2005).

4.3.2 Autonomía de la voluntad Privada

Es un principio que integra el derecho a la libertad de disponer de manera responsable y autónoma de lo propio, en el que se da existencia a las relaciones entre particulares, la cual se materializa mediante una acción jurídica declarando su propia voluntad y libre colaboración para todos los efectos jurídicos acordados entre las partes en concordancia entre el poder de disposición particular y el poder normativo del ordenamiento (Hinestrosa, 2014).

La libertad de contratación en nuestros tiempos se ha transformado en la necesidad de regular libremente las relaciones jurídicas entre las personas, en donde se tienen en cuenta: la libertad de contratar, libertad de elegir contratante, libertad de escoger la figura negocial y la libertad de escoger el contenido negociado.

En el caso del alquiler de vientres, la autonomía se ve materializada cuando una mujer decide contratar con otro grupo de personas que también gozan de dicha autonomía, bajo ciertos parámetros. En este caso, ninguna garantía superior se verá afectada, siempre que la voluntad no se encuentre viciada de algún modo, por el contrario el hecho de no permitir que una mujer decida sobre su cuerpo y plan de vida, si implica un desconocimiento de la autonomía de su libertad privada.

4.3.3 Libertad de Contratar

Esta garantía, permite que las partes puedan pactar libremente un contrato donde se determina su contenido, teniendo como preceptos constitucionales las limitaciones que impone las normas vigentes y que se justifique en garantizar relaciones libres y justas, ya que si se incumple

y dicha libertad se traduce en abuso, daño o expoliación a la parte débil, el sistema jurídico debe de entrar a intervenir, teniendo en cuenta el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial (Sentencia T-240, 1993).

Así las cosas, si bien no existe una reglamentación sobre el alquiler de vientres, la norma civil y la jurisprudencia reconocen que los ciudadanos pueden contratar y pactar de manera libre, siempre que por ejemplo, causa licita y objeto licito, en es orden de ideas, al no consagrarse el alquiler de vientres como un objeto ilícito, no tiene asidero jurídico la prohibición, nuevamente la voluntad de las partes y su libertad para contratar son las razones de posibilidad de la existencia del contrato de alquiler de vientres.

4.3.4 Libertad de Elegir Contratante

Dicha libertad contiene directrices lógicas, éticas o legales, tales como: la confianza legítima, la regularidad, normalidad, estabilidad, seguridad, certidumbre del tráfico jurídico, autorresponsabilidad, buena fe y libertad contractual, las cuales explican en su interior la fortaleza del contrato así como el repudio a su ruptura unilateral, siendo un acuerdo de intereses mutuos, jurídicamente relevante lo cual les obliga a su cumplimiento y de manera general excluye la terminación por una de las partes, so pena de ser sometida a su contrariedad de cumplimiento y a la reparación por los daños ocasionados (Corte Suprema de Justicia, 2011).

Esto implica que las personas en el desarrollo de sus actuaciones cotidianas, y a partir de su libertad de elegir contratante, pueden establecer relaciones comerciales y civiles con las personas que ellas elijan, no siendo del resorte del Estado, determinar qué tipo de relación y con qué personas deben contratarse, por esta razón, es que una pareja y una mujer, pueden en virtud de esa libertad de elegir contratante, entablar una relación civil y es más, el Estado debe proteger dicho acuerdo, que tiene como límite las prohibiciones legales y constitucionales expresas.

En suma, las partes contractuales en los convenios de maternidad subrogada, gozan de la libertad de escoger su contraparte en el contrato, sin ningún tipo de limitación más que las que la ley fije, en especial las estipuladas en el Artículo 1502 del Código Civil, es decir los requisitos para obligarse, en tanto las partes deben ser capaces, es decir, que tengan derecho de disposición sobre lo suyo, que su consentimiento no se vicie y que exista y objeto y causa lícita, es decir que no exista prohibición expresa y que la causa sea protegida por el derecho.

4.3.5 Libertad de Escoger La Figura Negocial

Hace referencia a la tipicidad contractual que se encuentra en el ordenamiento jurídico donde se habla de tipicidad para señalar la forma como la sociedad y en su trasfondo, el ordenamiento normativo, da respuesta a las exigencias de crear instrumentos o herramientas donde las personas empleen el impulso a su actividad, sobretodo la económica, para alcanzar los bienes y los servicios que apetecen (Hinestrosa, 1999).

Como se sabe, existe una gran cantidad de figuras negociales que contempla el ordenamiento jurídico, se debe indicar que estas figuras pueden estar expresas o no, las primeras hacen referencia al reconocimiento expreso de la norma de una figura negocial, y las segundas son aquellas figuran que no tienen un reconocimiento expreso pero que no están prohibidas. Por esta razón, el alquiler de vientres puede considerarse un contrato innominado, el cual acredita los requisitos esenciales del contrato y por ende tiene plena validez en el ordenamiento jurídico.

4.3.6 Libertad de Escoger El Contenido Negociado

Esta garantía implica que se deben de tener en cuenta el objeto del contrato así como los deberes y obligaciones que corresponden a cada una de las partes también el contenido depende de la reglamentación libre de las partes implicadas, donde se pueden establecer pactos, cláusulas

o condiciones convenientes, siempre y cuando no sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público (El Jurista, 2022).

Con relación a nuestro tema de estudio, se tiene que los contratantes tiene la libertad de escoger el contenido del negocio, de ahí que el alquiler de vientres sea un objeto lícito del contrato, siempre que no se vulneren garantías en el proceso, el derecho debe proteger dicha garantía y velar por la licitud de los objetos, se debe tener en cuenta que los problemas derivados con el alquiler de vientres, producto del incumplimiento de lo pactado, pero estas posibles consecuencias no deben óbice para que se restrinja la libertad de escoger el contenido negociado.

4.3.7 Límites a la Autonomía Privada (Normas de Orden Público)

"El contrato es ley para los contratantes, el contrato tiene fuerza de ley", son dos afirmaciones que tuvieron origen en una expresión de Domat, J. (1875), jurisconsulto francés, abogado, el cual consagró toda su vida al estudio del derecho y la jurisprudencia, teorías recogidas por los Artículos 1134 del Código Civil de 1804, posteriormente en Italia por el Código Civil de 1865 en el Artículo 1123, por el Artículo 1372 y por el Código de Andrés Bello.

Ambas concepciones establecidas en el contrato se deben tomar en un sentido comparativo, puesto que el contrato no es una ley o una norma jurídica especial, sino que tiene la misma fuerza vinculante que posee la ley con respecto a los ciudadanos porque refleja en sí la esencia de compromiso y vinculación de la autonomía privada, permitiendo a los individuos disponer de sus intereses advirtiendo que tal disposición de cierta manera los liga ya que deben de ejecutar el contrato conforme al contenido del mismo, sin desconocer los principios orientadores del contrato, permitiendo la confianza social, estabilidad y seriedad de los compromisos contractuales asumidos para que de esta manera no sean alterados arbitrariamente y que no se le permita a alguna de las partes no ejecutarlo.

Ahora bien, eso no quiere decir que el contrato no es modificable y no puede ser resuelto, toda vez que las partes de voluntad recíproca pueden modificar y extinguir las relaciones creadas precedentemente por ellas siempre y cuando sean admitidas por la ley.

La posibilidad que tienen las partes para extinguir la relación creadas por ellas se la ha clasificado por nuestro Código Civil como el "mutuo disenso o terminación del contrato por mutuo acuerdo", establecido dentro de nuestro ordenamiento colombiano, en el Código Civil en su Artículo 1602 que dispone que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" (1873) y el Código de Comercio en su primer inciso del Artículo 1625 que consagra que "toda obligación puede extinguirse por una convención en donde las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente lo suyo, consientan en darla por nula" (Decreto 410 de 1971).

Si bien es cierto, el éxito para alcanzar la autonomía privada está en valorar la conveniencia de dicha relación negocial dentro de lo cual existe la posibilidad de retractarse porque el mutuo disenso es considerado como un verdadero acto sin límites en su ejercicio, pero que a su vez no es correcto afirmar que el mutuo disenso ataca los efectos queridos por las partes del contrato precedentes, sino sostener que el mutuo disenso extingue y paraliza la relación con los efectos jurídicos producidos por la ley pretendidos por ambas partes, y libera de recíprocas posiciones contractuales del negocio jurídico precedente.

Tampoco hay que dejar a un lado o desconocer que surge un problema cuando se quiere determinar otros aspectos importantes para la aplicación del mutuo disenso, ya que no se tiene una regulación específica de esta figura al momento de la celebración sin restricción alguna del mutuo disenso que genera inequidades respeto a las prestaciones que ya fueron realizadas o, incoherencias en el ordenamiento jurídico el cual es un gran interrogante que lo respondemos con una primera

teoría en la que se afirma que el mutuo disenso es un negocio jurídico resolutorio y revocatorio, por lo que su naturaleza es producir efectos retroactivos, esta teoría tiene cabida en nuestro ordenamiento en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, pues ellos mencionan que la voluntad de las partes es dar por invalidado el contrato por consentimiento mutuo y, dar nula la obligación por convicción, por lo que esa tesis no puede ser aceptada, la finalización de la obligación procede de común acuerdo voluntario de las partes las cuales consienten en deshacer lo que anteriormente habían hecho, el cual no puede producir efecto retroactivo, ya que la autonomía privada no es capaz de modificar situaciones jurídicas ya consolidadas sin miramientos al resto del ordenamiento jurídico.

De lo anterior también existen ciertos límites a la autonomía privada en cuanto a la aplicación del mutuo disenso tácito el cual es dirigido al incumplimiento recíproco del contrato, donde la jurisprudencia colombiana ha considerado que el incumplimiento recíproco puede ser visto como una conducta concluyente en sentido denominado desistimiento tácito. También se debe de tener en cuenta que la voluntad de los individuos como fuente de derechos y obligaciones no es ilimitada, pues debe ajustarse a los parámetros de la ley y la sociedad respetando las normas imperativas, de orden público y las buenas costumbres, en donde el fin principal del contrato sea beneficiar de igual manera a las partes involucradas, teniendo en cuenta que donde se esté afectando a la parte más vulnerable del negocio jurídico, se debe acoger a las leyes imperativas existentes.

4.4 Proyección de la Autonomía Privada en el Contrato

Cuando se habla de contrato, Hinestrosa (1999), considera que esta figura es una de las más antiguas e importantes que se ha conservado durante décadas, ya que representa un acto de la autonomía privada por ser un acuerdo que resulta de dos voluntades concordantes, un instrumento

jurídico patrimonial que contiene un importante elemento que es la bilateralidad consensual, entendida también como una operación económica, o una realidad económica social subyacente en la que se expresa una realidad económica social transformada en instrumento jurídico.

El principio de autonomía privada entendida en la doctrina como el poder de sus propios intereses o como el poder de un sujeto para decidir sobre su propia esfera jurídica, obteniendo así gran relación con el principio de libertad, ya que la autonomía privada es una categoría ante todo social y a su vez histórica que de ninguna manera se puede excluir del problema de libertad porque precisamente en el contrato existe por virtud del ordenamiento una fuerza de ley que legitima al particular con una autorresponsabilidad y unos límites para el reconocimiento legal de dicha autonomía.

En esta línea, la libertad de contratación en nuestros tiempos se ha transformado en la necesidad de regular libremente las relaciones jurídicas con las demás personas teniendo en cuenta la libertad de contratar, libertad de elegir contratante, libertad de escoger la figura negocial y la libertad de escoger el contenido negociado, en donde el negocio jurídico sea el instrumento para realizar la autonomía privada que sirve de vehículo al poder de autodeterminación para disponer de lo propio, de los elementos integrantes del patrimonio, de sus cosas, de las relaciones de familia y de los bienes de su personalidad refiriéndose a sus propios intereses, es decir, es un poder del individuo de regular sus propios intereses, mediante el acuerdo de voluntades empleado en la actualidad como criterio de integración de la disciplina de la responsabilidad.

En resumen, la autonomía privada permite que las partes lleven a cabo las cuatro esferas de su libertad, las cuales se concretan en el negocio jurídico, con lo que se pretende que existan relaciones libres y justas ya que si se pierde este equilibrio, deben de ser las normas imperativas las que restablezcan el orden, en el entendido de que las partes quedan limitadas al contenido del

contrato y a las normas imperativas. Las interpretaciones adicionales y que se fundan en preceptos morales y religiosos no deben ser tomados como verdad absoluta, puesto que al ser Colombia un Estado laico, debe prevalecer la libertad de las partes que desde su autonomía y razón buscan contratar.

4.5 En relación con la Jurisprudencia

Como logramos visualizar en el capítulo anterior no existe una línea jurisprudencial o precedente legal jurisprudencial, que nos fije unas reglas claras acerca de esta actividad dentro del marco contractual de la maternidad subrogada, sin embargo traemos a colación los siguientes elementos que pueden extraerse de la Sentencia T-968 de 2009 proferida por la Corte Constitucional en dónde se manifiesta que,

> Es precisamente este vacío normativo al que hace referencia el Dr. Velásquez (2009), el que ha permitido el desencadenamiento de hechos y decisiones tan lesivas e irremediables de los derechos fundamentales de los menores involucrados (...) Dentro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una "regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones" (Sentencia T-968 de 2009).

4.6 Propuesta de los Elementos Naturales, Esenciales y Accidentales del Contrato de Maternidad Subrogada

Para que un contrato surja a la vida jurídica, y genere obligaciones para las partes, se requieren unos elementos, tales como los esenciales, naturales y accidentales (Repositori UJI, 2002). Estos elementos nos permiten identificar mediante qué tipo de contratos se van a obligar las partes, condiciones y garantías al momento de celebrarlo.

En el caso en concreto, estudiaremos los elementos determinados por la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-968 de 2009, ya que en nuestro sistema jurídico no existe

ninguna ley que regule el contrato de maternidad subrogada, y su vez determinaremos cuáles serían los elementos para aplicarlos en la maternidad y así materializarlos en un contrato que sirva como fundamento legal para que las partes contratantes se obligan jurídicamente.

4.6.1 Elementos Naturales del Contrato de Maternidad Subrogada

Son aquellos que, no siendo esenciales, se entiende que le pertenecen, sin necesidad de cláusulas especiales. Para que el contrato tenga los efectos jurídicos que pretenden las partes este elemento es obligatorio, ya que si no existe en el contrato se hablaría de otro tipo de hecho jurídico, y no del contrato de la maternidad subrogada (Ley 84, 1873), es por ello, que se presenta la siguiente propuesta:

-Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes médicos y psicológicos pertinentes antes, durante y después del embarazo.

Este elemento permite que el contrato de maternidad subrogada cumpla con los efectos jurídicos que la partes esperan, principalmente que el feto nazca en buenas condiciones de salud. Para ello la mujer que presta su vientre estará obligada a someterse a los protocolos médicos definidos por la *lex artis* (Vázquez, 2010), y por supuesto las demás que el médico tratante establezca, es decir, ser claro en que si bien hay un protocolo, la mujer gestante tendrá la obligación de realizar los demás exámenes médicos que se exijan previo al momento de la concepción, desde el mismo momento de la fecundación del óvulo por un espermatozoide y anidamiento o implantación del huevo en el útero, durante y hasta después del embarazo.

Sin embargo para efectos de ilustración, traemos a colación, algunos protocolos que una madre gestante debe hacerse durante su proceso de gestación (Biblioteca Nacional de Medicina, 2022):

- Pruebas de ultrasonidos para dar seguimiento al crecimiento del bebé así mismo, ayuda a establecer una probable fecha de nacimiento
- Pruebas de glucosa para detectar diabetes gestacional
- Pruebas de hemoclasificación.
- Amniocentesis para buscar defectos congénitos y problemas genéticos
- Prueba de translucencia nucal para buscar problemas con los genes del bebé
- Análisis en busca de enfermedades de transmisión sexual
- Exámenes de tipo de sangre como Rh y ABO
- Exámenes de sangre para la anemia
- Exámenes de sangre para hacer seguimiento a cualquier enfermedad crónica que haya tenido antes de quedar embarazada.

-Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material genético, no pueda retractarse de la entrega del recién nacido

Este elemento natural es fundamental porque aquí se busca plantear la idea en dos partes, uno desde el consentimiento informado y el otro es que no pueda retractarse de la entrega. El consentimiento informado tiene que ver con la manifestación que se realiza sobre el conocimiento de los riesgos y consecuencias que puede existir para la realización de un procedimiento médico (Castillo y Lira, 2021). En el presente caso, cada uno de los procedimientos a los que se debe de someter la mujer, en primer lugar la implantación de los óvulos, luego el proceso de embarazo y finalmente el parto, es decir es necesario que se obre sobre el contrato de la maternidad subrogada en el consentimiento informado toda manifestación inequívoca de la mujer acerca de cualquier riesgo previsible al momento de la fecundación como en el momento de llevar a cabo la gestación y después del embarazo.

Las complicaciones comunes incluyen:

- Diabetes durante el embarazo (diabetes gestacional), si existen riesgos inherentes al embarazo o de la mujer.
- Presión arterial alta durante el embarazo (preeclampsia y eclampsia).
- Amenaza de parto pre término.
- Sangrado vaginal.
- Retraso en el crecimiento intrauterino.
- Cualquier alteración del bienestar fetal (Biblioteca Nacional de Medicina, 2022).

-Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica

En este aspecto se trae a colación la Sentencia C - 355 de 2006, la cual es conocida como la sentencia que trata sobre el aborto, la cual contempla la prescripción médica cuando se ve inmersa en riesgo la vida de la madre y la del menor. Es decir, la malformación congénita del feto y que la vida de la madre esté en riesgo. Teniendo en cuenta que el resultado que se espera del contrato es el nacimiento del bebe, este elemento brinda una seguridad a ambas partes, en el caso de que la mujer gestante no desee continuar con el embarazo o en caso contrario que los padres contratantes ya no deseen continuar con el negocio jurídico.

-Que la entrega del hijo se realice dentro del término médico necesario para garantizar la integridad del menor.

Médicamente se recomienda que un bebe debe de alimentarse mediante leche materna de manera exclusiva durante los primeros seis meses de vida (Minsalud, 2022), lo cual sería lo mejor para el recién nacido teniendo en cuenta que es lo mejor para el menor desde el punto de vista constitucional, en donde los niños tienen un interés superior y una especial protección constitucional (1991). Por otro lado, la doctrina ha enfatizado que también es importante que él

bebe cree lazos con los padres contratantes y que se limite el apego de la mujer gestante (Garibo, 2017).

-Garantizar los servicios de prestación de salud para la madre y el feto

Aquí se busca garantizar los servicios de salud de la gestante, padres genéticos y el recién nacido. De acuerdo a lo manejado hasta el momento sobre la maternidad subrogada, son los padres contratantes quienes deben asumir los gastos de servicio de salud durante el embarazo y el parto (Beetar, 2019), por lo tanto, deben ser los padres interesados los que deben garantizar el servicio a la salud.

4.6.2 Elementos Esenciales del Contrato De Maternidad

Los elementos esenciales son aquellos imprescindibles, sin los cuales no puede existir el contrato como son: el consentimiento, el objeto, la causa y la forma de su otorgamiento (Vázquez, 2018), pero en el caso de la maternidad subrogada nos centraremos explícitamente en el objeto, toda vez que la razón de ser de este elemento esencial es la prestación del servicio por parte de la mujer gestante que pone a disposición de los interesados su vientre para llevar a cabo el embarazo de su futuro hijo (Pinzón, Rueda y Mejía, 2015). Estos elementos permiten configurar el tipo jurídico que pretenden las partes. Los elementos esenciales para el contrato de maternidad subrogada los desarrolla la Corte Constitucional en la Sentencia T - 968 de 2009:

-Que sea apta para concebir

Este elemento es esencial, porque si la mujer físicamente no puede concebir, no habría objeto del contrato de maternidad subrogada, por lo tanto la mujer debe de tener una edad adecuada que sería entre los 25 y 30 años, (BBC, 2017) además la madre debe contar con buen estado de salud, y por lo menos haber dado a luz una vez (Moreno, 2021).

-Irrevocabilidad del contrato de maternidad subrogada

Que la madre se comprometa a entregar el menor a los padres contratantes, para que una vez realizado el contrato, los padres genéticos tengan la obligación de recibir al menor. Este elemento es esencial, ya que lo que se espera del objeto del contrato es el nacimiento del menor, por lo tanto, si alguna de las partes desiste del vínculo contractual, se estaría vulnerando los derechos del nacido, el cual tiene especial protección constitucional.

-No oneroso

Porque el objeto del contrato de maternidad subrogada no puede ser oneroso, por lo tanto, no debe generar ninguna utilidad según la Sentencia T-968 de 2009. Cabe precisar que en esta sentencia existe un vacío jurisprudencial frente a lo que es la maternidad subrogada, pero como lo mencionamos con anterioridad, de este pronunciamiento se rescata que es proferida por el órgano constitucional, por lo tanto, tiene efectos interpartes.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en la realidad colombiana los padres genéticos dan una contribución monetaria a la madre gestante, y existe una colaboración entre abogados y notarios para registrar a los menores a nombre de los padres genéticos (Ulloa, 2017), por lo tanto si se quiere materializar un contrato de maternidad subrogada debería ser oneroso, ya que actualmente en la práctica se está llevando a cabo de esa manera, y si no se le da una retribución económica a la mujer gestante se estaría afectando la dignidad humana.

-Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante

Desde el punto de vista constitucional, según la Sentencia T-698 de 2009 se concluye que sin los gametos de la madre no habría gestación subrogada, por lo tanto, los gametos tendrían que ser de la madre genética y el padre genético, es decir que lo único que preste la madre gestante es

el vientre materno. Este elemento es esencial ya que sin él no existiría el objeto o razón de ser del contrato de maternidad subrogada.

Según la doctrina existen dos tipos de maternidad subrogada: Gestación subrogada tradicional o parcial donde la mujer gestante aporta sus óvulos, y la gestación subrogada gestacional o completa, en donde la mujer gestante no aporta sus óvulos ni material genético, solo presta su vientre (Trolice y Salvador, 2019). Precisamente es esta última en la que la Corte se centra.

-Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor

En el contrato de maternidad subrogada se ponen de por medio los intereses del menor para que llegado el caso de que se presente un evento desfavorable para el niño frente la ausencia de los padres no le afecte su vida en desarrollo. De acuerdo como se establece en la constitución política “el interés superior del menor, el cual obliga a que la familia, la sociedad y el Estado asistan y protejan al niño” (Constitución Política, 1991)

4.6.3 Elementos Accidentales del Contrato de Maternidad Subrogada

Son todos aquellos que las partes consideren necesarios para que se garantice el cumplimiento del contrato, siempre y cuando no sean contrarios a la ley y principios, en armonía con la autonomía de la voluntad, los contratantes pueden establecer o convenir pactos, cláusulas y condiciones. Los contratos sólo producen efectos directos entre las partes que intervienen pero no alcanzan a los terceros. Sin embargo, los herederos también resultan obligados por los contratos del causante porque son continuadores jurídicos de éste, y los cesionarios también, por la misma razón.

Es por eso que llevado al caso de la maternidad subrogada plasmaríamos unas condiciones en las cuales exista la irrevocabilidad del contrato, toda vez que, al momento de celebrarlo entre las partes, ambas pondrían de su parte para dicho fin, de tal modo que esta práctica implicaría tiempo y dinero de por medio, para su realización.

Cómo lo manifestó la Corte Constitucional es necesario que se realice un estudio de los elementos del contrato de maternidad subrogada, que brinde a las partes una seguridad jurídica y permita que se desarrolle en plenitud el gozo de sus derechos y libertades, sin transgredir a ninguna de las partes, los anteriores elementos son clasificados y desarrollados según lo emitido por la Corte y por criterio propio. Para este ejercicio, será importante el apoyo en el derecho comparado, para poder establecer la forma en como otros ordenamientos jurídicos han regulado la materia.

En razón a lo anterior podemos concluir que las partes en el contrato tienen una libertad que les brinda la autonomía de la voluntad privada dentro de sus cuatro esferas de la libertad, las cuales imperan al momento de realizar el contrato de maternidad subrogada en el que la limitación de la autonomía privada son las normas imperativas de orden público, normas aplicables al momento de que una de las partes, se vea afectada con el fin de generar una armonía entre los involucrados. En el caso en concreto el principio de dignidad humana es la principal limitante a la autonomía privada en el contrato de maternidad subrogada, generando una tensión entre ambos principios. Por último resaltamos que los elementos dados por la Corte Constitucional en Sentencia T/968/2009, según lo analizado representan elementos naturales y esenciales dentro del contrato de maternidad subrogada, ya que si no se cumplen no se lograra identificar mediante qué tipo de contratos se van a obligar las partes, condiciones y garantías al momento de celebrarlo.

4.7 Resultados del Análisis

De acuerdo con los resultados obtenidos, tenemos que desde el orden constitucional los acuerdos en el contrato de maternidad subrogada se limitan a la aplicación e integración de los principios que gobiernan el Estado Social de Derecho, en especial el de dignidad humana y el de libertad. El primero restringe la posibilidad de que la mujer gestante pueda instrumentalizar su cuerpo bajo fines altruistas o económicos, sin embargo, como se planteó en este capítulo, la Sentencia T-968-2009 nos plantea que en todos los casos, esta práctica deberá desarrollarse sin una contraprestación económica o a título gratuito, por lo tanto desde este principio podría concluirse que es permitido.

Por otro lado el principio de libertad que desarrolla la autonomía de la voluntad privada en los contratos, amplifica este tipo de contrato que hemos concluido como innominado, dado que le permite a las partes en ejercicio de su derecho de disposición sobre sus derechos, desarrollar las esferas de la autonomía privada, es decir, la libertad de contratar, libertad de escoger su contraparte, la libertad de escoger el tipo negocial y contenido del contrato, respetando los lineamientos que a título de ilustración la Corte Constitucional como guardián de la Constitución estableció en la Sentencia T-968-2009. Por lo tanto el principio de libertad que desarrolla la autonomía privada no es absoluto, ya que está limitado al ejercicio práctico de los principios y a las disposiciones que la corte ha planteado.

Desde el punto de vista legal se tiene que si bien el contrato de maternidad subrogada es un contrato innominado, al no estar regulado de manera expresa en la ley, implicaría que el ejercicio de la autonomía privada de la madre gestante y los padres contratantes sea más amplio, limitándose a aspectos constitucionales como los principios que entran en tensión y que deberán estudiarse en cada caso en concreto. De igual manera como se planteó en este capítulo, en

principio, el objeto en el contrato de maternidad subrogada no sería ilícito, pues no existe una norma que lo prohíba, en tanto estará permitido mientras el legislador decida regular su práctica y los acuerdos que de ella se deriven.

Por último desde el marco jurisprudencial se concluye que no es robusta la línea que fija unas reglas y subreglas claras que regulen y limiten la libertad de configuración en los acuerdos de alquiler de vientre, por lo tanto, diremos que es una deuda que el legislador tiene frente a esta práctica que en base al crecimiento de la ciencia y la tecnología en favor de la medicina es más usual en nuestra sociedad colombiana, y así generar seguridad jurídica para las partes que intervienen en esta práctica. Será de cada juez realizar un juicio de ponderación para establecer la solución en cada caso que sea coherente al marco constitucional.

En suma, se tiene que quienes intervienen en el contrato de maternidad subrogada gozan de una autonomía privada muy amplia, teniendo en cuenta el vacío normativo existente dónde no hay una prohibición o reglamentación clara, por lo tanto, las partes estarán sometidas a lo que por voluntad propia establezcan en el contrato sin transgredir los principios constitucionales.

Capítulo V: Conclusiones

Atendiendo las principales ideas expuestas a lo largo del trabajo y recogiendo los resultados encontrados durante el proceso de investigación, podemos concluir, que el término de maternidad abarca varios aspectos que varían de acuerdo avances y estudios sociales, psicológicos, culturales y tecnológicos que se han venido suscitando durante las últimas décadas, que no se limitan exclusivamente al ámbito médico, sino que también abordan aspectos como culturales, sociales, económicos y biológicos. Desde el escenario biológico y médico, tenemos que existen 4 tipos de maternidades, dentro de las cuales se encuentra la maternidad subrogada, que en gracia al avance de la ciencia y la tecnología en la materia se han encontrado métodos alternativos para dar vida a un ser humano, como por ejemplo la inseminación in vitro y demás métodos que nos enseñan y nos abren las puertas a una infinidad de alternativas para poder concebir una vida.

Ahora, la maternidad subrogada es una práctica médica y social en auge en gran parte del mundo como lo logramos describir en el capítulo I de esta monografía, que tiene sus primeros inicios en Estados Unidos, en donde nacen las primeras pautas del contrato de maternidad subrogada, obligando a regular en varios de sus Estados. De igual manera en países subdesarrollados como la India en donde la oferta y la demanda de este tipo de productos tiene gran cobertura, debiendo mediante ley expresa fijar las reglas y los requisitos para realizar este tipo de convenios.

Lo anterior nos deja entrever la necesidad global de regular esta práctica que es una realidad en muchas culturas, y que por supuesto Colombia no puede ser la excepción, ya que como lo hemos planteado es una actividad cada vez más frecuente tanto desde el punto de vista altruista pero principalmente desde el escenario económico, siendo un mecanismo de ingreso para muchas mujeres de estratos bajos de nuestra sociedad.

Lo anterior implica que el ordenamiento jurídico colombiano debe preocuparse por regular estas prácticas con el fin de dar seguridad jurídica a las partes que confluyen en estos acuerdos como al que está por nacer, pues según nuestra constitución política es un ser de especial protección por el Estado. En este orden de ideas en Colombia tenemos un marco constitucional robusto en principios que integran el derecho y que en muchos de los casos ante ausencia de norma expresa juegan un papel vital al momento de dar soluciones en casos específicos, como se ejemplifico en el capítulo I, II Y III de este documento. Entre los principios constitucionales relevantes al caso, tenemos la libertad que tiene toda persona para decidir sobre lo suyo, aspecto que en manera contractual se desarrolla a través de la autonomía privada. Por otro lado, tenemos que en contraposición juega un papel importante la dignidad humana, además de la protección constitucional que tiene la familia, los niños y la mujer.

Ahora, del marco legal, existe un vacío jurídico sobre el contrato de maternidad subrogada, pero se deben de tener en cuenta aquellos elementos generales a todo tipo de contrato o negocio jurídico, como por ejemplo los contemplados en el artículo 1602 del Código Civil colombiano, deteniéndonos en el objeto lícito, que en el contrato de maternidad subrogada, versa sobre la gestación de un bebé en el vientre sustituto de una mujer. En el marco jurisprudencial colombiano se plantean unas reglas para la elaboración del contrato de maternidad subrogada, en la sentencia T/968/2009, aunque es una sentencia con efectos Inter partes, por lo tanto no crea precedente judicial, sin embargo puede ser objeto de interpretación y aplicación dado que es emitido por el órgano encargado de la protección de la Constitución.

Al existir vacíos jurídicos sobre el tema, cualquier proceso que se inicie en torno a este hecho dependerá de la autonomía privada que emane de las partes y su libertad de configurar, pero teniendo en cuenta las limitantes de dicha autonomía las cuales son el orden constitucional, en el

caso en concreto encontramos como primera limitante el principio de la dignidad humana, analizando cada uno de estos principios, encontramos que el principio de la autonomía privada es aquel que permite a las partes, la libre configuración, de una manera responsable y autónoma, de lo propio, principio en el que se da la existencia de relaciones creadoras de efectos jurídicos, como lo son: la libertad de contratar, la libertad de elegir contratante, la libertad de escoger la figura negocial y la libertad de escoger el contenido negociado.

En lo referente al principio de la dignidad humana, que en este caso afecta a la mujer y al recién nacido, se genera un vínculo estrecho con la autonomía de la libertad en el entendido de que si una persona no goza en plenitud de su autonomía, esta no tendría dignidad, por lo que el ser humano carecería de la posibilidad de crear sus propias reglas morales; por otro lado la dignidad humana plasmada por Kant, se refiere a que el ser humano es un fin en sí mismo y no debe ser instrumentalizado para conseguir un fin, por lo que para que exista esta armonía de principios, los jueces de la república deben realizar una debida ponderación de ambos, y así dar paso a la conformación de elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato los cuales son de gran importancia puesto que, a través de ellos se pretende dar fuerza vinculante a los contratos que se celebren y así plasmar una posible solución a la inseguridad jurídica que afecta a las partes involucradas en el convenio.

De lo anterior concluimos que la maternidad subrogada es una actividad genérica e inacabada, por lo tanto, aún hay mucho campo por analizar y definir en los aspectos legales, jurisprudenciales, médico y ético, siendo, por tanto, pertinente la elaboración de este documento, como parte de la búsqueda de una equidad jurídica para las partes y así lograr que se legisle y se tengan en cuenta los elementos del contrato anteriormente planteado, para poder llevar a cabo esta modalidad de gestación en Colombia.

En Colombia el órgano legislativo debe prestar mayor atención a los cambios tecnológicos y a las formas de relacionarse de los miembros de la sociedad colombiana, puesto que de esta manera se van a evitar vacíos legislativos que puedan vulnerar derechos de la mujer gestante y del menor. Será fundamental acompasar el derecho a las nuevas dinámicas sociales, que involucran otras formas de contratar y nuevos objetos de contratación. Abordar los temas actuales con las perspectivas de otras realidades pasadas van a implicar la vulneración de garantías, ya que la sociedad no es producto del derecho, sino que por el contrario, el derecho es producto de las interacciones sociales.

Se debe de tener en cuenta que el Código Civil colombiano debe ser actualizado, ya que sus postulados derivados del Código de Napoleón, fueron pensados y creados para una sociedad completamente distinta, y si bien ha sido un instrumento clave para organización social, se hace necesario pensar en una actualización de los términos jurídicos, ampliando su interpretación y aplicación, siguiendo los principios y la constitución. La inclusión de otras formas de contratar y nuevas formas de relacionamiento civil y comercial deben ser estudiadas, así como los posibles efectos o problema que se deriven.

Si bien no existe un reconocimiento expreso del alquiler de vientres en la normatividad colombiana, no menos aún una reglamentación que contemple este negocio jurídico, no se debe perder de vista, que en el ordenamiento jurídico existen insumos fundamentales que sustentan la posibilidad de que exista esta figura jurídica, puesto que la norma contempla la existencia de contratos innominados, y luego de estudio realizado, no se aprecian impedimentos reales que limiten la libertad de contratar sobre esta materia. Las posibles oposiciones, se derivan de interpretaciones intrincadas de la dignidad humana, que generalmente se vinculan a aspectos religiosos o axiológicos que no pueden tener una vocación universalizante.

Lo anterior no quiere decir, que la maternidad subrogada sea en toda su generalidad una actividad sin problemas, ya que de todo negocio jurídico, se pueden generar efectos nocivos para los contratantes, pero estos problemas no son producto de la figura en sí, sino de la forma en cómo los ciudadanos la usen, pensemos en todo los inconvenientes que surgen del contrato de compraventa o de mutuo. Lo importante es tener los principios y garantías claras que delimiten el actuar de los contratantes en la maternidad subrogada.

Bibliografía

Abajo Llama, S., Bermant, C., Cuadrada Majó, C., Galaman, C. y Soto Bermant, L. (2016). Ser Madre Hoy: Abordaje Multidisciplinar de la Maternidad Desde una Perspectiva de Género. *Musas*, 20-34. https://revistes.ub.edu/index.php/MUSAS/article/view/vol1.num2.8/19321

Álvarez, N. (2019). *Gestación subrogada en la India – ¿Qué dice la nueva ley?*. https://babygest.com/es/india/#:~:text=Con%20la%20nueva%20ley%2C%20para,en%20%C3%BAltima%20instancia%20del%20var%C3%B3n.

Amador Jiménez, M. (2010). Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. *CS*, 193-217. http://www.scielo.org.co/pdf/recs/n6/n6a08.pdf

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). Constitución Política. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Austin, J. (2002). *The province of jurisprudence determined.* Madrid: Vassar College.

BBC. (28 de julio de 2017). ¿Cuál es la mejor edad para tener hijos? *BBC*. https://www.bbc.com/mundo/noticias-40740553

Beetar Bechara, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Estudios Socio-Jurídicos*. https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/6869

Bernal, C. (2011). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales.* Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Biblioteca Nacional de Medicina. (2022). Fecundación in vitro (FIV). MedlinePlus. https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm

Bioética Wiki. (2022). *Maternidad Subrogada*. https://www.bioeticawiki.com/Maternidad_subrogada#cite_ref-lopez_4-0

Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., Kin, D., Marzo, C. y Mccandless, J. (2013). *El régimen de subrogación en los Estados. Bruselas, Bélgica: Parlamento Europeo.* https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf

Camacho, J. M. (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. *Fundacionforo*. https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf

Castillo Ticona, E. L. y Lira Allasi, L. Y. (2021). *La maternidad subrogada y el consentimiento informado, como garantía del acuerdo contractual entre los intervinientes Lima - 2020.* Lima, Perú: Universidad Cesar Vallejo. https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/59917

Congreso de la República. (2016). *Proyecto de Ley de 2016. Senador Luis Fernando Duque García*. Bogotá D.C., Colombia. http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2016%20-%202017/PL%20056-16%20inseminacion%20artificial.pdf

Congreso de la República. (2020). Proyecto de Ley 202. *Congresista Proponente María del Rosario Guerra*. Bogotá D.C., Colombia.

Decreto 410 de 1971 (marzo 27). Bogotá D.C., Colombia. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

Definicionde. (2021). *Maternidad*. https://definicion.de/maternidad/#:~:text=Maternidad%20es%20un%20concepto%20que,que%20suelen%20desarrollar%20las%20mam%C3%A1s.

Duque, F. (2011). El reino de los fines es el reino de los medios, Logos. Anales del Seminario de Metafísica. *Ideas y Valores*, 61-71. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-00622011000200017

El Jurista. (2022). *El Contenido del Contrato.* https://www.eljuridistaoposiciones.com/el-contenido-del-contrato/#:~:text=El%20contenido%20del%20contrato%20es,que%20competen%20a%20cada%20parte.

Garibo Peyró, A. P. (2017). El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, 245-259. http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/245.pdf

Hernández Ramírez, A. y Santiago Figueroa, J. L. (2011). Ley de Maternidad subrogada del Distrito Federal. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 1335-1348. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332011000300011&lng=es&tlng=es

Hinestrosa, F. (1999). *Autonomía privada y tipicidad contractual.* Chile: Universidad Católica de Valparaíso. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3300/3463

Hinestrosa, F. (2014). Función, límites y cargas de la autonomía privada. *Revista de Derecho Privado*, 5-39. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662014000100001

Jean, R. (2018). *Dignidad Humana y Deberes de Virtud en Immanuel Kant*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Javeriana.

León Vélez, C. y Millán Forero, J. W. (2013). *El futuro de la maternidad subrogada en Colombia una perspectiva desde las experiencias de España y México.* Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/15354

Ley 84 de 1873 (26 de mayo). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. El Congreso de los Estados Unidos de Colombia. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

López Guzmán, J. (2017). Dimensión Económica de la Maternidad Subrogada ("Habitaciones en Alquiler"). *Cuadernos de Bioética*, 199-218. http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/199.pdf

Martí Borbolla, L. F. (2021). *La Dignidad Humana en Kant.* IPADE. https://www.ipade.mx/2021/07/21/la-dignidad-humana-en-kant/#:~:text=La%20dignidad%20humana%20en%20Kant%20lo%20expresa%20as%C3%AD%3A%20%E2%80%9CObra%20solo,ley%20universal%20de%20la%20naturaleza%E2%80%9D.

Minsalud. (2022). *Importancia de la lactancia materna.* https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/PI/Paginas/ImportanciaLactanciaMaterna.aspx#

Mir Candal, L. (2018). *La "maternidad intervenida" Reflexiones en torno a la maternidad subrogada.* Argentina. https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2018/11/Leila.pdf

Molina, M. E. (2006). Transformaciones Históricas Culturales del Concepto de Maternidad y sus Repercusiones en la Identidad de la Mujer. *Psykhe*, 93-103. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22282006000200009&lng=en&nrm=iso&tlng=en

Moraga, K. (2021). *Panorama legal de la gestación subrogada en el mundo.* IDEALEX. https://idealex.press/panorama-legal-de-la-gestacion-subrogada-en-el-mundo/

Moreno, C. (2021). *Madres de alquiler*. https://www.webconsultas.com/embarazo/quedarse-embarazada/requisitos-para-ser-madre-de-alquiler-12484

Motta-Angulo, Y. L. (2021). *Maternidad subrogada: análisis de los derechos fundamentales.* Perú: Universidad Cesar Vallejo. https://ciencialatina.org/index.php/cienciala/article/view/839/1136

Oiberman, A. (2009). Historia de las Madres en Occidente. *Psicodebate. Psicología, Cultura y Sociedad*, 115-130. https://www.palermo.edu/cienciassociales/psicologia/publicaciones/pdf/Psico5/5Psico%2009.pdf

Pacheco Chaparro, J. M., Monsalve León, M. A. y Torregrosa Donado, I. (2020). Los Elementos del Contrato de Maternidad Subrogada. *Univ. Estud. Bogotá*, 139-158. https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/57715/6._Pacheco_y_otros_139-158%5B1%5D.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Parlamento Europeo. (2014). *Derechos de la mujer e igualdad de género*. European Parlamient.

Pinzón Marín, I., Rueda Barrera, E. y Mejía Patiño, O. (2015). *La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida por sustitución de vientre*. Universidad Javeriana.

Repositori UJI. (2002). *Derecho Civil III (Derechos de Obligaciones y Contratos).* http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/5973/civil_2.pdf

Rodríguez López, D. (2005). Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, el Útero como Objeto de Contrato. *Revista de Derecho Privado*, 97-127. https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7181/6460

Rubio, M. J. (2012). *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante.* España: Vnivesidad D' Salamanca. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/118704/TFM_EstudiosInterdisciplinaresGenero_RubioSanchis_MJ.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Salud Dental Para Todos. (2022). *Concepto legal de contrato.* http://www.sdpt.net/par/conceptocontrato.htm#:~:text=Elementos%20accidentales%3A%20son%20aquellos%20que,indivisibilidad%2C%20la%20representaci%C3%B3n%2C%2

Sentencia STC20614-2017. (2017, 22 de septiembre). Corte Suprema de Justicia. (Margarita Cabello Blanco M.P). https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20JUN2018/STC20614-2017.doc

Sentencia C-250/12 (2012, 28 de marzo). Corte Constitucional. (Humberto Antonio Sierra Porto, M.P). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-250-12.htm

Sentencia 11001-3103-012-1999-01957-01. (2011, 17 de noviembre). Corte Suprema de Justicia. (William Námen Vargas M.P). https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/03/17-11-11-1100131030181999-00533-01_c.pdf

Sentencia T-968. (2009, 18 de diciembre). Corte Constitucional. (María Victoria Calle Correa M.P). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm

Sentencia C-355. (2006, 10 de mayo). Corte Constitucional. (Dr. Jaime Araújo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas Hernández M.P). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm

Sentencia C-800. (2005, 2 de agosto). Corte Constitucional (Alfredo Beltrán Sierra M.P). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-800-05.htm

Sentencia T-240. (1993, 26 de junio). Corte Constitucional. (Eduardo Cifuentes Muñoz M.P). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-240-93.htm#:~:text=T%2D240%2D93%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20libertad%20de%20contrataci%C3%B3n%20deriva,garantizar%20relaciones%20justas%20y%20libres.

Trolice, M. P. y Salvador, Z. (2019). *¿Qué es la gestación subrogada? – Definición, tipos e indicaciones*. https://www.reproduccionasistida.org: https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/

Ulloa Beltrán, M. (2017, 17 de septiembre). En Colombia se alquilan vientres desde $5 millones. *El Tiempo.*

Valdés, E. (2014). ¿Es Posible Juridificar la Bioética? *Academia Chilena de Medicina,* 257-266. https://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2015/06/Bol-Acad-Chil-Med-Capitulo-E-Valdes.pdf

Vallejo Davis, M. A. (2015). *El Concepto de Maternidad Subrogada en Colombia.* Cali, Colombia: Universidad De San Buenaventura. http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/3029/1/Concepto_maternidad_subrogada_vallejo_2015.pdf

Vázquez López, J. E. (2010). La "Lex Artis ad hoc" como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico. A propósito de un caso basado en la elección de la técnica empleada en el parto (parto vaginal vs. cesárea). *Cuadernos de Medicina Forense*, 179-182. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062010000200009&lng=es&tlng=es.

Vázquez Pérez, A. J. (2018). El cur debetur: ¿Elemento esencial del contrato? *Opinión Jurídica*, 115-130. http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v7n14/v7n14a7.pdf